

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.*

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO V
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLII

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Apuntes de Derecho sucesorio

(Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

II

Medios de atribución y concreción de las legítimas y consecuencias de su respectiva atribución

(CONTINUACIÓN)

§ 4.^c ATRIBUCION EXPRESA O TACITA DE LA LEGITIMA COMO LEGADO DE PARTE ALICUOTA

En la primera parte del presente trabajo llegamos, entre otras, a la conclusión de que el testador podía dejar las legítimas por cualquier título y, por lo tanto, mediante legados. E igualmente convinimos en que debía considerarse como legado de parte alícuota la atribución hecha al legitimario a quien el causante le dejase *lo que por legítima le corresponda*, o le hubiere dejado a salvo su derecho sin designarle heredero ni legarle bienes concretos para su satisfacción.

Con ello coincidimos con las tesis anteriormente defendidas por Borrell Soler (300), Sanz Fernández (301) y Puig Bruta (302).

(300) *Dret. civil vigent a Catalunya*, V-2.^o (Barcelona, 1923), § 504, página 406. Refiriéndose más concretamente al legitimario catalán, dice que la condición jurídica del legitimario puede ser: «la del heredero, cuando la instituya heredero el testador o la ley le llame a la sucesión abintestato en caso de preterición; la de legatario, cuando el testador hace una manda que le sirve para pagar la legítima; la de legatario parcial, cuando el testador le deja la legítima sin fijar su cuantía, o de otra manera, le llama sin designarlo heredero ni legatario, y como acreedor legal, cuando puede pedir el suplemento, por haberle dejado el padre menos de lo debido».

(301) Op. cit., pág. 142. En opinión de ANGEL SANZ, la posición del legitimario puede variar por razón de que el art. 815 admite la posibilidad de que la legítima pueda ser atribuida por cualquier título, que puede ser: 1.^o Título de herencia... 2.^o Legado de parte alícuota, lo que puede tener lugar bien expresamente haciendo un legado de esa naturaleza, *bien tácitamente, dejando al legitimario lo que por legítima le corresponde...* 3.^o Legado de cosa específica y determinada... 4.^o Donación intervivos que tenga carácter colacionable.

(302) Cap. IV, vol. II de los *Estudios de Derecho privado*, de ROCA SASTRE (capítulo debido a la pluma de PUIG), pág. 336.

El segundo ha apuntado que el legitimario, como legatario de parte alícuota, «sucede en una cuota abstracta de la masa hereditaria, puede incoar el juicio de testamentaría y está afectado por las deudas del causante, que reducen el valor e importe de su cuota: pero no responde de ellas con sus bienes propios, ni propiamente hablando, es un sucesor en las mismas». Concretando Puig Brutau que la legítima «consiste en una parte alícuota del saldo activo de los bienes relictos. Por ello, el legitimario a quien no se haya instituido heredero, y a quien el testador no haya legado bienes concretos y determinados en pago de su derecho, tendrá un derecho cualitativamente igual al de un legatario de parte alícuota».

Ahora nos interesa, particularmente, comprobar esa calificación desde el ángulo visual opuesto. Para ver, de paso, si la legítima dejada, expresa o tácitamente, como legado de cuota presenta alguna variedad con la figura genérica del legado parciario (303).

A) *El legado de parte alícuota en el Derecho romano.*

Según testimonio de Cicerón, el legado de herencia se empleó en Roma desde fines de la República. Entonces no se había desarrollado aún el fideicomiso (304). Y al decir de Bachofen (305), Mommsen (306), Jörs-Kunkel (307) y otros, nació para salvar la prohibición de la Lex Voconia—que a quienes tuvieran un patri-monio superior a los diez mil ases les prohibía que instituyesen herederas a mujeres—. Biondi (308), aceptando esa posibilidad, añade que no debió ser ésta su única función, pues de lo contrario no sería posible explicar su sobrevivencia después de caer en desuso aquella ley. Ni su objeto fué siempre defraudar a la ley. Recoge, en prueba de su aserto, la loa que la *laudatio Murdiae*, en tiempo de Augusto, hace de la madre que trata igualmente a sus hijos, expresando dicha igualdad con estas palabras: «*omnes filios aequae fecit heredes partitione filiae data*», para deducir de ella que tal vez fué frecuente nombrar herederos a los hijos y asignar a las hijas la *partitio*. Por lo demás, en el frag. 39 pr.

(303) ROCA SASTRE (*Naturalesa jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 206 y nota 70), dice que cuando el causante deja en testamento al legitimario *lo que por legítima corresponde* a éste, «habrá también un verdadero legado de legítima», «un legado de cuota legitimaria», o sea de la *pars valoris bonorum* que en principio atribuye la ley, cuya precepción *atendrá* lugar en bienes hereditarios *in natura*, según las reglas de la división de herencia; pero «no un legado parciario o de parte alícuota».

(304) Ver JÖRS-KUNKEL, op. cit., pág. 406.

(305) *Die Lex Voconie* (1843), págs. 121 ss., cita de BIONDI.

(306) *Jur. Schriften*, III, pág. 516 y ss., cita de JÖRS-KUNKEL.

(307) Loc. ált. cit.

(308) Op. cit., núm. 163, págs. 444 y ss.

(Dig. XXVIII-VI), Javoleno señala otra interesante aplicación de esta figura (309).

La Institututa (II-XXIII, § 5, vers. *Post quod Senatus consultum*) definió al legatario de parte alicuota diciendo que «est eius legatarii, cui pars bonorum legabatur, quae species legata partitio vocabantur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem».

La fórmula clásica del *legatum partitionis* fué, según Ulpiano, «heres meus cum Titio hereditatem partitio». Presuponiéndose hecho por partes iguales el legado cuando no se delimitó la cuota (310). Pudo, no obstante, legarse cualquier fracción de la herencia, pero el juego reductor de la cuarta Falcidia impidió, después de su creación, la efectividad total de los legados que pretendieran abarcar la totalidad de la herencia (311), limitándolos a los tres cuartos (312). Incluso pudo tener como objeto la herencia de un tercero contenida en la del testador (313).

Al decir de Biondi (314), es posible que inicialmente, como sugiere Teófilo, esta figura de legado constituyese un tipo específico. Pero, cuando todas las especies de legado se clasificaron en los *quattuor genera*, se le situó entre los *per damnationem*. No se podía disponer *per vindicationem* un legado de cuota, porque ésta, por su contenido, no podía ser objeto de *vindicatio*. Las palabras finales del frag. de Paulo, Lib. IX ad Plautium (Dig. XXX-único, 27), «legatarius in omnibus rebus vindicare portionem»—sospechoso de interpolación para Rudorff (315)—, según Biondi, sólo en sentido genérico hablan de *vindicare portionem* (316).

(309) Un abuelo que tenía dos nietos, uno bajo su potestad y el otro no, quería instituir a ambos por partes iguales y que si uno de los dos falleciese impudera la herencia fuese para el otro. Pero la realización de la segunda parte de su voluntad tropezaba con un inconveniente. La sustitución pupilar podía servir para que el nieto en potestad fuera sustituido por el otro; pero no cambiaba la sustitución, en dicha forma, de este último. Por ello, según cuenta JAVOLENO, sabiamente aconsejaron LABEON, OFILIO, CASCELIO y TREBACIO que se instituyese heredero al nieto en potestad sustituyéndole pupilarmente por el otro y que se legase a este otro la mitad de la herencia para cuando alcanzase la *pubertad* (¡Bella muestra del talento práctico de los juristas de Roma!).

(310) Frag. 164, Dig. L-XVI. Un caso particular vemos en el dictamen de LABEON (Dig. XXXII-único, 29, § 1.º), en supuesto de legarse a Ticio tanta parte como a un solo heredero, siendo varios los instituidos. QUINTO MUCIO y GALO opinaron le correspondía una cuota igual a la del mayor instituido. En cambio, LABEON, siguiendo el criterio de SERVIO y OFILIO, entendió que su cuota debía ser igual a la del instituido en menor porción.

(311) Un caso de legado de la totalidad de la herencia vemos en el frag. 76, § 1.º Dig. XXXI-único: ¡Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publio Macivio.

(312) Dig. XXXV-II, 1 pr.

(313) Ver WINSCHEID, op. cit., III, § 663, pág. 526.

(314) Loc. cit., pág. 443.

(315) *Zeit für Rechtsg*, 9, 308 (cita de BIONDI).

(316) Pág. ult. cit., nota 1.

Aun produciendo los efectos de un legado de obligación (317), su ejecución presentó un régimen particular.

Fundamental, en este aspecto, es un fragmento de Pomponio entresacado del Libro Quinto de sus *Comentarios a Sabino* (Dig. XXX-único, 26, § 2.º). «Siendo dudosos—plantea—si, legados parte de los bienes, se deben partes de las cosas, o su estimación, Sabino y Cassio opinaron ciertamente, que se había legado la estimación, y Próculo y Nerva, que partes de las cosas». En los dos versículos finales del párrafo—incluidos en el índice de interpolaciones (318)—, los compiladores justinianos dieron una solución intermedia entre las propuestas por sabinianos y proculeyanos. Se concedió al heredero una opción para satisfacer al legatario, o bien en partes de las cosas susceptibles de división, o bien en su estimación. Mas si las cosas fuesen indivisibles, o su división no pudiera hacerse sin daño, o menosprecio, venía obligado el heredero, sin posibilidad de elección, a pagar la estimación (319). El siguiente fragmento del Digesto (Paulo: *Comentarios a Plautio*, lib. IX) completa aquella facultad determinando que el heredero pueda darle al legatario su parte en menos cosas o en una sola («vel paucioribus, vel in una re»), en lugar de darle una porción de cada una de las cosas de la herencia y siempre que el legatario hubiere consentido o el juez estimado. Acurcio (320), en su glosa a esta ley 27, concluye: «si heres dicat legatarii, ego dabo tibi talem fundum vel fundos pro parte tibi relictis: et legatarios... dicat, ego nolo dictos fundos pro dicta mea parte, imo volo tales alios: tunc iudex debet aestimare quod accipiat».

De todo lo cual se deduce:

1.º Que la iniciativa del heredero era total, cuando las cosas eran divisibles, para elegir el medio de satisfacer al legatario parcialmente. Sea entregando a éste su porción en cada cosa, su estimación, o una o varias cosas de la herencia. Aunque, como observó Angulo (321): "Est tamen advertendum. quod si heres vellet sol-

(317) Así en el frag. 29, § 1, antes citado, resuelve LABEON «quia, quam heres dare damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret».

(318) Ver JÖRS-KUNKEL, loc. cit.; PACHIONI, *Corso di Diritto romano* (Turin, 1920), T. III, pág. 551, y BIONDI, pág. últ. cit., nota 2. Este último autor observa, no obstante, que la solución no fué inventada por JUSTINIANO, ya que también se encuentra en otro texto de SCAEVOLA (Dig. XXXIII-II, 32, § 8), en caso de legado de usufructo de la tercera parte de sus bienes. «Respondit—dictaminó—heredis esse electionem, utrum rerum, an aestimationis usumfructum praestare velitis».

(319) «Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes, sive aestimationem dare maluerit. In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno diviso earum feri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est.»

(320) *Infortiatum seu Pandectarum iuris ciuilis* (Lugduni, 1569), vol. II, pág. 770, glosa m.

(321) *Commentarium ad iuges Regias meliorationum titul. 6. lib. 5* (Madrid, 1592), Lex quarta (20 de Toro), gl. 3, núm. 6, pág. 342.

vere non in singulis corporibus, sed in uno vel duobus, quae sufficiant: non debet ipse eligere quam vellit: sed vel legatarius debet consentire, vel iudex aestimare».

2.º Que si la herencia la componían varias cosas, de las cuales alguna o todas fuesen indivisibles, el heredero podía optar entre el abono de la estimación de la parte del legatario o en darle una o varias cosas determinadas, pero sin dividir las no susceptibles de serlo sin deterioro.

3.º Que si la herencia la componían una o varias cosas indivisibles, y ninguna de ellas adecuada a la porción del legatario, sólo le cabía al heredero como solución pagar la estimación.

4.º Que no obstante sus indicadas facultades, el heredero, para fijar la estimación, en todo caso, y para la división o la determinación de la cosa o cosas a entregar al legatario, en sus casos, debía contar con el consentimiento de este último, o bien el juez debía verificar la estimación.

Sin embargo, los comentaristas de Derecho intermedio observaron que esa opción no podría ejercitárla el heredero cuando el legado de parte alicuota fuese atribuido a un descendiente en satisfacción de su legítima (322). Así lo defendió Antonio Gómez (323), siguiendo la común opinión de los autores. Porque la legítima «in ipsis rebus haereditariis debet solvi», según resulta del proemio de la ley *Scimus*, inciso *repletionem*, Codex (III-XVIII, 36, pr.). Esta constitución del propio Justiniano es anterior a su Novela CXV y, por lo tanto, promulgada cuando todavía no era obligatorio, para el testador, atribuir la legítima a título de herencia. Se trataba en ella del pago del complemento de la legítima—«ya si se hubiese dejado menos desde un principio, ya si mediando extrínsecamente cualquier causa impusiera algún gravamen, en la cantidad o en el tiempo»—, y ordenó que se satisficiese con bienes de la herencia—«*repletionem autem fieri ex ipse substantiae patris*», como dice seguidamente, o «*repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri*», como concluye el proemio—. De lo cual se deduce que si, a partir de dicha constitución, el complemento debía pagarse en bienes de la herencia, igualmente, y aun a mayor abundamiento, la cuota íntegra también tenía que ser satisfecha en sustancia hereditaria.

En los casos en que cupiendo al heredero el ejercicio de la expresada opción, éste eligiere pagar la estimación de la cuota, se planteaba el problema de determinar el momento, en el cual debió fijarse dicha equivalencia en dinero. Este momento podía ser de evidente importancia en supuestos de revalorización o desvaloriza-

(322) Este caso normalmente sólo se dió en el Derecho anterior a la Novela CXV de JUSTINIANO, pero aun después cupo en el supuesto, planteado por VIMMO (*Selectarum Iuris Quaest...*, loc. cit., pág. 38), del hijo justamente desheredado al que, no obstante desheredarlo, se le legase su legítima.

(323) *Variac...* I-XII, núm. 21, vers. «*Idem adde*», pág. 166.

zación de la moneda. Según opinión de Angulo (324), «*hoc casu quando aestimatio quotae bonorum solvi potest, valor bonorum attendi debet non secundum tempus mortis, sed secundum tempus solutionis*». Es decir, debía atenderse a la equivalencia correspondiente al momento del pago y no a la que hubiere en el instante del fallecimiento del causante. Explicando el propio Angulo, con invocación del parecer de Tello Fernández: «*Et est ratio, quia cum bonorum pars sit in obligatione. Licit aestimatio possit solvi, ea attendi debet secundum tempus quo praestari dehet*». Es decir, como únicamente la cuota en bienes del caudal estaba *in obligatione* del heredero y el equivalente sólo estaba *in solutione*, el pago de éste debía regularse precisamente por el valor de aquella cuota en el instante del cumplimiento.

La cuestión de los frutos se resolvió a tono con la naturaleza *per damnationem*, señalada al legado parciario. Así dictaminó Paulo: «*Si quis bonorum partem legaberit, ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis*» (325).

Los créditos y deudas de la herencia recaerían en favor y en contra del heredero, que era quien sucedía *in ius*, es decir, en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante. El heredero debía liquidar esas relaciones y entregar al legatario su cuota correspondiente de haber neto. No obstante, como después podían cobrarse otros créditos o aparecer deudas del causante, ignoradas antes, heredero y legatario se otorgaban reciprocamente las *stipulationes partis et pro parte* (326). En su virtud, el heredero se obligaba a hacer efectiva al legatario la parte que a éste correspondiese en los créditos hereditarios cuyo cobro se efectuase (posteriormente), y el legatario, por su parte, se comprometía a contribuir, en lo que le correspondiese, a saldar las deudas de la herencia que apareciesen más tarde (327).

Hasta aquí el régimen que podríamos llamar clásico del legado de parte alicuota. Este, a fines de la República, debió ser frecuentemente utilizado, por las razones que antes hemos expuesto. Pero sufrió, posiblemente a partir de principios del Imperio, la competencia del *fideicommissum hereditatis*. Este, prácticamente, muchas veces se adaptaba mejor a la finalidad seguida por el causante. A partir del S. C. Trebellianum, en tiempos de Neron, se colocó al fideicomisario *heredis loco*, ocupando prácticamente la posición del heredero (328). Cosa que, en muchos casos, era lo

(324) Op. cit., lex. 4.^a, gl. 5, núm. 4, págs. 363 y s.

(325) Dig. XXXI-único, 23.

(326) Dig. XXXI-único, 76, § 1 (PAPINIANO, lib. VII, Responsorum) e Institut. II-XXIII, § 5.^a, vers. final.

(327) Ver Von MAYR, *Historia del Derecho romano* (traducción de W. RODRÍGUEZ), Barcelona, 1926, II, pág. 229; JÖRS-KUNKEL, loc. cit.; BIONDI, op. cit., pág. 444; MAYNZ, op. y vol. cits., § 31, pág. 692 y s.

(328) UPLANO nos explica este senadoconsulto en un fragmento recogido en el Digesto XXXVI-I, 1. Parte de su texto lo transcribe en su § 2. También es referido en la Institut. II-XXIII, § 4.^a

que se pretendía al sortear, por medios indirectos, las dificultades de la *lex Voconia*. En este aspecto, hay que reconocer la superior efectividad técnica y práctica del *fideicommissum hereditatis* sobre el *legatum hereditatis*. Posiblemente eso provocó cierto desuso de la *partitio legata*. Según dice Arangio Ruiz (329): «Esta institución era tan repugnante a la estructura legal de los legados, que apenas se operó el reconocimiento jurídico del fideicomiso toda disposición indirecta a título universal fué configurada conforme al nuevo módulo».

Por otra parte, es conocido el doble movimiento de aproximación que se dió en el Derecho sucesorio romano y culminó en la obra de los compiladores bizantinos. Se observa, de una parte, entre fideicomisos y legados, y de otra, entre la posición del fideicomisario universal y la del heredero. Las normas de legados y fideicomisos, tendieron a fundirse desde la época clásica mediante un mutuo acercamiento que remató Justiniano en sus constituciones de los años 529 y 531 (330), llegándose a afirmar en la interpolación de un texto de Ulpiano recogido en el Digesto (XXX-íntimo, 1): «*Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*». Con la particularidad de que en los supuestos de discrepancia debían seguirse las reglas del fideicomiso (331). De otra parte, el *fideicommissum hereditatis* se aproxima a la herencia, y el fideicomisario, incluso formalmente, llega a ser heredero de grado sucesivo (332)

(329) *Institutioni di Diritto Romano* (3.^a ed., Nápoli, 1934), pág. 552.

(330) *Codex VI-XLIII*, frs. 1 y 2.

(331) La Const. 2.^a, h. t., del Código, entre otras cosas declara que: «toda palabra que signifique la legítima intención del testador que quiere legar o dejar fideicomiso, es útil y válida, ya si el testador usara palabras directas, igual es, por ejemplo, «mando», ya si suplicatorias, como son «ruego, quiero, encomiendo, encargo a la fidelidad».... y entiéndase que todo lo que naturalmente hay en los legados es inherente también a los fideicomisos, y que por el contrario, entiéndase que todo lo que se deja por fideicomiso es legado... Mas cuando en los legados y en los fideicomisos aparezca alguna cosa contraria, agréguese ésta al fideicomiso como más humano, y dirímase el caso conforme a la naturaleza de él (por el fideicomiso), *hoc fideicomisso quasi humani aggregetur, et secundum eis dirimatur naturam*.

(332) Ver esa evolución magníficamente explicada por BIONDI (op. cit. núm. 178, pág. 480 y ss.). Inicialmente se le aplican las reglas del legado de herencia, con las *stipulationes partis et pro parte* para créditos y deudas. El S. C. Trebelliano dispuso que las cosas corporales, los créditos y las deudas pasasen al fideicomisario, *iure praetorio*, por medio de un simple convenio con el fideicomisario, al que se otorgaban como *actiones utiles* todas las acciones de la herencia, no sólo las singulares, sino incluso la *hereditatis petatio fideicommissaria* —análoga en lo sustancial a la *hereditatis petatio* del heredero civil— y la *actio familiæ ericiscundæ utile*. Con esto, prácticamente, pasó a estar *hereditis loco* no ya meramente *emptoris loco*. En tiempos de Vespasiano, el S. C. Pegasiano concedió al heredero fiduciario el derecho a detraer un cuarto de la herencia, y como esa cuarta parte era transmitida *iure hereditario*, no podía escindirse la adquisición, y el fideicomisario sólo podía considerarse *legatoris loco*. Excepto en el supuesto de que, por concesión del propio senadoconsulto, ante la negativa del fiduciario a aceptar, o por su repudiación, el fideicomisario recurriese a la magistratura a fin de que el fideicomiso tuviera lugar.

Ante ese fenómeno, cabe preguntar si el *legatum partitionis* fué arrastrado por el *fideicommissum hereditatis* hacia la sucesión reproducida o herencia sucesiva (333). O bien si, ante la doble atracción de fideicomisos y legados, de una parte, y de herencia y fideicomisos universales, de otra, la fusión de los primeros fué efectiva entre fideicomisos singulares y legados, comprendiendo los de cuota, y el progreso del fideicomiso universal hacia la herencia dejó atrás, estático en su posición inicial, al viejo legado de parte alícuota.

Si la respuesta afirmativa hubiese correspondido a la primera pregunta, la modificación de las reglas del *legatum partitionis* hubiese sido sustantiva y trascendental.

En efecto, el nuevo régimen del legado de herencia hubiese sido idéntico al del *fideicommissum hereditatis*. Tendría, por tanto, las siguientes particularidades:

1.º Quedaría deferido, como los legados singulares, a la muerte del testador o, en su caso, al cumplimiento de la condición (334). Entre la delación y la restitución, el heredero gravado sería el *único heredero* a todos los efectos. Incluso con relación a la confusión de sus relaciones activas y pasivas con las del causante, que luego renacerían con la restitución (335). El favorecido, según Wins-

a través de la aceptación coactiva del fiduciario, en cuyo caso tenía lugar el sistema de las *acciones útiles*. Con ello se produjo este dualismo:

a) Si el difunto dejó un cuarto o más de la herencia al instituido, éste sólo era heredero de dicha cuota y se aplicaba el S. C. Trebeliano con su régimen de las *acciones útiles*.

b) Por el contrario, si se dejó al fiduciario menos de un cuarto, éste que daba como heredero universal, siendo necesario acudir al recurso de las *stipulaciones*; pero si, en ese mismo supuesto, hubiera de llegarse a la aceptación forzosa, el fiduciario ni tenía derecho a la cuarta, ni adquiría la cualidad de heredero, debiendo tener lugar el sistema de las *acciones útiles*.

Justiniano eliminó el régimen dual producido por la aplicación conjunta de ambos senadosconsultos. Así como superó el dualismo entre el *ius civile* y el *ius pretorii*, excluyó las *stipulaciones* y aceptó el régimen de las *acciones*, ya no meramente útiles, puesto que se funden con las acciones directas (Inst. II-XXIII, § 7), pues «*utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*» (fr. 46 [47], Dig. III-V).

(333) Notemos, no obstante, que sería inexacto pensar en la desaparición de toda diferencia entre el heredero directo y el fideicomisario. Al efecto, hace observar GIRARD (op. cit., L. III-V, tít. III-III-II, pág. 991, nota 2) que aún en tiempo de Justiniano: a) El heredero sólo podía instituirse en testamento; fideicomisario también era designable en codicilo; b) En la institución de heredero no podían establecerse ciertas modalidades; el fideicomisario soportaba todas, igual como los legados; c) Por regla general no se daba en la herencia el derecho de transmisión, mientras que el fideicomiso universal *su dies credit* coincidía con la delación de la herencia; d) El heredero no estaba gravado con la cuarta Falcidía ni con la Trebellánica y, en cambio, en sus casos respectivos podía detraerlas; el fideicomisario, normalmente no podía detraerlas y debía sufrirlas.

(334) VER WINSCHEID, vol. cit., § 664, pág. 525, y BIONDI, loc. cit., § 180, página 490.

(335) WINSCHEID, § 665, pág. 529.

cheid (336), no gozaba de derecho real alguno sobre los bienes singulares, y menos aún sobre la herencia como conjunto. Su situación sólo era crediticia. En cambio, Biondi (337), con relación al *fideicommissum hereditatis*, afirma que desde la concesión de las *acciones utiles* a sus titulares, las relaciones hereditarias pasaron directamente al fideicomisario, y la *restitutio* ya no determinó la transferencia de dichas relaciones, que se producía *ope legis*, sino tan sólo la efectividad de la situación de hecho correspondiente a la jurídica. La *restitutio*, así entendida, no pudo tener carácter traslativo. Tanto más cuanto que consistía en una simple declaración de voluntad, a la que no era esencial que siguiese la entrega de la posesión. Y en ninguna época del Derecho romano se atribuyó eficacia traslativa a una mera declaración volitiva.

2.º Otra importante particularidad del fideicomiso consistía en la posibilidad de constreñir al heredero a que aceptase la herencia (338). Incluso la repudiación verificada pudo anularse con efectos retroactivos (339). Excepcionalmente fué excluida la necesidad de aceptación, dándola por verificada, en caso de fallecimiento del heredero, antes de adquirir la herencia o si maliciosamente se sustraio a la citación de condena (340).

3.º Verificada la restitución, el fideicomisario gozaba de la misma situación del *heres*. Sucedía al difunto, no ya a través del mecanismo de las *acciones utiles* (341), como en la época clásica, sino *ipso iure*, en virtud de la reforma de Justiniano. El fiduciario dejaba de ser heredero, y se deshacía la confusión, provisionalmente operada, de los créditos y deudas que tuviere con relación al causante. Desde dicho instante, de hecho quedaba como mero legatario de cuanto el causante le hubiese prelegado (342). No obstante, en caso de corresponderle una cuota en pleno dominio no sujeta a restitución—normalmente era así, gracias a la cuarta Trebeliánica—se mantenía después de operada la restitución del fideicomiso en situación de coheredero con el fideicomisario (343).

En líneas generales, los frutos no debían restituirse sino en caso de mora, pero en cambio se imputaban a la cuarta (344). No obstante, la voluntad del disponente era soberana como en otros extremos (345).

(336) § 665, pág. 528 y nota 1 de dicha página.

(337) Op. cit., párrafos 180 y 181, páginas 488 y 490.

(338) Dig. XXIX-IV, 17 y Cod. VI-XLIX, 4.

(339) Dig., frag. 4, párrafos 1 y 2, h. t.

(340) Codex VI-XLIX, 7, § 1.º

(341) Instituta, II-XXIII, § 7.

(342) Inst., § 9, eod. tit.

(343) Dig. XXXVI-I, 27, § 11. «quam parte hereditatis restituta familiae erescundae iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, et qui receperit, accipietur», y Codex VI-XLIX, 2. "Ad eum cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituitur, successoris onera seu legatorum, praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est".

(344) Dig. XXXVI-I, 18 (ULPIANO, L. XV ad Sabinum).

(345) Ver BIONDI, loc. cit., § 181, pág. 492.

4.^o En caso de aceptación coactiva del heredero fiduciario, éste no debía sufrir ningún daño por razón de ella, pero tampoco provecho alguno. Si el fideicomiso se refiriese sólo a una cuota, en ese supuesto de aceptación coactiva para el fiduciario, el fideicomisario podía exigir, y reciprocamente debía tomar, la herencia íntegra. El fiduciario incluso perdía la cuarta, y, en cambio podía ser detraída por el fideicomisario si a su vez sufría otro fideicomiso o legados (346).

¿Fué éste el nuevo e íntegro régimen del legado de parte alícuota?

En la doctrina se han manifestado diversas opiniones:

a) Algunos autores de Derecho común, siguiendo a Bartolo, quisieron distinguir el legado de cuota de herencia y el legado de cuota de bienes.

Así, Antonio Gómez (347) señaló que la opción del heredero a satisfacer al legatario en bienes o en su estimación, debía entenderse: «et limitari, in legato *quotae bonorum*, secus tamen est in legato *quotae hereditatis*, quia tunc in ipsis rebus haereditariis debet fieri solutione».

Juan Gutiérrez (348), siguiendo a Pablo de Castro, explica «sic differentia supradicta inter legatarium certae partis hereditatis et legatarium certae partis bonorum, quoad solutionem debitorum et onerum sit modica et parvae utilitatis: quia non minus habet legatarius certae partis hereditatis soluto per eum aere alieno, quam legatarius certe partis bonorum eodem non soluto: quia solum est differentia in modo solvendi, quia facto legato certae partis hereditatis, legatarius solvit onera et debita: sed facto legato partis bonorum, solvit heres, ut supra est declaratum: et tamen quoad effectum tantumdem utilitatis consequitur legatarius partis bonorum: nam quod per se solvit legatarius partis hereditatis creditoribus, solvit etiam legatarius partis bonorum, ex quo prius fit ei detractio per heredem, et sic effectu et re ipsa uterque legatarius videtur obligatus oneribus haereditariis pro rata suae portionis, quando quidem legatarius certae partis hereditatis tenuit pro rata solvere creditoribus: legatarius vero *quotae bonorum*: quia tantumdem detrahitur per heredem».

Con más detalle se ocupa de esta pretendida distinción Juan Yáñez Parladorio (349).

(346) *Dig.* XXXI-I, fr. 14, párrafos 4, 5, 6, 8 y 9 (*HERMOGENIANO*, L. IV *Fideicommissorum*), fr. 27, § 14 (*JULIANO*, L. XL *Dig.*), fr. 55, § 3 (*PAPPIANO*, L. XX *Quaestiones*).

(347) *Variae...* L. I, cap. XII, núm. 21, vers. «Item etiam», pág. 166.

(348) Op. cit., Lib. II, *Quaest.* LVIII, núm. 10, pág. 65.

(349) Op. cit., *Differentiae CXLVI*, números 1 a 5, páginas 383 y siguientes. Donde observa las siguientes diferencias: Primera, «quod is cui pars haereditatis relinquitur, est successor juris: cui vero pars bonorum legatur, non est successor juris: quapropter in illum transeunt actiones activae et pasivae; in hunc non transeunt»; segunda, «quia legatarius, cui pars hereditatis est relieta, debet accipere eam, non deducto aere alieno, neque funeris impensis, quia ad

Esta doctrina partía de relacionar la distinción técnica entre *pars hereditatis* y *pars bonorum*, con la diferente terminología usada en diversos fragmentos del Digesto. Unos utilizan las palabras «*bonorum partes legaverit*», «*bonorum parte legata*», «*partes bonum ita legatur*», mientras otros dicen «*relictam partem legatario dare*» o concretamente, «*partes hereditatis legavero*». Y, especialmente, se basaba en la comparación de los fragmentos 8, párrafo final, y del siguiente del Lib. XXXI, título único, del Digesto, cuyas diferencias pueden explicarse a través de la interpretación concreta de la voluntad del testador en el supuesto específico del citado fragmento 9 (350).

«eum pro sua rata parte pertinet hoc onus: aliter atque in legatario partis bonorum; quia cum opus aeris alieni ad eum non spectet, sed ad haeredem, debet haeres, anteaquam ei restituat legatum, aes alienum, et funeris ac exequiarum impensis deducere, necnon pretium manumissorum, hoc est, pretium servorum, quos testador jussit emi, atque manumitti; tercera, «quia is cui pars hereditatis legatur, non transmittat jus ad heredem, nisi prius relictam haereditatem adiverit: secus in legatario bonorum»; y cuarta, «bonorum parte legata, posse haeredem solvere legatario, sive rerum partes, sive aestimationem earum, utrumlibet haeres ipse maluerit: non ita in legatario haereditatis».

PARLADORIO basa su primera diferencia en la ley *Quoties certi quidem* (Codex VI-XXIV, 13). Pero, en realidad, esa ley sólo dice que nombrados herederos conjuntamente, unos instituidos *ex re certa* con otros llamados *ex certa parte vel sine parte*, sólo éstos pueden utilizar las acciones de la herencia, o ser demandados con ellas. Habla, por tanto, de verdaderos herederos, con o sin señalamiento de cuota, no de legatarios de cuota hereditaria.

La segunda diferencia la apoya en las divergencias existentes entre los citados fragmentos, 8, § 5, y 9. PAULO, en el primero dice: «Si cui certam partem hereditatis legavero, Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur». Mientras que en el segundo, es dictamen de MODESTINO: «Quum autem pars bonorum ita legatur: «bonorum meorum, quae sunt, quum moriar», dos et manumissorum pretia e medio deducenda sunt». En realidad, el frag. 8, § 5, contiene la regla general aplicable a todos los legados parciales, de la cual es excepción el supuesto en que se emplea la fórmula referida en el frag. 9—es decir, cuando se expresa que la cuota legada debe ser «de mis bienes, que haya cuando yo muera»—, por interpretarse la voluntad así manifestada según su tenor literal, «quae sunt, quum moriar».

En apoyo de la tercera diferencia cita el § 5 de la ley I, Codex VI-LI. Pero en ella se contraponen los herederos, «sive ex parte sint sive ex asse instituti», frente a legatarios y fideicomisarios. No a legatarios nombrados en cuota de herencia y en cuota de todos los bienes.

Y, finalmente, la cuarta diferencia se apoya en que el § 2, ley 26 (Dig. XXXI, título) habla de «*bonorum parte legata*», y en la proyección de esa terminología sobre la disparidad observada entre los citados fragmentos, 8, § 5 y 9 del libro 31.

En conclusión, no son muy sólidas las bases de esa distinción. Parece más probable que el Digesto emplease indistintamente las expresiones legado de parte de bienes y legado de porción de herencia. En ambos casos se aplicó igual doctrina según resulta de los textos clásicos. La única diferencia de detalle, observada en el párrafo final de la ley «*Si quis servum*» y en la siguiente, no radica en las expresiones «*partem hereditatis*» o «*pars bonorum*» (distintas, pero unificadas al ser unidas por el verbo *legar*), sino en la precisión «*quae sunt, quum moriar*», base de la conjectura de Modestino.

(350) Ver BRONDI, op. cit., § 163, pág. 444.

b) Winscheid (351), afirmó que Justiniano, en su ley 2, Cod. comm. de leg. VI-XLIII, eliminó tanto para el legado de herencia como para los singulares la diferencia entre *legatum* y *fideicommissum*, sometiendo al legado de herencia al más favorable régimen de los fideicomisos. Entendiéndolo demostrado así por la circunstancia de que la Instituta regula exclusivamente el *fideicommissum hereditatis*, y, a mayor abundamiento, en un título particular, mientras del *legatum hereditatis* sólo habrá *in praeteritum*.

El obstáculo mayor para esta tesis lo ofrecen los textos del Digesto que concretamente se ocupan del legado de parte alicuota y señalan al mismo un régimen especial incompatible con el de los fideicomisos. Especialmente los frags. 26, § 2.^o y 27 Dig. XXX-único, con las características opciones del heredero, y los frags. 8, § 5.^o y 9 Dig. XXXI-único, tan discutidos por los defensores de la opinión antes referida.

Winscheid ofrece dos hipótesis para explicar ese hecho evidente a tono con su tesis. Una, suponer que tales textos pasaron inadvertidos a los compiladores, como tantos otros fragmentos olvidados en distintos lugares de las Pandectas. Otra, admitir también, como posible, que estos fragmentos fueran recogidos para aplicarlos en aquellos casos en los cuales el testador con declaración de voluntad paladina hubiera expresamente ordenado un legado de herencia en el sentido del antiguo *legatum hereditatis*.

Serafini (352) se expresó de modo parecido, explicando que: «Al decir que en el Derecho justiniano en virtud de la *exaequatio legatorum et fideicommissorum* se operó la fusión entre *partitio legata* y *fideicommissum hereditatis*, queremos significar que en el Derecho justiniano la diferencia entre ambas instituciones no puede ya depender del uso de términos imperativos o rogativos; mas con ello no entendemos decir que aún en el Derecho justiniano cuando el testador deja una cuota de herencia, no pueda mediante declaración expresa aplicar a ésta los principios de la *partitio legata*.»

Sin hacer esas salvedades, también Pothier (353), Ortolán (354), Cuq (355), Girard (356), Bonfante (357), y otros autores, han en-

(351) Op. y vol. cit., § 662, nota 1, páginas 524 y siguientes, y § 666, nota 1, pág. 531.

(352) *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 7.^a edición italiana, por JUAN DE DIOS TRIÁS GIRÓ (Barcelona, s. f.) tomo II, § 221, nota 6, pág. 448.

(353) «Pandectes de Justinien, mises dans un novel ordre, avec les lois du Code et les Nouvelles qui confirment, expliquent ou abroguent le Droit des Pandectes», tomo XII, Paris, 1882, núm. CCCLVI, pág. 271.

(354) «Explicación histórica de las *Instituciones del Emperador Justiniano*», traducción española de PÉREZ DE ANAYA y PÉREZ DE RIVAS (Madrid, 1872), tomo I, pág. 697.

(355) *Manuel des Institutions Juridiques des Romains* (París, 1917), página 788.

(356) Op. cit., I., III-V, tit. III-III-II, pág. 991.

(357) *Instituciones...*, 222, pág. 636.

tendido que en virtud de la citada Const. 2 de Justiniano el fideicomiso de herencia absorbió a los legados de cuota.

c) La opinión contraria a la anteriormente referida, según reconoce el propio Winscheid (358), era la preponderante en su época. En ese sentido Maynz (359) consideró evidente la persistencia, después de las reformas justinianas, de diferencias muy esenciales entre legados y fideicomisos de herencia, «que son plenamente reconocidas en las decisiones muy numerosas que nuestras fuentes contienen con relación al legado parciario (360), y que es preciso incontestablemente aplicar, siempre que una disposición testamentaria revele de una manera cierta la intención de producir los efectos que consagra». «Creemos también—prosigue—que no se puede admitir la opinión según la cual en la duda siempre es preciso inclinarse a favor del fideicomiso universal. El Digesto contiene una decisión en este sentido (XXXVI-I, 19, § 1.º), pero no puede ser considerada como fórmula de una regla general. Sólo la intención del testador es decisiva y para descubrirla es preciso tener en cuenta las circunstancias de la especie.»

Recientemente Biondi (361) ha insistido en sostener la independencia, aun después de la reforma de Justiniano, entre legados de parte alícuota y fideicomisos de herencia o cuota herencial. He aquí sus palabras: «No todo fideicomiso universal es efectivamente fideicomiso de herencia, ya que incluso en el derecho justiniano subsiste el *legatum partitionis*, en el cual el beneficiario es siempre legatario. La diversidad se concreta en la diferencia entre legado y herencia, y la separación se hace con igual criterio. No es, pues, cuestión de cantidad, ni se puede decir, como alguno (362), no sin contradicción, que «objeto del fideicomiso universal es la herencia del difunto en su totalidad o en una cuota parte del as hereditario», mientras «la simple atribución del montante de una cuota de herencia es siempre legado». Hay herencia fideicomisaria en cuanto la disposición tienda a hacer pasar a otro la misma cualidad de heredero en todo o en parte; legado, en cambio, siempre que deba restituirse cosas singulares o conjuntos de cosas consideradas como tales y no como complejo hereditario, y en tal caso, incluso en el Derecho justiniano continuaron interponiéndose las antiguas *stipulationes*.»

(358) Nota 1, § 662, pág. 524. Cita especialmente a Rosshirt (I, pág. 133 s.) como sostenedor de la opinión contraria a la suya.

(359) Op. y vol. cits., § 431, pág. 693.

(360) Entiende que su posición es más análoga a la del comprador de la herencia. Pero con ciertas diferencias, ya que el comprador puede exigir la transmisión de todos los derechos reales y de obligación; puede hacer valer, como cessionario (*o utiliter quasi ex iure cesso*), todos los derechos y acciones hereditarias, reales y personales; y tiene, también, derecho al producto del *ius accrescendi* (pág. 692, nota 30).

(361) Op. cit., cap. XII, núm. 177, pág. 477, núm. 179, pág. 486, y número 183, pág. 495.

(362) Se refiere a Dernburg (Pand., 3, 449 s.).

No estamos capacitados para penetrar en tan docta discusión. Sólo queremos subrayar ciertas conclusiones indiscutidas.

Primeramente, la clara separación—hecha notar por Biondi—entre el fideicomiso de herencia y los demás fideicomisos universales o singulares. Aquél, transformado en un verdadero supuesto de herencia sucesiva, con escasas diferencias de detalle. Los demás fusionados con los legados, a los que absorben no sin recibir de ellos eficiente transfusión. Distanciándose así el fideicomiso de herencia de las demás figuras fideicomisarias.

En segundo lugar, como reconocen Winscheid y Serafini, la voluntad del testador siguió siendo ley de la sucesión. Así pudo ordenar: lo mismo un legado parciario de acuerdo con los cánones clásicos, que disponer un fideicomiso de herencia. Con ello, el problema discutido se reduce a una cuestión de interpretación de la voluntad del testador. No obstante, los interrogantes no faltan, como vamos a ver: ¿Cuándo se dejaba una cuota de herencia con palabras comunes, pero directas, se ordenaba un legado o un fideicomiso? Y, ¿si con palabras comunes, directas u oblicuas, se asignaba una *pars bonorum*? ¿Era suficiente decir *lego* una parte de herencia o una cuota de bienes para entender ordenado un legado parciario? ¿Se ordenaba un legado al referir el verbo «legar» a una parte alicuota de los bienes relictos y, en cambio, se entendía como fideicomiso cuando se legaba una cuota de herencia? ¿Se presumía el fideicomiso en todo caso, cualesquiera que fuesen las palabras empleadas, al expresar la disposición o su contenido, mientras no se excluyese expresamente el régimen del fideicomiso de herencia, o se hiciese una paladina referencia al régimen clásico de la *partitio legata*?

He aquí la cuestión; que queda reducida a la respuesta de esas preguntas planteadas.

Es lo cierto, y eso es lo que nos interesa, que entre los autores de Derecho común, y concretamente por los clásicos castellanos, se entendió vigente el régimen típico de la *partitio legata*, con las características opciones expresadas en los frags, 26, § 2.^o y 27. Dig. h. t.

En cambio, es indudable que sobre el ulterior régimen del legado parciario, debió tener importante repercusión la constitución de Justiniano del año 529 (363), que dispuso que de todo legado o fideicomiso naciera una acción personal y otra real, y que la primera fuese garantizada con una hipoteca legal sobre la herencia del instituido. Con cuya disposición, todas las formas de legado quedaron unificadas en un solo tipo, con efectos del vindicitorio y del damnatorio (364).

(363) *Codex VI-XLIII*, 1.

(364) Ver las cuestiones que, sobre este texto, estudia FABRO. *Codex Fabricianus* (Napoli, 1765), tomo II, tit. XXIII, páginas 591 y siguientes.

B) *Configuración del legado parciario en el Derecho histórico castellano a partir de la ley 20 de Toro.*

En otra ocasión (365) hicimos notar el curioso fenómeno de trasfusión que se dió en el Derecho de Castilla entre la mejora y el legado de parte alícuota.

La mejora, dispuesta en términos generales, sin otorgarla a título de herencia ni concretarla en bienes singulares, se entendía atribuida como legado de parte alícuota, aplicándose la doctrina clásica de esta institución en cuanto no resultaba en contradicción con el Derecho Real. Y, a la inversa, cuando la ley 20 de Toro determinó que las mejoras se pagasen con bienes de la herencia, por ese notable fenómeno de comunicación, se extendió igual doctrina a todos los legados de parte alícuota.

Vamos a ver cómo se operó esa segunda parte de tan interesante y trascendental proceso evolutivo.

a) La ley 20 de Toro—que luego fué la 4.^a del tít. VI, lib. V de la Nueva Recopilación, y también 4.^a del tít. VI, lib. X de la Novísima—dispuso:

«Los hijos o nietos del testador no pueden decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejoría, que el testador oviere hecho a alguno de sus hijos o nietos, o cuando mejorare en el quinto a otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio o quinto; o cuando no lo señaló en parte de la hacienda que el testador dejare, sean obligados los herederos a gelo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda convenientemente dividir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado, o mejorados, el valor de dicho tercio e quinto en dineros.»

De esta ley deduce inicialmente Antonio Gómez (366) las siguientes conclusiones:

«*Prima quod filius vel filia, vel descendens melioratus in tercio et quinto bonorum; vel aliquo eorum debet habere meliorationem in ipsis rebus haereditariis: non vero tenetur recipere valorem et pretium eius ab aliis coheredibus.*»

«*Secunda conclusio quod extraneus cui est relictum quintum bonorum, vel pars eius, similiter debet habere in ipsis rebus haereditariis: et non tenetur recipere aestimationem eius ab haeredibus, sed in ipsa re vel rebus assignatis, vel in obnibus rebus haereditariis pro rata et quota.*»

«*Tertia conclusio quod quando bona defuncti non possunt commodam divisionem recipere, alii haeredes possunt meliorationes solvere in pecunia numerata.*»

(365) *La mejora tácita...*, cit., V-3.

(366) *Ad legem Tauri...*, ley XX, núm. 1, pág. 135.

La interpretación a fondo de la ley llevó a más secundas consecuencias.

El propio Antonio Gómez (367), después de distinguir el supuesto en que la mejora se dejase como «*quota haereditatis*» (368) de aquellos en que se atribuía como «*quota bonorum*» alude a la discusión, entre los jurisconsultos romanos, relativa al modo de satisfacer al legatario parciario, «*quia aliqui dicebant quod debebantur aestimatio, alii vero dicebant quod debebatur pars quotativa in ipsis rebus et bonis defunctis: sed haeres habebat electionem ut possit solvere in ipsis rebus pro parte vel in una re vel rebus certis, vel in pecunia et aestimatione*», según expresa la ley *non amplius*, en su párrafo final, y la siguiente ley, conforme la opinión de Pomponio, que siguen Bartolo, Alberico, Baldo, Pau-
lo de Castro, Juan de Imola y el común de los doctores. Y expone cómo, de este modo, la ley de Toro modificó el derecho común en el supuesto en que el caudal hereditario se compusiese de bienes distribuibles o incluso de uno solo, pero susceptible de *commodam divisionem*.

En el caso contrario—es decir, «*si non recipiebat talem divisionem*»—también entendió modificado el Derecho común. Pues, conforme al mismo, en este caso los herederos debían pagar la estimación en dinero; mientras que la ley 20 de Toro concede al heredero la elección de la forma de pago. La estimación quedó, pues, «*in voluntate haerendum*», «*non in necessitate*». No obstante esa posible asignación de una cuota de bienes indivisibles no impedía al legatario el ejercicio de la acción *communi dividundo*, que pudo utilizar conforme al Derecho común.

Pero la conclusión más importante deducida por dicho autor es la que amplía el ámbito de la doctrina de la ley 20 de Toro, aplicándola a todo legado de parte alícuota: «*quod hodie in nostro Regno per illan lex generaliter, et indistincte modo loquamur inter filios, modo inter extraneos: legatarius, cui est relictum legatum in parte quotative bonorum, debet illud habere in bonis propriis testatoris, et per consequens, in qualibet re debet sibi solvi illa pars, et quota: et haeres, vel haeredes non habent jure elegendi, sicut de jure comuni habebant solvendi in ipsis rebus, vel in pecunia, vel aestimatione*» (370).

(367) Op. y lex ult. cits., núm. 2 y 3, pág. 136.

(368) Explicando: «*quod melioratus vel ille cui relinquitur quota haereditatis reputatur haeres et in eum transeunt iura et actiones activae et pasivae pro parte*».

(369) Además de GÓMEZ (vers. «*Sed advertendum*», cit., núm. 3), fueron de esta opinión TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., *lex* XX, núm. 7, fol. 170 vto. y 171) y ANGULO (op. cit., ley IV, glosa III, núm. 70, pág. 342). Pero estos dos autores entendían que esta misma solución era la correspondiente, según el Derecho común.

(370) *Variae....* I, cap. XII, núm. 21, vers. «*sed his non obstantibus*», página 167.

Angulo (371), Gutiérrez (372) y muchos otros autores (373) siguieron esa misma opinión. En cambio, la tesis contraria fué defendida por Tello Fernández (374) y Acevedo (375), entendiendo que un texto corrector del Derecho común, como es el cuestionado, no puede interpretarse extensivamente. Pero frente a este argumento se esgrimieron otros más convincentes. En especial este: Si siendo herederos los hijos y descendientes, y legándose el quinto a un extraño, aquéllos debían abonar a éste su cuota precisamente en bienes de la herencia, *a fortiori* si son herederos cualesquiera «penitus extranei», los legatarios a quienes se deje cualquier cuota de bienes, sea el quinto u otra cualquiera, deberán tener derecho a percibirla también en bienes hereditarios, y aquellos herederos extraños no podrán ser de mejor condición que los herederos forzados, por lo que tampoco podrán liberarse satisfaciendo en dinero la estimación de la cuota. Pues de lo contrario, como la obligación de satisfacer los legados en bienes de la herencia, por lo común, es perjudicial a los herederos y favorable a los legatarios, evidentemente resultarían en peor situación los herederos que fuesen descendientes del causante que los extraños (376).

b) *¿Esa modificación del Derecho común por la ley 20 de Toro significó algún cambio en la naturaleza jurídica del legado parcialio?*

El problema se concreta en determinar si el legatario de cuota entraña o no, al fallecimiento del causante, en la copropiedad de los bienes del patrimonio hereditario, aunque fuese con su participación transitoriamente indeterminada.

Antes de intentar solucionarlo nos parece conveniente rememorar otras cuestiones generales relativas a los legados.

En primer lugar, la constitución de Justiniano del año 539,

(371) Op. cit., ley IV, gl. III, núm. 10, pág. 346 y siguientes.

(372) Op. y vol. cits., quæst. LVII, pág. 62 y siguientes.

(373) AYLLÓN LÁINEZ (op. cit., I, XII, núm. 23, pág. 81) cita en este sentido a Castillo de Sotomayor, Matienzo, Cevallos, el jesuita Molina, Suárez, Valdés, Bernardo Díaz y Salcedo.

(374) Op. cit., lex 20, núm. 4, fol. 169 vto.

(375) Op. cit., vol. III; lib. V, tit. VI, ley 4 recop. (Tauri 20), núm. 9, vers. «Tum etiam», pág. 169 y siguientes.

(376) También se dan otros argumentos. Tales: Que si dos casos son equiparados por una ley antigua, y la nueva la corrige hablando de uno solo de ellos, la modificación debe aplicarse al otro, tanto más si, como en el caso estudiado, la modificación hecha por la ley 20 de Toro, comprende virtualmente ambos casos, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva de la norma abrogatoria del Derecho común. Que el texto de la ley 20, si bien en principio sólo habla de hijos y nietos que sean herederos, después se refiere a los herederos en general, notando JUAN GUTIÉRREZ (loc. ult. cit.) las palabras de la ley, que dice: «sean obligados los herederos» y no que «sean obligados los dichos herederos». Por lo cual cree que debe entenderse que en la palabra *herederos* se comprenden esta vez tanto los descendientes del causante como los extraños.

que pasó a ser la ley I del tit. XLIII, lib. VI del Códex, en virtud de la cual se fusionaron las cuatro especies clásicas de legado, fundiéndose con efectos, a la par, vindicatorios y damnatorios.

En segundo término, la discusión sostenida por los glosadores y comentaristas acerca del momento en que el legatario adquiría la propiedad del objeto de su legado. Gregorio López (377) nos la relata, perfectamente sistematizada, con relación a los legados no sometidos a modalidades de plazo o condición.

a) Petrus de Bellapertica, Cyno de Pistoia y Juan de Imola sostuvieron que mientras no se hubiese aceptado el legado, el *verdadero dominio* de la cosa legada lo tenía el heredero, aun cuando la herencia estuviese adida; si bien el legatario tenía un *dominio figurado*, que se convertía en real y efectivo una vez verificada su aceptación.

b) La opinión de Baldo, que fué comúnmente aceptada por los autores, entendía que el legatario era dueño *ficticiamente* desde el fallecimiento del testador, y que el dominio *efectivo* lo adquiría así que la herencia fuese adida. Alejandro aceptó esa común opinión con ciertas variantes. Así: a la muerte del *de cuius* el legatario obtenía el *dominio ficticio*; con la adición de la herencia lo transformaba en *dominio real y verdadero, pero revocable*, y con la aceptación del legado se consolidaba en *dominio verdadero irrevocable*.

c) La ley 34 del tit. IX de la sexta Partida decidió claramente, «que luego que el testador es muerto, passa el señorío de la cosa que es assi mandada; aquel a quien es fecha la manda». No obstante, el mismo Gregorio López entendió que esa ley se refería sólo al dominio ficticio, porque de lo contrario, es decir, de ser verdadero, el legatario podría reclamar los frutos anteriores a la adición de la herencia, lo que se le negaba por la ley 37 del mismo título y Partida.

d) En otra glosa (378), el propio comentarista de las Partidas, examina la famosa ley 1.º, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que dispuso la subsistencia de los legados aunque no fuese adida la herencia. A su juicio, en virtud de esa ley «no debe es-

(377) Gl. 3 a las palabras «passa el señorío», de la ley 34, tit. IX, pág. VI.

(378) Gl. 4 a las palabras «los frutos», de la ley 37 del mismo título y Partida. En ella se ocupa especialmente del momento desde el cual el legatario tiene derecho a los frutos de la cosa legada. Sobre cuya cuestión resume las opiniones de los autores:

a) BARTOLO, ANGELO y ALBERICO, entre otros, sostenían que el legatario podía reclamar los frutos desde la muerte del testador.

b) La opinión general, en cambio, no le concedía los frutos al legatario en tanto la herencia no fuese adida. Doctrina sancionada en la citada ley 37 de las Partidas.

c) No faltó tampoco quien, con ALEJANDRO, aun admitiendo esta regla general, estableciese muy notables excepciones.

No obstante, ya indicamos en el texto las consecuencias que, para la solución de esta cuestión en el Derecho real, se dedujeron de la repetida ley de Ordenamiento de Alcalá, según refiere el propio GREGORIO LÓPEZ.

perarse a la adición de la herencia para la validez de los legados. Estos, anteriormente, quedaban como en suspenso hasta la adición de la herencia, obstáculo que borra la ley castellana». Por lo que también resuelve que los frutos se deben al heredero desde la muerte del testador. No obstante, termina diciendo: «Sin embargo, el lector podrá meditar más sobre este punto. ¿Qué diremos si la cosa legada no perteneciere al testador, y sí al heredero o a un extraño?»

Concretamente, con relación al legado parciario, antes de la modificación que significó la ley 20 de Toro, fué dictamen de Antonio Gómez (379) «quod in hoc legato, ipso jure, non transit dominium in legatarium, pro illa parte, et quota in qualibet re, sicut transit in aliis legatis». En dos argumentos fundó su opinión: 1.º) En la ley «quis bonorum» (Dig. XXX-único, 23), que disponía que los frutos no correspondiesen a un legatario de cuota, sino a partir de la mora del heredero: 2.º) En la opción concedida al heredero en el párrafo final de la ley 26 h. t. del Digesto, «quia quando aliquid est in obligatione, si tamen est incertum in solutione, numquam transit dominium, ut in legato alternativo vel optionis».

Después de la ley 20 de Toro desaparece el segundo argumento. El primero, relativo a la adquisición de los frutos, resulta, por la misma razón, mucho más discutible. Pues, si la modificación expresada significó un cambio de naturaleza en la posición del legatario parciario, dicho cambio debía repercutir en la solución del problema de la adquisición de frutos. Por eso, nos parece que Antonio Gómez (380) incurre en petición de principio al decir, poco después, que si el legado «consistit in parte, et quota bonorum, fructus debentur temporae morae, quia similiter non transit dominium». En contra de lo cual, entendió Acevedo (381), «et an aditio non requiratur, haeredem fructus deberi a die mortis testatoris indistinte..., omisa distincione adhibita per Antonio Gómez».

Angulo (382), admitiendo la misma regla general que Gómez, en cambio señala dos excepciones a la misma. Una en el prelegado de cuota con asignación de cosa cierta para su pago, en cuyo caso opinó que el dominio de la cosa, al fallecer el causante, pasaba automáticamente al prelegatario (no en cambio el del resto de la cuota que quedare por cubrir). Y, otra, en el prelegado de cuota, en cuyo supuesto estimó que el condominio de los bienes de la herencia, en proporción correspondiente a su participación, también le adquiría automáticamente el prelegatario de cuota. Tanto en cuanto a la parte en la cual su cuota hereditaria absorbía al legado, como en la porción que debía recibir de sus coherederos. Como

(379) *Voriae...*, I, XII, núm. 21, pág. 166.

(380) Loc. cit., núm. 22, vers. «Si veris», pág. 167.

(381) Op. y vol. cits., L. V, tit. IV, ley I, núm. 126, pág. 110.

(382) Op. cit., lex IV (20 Tauri), gl. IV, núm. 2, vers. «Quod vero attinet» y «Quo ad partem etiam», pág. 352.

razones señaló que el prelegatario que acepta la herencia produce la confusión de ambas atribuciones, y además que puede utilizar el juicio *familiae erciscundae* para pedir el legado («*Datur autem inter eos, etiam pro parte praelegati, actio familiae erciscundae*») (383).

Muchos años más tarde, Llamas y Molina (384) criticó la tesis de Angulo. A su juicio: por ser la *actio familiae erciscundae* mixta de real y personal, no podía deducirse de la facultad de ejercitártala la transferencia al prelegatario parciario de la parte que le debían sus coherederos. Ciñéndose al concepto romano de prelegado, estimó que al fallecer su causante el prelegatario de cuota sólo adquiría la propiedad de la parte absorbida por su propio título de heredero, y, que del resto de la cuota prelegada sólo obtenía el dominio al serle entregada por sus coherederos.

A juicio nuestro la cuestión fué planteada, por Antonio Gómez y por Sancho Llamas, sobre presupuestos ya superados en la ley 20 de Toro.

La opción concedida en la ley 26 h. t. del Digesto ofrecía una base para afirmar que el legatario de cuota no era cotitular del activo hereditario. Pero esa opción desaparece con la ley 20 de Toro.

Se alega también la ley 23 Dig. h. t. como argumento. Pero esa disposición no era sino un corolario del criterio romano clásico aplicado a la adquisición de los frutos en el legado de cuota. Si lo que se discute es si la base sustancial fué modificada, nunca podrá usarse como argumento, en contra de dicha modificación, una consecuencia que era, sin duda, cierta antes de la pretendida modificación y precisamente derivada de esa antigua norma. Al contrario, hay que comenzar por resolver primeramente si la esencia o naturaleza ha sido modificada para poder deducir luego si igualmente deben entenderse variados los resultados.

Por otra parte, la necesidad de su entrega por los herederos y la exclusiva facultad de liquidación que a éstos corresponde, no son argumentos suficientes para negar aquella cotitularidad. También en los legados de cosa cierta (cuya inmediata adquisición por el legatario ya no fué discutida después de las citadas leyes de Partidas y del Ordenamiento de Alcalá) es el heredero quien debe entregar la posesión al legatario y hacer las consiguientes reducciones, en su caso, que dicho legatario—de no aceptarlas—sólo judicialmente podrá discutir.

Sobre estas bases, para resolver la cuestión, holgaba distinguir el prelegado de cuota del simple legado de parte alicuota. Ni tampoco el legado vindicatorio del *damnatorio*—cuya fusión rea-

(383) Para ello se apoya en la extensión a los legados (en virtud de la ley 2. Cod. VI-XLIII) de lo dispuesto para los fideicomisos en la ley 7. Cod. III-XXXVI, que ordena al Juez que acomode sus funciones a que se observe la voluntad del testador.

(384) Op. y vol. cits., ley 20, números 41, 42 y 43, páginas 370 y siguientes.

lizó la ley 2 Cód. VI-XLIII—. Tanto más tratándose, en ambos casos, de bienes comprendidos en la herencia, como es una cuota del haber, y no existiendo opción alguna por parte del heredero para pagar la estimación, a partir de la repetida ley 20 de Toro.

c) A otro respecto es opinión interesante, que aquí conviene subrayar, la que expone Antonio Gómez (385) siguiendo a Baldo, Alejandro, Corneo y otros doctores, «*quod verbum lego, adjectum universitati bonorum inducit directam institutionem*». El jesuíta Luis de Molina (386) nos explica que: «aunque el testador dijese: *lego todos mis bienes a Pedro*, sería una institución de bienes y no un legado»; por razón de que «en los contratos y en las disposiciones de última voluntad se ha de atender más bien a la realidad del asunto y no a las palabras que lo expresan, cuando no conste la voluntad en contrario de los contratantes o del testador; y si el testador quiere que todos sus bienes pasen a alguien directamente, es que le instituye heredero».

Es decir, no conteniendo el testamento institución formal de heredero, pero no demostrando tampoco el testador en otra forma su voluntad en contrario, debía entenderse como institución de heredero la disposición conjunta y unitaria de *todos* sus bienes aunque la hubiese otorgado utilizando el verbo *legar* (386 bis).

C) *Posibilidad del legado de parte alicuota en el régimen del Código civil.*

El Código civil sólo alude al legado de parte alicuota en el artículo 655, en forma incidental y harto desafortunada (387). En cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere expresamente al mismo en sus artículos 1.038, 1.049, 1.055, 1.056 y 1.065.

(385) *Variae...*, I, X, núm. 12, vers. «Item etiam ex sententia Bald.», página 117.

(386) Op. y vol. cits., Disp. 145, núm. 9, pag. 592.

(386 bis) El CARDENAL DE LUCA (*Theatrum veritatis et justitiae*, Lib. XI, Pars. I, «*De Legatis*», Disc. LII, núm. 6, pág. 75 y siguientes) abundó en esta opinión: «Dicebam igitur, quod haec ultima distinctio probabilior videbatur: *Licet enim antiquum jus Digestorum circa titulum haereditarium nimium insistat in subtilitate, seu formalitate verborum Attamen ista subtilitas de jure novo Codicis rationabilius sublate* est, quoniam ubicumque dispositio universitatem contineat, tunc haereditariam qualitatem importat, non curando, an per verba haeredis institutionem denotantia, vel per alia, quae denotent legatum, dispositio concepta sit, spectando potius substantiam dispositionis, super ipsa universitate, quae omnium activorum, ac passivorum iurium complexiva sit...».

(387) OSSORIO MORALES (*El legado de parte alicuota*, en «*Estudios de Derecho Privado*», Barcelona, 1942, páginas 124 a 131) señala que el art. 655 de nuestro Código es una copia del art. 1.092 del Código italiano de 1865, cuyo último párrafo era también bastante deficiente, pero cuya traducción empeoró aún. Evidentemente, pese a la salvedad que hace dicho precepto—«que no lo sean de parte alicuota»—, todos los legatarios, *sean de la clase que sean*, en cuanto llamados a recibir un legado por voluntad del causante, carecen de acción—como tales legatarios—para intentar la reducción de las donaciones dispuestas por su *de cuius*.

Es cierto que, por ser la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior al Código, no puede darse valor decisivo a las referencias de aquella al legado de parte alícuota (388). Y, también es verdad, que a excepción de la inoportuna alusión del artículo 655, el Código civil no se ocupa del legado parcial (389), ni siquiera le dedica la menor referencia al regular las distintas especies de legados (390). Pero de ese silencio del Código no puede deducirse la eliminación de aquel concepto. Si su existencia es compatible con los conceptos fundamentales que presiden el sistema sucesorio vigente habrá que admitir como evidencia su posibilidad.

La Ley Hipotecaria alude indirectamente al legado de parte alícuota en el número 7 de su artículo 42 (391) y su Reglamento habla expresamente del mismo en los artículos 146 y 152. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (392), lo mismo que la Di-

(388) El citado OSSORIO MORALES (loc. cit., pág. 132), afirma que el Código civil «deroga todo el derecho civil común anterior, en todas las materias que son objeto del Código, y siéndolo las sucesiones en general, y concretamente los legados, sólo al Código habrá de atenderse para fijar el concepto de sucesión a título singular y las distintas modalidades que el legado puede asumir». Claro que si el concepto del legado de parte alícuota no repugna a los conceptos básicos del régimen sucesorio regulado en el Código civil, no hay obstáculo en que sigan aplicándose los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil en su aspecto adjetivo, y en que, además, nos sirvan para interpretar aquellos principios sustantivos.

(389) El art. 891 del Código civil, según OSSORIO MORALES (páginas 132 a 144), podría, sin esfuerzo dialéctico, suministrar un argumento a favor del legado de parte alícuota, al admitir que toda la herencia se ha distribuido en legados y señalar que, en este caso, salvo disposición contraria del testador, el prorrata de deudas y gravámenes entre los legatarios se haga a *proporción de sus cuotas*. Pero precisamente, a juicio nuestro, no cabe distribuir la totalidad de la herencia en legados de parte alícuota, pues en ese caso estimamos que no serían verdaderos legados.

(390) Para OSSORIO MORALES (loc. cit., pág. 151, nota 74): «Es muy significativo y podría por si solo constituir un argumento contra la admisibilidad de los legados de parte alícuota en nuestro Derecho vigente, el hecho de que el Código civil, a pesar de referirse a los diversos tipos de legado para determinar la forma en que cada uno de ellos ha de pagarse y los derechos del legatario en cada caso, así como el orden en que ha de procederse a su pago (artículo 887), no los mencione; máxime si se tiene en cuenta que semejante legado de parte alícuota—caso de admitirse—sería el que por su naturaleza especialísima habría de plantear mayores problemas.»

(391) Dicho núm. 7 del art. 42, ley Hipotecaria, faculta en términos generales para solicitar anotaciones preventivas al legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria. Relacionando esa declaración con lo dispuesto en el art. 1.038, ley de Enjuiciamiento civil, nos encontramos con que sólo pueden promoverlo los legatarios de parte alícuota, salvo que el testador, conforme al art. 1.039, se lo hubiere prohibido.

(392) Sentencias de 14 de julio de 1898, 11 de febrero de 1903, 15 de enero de 1918, 2 de enero de 1920, 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950, así como la sentencia de la Sala de lo Contencioso de 9 de marzo de 1897.

Del mayor interés es la sentencia de 16 de octubre de 1940, que declaró: «no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no sólo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota, como institución distinta de la de heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano,

rección General de los Registros y del Notariado (393), han aceptado francamente la posibilidad de este legado en nuestro Derecho.

En la doctrina, han sostenido la vigencia de esta figura Mansresa (394), Falcón (395), Sánchez Román (396), Valverde (397), Gayoso (398), Morell (399), Alguer (400), Traviesas (401), Sanz Fernández (402), González Palomino (403), Rosa Sastre (404),

las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también, y principalmente, de los artículos 675 y 668 del Código civil, que imprimen a la intención del causante el rango de ley en la sucesión, máxime en aquellos casos en que por existir disposiciones testamentarias de tipo ético-afectivo o jurídico, aparezca de finida la voluntad del testador, en el sentido de que uno de los instituidos sea continuador de su personalidad y otro sea el legatario de parte alicuota, incluso con exención de cargas...»

(393) Resolución de 4 de noviembre de 1935.

(394) Op. cit., vol. VI (sexta edición, Madrid, 1932), pág. 593. A su juicio son equiparados a los herederos, «porque su derecho está subordinado a la entidad del caudal»; así es que, «aun aceptada puramente la herencia, sólo tienen derecho a exigir su legado cuando queden bienes propios del testador, después de satisfechas las deudas». Pero, añade que, sin embargo, «esos legatarios, como todos, han de pedir a los herederos la entrega del legado con arreglo al artículo 885».

(395) «*Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*» (quinta edición, Barcelona, 1897), tomo III, sec. 2, § X, núm. 10, pág. 298. Dice que supone ese legado «la liquidación previa del caudal hereditario; razón por la que se considera a esta clase de legatarios como unos interesados en la herencia». Y explica que en este sentido el art. 1.038, ley de Enjuiciamiento civil, les da derecho para promover el juicio voluntario de testamentaria.

(396) Op. cit., VI, 2º, pág. 1298 y siguientes. Este autor lo cataloga como una «variiedad especial del legado de cantidad», «consistente en una cifra que sea cuota o parte divisible de la herencia, el tercio, el cuarto, el quinto, etc.»

(397) Op. cit., vol. V, pág. 326 y siguientes. También lo considera como una variedad del legado de cantidad.

(398) *Nociones de Legislación Hipotecaria* (Madrid, 1918), tomo II, páginas 330 y siguientes. Niega toda afición real de los bienes de la herencia a favor del legatario parcial, por estimar que dicho legado «no es de propiedad, lo que está reservado para el específico: es una obligación de dar cosas en pago de la parte concedida por el testador».

(399) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria* (segunda edición, Madrid, 1928), tomo III, pág. 135. Lo define como aquel «por el cual el testador dispone a título particular de una porción proporcional de su herencia».

(400) *Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil. VI. La delación testamentaria*, en «Revista Jurídica de Cataluña», vol. XXXVII (1931), páginas 143 y siguientes.

(401) *Legados*, en «Revista de Derecho Privado», tomo XVIII (abril y mayo de 1931), páginas 98 a 102 y 145.

(402) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), pág. 142. Revisa su posición en estos breves rasgos: «...sucede en una cuota abstracta de la masa hereditaria, puede incoar el juicio de testamentaria y está afectado por las deudas del causante, que reducen el valor e importe de su cuota; pero no responde de ellas con sus bienes propios ni, propiamente hablando, es un sucesor en las mismas».

(403) *Estudios de arte menor...*, loc. cit., págs. 525 a 531. Si bien apoya la distinción del legado de parte alicuota respecto de la institución de herederos conciriendo varios, en la diferencia que pretendió encontrar entre ser llamado a una cuota (caso del legado de parte alicuota), que, a su juicio, supone un *llamamiento mancomunado*, y ser llamado a una *parte alicuota* (situación de todo

Puig Brutau (405), Roan (406), La Rica (407), Ortega Pardo (408), Ginot (409), Núñez Lagos (410), Armero Delgado (411) y Royo Martínez (412). También, después de varias vacilaciones, parece que Castán (413) se inclina en este mismo sentido.

Ha reconocido su existencia, pero asimilando los legatarios parciarios a los herederos, Galindo y Escosura (414), Barrachina (415) y Campuzano (416).

No se definió De Diego (417).

coheredero), que cree significa un llamamiento *solidario en la institución, pero mancomunado en la distribución*.

(404) *Estudios de Derecho Privado. II, Sucesiones* (Madrid, 1948), VI, *El legado de parte alicuota*, páginas 180 y siguientes, y *Notas al Kipp*, volumen I, § 1, I, pág. 13, y vol. II, § 106, I, pág. 162.

(405) Cap. IV del vol. II de los *Estudios de Derecho Privado*, de ROCA SASTRE, páginas 140 a 144, así como la nota 33, en la que distingue al legatario de parte alicuota del heredero que haya aceptado a beneficio de inventario.

(406) *Texto refundido...*, loc. cit., páginas 746 y siguientes. Es el primero, después de largos años de haberse silenciado, que vuelve a recordar el influjo de la ley 20 de Toro en la doctrina del legado de parte alicuota.

(407) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I (Madrid, 1948), páginas 139 y siguientes. Subraya que la asimilación que el art. 152, R. H., hace de los legatarios parciarios a los herederos, «no es, ni puede ser, absoluta, ya que se aplica a figuras jurídicas diferentes».

(408) *Heredero testamentario y...*, loc. cit., páginas 326 y siguientes: «puede darse que se suceda en bienes determinados sin perder la cualidad de heredero, y cabe admitir la sucesión en parte alicuota a título de legatario».

(409) *La responsabilidad del heredero simple...*, loc. cit., pág. 1.068.

(410) Prólogo a la obra de ARMERO DELGADO *Testamentos y Particiones* (Madrid, 1945), páginas XXIII y siguientes. Ver también en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 189 (primer semestre de 1951), *El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil* (páginas de un Prólogo), páginas 43 y siguientes.

(411) Op. cit., núm. 34, pág. 41.

(412) «Derecho sucesorio «mortis causa»» (Sevilla, 1915), pág. 138.

(413) Inicialmente, en su «Derecho civil común y foral» (Ed. 1926, para Oposiciones a Registros, I-2.º, pág. 308), entendió, como SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE, que el legado de parte alicuota era una variante del legado de cantidad. Más tarde (ver su 4.ª Ed. para Notarías, I-2.º, págs. 392 y ss.), declara dudoso la cuestión, inclinándose más a negar la viabilidad actual de esa figura, prefiriendo el criterio que se dió por llamar *objetivo*. Pero, últimamente, en el Prólogo de una obra de DÍAZ CRUZ, «Junior» («Los legados» Madrid, 1951, págs. IX y ss.) parece que vuelve a inclinarse por la admisión de tan discutida especie de legado.

(414) «Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España», T. II (4.ª, Madrid, 1903), págs. 498 y ss. En su opinión: «siendo el motivo de la ley el considerar que el legatario de parte alicuota es en último resultado uno de los herederos...», los bienes de la herencia «le pertenecen en parte alicuota».

(415) «Derecho Hipotecario y Notarial» (Castellón, 1910), T. I, págs. 125 y ss.: Acepta que a quien se le deja una parte alicuota del caudal «en el fondo es un heredero, y como tal en el juicio de testamentaria tiene garantidos sus intereses».

(416) «Elementos de Derecho Hipotecario», 2.ª Ed., Madrid, 1951, T. II, página 16 y nota 1, en dicha pág. y la sig. Se expresa en igual forma que Morell.

(417) «Instituciones...», cíts., vol. III, págs. 488 y ss. Empieza diciendo que es un legado de cantidad, que en este caso es expresión numérica de una cuota parte de la herencia; pero concluye afirmando que «dada la intrínseca naturaleza de este llamamiento se asimila por muchos modernos a una institución de heredero».

Y, siguiendo la opinión iniciada entre nosotros por un gran jurista extranjero, el italiano Ferrara (418), que esporádicamente quiso extender su magisterio a nuestro Derecho, sin conocerlo a fondo, han negado toda vigencia a esa discutida figura, su principal contradictor Ossorio Morales (419), Antonio Polo (420), Bonet (421), Porpetta (422) y, recientemente, el jurista cubano Diaz Cruz, junior (423).

Ferrara trató de separar de modo tajante como criterios distintos, para distinguir las figuras del heredero y del legatario, los sistemas que denominó *intencional* o *subjetivo* y *objetivo* o *realista*, afirmando que sólo este último debe ser tenido en cuenta: «La cualidad de heredero no resulta *mera voluntate, sed ex re*. Es necesario que el testador otorgue una *disposición a título universal* y no simplemente que quiera nombrar algún heredero. ctorgando, sin embargo, una disposición a título singular».

Arrancando de esta concepción como premisa, Ossorio Morales (424) se detiene en la declaración del artículo 660 C. c.: «Llámasé heredero al que sucede a *título universal* y legatario al que sucede a *título particular*.» Concluyendo que, igual como dice el artículo 760 del Código italiano de 1865, deben entenderse a título universal «las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad o una cuota de los bienes del testador». A su juicio, «hay *sucesión a título universal* cuando se sucede en el patrimonio del causante—activo y pasivo—considerado como unidad

(418) «Estudios sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la Legislación española», T. X (Noviembre 1923), págs. 329 y ss.: «Si uno deja todos sus bienes, muebles e inmuebles, a una persona o mitad de ellos a una y mitad a otra, dispone en realidad de su entero patrimonio y por ende otorga institución de herederos» (págs. 330-1). En cambio, considera como legado la disposición de todos los bienes muebles o de todos los bienes inmuebles, o un conjunto de bienes individualizados por su procedencia, situación u otra circunstancia (pág. 332).

(419) Op. cit., págs. 116 y ss.

(420) En la recensión del citado trabajo de OSSORIO MORALES, en «Rev. Dr. Priv.», T. XXIV (julio-agosto 1940), págs. 199 y ss., donde concluye que «parece obligado negar la admisibilidad de esta extraña figura del *legado de parte alicuota*; decidiéndose a favor de su calificación como una propia y verdadera institución de heredero en una cuota del patrimonio hereditario».

(421) Comentario a la S. de 16 octubre 1940, en «Rev. Dr. Priv.», T. XXV (enero 1941), págs. 40 y ss. Califica de «construcción endeble» la del legado de parte alicuota.

(422) «Naturaleza jurídica de la legítima», loc. cit., pág. 167. En ella habla de «el carácter hermafrodita o monstruoso de esa figura, que hoy no tiene razón de ser, y cuyo único encaje dentro de nuestra sistemática está en la aceptación de herencia a beneficio de inventario». Si bien luego concede: «La única diferencia perceptible entre ambas modalidades podría consistir a lo sumo en que la parte del pasivo del legatario parcialio lo satisficiera el heredero directamente a los acreedores, repitiendo contra el titular del legado».

(423) Op. cit., págs. 485 y ss.

(424) Op. cit., págs. 134 a 141.

abstracta, independiente de los elementos singulares, cualquiera que sea la naturaleza, número y valor de éstos» (425).

Notemos la no coincidencia de estas dos afirmaciones de Osorio que acabamos de transcribir: «Llamar a la universalidad o a una cuota de los bienes del testador» no es cosa idéntica a llamar «a todo el patrimonio del causante, con su activo y su pasivo». Existe, entre ambas asignaciones, la misma diferencia que los clásicos—como vimos—subrayaron entre *pars hereditatis* y *pars bonorum*.

No escapó esa diferencia al fino instinto jurídico de De Buen. «Se suele definir (al legado de parte alícuota)—dijo—como un legado de una participación ideal, numérica, del *caudal hereditario*. Un legado hecho en esta forma cae dentro de la definición dada de la institución de heredero por el artículo 660 del Código civil; y, por lo tanto, no debe estimarse como un legado. Otra cosa sería si la fracción numérica no se refiriese a todo el *patrimonio del causante*, sino a determinados bienes (*aunque fueren todos los conocidos*)» (426). Las palabras que hemos subrayado nos indican que De Buen supo distinguir el pretendido legado de una cuota del *caudal hereditario* o *patrimonio del causante* (cuota de herencia, *pars hereditatis*) del legado de una *parte alícuota de todos los bienes del testador* (*pars bonorum*). Posición precisada por otra afirmación de este autor en obra anterior (427): «para ser posible el legado parciario es necesario aceptar que el testador puede transmitir a una persona una parte alícuota de la herencia sin concederle la representación de la misma para los efectos del pago de deudas» (428).

(425) GINOT (loc. cit., pág. 1068) afirma certeramente "que OSSORIO MORALES, al mantener la teoría antes expuesta, atribuye a los efectos el carácter de causa". «Por otra parte—añade—no creemos que sea correcto recurrir al artículo 760 del Código civil italiano de 1865 para interpretar nuestro Código, y a mayor abundamiento, cuando en éste no existe una norma semejante.

(426) Notas al COLIN y CAPITANT, cit., vol. VIII, pág. 285.

(427) «Derecho civil» (Madrid, 1922), págs. 845 y ss.

(428) TRAVIESAS (loc. cit., pág. 169), critica esta afirmación de DE BUEN de que no cabe admitir que el testador pueda transmitir a una persona (el legatario) una parte alícuota de la herencia sin concederle la representación, de la misma, para los efectos del pago de deudas a su juicio: «Esta llamada representación, para este pago, puede ser atribuida por el testador al legatario. El testador puede imponer la responsabilidad al legatario para pago de legados en la medida que tenga por conveniente (art. 891 C. civ.).»

Entendemos que Traviesas no separa debidamente varias cuestiones totalmente diversas: 1.º) La responsabilidad frente a los acreedores, aspecto externo, y la determinación interna de quien entre los sucesores del causante debe satisfacerlas, determinación que no afecta a los acreedores por no limitar su facultad de dirigirse contra cualquiera de los herederos. 2.º) La responsabilidad por deudas y la responsabilidad por legados u otras cargas impuestas por el causante. Mientras éste sólo puede regular aquéllas a efectos puramente internos, la responsabilidad por legados y cargas puede modelarla en todas sus dimensiones y aspectos por la razón de que éstos sólo dependen de su voluntad creadora.

Cierto que el testador podrá imponer como una carga más a los legatarios el pago de deudas, pero con ello no liberará a los herederos de su responsabilidad

Realmente, ¿qué diferencia sustancial existe entre atribuir a una persona cierta cosa que equivalga a dos tercias partes del valor del activo hereditario o bien asignarle dos tercias partes de dicho haber? La diferencia se encuentra, en cambio, comparando, de una parte, la sucesión en las *relaciones jurídicas del causante*, aunque sea coparticipando de ellas, en una proporción dada (v. gr., de dos tercios), juntamente con otros designados, y de otra, la simple *adquisición*—sin subrogación de posición—de una cuota igual del *activo líquido*, háyase hecho en uno y otro caso la disposición in abstracto o bien con asignación concreta de bienes.

Por otra parte, como ha recordado Núñez Lagos (429):

«El llamado criterio objetivo tenía en su trasfondo un concepto erróneo del patrimonio del causante. La teoría clásica del patrimonio unificado y la falsa concepción de la *universitas iuris*. Se pretendía que los artículos 669 y 671 consagraban la necesidad de que sólo es heredero el llamado a la totalidad o parte alícuota de la herencia. Pero esos artículos del Código civil reflejan con toda claridad, como las Partidas, un pensamiento *cuantitativo* y no *cualitativo*, y así nos hablan de *todos* los derechos (en plural) y no del derecho de *todo* o *al todo*, el derecho entero, la totalidad patrimonial como una unidad *ideal*. Pero ni en poder del causante antes de morir, ni en manos del heredero el patrimonio relicto no es una unidad, una *universitas*».

«Lo que quiere decir el Código—sigue explicando Núñez Lagos—, de acuerdo con la realidad y con la tradición jurídica españolas, es que todos los derechos y las deudas del causante se transmiten a la vez *in actu* de un solo golpe, simultáneamente, por un único título o causa de adquirir, título que, por esto precisamente, se llama universal.»

Remachando más adelante (430): «En todas las herencias totalmente desprovistas de activo, en que no obstante el testador ha nombrado heredero, incluso a sabiendas de que no hay bienes, el título de heredero subsiste y es lo suficiente eficaz para hacerle responsable del pago de todas las deudas. Y, en consecuencia, si no hay bienes relictos no sería un criterio objetivo, realista, *ex re*, sino un criterio meramente formalista y formulista; de otro lado, dicho criterio objetivo no lo recoge el Derecho

personal y solidaria. Será eficaz dicha asignación pasiva a efectos de que el acreedor pueda dirigirse también contra el legatario gravado con dicho pago si acepta el legado. Así como a efectos de las relaciones entre los herederos y el legatario, contra el cual podrán aquellos intentar repetir lo que hubiesen satisfecho a los acreedores.

Finalmente, el supuesto del art. 891 debe mirarse con cautela. En primer término, por su carácter excepcional. Y, además, es precisamente discutible, como indicamos, que en este caso los legatarios sean de hecho verdaderos legatarios y no herederos, con responsabilidad limitada o no.

(429) Prólogo cit., pág. XXVI (pág. 406 de vol. cit. de la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.»).

(430) Págs. XVIII y s. y págs. 408 y s. (locs. cits.).

vigente. Nuestro Código, de acuerdo con las Partidas, lo que dice (artículos 668 y 675) es que heredero es quien el testador quiera, dándole este nombre, u otro, con tal que esté clara la voluntad o la intención del testador «acerca de este concepto», según el tenor literal del mismo testamento. No aparece por parte alguna la necesidad de dejar al heredero la totalidad o una fracción aritmética de la herencia...» «El heredero es antes que la herencia. El título de heredero, bien latente o expectante, bien explícito y actual, por la aceptación, es el que hace la herencia o título de herencia.»

Roca Sastre (431) afirma que: «El Código civil sigue el sistema romano de la *successio*, si bien con dos modificaciones: la de que rechaza el juego de la *institutio ex recerta* y que no exige que formalmente se use el *nomen heredis*, bastando que la intención o voluntad del testador sea considerar heredero al favorecido.» A su juicio, el Código exige la concurrencia conjunta de dos requisitos: uno *objetivo* (llamamiento universal) y otro *subjetivo* (a título de herencia). «Estos dos requisitos—dice—deben reunirse conjuntamente; en cuanto falta uno de ellos hay un legado, pero no una institución de heredero...» «Si falta el elemento objetivo, hay un legado de cosa singular, y si falta el requisito subjetivo, tenemos un legado de parte alicuota.»

A juicio nuestro, no existe un antagonismo radical entre los criterios subjetivo y objetivo. Ambos deben coincidir si el segundo es rectamente entendido: es decir, interpretado a tono con la tradición jurídica y no al modo germánico.

Nuestro querido y llorado maestro Alguer (432), con su certa visión, ya observó que «se plantea mal el problema cuando se le hace consistir, como es corriente entre nuestros autores, en la elección de uno de estos dos criterios: subjetivo... ; objetivo...». «Este modo de enfilar el problema—prosigue—es superficial e inconsistente, porque no puede establecerse en modo alguno la pretendida oposición, porque no cabe desarticular la voluntad y el efecto práctico de la disposición. Decir, como Ferrara, que la cualidad de heredero no resulta *mera voluntate, sed ex re* equivale a escindir en dos una sola cosa. La *res*, el elemento objetivo de una disposición testamentaria, lo *dispuesto*, no es sino lo que haya requerido el testador con su intención (665, 668, ap. 2.º), la *verdadera oposición está y sólo puede estar entre la intención y las palabras*» (subrayamos nosotros).

No es lo mismo disponer de una cuota abstracta del activo bruto o líquido, que atribuir la cualidad de heredero. Y la diferencia no es solamente subjetiva, sino totalmente objetiva. No es igual tener derecho a una participación en una masa de bienes que suceder—solo o con otros herederos—en todas las relaciones

(431) «Estudios...», vol. y loc. cits., págs. 188 y 194.

(432) Loc. cit., págs. 141 y s.

jurídicas del causante, colocándose en idéntica posición jurídica que el *de cuius*. Como ya distinguió Vinnio (433), una cosa es adquirir a *título universal* y otra cosa es adquirir *una universalidad a título singular*. Así como cabe obtener a título universal una sola cosa singular. V. gr., se puede ser heredero de una herencia integrada por un único bien individual y se puede adquirir a título singular, por ejemplo, el de compra, una universalidad, una herencia o cuota de la misma.

Matiza Traviesas (434), que «el heredero se halla, con respecto a la herencia, en la misma posición jurídica que ocuparía el causante si viviera, incluso con respecto a la herencia que sólo contenga un pasivo... esta posición jurídica es indivisible... ; en cambio, lo fraccionable es la herencia en sentido objetivo: los bienes. Y en ellos puede tener participación, sin duda, tanto el heredero como el legatario. Y la participación, para ambos, puede ser en parte alicuota... La dificultad, en la práctica, puede estar en determinar qué es lo que quiere el testador: el atribuir a un sucesor su misma posición jurídica... o no atribuirla. La cuestión es de interpretación de voluntad».

Para resolverla correctamente hay que partir de que la voluntad del testador es ley de la sucesión, sin más límites que los legales. Es decir, como nota el propio Alguer, los de las legítimas y los que limitan las vinculaciones (435), así como los relativos a

(433) Op. cit., cap. XXIII, pág. 40 y s.

(434) Loc. cit., pág. 102.

(435) Prosigue ALGUER (pág. 142 y s.): «...pudiendo (el causante) con tales salvedades disponer a título de herencia o de legado y hacer las particiones de bienes en la forma que el testador tenga por conveniente e imponer gravámenes y condiciones como quiera y a quien quiera, abarcando en tales facultades de partit y gravar la de atribuir las cargas de las deudas; de suerte que el testamento es un negocio jurídico y, como tal, en él la voluntad se encamina al efecto práctico y no a una categoría jurídica determinada... Por ello, si la voluntad del testador enfilá los efectos prácticos que son propios del legado, éstos serán los que se producirán en Derecho, y el instituido será legatario aunque se le llame heredero, y viceversa, sin que ninguna otra circunstancia ponga obstáculo a que su voluntad sea cumplida».

«Sería precipitado proclamar—añade—que en el Código español es imposible el *legatum partitionis* sobre todo si con ello se quiere significar que el testador no podría conferir a una persona una cuota del caudal relictio exonerándole del pago de las deudas. Basta señalar esta consecuencia para advertir que la tesis es absurda. El testador... es soberano para disponer sus bienes y prorratizar sus deudas (1.056, 1.084, 891). La situación del legatario de parte alicuota es, en cierto modo, ambigua, pues de un lado encaja en ella una de las características propias del heredero, el suceder en una parte del *universum*, y de otro, le es extraña la consecuencia de la anterior, o sea el responder *ultra vires* de las deudas y cargas. ¿Cuál de esas dos características es la preponderante para decidir si el que es así favorecido en testamento es heredero o legatario? En rigor, tanto podría llamársele heredero de parte alicuota como heredero excusado de gravamen de deudas».

Dos observaciones nos permitimos hacer:

1.º El testador es soberano para prorratizar sus deudas a los efectos internos entre los herederos, pero no a los efectos externos respecto a los acreedores. También puede atribuir bienes dejando a sus destinatarios libres de responsabilidad

la responsabilidad frente a los acreedores (arts. 1.005, 1.085 y 881 C. c.) y a las formalidades correspondientes a su limitación (arts. 1.010 y sigs.).

Ahora bien, el causante para expresar su voluntad ha de valerse de palabras: técnicas o vulgares. Palabras que puede usar: al llamar o designar a la persona favorecida o al hacerle la asignación o atribución. Sea como sustantivos o como adjetivos, referidos a la persona o al objeto, o como verbos aplicados a su disposición. Todas esas palabras tienen un valor en cuanto tienden a reflejar la verdadera voluntad del dispuesto. Unas pueden ayudar a descifrar el sentido de las otras. Pero tampoco será extraño que resulten en contraposición recíproca. Aquí surge precisamente el problema.

El causante puede llamar al destinatario con los títulos de heredero, legatario, fideicomisario, o, incluso, no darle designación alguna.

Como verbos puede usar alguno de los que jurídicamente tengan un sentido técnico como son: *instituir*, *heredar*, *legar*; o bien de significación puramente vulgar o común, sea de acción directa como *dejar*, *suceder*, etc., o de acción indirecta, como *entregar*, *pasar*, *resituir*, etc. (refiriendo en estos últimos supuestos la acción al tránsito del primer llamado a otra persona).

En fin, con referencia a la atribución puede hablar de la herencia en general o de una cuota o parte alícuota de la misma (*pars hereditatis*); de todos sus bienes de cualquier clase, presentes o futuros, o de una cuota de ellos (*pars bonorum*); de un grupo de bienes determinados por su especie, situación, procedencia, etc., o de una participación de los mismos; de un género o especie determinados en calidad y cantidad; de una cosa específica o de varias, sean propias del testador, del heredero o del legatario gravados o de un tercero; de un derecho real o personal; etc.

A veces la ley da un valor relevante, trascendental y decisivo a ciertas denominaciones. Así sucedía en Derecho romano con la palabra *heredero*. Ese nombre tuvo un valor quasi sacramental. Se imponía sobre la *asignatio* cuando no estaba de acuerdo con ella. Sólo excepcionalmente, a partir de la ley *Quoties certi quiudem*, de Justiniano, cuando ese *nomen* quasi sacramental se daba a varias personas, cuyas asignaciones en unas concordaba con

directa por deudas—como *inter vivos* al donar—, pero eso sólo mediante disposición de legados.

2.^a El heredero, como continuador de las relaciones jurídicas del causante—según el mismo ALGUER acepta (pág. 137)—debe responder de sus deudas solidariaamente. El activo se lo podrán concretar, pero el pasivo tan sólo a los efectos internos. No cabe, pues, un heredero exonerado del pago de las deudas y contra el cual no puedan dirigirse directamente y de modo principal los acreedores del causante. Si el testador quiere ese resultado habrá dispuesto un legado parcialio. cualquiera que sea el nombre que le haya dado.

aquel y en otras no, se entendió que únicamente eran verdaderos herederos aquellos en quienes concordaban *nomen* y *asignatio* (*heres ex asse*) y se consideraron como legatarios a quienes, en concurso con otros regularmente llamados, les fueron referidos en contradicción *nomen* y *asignatio* (*heres ex re certa* en concurso con *heres ex asse*).

Hoy ha desaparecido todo el valor mágico de la palabra *heredero* (arts. 668, 2.^o y 778). Pero eso no significa que tengan más valor las palabras utilizadas para expresar la atribución. Han de valorarse una y otra para conocer la verdadera voluntad del testador. E incluso, comparándolas en conjunto con las utilizadas para la designación, y las atribuciones referidas los demás llamados.

Nos interesa subrayar algunos llamamientos que, a primera vista, parecen verdaderas paradojas, v. gr.: «lego mi herencia» o «tal cuota de la misma»; «instituyo heredero en tal cosa cierta»; «en tal porción de mis bienes» o «en todos mis bienes». Así como otros expresados en forma vulgar, v. gr.: «dejo tal porción de mis bienes».

De alguno de ellos nos hemos ocupado anteriormente. Es el caso de la institución en cosa cierta.

Los llamamientos hechos en forma común a la herencia, a todos los bienes o a una parte alícuota, de una u otros, también los examinamos, a través de los autores clásicos de Derecho común, en la primera parte de este trabajo. Allí vimos cómo los llamamientos hechos en esa forma, no sólo nombrando la universalidad de la herencia, sino incluso llamando a todos los bienes, se entendían hechos a título universal. Así lo decidió la ley 6, título III, sexta Partida, en su versículo final, cuando el testador dijera «Fulano sea señor de todas mis heredades»; «haya todos mis bienes»; o «dexo todo lo que he». También comprobamos cómo, en cambio, fué discutidísimo si debía entenderse a título de heredero el llamamiento hecho con palabras comunes a una cuota, fuese de herencia o de la universalidad de los bienes.

También se distinguió el llamamiento hecho a una cuota de herencia (*quota hereditatis*) y el dirigido a una cuota líquida de bienes (*quota bonorum*) (436). Por eso los autores castellanos entendieron atribuídos a título de legado los llamamientos al tercio o al quinto dispuestos con palabras comunes (437), ya que tercio y quinto se calculaban una vez deducidas las deudas (438).

Pero, por encima de todo, se procuró interpretar fielmente

(436) Ver las citas que hicimos de Gómez, Parladorio y Gutiérrez en las notas 347, 348 y 349 de este trabajo.

(437) Así DÍAZ DE MONTALVO (*Glosas al Fuero Real de España*, Ed. Salamanca, 1919, lib. III, tit. V, ley 9.^a, y glosa a las palabras «mejorar a algunos»), y PALACIOS RUBIOS (*Glossemata legem Tauri*, en «Opera varia», Antuerpiae 1.626, Ley XXIV, núm. XVIII, pág. 597), etc.).

(438) Ver LLAMAS Y MOLINA, op. y vol. cits., ley XXI, núms. 9 y 10, página 379.

la verdadera voluntad del testador, a la vez que salvar la validez del testamento, moldeando sus expresiones en este sentido cuando era necesario (439).

Esa es la pauta que debe seguirse hoy, conforme resulta de los arts. 668 y 675 C. c. Con la ventaja, para nosotros, de que ni la palabra heredero tiene ya valor quasi sacramental, ni hay necesidad de forzar el sentido de la voluntad del testador y entender las legítimas dispuestas a título de herencia a fin de salvar la validez del testamento, pues aquéllas pueden dejarse hoy por cualquier título.

Pueden resplandecer, hoy más que nunca, aquellas palabras del jesuita Luis de Molina (440): «en los contratos y en las disposiciones de última voluntad se ha de atender más bien a la realidad del asunto y no a las palabras que lo expresen cuando no conste la voluntad en contrario de los contratantes o del testador....».

Sobre esa base podemos resolver en principio—sin perjuicio de las particularidades que en la vida real concurren en cada caso concreto—los supuestos siguientes:

a) *Un legado de la totalidad de la herencia o de todos los bienes del causante* debe considerarse como institución de heredero en caso de no haber designado el testador a nadie en términos generales con dicho nombre.

Ya lo afirmó Baldo, a quien citan Antonio Gómez y Luis de Molina, el jesuita, para respaldar sus opiniones (441). Este último autor concluye: «si el testador quiere que sus bienes pasen a alguien directamente es que le instituye heredero», citando al efecto como prueba la ley «*Quoniam indignum*», tit. «*de testamentis*» del Codex (442).

En cambio, siguiendo a Bartolo y al Abad Panormitano, opinaron Covarrubias (443), Matienzo (444) y Acevedo (445) que la anterior interpretación debía restringirse al supuesto de ser necesario, para sanar la voluntad del testador, traducir la expresión

(439) Son palabras de PALACIOS RUBIOS (loc. cit., núm. XXIII, pág. 596): «la voluntad del testador debe sanarse donde la significación de las palabras no respugne».

(440) Op. y vol. cits., Disp. 155, núm. 9, pág. 592.

(441) Ver antes nuestras notas 385 y 386.

(442) VI-XXIII, 15: «Como sería indigno, por una exagerada interpretación de las palabras, anular las escrituras y las voluntades de los muertos, decidimos que para la institución de heredero no sea necesaria la observancia exacta de las palabras, siendo indiferente que se haga con palabras imperativas y directas o oblicuas. No interesa, por tanto, que se diga: *hago heredero, o quiero, o instituyo, o mando, o deseo, o sea, o será*, pues con cualquiera términos o cualquiera manera de hablar valdrá la institución si expresa claramente la intención de la voluntad. Pues no interesa la institución de las palabras, que tal vez han sido pronunciadas por una lengua medio muerta y balbuciente».

(443) Op. y vol. cits., tit. «*De testamentis*» cap. «*Reynaldus XVIII*» § 1º números 5, 6 y 7, pág. 98.

(444) Op. cit., Lib. V, tit. IV, ley 1.º, glosa 14, núms. 85 y 86, fol. 92 vto.

(445) Op. cit., Lib. V, tit. IV, ley 1.º, núm. 167, pág. 115.

de *legar* toda la herencia haciéndola significar institución de heredero: «nempe—dice Covarrubias—verbum *lego*, additum universitati bonorum inducere, alio non instituto haerede, institutionem haeredis, quando si eam non induceret testamentum minimé posset valere». En cambio en los casos en que esta interpretación no fuese necesaria para dar eficacia a la voluntad del testador debía entenderse aquella cláusula como disposición de una sustitución fideicomisaria universal. Es decir, los herederos abintestato se entendían gravados con un fideicomiso universal a favor de los nombrados legatarios de todos los bienes. Como infería Covarrubias: «verbum *lego*, additum etiam universitati bonorum in codicillis, aut apposite codicillari clausula, nequaquam significare institutionem haeredis sed fideicommissum cum actus hic validus sit abque institutionem haeredis». Y, como la tan repetida ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá (primera del título de los testamentos, de las Recopilaciones), autorizó la validez de los testamentos, carentes de institución de herederos, entendieron evidente que, en Derecho de Castilla, «verbum *lego* additum etiam universitati bonorum, minimé induceret haeredis institutionem, quia ea ad illum actum necessaria non esset».

Hoy no es posible esta segunda solución interpretativa. Porque, como anteriormente vimos, el Código civil no se ha contentado con admitir la validez de los testamentos que no contengan institución de heredero—entendiéndose entonces llamados aquellos que lo sean abintestato—, sino que, avanzando más, considera que si se dispone de todos los bienes de la herencia, sea por el título sucesorio que fuere, no es necesario que subentren los herederos abintestato. Así resulta, «sensu contrario», del párrafo segundo del art. 764 del Código civil: si no queda haber remanente, después de cumplidas las disposiciones testamentarias, no suceden los herederos legítimos.

La interpretación de Bartolo, Covarrubias, etc., no es hoy posible. Sólo cabe optar entre admitir la figura del legado de toda la herencia sin existir heredero, o por entender que aquél, aunque el testador impropiamente le llamara legatario, es, en realidad, un auténtico heredero universal. Pero, como la primera alternativa supone una contradicción «in terminis», sólo la segunda nos parece aceptable. Además, es la que mejor conjuga con la norma interpretativa contenida en el segundo párrafo del artículo 668 del Código civil. La tesis de Baldo, Antonio Gómez y el jesuíta Luis de Molina, sigue, por lo tanto, en pie en nuestros días.

Cierto que, técnicamente hablando, la expresión *todos los bienes* no corresponde a *toda la herencia*. Esta se compone de la totalidad de las relaciones, tanto activas como pasivas, del causante no extinguidas con su muerte. Pero el uso vulgar, consagrado incluso en la ley—v. gr. en la citada Ley 6.^a, Tít. III, sexta Partida—, ha asimilado ambas expresiones cuando se re-

fieren a la universalidad, a la totalidad, entendiendo que a quien se atribuyen todos los bienes se le asignan igualmente todas las relaciones, no sólo las activas sino también las pasivas.

A esta solución podría oponerse el contenido de la Sentencia de 15 enero 1918 que consideró como verdadero legado un legado universal—no acompañado de designación de heredero alguno—al que aplicó el artículo 917 y no el artículo 914 C. c. Pero no hay que olvidar que este fallo regularmente sólo obedeció a aquel viejo y justo principio, que acabamos de recoger de la pluma de Palacios Rubios traduciéndolo al castellano: «la voluntad del testador debe sanarse donde la significación de las palabras no repugne». Ahí las palabras no repugnaban. Aceptándolas se respetó en lo posible la voluntad del testador—equivocando la preterición a cambio de una inevitable reducción—. Y en su cumplimiento, ni los hechos ni la realidad pudieron ~~de~~mentir la naturaleza de la designación, pues aquel legatario, reducido a una cuota (la mitad de libre disposición de la herencia del descendiente), concurrió a la sucesión con un heredero (heredero abintestato en este caso).

En el supuesto de haberse verificado, además, del legado universal una designación genérica de heredero, deberemos entender que aquella disposición de todos los bienes es un fideicomiso universal, puro tan pronto como el heredero haya satisfecho las deudas conocidas y liquidado el caudal.

Porque la designación de un heredero universal supone su interposición ante aquél a quien se le dejan todos los bienes con palabras vulgares o llamándole legatario, con impropiedad técnica. El nombramiento en un mismo testamento de un heredero universal y de un asignatario de todo el patrimonio, supone la asignación a aquél de la obligación terminante de entregar los bienes a éste.

Con razón la solución será la misma, en uno y otro supuesto, cuando el testador, en lugar de emplear impropiamente el verbo jurídico legal, utilice los verbos comunes dejar, pasar, . . . otros de análoga significación.

b) *Legados de cuota de herencia o de cuota todos los bienes, que sumados agoten el caudal hereditario, cuando el causante no haya designado heredero.*

Creemos que este caso es íntegramente asimilable al primer supuesto del anterior. Aquí en lugar de haber un solo llamamiento hay varios, pero que en su conjunto equivalen a aquél.

Como a dicho Alguer (446): «no siempre la disposición del testador en que se diga: «lego a Cayo la cuarta parte», significará que Cayo haya de quedar exento del pago de deudas, antes bien, por lo general, será una institución de heredero con to-

(446) Loc. cit., pág. 144.

das las consecuencias que le son naturales, dado que no podemos acudir al criterio romano, para el cual bastaba saber si se empleaba o no la denominación de heredero o legatario» (447).

c) *Legados de cuota de herencia o de parte alicuota de todos los bienes cuando se han instituido uno o varios herederos, o si no habiéndose instituido ninguno, los legados no cubren todo el haber.*

Royo Martínez (448) quiere resolver el problema general del legado de parte alicuota con una simple distinción. Reduciendo a dos hipótesis: «si el testador llama a una parte o cuota de la herencia, no importa que dé al llamamiento el nombre de legado, pues se tratará de institución de heredero y el llamado responderá de las deudas como los restantes herederos (art. 768, *a contrario sensu*); si el testador muestra el propósito de asignar a una persona una parte del activo neto resultante luego de liquidadas por el heredero las deudas hereditarias, esta disposición no es referible a una cuota de herencia como *universitas* sino a una cuota de los bienes liquidos (*pars honorum*)». Concluyendo: «en la primera hipótesis todo hace creer en el em-

(447) También puede plantearse, como en el supuesto anterior, si sería posible al testador dejar todos los bienes mediante un solo legado universal o en varios de cuota que agoten el as, ordenando expresamente que los designados no se entiendan herederos, sino verdaderos legatarios y que, por lo tanto, no respondan personal ni solidariamente de las deudas de la herencia, que sólo les deben afectar *«cum viribus»*. A nuestro parecer—como anticipamos más atrás—eso no es posible. Para poder escindir el activo del pasivo hereditario, alguien ha de asumir este último. Tanto los arts. 1.005 y 1.084, en lo que se refiere a los derechos de los acreedores, como las reglas dadas para aceptación de herencia a beneficio de inventario, son de carácter imperativo. El art. 891, por otra parte, no expresa claramente si, en su supuesto, los legatarios de nombre son verdaderos legatarios o se transforman en herederos; ni por lo tanto presupone que su responsabilidad sea limitada, ni la distribución de las deudas a prorrata. Es más probable que sólo se refiera a las relaciones internas entre los asignatarios sin afectar a los derechos de los acreedores de la herencia. En el caso de distribución de *toča* la herencia en legados específicos—como dijimos—podría equivaler la concreta determinación del activo—implícitamente verificada al ordenarlos—a un inventario previamente hecho por el causante, que supliese—cosa muy dudosa—al que debería verificarse conforme a las reglas del beneficio de inventario. Pero, tratándose de legados de parte alicuota, ni siquiera cabe esa alegación.

Insinuamos entonces que, tal vez, cupiera distribuir la herencia en verdaderos legados de parte alicuota, nombrando a la par un comisario, contador o albacea universal de amplísimas facultades, con el encargo de liquidar previamente el pasivo hereditario y distribuir el activo neto entre los nombrados legatarios. Pero siempre nos quedará un reparo. Si apareciesen después de la distribución otras deudas no conocidas anteriormente, ¿responderán los asignatarios de las distintas cuotas en forma diferente de la determinada en los arts. 1.003 y 1.084, pese a no existir ningún sujeto personal y directamente responsable de las deudas del causante, y a pesar de no haberse cumplido las formalidades exigidas para gozar del beneficio de inventario?

Todo ello nos hace insistir en la creencia de que no caben legados de herencia ni de parte alicuota si no hay un heredero que deba liquidar los créditos y deudas de la herencia bajo su responsabilidad y cumplir luego dichos legados o, por lo menos, sin que necesariamente se liquide la herencia por *«officium iudicis»*.

(448) Loc. cit., pág. 138.

pleo inadecuado, por ignorancia, de las palabras «legado» o «legatario». En la segunda, es patente que el testador dispone de una cantidad proporcional o alícuota de otra determinada, pero no dispone «a título universal», es decir, referible a la *universitas hereditaria*.

Es decir, Royo sólo distingue, de una parte, un supuesto evidente de legado parciario, cuando el testador expresamente se refiere a una cuota líquida, y, de otra, la hipótesis en que se contrapongan las expresiones «legar» o «lego» o «legado» con la atribución de una cuota de herencia. Omite, por lo tanto, el examen del supuesto de referirse la acción de legar, según los términos usados por el testador, a una *cuota de bienes* sin precisión de si ésta debe ser líquida o en bruto. Y prejuzga, en el otro caso, que debe darse más valor a la expresión de la *cuota de herencia* que a los términos «legado» o «degar», olvidando que, a veces, el intérprete puede y debe atender a otros datos para precisar la intención del causante.

Hablando técnicamente, el verbo legar se conjuga perfectamente cuando va ligado a una asignación de parte alícuota de todos los bienes. En cambio no concuerda en su aplicación a una cuota de herencia. Atribuir una cuota de herencia es tanto como llamar a coparticipar de activo y de pasivo; bienes, derechos, créditos y deudas del causante. Esa situación corresponde a la del heredero o a la del fideicomisario de herencia, y, por lo mismo, difiere de la del legatario.

Enlazados la atribución de una *pars hereditatis* y el verbo *legar*, surge una contradicción terminológica. Una de las dos expresiones ha de haber sido impropriamente utilizada. La determinación de cuál de ellas sufre la imprecisión terminológica, puede encontrarse comparando esa disposición con las demás contenidas en el testamento. Si junto a ella, hallamos una institución universal de heredero, una designación hereditaria *sine parte* o incluso *cum parte*—expresada por el testador, o legalmente atribuida a tenor de los artículos 764, párrafo segundo, y 912, número segundo, apartado segundo—, la diferente denominación dada a los llamados, o la distinta elección del verbo que expresa la atribución, puede indicarnos que aquel legado de cuota hereditaria es un verdadero legado, y por lo tanto, que no puede referirse a una *pars hereditatis* sino a una *pars bonorum*. En cambio, la expresión en detalle del contenido de la cuota refiriéndola específicamente no sólo al activo—bienes, derecho y créditos—, sino también al pasivo, puede demostrarnos que la incorrección está en la denominación del asignatario, y que verdaderamente se trata de un heredero.

La atribución a título de legado de una *pars bonorum* no hay duda que supone un legado parciario cuando concurra con dicha atribución un llamamiento, testamentario o legal, de uno o varios herederos.

Pero, en cambio, puede surgir otra cuestión interpretativa. La asignación de una cuota de todos los bienes, ¿refiere ésta al activo bruto o al activo líquido? Tradicionalmente—con relación de los legados de quinto y tercio (449)—se ha entendido esto último. Por ello debe considerarse a esta expresión con dicho valor prefijado y ya consagrado en la terminología jurídica. Salvo, es claro, que explícita o implícitamente el testador hubiere significado otra cosa.

d) *Institución de uno o varios herederos «ex re certa» y distribución del resto en uno o varios legados de parte alicuota o del remanente.*

Este supuesto fué planteado por Roan (450), que lo resolvió afirmando su creencia de que «el artículo 768 del Código civil, funciona tan sólo como una presunción de voluntad; por eso, aun a pesar de ser instituido en cosa cierta y determinada, si está claro que el testador ha querido hacer una institución y no un legado, será heredero y no legatario... la cualidad de heredero en nuestro Derecho sigue teniendo mucha de la consideración personal que otrora tuvo».

En este caso el heredero de cosa cierta es heredero y el legatario de cuota sólo es legatario. Aquí hay datos suficientes, para poder deducir que la voluntad del testador no se acomoda a la interpretación del artículo 768 C. c. La voluntad del testador se manifiesta no sólo llamando heredero al asignatario de la cosa cierta, sino que además lo confirma al llamar legatario a los asignatarios de cuotas y del remanente. Por ello, hay que entender que es expresa su voluntad de que el destinatario de la cosa sea heredero universal y, como tal, suceda en todas sus relaciones jurídicas, pero gravado con el pago de legados de cuota. A la par que le concreta, al asignarle la cosa cierta, la parte del activo que debe conservar para sí. Como tal heredero responderá personal e ilimitadamente de las deudas de la herencia—si no utiliza el beneficio de inventario—deberá liquidarlas y satisfacer los legados de cuota, entregando a los legatarios su parte correspondiente del activo líquido, reservándose para sí la cosa asignada.

Los supuestos podrían multiplicarse indefinidamente. Con la solución de los examinados, no pretendemos crear una serie de conjeturas o reglas prefijadas. Tan sólo hemos querido señalar, por medio de ejemplos, una pauta para la recta interpretación de la voluntad del testador, soberana dentro de los límites legales. Cada supuesto concreto puede contener datos decisivos que le distancien de la solución prevista, debido precisamente a mos-

(449) Ver LLAMAS Y MOLINA (loc. ult. cit.).

(450) Loc. cit., págs. 644 *in fine* y 645. «Piénsese—dice—en el supuesto de tres legatarios de tercio y un heredero instituido en una cosa de más o menos valores».

trar una intención del testador diferente de la observada en otros casos de semejante planteamiento. Por ello, si bien cabe señalar criterios interpretativos, en cambio es imposible fijar reglas objetivas e inmutables. La voluntad del testador es soberana y puede ser distinta en cada caso.

D) *Características conceptuales del legado parciario en nuestro régimen sucesorio vigente.*

No es unánime la opinión de los autores que han aceptado la vigencia de la figura que estudiamos. Así:

a) Sánchez Román (451), Valverde (452), Gayoso (453), Tráviesas (454), Roan (455) y Royo Martínez (456), coincidieron en que el legado de parte alicuota sólo concede a su titular un derecho de crédito dirigido a obtener *in natura* una *pars bonorum*. Dichos legatarios no son más que acreedores de cuota, pero no cotitulares de los bienes de la herencia.

Los dos primeros autores—y también Royo Martínez—sin demasiada precisión, catalogan esta institución entre los legados de cantidad. Roan explica que, con ello, «aunque confunden las cuestiones que venimos indicando (la de entender que el contenido de este legado es *pars valoris* o *pars bonorum*, y la de catalogarlo como *vindicatorio* o *damnatorio*), parecen considerar al legatario de parte alicuota como acreedor de cuota».

(451) Loc. ult. cit. Lo cataloga como «variedad especial del legado de cantidad, consistente en una cifra que sea parte divisible de la herencia».

(452) Loc. tilt. cit. En igual sentido que Sánchez Román.

(453) Loc. ult. cit. «El heredero inscribiente—dice—podría vender su derecho hereditario en la parte que en él obtuviese, y al comprador no le afectaría la obligación de pagar el legado, porque no es de propiedad, lo que está reservado para el específico, es una obligación de dar cosas en pago de la parte concedida por el testador. Ya en el Derecho romano el heredero podía dar los bienes suficientes para cubrir la *partitio legata*, o su estimación, a su voluntad, y aunque hoy no tiene esta opción, tiene si una simple *obligatio dandi*, y esto es lo que distingue el legado de la herencia».

(454) Loc. cit., pág. 145. Cree aplicable, según nuestro Código civil, la siguiente doctrina, que recoge de CROME (*System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, V, § 689, num. 10, pág. 689): «En este legado, el causante no quiere hacer entrar al receptor de la parte alicuota en la comunidad hereditaria, codeterminando su destino, sino que el legatario debe exigir su cuota de manos de los otros participes (con la pretensión obligatoria nacida del legado)... ... El legatario no es titular del *universum ius*, en que consiste la herencia, sino que lo es el heredero».

(455) Loc. cit., págs. 748 y s. Después de afirmar que, teniendo en cuenta la reforma introducida por la ley 20 de Toro, el legado parciario, «es *pars bonorum*, no *pars valoris*», añade: «ahora bien, creemos que en lo demás es posible que en nuestro Derecho el legatario de parte alicuota haya que configurarlo como un acreedor de cuota que, por consiguiente, no incide con los demás coherederos en las cosas de la herencia en una situación de copropiedad: no es un cotitular de la comunidad hereditaria, no pudiendo pedir la división de la misma, sino tan sólo la entrega del legado (art. 885), ni se le transmite la posesión llamada civilísima del artículo 440 C. c.».

(456) Loc. cit., pág. 138. Afirma que «es un legado de cantidad incierta, pero determinable, impuesto al heredero».

Nuestro citado amigo, Roan, reconoce que cabe alegar, contra esta tesis, la circunstancia de que el legatario parciario puede promover el juicio de testamentaría. Así lo autoriza el número 3 del artículo 1.038 LEC. Pero, acto seguido, razona contra esta objeción oponiendo dos argumentos.

El primero—del que prescinde por estar basado en el concepto, hoy desecharido, de las acciones mixtas—se lo brindó Llamas y Molina al oponerse a la tesis de Angulo. Antes hemos referido esta cuestión. Ahora, observaremos que las llamadas acciones mixtas tendían a defender una posición o un título personal a la par que sus consecuencias reales. Aspecto, éste último, de tales acciones que desvirtúa al argumento de Sancho Llamas.

El segundo argumento de Roan—en el cual precisamente se apoya—lo extrae del número 4 del mismo artículo 1.038 LEC., que también faculta a los acreedores para interponer el juicio de testamentaría. De lo que deduce: «La facultad de promover el juicio de testamentaría es sólo un medio de aseguramiento que la Ley les concede; pero no transforma su derecho» (es decir, el de los legatarios parciarios). Nosotros, por el momento, nos limitamos a subrayar que, si bien esta observación neutraliza la objeción a la que se opone, en cambio, no es suficiente, por si sola, para probar que el legatario parciario no sea más que un acreedor de su correspondiente *parce bonorum*.

b) Otra posición, radicalmente opuesta, que parece arrancar de unas palabras de la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (457), asimila casi totalmente los legatarios de parte alícuota a los herederos. En esa línea conceptual podemos colocar las opiniones de los hipotecaristas Galindo y Escosura, Barrachina, Morell y Campuzano (458) y la muy reciente de Armero Delgado (459).

El Tribunal Supremo en los considerandos de sus Sentencias de 16 de octubre 1940 y 11 enero 1950, parece que se suma a esa tendencia resumida en las siguientes características:

1.º Sólo el heredero es «continuador de la personalidad del causante», característica que falta en el legatario de la parte alícuota.

2.º Ambos tienen por nota común «ser sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente», «y esta nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante el legatario, como el heredero, adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar matemáticamente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, que-

(457) Decía que, el legatario parciario, «más que legatario puede considerarse como heredero: su condición es parecida en muchas cosas a la de éste».

(458) Locs. ulti. cits.

(459) Op. cit., I, núm. 34, pág. 41.

dando equiparados en este aspecto por idéntico interés el heredero y el legatario de parte alícuota».

3.º El legatario parciario «adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la del heredero a beneficio de inventario». Y así, estando «supeditado como el heredero, a la liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ellas (en las deudas), proporcionalmente a su cuota hasta el límite del haber líquido y no más».

En consecuencia, parece que el criterio distintivo se centra: a) en el dato de «la continuación de la personalidad del causante», que falta en el legatario parciario; y, b) en su responsabilidad por las deudas hereditarias «proporcional a su cuota hasta el límite del haber líquido», semejante a la del heredero a beneficio de inventario, sin necesidad de cumplir los requisitos formales exigidos a éste por el Código civil.

Esta caracterización nos parece deficiente.

En primer lugar, como entre nosotros expuso mi maestro Alguer (460), «las fórmulas de la continuación y representación de la personalidad son equivocadas en cuanto se quiera dar a las palabras el sentido positivo y jurídico que tienen. Personalidad significa capacidad: pues bien, el heredero no deriva su capacidad del difunto, no suprime ni duplica su personalidad. Representación significa no el ser investido como titular de un derecho, sino ejercitarlo en nombre ajeno; pues bien, el heredero es titular de los derechos y relaciones de la herencia y no obra en nombre del difunto sino en nombre propio».

Y en segundo término, no se separan debidamente los conceptos de responsabilidad y afición, ni se deslinda la posición del legatario parciario frente a los acreedores de la herencia y sus relaciones con los herederos. Precisamente, los prejuicios derivados de la idea de la continuación de la personalidad del causante y de la concepción de la herencia como *universitas*, contribuyen a esa falta de matización. La figura del legatario parciario sólo puede ser explicada con claridad, partiendo de la concepción que considera como característica básica de la posi-

(460) Loc. cit., pág. 136 y s. Siguiendo a BONFANTE, *Il concepto dominatico dell'eredità nel Diritto romano e nel Diritto moderno*, en «Scritti Juridici Varii» (vol. cit., págs. 178 y ss.), expone cómo la doctrina de la continuación de la personalidad del heredero por el difunto comienza no siendo más que una metáfora o una ficción para expresar en una fórmula intuitiva, en una bella semejanza, el efecto más aparente, y que aún perdura en la *successio in universum*. esto es, el suceder también en las deudas incluso *ultra vires hereditatis*, o sea más allá del activo hereditario. Tal es el valor que tiene la fórmula en la Novela XLVIII de Justiniano, que en su proemio dice: «*cum utique nostris* videtur legibus unam *quodammodo* esse personam heredis et qui in eum transmittet hereditatem.» Los glosadores la declaran una *fictio*. Pero posterior e insensiblemente comienza a adquirir la importancia de una preciosa construcción jurídica (Grocio, Cuccejo, Wolf, Puffendorf). SAVIGNY le da colorido y la desenvuelve. Pero hacia fines del siglo XIX, los autores más autorizados, como Bruns, Winscheid, Brinz, Ihering, la abandonan.

ción jurídica de heredero su *suceder al difunto en su posición jurídica*, es decir, en todas sus relaciones patrimoniales activas y pasivas.

γ) González Palomino (461), buscando un criterio menos booroso y más objetivo que el inspirador de la Sentencia de 16 octubre 1940, creyó encontrarlo en este dilema: «O se es heredero, y en este caso se tiene un llamamiento universal, o se es legatario, y no se tiene un llamamiento al todo. Lo que no se puede ser es heredero «universal» en una cuota o parte alicuota».

Explicación: «El legado de parte alicuota, por definición, es la atribución de una parte de la herencia. Precisamente por ello, también por definición, no es, ni puede ser, un llamamiento a toda la herencia: un llamamiento universal». En cambio: «En la institución de herederos no puede haber cuotas o partes ni límites....». «La institución de varios herederos es siempre caso de convergencia solidaria, sea cualquiera la cuota de distribución. Los herederos instituidos, resultarán, en definitiva, cada uno adquiriente de una cuota. Pero ese resultado se deriva del hecho del concurso no de la institución. En la institución no cabe mancomunidad. La fijación de cuota en la institución de herederos, es siempre un caso de legado de parte alicuota, de llamamiento limitado, rígido, singular. La fijación de cuotas de institución hace que cada llamado lo sea a un objeto (cuota) distinto. Se tratará de *llamamiento simultáneo divergente*».

Como consecuencia práctica, dedujo González Palomino:

La cláusula de institución de varios herederos, que «implica un llamamiento universal solidario en la institución y mancomunado en la distribución», «deja campo al acrecimiento». En cambio, la cláusula que disponga dos legados de parte alicuota, caso de «llamamiento mancomunado en la propia institución», o «llamamiento simultáneo divergente», no deja lugar al acrecimiento.

En otra ocasión (462), señalamos la inexactitud de dos bases de esta construcción de González Palomino: la pretendida distinción entre cuota y parte alicuota, y el parangón de aquellas cotitularidades con las situaciones de mancomunidad y solidaridad. «No es posible—concluimos—repartir entre dos figuras tan antagónicas como las de solidaridad y mancomunidad, todas las formas de cotitularidad. La realidad es demasiado rica en matices para dejarse encerrar en líneas tan simplistas y rígidas.»

En cambio, igualmente subrayamos la maravillosa intuición de este jurista, de tan agudo ingenio, al distinguir el llamado a *coparticipar en el todo* (coheredero) de aquel a quien se le asigna a *título singular una cuota concreta del haber* (legatario de parte alicuota). «Ello, sin necesidad de llegar..., a una exagerada distinción entre cuota o parte alicuota.» Por cuya razón matizamos después las

(461) Loc. últ. cit., págs 528 y ss.

(462) «Imputación de legados...», loc. cit., págs. 316 a 318.

formulas siguientes: *Legatario parciario*—«llamado a título singular a una cuota o parte alicuota concreta». *Heredero de cuota o parte alicuota*—«llamado a una cuota, parte alicuota o no, como copartícipe del todo junto con los demás coherederos testamentarios o abintestato».

La razón de esa última posibilidad está en la negación, por el art. 764 C. c., del principio «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*». Al estudiar esa cuestión expusimos que el Código civil, sin contradecir el postulado de la universalidad del título de heredero, en cambio, ha venido a negar, con dicho precepto, la necesidad de que abarquen todo el as los herederos escritos o testamentarios llamados a una cuota cuando falten otros llamados por el testador para participar en las demás partes de la herencia. Aun en este caso, han de coparticipar, tanto de ese título universal como de su contenido económico, con otros herederos: los llamados por la ley *ab intestato*, que nunca pueden faltar, pues en último término lo es el Estado.

Con ello desaparece el carácter, antes necesario, de universalidad de la institución testamentaria. Es decir, se borra una de las especies del derecho de acrecer, que más exactamente era un derecho de no decrecer. El Código civil sólo admite el acrecimiento inspirado en la conjunción de llamamientos, inspirado en la interpretación legal de la voluntad del testador, que es aplicable tanto a los herederos como a legatarios y fideicomisarios.

Por lo tanto, falla doblemente la consecuencia práctica deducida con el criterio distintivo elegido por González Palomino. Pues: puede tener lugar el acrecimiento entre legatarios parciarios llamados conjuntamente: y, en cambio, hoy no actúa a favor de los herederos individualmente llamados a una cuota.

Además, aun con esas correcciones, hechas por nosotros, este criterio distintivo tampoco queda matizado suficientemente. Ni el concepto de legado de parte alicuota es expresado de modo completo al decir simplemente que consiste en una atribución concreta de cuota a título singular. Conviene explicar su esencia más detalladamente.

(463) Loc. cit., pág. 143. Asimila su posición a la «de un heredero excusado del gravamen de deudas». Afirmación que concuerda con aquella otra de De Buen («Derecho civil», págs. 843 y s.) de «que para ser posible el legado parciario es necesario aceptar que el testador puede transmitir a una persona una parte alicuota de la herencia sin concederle la representación de la misma para los efectos del pago de las deudas».

(464) Op. cit., pág. 142. Concretamente dice: «Sucede en una cuota abstracta de la masa hereditaria... y está afectado por las deudas del causante, que reducen el valor e importe de su cuota: pero no responde de ellas con sus bienes propios, ni propiamente hablando es un sucesor en las mismas».

(465) «Estudios...», vol. cit., pág. 200. Resume así su posición: «Creemos que el legatario parciario debe percibir su cuota *in natura* en bienes hereditarios, según las reglas de la partición, y que respecto a las deudas hereditarias, en la partición ya debieron ser tomadas en cuenta para fijar el haber líquido partible; y si aparecen deudas hereditarias desconocidas, el heredero podrá re-

d) Según Alguer (463), Angel Sanz (464), Roca Sastre (465), Puig Brutau (466), Ortega Pardo (467) y Núñez Lagos (468), por ser exclusivamente el heredero el continuador de las relaciones jurídicas del causante, sólo él responde frente a los acreedores de las deudas de la herencia, mientras que el legatario parciario simplemente adquiere una cuota del activo líquido de la que es cotitular. La participación de éste no es *pars hereditatis*, sino una *pars bonorum*. Por ello las deudas *le afectan* en cuanto disminuyen el activo, pero *no responde* personalmente de ellas ante los acreedores.

Ese es nuestro criterio, que vamos a expresar en los dos siguientes esquemas:

I.º El heredero sucede *in loco ius*. Ocupa la misma posición del causante en todas y cada una de sus relaciones jurídicas. Si los herederos son varios, su posición en cuanto a las relaciones pasivas tiene carácter solidario.

El causante, que al atribuirles su activo pudo o no designarlos como sucesores suyos, si se decidió a concederles ese carácter dejó fuera de su propio alcance la posibilidad de modificar su ~~consiguiente~~ responsabilidad. Por la misma ~~rason~~ por la que tampoco hubiese podido afectar por actos inter vivos a los titulares activos de sus propias deudas (art. 1.205 C. c.). ~~Sólo~~ a efectos internos puede señalar el débito correspondiente a ~~cada~~ uno de sus herederos, pero sin alterar los derechos de los acreedores.

En cambio, las relaciones activas son coparticipadas mancomunadamente por los coherederos: aunque, individualmente, esta coparticipación no se concreta en cuotas, ni siquiera ideales, de los

clamar del legatario de cuota que le abone la parte correspondiente a esta cuota que el heredero debe haber satisfecho, de modo que, siempre la responsabilidad por deudas hereditarias se concentra en la cabeza del heredero y sólo contra él tienen acción los acreedores de la herencia».

(466) Loc. cit., pág. 143. «Consisten—dice hablando de los legados parciales—en la atribución al legatario de una cuota de activo hereditario, de manera que las deudas de la herencia le afectan *a priori*, pero sólo en cuanto disminuyen el caudal partible sobre el cual ha de proyectarse aquella cuota. Ni el legatario de parte alicuota ni el legítimario asumen personalmente las deudas de la herencia, ni tan siquiera en proporción a su cuota, pues ésta sólo es efectivamente percibida cuando el activo ha sido superior al pasivo. El posterior conocimiento de deudas antes ignoradas sólo dará lugar, respecto a la adjudicación hecha al legatario parciario, a la consiguiente rectificación *de las operaciones de liquidación, división y adjudicación*».

(467) «Heredero testamentario y...», loc. cit., pág. 327 y s. «Lo relevante para ser considerado legatario—dice—es simplemente recibir un valor patrimonial, sin transformarse en nuevo titular de una serie de relaciones jurídicas vacantes. Por ello los legatarios no responden de las deudas del difunto...», «el heredero es un sucesor y el legatario un adquirente; el primero continúa la titularidad de unas relaciones jurídicas y el segundo recibe tan sólo un valor patrimonial; aquél ocupa frente a terceros la posición del difunto con referencia a determinadas relaciones y éste permanece extraño frente a los terceros».

(468) Prólogo cit., pág. XXVII y «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. cit., página 407. «No responde el legatario de parte alicuota porque las deudas disminuirán—*deductio*—el *as* hereditario hasta privar totalmente de contenido económico la alicuota del legatario, pero éste jamás responde con sus bienes propios».

bienes singulares del haber. La titularidad de cada cosa queda transitoriamente indeterminada entre los coherederos.

Pero el testador puede preordenar la sucesión de estas relaciones activas, evitando de antemano esa situación de indivisión e indeterminación. Por tanto, cabe disponer mortis causa del activo con la misma amplitud que por medio de donaciones inter vivos.

2.^o El legatario parciario no sucede en las relaciones jurídicas del causante. Este le atribuye una cuota del activo líquido. Por ser líquida, le deben afectar las deudas de la herencia, aunque no le obliguen personalmente.

Pero esa cuota de activo no es atribuida como un mero crédito contra los herederos. Igual como en el legado de cosa cierta se atribuye de modo inmediato. Aunque, a diferencia suya, en forma indeterminada en cuanto al objeto definitivo en el que debe cristalizarse. Por ello, en cada uno de los bienes de la herencia le corresponde al legatario parciario un derecho indeterminado, indiviso y abstracto, de naturaleza semejante al que corresponde a los herederos.

Este dato separa evidentemente el concepto de legatario parciario, según el actual régimen, del que fué configurado en el derecho romano clásico. El origen de ese cambio se halla en la innovación de las leyes 20 de Toro y 1.^o, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que borraron las razones inspiradas en los frags. 26 § 2 y 27, título único, libr. XXX del Digesto, que lo entendían como legado damnatorio. Cierto, según vimos, que entre los clásicos castellanos no preponderó el criterio de dar tanta trascendencia a dichas innovaciones. Pero, en Derecho vigente, los preceptos del art. 1.038 L. E. C. y de los arts. 42 núm. 7 L. H. y 146 y 152 R. H., así como la doctrina de las sentencias de 16 octubre 1940 y 11 enero 1950, nos demuestran que aquellas viejas innovaciones castellanas han dado hoy todo su fruto.

Matizando diferencias, Roca Sastre (469) y Puig Brutau (470) exponen certeramente las que separan al legatario de parte alicuota del heredero a beneficio de inventario. El primero critica el tecnicismo de la sentencia de 16 octubre 1940, a la par que aclara: «El heredero con beneficio de inventario tiene su responsabilidad limitada en el *quantum* respecto de las deudas hereditarias; pero no por esto deja de ser titular pasivo de ellas, como subrogado en la misma posición jurídica del testador, mientras que el legatario parciario nunca deviene deudor personal de ellas, pues él sólo adquiere bienes, pero no se subroga por vía de *successio* en el débito y consiguiente responsabilidad; él sólo verifica una *adquisitio per universitatem*, y por ende, las deudas de la herencia le afectan *a priori*, por cuanto disminuyen el caudal líquido hereditario partible, como si respondiera de ellas tan sólo *ob rem*, o sea como desfalcos o detri-

(469) Loc. últ. cit., págs. 198 y s.

(470) Loc. cit., pág. 142, nota 33.

mentos de la herencia en sí (471). Tampoco es cierto que el legatario de cuota *haya de participar proporcionalmente en las deudas* a proporción de su cuota y no más, o sea, *intra vires*, a no ser que esta participación se entienda en sentido económico, o sea, de merma en el valor que deba percibir el legatario, pues participa en ellas en este aspecto, pero no como personalmente obligado en virtud de la *successio*, pues ello es propio tan sólo del heredero».

E) *Régimen vigente del legado parciario.*

Para precisar la figura que estudiamos, conviene examinar, punto por punto, qué régimen le corresponde atendidos sus precedentes históricos, su escasa regulación legislativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina general que de todo ello pueda deducirse.

Trataremos de sintetizarlo esquemáticamente en las proposiciones siguientes:

1.^a Como no son herederos, el testamento que disponga uno o varios legados de parte alicuota sin designar herederos no puede ser impugnado por preterición (S. 15 enero 1918). En dichos supuestos no entra en acción el art. 814, sino en su caso el art. 317 C. c. Por eso tales legatarios parciarios no están legitimados pasivamente para que contra ellos se ejercite la acción de nulidad de la institución de herederos fundada en vicio de preterición.

2.^a El derecho del legatario de parte alicuota está supeditado al resultado de la liquidación de la herencia. Solamente será efectivo el derecho de los legatarios parciarios cuando reste activo líquido por

(471) Según GINOT (loc. cit., pág. 1902) el Código civil ha establecido en su art. 1.024 un sistema de responsabilidad *cum viribus* del heredero que acepta a beneficio de inventario, y «la consiguiente administración que implica un proceso de liquidación de la herencia con fines de pago preferente de los acreedores y legatarios». Pero, en realidad, ese procedimiento liquidatorio no supone sino la suspensión temporal de la responsabilidad del heredero con su patrimonio privativo. Mientras no se haya concluido el inventario no se conoce la responsabilidad personal del heredero, y terminado éste, pero en trámite la fase liquidatoria, la responsabilidad personal sigue en suspenso porque, en manos de la administración, se halla pendiente la satisfacción de las deudas hasta donde alcance el activo. La responsabilidad limitada, *«pro viribus»*, personal del aceptante a beneficio del inventario se percibe después de concluido el procedimiento si entonces aparecen nuevas deudas.

Del art. 858, § 2, superficialmente examinado, tal vez se podría pretender deducir que el legatario, en nuestro Derecho, responde *pro viribus* y no meramente *cum viribus*. Pero esa afirmación no puede ser aceptada sin establecer una previa distinción y su consiguiente salvedad. El legatario al aceptar su legado se hace personalmente responsable *pro viribus* de cuantas cargas el testador le impusiere: sublegados, *modus*, o imposición de pagar determinadas deudas (lo que no excusará la responsabilidad personal solidaria de los herederos, sin perjuicio del derecho que les asista para hacer citar al legatario gravado, y luego para repetir contra él).

En cambio, no responde de las demás deudas de la herencia. Existiendo herederos, tan ciertos supuestos, como el expresado en el art. 1.029, o el que referimos en el texto, los bienes estarán afectos, es decir, las sufrirán *cum viribus*, pero nunca responderán *pro viribus*.

distribuir, después de pagadas las deudas, de satisfacerse el suplemento de los legitimarios, en caso de deherse, y una vez cumplidos los legados que, de modo general, afecten a la herencia.

Por eso, Manresa (472), Valverde (473) y Morell (474), estimaron que los legados parciarios, por estar supeditados a la entidad del caudal, tienen la desventaja de que les son preferentes los remuneratorios y los demás legados que se determinan en el art. 887.

Es de subrayar, como otra diferencia entre el heredero y el legatario de parte alicuota, que el título del primero es efectivo aunque en la herencia el activo sea superado por el pasivo. Mientras que, en este mismo caso, el derecho del legatario parciario se reduce a una mera facultad de inspección contable de la partición. La causa de tal diferencia reside precisamente en la doble circunstancia decisiva de que el heredero es continuador de las relaciones jurídicas, activas y pasivas, del causante, mientras que el legatario parciario sólo es un adquirente de una parte del activo neto de la herencia, si lo hubiere.

3.º Los herederos no gozan actualmente de la opción que les concedió el Derecho romano, facultándoles para satisfacer la *partio legata* pagando su estimación. El antecedente histórico de la ley 20 de Toro, como indicó Roan (475), nos parece decisivo en este aspecto.

4.º Los legatarios de parte alicuota pueden accionar el juicio de testamentaría (art. 1.038, núm. 3, L. E. C.). Salvo cuando el testador se lo hubiere prohibido. Prohibición que es facultativa en éste, tanto con relación a dichos legatarios parciarios como a los herederos voluntarios.

5.º En cualquiera de ambos supuestos pueden pedir la anotación preventiva de su derecho. Igual como los herederos. El artículo 42 L. H. ha sido aclarado en este sentido, por los arts. 146 y 152 R. H. (476).

6.º No suceden al causante en sus relaciones jurídicas. Por ello los créditos y las deudas de la herencia sólo pueden ejercitarse a favor y en contra de los herederos. El mismo concepto de legado de parte alicuota así lo impone.

Es cierto que el testador puede imponer a un legatario, parciario o no, el pago de alguna o algunas de sus deudas. Pero, aún en

(472) Op. y vol. últ. cit., pág. 530.

(473) Op. y vol. últ. cit., pág. 327.

(474) Op. y vol. últ. cit., pág. 135.

(475) Loc. cit., pág. 784.

(476) Con estos dos preceptos ha quedado resuelta la vieja polémica mantenida acerca de la situación del legatario de parte alicuota en caso de haberle prohibido el testador la interposición del juicio de testamentaría. Especialmente es explícito el art. 152, que afirma: «A los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alicuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos». Por tanto se da la razón a Galindo y Escosura, Morell y Campuzano, rechazándose la tesis de Gayoso (ver sus opiniones en los lugares anteriormente citados.)

este caso, su posición presenta claras diferencias con la del heredero. Así:

a) El legatario parciario, con respecto a las deudas que le son encomendadas, no responde como sucesor del testador, sino como sujeto pasivo de una carga impuesta a su legado. Por ello, le es de aplicación el art. 858, § 2.º y no el art. 1.003 C. c.

b) Aún en este supuesto los herederos no quedarán dispensados de su responsabilidad solidaria por dichas deudas. Seguirá siéndoles de aplicación, en cuanto a ellas, lo que dispone el art. 1.084 Código Civil.

γ) Otra diferencia evidente entre la posición de los legatarios encargados de pago de deudas y la correspondiente a los herederos es la siguiente: Estos responden solidariamente de todas las deudas del causante, aun de aquellas cuyo pago no se encargó a otras personas. Los legatarios gravados con el cumplimiento de cargas, sólo responden personalmente—*intra vires y pro viribus*—de aquellas cuyo pago les haya sido expresamente encomendado, y nunca de las atribuidas a otros legatarios.

7.º En cambio, los legatarios de parte alicuota entran en la misma especial situación de comunidad en que se hallan los coherederos antes de la partición con respecto a los bienes hereditarios. El Reglamento Hipotecario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Registros y del Notariado así lo han confirmado en los preceptos, sentencias y resoluciones antes citados.

A primera vista, parece que esta conclusión se contradice con la que antecede. Pero no es así (477).

No olvidemos el régimen distinto que, en Derecho romano, en orden de comunidad hereditaria, tuvieron los créditos y deudas de una parte y los bienes de otra (478). Nada impide que hoy en distinto orden suceda algo semejante.

(477) Notemos que el concepto de relación jurídica no es idéntico en las relaciones obligatorias que en las reales (a pesar de la, hoy declinante, teoría obligacionista de los derechos reales). La concepción romana del *vinculum iuris* era aplicable a créditos y deudas, pero no a las titularidades, totales y parciales, de objetos del mundo físico.

(478) Es sabido que en Roma la ley de las Doce Tablas reglamentó la división de la herencia, modificando con toda probabilidad el antiguo régimen. Las obligaciones—deudas y créditos—se dividían *ipso iure* entre los herederos, de modo que cada uno de ellos se convertía, inmediatamente a su adquisición en deudor y acreedor *pro parte*; mientras, por el contrario, los demás bienes quedaban formando parte de la comunidad hereditaria sujeta a partición (ver BONFATE, «Instituciones...», § 198, pág. 573; SHOM, op. cit., § 100-V-I, pág. 573; ARIAS RAMOS, op. cit., § 381, págs. 611 y ss.).

El Proyecto de 1851, en su art. 932, transformó esa división *ipso iure* de las deudas en un régimen de solidaridad pasiva (ver GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», vol. cit., pág. 280), que recoge el vigente art. 1.084 C. c. Los créditos, en cambio, no se dividen hoy *ipso iure*, pero su titularidad por todos los herederos tampoco tiene carácter solidario. Con los demás bienes forman el contenido de la comunidad hereditaria susceptible de partición. En el Código civil no hay base para sostener otra solución respecto a su titularidad.

Ademas, si el dominio de la cosa específica legada pasa al fallecer el testador, *ipso iure*, a ser de los legatarios, a pesar de que el heredero deba entregarles su posesión, que no pueden ocupar por sí, ¿qué inconveniente puede haber en que los legatarios de parte alícuota puedan participar con los herederos, en esa cotitularidad, transitoriamente indeterminada entre ellos, que sobre cada bien de la herencia refleja la llamada comunidad hereditaria? (479).

Una particularidad tiene, no obstante, la participación de los legatarios parciarios en esta titularidad, transitoriamente indeterminada entre el círculo de los posibles sujetos definitivos constituido por herederos y legatarios parciarios. Cuando de este círculo tan sólo forman parte los herederos, el número quebrado representativo de la participación de cada uno de ellos prefija la proporción de su parte correspondiente tanto en el activo bruto como en el neto. En cambio, el quebrado asignado a los legatarios de parte alícuota sólo puede referirse al residuo líquido. En este sentido, puede decirse que la titularidad definitiva de cada heredero está indeterminada en su contenido concreto, pero se conoce cuantitativamente en conjunto su alcance con relación al activo bruto. Y en cambio, la titularidad definitiva de los legatarios parciarios, no sólo se halla indeterminada objetivamente entre los bienes que componen el caudal, sino incluso cuantitativamente con relación al haber bruto.

(479) La naturaleza de la comunidad hereditaria ha sido muy discutida (ver la nota 333 de la primera parte de este trabajo). La inaceptabilidad del llamado derecho hereditario, como algo más que una ficción, impone que rechacemos la tesis de Roca SASTRE que explica aquella comunidad refiriéndola a la herencia considerada como *universum ius* (ver «Derecho hipotecario», II, pág. 535 y s.). Por eso hay que examinar la situación de cada uno de los derechos integrantes del haber. Según Cossío (op. cit., págs. 185 y s.), sobre cualquier bien de la herencia se produce una comunidad germánica en mano común. Para CHAMORRO («Los derechos hereditarios», en Rev. Gral. Leg. y Jur., T. 169, primer semestre 1941, págs. 331 y s.), esas múltiples comunidades son de tipo romano, pero, con la particularidad de que los copartícipes carecen de poder para disponer individualmente de las cuotas ideales que respectivamente les corresponden en cada bien de la herencia. FEDERICO DE CASTRO («Derecho civil de España», vol. cit., págs. 584 y s. y notas 3 y 1, respectivamente, de dichas páginas), se decide por «la indeterminación limitada y transitoria de sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial», concluyendo que hay «una cotitularidad patrimonial que no supone un derecho en o al patrimonio como objeto, sino que es el título patrimonial (ser heredero) que se manifiesta en la titularidad de la situación interina existente respecto a cada derecho subjetivo que comprenda el patrimonio: respecto a cada uno de estos derechos subjetivos, la pluralidad de sujetos tiene la titularidad interina y cada uno de los sujetos cotitulares tiene una titularidad preventiva correspondiente a su derecho eventual».

Sobre la indisponibilidad de cuotas indivisas de cualquier bien de los de la herencia no partida, según el Derecho romano, ver el interesante trabajo de NAVARRO AZPEITIA «La contratación sobre Derecho hereditario e indivisos en Cataluña» (conferencia leída en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el 17 de febrero de 1943, publicada en «La Notaria», año LXXIX, primer trimestre 1934, págs. 30 a 37, concretamente).

8.º En cuanto a los frutos de la porción correspondiente al legatario parciario, como expone Roca Sastre (480): «por tener el mismo (legatario) una *pars bonorum* en la herencia, los frutos de su cuota parte son suyos, le pertenecen, de modo que hay que aplicar el art. 882, y no el 884 del Código civil». Lo mismo opinamos, coincidiendo con el citado maestro, en cuanto a la determinación del momento del tránsito al legatario parciario del *periculum* y el *comm. risum* de los bienes hereditarios, en proporción a su parte alícuota (art. 882, § 2.º).

9.º Como consecuencia de que los acreedores del causante solamente pueden accionar contra los herederos, y de que por otra parte el legatario de cuota tiene supeditada la entidad de su derecho al resultado de la liquidación de la herencia, fluye la posibilidad de acción del heredero contra el legatario parciario para hacer el correspondiente reajuste de la cuota de éste después de hecha la partición.

Son, hoy, innecesarias al efecto las estipulaciones *partis et pro parte*. Dicho resultado se obtiene gracias a la esencia y contenido de los derechos respectivos del heredero y del legatario parciario. Sin perjuicio de que, además, pueda resultar de aplicación la doctrina general del error *«in quantitate»* (art. 1.266, § 3.º).

Roca Sastre (481) cree aplicable por analogía el art. 1.534, así como el 1.533, dispuestos para la venta de herencia.

10.º Si bien antes de la partición sólo los herederos pueden cobrar los créditos de la herencia, lo que por dicha causa perciban debe acrecer en la masa partible. Salvo lo que inviertan en pago de deudas de la herencia o en gastos comunes. Si después de hecha la división, percibieran algún crédito no adjudicado deberán satisfacer a los legatarios parciarios la parte que les corresponda (482). Estos, en su caso, sólo podrán actuar contra los acreedores utilizando la acción subrogatoria si se dieren los supuestos legales del artículo 1.111 C. c.

11.º Sin duda alguna los legatarios de parte a cuota pueden intervenir en la partición, ya que ese derecho se reconoce incluso a los simples acreedores de los herederos (art. 1.083). Pero el problema estriba de decidir si esa intervención es necesaria para la plena

(480) «Estudios...», vol. cit., pág. 200.

(481) Loc. últ. cit., pág. 199.

(482) Más dudosa es la cuestión de si los herederos podrán cancelar, sin el concurso de los legatarios, las garantías reales que protejan a los créditos hipotecarios. No olvidemos los distintos regímenes de capacidad y legitimación exigidos para el cobro y para la cancelación. Baste, por ahora, recordar lo que dispone el apartado 1.º del art. 178 del Reglamento Hipotecario. Así como el criterio de la ley 8 (Codex III-XXXII): «La acción personal se divide entre los herederos atendiendo a la parte de cada uno, pero habiéndose obligado muchas cosas por *prenda* que varios poseen, toda vez que la reivindicación de ellas no obliga a la persona, si no sigue a la cosa, los poseedores que las detenten no son reconvenidos cada uno en proporción de la cosa particular que poseyere, sino *solidariamente*, a fin de que o paguen todo lo que adeudan, o restituyan lo que posean».

valides de la partición, y en determinar el alcance de dicha intervención. Es decir, hay que precisar si dicha intervención es una mera fiscalización, o bien una participación activa en dichas operaciones.

Roan (483) ha entendido que el legatario parciario, por «no ser un cotitular de la comunidad hereditaria», no puede «pedir la división de la misma, sino tan sólo la entrega del legado (art. 885)». También Manresa (484) y Valverde (485) estiman que este legatario, como los demás, debe pedir a los herederos la entrega de su legado conforme al art. 885. En este mismo sentido se expresó Gayoso (486).

Roca Sastre, en su «*Derecho hipotecario*» (487), afirmó «que los legatarios parciarios «no deben intervenir como partes en la partición», pero que, además de poder promover juicio de testamentaria, «pueden también fiscalizar la partición». En cambio, en sus «*Estudios de Derecho privado*» (488), entiende «que no le es aplicable (al legatario parciario) lo dispuesto en el art. 885 del Código civil, en el sentido de no necesitar entrega o tradición del heredero», de modo que como si fuera heredero en este respecto, tiene derecho a intervenir y efectuar la liquidación y división de la masa hereditaria, y por tanto, a que se le adjudique el lote de bienes correspondientes, conforme a las reglas de la partición (489).

A juicio nuestro hay que distinguir dos cuestiones diferentes: La relativa a la posesión, o coposesión, de los bienes hereditarios y la de su propiedad, o copropiedad. Y, en consecuencia, diferenciar de una parte la entrega de la posesión por los herederos a los legatarios y de otra la división de la cotitularidad.

De momento nos interesa ese segundo aspecto. Si el legatario parciario es titular de una cuota del activo líquido, no hay duda que deberá intervenir como parte en la división. Por lo menos en algunas de sus operaciones. La única duda se refiere a si su intervención debe limitarse al avalúo, la liquidación y la comprobación de los valores de las hijuelas, o si también, puede discutir la composición de dichos lotes y su adjudicación. Tal vez, como la cualidad de heredero lleva consigo la de ejecutor nato de la voluntad del causante (art. 911 C. c.), cuando éste no hubiere designado otra persona a dicho fin (comisario, contador-partidor, albacea con facultades particionales), jurídicamente no podrá discutirse la facultad de determinar la composición del lote correspondiente al legatario parciario, una vez éste se halle conforme con las valoraciones

(483) Loc. cit., pág. 748.

(484) Op. y vol. últ. cits., pág. 593.

(485) Op. y vol. últ. cits., pág. 327.

(486) Op. y vol. cits., pág. 331.

(487) Vol. II, pág. 646.

(488) Vol. II, pág. 197.

(489) Añadiendo que por responder a esta idea la Resolución de 4 de noviembre de 1935, aplica el último párrafo del art. 1.057 del Código civil cuando en la herencia están interesados menores o sujetos a tutela, no sólo en calidad de herederos sino como legatarios de parte alicuota.

efectuadas. Es decir, debe reconocerse a los herederos una preferente facultad de elección del contenido de sus cuotas; pero respetando siempre la proporción valorativa correspondiente y los valores prefijados de acuerdo con los legatarios de parte alícuota. Situación parecida a la que se daría en el condominio ordinario cuando se hubiere concedido a alguno de los copropietarios una preferencia para poder elegir su lote entre los formados de común acuerdo por todos los comuneros (490).

12.^º En cuanto al problema posesorio coincidimos con Roan (491). Al legatario de parte alícuota no se le transmite la posesión llamada civilísima del art. 440 C. c. Este precepto otorga esa *posesio ficta* precisamente a los herederos. Por ello, los legatarios de cuota no serán coposeedores; y, consiguientemente, una vez formado su lote, los herederos deberán ponerles en posesión del mismo, sin que aquéllos puedan ocuparlo por propia autoridad (artículo 885 C. c.). Claro que esa entrega de posesión podrá verificarse *escriturariamente* en el otorgamiento del instrumento particional.

13.^º En cuestión de acrecimiento, es evidente que a favor del legatario parciario jamás actuó el llamado derecho de acrecer necesario, o de no decrecer, derivado de la universalidad del título de heredero.

No obstante, esa diferencia con los herederos aparece borrosa a consecuencia de la derogación del principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*. El heredero instituido en una cuota tampoco goza de acrecimiento respecto de las demás no dispuestas o vacantes: a éstas se entienden llamados los herederos abintestato.

En cambio, si el heredero es llamado sin designación de cuota, es decir, a toda la herencia en general, es evidente que se beneficiará con las vacantes de los legados de parte alícuota.

Por lo tanto, debe distinguirse el supuesto de distribución de la herencia en cuotas, atribuyendo unas a título de herencia y otras como legados parciarios, y la hipótesis de institución de heredero que abarque todo el *as*, a la par que se le grava con la imposición de algún legado de parte alícuota.

En el primer caso, de producirse la vacante de un legado parciario, siguiendo rigurosamente la letra del Código civil, su cuota no acrecerá a los instituidos en otras cuotas—conforme resulta de los arts. 764, § 2, 982, núm. 1 y 983, § 1—sino que pasará a los herederos abintestato—arts. 764, § 2, 986 y 912, núm. 2, ap. 2—. Solución que no deja de ofrecer dificultades, tanto dogmáticas como prácticas (492). En la otra hipótesis, la institución universal se libe-

(490) Siendo varios los herederos, la elección de los lotes que deban elegir o sortearse entre ellos, determinarán, por exclusión, el lote o lotes correspondientes al legatario o legatarios parciarios.

(491) Loc. cit., pág. 747, *in fine*.

(492) Puede plantearse si los herederos abintestato, al quedar vacante un legado de cuota, entrarán en la sucesión como herederos o como legatarios

ra de un gravamen, el caducar el legado parciario que sobre ella pesaba (493), por eso es el instituido heredero testamentario el que se beneficia de dicha caducidad.

El derecho de acrecer recogido en el Código civil, que exclusivamente depende de la conjunción de llamamientos, puede ser aplicado a los legatarios parciarios, lo mismo que los legatarios de cualquier otra especie, siempre que se reúnan las circunstancias exigidas en el art. 982, en relación con el 983. Así resulta claramente de lo preceptuado en el art. 987 C. c.

14.^o Dudosa nos parece la cuestión de si el legatario parciario gozará o no del retracto previsto para los coherederos en el artículo 1.067 C. c. (494). La solución depende de las que se acepten para otros dos problemas. Primeramente del ya discutido, en torno a si el legatario parciario es cotitular de los bienes del caudal fletico o si es un mero acreedor de cuota. En segundo lugar, de la determinación de la *ratio legis* del art. 1.067; es decir, de si el retracto, que en el mismo se reconoce se atribuye a los coherederos como tales coherederos o si, por el contrario, es una aplicación del retracto de comuneros, a consecuencia del carácter de cotitulares del activo hereditario que a los herederos corresponde, siempre y cuando no falte dicho activo (495).

parciarios. Nos inclinamos por la primera opinión. Pues, si los herederos instituidos en las otras cuotas respondían frente a los acreedores de la totalidad de las deudas inclusive de las proporcionalmente correspondientes a la cuota legada, era más a consecuencia de lo preceptuado en el art. 1.084 C. c., que por la exclusión del carácter de heredero en el asignatario de aquella cuota. No obstante, en la distribución interna del sustraendo, que para el activo supone el pasivo, debían participar igualmente herederos y legatarios participarios.

El sucesor abintestato a quien la ley le llamó como heredero, aún en caso de serlo de una cuota, será coheredero de los instituidos por el causante en su testamento. Y, esto le hará participar de aquella responsabilidad solidaria de todos los herederos.

(493) Notemos, no obstante, que lo mismo sucedería en el caso de que a un legatario de cuota se le gravase con un sublegado de cuota menor. Eso demuestra que el resultado no depende de la expansión del título de heredero, sino de la circunstancia de que el legado, como el sublegado, gravan a otra persona llamada a la misma porción, o a otra mayor que comprenda aquella. La caducidad de la carga naturalmente beneficiará al gravado por ella.

(494) La solución negativa está más de acuerdo con la letra del artículo. De ese criterio es ROAN (loc. cit., pág. 748, nota 153).

(495) ROAN (nota últ. cit.) señala otra diferencia entre el legatario parciario y el heredero: la inaplicabilidad de la doctrina sobre compraventa de herencia a la cesión de los derechos del primero. A juicio nuestro los arts. 1.533 y 1.534 son igualmente aplicables en este caso. El 1.534 puede entrar en juego (aunque el legatario parciario no esté obligado frente a los acreedores) en virtud de la acción de regreso que los herederos puedan dirigirle. El art. 1.531, es también aplicable, con la sola diferencia de que el vendedor, en nuestro caso, en lugar de responder de su condición de heredero responderá de la condición alegada de legatario parciario.

F) *Repercusión en la doctrina del legado de parte alicuota de la condición de legitimario de aquél a quien dicho legado sea atribuido, expresa o tácitamente, precisamente para satisfacerle su porción debida.*

Dijimos anteriormente que la legítima puede atribuirse por medio de un legado parcial, y que como tal legado de cuota debía entenderse atribuida cuando el testador dejase genéricamente a algún legitimario lo que legalmente le correspondiese sin nombrarle heredero, ni asignarle bienes concretos para su pago. Ahora, vamos a ver si ese carácter de legitimario en el titular de un legado de parte alicuota puede influir de algún modo en los caracteres de la atribución hecha para su satisfacción. A juicio nuestro, tres extremos pueden resultar influenciados por la circunstancia expresa:

a) Entendemos, en primer lugar, que la duda planteada en torno a la actual consideración del legatario parcial, como cotitular del activo neto o como acreedor de cuota alicuota líquida, aparece más clara en el supuesto especial que examinamos. Optamos antes por inclinarnos a entender que hoy el legatario parcial, antes de la partición, es un cotitular de los bienes de la herencia, aunque no tenga porción objetivamente determinada. El criterio de la jurisprudencia y del Reglamento Hipotecario nos confirmaron que el movimiento evolutivo, respecto a la posición del legatario parcial, iniciado en la ley 20 de Toro ha llegado a consolidarse en este punto.

No obstante, aunque la solución elegida hubiera sido la contraria, tratándose de un legado atribuido en pago de alguna legítima, para dicho supuesto concreto, hubiésemos mantenido la tesis de considerar a su beneficiario como cotitular de los bienes de la herencia. La razón de ello radica en el hecho de que si bien no hay en nuestro Derecho delación legitimaria si que existe reserva de cuota para los legitimarios. El art. 806 no dispone a su favor la cuota correspondiente, pero se la reserva; y los demás preceptos legales, que regulan esta institución, protegen esa reserva de modo tal que si el testador no dispone conforme a la misma su disposición se anulará, más o menos totalmente. Sea reduciendo gravámenes, anulando en todo o en parte la institución de heredero, para dar paso a la actuación total o parcial de la sucesión intestada; o, en fin, permitiendo el ejercicio de la acción de suplemento. Pues bien, entendemos que esa reserva sería por sí sola suficiente para justificar el tránsito inmediato de esa cotitularidad indeterminada a favor de los legitimarios a quienes se les atribuyó su derecho por medio de un legado de cuota. Tanto más cuanto que no repugna al concepto de legado el tránsito inmediato del dominio, sin intermediación del heredero, como se comprueba en el art. 882 C. c

b) Esa reserva de bienes, dispuesta por la ley igualmente debe influir en la cuestión posesoria. Entendemos que el legitimario que mediante un legado de dicha especie perciba sus derechos legítima-

rios, tiene una posición más favorable que cualquier otro legatario de parte alicuota. La reserva legal puede justificar la extensión a favor de aquél de la posesión civilísima (en este caso coposesión) atribuída a los herederos en el art. 440 C. c. Y también, por lo tanto, la exclusión de lo dispuesto en el art. 885 del mismo C. c.

Ahora bien, esa más favorable posición que cuando sean legítimarios corresponde a los legatarios parciales entendemos que no es exclusiva de éstos. Por iguales razones, consideramos que es ampliable a todos los legatarios cuando hayan sido nombrados para ser satisfechos en sus legítimas. Tanto si son legatarios de cosa cierta, en cuyo caso la posesión civilísima se concretaría a la cosa legada, o legatarios de cosa genérica comprendida en el caudal relictivo, en cuyo caso compartirán con los herederos la posesión civilísima de todos y cada uno de los bienes de aquel género comprendidos en el haber.

c) Conforme al art. 1.039 LEC: «Los herederos voluntarios y los legatarios de parte alicuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente» (496).

Pero, cuando el legado parcial se hubiere dejado—expresa o tácitamente—en satisfacción de derechos legítimarios, la prohibición no podrá ser eficaz. Por la misma razón por la que no surte efecto contra los herederos cuando la cuestión planteada afecte a sus legítimas.

Algunos considerandos de la Sentencia de 8 de mayo de 1926 son igualmente aplicables al legítimario que sea legatario de su cuota legal (497).

(496) El art. 1.045 LEC. completa al art. 1.038, señalando que para la efectividad de la prohibición referida en este último, «será necesario que aquél (el testador) haya nombrado una o más personas, facultándoles para que, con el carácter de albaceas contadores o cualquier otro practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria».

(497) El Tribunal Supremo dijo así: «siendo aquella prohibición y las distintas reglas que, separándose de las ordenadas en la repetida ley procesal, haya podido establecer el causante, de ineudible acatamiento para los herederos voluntarios, pero también para los herederos forzados, a menos que estos últimos resultasen perjudicados en sus legítimas...»; «esto mismo es lo que se halla ordenado en el Código civil, puesto que reconociendo en su art. 658 la facultad que tiene el testador para establecer la ley que regula la sucesión de sus bienes y derechos, condiciona, sin embargo, esta libertad con la reserva que hace en el 806 en favor de los herederos forzados; y de ahí que el Tribunal Supremo, aplicando los arts. 1.056 y 1.057 del expresado Cuerpo legal, en armonía con los citados de la Ley de procedimientos, tenga declarado con reiteración que tanto si aquél deja hecha por sí la partición, como si la encarga a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, debe acatarse, mientras no se perjudiquen las legítimas».

§ 5. ¿PUEDE ATRIBUIRSE EFICAZMENTE EN PAGO DE LEGITIMAS LEGADOS DE COSAS QUE NO PERTENEZCAN A LA HERENCIA DEL CAUSANTE?

En la primera parte de este trabajo comprobamos, conforme resulta del art. 815, que la legítima puede atribuirse por cualquier título. Queda por constatar si cualquier especie de legado es apta para dejar legalmente satisfechos los derechos legitimarios.

El límite que indagamos lo señala el art. 806. La legítima es porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado a la ley. Por lo tanto: si conforme al art. 815 puede atribuirse la legítima por cualquier título, en virtud del art. 806 se limita esa posibilidad exigiendo que la asignación deba referirse a bienes de la herencia. En los arts. 1.056, § 2.º, 821, 822 y 829 C. c., hallamos excepciones a dicha regla. Pero el carácter excepcional de dichos preceptos confirma la existencia de la regla general en contrario.

Mas, si no obstante, el testador, para satisfacción de cualquier legitimario le asignase algún legado de cosa ajena, sea propia de un heredero o de tercera persona, o, simplemente, le lega alguna cosa genérica que no exista en la herencia, ¿qué actitud podrá adoptar el legitimario? ¿Serán compatibles la impugnación del testamento por inoficiosidad y la aceptación del legado?

El art. 851 C. c., relativo a la desheredación (498), no resuelve nuestro problema. No tiene previsto el supuesto de disponerse un legado de cosa no perteneciente a la herencia a favor de un legitimario a quien no se le deje la parte del haber hereditario que legalmente le corresponda. Unicamente afirma que se anulará «la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dichas legítimas». Pero precisamente esa coletilla «que no perjudique a dichas legítimas», demuestra que «los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», a que se refiere, son aquellos que fueron dispuestos a favor de personas distintas al reclamante.

En cambio, podemos deducir un criterio de analogía del artículo 820, núm. 3. En el caso concretamente examinado en el mismo se concede al legitimario, a quien no se le dejó en pleno dominio su legítima, la facultad de optar entre aceptar la disposición testamentaria o quedarse solamente con su legítima (499).

En la solución de ese caso concreto late un principio general genéricamente aplicable al problema que ahora planteamos. Corroborándolo así su coincidencia con la regla vigente antes del Código civil para todo supuesto de atribución de la legítima a titu-

(498) Palabra que hoy, entendida con rigor etimológico, resulta inadecuada.

(499) En dicho caso comprende dos tercios. Pues se trata de enfrentar todos los descendientes con otra persona distinta.

lo de legado. Regla que hoy tendrá reducida su aplicación al caso en que el objeto legado no se halle comprendido en la herencia, no dándose los supuestos excepcionales de los arts. 821, 822, 829 y 1.056, § 2.^o

La ley 5.^a, tít. VII de la Partida 6.^a dispuso, entre otras cosas: «Más si aquella parte la dexase en el testamento, non como a heredero; mas como en razón de manda (*hoy será: Si se dejasen a un legitimario bienes no comprendidos en la herencia*), entonces podría quebrantar tal testamento. *E esto se entiende si el fijo non recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse e non lo protestasse, diciendo que le fincasse en salvo la querella que avía del testamento, non podría quebrantarla.*»

En igual sentido, vimos resolver a Palacios Rubios (500) que al preterido y desheredado que impugne el testamento con eficacia, éste no deberá reportarle beneficio alguno.

§ 6.^o CONSECUENCIAS DE LA ATRIBUCION DE LA LEGITIMA A TITULO DE HERENCIA Y A TITULO DE LEGADO.

Concluida—por lo menos provisionalmente—la labor de investigación y análisis, vamos a intentar sacar de ella, mediante su síntesis, las consecuencias perseguidas en estos apuntes.

¿Qué ventajas y qué inconvenientes pueden derivarse de la atribución de la legítima a título de herencia y a título de legado?

Según palabras del capítulo V de su *Novela CXV*, Justiniano exigió que la legítima se asignase a título de herencia por razón del honor del título. Eso explica que, pese a la consideración práctica como legatarios de los instituidos *ex re certa*, admitiese el Emperador que válidamente pudiera deferirse la legítima mediante instituciones en cosa cierta «*Sola enim est nostrae seremtatis intentio, a parentibus et liberis iniuriaum praeteritiones et exeredationes auferre*».

No obstante, los autores, además de aquella diferencia puramente honorífica, señalaron otra de carácter evidentemente práctico. Así lo vimos en las explicaciones dadas por Covarrubias (501), el doctor Luis de Molina (502), Antonio Gómez (503) y Pichardo (504). La legítima «*debet relinquiri titulus institutionis, propter honorem tituli et propter commodum juris crescendi*».

También se han señalado otras ventajas del título de heredero: la posesión civilísima y sus consecuencias procesales, frente al re-

(500) Op. cit., *lex XXIV Tauri*, núm. VI, pág. 595.

(501) Op. cit., vol. I, cap. Raynutius, § 1.^o De haered., núm. 14, pág. 67.

(502) Op. cit., lib. II, cap. XIV, núm. 19, pág. 406.

(503) «*Variae...*», I-XI, núm. 1 b, pág. 134.

(504) Op. y vol. cits., L. II Instit., tit. XVIII. § *Igitur quartam*, núm. 27, página 370.

quisito de la entrega por el heredero al legatario de la posesión de la cosa legada; la actuación del heredero en la partición; y en ciertos casos, la fijación del momento inicial de la atribución de frutos.

En cambio, como ventaja del legatario se subraya la desfavorable posición del heredero, como deudor solidario, ante los acreedores del causante.

Ahora vamos a ordenar, en síntesis de conjunto, los resultados que a lo largo de este trabajo hemos conseguido ir acumulando a través del examen aislado de los diferentes supuestos analizados.

A) *El honor del título y la injuria inferida con su privación.*

Hoy la ley no da importancia a esa consecuencia puramente honorífica. García Goyena (505) claramente lo dijo al glossar la innovación que suponía el artículo 645 del Proyecto de 151. De él es trasunto el vigente art. 815 C. c. «Por Derecho romano y patrio comentó dicho autor—para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuera por título de herencia; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela CXV, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6: *se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado.*» (Notemos que habla en pretérito al referir que «*se atendía* más al honor del título»; y, además, observemos que a este honor opone la *«realidad de la cosa»*.)

Después de promulgado el Código civil, varios comentaristas, al explicar el sentido del art. 815 recordaron esa misma razón (506).

B) *El ius crescendi.*

La principal justificación práctica señalada por los clásicos para explicar por qué se autorizaba al causante para deferir la legítima por medio de instituciones *in re certa* y, en cambio, se rechazaba la validez de su atribución como legado, ha quedado hoy totalmente borrada en los arts. 764 y concordantes del Código civil.

Había explicado Benito Gutiérrez (507):

«Las leyes romanas reconocieron dos especies de derecho de acrecer: uno necesario, otro voluntario: el primero se derivaba del conocido axioma *jus nostrum non patitur eundem in paganis, et testato et intestato decessisse: earumque: in rerum naturaliter inter se pugna est* (ley 8 de *div. reg. juris.*); tenía lugar sin que el testador pudiese impedirlo en las herencias, y producía el efecto de que el heredero nombrado en cierta cantidad de bienes se entendiese llamado en todos los restantes: el segundo dependía sólo de la

(505) «Concordancias...», vol. cit., pág. 96.

(506) Ver MANRESA (op. cit., vol. VI, págs. 356 y ss.); SCAEVOLA (op. cit., volumen XIV, pág. 430), y SÁNCHEZ ROMÍN (op. cit., vol. VI, 2.º, pág. 937).

(507) Op. y vol. cits., pág. 462.

voluntad del testador, voluntad que se presumía cuando dos o más personas eran llamadas a una misma cosa.»

Como dice el propio autor, «excusado es decir que las Partidas adoptaron dichas dos especies». Discutidísimo ha sido, en cambio, si en las Leyes Recopiladas, al recoger la famosísima ley 1.^a, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, se mantuvo o no el llamado derecho de acrecer necesario, o de no decrecer (508).

Anteriormente seguimos esa larga polémica, y sus alternativas, al examinar la evolución sufrida en el Derecho de Castilla por los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada (509).

Del llamado derecho de acrecer necesario, o de no decrecer, dijo Antonio Gómez (510) que «*alia bona non acrescunt haeredi instituto per jus acrecendi, sed potius dicamus quod illemet institutio facta in re certa, vel quota, virtualiter extenditur ad omnia alia bona*». En términos parecidos se expresó Febrero, según la versión de Tapia (511): «instituyendo el testador por heredero a un extraño en cierta cuota o cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir éste el instituido en aquélla, *no por derecho de acrecer, sino por virtud de extensión de la institución*, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido».

Pero esa extensión de la institución de heredero, más allá de la porción asignada, en virtud de su natural fuerza expansiva—derecho de no decrecer o derecho de acrecer necesario, según quiera deducirse—, ha sido totalmente eliminada en el articulado del Código civil vigente. Los arts. 658, § 3, 764, § 2 y 912, núm. 2, al admitir la compatibilidad de las sucesiones testada e intestada, suprimieron un presupuesto básico de la expansión del llamamiento testamentario más allá de la cuota o cosa asignada. En estos tres preceptos, y poniendo en relación los arts. 982 y 986, se confirma la desapa-

(508) Esta denominación «derecho de no decrecer» la emplea Febrero y la conserva Tapia en su «Febrero novísimo» (vol. cit., cap. II, núms. 1 a 3, pág. 486).

(509) Ver *infra* § 1.^a, letra B de este trabajo. JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, en su «Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez» (cap. X, número 1, nota 1, págs. 62 y 63) anota: «Dúdase entre nuestros regnicales si se halla derogado el derecho de acrecer por la ley 1.º tit. 4, lib. 5 de la Recop. que permite a cualquiera morir en parte con testamento y en parte abintestato». Y después de exponer varias opiniones favorables a la vigencia del acrecimiento, y la tesis contraria de Mantienzo, concluye que, ésta «debe reputarse más verdadera y aún elevarse al grado de certísima por el señor don Francisco Antonio de Elizondo, quien (en el 4 tom. de su *Prac. Univ. For.* pág. 87, núm. 5) asevera no regir ya en España el derecho de acrecer, y haberlo visto declarado así por el Consejo de Indias en un grado de mil y quinientos. Aunque, sin embargo, creo no modificaré el Dictamen de aquel Supremo Senado y de tan ilustres A. A. con asegurar que en algunas ocasiones debiera admitirse el derecho de acrecer, por dar motivo las circunstancias que se presentan, a conceptuallo conforme a la voluntad del testador, que en todos los tiempos se ha mirado como sagrada».

(510) «Variae...», I-X, núm. 9, pág. 115.

(511) Op., vol. y cap. cits., núm. 17, págs. 490 y ss.

ripción del derecho de no decrecer y de la fuerza expansiva de la institución del heredero a quien se le hubiere asignado una cuota.

Hoy sólo brilla esa fuerza expansiva en los supuestos de institución sin designación de parte cuando caduque alguna atribución de cuota o cosa. En estos casos, cuando no hay sustituto designado, ni tiene lugar el derecho de acrecer propiamente dicho, todavía se antepone a la entrada de los herederos abintestato la fuerza expansiva de la institución dispuesta sin tope de cuota ni de porción (512).

En cambio, esta íntegramente reconocido en el Código civil (artículos 983 y ss.) el derecho de acrecer voluntario, basado en la conjunción de llamamientos a una herencia, cosa o porción de ella, hechos sin designación de parte. Pero, como dice el art. 987, ese derecho de acrecer «tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos».

Por lo tanto, ha dejado de tener razón de ser aquel motivo práctico por el cual se admitía que al legatario pudiera instituirse válidamente heredero en una cuota, o en una cosa cierta, a la par que se rechazaba que eficazmente pudiera asignársele, en satisfacción de su legítima en forma de legado idéntica cuota o la misma cosa.

Con ello ha desaparecido totalmente la principal razón realista por la que se exigía que la legítima fuese atribuida a título de herencia.

C) *Toma de posesión, «possessio civilissima» y consecuencias sustantivas y procesales.*

Según el Derecho romano el heredero no adquiere *ipso iure* la posesión de los bienes poseídos por su *de cuius*. Pero puede tomar posesión de ellos por propia autoridad (513).

Por el contrario, al legatario no se le está permitido ocupar por

(512) De ello, en nuestra conferencia la «Mejora tácita... V-3», deducimos interesantes consecuencias para la interpretación del art. 985 C. c.

(513) En la ley 23 (Dig. XLI-II), claramente, expuso Javoleno: «Cuando somos instituidos herederos, habida la herencia, pasan ciertamente a nosotros todos los derechos, pero la posesión no nos pertenece, si no fué tomada naturalmente (*nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*)».

No obstante, como hizo notar IHEKING («La posesión», versión española de Adolfo Posada, 2.^a Ed., Madrid, 1926). «La usucapión continua, y la petición de herencia garantiza la protección posesoria, sin que la posesión exista» (página 121). «La *hereditas petitio* llena en la práctica la función de las acciones posesorias» (pág. 120). Sobre la «*successio in usucacionem*», ver BONFANTE «Corso... VI, pág. 219 y ss., y el trabajo de EDUARDO ESPÍN, «La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión», en Rev. Dr. Priv., T. XXVII, páginas 594 a 606 especialmente. El heredero dispuso en Derecho romano no sólo del interdicto *quorum bonorum*, sino de los *adispiscendae possessionis*, creado para adquirir la *bonorum possessio secundum tabulas* (ver MAYNZ, op. cit., I, § 88, núm. 5 y ss., págs. 709 y s.) y del remedio de la ley final, de *edicto Divi Adriani tollendo*, del Codex (ver ANTONIO GÓMEZ, op. y loc. últs. cits., núm. 128, vers. «*Septimo facit*», pág. 398).

sí mismo la cosa legada (514). Criterio también seguido por las leyes de Partidas (515).

No obstante, según la glosa, el testador pudo autorizar, expresa o tácitamente, al legatario: «*legata non ab herede, sed per se, hoc est, ab semetipso capiendi*» (516).

Tampoco, según el Cardenal de Luca (517), en el *legatum pro legitima*, el legitimario necesita dirigirse al heredero para obtener la posesión de los bienes legados, sino que podía tomarla por sí mismo (518).

Sin duda por influjo germánico, algunos estatutos y costumbres franceses e italianos impusieron la transmisión posesoria *ipso iure* del causante al heredero. La frase «*mortius saicit vivum*», en latín, y «*de mort saicit le vivi*», en francés, expresaron ese fenómeno jurídico (519).

En Derecho castellano esa forma de adquisición posesoria sólo

(514) ULPIANO, en el § 2.º de la ley 1. Dig. XLIII-III (L. XLVII at Edicatum), dictaminó así: «Y contiene esta causa, que uno le restituya al heredero lo que a título de legado ocupó sin la voluntad del heredero; porque al Pretor le pareció muy justo, que cada cual no se definiese a sí mismo el derecho habiendo ocupado los legados, sino que los pidiere al heredero. Así, pues, vuelva a los herederos por medio de este interdicto lo que se posee a título de legado, para que del mismo modo puedan demandarle a él los legatarios».

(515) Leyes 37 y 38, tit. IX y ley 2, tit. X, Partida 6.º. Las dos primeras leyes se refieren a la entrega que debe el heredero y la última a la verificada por el testamentario o albacea.

(516) Son palabras de Gotofredo (op. cit., I. gl. 38 a la ley 34, § 1. Dig. XXXI único [ley «*Titia cum testamento*», § «*Lucius*», ff. de legat. 2], página 580).

Señala también, que esa autorización puede ser expresa, como en el caso del párrafo comentado, en que el testador dispone a favor de su hija Octaviana Antonica «quiero que ella reciba por sí misma («*volo eam a se ipsa accipere*») el campo de Gaza con todas sus pertenencias». Igualmente, que tácitamente puede inferirse «*si eum testator faciat executorem testamenti, si vetet heredem molestiam ullam inferre legatario in re legata: si voluit legatum libere ad legatarium pervenire: si rem legatario tradit. aut eam apud eundem scivit esse sine vito.*»

El propio Gotofredo insiste en esa opinión en su glosa 32 de la anteriormente citada ley, § 2.º, Dig. XLIII-III (pág. 814).

Ver también Antonio Gómez («*Variae...*», I-X, núm. 15, p. 118), que dice ser esta la opinión de Juan de Imola, Paulo de Castro, et communiter Doctores.

(517) «*Theatrum veritatis et justitiae*» (Venetiis 1716). Lib. XI. Pars Prima, de Legatis, Disc. XXI, núm. 3, (Vol. VIII, pág. 31). «*Potissime vero ubi non agatur de simplici legato, quod extraneo factum sit, sed de illo, quod sit factum filio honorabili titulo institutionis, quo casu non intrat regula, ut legatum capi debeat a manu haeredis.*»

(518) De distinta opinión fué Fabro («*Codex Fabrianus*», T. I, L. III, T. XIX, Def. IV, pág. 18, Ed. Neapolis, 1765), que dictaminó: «*Filius non sit ipso jure possessor pro legitima, nec eam propria auctoritate capere potest, nisi cum institutus est in re certa.*» Cocretemos que este texto no sólo se aparta de la antes citada opinión del Cardenal de Luca, sino que igualmente se separa de la común opinión, que sostuvo que el instituido en cosa cierta, fuera o no legatario, podía ocupar por propia autoridad la cosa asignada (Bartolo, Juan de Imola, Paulo de Castro, Alejandro, Antonio Gómez, etc. [ver la nota 165 de este trabajo]).

(519) Ver la bibliografía, que cita García Valdecasas («*La adquisición de la herencia en el Derecho español*», Rev. Dr. Priv., T. XXVIII, febrero 1944, nota 42, pág. 99).

se introdujo excepcionalmente (520) en dos supuestos singulares: en la ley 7, tít. V de la Partida 5.^a, para la reversión de donaciones (521), y especialmente, en la ley 45 de Toro para los mayorazgos (522).

A la posesión así adquirida, los glosadores y demás tratadistas de Derecho común, la denominaron *possessio civilissima* (523). Siguiendo a Tiraquello, la explicó Antonio Gómez de este modo: «*civilissimam recte apellari probat hanc possessionem: quia iuris civilis ministerio sine artificio nulloque actu interveniente, vero vel acquipollenti, sed sola legis statuti vel consuetudinis dispositioni transfertur*» (525). Incluso el *animus* era innecesario para su adquisición (526).

En contra de la opinión de Baldo, que la estimó «*ficta possessio*» o «*possessio artificialis*», la mayoría de nuestros juristas, con Covarrubias (527), Antonio Gómez (528) y el doctor Luis de Molina (529), la consideraron como verdadera posesión. Según expresó el segundo: «*ut illa possessio sit vera et propria et operatur omnes illos effectus, quos operaretur vera possessio, quaesita per actum verum et naturalem*» (530).

(520) En Derecho catalán, también excepcionalmente, se aplicó a la *tenuta* por una constitución dada por Pedro el Ceremonioso en el año 1351 y complementada por otra de Felipe II, en 1561 (vol. I, I., V, tit. III).

(521) Hablando de la donación que «*es fecha a día cierto e a tiempo señalado*», dice en su tercer versículo: «*E de aquél dia en adelante ganarían la possession, e el señorío della sus herederos de que oviesse, fecha la donación, o el otro a quien nombrasse para averla,*» (ver la glosa de Gregorio López a la palabra «*possession*», de este versículo).

(522) Ley 8, tit. VII, L. V de la Nueva Recop., y 1.^a del tit. XXIV, Lib. XI de la Novísima: «*mandamos que... muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de reprehension de possession se transpasse la possession civil y natural en el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo deviere suceder en él aunque aya otro tomado la possession dellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la possession dellas.*» Nótese que esta ley 25 de Toro llega más allá que los estatutos italianos y franceses, admitiendo la adquisición de la posesión «*aunque aya otro tomado la possession dellas*» (ver LUIS DE MOLINA, el Doctor, op. cit., III-XII, núm. 7, pág. 512).

(523) Así la llamó BALDO, que también la denominó *dativa y artificialis* (ver ANTONIO GÓMEZ, «*Ad. legen Tauri...*», ley XLV, núm. 111, pág. 352, colm. 1.^a in fine).

(524) Op. ult. cit., *Additionis* a la ley 45, núm. 111, pág. 411.

(525) Más esquemáticamente, dice de ella PARLADORIO (op. cit., Diff. XXVI, núm. 3, pág. 253) «*quae ipso jure sine facto hominis transfertur*».

(526) Así lo subraya ANTONIO GÓMEZ (op. y loc. ult. cits., núm. 112, pág. 354), al sostener que la posesión civilísima la adquirían igualmente los infantes, locos y mentecatos, incapaces de cualquier *animus*. De igual opinión fué GREGORIO LÓPEZ (gl. ult. cit., in fine), que invoca la opinión de PAULO DE CASTRO en relación con la ley 3 Dig. de *adquir. possess.*

(527) Lib. III, cap. V, núm. 6.

(528) Núm. 111 cit., pág. 352, col. 2.

(529) Loc. ult. cit., núm. 19, pág. 543.

(530) Mientras BALDO no admitió que la ley ni los estatutos pudiesen ordenar la transmisión de una verdadera posesión sin intervención de *corpus* y *animus*,

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (531), el art. 440 del vigente Código civil ha generalizado el régimen, antes excepcional, de transmisión *ipso iure* a los herederos de la posesión de los bienes de la herencia (532): «La posesión de los bienes heredita-

ANTONIO GÓMEZ (núm. 11, págs. 350 a 352) defiende la tesis opuesta con sólidos argumentos, cuya síntesis es la siguiente: a), «hodie de iure civile positivo possessio est quoddam ius intellectuale et incorporeum acquisitum in re cum effectibus a iure attributis, unde hanc iuris possessionem potest lex nuova vel statutum transferre sola sua dispositione sine aliquo acto apprehensivo»; b), Tal posibilidad resulta de varios textos de Derecho común, que cita, entre los cuales destacan el cánón *contingit de dolo et contumacia* y la citada ley 7 de la 5.^a Partida, h. t.

El camino recorrido por la doctrina para llegar a esa concepción lo señala fielmente LLAMAS Y MOLINA (op. cit., vol. II, ley 45, núms. 1 a 5, págs. 101 a 110), fijando los siguientes mojones: 1.^o) La posesión conservada sólo *animis*. 2.^o) La transmisión fingida, que «es aquella que se ejerce por medio de un acto que por interpretación de derecho equivale o tiene fuerza de aprehensión corporal» (núms. 53 y 54, pág. 110). 3.^o) La transmisión *ipso iure*, dispuesta por ley o estatuto sin necesidad de que intervenga «acto corpóreo de fingida aprehensión de la posesión» (núm. 55).

(531) Precedente legislativo del art. 440 C. c., fué el art. 554 del Proyecto de 1851.

«Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte no sólo en la propiedad, sino también en la posesión.»

Notemos, no obstante, la mayor amplitud del art. 554 del Proyecto. El vigente art. 440 C. c. sólo se refiere a la transmisión posesoria, que además condiciona a la posterior aceptación o repudiación de la herencia.

GARCÍA GOVENA («Concordancias...», vol. cit., pág. 11), comentó la reforma que puede implicar el citado precepto del Proyecto: «Se ha preferido la doctrina de los Códigos modernos a la del Derecho romano y patrio: por más que se diga que la posesión *non iuris, sed facti est*, los hechos del difunto ¿no aprovechan y dañan a sus herederos? ¿No se reputan por hechos de estos mismos? ¿El hecho de la posesión del difunto no produjo derechos? ¿Y no pasan *pleno iure* todos los derechos al heredero? ¿Ni como distinguir de la posesión los derechos que constituyen su esencia? Concluyendo: «Esta posesión, que a se mejanza de la ley de Toro puede llamarse *civil* o *civilísima*, no excluye la prescripción, ni que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos de las cosas hereditarias, cuando y como podría prescribir y hacerlos suyos contra el difunto».

(532) La Sentencia de 3 junio 1947 afirmó en uno de los considerandos que «el artículo 440 del Código civil no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código civil francés, y responde a la idea germánica de la posesión», y que, «en caso de herencia, se produce para el heredero, en nuestro Derecho, la posesión llamada civilísima, que es la que se adquiere por ministerio de la ley, y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuibus*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía». (Menos claras son las S. S. de 12 abril 1951 y 13 marzo 1952.)

No obstante, no toda la doctrina ha admitido la raíz germánica del precepto.

Frente a GARCÍA VALDECASAS (loc. cit., pág. 108), principal defensor de esta tesis, han sostenido la contraria: EDUARDO ESPÍN (loc. cit., pág. 627) y ROCA SASTRE (notas al Kipp, 1.^o, § 57, IV, pág. 336). Según Espín, «dicho precepto (que no tiene ningún entronque con la *saisine*) recoge, en cambio, el principio romano de la *successio possessionis*», es decir, según su propia opinión, de la *successio in usucacionem*. Para ROCA SASTRE, «lo dispuesto por este artículo 440 no constituye ningún fundamento serio en pro de la adquisición hereditaria *ipso iure* de la posesión, pues tal precepto no hace más que enlazar ficticia-

rios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue aadirse la herencia.—El que válidamente repudie una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento» (533).

Esta posesión de la que es investido el heredero no es una fic-

mente sin solución de continuidad o ininterrumpidamente con la posesión del causante, la que en cualquier tiempo obtenga el heredero mediante la necesaria toma o logro de la posesión.

(533) Muy interesantes problemas, además del planteado en la nota anterior y de otros que referiremos en el texto y en notas posteriores, suscita el art. 440 C. c. Sucintamente indicaremos algunos de los más sobresalientes:

a) *¿Cuál es el momento en que se produce a favor del heredero la adquisición ipso iure de la posesión?* Según GARCÍA VALDECASAS (loc. últ. cit.), tiene lugar en el instante mismo de la muerte del causante; tesis, que apoya principalmente en el ap. 2.º del art. 440, que según dice «carecería de sentido si la posesión no se hubiese adquirido antes de repudiarla», y por lo tanto antes de la aceptación, «pues presupuesto necesario de la repudiación es que no se haya aceptado aún». Por el contrario, según EDUARDO ESPÍN (págs. 624 y 627), «la posesión de los bienes hereditarios no se transmite al llamado a una herencia por el hecho del llamamiento, sino por la aceptación; una vez aceptada la herencia, la posesión se transmite ipso iure»; y «el art. 440 contempla el caso de que ya se haya verificado la aceptación y retrotrae los efectos de la continuación de la posesión al momento de la muerte del causante». Y ROCA SASTRE («Estudios...», vol. cit., pág. 20) dice que dicho artículo «viene a establecer que la posesión obtenida por el heredero que ha aceptado la herencia se reputa adquirida desde la delación, como si no hubiera habido interrupción, no teniendo tal precepto otro alcance que el de ser una simple aplicación a la posesión a efectos retroactivos de la aceptación hereditaria».

b) *¿La posesión se transfiere al heredero si el causante no poseía?* La ley 45 de Toro, llegando más allá que los mismos estatutos y costumbres italianos y franceses, admitió la transferencia posesoria al sucesor del mayorazgo *cuando otro la ayo ante tomada en vida del tenedor*. Pero esta hipótesis fué excepcional. Como dijo GREGORIO LÓPEZ (gl. últ. cit.), ocupándose de la ley 7, h. t., de la 5.ª P., «cuando la posesión se haya realmente ocupado, no es posible que por medio de ficciones se transfiera a otro sin consentimiento del que en realidad la tiene...; de ahí es que ni por medio de palabras ni señalando la cosa se transfiera la posesión cuando un tercero la obtiene».

c) *¿Esa posesión adquirida ipso iure por el heredero es una nueva posesión o es la misma de su causante?* ANTONIO GÓMEZ, comentando la ley 45 de Toro (op. y loc. cits., núm. 114, págs. 355 y s.), después de observar que según el Derecho común la posesión que el heredero tomara de las cosas de la herencia, lo mismo que la de quien sucediere a título particular, era una nueva posesión, y de subrayar que, en la ley 45 de Toro, parecía deducirse lo contrario de las palabras de esta ley (*se traspase la possession*), concluyó que se trataba de una posesión *nova et realiter distincta*, atendiendo especialmente a que se ordena su adquisición aun cuando no poseyese el causante: *si enim possessio erat ab alio tertio occupata in vita possessoris praecedente voluntate et traditione eius, vel non praecedente; ergo iam primus possessor maiestatus amisit possessionem in eius vita, si amisit, ergo illa quae transit in successorem non est illa quae fit penies defunctum cum fuerit amissa, sed erit nova et alia peccatus distincta*» (argumento que no puede actuar en nuestro Derecho vigente).

En el Derecho moderno, según EDUARDO ESPÍN (pág. 624), «se trata de una sola posesión, la del difunto, que se transmite al heredero: es decir, de una sucesión en sentido jurídico de la posesión».

d) En cuanto a la *questión de la sucesión en el carácter de la posesión y en la buena o mala fe*, véase lo que dice el mencionado Espín en su citado trabajo (págs. 624 y 627).

ción de posesión (534), ni mera emanación del derecho a poseer (535). Es posesión real y verdadera, aunque no material (536). Como expuso Llamas y Molina (537), con gran justicia: «Cuando

(534) BLAS PÉREZ y J. ALGUER (notas al Wolf, 1.º, pág. 18) señalaron el supuesto del art. 440 como un ejemplo de posesión fingida. Las palabras del precepto parecen darles la razón. Pues expresan que «la posesión se entiende transmitida», y no que «la posesión se transmite». Sobre todo, parece desorientar a algunos la posible concurrencia de esa posesión del heredero con la tenencia material de otra persona.

En otra ocasión («La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», en Rev. Gral. Leg. Jur., T. 182, 2.º semestre de 1947, pág. 560, nota 50), mostramos nuestra disconformidad con esta tesis. Partimos para ello del hecho históricamente comprobado de la espiritualización de la relación posesoria y de sus formas transmisivas. De la transmisión escrituraria de la posesión saltamos a la eficacia de la muerte del poseedor como fórmula legal para adquirir la posesión de los derechos relictos, comprendida entre las formalidades a que alude *in fine* el art. 438 C. c. Pero, concluimos que «sólo es forma apta para transmitir la posesión de los derechos (el de propiedad en cabeza), pero no la tenencia ni la posesión integral de una cosa (posesión del dominio, tenencia), que requieren necesariamente la aprehensión material».

Por eso, tampoco es necesario acudir para explicar la posesión del heredero a un concepto puramente germánico de la posesión, a la *Gewere* ideal del Derecho germánico, como pretende GARCÍA VALDECASAS (loc. cit., págs. 108 y s.). Aun cuando no deba desdenarse la influencia histórica que aquella figura haya podido ejercer en la formulación de esta posesión de espiritualizada adquisición, lo mismo que en la subsistencia de la posesión que el despojado conserva durante un año más (art. 440, núm. 4, C. c.).

(535) Eso parece sostener ROCA SASTRE (notas al Kipp, vol. y loc. ult. cit., pág. 336), cuando dice: «El heredero, como continuador y subrogado en todo el *ius* del causante, consigue por efecto de la sucesión el referido derecho a poseer los bienes de la herencia (*ius possidendi*), aunque no la posesión real de los mismos, ya que la *possessio* es un hecho, y según los preceptos fundamentales en materia sucesoria (arts. 657, 661 y otros) el heredero sólo adquiere el *ius* del causante». Líneas después insiste: «La posesión por si misma, o abstractamente considerada, ha de ser respetada, y cuando es perturbada origina una consecuencia jurídica que se traduce en un derecho a favor del poseedor, de reaccionar contra el perturbador mediante el ejercicio de la acción interdictal, o sea que surge un derecho (*ius possidendi*), que como tal integra el *ius* del causante y que por la muerte de éste hace tránsito al heredero en virtud del proceso de sucesión hereditaria».

El punto débil de esta concepción lo vemos precisamente en la naturaleza de los derechos derivados de la posesión. A diferencia de lo que sucede con los demás derechos, singularmente en el dominio, los derechos del poseedor no son sino consecuencia del hecho—más o menos espiritualizado—de poseer. No es el derecho la justificación de los hechos que realizan su titular, sino todo lo contrario: éstos hacen nacer a aquél. Como dijimos en otro lugar (op. y loc. ult. cits., pág. 552): «En la propiedad, la situación jurídica es mantenida con y por el derecho. En la posesión, en cambio, la situación jurídica es una consecuencia o un producto del hecho».

Por ello estimamos que no puede ser transmitido el derecho del poseedor separado de la posesión en que se apoya. En cambio, cabe la transmisión espiritualizada de ésta. (No la mera tenencia. Ver la diferencia entre posesión y tenencia que desenvolvimos en nuestro referido trabajo, especialmente en las páginas 548 y 721).

(536) Criterio que, según acabamos de ver, fué el que predominó entre nuestros autores clásicos (Covarrubias, Antonio Gómez, el Doctor Luis de Molina, etc.).

(537) Op. cit., vol. II, ley 45, núm. 67, pág. 112.

se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesión..., no debe entenderse ésto materialmente por que la ley no pueda hacer que el que no tenga una cosa la tenga .. sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que según Derecho causa la posesión que se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénticos efectos que si se hubiera transferido por medio de un acto corporal de aprehensión».

En consecuencia:

- a) El heredero podrá ocupar la tenencia de aquellos bienes hereditarios no detentados por nadie (538).
- b) Podrá asimismo obtenerla mediante el interdicto de adquirir cuando estén detentados por meros precaristas, en el sentido amplio que la jurisprudencia atribuye a este término (539).
- c) Este mismo interdicto de adquirir servirá para que los poseedores, en concepto que no sea el de dueño ni el de usufructuario, le reconozcan su posesión a título de heredero y de dueño (540).
- d) Finalmente, puede utilizar los interdictos de retener y recobrar como remedios contra la inquietación o el despojo sufridos por su causante u ocurridos en el período intermedio entre la delación y la ocupación material, si estas acciones aún no hubieran prescrito (541).

(538) A esta consecuencia se llegaría lo mismo siguiendo los principios romanos (ley 1, § 2, Dig. h. t., de ULPIANO), como los germánicos derivados de la *Gewere* ideal del heredero, o *sors sine*, o la elaboración del Derecho intermedio creadora de la *possessio civilissima*.

(539) De los arts. 1.633 y 1.638, § 1.º, Ley Enj. Civ. (que después transcribiremos), «se deduce que sólo se entregará al actor la posesión plena de la cosa, cuando dichas cosas sean detentadas por precaristas, que es el caso a que se refiere el § 1.º del art. 1.638. Es esta tenencia la única posesión que se adquiere con ese interdicto. La de los derechos (dominio inclusive), sólo es confirmada con él, pues su adquisición data del mismo instante de la muerte» (Copiaraos de la nota 50, pág. 570, de nuestro trabajo últimamente citado).

No obstante, no puede tomárla por propia autoridad cuando cualquier detentador se oponga a ello. El art. 446 se lo veda con la amplitud de expresión que suponen las palabras «todo poseedor». Y especialmente el art. 441: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.»

(540) Así resulta de los arts. 1.633 y § 1.º del 1.638, LEC., que conforme indicamos en nuestro trabajo últimamente referido (nota últ. cit., pág. 569 *in fine* y siguiente), demuestran palmaríamente que «con la muerte, lo que se transmite es la posesión de los derechos (incluido el dominio). El art. 1.633 «detiene la acción del interdicto de adquirir (cuyo nombre no resulta adecuado) ante el que posea «a título de dueño o de usufructuario». El § 2.º del art. 1.638 indica que «se harán los requerimientos necesarios a los inquilinos, colonos, depositarios o administradores de los demás bienes para que reconozcan al nuevo poseedor».

(541) Este extremo fué muy discutido por nuestros clásicos con referencia a la posesión civilísima del sucesor de un mayorazgo. LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. últ. cits., ley 45, num. 174 a 221, págs. 133 a 144) resume esa polémica y toma partido en ella.

En el art. 174 planteó la cuestión de ese modo: «Como por esta posesión civil y natural que se transfiere por ministerio de la ley al inmediato sucesor

Frente a esta situación del heredero, el legatario no adquiere *ipso iure* la posesión del objeto legado, ni siquiera puede tomarla por si mismo. Ni aún en los casos en que la propiedad del objeto

ninguna utilidad le resulta si un tercero ocupa o se mantiene en la tenencia de los bienes vinculados, corresponde tratar ahora de los medios de que podrá valerse para conseguir la material o corporal ocupación de dichos bienes».

He aquí, en síntesis, las principales opiniones:

a) PALACIOS RUBIOS (op. cit., lex XLV, núm. 26, pág. 958) admitió el remedio del interdicto *recuperandae possessionis*.

b) ANTONIO GÓMEZ (op. y lex últ. cits., núms. 118 y 119, págs. 387 y ss.), aceptó en tal caso el ejercicio del interdicto *adipiscendae possessionis «quorum bonorum»*, y del remedio de la ley final, *Codex de edicto Divi Adriani tollendo*. En cambio rechazó la posibilidad del interdicto de recuperar «nam cum successor iste possideat (precisamente en virtud de la disposición de la ley 45) nec per alium sit privatus illa legale possessione, non potest competere istud remedium: unde si ullud intentaret succumberet».

c) El doctor LUIS DE MOLINA (op. y lib. cits., cap. XIII, núms. 2 a 7, págs. 547 y s.)—cuya opinión fué seguida por la mayor parte de los autores posteriores, como Paz, Castillo, el jesuita Luis de Molina, Aguilera, Villadiego, etc. (según cita LLAMAS, núm. 216, pág. 143)—admitió que el sucesor en el mayorazgo pudo usar el interdicto *retinendae* para conservar la posesión e indistintamente de los interdictos *adipiscendae* y *recuperandae* para adquirir la posesión material, y que estos tres remedios podían ser ejercitados acumulativamente.

d) COVARUBIAS (op. cit., vol. II, «Variarum resolut.», Lib. III, cap. V, número 6, vers. «sic et interdictum Recuperandae», págs. 210 y s.), entendió que a dicho sucesor le correspondía ejercitar el interdicto *retinendae* y sólo en caso de que después de la muerte del antecesor hubiere otro adquirido la posesión podría valerse del interdicto *recuperandae possessionis*. LLAMAS Y MOLINA (loc. últ. cit., número 220, pág. 144), se suma a esta opinión «porque el sucesor en el mayorazgo tiene la posesión, y el detentador le impide hacer uso de ella, es claro, según la ley citada, puede el sucesor en el mayorazgo, en concepto de poseedor, valerse del entredicho *retinendae* para que el detentador no le impida y estorbe el uso de su posesión, sin que se oponga a esto el que la naturaleza del entredicho *uti possidetis* es de retener y conservar, y no de restituir y recuperar la cosa, porque como la turbación y molestia que sufre el tenedor consiste en el estorbo que le pone el detentador para usar de su posesión, y este estorbo se origina de la detención, se sigue por una consecuencia necesaria que en virtud del entredicho *uti possidetis* se pide que desista de la detención».

La medula de toda discusión se centraba en la posibilidad o imposibilidad de coexistencia simultánea de dos poseedores de una misma cosa: uno civil y otro material. Consecuencia suya era la relativa a si debía utilizarse contra el detentador el interdicto de retener o el de recobrar la posesión.

La disputa básica se inició ya en Roma entre sabinianos y proculeyanos. Así se comprueba en la ley 3.^a, § 5 (Dig. XLI-II), en cuyo texto Paulo se suma a la opinión de Iabeón, opuesta a la de Sabino y Trebacio, proclamando que «plures eandem rem in solidum possidere non possunt», por lo que entendió que no cabía que a la vez fueran poseedores el precarista y el que le hubiese dado la cosa en precario. No obstante, entre los autores del Derecho común, prosiguió el debate. Según confesión de LLAMAS Y MOLINA (núm. 79, pág. 114), hasta nuestros días ha continuado desde entonces la misma disputa, y puede afirmarse sin riesgo de equivocación que son más los modernos que han seguido la sentencia de Sabino y los suyos que la de Próculo. Como los discípulos de éste, y como Patilo, opinaron Cuyacio, Doncelo, Pichardo, entre otros que cita LLAMAS (número 80, pág. cit.). Es igual que Sabino se expresaron Bartolo, Oroz, los Molina, etcétera. (Ver LLAMAS, núm. 81, p. cit.; núms. 203 y 216, págs. 142 y s.).

La cuestión no puede resolverse en términos generales válidos para cualquier concepción posesoria. Como escribimos otra vez (loc. cit., pág. 549), «en el Dere-

legado se le transmita directamente en el momento del fallecimiento del causante. Así, resulta del art. 885 C. c. que: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada,

cho romano clásico la posesión era única para cada cosa y debía englobar todo el conjunto de relaciones sobre la misma». Según frase de GIRARD (op. cit., Lib. III-II, cap. II, § 1.º, pág. 288), fué la materialización de la propiedad, el poder de hecho sobre la cosa, el ejercicio de la propiedad manifestado por actos exteriores. «Pero—añadimos nosotros—en la propia Roma se inicia una evolución que tiende a separar la posesión del reflejo del dominio ofreciendo la posibilidad de su disgregación». «En el Derecho alemán—decíamos en la nota 57 (pág. 557)—, la posesión es el poder de hecho sobre la cosa, como en el Derecho romano; pero, en cambio, ese poder de hecho ya no aparece como paralelo al dominio, como en aquél en su noción más pura. El que de hecho aparece como propietario, ocupa en el Derecho alemán lo más alto de la escala que llaman posesión mediata, y su protección es mucho más restringida que en el Derecho romano clásico». Como dice HERING (op. cit., pág. 337), «la protección se traspasa del propietario a la parte contraria; ésta es exclusivamente protegida». En nuestro régimen vigente, forjado en larga elaboración con influencias medievales y canónicas, «la posesión de una cosa puede desintegrarse en tantas posesiones distintas como relaciones quepan sobre dicha cosa» (pág. 549); y al mismo tiempo, a la palabra posesión se le da un sentido amplio que comprende «posesión estricto sensu y tenencia»—que según la S. de 26 de febrero de 1945 es un «grado inferior de la posesión», que no deja de ser posesión verdadera (arts. 430, 441 ap. 2 y 446 C. c.)—que corresponden, respectivamente, a la posesión de derechos (dominio inclusive) y a la de cosas, abstracción hecha de si a la vez se posee algún derecho sobre las mismas» (pág. 548).

Situados en este terreno, recordaremos que conforme resulta del art. 460, núm. 4.º, C. c., «una usurpación no otorga más que la tenencia, mientras que el despojado conserva la posesión durante el plazo de un año a contar del despojo» (pág. 704).

Por consiguiente: a) A la posesión—estricto sensu—sólo le es aplicable el interdicto de retener, holgando el de recuperar, puesto que la posesión se prolonga hasta un año después de la violación, coincidiendo su pérdida con la caducidad del interdicto. b) Si además de usurparle la posesión hubiere perdido la tenencia, el interdicto como Jano, tiene dos caras, una para conservar la posesión y otra para recuperar la tenencia. c) Si el poseedor tenía la plena posesión, es decir, si también era tenedor, y sólo fué despojado de la tenencia, también el interdicto presenta dos caras: una, para hacer cesar la perturbación posesoria; otra, para recuperar la tenencia. d) A la mera tenencia, contrariamente a lo que sucede en Francia y en Italia, no sólo le es aplicable el remedio reintegratorio, sino también el de mantenimiento.

Sacando, de todo ello, las consecuencias aplicables a nuestro caso, podríamos concluir que el heredero puede usar los siguientes remedios puramente posesorios:

1.º *El interdicto de adquirir*: a) Para obtener la tenencia cuando la detenten meros precaristas que no invoquen posesión a título de dueño o de usufructuario; y b) Para que los poseedores a título de inquilinos, arrendatarios o colonos, depositarios o administradores, le reconozcan como poseedor a título de dueño.

2.º *El interdicto de retener*: a) Para mantener la posesión que fué usurpada al causante, si no hubiese transcurrido aún un año desde el despojo; b) Para remediar cualquier perturbación, tanto de la posesión como de la tenencia.

3.º *El interdicto de recuperar*, para recuperar la tenencia, perdida, tanto si el causante era pleno poseedor como simple tenedor y si no ha transcurrido aún el plazo de un año fijado para su ejercicio.

sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla» (542).

No obstante, lo mismo que en Derecho histórico, debe admitirse, en nuestro régimen vigente, que el testador pueda autorizar al legatario para que tome por sí posesión de la cosa legada. Así lo reconoce la Sentencia de 26 de octubre de 1928: «es principio reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, como consecuencia de diversos artículos del Código civil, que la voluntad del testador válidamente expresada es la ley obligatoria para todas las personas que del testamento derivan sus derechos, y en su virtud la disposición de aquél de que los legatarios se apoderen por sí de los bienes que les lega es de inexcusable observancia para los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de dicha facultad otorgada a los legatarios...», el art. 885 no puede coartar al testador para la autorización supradicha y sólo es aplicable en el caso de que éste no haya usado de su libre facultad».

En estos supuestos, ¿se entenderá que el testador ha desviado la sucesión posesoria, admitida a favor del heredero—ea el artículo 440—haciéndola desembocar en el legatario autorizado para ocupar materialmente la cosa por sí mismo? A nuestro juicio debe entenderse así. El art. 440 consagra una *successio in possessionem*, en sustitución de la clásica *successio in usucacionem*. El testador no puede impedirla, porque se determina por la ley como consecuencia consustancial del fenómeno sucesorio. Pero ningún inconveniente existe en que pueda desviar esa sucesión, señalando un destinatario distinto de los herederos: que podrá ser un albacea, el comisario, los contadores partidores o algún legatario. La posesión se transmite *ipso iure* con la muerte del causante. No cabe dejarla interrumpida habiendo personas designadas testamentariamente para hacerla efectiva.

En estos casos hay que entender que el legatario puede ejercitarse además de su interdicto *quod legatorum*, los de retener y recuperar, en sus respectivos casos, e incluso el de adquirir (543).

(542) Como expresó en uno de sus considerandos la sentencia de 3 junio 1947: «Por virtud de tal investidura legal (a favor del heredero) de la posesión de la herencia, aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y aunque adquiera desde ese mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al artículo 882 del Código civil, le falta la posesión, transmitida de derecho al heredero, con arreglo al texto citado, y de ahí el precepto del artículo 885 del mismo Cuerpo legal, según cuyos términos el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla».

(543) Así lo entendió MORELL («Comentarios a la legislación hipotecaria», cit., vol. III, págs. 140 in fine y 141) para los «casos excepcionales» en que no haya herederos ni albaceas a quienes reclamar y si nadie posee los bienes en concepto de dueño. «cuando concurran los requisitos exigidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para ejercitarse dicho interdicto de adquirir». ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, II, pág. 611) parece aceptar esta opinión.

Subrayemos, por tanto, que no es característica esencial de la naturaleza del legado la entrega de su posesión por el heredero al legatario. Es posible que éstos en ciertos casos (544), la reciban idealmente *ipso iure* y puedan tomarla materialmente por sí. Según vimos, así debe entenderse en aquellos supuestos en que quien *de facto* resulta ser legatario había sido testamentariamente instituido heredero *in re certa* (545).

Partimos de este dato. No es de esencial necesidad que los herederos entreguen a los legatarios la posesión de sus legados. Ni va contra la naturaleza del legado la transmisión directa, *ipso iure*, al fallecer el causante, de la posesión de la cosa legada al legatario. Aceptado esto, podemos dejar la puerta abierta a otras consecuencias.

Una de ellas ya la recogimos con anterioridad. Nos apoyamos en el texto del art. 806 C. c. Hay una cuota líquida de los bienes de la herencia reservada por la ley a los legitimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes, como adelantamos más atrás, para entender que la posesión del legado *pro legitima*—sea de cuota, de cosa cierta, o de género y cantidad, contenidos en la herencia—debe pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar materialmente, por propia autoridad, los bienes legados, si estuvieren determinados. O bien, ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado. Como vimos, no faltan antecedentes históricos en apoyo de nuestra opinión.

Siendo así, la situación del legitimario que recibe su legítima en bienes de la herencia a título de legado no será peor, ni distinta, en este aspecto, que la del legitimario instituido heredero.

D) *La posibilidad de accionar el juicio de testamentaría e intervenir y participar en la partición de la herencia.*

Recordamos que el art. 1.038 LEC, refiriéndose al juicio voluntario de testamentaría, determina: «Serán partes legítimas para promoverlo: 1.º, Cualquiera de los herederos testamentarios... 3.º, Cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal...». Y que, según el artículo siguiente: «El heredero voluntario y los legatarios de parte alicuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente. También convinimos que esa prohibición no puede

(544) Se citan otros supuestos en que el legatario puede ocupar por sí la cosa legada, como en la hipótesis del art. 891, C. c., de herencia distribuida en legados (Ss. 30 diciembre 1916 y 19 abril 1947; o cuando el legatario ya estuviere en posesión de la cosa (Rs. 15 julio 1868 y 18 julio 1900).

(545) Ver lo dicho anteriormente en este trabajo, II, § 2. C), e), 1.º y 2.º.

alcanzar a los legatarios de parte alicuota cuando se les hubiere atribuido esa cuota en satisfacción de sus derechos legitimarios.

Otra conclusión, fué que el legatario parciario debía intervenir en la partición. Por lo menos participando en la formación del inventario, avalúo y comprobación del valor de los lotes formados.

Queda por examinar si será desventajosa la posición de los demás legitimarios a quienes sus derechos les fueron atribuídos a través de una institución en cosa cierta, o en legados de cosa específica o de género comprendidos en el caudal hereditario.

En la primera parte de este trabajo (546), convinimos que en el régimen del Código civil es necesario que el legitimario, aunque no sea heredero, intervenga en la partición; y en que ésta no puede efectuarse válidamente sin su concurso, a no ser que previamente a ella—pero después de la delación—se hubiese dado por satisfecho el propio legitimario.

Allí determinamos las razones justificantes de la necesidad de su intervención: Los legitimarios, aún no siendo herederos, son parte interesada en las operaciones de valoración, computación e imputación, y, en su caso, en la reducción de donaciones, legados y mejoras. Operaciones, que no es aceptable puedan ser realizadas unilateralmente, sin el concurso de una parte directamente interesada, como en cualquier caso son los legitimarios. Las reducciones de donaciones y legados previstas en los arts. 818 y siguientes y 829 del Código civil presuponen el concurso de todos los legitimarios en las operaciones indicadas.

Estas mismas razones justifican, a mayor abundamiento, la posibilidad de que los legitimarios aún cuando sólo fueran llamados como legatarios de cosa cierta o de cosa genérica comprendidas en la herencia puedan interponer el juicio de testamentaría. También, *a fortiori*, así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteradamente ha venido reconociendo al legitimario de Derecho catalán el derecho a promover el juicio de testamentaría y no el ordinario de la cuantía correspondiente (547).

E) La percepción de frutos; la posibilidad de ejercitar acciones en defensa de bienes de la herencia, y la participación en «periculum» y «commodum».

Los efectos enunciados son característicos de la calidad de heredero. Se producen desde el mismo momento de la muerte del causante. Si los herederos fuesen varios, aquéllas acciones podrá ejercitárlas cualquiera de ellos y en relación a cualquier bien. En los frutos, «commodum» y «periculum» coparticiparán todos, pro-

(546) § 8.º, B) y nota 244.

(547) Sentencias 3 noviembre 1876, 29 enero 1891, 8 febrero 1892, 17 octubre 1893, 14 mayo y 22 diciembre 1895, 23 mayo 1899, 31 mayo 1909, 22 noviembre 1910 y otras.

porcionalmente a su participación hereditaria y con independencia del bien de la herencia que los haya producido, gozado o sufrido.

No obstante, si el mismo testador hubiere verificado la partición, se entenderán individualizados, desde el día de la delación, la percepción de esos frutos, el ejercicio de las acciones, el «commodum» y «periculum» correspondientes a los bienes concretamente asignados. Tal individualización será una de las consecuencias normales de la partición.

El legatario de parte alicuota participa, desde el momento del fallecimiento del causante, en la percepción de los frutos de la herencia, en los riesgos favorables o adversos y, como cotitular de los bienes, podrá ejercitar las acciones defensivas correspondientes, por lo menos si los herederos no las hicieran valer.

El legatario de cosa específica, existente en la herencia, tiene individualizados los riesgos y la percepción de frutos también desde el momento de la delación hereditaria (art. 882 C.c.).

En cambio, según el art. 884, si el legado «no fuese de cosa específica o determinada, sino genérico o de cantidad, sus frutos e intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente». Es decir, que si no lo ha ordenado de este modo, el legado de género y cantidad no dará derecho al legatario a percibir frutos ni intereses antes de que el heredero incurra en mora. Los riesgos tampoco pasarán al legatario; como en toda deuda genérica son a cuenta del deudor.

Pero esta doctrina no la estimamos aplicable al legitimario a quien, en satisfacción de sus derechos, el testador hubiere asignado a título singular, género o cantidad existentes en el haber hereditario (548). El art. 884, parte de que los legados de género y cantidad son legados damnatorios, es decir, con valor de créditos contra el heredero. En cambio, el legado de género y cantidad que es eficaz para la satisfacción de derechos legitimarios comienza por ser un legado de género y cantidad delimitados: una parte o todo aquél género y cantidad existentes en la herencia. Además, se atribuye para concretar una reserva de bienes predeterminada por la ley. No se confiere, por lo tanto, un mero legado damnatorio, sino que se atribuye directamente todo o parte del género o cantidad expresados que haya en la herencia, individualizando aquella reserva global.

Si el legado comprendiera todo el género o la cantidad total, el dominio de aquel género o de aquellas cantidades pasaría al legatario-legitimario en el instante mismo de la delación, y también entonces se individualizarían—por obra y gracia del acto determinativo del testador—los riesgos y los frutos o intereses, si se

(548) En otro caso, el testador no podrá disponer eficazmente en satisfacción de derechos legitimarios legados de género ni de cantidad no comprendidos en su herencia.

produjeren, correspondientes a la asignación. Si, tal legado, sólo comprende una parte del género o de la cantidad que hubiere en la herencia, el legitimario será comunero de los otros asignatarios del mismo género, o de los herederos en general, si no hubiere habido expresa atribución del género restante. Por lo tanto, participará de los frutos o intereses, si los produjeren, y en los riesgos del género y la cantidad existentes en la herencia, en la misma proporción que su atribución representare respecto a la totalidad de aquel género o sobre la cantidad total comprendidos en la herencia.

F) Posición ante las deudas de la herencia.

Nos hallamos frente a la más característica diferencia observada entre herederos y legatarios.

Si el heredero es el continuador de las relaciones jurídicas del causante deberá sucederle en todas sus deudas. Y en cada una de ellas, según disponga el sistema positivo de que se trate, sea mancomunadamente, como en Derecho romano, o solidariamente, como en nuestro Código civil.

El causante no puede variar este régimen. Porque no puede disponer de sus deudas con eficacia tal que alcance la esfera de sus acreedores. Podrá ciertamente individualizar sus relaciones activas; e incluso disponer a efectos puramente internos quién debe pagar sus deudas. Pero esta asignación pasiva no alcanza a modificar la responsabilidad que a los herederos corresponde con relación a los titulares activos de aquellas obligaciones.

El designado heredero a quien el testador, gravándole con cargas y legados, le prive de todo su activo, no dejará por eso de ser un verdadero heredero. En cambio, el nombrado heredero que no deba responder frente a los acreedores de la herencia del pago de alguna deuda, no será heredero.

No estamos conformes con la afirmación, hecha por Ortega Pardo (549), de que una persona puede ser heredero sin asumir responsabilidad por las deudas hereditarias, cuando, a pesar de este resultado, la ley les atribuye expresamente aquella cualidad. La Ley podrá señalar las denominaciones que quiera mandar, pero jamás conseguirá cambiar la naturaleza de las cosas. Si la propia ley parte de un concepto jurídico determinado, poco importará que luego emplee inadecuadamente la terminología.

El heredero sufre en el régimen del Código civil el peso de dos preceptos: los arts. 1.003 y 1.084. Del rigor de aquél puede librarse, sometiéndose a formalismos prefijados y dejando que los bienes de la herencia queden sujetos a una administración y liquidación rigurosamente predeterminados por la ley. En esto consiste el beneficio de inventario, que el Código civil admite y reglamenta en

(549) «Heredero testamentario y...», págs. 330 *in fine* y s., núm. 4 y págs. 353 y siguientes.

sus arts. 1.010 y siguientes. Pero, si concluido este procedimiento purgatorio aparecieren otras deudas, de las que antes no se hubiere tenido noticia, renacerá la responsabilidad del heredero. Aunque esta sólo sea *intra vires* y *pro viribus* (no meramente *cum viribus*, como durante el procedimiento liquidatario), no dejará de ser personal y solidaria, a tenor del art. 1.084 C. c.

Frente a la posición del heredero, acabada de bosquejar, aparece inconfundible la del legatario. Este es sólo un adquirente a título singular. No sucede en las relaciones jurídicas del causante y, por lo tanto, no responde personalmente de sus deudas. Sin que esto quiera decir que no pueda resultar afectado por ellas. Así:

a) El heredero forzoso que por pagar deudas del causante viese reducida su adquisición a una porción menor que su legítima, podrá exigir la correspondiente reducción de los legados (artículos 817 a 822).

b) Durante la administración del beneficio de inventario el administrador no podrá pagar los legados, sino después de haber pagado a todos los acreedores (art. 1.027 C. c.).

c) En la herencia aceptada a beneficio de inventario, si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos podrán reclamar contra los legatarios cuando no quedaren en la herencia bienes suficientes para pagarles (art. 1.029 C. c. «sensu contrario»).

d) En los juicios de testamentaría promovidos a instancia de uno o más acreedores no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción (art. 1.093 de E. Civ.).

e) No hay duda que la percepción de los legados quedará totalmente supeditada a la satisfacción de los acreedores en las herencias que oficialmente se hallen, o se declaren conforme al artículo 1.053 LEC., en concurso o en quiebra.

f) Finalmente, en aquellas herencias en las cuales los bienes recibidos por el heredero no sean suficientes para cubrir las deudas del causante y el heredero no tenga solvencia personal para saldarlas, entendemos que los acreedores podrán dirigirse contra los bienes legados, previa demostración de los siguientes datos: 1.º, que los bienes de la herencia no legados no bastaban para cubrir las deudas; y 2.º, haberse hecho exclusión de los bienes del heredero (550).

(550) Nuestro querido compañero MANUEL DE LA CÁMARA, defendió brillantemente la tesis contraria el pasado año en una ponencia discutida en el seminario de ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Sus principales fundamentos pueden concretarse, en síntesis, de este modo:

a) La aceptación de herencia pura y simple produce la confusión de los patrimonios de causante y heredero, fusión cuyos efectos fueron limitados en Derecho romano, y siguen estando en algunos Códigos modernos, en virtud del beneficio de separación que potestativamente pueden utilizar tanto los acreedores del causante como los del heredero.

Ahora bien, entre la responsabilidad del heredero y esta afección del legatario existe una evidente diferencia.

El legatario en ninguno de los casos referidos responde personalmente, ni siquiera *"intra vires, pro viribus"*. Sufre solamente

b) Que nuestro Código civil solo excepcionalmente, en casos concretos, expresa esa preferencia a favor de los acreedores de la herencia con respecto a legatarios y acreedores particulares del heredero, y a favor de los legatarios con relación a los acreedores del heredero. Hipótesis singulares, que son las siguientes: aceptación de los herederos a beneficio de inventario (arts. 1.027 y 1.029 del Código civil), interposición del juicio de testamentaría (art. 1.093, LEC.) y declaración en quiebra o en concurso de acreedores de la testamentaría (artículo 1.053, LEC.). En todos estos supuestos la ley previene una serie de medidas dirigidas a evitar la confusión de los bienes de la herencia con el patrimonio del heredero. En cambio, falta una regulación genérica del procedimiento genérico que clásicamente acompañaba al beneficio de separación de bienes. Limitada la regulación de nuestro Derecho, en esta cuestión, a las medidas técnicas que acompañan a la ~~reglamentación~~ de los supuestos antes enunciados, no entiende posible que, fuera de ellos, pueda el intérprete articular otros, ni que, sin dichas medidas, pueda sancionarse una preferencia general de ciertos acreedores sobre otros, contraria a la regla general de confusión de patrimonios, y opuesta también al criterio restrictivo de la ley en materia de privilegios (cfr. art. 1.925 del Código civil).

c) Que los acreedores del causante tienen una única garantía que les asegura la posibilidad de acudir al juicio de testamentaría a fin de conservar su preferencia: la facultad de oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia en tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos. Así resulta del art. 1.082, C. c. Pero que esta facultad resulta totalmente estéril en los supuestos de heredero único, de haberse verificado la partición con anterioridad a que los acreedores hubieren expresado su oposición y cuando los herederos conjuntamente enajenan bienes de la herencia sin hacer la partición.

Reconociendo el mérito y relevante interés de la tesis de Cámara, no estamos de acuerdo con sus conclusiones fundamentales.

a) Ante todo, queremos subrayar que así el Código civil como la ley de Enjuiciamiento, en todas las ocasiones en que regulan supuestos concretos de colisión de derechos entre acreedores del causante y legatarios dan preferencia a los primeros, con la misma uniformidad con que se la confieren a los legatarios cuando entran en conflicto con acreedores de los herederos. Estas soluciones reiteradas, nunca son expresadas con carácter excepcional, sino como resolución concreta de los supuestos hallados al paso. Por eso, nos inclinamos a considerarlas como trasunto de un principio general tradicional e implícito en nuestro sistema positivo, del que derivan y son singular aplicación.

b) Cosa distinta de lo que sostengamos sería admitir que las indicadas preferencias deben mantenerse en una simple tercería, sin otra justificación que las pruebas de que el objeto ejecutado perteneció al haber hereditario, que los tercieristas son acreedores de la herencia (o de que son legatarios, si éstos ejercitan la tercería, en una ejecución de la que fuese actor un acreedor del heredero). El acreedor de la herencia que ha negligido su acción contra el heredero, dando lugar a que éste consuma o enajene bienes de la herencia que hubieran bastado para pagar las deudas, no es justo que luego pueda dirigirse contra los bienes legados. Ni que un legatario de cantidad, después de negligir toda actividad y permitir la dispersión de casi todo el caudal hereditario, alegue y pretenda hacer efectiva su originaria preferencia contra los acreedores del heredero que están ejecutando el último residuo del activo. Por eso es imprescindible probar los extremos que hemos enunciado en el texto a fin de que los acreedores de la herencia puedan hacer valer su preferencia frente al legatario. Siendo así, cuando el heredero no haya aceptado a beneficio de inventario, ¿será imprescindible para lograr la efectividad de aquella preferencia, que se entable el juicio de

una *afección «cum viribus»* (551), reforzada para el acreedor por el principio de subrogación real o, tal vez más exactamente, por el de la subrogación de valor, como medio de determinación del enriquecimiento del legatario (552). Afección que sólo puede ser

testamentaria o se pida la declaración en quiebra o en concurso de acreedores de la herencia?

c) En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, nos encontramos con dos dificultades. La quiebra y el concurso piden ciertos requisitos materiales y formales que no siempre se reúnen. Y el juicio de testamentaria parece resultar imposible si el heredero es único o la partición ya se verificó. No obstante nos inclinamos a creer que los acreedores pueden interponerlo al objeto expresado, al amparo del núm. 4 del art. 1.082, LEC., aun cuando sólo hubiere un heredero, o siéndolo varios ya se hubiese realizado la partición. En ambos casos, dicho juicio universal tendrá como objeto básico la liquidación de las deudas de la herencia.

d) A nuestro juicio, hay otra razón, si cabe más evidente, que demuestra la preferencia de los acreedores de la herencia respecto a los legatarios, en caso de colisión de ambos derechos. El art. 643, C. c., dice: «No medrando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ellas». Presunción de fraude que, conforme expresó FEDERICO DE CASTRO (*La acción Pauliana y la responsabilidad patrimonial*, en «Rev. Dr. Priv.», T. XIX, julio-agosto 1923, págs. 216 y ss., especialmente pág. 128), no es tal presunción sino una objetivización del fraude «uniéndole al perjuicio, al *eventus damnis*, sin atender al *consilio fraudandi*. Es decir, que no significa sino la preferencia de los acreedores del donante sobre el donatario en caso de darse el supuesto de que en el momento de la donación no le restasen al donante bienes suficientes para satisfacer sus deudas. Regla que por idéntidad de *ratio* debe aplicarse, *mutatis mutandis*, por analogía, al supuesto de que los bienes legados fuesen insuficientes el día de la delación para pagar las deudas del *de causis*. La insuficiencia calculada en dicha fecha es el límite cuantitativo de cualquier reclamación subsidiaria de los acreedores de la herencia contra bienes legados.

(551) Notemos que la diferencia entre la responsabilidad *intra vires pro viribus* y la *afección cum viribus* no es meramente teórica. Puede tener relevante interés práctico. Así, p. ej.: la pérdida fortuita de la cosa legada llevará consigo una extinción total de la afección *cum viribus*, mientras que, por el contrario, no repercutirá en la responsabilidad personal *pro viribus*. También es de observar que los problemas que origine la alteración en el valor adquisitivo de la moneda tendrán una distinta repercusión en uno y otro caso.

(552) RABELLO MOLINA (*Subrogación en la reserva lineal*, «Rev. Gral. de Dr.», T. I, mayo 1945, pág. 266) distingue correctamente la subrogación real en sentido estricto, es decir, de objeto por objeto, y la subrogación real en sentido amplio y generoso, equivalente a subrogación de valor. Entre uno y otro criterio existe una clara diferencia práctica cuando en la cadena subrogatoria se interfieran dinero, no individualizado por algún medio (como lo sería, p. ej., tomando su numeración), u otros bienes fungibles.

Esa subrogación, en sentido amplio, la vemos reflejada en el último apartado del art. 812, C. c.: «Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviere con relación a ellos y en el precio, si se hubieren vendido, o en los bienes que les hayan sustituido, si los permuto o vendió». En la sustitución por el precio de la venta vemos una subrogación de valor, que queda inmutablemente fijado en su valor nominal, abstracción hecha de toda posterior alternativa; mientras que en la sustitución por las acciones resultantes o por los bienes que a título de permuto hubieran sustituido a los donados, vemos la subrogación estricta de cosa por cosa.

efectiva: *indirectamente*, mediante el regreso intentado por los herederos forzados a través de la acción de reducción, o *subsidiariamente*, después de haberse hecho total exclusión de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubieran aceptado a beneficio de inventario (553).

Esto supone una posición de evidente ventaja para los legatarios, con respecto a los herederos. Es la distancia que media entre responder subsidiariamente del excedente por cubrir, o por vía de regreso de la parte en que las legítimas resten sin satisfacer, y responder solidariamente en primera línea, ante los acreedores, de todas y cada una de las deudas pendientes, aunque luego quepa ejercitar la acción de regreso, reembolso o complemento, que sólo serán eficaces cuando vayan dirigidas contra personas que conserven solvencia económica.

Es evidente, por tanto, que el legitimario que recibe sus derechos estrictos a título de legado estará más al abrigo de las reclamaciones de los acreedores y sufrirá menos molestias que aquellos otros que los tengan asignados a título de herencia.

G) *Posición ante los gravámenes y legados.*

A los legatarios puede gravárseles con modalidades, cargas y sublegados, e incluso cabe imponerles la obligación de pagar ciertas deudas del causante. Recordemos que, esa obligación de pago de deudas, tiene para los legatarios el sentido de una carga imposta, pero no les hace sucesores de aquella relación pasiva del causante. Por ello, los herederos no quedan liberados de su responsabilidad solidaria frente a los acreedores, titulares activos de dichas deudas. Ni, por lo tanto, el legatario tiene por qué responder solidariamente con los herederos, ni con los otros legatarios gravados, del pago de aquellas otras deudas que no le fueron expresamente asignadas.

Esa responsabilidad de los legatarios por el pago de sublegados y demás cargas que expresamente les impusiera el causante tiene

Cabe aún plantear, en el supuesto de que el legado fuese de dinero o cosas fungibles, o en la hipótesis de que por subrogación se hubiese transformado el objeto en bienes de esta naturaleza, si debe admitirse que no haya repetición contra el legatario que hubiere gastado o consumido de buena fe aquél dinero o aquellas cosas fungibles, siguiéndose un criterio análogo al que se observa en el art. 1.160 C. c.

Es decir, se trata de decidir si esta responsabilidad *cum viribus* sólo muere por pérdida fortuita o también por su consumo hecho de buena fe.

(553) Queda aparte el supuesto del art. 891. Para nosotros, plantea este dilema: O hay responsabilidad personal *pro viribus*, en cuyo caso el llamado legatario es de hecho un verdadero heredero, con responsabilidad solidaria, conforme al art. 1.084, sea limitada o ilimitada, o no hay tal responsabilidad, simplemente una afición *cum viribus* (ver al efecto lo dicho anteriormente § 2.º D), b). 2.º a) 6) v).

señalado un límite: el valor del propio legado. Así lo dice claramente el art. 858 C. c. Responde *intra vires* y *pro viribus*.

En cambio, es mucho más dudoso si gozarán de igual limitación los herederos que no utilizaron el beneficio de inventario (554).

EN CONCLUSION: teleológicamente, desde un punto de vista práctico, no hay duda que el legitimario a quien no se le dejen más que sus derechos estrictos, gozará de posición más tranquila y ventajosa recibiéndolos a título de legado que como heredero de cuota.

(554) Ver al efecto las citas que hicimos en la primera parte de este trabajo, nota 252. Especialmente, los trabajos de Luis Cárdenas Hernández («Responsabilidad *ultra vires* por legados», en Rev. Dr. Priv., T. XXXIV, febrero 1950, páginas 151 y ss.) y Ginot Llobateras (en su repetido estudio «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y en el foral», en este ANUARIO, III-4, págs 1057 y ss.), que respectivamente defienden las opuestas soluciones de responsabilidad *intra vires* y *ultra vires*.

La sucesión «iure transmissionis»

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Profesor adjunto de Derecho civil en la Universidad de Granada

SUMARIO: *Preliminar.—Capítulo primero: el «ius delationis».—I. Previo.—II. La adquisición de la herencia: 1. La apertura de sucesión; 2. La adquisición de la herencia.—III. La naturaleza del «ius delationis»: 1. Adquisición originaria e ipso iure del «ius delationis» y su fin instrumental; 2. El «ius delationis», ¿es verdadero derecho?; 3. Categoría de derechos a la que pertenece; 4. ¿Es personalismo? ¿Es patrimonial?; 5. Los sujetos del «ius delationis».—IV. Nacimiento del «ius delationis».—V. Extinción del «ius delationis»: 1. Plazo máximo posible legal de vida; 2. Extinción antes de transcurrir ese plazo: A) Fijación de un más corto plazo de caducidad: a) Fijación por ley; b) Fijación por el juez: La interpellatio in iure; B) Extinción por adquisición de la herencia; C) Extinción por renuncia o por otras causas; 3. Autonomía de voluntad del causante en la vida del “ius delationis”: A) Condición resolutoria; B) Término final; C) Intransmisibilización; D) Otros supuestos; E) Límites de la autonomía de voluntad.—Capítulo segundo: La transmisión del «ius delationis»: I. Derecho romano: 1. Intransmisibilidad; 2. La «in iure cessio hereditatis»; 3. Otras excepciones al principio de la intransmisibilidad; 4. La adquisición de herencia *ipso iure*. II. Derecho actual: 1. Transmisibilidad; 2. Disponibilidad; 3. Requisitos de la transmisión.—Capítulo tercero: La transmisión de la herencia del primer causante: I. A quién se sucede en ella.—II. Repercusión de lo anterior en la capacidad para suceder en el «ius delationis».—Capítulo cuarto: Sucesión «iure transmissionis» y sucesión «iure repreäsentationis».—Capítulo quinto: Problemas singulares: I. Pluralidad de herederos del transmitente: 1. La pluralidad de transmisarios y la aceptación de la herencia; 2. La partición de la herencia o del legado. II. Beneficio de inventario: 1. Previo; 2. Terminología; 3. Examen de los diferentes supuestos; 4. Posible duda.—III. Patrimonialidad del «ius delationis»: 1. Medida de su valor; 2. La legítima del transmitente; 3. Partición de la herencia del transmitente e incapacidad de algún heredero para suceder al primer causante; 4. Valor negativo del «ius delationis»; 5. Repudiación por alguno de los herederos del transmitente, de la herencia del primer causante.*

PRELIMINAR

Si aquel a cuyo favor se ha deferido una herencia muere antes de adquirirla—o sea de *suceder*—sus sucesores *pueden* adquirir el derecho a tal adquisición—o sea a tal *sucesión*—. Que lo adquieran o no, dependerá de cada Derecho positivo, pero lo primero es aceptado en las legislaciones actuales. A tal respecto, el art. 939 del Código italiano de 1865 decía: «Aquel a cuyo favor se ha abierto una sucesión, si muere sin haberla aceptado expresa tácitamente, transmite a sus herederos el derecho a aceptarla». En cuanto al vigente Código de 1942 dispone en el art. 479: «I.º Si el llamado a la herencia muere sin haberla aceptado, el derecho de aceptarla se transmite a sus herederos». Y el Código español—art. 1.006—ordena: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía» (1).

Y si esos sucesores de la persona que murió sin adquirir la herencia que le estaba deferida, llegan a adquirir ésta por haber recibido del fallecido el derecho a adquirirla, se suele decir que suceden *iure transmissionis* (2) (2 bis).

Esta sucesión *iure transmissionis* presenta dos facetas, y, por ello, también dos órdenes de problemas. Por un lado nos encontramos con que los sucesores del llamado reciben de éste, y a causa de su muerte—es decir, le suceden en ella *mortis causa*—, la titu-

(1) Aunque en esos artículos se hable de la muerte del causante sin haber aceptado la herencia a él deferida (o sin haberla aceptado ni repudiado), y de que se transmite a sus herederos el derecho a aceptar, o—como dice el Código español—*el mismo derecho que él* (causante segundo, llamado a la herencia del causante primero) *tenía*, hay que advertir varias cosas:

A) Tal transmisión puede no darse, aun en los Derechos que en principio la admiten, por causas que después veremos.

B) Tal transmisión sólo se puede dar, si el segundo causante, aun sin aceptar realmente la herencia que se le defirió, no la había adquirido ya por otro medio (así, por ejemplo, por la llamada aceptación tácita o presunta, de la que luego hablaremos, pero de la que adelantamos aquí que no la consideramos aceptación), o, aun sin repudiarla, no había perdido el derecho a adquirirla.

C) Se transmite no sólo el derecho a *aceptar*—entendiendo aceptación en sentido riguroso—sino el derecho a *adquirir*, de cualquiera de las maneras que la ley admita, la herencia deferida.

(2) No hay sucesión *iure transmissionis* en los arts. 761 y 857 del C. español. Sin embargo, cfr. CASTÁN, pág. 443.

(2 bis) Nos referimos sólo a la sucesión *mortis causa*. Por esto nuestro estudio no excederá de los supuestos de extinción—muerte—de persona física. La extinción de una persona jurídica no provoca una sucesión hereditaria o *mortis causa*. (Sobre el argumento, en pro y contra, véase N. COVIELLO, pág. 36; D'AVANZO, *Suc.* I, pág. 19; CICU, *Suc.*, págs. 21 y 22). Ahora bien, que exista mayor o menor similitud entre las reglas que deban aplicarse a una y a otra, eso es cuestión aparte, y en la que no entramos.

Sin embargo, autores hay que aluden también a ese caso. Por ejemplo, LOSANA, núm. 140, págs. 95 y 96, se refiere al supuesto de persona jurídica que se extinga ante de que se le autorice para aceptar la herencia a la que fué llamada

laridad de un poder jurídico llamado *ius delationis*. Por otro lado tenemos que, una vez que han llegado a ser titulares de ese poder, les es posible, actuándolo, convertirse en titulares de la herencia a aquél deferida. Lo cual es realmente el fin al que como mero instrumento sirve el *ius delationis*.

Hace falta, pues, tratar de dos sucesiones: la sucesión en el *ius delationis* y la sucesión en la herencia del primer causante, respecto del cual el segundo causante no llegó a ser heredero, sino sólo a tener el derecho a serlo.

Ambas sucesiones plantean problemas distintos que vamos a estudiar separadamente, para tratar de hallar respuesta a una serie de interrogantes que en su pluralidad son susceptibles de compendiarse en unidad bajo la pregunta: ¿Cómo se opera la sucesión *iure transmissionis*?

Ahora bien, para ver cómo se opera esta sucesión, hace falta plantearse varias cuestiones previas, de cuya solución depende la construcción de dicha sucesión.

Tales cuestiones las abordaremos sólo en cuanto nos sea necesario para poder llegar a estudiar el tema central de este trabajo, o para que nuestra postura respecto de él aparezca más clara.

Creemos que la materia debe exponerse con arreglo a la siguiente línea general: 1.º, el *ius delationis*; 2.º, su transmisión; 3.º, la transmisión de la herencia a que aquél *ius delationis* da derecho (o sea, la herencia del primer causante).

Los sujetos que intervienen en esta situación son denominados así: 1.º Primer causante; 2.º Segundo causante o transmitente *delius delationis* a la herencia del primer causante; 3.º Transmisario o adquirente del *ius delationis* a la herencia del primer causante, *ius* que recibe del segundo causante.

CAPITULO PRIMERO: EL *IUS DELATIONIS*

I. PREVIO

En D. 50, 16, 151, se dice: «*Delata hereditas dicitur quam quis possit adeundo consequi*».

Nosotros denominamos delación a la atribución originaria a un sujeto del derecho de suceder a otro *mortis causa*. Este derecho del llamado a suceder se designa diversamente: así, derecho hereditario o bien *ius adeundi*, o *ius delationis*. De cualquier modo, con estas expresiones se quiere significar el poder de suceder *mortis causa* al causante. Pero se trata de un *poder jurídico actual*—(y no eventual)—y *concreto* de hacer propia la herencia—o la parte de ella—a la que se es llamado.

Una idea exacta del poder que confiere el *ius delationis* sólo es posible en base al examen previo de los sistemas de adquisición de la herencia.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Para que se produzca una transmisión *mortis causa* se requiere: 1.º, la muerte de una persona (causante); 2.º, que otro (sucesor), en base a un llamamiento a la sucesión, asuma las titularidades antes correspondientes al difunto.

1. Apertura de la sucesión.

El primero de dichos extremos es denominado apertura de la sucesión, y significa solamente que un complejo o conjunto de relaciones jurídicas ha quedado sin titular. El producirse tal falta es debido a un hecho jurídico: la muerte—fin—de la persona que lo era. La muerte, pues, abre la sucesión (3).

La apertura de la sucesión no es sino la producción del hecho que *motiva* la sucesión. No constituye un momento del fenómeno sucesorio, sino que es su presupuesto esencial, su antecedente lógico. No es momento del fenómeno sucesorio sino anterior, preliminar a él, porque, siendo la sucesión el subentrar en la posesión jurídica que otro tuvo, es evidente que el hecho—muerte—de la desaparición del causante, sólo produce la situación que motiva la sucesión, pero no es ya esta misma, ni parte de ella. El fenómeno sucesorio consiste en que el puesto del antes titular (causante) lo ocupe otro (sucesor). Es decir, es el cubrir el vacío que se produjo. Pero la producción de tal vacío (apertura) es algo lógicamente anterior (4). Aunque en dicho momento surja un llamamiento dirigido al futuro ocupante del vacío que se ha producido

(3) Así lo dice clara y expresamente el artículo 456 del Código italiano de 1942: «La sucesión se abre al momento de la muerte.» Y lo mismo se quiere expresar en el Código español con la desgraciada fórmula del art. 657: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.»

(4) En pro de una consideración de la apertura de la sucesión—muerte del causante—, como presupuesto, y no parte del fenómeno sucesorio, cfr.: En la doctrina romanista, BONFANTE, pág. 167 y sigs.; PEROZZI, pág. 324; SOLAZZI, pág. 204, etc. En la doctrina alemana, STROHAL, pág. 12; ENDEMANN, pag. 22 y siguiente; BINDER, pág. 9 y sig. En la doctrina italiana, NICOLÓ, pág. 10 y siguiente (en pág. 11 dice: «La adquisición del sucesor, o sea, el subentrar en la titularidad de las relaciones del *cuius*, agota, de por sí, todo el contenido y el objeto de la sucesión *mortis causa*»); MESSINEO III, 2.º, § 174, núm. 1, pág. 36; RUGGIERO MAROI, pág. 381.

En contra, ANDREOLI, LIV, pág. 188, dice: «Es necesario admitir que la apertura de la sucesión no solamente *representa la fase inicial orgánicamente integrante del fenómeno sucesorio*, sino constituye, además, el momento base que liga, sin solución jurídica de continuidad, la pérdida de la titularidad de las relaciones hereditarias por parte del de *cuius* con la adquisición de la misma por parte del heredero, como efectos indisolublemente ligados por voluntad de la norma.» También D'AVANZO, *Suc.*, I, pág. 14.

Claramente, la polémica tiene una raíz terminológica. Si por fenómeno sucesorio se entiende la *transmisión mortis causa*, la apertura forma parte del fenómeno. Si por fenómeno sucesorio se entiende la *adquisición mortis causa*, la apertura cae fuera de tal fenómeno.

2. Adquisición de la herencia.

La vacante que produjo la muerte del causante se cubre cuando el llamado a ocuparla hace suya la herencia, o sea, cuando la adquiere. Tal adquisición es, pues, la ocupación del puesto por el nuevo titular.

Y, ¿en qué momento se produce dicha adquisición?

Se dice que hay dos sistemas de adquisición de la herencia: *ipso iure* y por aceptación. En líneas generales en uno y otro las cosas pasan de la siguiente manera:

En el primero, la persona llamada a suceder adquiere la herencia por el sólo hecho de la muerte del causante. Apertura y adquisición coinciden cronológicamente (salvo si la delación es posterior a la apertura). En el segundo, el llamado sólo adquiere la herencia mediante la aceptación. Hasta ésta no se convierte en sucesor. De forma que entre apertura y adquisición media un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la aceptación opere retroactivamente.

En el primer sistema, *desde la muerte hay un sucesor*, bien que éste tenga el poder de repudiar, o sea el poder de *dejar de serlo*. Por eso es *sucesor provisional*. En este sistema, la aceptación es

Es evidente que denominando *transmisión* (a) al paso de una relación jurídica de un titular a otro, tal paso abarca dos aspectos: 1.º, el de la cesación de un sujeto en la titularidad; 2.º, el de la adquisición de esta titularidad por otro sujeto, adquisición *derivada* de aquella cesación.

Y denominando *sucesión* (b) (adquisición derivativa) a esta *recepción* de la relación por el nuevo titular—subentrar en la titularidad—, tal sucesión es sólo una parte—la adquisitiva—del fenómeno transmisor.

Pero—partiendo de esta denominación—no se puede pretender que la denominada *apertura de la sucesión* sea parte del *fenómeno sucesorio*. Pues ello sería como pretender que *inter vivos* la adquisición derivativa de un derecho comprendiese dentro de sí la pérdida por el anterior titular, pérdida que *sólo da lugar a* aquella adquisición.

A esta afirmación no obsta el hecho de que la pérdida y la adquisición las provoque un mismo hecho (la muerte, en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure*) o de que, siendo retroactiva la aceptación—en los sistemas de adquisición de la herencia por aceptación—, se entiendan, en definitiva, producidas en un mismo momento.

(a) No nos importan aquí las diferencias entre transmisión *inter vivos* y *mortis causa*. Podríamos decir que en aquélla un sujeto pierde un derecho que adquiere otro, y que en ésta es el derecho el que pierde el sujeto, cuyo puesto pasa otro a ocupar. Por lo demás, en los sistemas de adquisición de la herencia por aceptación, el hecho jurídico—muerte—no provoca la transmisión (pérdida + adquisición), como la provoca, por ejemplo, *inter vivos* el contrato de compraventa (si es transmisor *nudo consensu*) o la *traditio*, sino que provoca sólo la falta de titular, pues la adquisición (*subentrar del nuevo titular*) es efecto de la aceptación en base a la delación.

(b) Es cierto que *sucesión* y *sucesor* son palabras que tanto el legislador italiano como el español utilizan ordinariamente para designar al sucesor *mortis causa*, y concretamente al heredero (Cfr. STOLFI, GIUSEPPE, *Note sul conceitto di successione*, en loc. cit., pág. 535 y ss.). Mas, en principio, *sucesión* sólo quiere decir adquisición derivativa.

sólo la renuncia al poder de repudiar, convirtiéndose, así, en *definitivo* el sucesor provisional.

En el segundo sistema, desde la muerte *no hay sucesor sino meramente un sujeto llamado a serlo*. El poder que se confiere al llamado es el de *convertirse*—aceptando—*en sucesor*.

Ante esa diferencia de construcción jurídica es evidente una de estas dos cosas: bien lo que se designa por el nombre de *ius delationis* tiene diferente contenido en cada sistema, o bien en el de adquisición *ipso iure* no se puede hablar de *ius delationis*.

Nosotros, habida cuenta del concepto que hemos formulado de *ius delationis*, nos inclinamos por esto último. La denominada delación en el sistema de adquisición *ipso iure* atribuye la herencia y el *ius repudiandi*, mientras que en el sistema de adquisición por aceptación la delación atribuye un *ius delationis* o derecho a *adquirir la herencia*.

Si nosotros entendemos por *ius delationis* el derecho *a ser sucesor*—a adquirir la herencia deferida—no podemos admitir que exista tal *ius* en el sistema de adquisición *ipso iure*, en el que lo tiene *el que ya es sucesor* provisional, es precisamente un derecho *a dejar de serlo*, repudiando.

El *ius delationis* tiene cabida lo mismo en el Derecho italiano que en el español, porque ambos siguen el sistema de adquisición de la herencia por aceptación (5), (6), (7). Y, en tesis general, el

(5) En tal sentido, bajo el Código italiano de 1865, se pronunciaba la doctrina dominante. Sin embargo, también había en contra un importante sector de la misma. Confróntese por todos, principalmente GUERRERA, *L'acquisto dell'eredità*, en loc. cit., pág. 483; N. COVIELLO, capítulo VI, pág. 89 y sig.; GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en loc. cit., pág. 102 y 103; CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, en loc. cit., pág. 147, clasifica las opiniones sostenidas en cuatro grupos: A) La herencia se adquiere *ipso iure*. B) La herencia se adquiere mediante la aceptación, mientras que la sola posesión se transmite de derecho con la apertura de la sucesión. C) La herencia se adquiere mediante la aceptación, y también la posesión pasa a consecuencia de la aceptación, aunque sin necesidad de aprehensión material. D) La herencia se adquiere *ipso iure*, pero bajo la condición suspensiva de la aceptación. La posesión se transmite también *ipso iure*.

Bajo el nuevo Código italiano el artículo 459 sienta: «La herencia se adquiere con la aceptación...». En tal sentido se pronuncia, asimismo, la doctrina dominante. Así NATOLI, I, núm. 10 y sig.; CASATTI-RUSSO, pág. 165; AZZARITI MARTÍNEZ, pág. 22; D'AVANZO, *Suc.* I, pág. 74 y sig.; Russo, en loc. cit., págs. 34 y sig.; RUGIERO Y MAROI, I, pág. 385; CICU, *Suc.*, pág. 68 y sigs.; STOLFI (Nicola y Francesco), pág. 10; MESSINEO, III, 2.º, § 192, pág. 244 y siguientes; BARASSI, pág. 33 y sigs.; BARBERO, págs. 875 y 876. Sin embargo, no falta quien sostenga que la adquisición se produce *ipso iure* aunque recibiéndose «como un derecho condicional, debilitado, bajo la condición suspensiva de la aceptación y resolutoria de la renuncia. Derecho que después de la aceptación se purifica y se convierte en definitivo e irrevocable». (BUTERA, pág. 14 y 15. Refutación de BUTERA puede verse en NATOLI, I, núm. 12). También en pro de la adquisición *ipso iure*, RADAELLI, pág. 98 y sig.

(6) En el sentido del texto, la doctrina dominante (véanse citas en GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición de la herencia*, en loc. cit., págs. 105 y 106; y ROCA, *La adquisición y la repudiación de la herencia en el derecho común y en el foral*, en loc. cit.). En contra: GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición*, citada, en loc. cit.,

ámbito de tal *ius* se reduce al campo de la sucesión a título de herencia, porque, en ambos Derechos, el legado se adquiere *ipso iure*

pág. 106 y siguientes, y *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en loc. cit., pág. 991 y sigs.; *GATRAMA*, pág. 32.

(7) Aun en los Derechos en los que normalmente se adquiere la herencia mediante la aceptación, en determinados supuestos tal adquisición se produce por disposición de la ley.

En tales casos la doctrina suele hablar de aceptación tácita, o presunta, o necesaria, etc. Mas, realmente, se trata de casos en los que si suele ser lógico suponer que la conducta del sujeto responde a una voluntad de aceptar no manifestada expresamente, no es menos cierto que la ley toma en consideración la conducta de forma tal que, aun realizada con la expresa reserva de no aceptar, valdría como aceptación. Lo cual quiere decir que no se trata de verdadera aceptación, y que tal conducta se valora en sí y se le atribuye el efecto de provocar la adquisición, haya o no voluntad de aceptar.

Así, el art. 934—3.º del Código italiano de 1865—dice: «La aceptación es tácita cuando el heredero realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar la herencia, y que no habría el derecho de realizar sino con la cualidad de heredero». Y el artículo 476 del Código de 1942, repite: «La aceptación es tácita cuando el llamado a la herencia realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar y que no habría derecho de hacer sino con la cualidad de heredero» (a). Y el artículo 999—3.º del Código español, dispone: «La aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.»

Ante normas como éstas, o como las que a continuación indicamos, parte de la doctrina ha advertido que realmente se trata de casos de adquisición de la herencia *ex lege* (D'AVANZO, *Istituzioni*, pág. 182, y *Suc.*, I, § 47, págs. 111 y siguientes; MESSINEO, III, 2.º, § 192, núm. 3, págs. 249 y 250), o bien de adquisición sin aceptación, por falta o pérdida del derecho a renunciar (BARBERO, número 1.065, pág. 886).

CICU, *Suc.*, pág. 73, duda que se pueda hablar de aceptación tácita.

Nosotros creemos que en tales supuestos, como en otros muchos, existe simplemente una atribución *ex lege* de la herencia. Así también, en el Código italiano de 1865, artículos 936, 937, 952, 953, 961; en el Código de 1942, artículos 477, 478, 485, 527; en el Código español, artículos 1.000, 1.002, 1.005, 1.019, etcétera.

En tales casos, el adquirente de la herencia no recibe ésta por aceptarla, sino que sucede lo siguientes: Al producirse la delación se le ofreció la herencia, o adquirió el derecho a la herencia. Ahora bien, para llegar a hacerla suya se necesita *un acto más*—se necesita la delación + una determinada conducta del titular de ésta—que produzca la *adquisición*. Y ese acto o conducta es bien la aceptación, bien la *pro herede gestio*, bien la ocultación de un bien de la herencia, etc.

Y, naturalmente, al adquirirse la herencia, por el medio que sea, se extingue el *ius delationis*, ya que no es posible ni adquirirla de nuevo ni repudiárla.

La diferencia entre los casos vistos de adquisición sin aceptación y el sistema de adquisición de la herencia *ipso iure*, es clara: En éste, la delación produce la adquisición. En aquél no se adquiere por la delación, sino por el acto que, además que aquélla, requiere la ley (*pro herede gestio*, ocultación de bienes de la herencia, etc.).

(a) Mientras que en el Derecho español se exige alternativamente a tenor del artículo 993, 3.º, acto que suponga necesariamente la voluntad de aceptar, o acto que no habría derecho a ejecutar sino con cualidad de heredero, en el Derecho italiano se advierte—así, por ejemplo, N. COVIZZO, pág. 160—que el artículo 934, 3.º del Código de 1865 (y el 476 del de 1942) parece exigir *cumulativamente* ambas cosas para que haya aceptación tácita, es decir, acto que presuponga la voluntad de aceptar y (y no o) que se hubiese derecho a realizar

iure (8), aunque también, en algunos supuestos excepcionales, se adquiere, asimismo, *ipso iure* la herencia (9).

sin la condición de heredero. Pero se advierte, también, que realmente el segundo requisito es consecuencia del primero, pues no puede haber acto que sólo pueda realizar el heredero y que no presuponga la voluntad de aceptar.

Hemos de indicar que esta última advertencia es equivocada. Indudablemente a primera vista parece exacta, pero lo cierto es que quien realiza un acto propio de heredero, puede hacerlo sin voluntad de aceptar. Falta de voluntad que podría patentizarse en una expresa declaración o protesta de no querer aceptar a pesar de realizar el acto propio de heredero. Quizá se dijese que esto sería contradictorio. Pero se puede responder que es posible querer proceder como heredero sin serlo. Si contra esto se arguye que no depende de la voluntad de los particulares el dar a los actos una u otra naturaleza (así POLACCO, II, pág. 188)—como si los que estipulan una venta le llaman donación, la cual denominación no modifica la naturaleza del acto—, cabría responder que el que actúa como heredero sin querer serlo no pretende modificar la naturaleza de su acto denominándolo con un nombre que no responda a tal naturaleza, sino que sólo pretende que tal acto no valga como aceptación. Y si se sostiene que, a pesar de ello, valdrá como tal, habrá quedado claro que lo que realmente sucede es que ese acto, encierre o no aceptación, vale como ésta. Es decir, que produce sus efectos aun sin ser aceptación. O lo que es lo mismo, que provoca la adquisición de la herencia, por si, aparte e independientemente de la aceptación.

Conviene advertir, finalmente, que fué propuesto suprimir el 2.º requisito exigido por el art. 934, 3.º del Código italiano de 1865 como pleonástico. Pero en la R. G. núm. 28 se lee que no se le consideró así y que «para haber aceptación tácita no basta realizar un acto con la voluntad de aceptar, sino que es preciso también que el acto mismo sea tal que no pueda ser realizado sino por quien sea heredero». No está, sin embargo—como advierte CICU, *Suc.*, pág. 73—claro qué cosa se haya querido significar con las anteriores palabras de la R. G. Añade CICU: «...que no basta que el acto se haya realizado con la voluntad de aceptar, resulta ya del hecho de exigirse que el acto, por su propia naturaleza, presuponga necesariamente la voluntad de aceptar. Es decir, no se investiga si quien lo ha realizado ha tenido o no la voluntad de aceptar: se considera, por el contrario, que no tiene valor la voluntad declarada de no querer aceptar, no obstante la realización del acto: *protestatio contra factum non valit*. Requisito, por tanto, objetivo y no subjetivo. Por lo que puede dudarse si es exacto hablar de aceptación tácita. Sentado esto, se trata de ver si un acto que implica necesariamente voluntad de aceptar, podría ser realizado por el llamado, incluso independientemente de la cualidad de llamado».

(8) Código italiano de 1942, artículo 649: «El legado se adquiere sin necesidad de aceptación, salvo la facultad de renunciar.»

No aparece tan tajante en el Código español, e incluso pueden dar lugar a dudas ciertas normas relacionadas con este punto y aplicables igualmente a la herencia y al legado. Pero que el legado se adquiere *ipso iure* se puede afirmar en base a artículos como los 881, 882 y 888.

En tal sentido la doctrina (aunque algunos hablen de *aceptación presunta*, en vez de *adquisición ipso iure*), ROCA en KIPP, § 111-II, pág. 194; TRAVIESAS, «Legados», en loc. cit., pág. 179; VALVERDE, págs. 510 y 511; DE DIEGO, página 485; SÁNCHEZ ROMÁN, VI-2.º, pág. 1326 (alega también este autor los artículos 799 y 889). Aunque el legado sea con carga (caso que literalmente tanto el art. 881 como los anteriores autores no abarcan), creemos que se adquiere *ipso iure*, ya que el posible perjuicio del legatario se puede evitar con la repudiación.

A tenor de la adquisición *ipso iure* hemos de excluir el *ius delationis*, según hemos ya dicho, en el llamamiento a título de legado, y entender repetido respecto de él lo que diremos sobre la sucesión *iure transmissionis* en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure*.

Ahora bien, no hay que confundir esto con la adquisición por legado de un

III. LA NATURALEZA DEL *IUS DELATIONIS*

1. *Adquisición originaria e «ipso iure» del «ius delationis» y su fin instrumental.*

El *ius delationis* lo adquiere *originariamente* el llamado. No sucede, pues, en él al causante. Este sólo era titular de las relaciones que componen la herencia, pero no del poder de adquirirlas. De forma que el llamado adquirirá *derivativamente* (es decir, sucederá en) las titularidades que componen la herencia, pero no el *ius delationis* (10).

Lo adquiere, además, *ipso iure*. Sin necesidad del concurso de su voluntad. Ello, igualmente, a diferencia de la herencia. Entra en su esfera jurídica y deviene titular del mismo por el sólo hecho de habérsela deferido aquélla. Se podrá repudiar la herencia deferida, y entonces borrar retroactivamente la delación, pero no se puede impedir ser titular del derecho a adquirir la herencia.

Es, pues, claro el papel instrumental del *ius delationis*. Encaminado a posibilitar la adquisición del llamado, le queda, con ello,

ius delationis. En tal caso el adquirente—por ser sucesor a título de legatario—sucede en tal *ius delationis* sin necesidad de aceptar el legado, pero para adquirir la herencia que dicho *ius delationis* le ofrece, ha de aceptarla.

En conclusión, no es posible tener un *ius delationis*—derecho de adquirir—a un legado. Pero si es posible (y después trataremos de ello) recibir por legado un *ius delationis*.

(9) Expresamente declara el artículo 586, 1.º del Código italiano de 1942: «A falta de otros llamados, la herencia se desiere al Estado. La adquisición se opera de derecho sin necesidad de aceptación y la renuncia no es posible.»

Igualmente hay adquisición *ipso iure* en el Derecho español en la sucesión intestada del Estado (la adquisición del Estado se opera *iure hereditario*, por ello no es correcto opinar que no hay adquisición de herencia *ipso iure* porque no hay sucesión hereditaria). Nuestro Código no lo dice expresamente como el italiano, pero se sigue de que:

- A) No se necesita aceptación (expresamente, Rovo, pág. 263).
 B) No se puede repudiar (expresamente, Roca en KIPP, § 6, pág. 56; Rovo, pág. 263).

Por ello es absurdo hablar de *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar). La falta de cualquiera de ambas posibilidades excluye el *ius delationis*. Por otro lado, supuesta la falta del poder de repudiar, no se puede admitir un derecho a *aceptar necesariamente*, pero ejercitable dentro de un cierto límite de tiempo. Ello porque, siendo la aceptación retroactiva, sería una teoría caprichosa y extraña la que mantuviese que no hay ya heredero, sino sólo un *llamado* que ha de aceptar necesaria y retroactivamente.

Lo mismo en Derecho italiano que español, el Estado no responde *ultra vires hereditatis*. Ello se expresa correctamente en el art. 586, 2.º del Código italiano. El Código español, en su art. 957 *in fine* dice que se entiende aceptada la herencia a beneficio de inventario.

Igualmente creemos que hay adquisición *ipso iure* en los casos de los artículos 992, 3.º y 996 *in fine* del Código español.

(10) Otra cosa es que al morir el llamado sin aceptar ni repudiar, sus herederos adquieran derivativamente—formando parte de su herencia—el *ius delationis* que no ejercitó.

marcado un límite por su propia naturaleza. Carece de sentido pensar que libremente puede disponer de él su titular, como disponer puede, por ejemplo, de un objeto de su propiedad. Sólo en casos excepcionales se puede permitir su transmisión mediante disposición.

2. *El «ius delationis», ¿es verdadero derecho?*

No hay acuerdo sobre la naturaleza del poder en que el *ius delationis* consiste (11).

Al desacuerdo contribuye no sólo la dificultad del problema, sino también el hecho de no partir toda la doctrina de los mismos presupuestos y de no utilizar una terminología inequívoca.

Por partir de presupuestos distintos es evidente que los que admiten que la herencia se adquiere *ipso iure* no pueden ver en el poder del *heredero provisional* el mismo contenido que ven en el del *llamado* los que acogen la adquisición por aceptación. De este modo se explican muchas posturas contrarias a la naturaleza de verdadero derecho del *ius delationis* (12).

Por otro lado tampoco la doctrina que parte de que la herencia se adquiere por la aceptación, está de acuerdo sobre la naturaleza del *ius delationis*. Unos entienden que atribuye una mera oportunidad de adquisición y que el sujeto tiene, por tanto, sólo una *facultas adquirendi* y no un derecho (13). Otros piensan que la posibilidad de adquirir constituye una expectativa jurídica (14). Otros advierten que el titular tiene más que una expectativa o que una simple facultad: tiene un verdadero derecho, el de hacer propia la herencia que se le defirió (15).

Frente a los que niegan la existencia de un derecho subjetivo (16), la doctrina dominante la afirma más o menos explícitamente (17). Y a tal afirmación podemos añadir, aunque el argu-

(11) En torno a este punto doctrina no reciente en Steinlechner, págs. 362 y siguientes.

(12) Por ejemplo, RADAELLI, núm. 140.

(13) PEROZZI, pág. 481.

(14) ASI BARASSI, pág. 78.

(15) BARBERO, pág. 831; CARIOTA FERRARA, «Il diritto al diritto», en loc. citada, pág. 147, nota 1; etc.

(16) Aparte de los arriba citados, otros, por ejemplo, DE CASTRO, pág. 605, sostiene que «el poder de aceptar una herencia, de renunciar... son reflejos de la capacidad de obrar, en su aspecto negocial o autonomía de voluntad, de igual naturaleza que los de celebrar un contrato o de hacer un testamento».

(17) Por ejemplo: D'AVANZO, *Istituzioni*, pág. 177; BARBERO, pág. 831; Di SEMO, pág. 254; AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 14; MESSINEO, I, § 9, núm. 5, página 147; CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, en loc. cit., pág. 147; ANDREOLI, LIV, pág. 220; TORRENTE, en loc. cit., pág. 548; SANTORO-PASSARELLI, en loc. cit., pág. 613; ENNECCERUS (hablando del Derecho común), en *Rechtsgeschäft*, págs. 617 y siguientes, y *Parte General*, § 66, nota 7 y § 72-IV-1; ROYO, pág. 59; DE BUEN, pág. 213. Advierten algunos que tal derecho contiene la facultad alternativa de hacer propia la herencia o rechazarla con la renuncia. ASI RUGGIERO y MAROI, pág. 381; D'AVANZO, *Suc.*, I, pág. 71; RUSSO.

mento meramente literal no sea de gran valor, que la ley había también de *derecho* (18).

Por nuestra parte pensamos que el *ius delationis* es un derecho subjetivo.

A) Es una situación de poder concreto, poder concedido por la norma jurídica en base a un singular ofrecimiento que por ley (delación abintestato), por testamento (delación testamentaria) o por contrato (dónde y cómo se admite) se dirige a alguien en especial.

No se trata, pues, de una mera posibilidad de actuar con arreglo a lo permitido por la norma. Posibilidad otorgada a la generalidad de los que reúnan los requisitos legales para verificar determinados actos. Posibilidad que no es un derecho subjetivo, sino reflejo de la capacidad de obrar (así la de ocupar una cosa *nullius*, o contratar o testar, etc.).

B) Poder conferido a un sujeto (o a varios si el llamamiento legal o la institución testamentaria o contractual se hace a favor de varias personas) *exclusivamente, erga omnes*. Su contenido, pues, no está sólo en la posibilidad de actuar la modificación jurídica o la adquisición para sí, sino también en impedir que *rebus sic stantibus*—puedan modificar o adquirir los demás.

C) Poder que recae sobre un algo determinado: la herencia deferida.

D) Poder que permite verificar fundamentalmente la modificación jurídica que es la sucesión *mortis causa*.

E) Se dice que el *ius delationis* consiste en el poder de adquirir o en el de optar por adquirir o no. Ello mediante la celebración de los comúnmente considerados negocios jurídicos de aceptación o repudiación. Los cuales son actos de ejercicio. Es decir, aceptar o repudiar son manifestaciones de un único poder: el *ius delationis*.

Ciertamente eso es verdad, pero se debe añadir que el poder que confiere el *ius delationis* excede de tal límite. En virtud de él puede producirse *exclusivamente por el llamado* (aceptando), *o a su favor, aun sin su voluntad*, la modificación jurídica. Y en este caso ésta es inmediatamente provocada por un hecho que no tiene que ser declaración de voluntad (así, supuestos de adquisición *ex lege*, en los que, a pesar de hablar comúnmente la doctrina de aceptación tácita, no se adquiere por aceptación).

en loc. cit., pág. 125. Otros hablan indistintamente de *derecho* o de *facultad*. Así ROCA, en *Estudios*, pág. 300 y en KÜPP, § 50-I, pág. 286; DE DIEGO, páginas 94, 352 y 353; SÁNCHEZ ROMÁN, VI-1.º, pág. 21, etc.

(18) El Código italiano de 1942 habla de *derecho* de aceptar. Por ejemplo en los artículos 479, 1.º, 480, 1.º (en vez de *facultad* de aceptar, cambio que, como demuestra la R. G. núm. 32, no es casual) e igualmente el español, artículo 1.º-6, habla de *derecho*.

La Casación italiana ha dicho en sentencia de 19 de abril de 1944 que al llamado se atribuye el *ius delationis*, es decir, la facultad alternativa de aceptación o de renuncia».

3. Categoría de derechos a la que pertenece.

Por lo que se refiere a la clase de derecho que sea, se considera al *ius delationis* como un derecho de adquisición, que forma parte de la categoría de derechos a la modificación jurídica o derechos de formación o derechos potestativos (19) (20).

Realmente, con independencia de lo que se pueda pensar sobre la solidez o utilidad de estas categorías jurídicas—cuestión que hemos de dejar al margen—, es lo cierto que hay quien discrepando, al menos en parte, de lo anterior, piensa que «no se trata ni de un derecho potestativo ni de otro derecho menor o, de cualquier manera, debilitado, y ni siquiera de una especie de derecho interno, o, si se quiere, relativo, o bien, en un cierto sentido, personal: se trata de un derecho patrimonial verdadero y propio: de un derecho al derecho» (21).

Nosotros, ante la inseguridad, lo mismo terminológica que conceptual y práctica que una clasificación de derechos—o si se quiere de poderes jurídicos—presenta en este punto, y ante la imposibilidad—dentro de los límites de este trabajo—de realizar una construcción de la misma para luego enclavar en uno de sus miembros el *ius delationis*, preferimos limitarnos a indicar el problema, pues, por otro lado, para el fin de este trabajo no es preciso ir más allá.

De todas maneras, hablar de que es un derecho *al* derecho, aunque no toque la cuestión de los derechos *sobre* derechos, tiene a primera vista el inconveniente de que el *ius delationis* no sólo da derecho a derechos.

4. ¿Es personalísimo? ¿Es patrimonial?

Aclaremos si es un derecho personalísimo y si es patrimonial.

A) No es un derecho personalísimo en el sentido de que pueda tenerlo o ejercitarlo sólo el llamado, pues es transmisible mortis causa (C. italiano de 1942, art. 479; C. español, art. 1006), y la aceptación o repudiación no ha de ser hecha necesariamente por el titular, sino que es posible verificarla por representante legal o voluntario.

Además, se dice que es un derecho personal porque la delación es personal.

En conclusión, se puede decir que sea un derecho personal en el sentido de que no es un derecho real.

B) Por lo que respecta a si es un derecho patrimonial, hemos de advertir lo siguiente:

(19) Terminología traductora de la expresión alemana *Rechte des rechtlichen Könbens* (terminología que tampoco es única) = derechos del poder jurídico, introducida en Italia por CHIOVENDA. En pág. 49, CHIOVENDA califica de tal derecho potestativo al *ius delationis*.

(20) Véase, por ejemplo: en doctrina alemana, ENNECKERUS, *Parte General*, § 66, nota 7 y § 72-IV-1. En doctrina italiana, TORRENTE, pág. 548; SANTORO PASSARELLI, pág. 614; BARBERO, pág. 823; MESSINEO, I, § 9, num. 5, pág. 147; ANDREOLI, LIV, pág. 220. En doctrina española, ROYO, pág. 59.

(21) CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto* en loc. cit., pág. 147.

Aún continúa la discusión sobre el concepto de heredero. Lo cual no puede menos que repercutir en el llamamiento a ser heredero.

Para unos, la herencia es el patrimonio del causante. Es heredero el sucesor *mortis causa* a título universal en ese patrimonio o parte alicuota del mismo. Y *iure hereditario* sólo recibe el patrimonio.

Para otros, el heredero es aquel que recibe *mortis causa* a título universal el patrimonio del causante. Pero una vez determinado así quién sea heredero, éste recibe también *iure hereditario* otros derechos no patrimoniales del causante.

Algunos sostienen que heredero es el que fué llamado a suceder en *todos los BIENES*—o en una cuota—. Pero, fijado así quién sea heredero, el modo en el cual se opera el traspaso hereditario es el mismo que era en el antiguo Derecho romano: no se tiene, pues, una transferencia de bienes, sino un subentrar del heredero en la posición jurídica del difunto (22).

Frente a las anteriores posturas, un cierto sector doctrinal piensa que no es la atribución patrimonial a título universal la que confiere el título de heredero, sino que, por el contrario, es la asunción de tal título—ocupación de la posición jurídica del causante—la que determina la adquisición de la universalidad de los derechos y obligaciones de aquél (23) (24) (25).

En la anterior discusión no podemos entrar. De cualquier manera hay una cosa segura: que haya o no sucesión *mortis causa*—*iure hereditario*—en relaciones no patrimoniales, el patrimonio del causante, al menos, forma parte de su sucesión y va a parar a sus herederos, bien porque éstos lo reciban por ser herederos, bien por que sean herederos quienes los reciban. Por lo cual, en cuanto hay patrimonio, el *ius delationis*—derecho a la sucesión—es por lo menos, un derecho con *contenido* efectivamente patrimonial.

Prácticamente, es indudable que el concepto de heredero y el de herencia han adquirido un relieve particularmente patrimonial, incluso para los que piensan que en el Derecho moderno la adquisición patrimonial es consecuencia de la adquisición del título de heredero.

Para los mantenedores de las otras teorías es claro que el con-

(22) CICU. *Suc.*, pág. 9.

(23) Cfr. recientemente en este sentido la doctrina recogida por NATOLI, II, núm. 52, y STOLFI, GIUSEPPE, *Concetto dell'erede* en loc. cit., IV, 166 ss.

(24) Aún hay otras posturas posibles. Así, ROCA, *El legado de parte alicuota*, en loc. cit., pág. 188, cree que en el Derecho español es heredero el que reúne los siguientes dos requisitos: 1.º, ser llamado a título universal; 2.º, que la disposición testamentaria a su favor se haga a título de herencia y no de legado.

(25) Lo anterior, aparte de que siguen en pie las dudas sobre si en casos como los de usufructo a título universal y legado de parte alicuota hay realmente herencia o legado.

cepto de heredero es fundamentalmente patrimonial, en cuanto se designa atribuyendo derecho a una cuota de patrimonio (activo + pasivo) o de activo (26), aunque luego la herencia no se componga del solo patrimonio o del solo activo.

Para éstos (27), el *ius delationis* o derecho a ser heredero es un derecho patrimonial.

Además, la patrimonialidad del *ius delationis* es comúnmente sostenida expresamente por la doctrina (27 bis), que no suele plantearse su conexión con el anterior problema. Y es excepcional el caso de quien sólo se limita a afirmar que tiene consecuencias patrimoniales (28).

Así que podemos concluir que el *ius delationis* es un derecho patrimonial, en cuanto potencialmente, al menos, da derecho a relaciones patrimoniales. Y ello se comprueba finalmente en textos legales concretos, como los artículos 1.001 del Código español y 524 del italiano de 1942.

5. Los sujetos del «ius delationis».

El *ius delationis* se puede otorgar a una sola persona o a varias a la vez. En este caso, cada una es titular de un *ius* y diversos supuestos son posibles:

1.º Conferirlo a varios sobre *distintas* porciones del todo. Por ejemplo: instituyo herederos a A y a B, cada uno sólo y exclusivamente en la mitad de mi herencia.

2.º Conferirlo a varios sobre *el mismo* todo. Por ejemplo: instituyo herederos a A y a B.

A su vez, este segundo supuesto puede realizarse:

A) Aplicando la regla «*concursu partes fiunt*». De forma que el derecho de los dos al todo limite su posible participación. Y así, aceptando ambos, reciba cada uno la mitad de la herencia.

B) Sin aplicar la antedicha regla. Por ejemplo: sean mis herederos A y B, y lo sea en toda mi herencia el que antes acepte.

En el primer caso se dice que no hay derecho de acrecer. Lo hay en el segundo. Pero en éste, salvo voluntad contraria del testador (subcaso B), la ley no concede a cada llamado el poder de excluir al otro.

(26) De cualquier manera, no se olvide que unos conciben el patrimonio como el conjunto de relaciones patrimoniales, y otros piensan que se compone sólo del activo y que las relaciones pasivas *no son parte*, sino *cargas* del patrimonio.

(27) Nosotros—entre éstos—seguimos a CICU, en base a C. ita. de 1942, artículo 588, y C. español, arts. 660, 667, 668, etc.

(27 bis) Así DE SEMO, pág. 254, núm. 436; RUSSO, en loc. cit., pág. 125; ZAPULLI, pág. 74; CASATTI-RUSSO, pág. 180; RUGGIERO MAROI, pág. 383; BUTERA, pág. 69; STOLFI (Nicola y Francesco), pág. 45; DUSSI, pág. 248; STOLFI (Nicola), pág. 156, núm. 308; BARASSI, pág. 78; CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, en loc. cit., pág. 147; CICU, *Suc.*, pág. 61; COVIELLO (Leonardo), página 101; CASTÁN, pág. 164; ENNECCERUS, § 72-IV; ROCA, *Estudios*, página 297; etc.

(28) Así MESSINEO, III-2.º, § 192, núm. 1 bis, pág. 254.

IV. NACIMIENTO DEL «IUS DELATIONIS»

Evidentemente, sólo entre dos momentos—el del nacimiento y el de la extinción—es posible la transmisión del *ius delationis*.

Cuando tenga lugar la extinción lo veremos después. Ahora conviene aclarar ciertas dudas sobre su nacimiento.

Desde luego, no se produce antes de la apertura de la sucesión; pero, ¿coincide siempre con ella o puede ser posterior?

Entendemos que la delación es la atribución del *ius delationis* al llamado, y que es en ese momento cuando tal *ius* nace.

Pero no hay acuerdo en la doctrina sobre cuál es el momento en que tiene lugar la delación.

Para unos se produce al abrirse la sucesión (29). Para otros, puede ser posterior, como en el Derecho romano (30).

Estos hablan de que hay eventos futuros que retrasan la delación. (Por ejemplo: la condición suspensiva puesta a la institución.) Aquéllos entienden que no hay tal retraso, sino simplemente que la delación, que se produce al abrirse la sucesión, puede ser condicional o, en general, eventual.

De cualquier manera, hay acuerdo sobre un punto: que en todo caso los efectos de la delación se retrotraen al momento de la apertura, al cual hay que atender para la determinación y capacidad del, en definitiva, llamado (31).

Nosotros creemos que cuando con la sola apertura de la sucesión no se atribuye *ya* a un sujeto determinado el poder *actual* de adquirir la herencia, la delación a su favor se retrasa hasta que, con la realización de un evento futuro, tiene lugar tal atribución (32).

(29) Así NICOLÓ, pág. 69, nota 1; N. STOLFI, núm. 41; MELUCCI, pág. 88; D'AVANZO, *Suc.*, I, § 33, pág. 71; CICU, *Suc.*, pág. 26; MESSINEO, III-2^a, § 174, pág. 38; BARBERO, pág. 824, núm. 1.033; CICU, *Sullaist. di erede cond.*; etc.

En toda esta materia, y en lo que diremos a continuación, dejamos a salvo las especialidades del supuesto de la sustitución fideicomisaria, para el que el artículo 669 del C. ita. de 1942, dice: «La herencia se defiere al sustituto al momento de la *muerte del instituido*. Mientras que por el contrario el art. 784 del Código español, dispone: «El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la *muerte del testador*, aunque muera antes que el fiduciario..»

(30) Así, DEGENI, IV, pág. 7; FILOMUSI, GUELFI, pág. 21, nota 2; RADAELLI, pág. 166; NICOLA COVIELLO, pág. 141; RUGGIERO MAROI, pág. 381; BARASSI, página 30; BUTERA, pág. 8; ANDREOLI LIV, págs. 221 y ss.; (también parece opinar así PIACENTINI, en loc. cit., págs. 154 y ss.); CASTÁN, pág. 162; DE DIEGO, pág. 354; TRAVIESAS, en R. D. P., 1921, pág. 9; GARCÍA VALDECASAS, *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en loc. cit., pág. 994; GITRAMA, pág. 32; ENNECKER, § 185-I-1; KIPP, § 45, nota 1 (no se ovide la diferente construcción del Derecho alemán: adquisición *ipso iure*).

(31) El C. español, art. 758, 3.^o, dice: «Si la institución o legado fuere condicional se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición».

(32) Hablamos de *poder actual* de adquirir la herencia. Lo cual excluye sólo el denominado *poder condicional o eventual*, pero no significa que se tenga que tener un *poder de adquirir actualmente*.

El instituido bajo condición suspensiva—según la construcción de los efectos de la condición que aceptamos—carece aún de un *ius delationis*. No creemos

Sin embargo, no es necesario entrar a dilucidar si al abrirse la sucesión hay siempre delación, aunque ésta sea eventual (así,

exacto decir que tiene un *ius delationis* condicional, sino que si se cumple la condición tendrá un *ius delationis*.

El instituido a término, lo mismo que el sustituto fideicomisario en el Derecho español (art. 784), tiene un *ius delationis* desde la muerte del causante. Pues ya tiene *poder actual* de adquirir en el futuro.

Por lo que respecta a la institución a término hay lo siguiente:

El Derecho italiano la prohíbe en las disposiciones a título universal (Cód. 1942, art. 637). Y como en la institución a título singular—legado—no surge un *ius delationis*, sino que se produce la adquisición *ipso iure*, resulta que no ha lugar cuestión alguna sobre si en la institución a término nace o no el *ius delationis* al abrirse la sucesión.

Pero en el Derecho español, por el contrario, se dispone en el art. 805, 1.º: «Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado».

La cuestión surge para la institución de heredero, ya que también en el Derecho español el legado se adquiere *ipso iure*.

Ahora bien, la institución a término suspensivo en Derecho español—a diferencia de la condicionada suspensivamente—produce al abrirse la sucesión una delación a favor de los herederos intestados. Y la institución a término resolutivo produce, en tal momento, una delación a favor del instituido, pues el artículo 805, 2.º dice: «En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste se concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo.»

De forma que la institución a término hace adquirir un *ius delationis* al abrirse la sucesión, bien al instituido a término resolutivo, bien al heredero intestado del testador que instituye un heredero a término suspensivo.

En cuanto al llamamiento a favor del llamado en segundo lugar, hay lo siguiente:

En pureza de principios, así como la condición suspensiva *retrasa y hace insecura* la producción de efectos de la institución, es decir, el nacimiento de los derechos que sean efectos de la misma, también el término referente al negocio habría de *retrasar* (puesto que siempre es suspensivo para uno y resolutivo para otro) los efectos que deban producirse en segundo lugar (aunque tal producción sea *segura*).

Pero el Derecho español acoge la construcción según la cual, a lo menos en los negocios obligatorios *inter vivos* e igualmente en las disposiciones patrimoniales *mortis causa*, los derechos (efectos) de los mismos, nacen con la perfección del negocio (unida al hecho de la muerte, en los *mortis causa*) y sólo queda aplazado su ejercicio (a) (Cfr. arts. 1.125 y siguientes y 799).

Por ello, el llamado en segundo lugar adquiere, asimismo, un *ius delationis*—o sea se produce también una delación para él—al abrirse la sucesión. Derecho que es transmisible a sus sucesores (art. 799) (b).

La transmisibilidad de tal derecho ha sido asimismo reiteradamente declarada por el T. S. (Sents. de 22-III-90, 4-VII-96, 9-III-99, 14-V-00, etc., y por la Dirección General (Resoluciones de 19-XII-01, 29-XI-01, etc.).

De forma que, aun para aquellos que entiendan que hasta la llegada del término sólo existe una expectativa, ésta será transmisible.

Es evidente, por último, que cuando de la voluntad del testador se deduce que el instituido debe vivir al cumplirse el plazo, la institución no es a término, sino condicional, puesto que la supervivencia constituye un acontecimiento futuro e incierto (Ad exemplum, Brunetti, «Il dies incertus», y «Modalità sospensive», § 23).

(a) Sobre función del término, véase por todos CARIOTA FERRARA, *Il negocio giurídico*, pág. 628.

(b) El artículo 799 ha sido interpretado por el T. S. como referente no a la condición, sino al *dies certus an et incertus quando*. Cfr. para doctrina y jurisprudencia CASTÁN, pág. 422, nota 2.

condicional), o si hay siempre nacimiento de un *ius delationis*, aunque de momento tenga un sujeto indeterminado. o si realmente ni la delación se produce ni el *ius delationis* surge hasta la atribución de un poder efectivo a un sujeto concreto

Este problema queda al margen de nuestro estudio sobre la transmisión del *ius delationis*, porque:

I.^o Con la apertura de la sucesión, aunque no nazca el *ius delationis*, surge ya, al menos, una expectativa del mismo (o expectativa de delación), transmisible, en línea de principio, en los mismos términos que el propio *ius delationis* (33).

(33) Excepcionalmente el Código español—según la doctrina dominante (a)—, al igual que hacia el italiano de 1865—art. 853—, no admite la transmisión de la expectativa de delación en el caso de *institución condicional* (excepción que no hay que extender a cualquier otro supuesto de retraso de la delación, en el que, en sí, sea posible la transmisión de la expectativa. Por ejemplo, delación para el llamado en segundo lugar, que se produce al repudiar el llamado en primer lugar).

Que tal solución sea acertada o más o menos criticable es cosa en la que no entramos (b).

Diferentemente, el Código italiano de 1942 adopta la contraria, como se deduce de la supresión del antiguo artículo 853.

De todos modos, lo mismo en el Derecho italiano que en el español, la norma legal aplicable es de Derecho dispositivo. Ello quiere decir que el causante puede ordenar lo contrario, y que, por tanto, en definitiva, la transmisión de la expectativa depende de aquél (c) (d). Por lo cual hubiese sido mejor y más acertado decir, como el B. G. B., que en las disposiciones de última voluntad bajo condición se supondrá, en la duda, que sólo han sido queridas para el caso de que el favorecido sobreviva al cumplimiento de la condición (§ 2.074).

(a) En los Códigos italiano de 1865 y español—siguiendo precedentes romanos—, así como intervivos, se admite como principio la transmisibilidad de la expectativa de derecho que confiere el acto *sub conditione*—Código italiano, artículo 1.170; Código español, arts: 1.112, 1.121, 1.^o, 1.257, 1.^o—*mortis causa* rige la regla contraria—Código italiano, art. 853; Código español, art. 759—.

Por lo que respecta al Código español, hemos de decir lo siguiente:

La intransmisibilidad *mortis causa* es afirmada por la doctrina dominante y por el T. S. (véase para todo CASTÁN, págs. 421 y 422. Posteriormente, en igual sentido, ROYO, págs. 146 y siguientes; ROCA, en KIPP, § 20-II, notas, pág. 148, y jurisprudencia allí cit.). Por unos en base a que, aunque el artículo 759 y el 799 no son realmente contradictorios, aquél excluye la transmisión. Por otros en base a que, siendo realmente contradictorios, aquél representa la buena doctrina.

Pero también se ha defendido la transmisibilidad, afirmando que los artículos 759 y 799 son contradictorios, por lo cual se neutralizan. Ahora bien; el artículo 791 dispone: «Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales». Y resulta que, en definitiva, es de aplicar el principio de la transmisibilidad, ya que la laguna que produce aquella contradicción se colma con la aplicación de la regulación legal *inter vivos*, que acoge la transmisibilidad de la expectativa, pues aunque en los actos condicionales la adquisición de los derechos depende del acontecimiento que constituya la condición, esto no obta para que, habiéndose adquirido inmediatamente una expectativa y siendo ésta sólo frustable por el incumplimiento de la condición, se transmita aunque su titular premuera al cumplimiento de dicha condición. (Así, PÉREZ Y ALGUFÉR, en ENNECERTS tomo I, vol. II, pág. 341.)

(b) Sobre ello, cfr. especialmente BRUNETTI, *Modalidad suspensiva*, págs. 11 y siguientes, en defensa del artículo 853. Pero en contra la doctrina dominante

2.^o En virtud de la retroacción de la delación, en el espacio apertura-delación se producirán, en definitiva, los mismos efectos que si ésta hubiese coincidido con la apertura.

3.^o El plazo de vida del *ius delationis* se cuenta a partir de ciertos momentos fijos (véase Código italiano de 1942, art. 480). Por lo cual, ni se extingue después porque se entienda que la delación se retrasa, ni se extingue antes porque se entienda que la delación coincide siempre con la apertura.

V. EXTINCIÓN DEL «IUS DELATIONIS»

El *ius delationis*, por su propia función, no nace para vivir indefinidamente, sino para hacer posible a su titular la adquisición de la herencia. Por ello, la forma de extinción que podemos llamar normal es por tal adquisición.

Una exposición sistemática de la materia creemos que requiere ver en primer término cuál es el tiempo máximo de su vida posible y examinar después por qué causas pueda extinguirse aun antes de aquél transcurra.

1. *Plazo máximo posible legal de vida.*

Hoy día las legislaciones conceden una duración temporal limitada al *ijs delationis*. No sucedía así en Derecho romano, donde, en principio, no tenía término legal de vida, y el llamado podía esperar cuanto quisiere sin aceptar ni repudiar.

(v. citas en BRUNETTI, pág. 14, nota 10; y, además, NICOLÓ, págs. 66, 69, etcétera; AZZARITI Y MARTÍNEZ, pág. 64, etc.).

(c) En tal sentido expresamente la Resolución de 12-I-1944. Roca, en KIPP, § 20, pág. 148, cree que prevalece la voluntad del testador; pero no en el sentido que pretende la Resolución de 12-I-1944, fundándose en no ser la norma legal de Derecho coactivo, sino en el de que, sin trastocar el diferente juego de condición y término, le acople el propio testador, un llamamiento: favor de los hijos o herederos del llamado bajo condición suspensiva que muera antes de su cumplimiento, a fin de que aquellos ocupen en la delación el lugar que hubiera correspondido al premuerto. Opinión que nosotros creemos equivocada. Pensamos con DE CASTRO—pág. 614, nota 4—que «la heredabilidad de la titularidad del heredero instituido bajo condición suspensiva, depende de la naturaleza que haya dado el testador a la condición; si la establece como condicionante de la calidad de heredero (capacidad), habrá de darse antes de su muerte, y no será, por tanto, heredable, si simplemente ha de depender de ella la apropiación de los derechos, será posible la herencia de la titularidad condicionada: comp. artículos 759 y 799 del C. c.».

En Derecho italiano algunos consideran el artículo 854—la condición que, según la intención del testador, sólo suspende la ejecución de la disposición, no impide que el heredero o el legatario tengan un derecho adquirido y transmisible a sus propios herederos antes de que se cumpla la condición—como consecuencia del carácter de *ijs dispositivum* del art. 853 (cfr., *ad exemplum* BRUNETTI, *Modalità sospensiva*, § 22). De cualquier manera, sea la que sea la exégesis del artículo 854, ello no obsta para que el artículo 853 tenga carácter dispositivo.

(d) Salvo siempre lo referente al Derecho imperativo concerniente a la capacidad del sucesor y a los límites de la disponibilidad *mortis causa*.

Para el Derecho antejustinianeo es característica la declaración del Comentario de Autún a las Instituciones de Gaio (34), donde se dice que el heredero puede adir indefinidamente, incluso después de cincuenta años (35). Incluso la prescripción trentenal de Teodosio concierne a las acciones y no afecta al derecho de adir. La única excepción establecida efectivamente por Justiniano se refiere al caso de la querela inoficiosi testamenti, intentada por el hijo desheredado, frente a la cual, en interés del desheredado, el instituido heredero se debe decidir dentro de seis meses si el legitimario y el instituido habitan en la misma provincia, y dentro de un año si habitan en provincia diversa, y en su defecto, según la opinión más atendible, el llamado se reputa aceptante (36) (37).

El Código Napoleón admitió explícitamente la prescripción de treinta años (art. 789) (38), e igualmente el Código italiano de 1865, art. 943, dispone: «La facultad de aceptar una herencia no se prescribe sino con el transcurso de treinta años».

El de 1942 dice que el derecho de aceptar la herencia se prescribe con el transcurso de diez años (art. 480, 1.º).

Bajo el de 1865 ya surgió el problema de si se trataba realmente de un término de prescripción o más bien de caducidad. Problema resuelto prevalentemente por doctrina y jurisprudencia en el primer sentido (39).

En la R. G. núm. 32 se dice: «El término fijado por el proyecto debe considerarse término de prescripción. Ello resulta evidente de la fórmula del artículo que, suprimiendo cualquier motivo de controversia, habla no ya de facultad, sino de derecho de aceptar.»

Aunque ciertamente bajo el nuevo Código la opinión dominante es que se trata de término de prescripción (40), hay quien no

(34) *Ist.*, II, 162: «*ei que (heredi) liberum est quocumque tempore voluerit, adire hereditatem.*»

(35) *Fragm. Augustodum.* II, 54.

(36) D. 3, 28, 36, 2..

(37) BONFANTE, págs. 199-200. Cfr., también especialmente, WINDSCHEID, § 598.

(38) Artículo 789: «La facultad de aceptar o de repudiar una sucesión se prescribe por el lapso de tiempo requerido para la prescripción más larga de derechos inmobiliarios». Semillero de dudas, por su redacción, el art. 789 ha sido interpretado por la jurisprudencia—dejando a un lado las opiniones de la doctrina—en el sentido de que transcurridos los treinta años el llamado queda excluido de la sucesión. (Cfr. PLANIOL, núm. 2.367).

(39) Cfr. POLACCO, II, pág. 46, nota 2; N. COVIELLO, pág. 152; L. COVIELLO, págs. 49 y 50; VENZI en PACIFICI-MAZZONI, págs. 54 y ss.; GABRA, en loc. cit., págs. 90 y ss.

(40) Así, BUTERA, pág. 71; BARASSI, pág. 97; BARBERO, pág. 885, número 1.064; D'AVANZO, *Ist.*, pág. 179; SMC, I, pág. 95; RUGGIERO MAROI, página 385; MESSINEO, III, 2.º, § 192, núm. 6 ss., págs. 255 y ss.; ANDREOLI, LIV, págs. 220 y ss.; RUSSO, en loc. cit., págs. 129 y 130; STOLFI (NICOLA y FRANCESCO), pág. 47; ZAPPULLI, en BRUNELLI y ZAPPULLI, pág. 78.

lo entiende así, como Cicero (41), que ve un supuesto de caducidad, o como Radaelli, que afirma no tratarse ni de lo uno ni de lo otro, sino de un instinto característico de la sucesión hereditaria: la *abstentio* productora de efectos jurídicos (43).

Según el art. 480: «El término transcurre desde el día de la apertura de la sucesión y, en caso de institución condicional, desde el día en el que se verifica la condición. El término no corre para los llamados ulteriores si ha habido aceptación por parte de precedentes llamados y sucesivamente su adquisición hereditaria se ha anulado.»

Por lo que al Derecho español respecta no existe ninguna disposición concreta sobre el particular. Por ello la doctrina se muestra insegura (43).

(41) *Suc.*, pág. 68.

(42) Niega que sean posibles la prescripción o la caducidad, porque cree que «lo que se extingue con el paso del tiempo no es ni un derecho subjetivo ni una acción, ni un poder, ni una facultad; sino una calidad personal, consistente en la titularidad de una relación que tiene la naturaleza de relación fundamental, y que por consiguiente, aun siendo fuente de derechos subjetivos, no es ella misma un derecho» (pág. 186). (Recuérdese que RADAELLI cree que no hay *ius delationis* porque la herencia se adquiere *ipso iure*). «El instituto del artículo 480 es característico de la sucesión hereditaria. El error común es el de quererlo insertar en una categoría más amplia, no exclusiva de nuestra materia... Sin embargo, el fenómeno no se da aislado. Se vuelve a encontrar en otros institutos de los cuales ya hemos tratado en general: además de las renuncias, en aquellos todavía más semejantes previstos en los arts. 481 y 487...» (página 187).

(43) Unos, como DE BUEN—pág. 408—se limitan a afirmar que «el derecho de aceptar no tiene plazo. Durará mientras que dure el derecho hereditario y no prescriba la acción para hacerlo efectivo». Otros, como DE DIEGO—pág. 347—creen que se extingue por la prescripción de treinta años. Otros, como ROVO—página 275—entienden que se extingue por prescripción a los quince años a partir de la delación, a tenor del art. 1.964. Sin embargo, el propio ROVO—en página 59—indica que más bien se trata de un término de caducidad.

El art. 1.016 dice: «Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia».

Acción que, a tenor del art. 1.964, prescribe a los quince años, por ser personal (T. S., 20 de junio de 1928).

La doctrina cree posible la aplicación de la regla del art. 1.016, despojada de sus especialidades en cuanto a la aceptación a beneficio de inventario, a la aceptación en general (ROVO, pág. 275; CASTÁN, pág. 174). Tal regla se formularía así: «Fuera de los casos a que se refieren los arts. 1.014 y 1.015, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero (llamado) podrá éste aceptar mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.»

Nosotros hemos de advertir lo siguiente:

1.º Que la acción para reclamar la herencia compete al que ya es heredero, o sea al que ya aceptó o adquirió *ex lege*. Luego no es posible hablar de que se puede aceptar mientras que dure tal acción, que implica la previa aceptación o adquisición *ex lege*.

2.º Que el art. 1.016 se refiere realmente al supuesto de petición del beneficio de inventario, aún después de ser heredero puro y simple. Lo cual sólo quiere decir que tal heredero aún puede limitar su responsabilidad al activo hereditario, convirtiéndose en heredero a beneficio de inventario. Ello porque

Nosotros pensamos que disponiendo el art. 1.930, 2.^º, que se extinguén por prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean, y no marcando la ley plazo especial para el *ius delationis*, se extinguirá por el de quince años (art. 1.964), que deberán contarse desde la apertura, en el caso de que el llamado pueda aceptar inmediatamente, o desde el momento en que—según el art. 991—pueda hacerlo (cumplimiento de la condición, si la institución era bajo condición suspensiva: declaración de nulidad del testamento en el que se instituía a otro heredero que aceptó, etcétera).

Realmente, la prescripción debe correr también contra los que serían llamados en defecto del que lo sea, cuando aquéllos, mediante la *interrogatio in inre*, pueden provocar su propio llamamiento (en el caso de que el interrogado no se convierta en heredero). Ello porque si es cierto que a tenor del art. 1.969 el tiempo debe contarse a partir de que se adquiera el derecho a aceptar, no lo es menos que el llamado en suborden puede provocar su adquisición de tal derecho.

A lo más, en el caso del llamado en suborden, los quince años se contarán dejando transcurrir antes de ellos—y a partir desde la apertura o desde el cumplimiento de la condición, etc.—los plazos de los arts. 1.004 y 1.005.

el beneficio de inventario es simplemente un medio de limitar la responsabilidad, y perfectamente independiente de la aceptación, aunque, claro, sólo puede darse cuando haya aceptación—o, en general, adquisición—, pues sino no puede haber responsabilidad, y es, por tanto, innecesario limitarla. Pero puede pedirse a la vez que se acepta o después de aceptar. Y este es el supuesto del art. 1.016. Y que en nuestro Derecho se puede pedir el beneficio de inventario después de haber aceptado—o de cualquier manera, de ser heredero—es indudable que se sigue, más claramente que de cualquier otro artículo, de la lectura del 1.015.

3.^º Que la alusión del art. 1.016 a la aceptación con el derecho de deliberar no puede ser sino un lapsus del legislador, dado que el derecho de deliberar es algo anterior a la aceptación (art. 1.010, 2.^º).

El tiempo hábil para ejercer el *ius delationis*, o tiempo de vida de éste, no puede buscarse en el art. 1.016, ni entenderse que es precisamente el mismo tiempo que dura la acción para reclamar la herencia, porque, como decimos, esta acción nace—si el llamado no posee la herencia—con la aceptación o adquisición *ex lege* de la misma.

Lo que si se podrá decir es que el *ius delationis* se extinguirá por la prescripción de quince años, y que la acción para reclamar la herencia se extinguirá también por la prescripción de otros quince años, a partir de la aceptación o adquisición *ex lege*.

De todas maneras, lo referente a la naturaleza y plazo de vida de la *hereditatis petitio*, así como así es no prescriptible, son cuestiones en las que no entramos. Baste advertir que, frente a quienes afirman su prescriptibilidad, hay un importante sector doctrinal que la niega (Cfr. principalmente N. COVIELLO, páginas 311 y ss.; POLACCO, II, págs. 250 y ss.; D'AVANZO, *Suc.*, pág. 169, con abundante doctrina en pro y en contra, y sosteniendo, frente a la opinión común, que la *hereditatis petitio* es imprescriptible. Asimismo GUERRERA, *Imprescriptibilità dell'Azione di petizione d'eredità*, en loc. cit., 101; CICU, *Suc.*, págs. 86 y siguientes).

2. Extinción antes de transcurrir ese plazo.

Pero ese plazo que acabamos de ver es, como decimos, sólo un máximo posible. Antes de que transcurra por completo, el *ius delationis* se puede extinguir por otras causas. Son éstas:

A) Fijación de un más corto plazo de caducidad.

a) Fijación por ley.

En determinados supuestos la ley fija un plazo más corto de caducidad. Así, el art. 487, 3.º, del Código italiano de 1942 dispone: «Cuando se ha hecho inventario no precedido de declaración de aceptación, ésta debe ser hecha en los cuarenta días siguientes a la realización del inventario; en su defecto, el llamado pierde el derecho de aceptar la herencia.»

b) Fijación por el juez. La «*interpellatio in iure*».

La *interpellatio in iure*, acogida por el Derecho romano, la admiten el Código italiano de 1942 y el español.

Es el seguro remedio que la ley pone en manos de cualquier interesado (entre éstos particularmente, quienes serán llamados en defecto del llamado actual) para evitar perjuicios que se puedan irrogar con el prolongarse durante largo tiempo la incertidumbre sobre la sucesión.

El Código italiano, art. 481, dispone: «Cualquiera que tenga interés puede pedir que la autoridad judicial fije un término dentro del cual el llamado declare si acepta o renuncia la herencia. Transcurrido este término sin que haya hecho la declaración, el llamado pierde el derecho de aceptar.»

El Código español, art. 1.005, ordena: «Instando en juicio un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración: apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada.»

Del primero se sigue que el transcurso del término sin aceptar ni repudiar extingue el *ius delationis* sin que adquiera la herencia el titular del mismo. Del segundo se infiere lo contrario, es decir, que se extingue porque la adquiere si llega al fin del término observando una conducta pasiva. Lo cual es realmente un caso de extinción por adquisición *ex lege*, supuesto del apartado siguiente.

B) Extinción por adquisición de la herencia.

La normal forma de extinción del *ius delationis* es por tal adquisición, bien por aceptación o bien *ex lege*. (Código italiano de 1942, arts. 459 y 470 y sigts.; Código español, art. 988 y sigts.)

C) *Extinción por renuncia.*

En algunos Derechos, como el español, se extingue el *ius delationis* asimismo por la renuncia—artículos 766 y 988 y siguientes, en particular 997 (4)—. Mas no así en Derecho italiano. En éste subsiste después de la renuncia (artículos 519 y siguientes).

Dice el art. 525: «Hasta que el derecho de aceptar la herencia no ha prescrito contra los llamados que han renunciado, éstos pueden siempre aceptarla, si no ha sido ya adquirida por otro llamado, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes de la herencia.»

De él se sigue que, a pesar de la renuncia, el *ius delationis* vive hasta que prescribe o hasta que adquieran la herencia otros llamados o transmisarios de éstos.

De forma que el efecto de la renuncia es sólo producir otra delación a favor de quienes tendrían derecho a suceder en defecto del primer llamado o de sus transmisarios. Los cuales adquieren otro *ius delationis*. Conviviendo ambos, *iura delationis* la adquisición se produce a favor de quien acepte, o realice el acto productor de la adquisición *ex lege*, con anterioridad. Y en tal momento se extinguen los dos *iura delationis* (45).

Finalmente, hay casos de extinción del *ius delationis* sin renuncia. Por ejemplo, art. 756, séptimo del C. c. español (a pesar de la dicción del art. 758), es un caso seguro; y C. italiano de 1942, art. 463, núms. 5 y 6.

3. *Autonomía de voluntad del causante en la vida del «ius delationis».*

Por último, dentro de los límites legales, el causante puede, asimismo, poner otros límites al *ius delationis*.

Pero, ¿cuál es el ámbito de autonomía de su voluntad?

A) *Condición resolutoria.*

Puede someterlo a condición resolutoria. Así, si dispone: *Insituyo heredero a Cayo, pero pierda el derecho a mi herencia si Ticio va Asia antes de que la acepte.*

Se trata, pues, de que se extinga el *ius delationis* si se cumple la condición.

Es preciso no confundir ello con otra posible figura: la institución bajo condición resolutoria. En este caso, aunque ya se

(44) Producíéndose una nueva delación a favor de quien corresponda.

•(45) Normalmente una nueva delación sólo se produce por la extinción del *ius delationis* anterior, pero al igual que el caso visto de la renuncia en el Código italiano, es posible, en otros, que la nueva delación tenga lugar sin que se haya extinguido el anterior *ius delationis*. Por ejemplo: «Insituyo heredero a Ticio, pero si dentro de dos años no han aceptado mi herencia él o sus sucesores, entiéndase también llamado a Merio, y sea heredero el que antes acepte».

sea heredero, se deja de serlo si la condición se cumple. En aquél sólo se extingue el derecho a la herencia si la condición se cumple antes de llegar a ser heredero.

La condición suspensiva, afectando al nacimiento del *ius delationis*, no es posible que entre en juego en vida de éste. Y menos aún para los que crean que nace antes de que la condición se cumpla.

B) Término final.

Puede el testador fijar un término al *ius delationis* (46), el cual, como acabamos de decir respecto de la condición, es un supuesto diferente de la institución a término final.

Por ejemplo: Instituyo heredero a Cayo, pero extingáse su *ius delationes* el día X. O bien: Instituyo heredero a Cayo, pero extingáse su *ius delationis* dentro de X días.

En ambos supuestos dura el *ius delationis* hasta que el término venza. Y es transmisible. De manera que, muriendo el llamado, lo adquieran sus herederos que pueden ejercitárolo en el plazo de vida que le reste.

C) Intransmisibilidad.

Puede el testador hacer personalísimo el *ius delationis*, es decir, intransmisible, de forma que sólo pueda adquirir la herencia—en base a ese *ius delationis*—el llamado (su primer y único titular), y si muere antes de la adquisición se extinga dicho *ius delationis* (47) y se produzca una nueva delación o bien opere

(46) Por lo que respecta al término inicial no sería caso distinto del de la institución a término inicial.

(47) La licitud de una tal disposición es indudable—(así expresamente POLLACCO, II, págs. 61 y 62)—. El carácter imperativo de los arts. 939 del Código italiano de 1865, 479, 1.º, del de 1942, y 1.006 del español, que disponen la transmisibilidad, lo es sólo al respecto del transmitente. Las razones de sustraer a éste—en los términos que después veremos—la disponibilidad del *ius delationis*, es evidente que no rezan con el primer causante que—al menos a este respecto—puede regular su sucesión como le plazca. (Decimos carácter imperativo de los antedichos artículos y quizá se piense que en ellos no se impone al transmitente la transmisión del *ius delationis*. Ciertamente, en cuanto que le basta aceptar o repudiar la herencia para que tal *ius* se extinga y no haya transmisión. Sin embargo, nosotros, al hablar de *imperatividad* queremos aludir a que, cuando falta la aceptación o la repudiación, el *ius delationis* se transmite *necesariamente* sin que pueda impedirlo el transmitente, que sólo puede encassar esta transmisión, dentro de ciertos límites: los de su poder de disponer *mortis causa*. Por otro lado, como en Derecho italiano la renuncia no extingue el *ius delationis* también se transmite a pesar de la renuncia del transmitente. Mientras que respecto del primer causante, el *ius delationis* a su herencia no se transmite *contra su voluntad*, pues es muy dueño de disponer que se extinga si muere el llamado sin aceptar ni repudiar, o habiendo repudiado).

Ni siquiera se puede hablar de que la intransmisibilidad del *ius delationis*, dispuesta por el testador, choque con el principio de libertad de aceptación y de repudiación (el Código español dedica un artículo, el 988, a decir expresa-

el acrecimiento (48), si el llamamiento fué conjunto para varias personas.

Si sólo es personalísimo, dura la vida del llamado, pero toda ella. Pero tal carácter se puede combinar, asimismo, con el sometimiento a condición resolutoria o fijación de un plazo-final. De forma que si es personalísimo y, además, bajo condición o plazo, sólo existirá mientras viva el llamado y no se haya cumplido la condición o transcurrido el plazo. Muerto aquél, se extingue. Pero también se extingue, aunque aquél sobreviva al cumplimiento de la condición o llegada del plazo.

Es, pues, distinto hacerlo intransmisible—personalísimo—que limitarlo en el tiempo (claro que realmente en aquel caso se limita a la *vida* del llamado). Pero pueden hacerse las dos cosas a la vez.

mente que «la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres». Ese principio supone sólo la libertad de realizar una *o*tra (aceptación o repudiación). Lo cual es libertad *no* del acto de elegir, sino libertad de escoger el miembro sobre el que recaerá la elección. Pero no ya esta libertad, sino también aquélla existe en el caso que estudiamos. Lo único que sucederá es que si, en uso de ellas, no se usa del *ius delationis*—es decir, no se elige—el *ius* se extingue.

Patente la posibilidad de hacer personalísimo el *ius delationis*, hay que advertir que Códigos como el austriaco—§ 809—presumen tal la voluntad del testador en el caso de que éste nombre un sustituto vulgar. De forma que muerto *el* instituido sin aceptar ni repudiar, se extingue su *ius delationis*, en vez de transmitirse a sus sucesores, y se llama al sustituto. Por el contrario, tanto en el Derecho italiano como en el español, creemos que hay que partir de la postura opuesta. La sustitución vulgar no implica ni hace presumir que el *ius delationis* del instituido sea personalísimo. Por tanto, si muere sin aceptar ni repudiar, lo transmite a sus sucesores (en tal sentido deben entenderse los arts. 688 del Código italiano de 1942 y 774 del español). Rige, pues, el principio—acogido del Derecho romano—de que la transmisión precede a la sustitución. Ahora bien, como el testador puede hacer personalísimo el *ius delationis*, aunque ello no se presume porque nombre un sustituto, es claro que cuando lo haga y el llamado muera sin aceptar o repudiar, se llamará al sustituto. No porque triunfe la sustitución sobre un *ius delationis* que siendo transmisible no se transmite, sino porque falta un *ius delationis* transmisible.

De cualquier manera, la doctrina advierte que prevalece el *ius transmissionis* sobre la sustitución, salvo contraria voluntad del testador. (Así D'AVANZO, Suc., I, pág. 103; N. COVIELLO, pág. 140, nota 3; WINDSCHEID, § 557, pág. 184, nota 7; DERNBURG, § 88, pág. 323; CUTURI, pág. 208, nota 2; HOFMANN, página 140; SOHM, § 100-II-nota; POLACCO, II, pág. 60; LOSANA, núm. 143, página 97; BUTERA, pág. 71. Ya el Derecho común hacia cuestión al propósito—*ad exemplum*, VOET, lib. XXVIII, tit. VI, núm. 4.) E igualmente el § 809 del Código austriaco sólo establece una presunción de voluntad (Cfr. UNGER, § 36, nota 18).

(48) Igualmente, la transmisión precede al acrecimiento (Código español, artículos 981 y ss., Código italiano de 1942, arts. 674 y ss.). Salvo que, a tenor de lo dicho en el texto, aparezca ser voluntad del testador que la no adquisición de la herencia por uno de los llamados extinga su *ius delationis*.

D) *Otros supuestos.*

Es imposible examinar singularmente todas las peculiaridades con las que, en su campo de autonomía, puede la voluntad del causante matizar el *ius delationis*.

La admisibilidad de muchas quizá fuera más o menos discutible. Por otro lado, también pueden surgir dudas en cuanto a la configuración jurídica de las singulares disposiciones del causante. Es decir, ¿se tratará de condiciones, o de carga de la institución, o de características del *ius delationis* aparte de aquéllas, o de reflejos necesarios en la estructura de ese *ius*, consecuencia de las peculiaridades de la institución?

Ejemplos: Instituyo heredero a Cayo. Y a tal institución se pueden añadir infinidad de exigencias. Ha de aceptar en Roma, o por escrito, o el día X, o en jueves... Y de todas ellas y otras muchas pensables, exigir sólo una determinada o varias alternativa o conjuntamente, etc.

E) *Límites de la autonomía de voluntad.*

En vista de la imposibilidad aludida de estudiar las singulares disposiciones posibles del testador sobre el *ius delationis*, sólo diremos los límites que tiene la autonomía de su voluntad. Tales límites son:

1.º El plazo máximo de vida del *ius delationis*.

De forma que podrá el testador reducir aquélla dentro de él, pero no alargarla de cualquier modo (Así: Instituyo heredero a Ticio, que podrá aceptar dentro de cien años a partir de mi muerte. O bien: «Instituyo heredero a Ticio, que podrá aceptar durante la vida de Mevio.» En ambos casos el *ius delationis* se extingue por el plazo de prescripción que marca la Ley, aunque en el segundo, sobreviva Mevio a tal plazo. Si este muere antes de que el mismo transcurra, también se extingue a su muerte el *ius delationis*).

2.º Las normas referentes a la *interpellatio in iure* (Código italiano 1942 (art. 481; Código español, art. 1.005). Así que el que de no ser interpelado *in iure* podría aceptar en el tiempo máximo que le concede la Ley o, dentro de sus límites, el causante, cuando un interesado pida que se le fije un término para que acepte o repudie, habrá de hacerlo dentro de él.

3.º Asimismo, el testador puede disponer formas de extinción no contenidas en la Ley, pero no puede disponer que el *ius delationis* sobreviva a los supuestos de extinción que la Ley ordena.

Y también puede disponer que se extinga sin adquirir la herencia el llamado, en supuestos (salvo el de aceptación), en los que la Ley prevé su extinción por adquisición de aquélla. Pero no puede disponer que se extinga por adquisición de la heren-

cia por el llamado, en supuestos en los que la Ley prevé su extinción sin tal adquisición. (Así, no puede ordenar que en el caso del artículo 481 del Código italiano de 1942, el silencio del llamado implique adquisición de la herencia. Esto sólo tendrá lugar cuando así lo regule la Ley como en el caso del artículo 1.005 del Código español).

4.º Por último, el testador, aunque puede disponer la no transmisibilidad del *ius delationis* en los casos en los que la Ley la permite, no puede disponer su transmisibilidad para los casos en los que no la admite la Ley.

Ello, porque la construcción de tal transmisión, parte de la base de la existencia del derecho, y se organiza de determinada forma institucional, que no se impone a la voluntad del testador en el sentido de ser *ius cogens*, sino en el sentido de que lo que no se adapta a ella, es otra categoría jurídica.

Por eso el testador puede evitar una transmisión haciendo que el *ius delationis* se extinga en un supuesto concreto en el que a tenor de la Ley podría vivir y transmitirse. Pero no puede provocar una transmisión donde la Ley no la admite (49). En este caso se extingue el *ius delationis* y se producirá una nueva delación, la cual originará otro *ius delationis*. El testador puede hacer que esta otra delación se dé a favor de una persona distinta de la que determina la Ley (sustituto en vez de heredero intestado). Pero el que la sucesión del nuevo llamado se base en otra delación, y no en haber sucedido en el primer *ius delationis*, tiene importantes consecuencias. (Así no hace falta el nuevo llamado capacidad para suceder al primer llamado, que si no hubiese habido nueva delación le habría transmitido su *ius delationis*).

CAPITULO SEGUNDO

LA TRANSMISION DEL «IUS DELATIONIS»

Sabiendo lo que es el *ius delationis*, las peculiaridades que le imprime su fin, y cuándo nace y cuándo se extingue (50), estamos en condiciones de examinar su transmisión.

(49) No es éste el caso de que, a pesar del art. 759 del Código español, disponga el testador que se transmita la expectativa de *ius delationis* a los herederos del llamado que premuera al cumplimiento de la condición. Y no se aplica aquí lo que decimos en el texto, porque la condición depende de la voluntad del testador y puede éste asignarle diversos papeles, lo mismo que podría no haberla puesto y hubiese sido transmisible, sin duda, el *ius delationis*. (Cfr. la cita de DE CASTRO, en nota 33 c).

(50) Conviene hacer hincapié en que como en el Derecho italiano, a diferencia del español, la renuncia no extingue, *per sé*, el *ius delationis*, en aquel Derecho se puede éste transmitir aún después de la renuncia, siempre que el renunciante pueda aún adquirir la herencia, y conciutan los requisitos necesarios para la transmisión (en especial Cfr.: AZZARITE y MARTÍNEZ, pág. 64; BRUNELLI-ZAPPULLI, pág. 76; D'AVANZO, *Suc.*, I, pág. 103).

I. DERECHO ROMANO (51)

1. *Intransmisiabilidad.*

El *ius delationis* es inalienable inter vivos e intransmisible *mortis causa*.

El *heredero* puede lo mismo a título gratuito que oneroso enajenar a un tercero el patrimonio hereditario, pero el *llamado* no puede transmitir a otro el derecho de adquirir la herencia, es decir, el derecho al título de heredero.

La inalienabilidad inter vivos es un principio seguro, aunque no esté formulado expresamente en ningún texto, en cuanto es coherente con el ordenamiento de la *successio* (52). Esta es, en efecto, una forma excepcional de traspaso de relaciones jurídicas, la cual no se verifica nada más que en algunas hipótesis, y no es lícito a las partes producirla cuando quieran, lo cual sucedería si fuese lícita la enajenación no de la herencia, como masa de bienes (que es licitísima), sino del *ius delationis*, en la manera simple y con los efectos característicos de la *successio*, fuera de los casos expresados por la Ley.

Por el contrario, la intrasmisiabilidad a los herederos la encontramos expresada en algunos textos (53), pero quizá porque precisamente—como dice Bonfante—el principio no es ni tan lógico desde el punto de vista patrimonial ni tan sólido.

Desde el punto de vista lógico meramente patrimonial podría parecer que nada se opone a la transmisión a los herederos del derecho de adquirir la herencia. Es de creer que la cosa tiene su explicación en el carácter primitivo de la herencia. No se era llamado a adquirir, sino a suceder en una potestad, y es verdaderamente incongruente que el derecho o la designación a una potestad, puedan transferirse a otros distintos del llamado, independientemente del orden de sucesión establecido por la ley o de la voluntad de quien ha conferido el poder. Pero reducida la herencia a un instituto meramente patrimonial—continúa diciendo Bonfante—, puesto que en las relaciones patrimoniales del difunto suceden sus herederos, el principio podría ha-

(51) Sobre él clr. particularmente BONFANTE, cap. X; BIONI, cap. VII; SOLAZZA, cap. VI; FADDA, § 361 ss.; WINDSCHEID, §§ 600 y 601; KÖRPEN, §§ 17 y 23 y ss.; BRINZ, § 389; DERNBURG, § 165 y ss.

(52) BONFANTE, pág. 240; SOLAZZA, pág. 251.

(53) C. 6.30, 7; C. 6.51, 1.5. Dice el primero (Consultatio VI, 19, Diocleciano): «manifestum atque evidens est antequam pro herede gereret vel bonorum possessiōnem admiserit, defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere». Y el segundo (Justiniano, año 534): «Hereditatem... nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur».

ber desaparecido. Pero no es tan veloz ni el procedimiento de la Naturaleza ni el de la Historia, cuando sigue su curso natural (54).

2. *La in iure cessio hereditatis.*

Inter vivos, el principio de la inalienabilidad, del *ius delationis*, encuentra una excepción en el Derecho clásico, bastante misteriosa y oscura (55), en la *iure cessio hereditatis* (56).

El heredero legítimo, en sentido estricto, es decir, el agnado próximo, tenía la facultad de transmitir la herencia a otros antes de la aceptación, con el efecto de que el transmisor se convertía en heredero. Lo que quiere decir, como advierte Bonfante (57), que el cedente transmitía el *ius delationis* y, por tanto, la *succesión* se operaba en cabeza del cessionario.

Sin embargo, no hay acuerdo en la doctrina sobre cuál es exactamente el mecanismo de la transmisión.

Unos creen que el cessionario se convertía en heredero sin más, es decir, sin necesidad de aceptar. La cesión le dispensaba de la adición. Efecto exagerado que, a tenor del Derecho clásico, es inexplicable—dice Solazzi (58)—, pues el cedente que no ha adido, y no es heredero, debería transmitir sólo el *ius adeundae hereditatis*.

Otros afirman que adquiere sólo el *ius delationis*, pero que sería siempre precisa la aceptación para convertirse en heredero.

Hay, incluso, quien sostiene que objeto de la *in iure cessio* no es el *ius delationis*—*hereditas delata*—, sino la *hereditas ad-*

(54) BONFANTE, págs. 240-241; SOLAZZI, pág. 251 y 271.

La intransmisiabilidad lo mismo *inter vivos* que *mortis causa* del *ius delationis* se funda, por otros, en el carácter personal lo mismo de la delación que de la aceptación: «El carácter personal de la aceptación exige que ésta sea hecha por el llamado. La consecuencia lógica es, de un lado, que aquél al que fué deferida la herencia no puede transferir a otro por ningún título el derecho de aceptar, y de otro que no es posible la aceptación cuando el llamado muere.» (FADDA, § 361, pág. 106). «La delación de la herencia tiene carácter estrictamente personal; ella atribuye al llamado no la herencia, sino la facultad de adquirirla mediante un acto libre y voluntario, que es precisamente la aceptación. Ahora bien, este acto adquisitivo puede ser realizado solamente por el llamado y tiene carácter personal, como personal es la llamada misma. Del carácter personal de la llamada deriva que sea intransmisible, es decir, ni puede enajenarse ni puede transmitirse por sucesión hereditaria. Todo ello no se enlaza, como piensa BONFANTE, con el carácter extrapatrimonial de la herencia, sino más bien con la necesidad de la aceptación y la concepción absolutamente personal que se tenía de tal acto.» (BIONDI, pág. 78.)

(55) BIONDI, pág. 79. De «figura singularísima, extraña y enigmática la califican los intérpretes». (SOLAZZI, pág. 252.)

(56) GAIJO, Inst. II, 34-37; II, 85-87; ULPIANO, Reg. XIX, 11-15; y un pasaje del Digesto (44. 4. 4, 28), donde ha sido suprimido *in iure* antes de *cesserit*.

(57) Pág. 241.

(58) Pág. 252.

quisita, porque al ceder la herencia, implicitamente, la acepta el cedente (59).

Nosotros nos limitamos a indicar, sin entrar más a fondo en la cuestión, cómo la *in iure cessio hereditatis* se ha concebido como una excepción a la inalienabilidad del *ius delationis* (60).

3. Otras excepciones al principio de intransmisibilidad.

El principio de intransmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis* fué paulatinamente haciendo tan pródigo en excepciones que, prácticamente, quedó reducido a ser una regla inoperante en la realidad, falta de valor sustancial. Como principio, se afirma, sin embargo, hasta por el propio Justiniano (61). Pero lo efectivo es que la paulatina patrimonialización del concepto de heredero, si no ha conseguido borrar definitivamente la tesis de la intransmisibilidad *mortis causa*, la ha ido limitando con las llamadas

(59) Ver citas abundantes de la doctrina para cada postura en FADDA, § 363, notas.

(60) Discutido es no sólo el verdadero contenido de la *in iure cessio hereditatis*, sino su explicación, su duración a través de la evolución del Derecho romano, etc.

Las hipótesis van desde una construcción del fenómeno de tal forma que la *in iure cessio hereditatis* «no puede considerarse formalmente como excepción, a la regla de la inalienabilidad, sino, más bien, como caso autónomo de sucesión universal» (BIONDI, pág. 81), hasta afirmar que la *in iure cessio hereditatis* «va contra las reglas más seguras, porque vive en un régimen diverso de aquel para el que fué creada» (SOLAZZI, pág. 252. El cual cree que nació como una *in iure cessio familiae*, encaminada, pues, no a transmitir ni la herencia ni el *ius delationis*, sino el *ius familiae habendae*, perteneciente al agnado. Sobre la explicación de SOLAZZI, véase págs. 67 y ss. y 252 y ss.).

La doctrina dominante entiende que la *in iure cessio hereditatis* surgió como expediente para remediar inconvenientes de la antigua sucesión legítima, es decir, la falta de la *successio graduum*.

Mediante la *in iure cessio* realizada por el agnado próximo (que pretendía renunciar a la herencia) al siguiente que estuviese dispuesto a asumir las cargas hereditarias se evitaban efectivamente inconvenientes procedentes de la antedicha falta. (Cfr. KARLOWA, § 82, pág. 884; FADDA, § 367; BONFANTE, pág. 242; BRINZ, § 389, pág. 157; AVENARIUS, § 5 ss., págs. 7 y ss.; CZYHLARZ, § 137 A, página 400; PERNICE, págs. 338 y ss.).

Sin embargo, la explicación de la doctrina dominante, aunque realmente aclara puntos, como el de la limitación de la *in iure cessio* al agnado próximo, no pasa de ser una mera conjetura (FADDA, § 367), pero siempre queda la duda de por qué se ha utilizado un expediente tan repugnante a los principios de la delación hereditaria (BIONDI, pág. 80).

Respecto a la duración, la doctrina dominante afirma que la *in iure cessio hereditatis* desapareció con la forma civil—*in iure cessio*—mediante la cual se operaba, y, desde luego, no subsiste en el Derecho justiniano (Cfr. PEROZZI, página 490; DERNBURG, § 167, págs. 623 y 624; BONFANTE, pág. 243; FADDA, § 368; KÖPPEN, § 17, págs. 143 y ss.; BRINZ, § 389, pág. 157; AVENARIUS, páginas 16 y ss.).

Sin embargo, no falta quien disienta de tal punto de vista (Cfr. SOLAZZI, páginas 268 y ss., con doctrina y argumentos; WINDSCHEID, § 602, nota 4, y allí citas).

(61) C. 6, 30, 7; C. 6, 51, 1, 5. Constitución, esta última, posterior a la del año 529 (C. 6, 30, 19, 1), que establece la más amplia excepción al principio.

transmissiones, que terminaron por ser tan numerosas y generales que, verdaderamente, no es exagerada la afirmación de que, más que la excepción, constituyen la regla.

Como advierte Biondi (62), se puede decir que en el *Corpus iuris*, los casos en los que no puede aplicarse la transmisión son excepcionales. Y Windscheid (63), aunque repitiendo que la regla general es la intransmisibilidad, confiesa que es tan amplia la excepción introducida por Justiniano en C. 6, 30, 19, que sustancialmente «contiene en el fondo una derogación de la regla indicada, con el sólo tope de una limitación de tiempo».

Las fuentes hablan de *transmissio hereditatis*, y por ella se entiende la transmisión del *ius adeundi*, o *ius delationis*; es decir, de la herencia deferida y aun no aceptada.

Por no ser el estudio del Derecho romano tema central de nuestro trabajo, y referirnos a él solamente para dar una visión rápida del desarrollo histórico del problema, nos limitamos, a continuación, a indicar las transmisiones que suele enseñar la doctrina (64), advirtiendo, sin embargo, que alguna de ellas no es, ni mucho menos, aceptado unánimemente, que constituya verdadera excepción al principio de la intransmisibilidad, sino que es susceptible de otras explicaciones (65):

- 1.º *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* (66).
- 2.º *Transmissio theodosiana, o ex iure sanguinis* (67).
- 3.º *Transmissio ex capite infantiae* (68).
- 4.º *Transmissio ex iure patro* (distinta de la *transmissio ex capite infantiae*, también llamada, por algunos, *ex iure patro*) (69).

5.º Y, finalmente, la *transmissio ex iure deliberandi* o justinianea, de C. 6, 38, 19, 1 (año 529). En tal lugar se establece que si el llamado por testamento o *ab intestato* a una herencia, muere sin haberla aceptado o repudiado, transmite el *ius delationis* a sus propios herederos: «ut ex hac causa deliberare videatur... praedictum arbitrium in successionem suam transmittat ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa» (70).

Transmisión justinianea que es la más amplia acogida, en el

(62) Pág. 82.

(63) § 600, pág. 613.

(64) Como claro caso en el que no hay *transmissio*, excluimos la llamada *transmissio ex iure suitatis*.

(65) Así, la llamada *transmissio ex capite in integrum restitutionis ex persona defuncti*.

(66) D. 4, 4, 24, 2; C. 2, 50, 1; D. 29, 5, 3, 30; D. 37, 4, 4, 3; D. 37, 4, 5; etc.

(67) Introducida por Teodosio II, en el año 450—C. 6, 52, 1—.

(68) Introducida en el año 426—C. 6, 30, 18, 1 y 3.

(69) Introducida por JUSTINIANO (C. 6, 61, 8, 1.)

(70) Para un estudio, que aquí sería improcedente, de las antedichas transmisiones, de las fuentes referentes a las mismas, de sus posibles interpretaciones, y de las desviaciones a la verdadera transmisión del *ius delationis*, véanse principalmente las obras indicadas en la nota a la rúbrica «Derecho romano», y la bibliografía en ellas citada.

Derecho romano, del criterio que en el Derecho moderno se convertirá en principio general.

4. La adquisición de la herencia «ipso iure».

En lógica conexión con la realidad de las cosas, no era posible en el Derecho romano ni la *in iure cessio* ni la *transmissio* del *ius delationis*, cuando éste faltaba, como ocurría en el caso de los herederos necesarios (*necessarii* y *sui vel necessarii*). Adquiriendo éstos, *ipso iure*, la herencia, y no un mero *ius delationis*, podrían transmitir el conjunto global de los derechos hereditarios, o parte o alguno de ellos; pero no el *ius delationis* (71).

La moderna doctrina romanística suele destacar, expresamente, lo anterior, principalmente por el hecho de que los viejos autores hablaban de una *transmissio*—la *ex iure suitatis*—, que no era tal *transmissio* (se trataba de un supuesto de transmisión de la herencia, del *heres suus* del primer causante, al *heres suus* del transmitente, o segundo causante). Como dice Bonfante (72): «Esta transmisión y el modo de designarla, son una pura invención de los comentaristas... la herencia pasa del *suus* a su hijo por que tal herencia no estaba deferida, sino adquirida, «etiam invito vel ignorantiae» (73).

(71) La cosa se comprende porque con la llamada los herederos necesarios se convertían en herederos y eran colocados en la situación del que ya hubiese aceptado la herencia: no había, pues, un período anterior a la adición, en el cual pudiesen ceder *in iure* o *transmittere la hereditatis delata*.

(72) Pág. 244.

(73) Cfr. *ad exemplum*, BONDI, págs. 80 y 84; FADDA, § 370 y 371; DERN-BURG, pág. 623; WINDSCHEID, § 600, nota 2; SOLAZZI, pág. 272, etc.

Ahora bien, la causa de que la doctrina romanística haya hablado de que en tal caso hay una *transmissio*, es la siguiente:

Contra los efectos de la *sucessio necessaria* (alta e injustamente perjudiciales para el heredero, cuando se tratase de una *hereditas* cargada de pasivo o, de cualquier modo, con cargas superiores al activo) aparecieron dos remedios: el *beneficium abstinendi* a favor de los *heredes sui et necessarii* y el *beneficium separationis* a favor del *heres necessarius*.

Nos basta fijarnos en el primero: El pretor concedió al filiusfamilias la posibilidad de no responder del pasivo de la herencia a cambio de que éste no se mezclase en la sucesión y abandonase el patrimonio hereditario a los acreedores. Sin embargo, para el Derecho civil, el filiusfamilias sigue siendo un *heres*. Sólo *iure* pretorio se consideran eliminadas las consecuencias patrimoniales de la herencia y respecto de ésta el que se abstuvo es tratado como un repudiante, aunque la conservación del *nudum nomen de heres* despliegue eficacia en el campo extrapatrimonial.

Si el filiusfamilias moría, su derecho al *beneficium abstinendi* se transmitía a sus herederos (a). Y esto es lo que dice PAULO (Ad. Sab. D. 29, 2, 7, 1.): «Si filius prius quam sciret se necessarium exitisse patri heredem decesserit relictio filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur».

Pero JUSTINIANO, en C. 6, 30, 19, pr., dijo: «in quaestionibus Julii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc *transmittere*».

Y sobre el término *transmittere* la antigua doctrina montó una *transmissio*,

II. DERECHO ACTUAL

1. *Transmisibilidad.*

El Derecho moderno acoge como regla general la transmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis*, y su intransmisibilidad *inter vivos*.

Una vez patrimonializado el concepto de heredero, nada más lógico que el llamar a los sucesores del llamado, al derecho que la muerte de éste deja sin titular.

Pero conviene precisar si hay verdadera transmisión, porque es discutido.

Hay quien opina que no hay transmisión en sentido técnico. Así, Nicoló, piensa que existe una atribución operada *ex lege* (74). Cree que cuando el art. 939 del Código italiano de 1865 (correspondiente al 479, 1.^o del actual y al 1.006 del español) habla de *transmisión del derecho de aceptación* (75), utiliza el término *transmisión* en sentido lato, no para indicar un fenómeno de transmisión en sentido técnico, sino para poner en evidencia que la vocación, de la que era destinatario el de *cuius*, está ligada, por virtud exclusiva de la norma, al *universum ius*, que pasa, en cuanto tal, a los herederos. Piensa (76) que, realmente, lo que hay es una ampliación del círculo de los titulares de la vocación (Ni queremos ni necesitamos entrar en la discusión sobre el tema delación-vocación, pero de cualquier manera, para Nicoló, particularmente, cfr. pág. 12, sgs. Entiende que delación y vocación no son sino dos aspectos de la *misma* realidad. Así que, al hablar de vocación, habla también de delación) inicial y única. Es decir, la vocación no sólo es llamamiento a favor del *llamado*, sino que, comprendiendo también, virtualmente, a los herederos de éste, es, asimismo, llamamiento virtual a favor de éstos. De manera

la *ex iure suitatis*. Cosa inadmisible, habida cuenta de que el término *transmisión* debe ser utilizado en un sentido específico, es decir, para designar la transmisión precisamente del *ius delationis*, y no otra transmisión cualquiera, como lo es la de la herencia ya adquirida + el derecho al *beneficium abstinenti*.

(a) Se discute si se transmite al *heres extraneus* del *filius*. Cfr. principalmente DERNBURG, § 165, nota 5; WINDSCHEID, § 595, nota 14—con abundante bibliografía—; KOPPEN, pág. 201, nota 3; BRINZ, § 389, nota 19; FADDA, § 371. Nosotros aceptamos la respuesta afirmativa, habida cuenta de que el *heres, in genere*, tiene la misma posición jurídica que su causante, y por ello, también el *beneficium abstinenti*.

(74) Dice textualmente en pág. 63: «La atribución de la vocación se verifica por la propia ley a favor de aquellos que asumen respecto del causante (causante segundo, o sea transmitente) la cualidad de herederos.»

(75) Para NICOLÓ sería mejor hablar, en vez de transmisión del derecho de aceptar, de transmisión de la posición jurídica que la ley confiere al llamado, pues entiende que el derecho de aceptar es sólo una parte de esa posición. Pero ésta es cuestión en la que no entramos.

(76) Págs. 64 y 65.

que si el llamado muere, no es preciso ni puede haber ni una segunda vocación a favor de sus herederos, ni una transmisión del *ius delationis*, sino que, simplemente, tal muerte es el requisito para que el llamamiento virtual, que su propio llamamiento contiene a favor de sus herederos, se convierta en llamamiento operante y actual a favor de éstos.

Nosotros pensamos que: 1.º No hay un solo llamamiento (que sería el virtual a favor de los herederos del llamado en primer término, convertido en actual por la muerte de éste) y un solo *ius delationis que no se transmite*, sino que originariamente adquieren los herederos del llamado. Y, 2.º Al morir el llamado no se extingue su llamamiento y se produce una segunda delación de la herencia del primer causante, a favor de los herederos del llamado por la primera. Subsiste esta delación; es decir, subsiste el *ius delationis* que nació del primer llamamiento. Pero con la muerte de su titular, tal *ius* se transmite a sus sucesores. Por lo cual cambia el sujeto que puede adquirir la herencia (76 bis), *una sola vez diferida*. Pero el derecho, en base al que la adquirirá, sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

Y, por tanto, estimamos que es inexacta la construcción del fenómeno en el sentido de creer que no hay transmisión del *ius delationis*, sino llamamiento potencial a favor de los sucesores del llamado actualmente, cuyo llamamiento potencial, al convertirse en actual, cuando muere este llamado, hace innecesaria la transmisión del *ius delationis* (77).

(76 bis) Así, expresamente, WINDSCHEIJ, § 544, pág. 293, dice: «El derecho de adquirir la herencia es, en principio, un derecho personal del llamado. Pero este principio no fué inmutable en el Derecho romano. En una serie de casos, dicho Derecho romano, en base a la llamada de uno concede a otro la adquisición de la herencia». Y también CICU, *Suc.*, págs. 25 y 60; CASATTI-RUSSO, pág. 180; DI SEMO, pág. 254; RUSSO, en loc. cit., pág. 125; etc.

(77) Sustancialmente, esta opinión, mantenida en el texto, es la de la doctrina dominante.

Muchos hablan de *transmisión de la delación*, pero entendiendo por ello realmente lo que nosotros denominamos *transmisión del ius delationis*.

Otros piensan que la delación—o la vocación—es intransmisible. Y, con ello, quieren decir que lo es el llamamiento *en sí*, pero no niegan la transmisibilidad del derecho a adquirir la herencia, que de ese llamamiento surge. Cfr. CICU, *Suc.*, págs. 25 y 60; ANDREOLI, LVI, págs. 213 y sigs.; BUTERA, pág. 70; RUSSO, en loc. cit., pág. 125 sigs.; D'AVANZO, *Suc.*, I, pág. 102; N. COVIELLO, pág. 140; SANTORO PASSARELLI, en loc. cit., págs. 613 y 614; TORRENTE, en loc. cit., página 548; VASSALLI, pág. 59; DI SEMO, pág. 254; AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 63; POLACCO, II, pág. 58; BARASSI, pág. 94; BARBERO, núm. 1.035, pág. 838. En cuanto a este último queremos entrar en el examen de su argumento:

Ante todo advirtamos que la sustancia de lo que diremos es referible a delación y a vocación, se entienda o no que sean lo mismo.

BARBERO dice—pág. 838—: «La vocación es intransmisible. Ello no choca con el art. 479, que prevé la transmisión del derecho a aceptar la herencia a aquel (transmitente) deferida. Este derecho (a aceptar la herencia deferida a otro) no significa transmisión de la vocación a suceder al primer de *cuius*. Es, por el contrario, efecto de la propia vocación a suceder al segundo. Puesto que *suceder* significa subentrar en la posición jurídica del difunto, este subentrar

2. Disponibilidad.

Cuestión distinta de la transmisibilidad es la disponibilidad. Se puede admitir aquélla y negar ésta. En tal caso, el *ius delationis* se transmitirá independientemente de la voluntad del llamado.

Hemos visto cómo en Roma, donde imperaba como tesis general—al menos teóricamente—la intransmisibilidad, existían, sin embargo, no ya casos de transmisión, sino de disposición (así, *in iure cessio hereditatis*). Y ¿qué sucede en el Derecho moderno, donde rige como regla general el principio de la transmisibilidad *moris causa*?

Ante todo, digamos que sería equivocado pensar que al ampliarse el ámbito de ésta deba corresponder una ampliación del de aquélla.

Ha pasado lo siguiente: el Derecho moderno no admite la

comprende, también, el derecho a aceptar la herencia, derecho contenido en aquella posición. Y así forma el contenido de la propia vocación, pero no es transmisión de la vocación del de *cuius...* Esto no es bizantinismo, pues si hubiese transmisión de la vocación del de *cuius*, habría, en sustancia, dos vocaciones distintas y, por tanto, la posibilidad de aceptar independientemente la una o la otra sucesión, y así renunciar a la herencia del propio causante aceptando la que fué a éste deferida».

Nosotros creemos acertada la tesis de BARBERO—*intransmisibilidad de la vocación*—, pero no sus argumentos. La vocación es *intransmisible* y no lo es el *ius delationis*, por una pura razón lógica. Este *ius delationis* consiste en el poder de adquirir la herencia, y este poder puede la ley atribuirlo o permitir que se transmita a determinadas personas, por razones determinadas. (Así, lo atribuye al llamado *porque* se le llama, o permite que se transmita a sus herederos *porque* aquél muere sin haberlo ejercitado.) Pero lo que la ley no puede hacer es que el llamado sea otro distinto del que lo fué, es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía. O, si se quiere, lo que la ley puede hacer es que los *efectos* del llamamiento se produzcan en cabeza de otro, y que éste reciba el derecho a aceptar la herencia (transmisión del *ius delationis*), pero lo que no puede lógicamente hacer es que resulte llamado aquél a quien no se llamó (que es lo que sería la transmisión de la vocación).

BARBERO piensa que si la vocación fuese transmisible el llamado a la herencia del segundo causante (transmitente de la vocación) se encontraría con dos vocaciones distintas e independientes a su favor, y que, por tanto, podría repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante cuya vocación le transmitió aquél. Cosa que, ciertamente, es inadmisible. Pero BARBERO no se percata de que esa reducción al absurdo no es argumento en pro de la *intransmisibilidad* de la vocación, y no lo es por la siguiente razón: Aunque la vocación no fuese, de por sí, *intransmisible*, no por ello podría el *llamado a la herencia del llamado* repudiar la herencia de éste y aceptar la del primer causante. Y ello por la poderosa razón de que en todo caso la vocación del primer causante se transmitiría a los herederos del llamado, y el que repudia la herencia de éste no se convierte en su heredero. Luego no puede recibir la vocación del primer causante y, por tanto, no puede aceptar su herencia.

Así que, en conclusión, el argumento de BARBERO no prueba la *intransmisibilidad* de la vocación que, por otro lado, es ciertamente *intransmisible*, por la razón que antes apuntamos.

MESSINEO, III-2.^a, § 193, núm. 8, págs. 258 y 259, dice que «la transmisión tiene por contenido no la cualidad de heredero—por sí *intransmisible*—, sino más bien el contenido económico de esta cualidad».

transmisibilidad inter vivos del *ius delationis*, y, consiguientemente, es indisponible *inter vivos*. Se suprime, pues, la excepción que la *in iure cesio hereditatis* representaba. Pero, *mortis causa*, el Derecho moderno parte del principio opuesto al que el Derecho romano acogía. Mas, aceptada, la transmisibilidad *mortis causa* como regla general, cabe preguntarse aún: ¿es disponible *mortis causa* el *ius delationis*, o su transmisión no se basará en un acto de disposición de su titular?

Se piensa que el *ius delationis* es indisponible lo mismo *inter vivos* que *mortis causa*, y se habla de *transmisión ex lege* (78) (79).

(78) Así, BUTERA, págs. 69 y 70, dice: «Es la propia ley la que permite la transmisión del *ius delationis*. Pasan al derechohabiente la cualidad de heredero y la masa hereditaria. Se transmite *ex lege*, pero no es enajenable *ex pacto*, pues la enajenación opera *ex voluntate* y la transmisión *ex lege*». MESSINEO, III-2^a, § 193, núm. 8, pág. 258, dice que se transmite *ipso iure* a los sucesores a título universal (herederos); ANDREOLI, LVI, pág. 214 sgs.; FILOMUSI GUELFI, pág. 65; etc.

(79) Naturalmente, quien, como NICOLÓ, estima que no se puede hablar ni siquiera de verdadera transmisión, se suma a la teoría de que el *ius delationis* es indisponible, ya que no ha lugar a disponer si la disposición ha de ser para transmitir y no cabe la transmisión.

El fenómeno lo concibe así NICOLÓ, págs. 62 y 63: «Si se considera que la ley no consiente una disposición voluntaria de la vocación hereditaria, que no implique aceptación de la herencia (art. 936), y admite, por el contrario, la transmisibilidad a los herederos (art. 939), debe considerarse que no es posible ni siquiera una disposición voluntaria *mortis causa*. En otros términos: el destinatario de una vocación no puede disponer de ella separadamente a favor de personas distintas de sus herederos, ni puede atribuirla aisladamente a uno de esos herederos o dividirla a su arbitrio entre éstos en proporción distinta de la en que son llamados a su herencia. Ello me parece que resulta claro del relacionar el art. 936 con el 939. Una interpretación ligeramente extensiva del primero lleva a incluir en la prohibición implícita de actos de disposición la disposición *mortis causa* a título singular, y tal interpretación está ampliamente apoyada en la letra del art. 939, que habla de *transmisión a los herederos*, y en una elemental razón lógica, dado que no se comprende por qué la disposición *inter vivos* implica aceptación y no ha de implicarla también la disposición *mortis causa* a título singular (legado). Las mismas razones sirven para excluir que el llamado pueda, a su arbitrio, disponer del *ius delationis* a favor de uno solo de sus herederos, o cambiar, para este solo efecto, la proporción en la que instituye a éstos. Los arts. 935 y sgs. presuponen un comportamiento *neutro* del transmitente, para que no haya aceptación tácita. Y no se puede negar que si éste designa transmisarios de forma distinta a la en que lo hace el art. 939, ello representa un comportamiento *positivo* del transmitente, de cuyo comportamiento se sigue la aceptación por *facta concludentia*. Y el art. 939, puesto en relación con los dos artículos siguientes, hace ver claramente que la cualidad de transmisor es un accesorio, una consecuencia de la cualidad de heredero del transmitente, cualidad conferida al llamado a la herencia del transmitente por ley o testamento en el que éste dispone a favor de aquél del *universum ius*.

En otros términos, mientras que la cualidad de heredero se adquiere en base a una asignación total o alicuota de bienes hereditarios (arts 760, 827), y es la consecuencia de esta asignación, por el contrario, la transmisión de la vocación es una consecuencia de la cualidad de heredero y no uno de los elementos que concurren a atribuir tal cualidad.

Mientras normalmente la asignación patrimonial es el *prīus* y la cualidad de heredero el *posterior*, por el contrario, en la hipótesis del art. 939 la relación se invierte, porque la cualidad de heredero es el *prīus* y la atribución de

En efecto, la indisponibilidad *concreta inter vivos* aparece principalmente de los artículos 936 del Código italiano de 1865, 477 del de 1942 y 1.000 del español—como metafísicamente imposible. Si la pretendida disposición del *ius delationis* vale adquisición *ex lege* de la herencia, es evidente que no puede haber disposición de aquél, ya que con el acto que pretende serlo se produce la extinción de tal *ius*—al producirse la adquisición de la herencia, el derecho a la cual se pretendía transmitir—(80) (81).

En cuanto a la indisponibilidad *mortis causa*, tiene a su favor la aplicación analógica de lo dicho sobre la indisponibilidad *inter vivos*, y, además, la terminología legal—arts. 939 del Código italiano de 1865, 479 del de 1942 y 1.006 del español—que habla de transmisión o de paso del *ius*, del llamado a sus herederos, pero no de que aquél pueda disponer de él (82).

Sin embargo, es innegable que, *mortis causa*, el titular del *ius delationis* puede influir en su transmisión, instituyendo, por ejemplo, unos herederos distintos de los intestados (83). En tal caso, nos parece que hay una verdadera disposición del *ius delationis*—a título universal—, como hay disposición, a tal título, de to-

la vocación *ex art. 939 el posterius*. El de *cuius* puede, dentro de ciertos límites modificar la designación de sus herederos *ab intestato*, pero no puede disponer de la vocación, de la que es destinatario, a favor de uno de sus herederos con detrimento de los otros.

(80) El art. 477 del C. ita. de 1942 se expresa más exactamente que el 936 del de 1865 y que el 1.000 del C. español. Estos hablan de «disposición del heredero», y aquél habla de *llamado*. Siendo esto lo acertado, en cuanto que no se es todavía heredero, sino que es el acto de disposición de la herencia el que provoca la adquisición hereditaria.

(81) BUTERA, pág. 66, advierte cómo la enumeración del art. 477 es meramente demonstrativa.

(82) Contra la indisponibilidad se puede alegar que, patrimonializado el concepto de heredero y admitida la enajenación en globo de la herencia, no tiene sentido impedir la disposición del *ius delationis*, ya que normativamente a través de aquella enajenación se puede conseguir todo lo que se conseguiría a través de la disposición del *ius delationis*, salvo el conferir al adquirente del contenido patrimonial de la herencia el título de heredero.

Y precisamente ese argumento es el que sirve para defender la tesis contraria, pues si los fines patrimoniales se pueden conseguir al margen de la disponibilidad del *ius delationis*, debe prevalecer la solución que confiere el título de heredero precisamente al llamado.

Tal título no se confiere al llamado que muere sin aceptar, sino al que le sucede en el *ius delationis* (y, ejercitándolo adquiere la herencia cuyo es) cuando éste se transmite. En tal caso, que sea heredero del primer causante un no llamado a la sucesión de éste, tiene una justificación precisamente en las razones que justifican la sucesión *iure transmissionis*. Pero tal justificación no alcanza a justificar también que el llamado pueda disponer de cualquier modo de su *ius delationis*.

(83) Rechazamos la posible postura que entienda que el *ius delationis* ha de ir a parar, en todo caso, a los herederos *ab intestato* del llamado. La ley habla sólo de que se transmite a los herederos, sin distinguir los testamentarios de los intestados. (art. 479 C. ita. de 1942, 939 del de 1865, 1.006 del español). En igual sentido que nosotros, expresamente, DE DIEGO, pág. 354; DUSI, página 248; NICOLÓ, págs. 62 y 63.

das las relaciones jurídicas que componen el patrimonio del testador (transmitente, por disposición, del *ius delationis*) (84).

Ante ello se afirma (así Barbero) (85) que el titular «no puede disponer del *ius delationis* por legado, ni podría disponer a favor de alguno de sus herederos más que a favor de otro, sino que entre éstos se divide en proporción a sus respectivas cuotas» (86).

Lo cual parece querer decir que sólo puede disponer de él a título universal y que, supuesto esto, las cuotas del *ius delationis* que recibirán los herederos del testador, si son varios, vendrán fijadas en cada caso exclusivamente por las cuotas de su institución.

Nosotros pensamos lo siguiente:

Del *ius delationis* no se puede disponer *inter vivos* y sí se puede disponer *mortis causa*, dentro de ciertos límites. Ahora bien, el límite entre disponibilidad e indisponibilidad no está en el título de la sucesión (87): disponibilidad a título universal e indisponibilidad a título particular (88). El límite está en la concreción del acto referente al mismo.

Se puede disponer de él a título particular, cuando no se dispone de él *concretamente* (la disposición *uti singuli* no implica disposición concreta). Y, por el contrario, incluso cuando se haya dispuesto a título universal, si el disponente realiza una referencia partitiva *concreta* a él, tal referencia puede valer como aceptación y producir no la transmisión del *ius delationis*, sino la de herencia a la que tal derecho daba derecho, herencia cuya adquisición se ha producido *ex lege* por la referencia concreta a su *ius delationis*.

Por ejemplo: disposición a título universal del testador M.: Sean mis herederos A y B. Y como parte de sus cuotas reciban: A el *ius delationis* de la herencia de X, a la que soy llamado, y B el resto de mis bienes.

Creemos que, en tal caso, aunque la solución en la práctica de cada caso concreto dependa de circunstancias de hecho, la cláu-

(84) Los únicos modos de entender que en este caso no hay *disposición* del *ius delationis* son: O-1.º, adoptar la postura de NICOLÒ, *negando que haya transmisión* y estimando que hay atribución *ex lege* a los herederos del llamado, en base a la actualización—por la muerte de ese llamado—de la vocación potencial, a favor de sus herederos, que su propia vocación contenía. O-2.º, afirmar que, aunque haya transmisión, ésta no tiene por base la disposición, sino que se produce *ex lege* a favor de aquellos a quienes por la disposición a título universal se hizo herederos.

(85) Pág. 838.

(86) BARBERO—pág. 831, nota 1—dice que es un derecho que forma parte del patrimonio de su titular y que transfiere con ese patrimonio, *pero solamente con él*. En igual sentido, AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 43.

(87) ROCA—*Estudios*, págs. 295 y 296—afirma que el *ius delationis* es disponible a título de herencia y de legado.

(88) Nosotros pensamos que suceder a título de herencia es suceder a título universal, y suceder a título particular es suceder como legatario. Por eso utilizamos indistintamente una u otra terminología.

sula referente al *ius delationis* vale como aceptación (*adquisición ex lege*) (lo mismo que equivale a tal el supuesto de los arts. 477 del Código italiano de 1942, 934 del de 1865 y 1.000 del español) y A no recibe el *ius delationis*, sino las relaciones componentes de la herencia de X, que por tal adquisición *ex lege* habrán pasado a ser del testador. Recibe, pues, A tales relaciones como herencia de M, pues el *ius delationis* de que éste era titular se ha extinguido.

Otro ejemplo: disposición a título singular del testador M: Sean mis herederos A y B. Lega a C lo que reciba o pueda recibir de D y de E. D dona a M una finca. E muere, instituyendo heredero a M en una saneada herencia. M muere, también, después, ignorante de tal institución.

C es legatario de M (89) y, como tal, recibe la finca donada por D y el *ius delationis* de la herencia de E. Y al ejercitárolo, aceptando, se convierte en heredero de E.

Tal solución al problema de la disponibilidad del *ius delationis* la basamos en que siendo su fin que adquiera la herencia el llamado, el subrogar a otro en la titularidad de éste, sólo se justifica, excepcionalmente, en aquellos casos en que habiendo aquél haber podido adquirir la herencia deferida—por lo cual podría haberle transmitido su contenido dentro de su propia herencia—y no pudiendo hacerlo ya, por haber muerto, se seguiría, normalmente, para su sucesor, un perjuicio de la aplicación rigurosa de la indisponibilidad. Y, asimismo, admitir sólo la disponibilidad a título universal, llevaría a producir un perjuicio al sucesor a título singular, al cual el transmitente hubiese querido atribuir, con exclusión de cualquier otro, un sector de sus derechos entre los que se encontrase el *ius delationis* de la herencia del primer causante. Perjuicio que implica, además, quebrantamiento de la voluntad del testador.

Finalmente, en base a lo que hemos dicho sobre la disposición *mortis causa*, puede surgir la siguiente cuestión:

Ciertamente, la *disposición concreta inter vivos* del *ius delationis* es imposible—como ya hemos visto antes—. Pero ¿es posible disponer de él *inter vivos* cuando no se le considere especialmente?

Ejemplo: Venta en globo de una herencia (Código español, artículos 1.531 y ss.; italiano de 1942, arts. 1.542 y ss.). A vende a B la herencia que recibió de C. A ignora que D había muerto

(89) Sería erróneo pensar que C es heredero de M. Pues recibe *uti singulis* la finca y el *ius delationis*.

El título universal implica llamamiento, no a un conjunto de bienes individualmente sin especificar (así: todo lo que recibí de Z., o todo lo que tengo en América), sino un llamamiento a *todo o parte alicuota* del patrimonio (bienes) del causante. Y todo el patrimonio de otro, cuando se incorpora al *nuestro* (así por sucesión) no es ni siquiera una parte *alicuota* de *nuestro* patrimonio. Sino, a lo más, un *sector* individualizable de éste. Y el *ius delationis* a ese patrimonio de otro, es sólo un bien *singular* en el *nuestro*.

instituyendo heredero a C, el cual ha muerto, a su vez, sin aceptar ni repudiar. Luego A, al aceptar la herencia de C, se convirtió en titular del *ius delationis* que C tenía a la herencia de D.

Y al vender a B la herencia de C, ¿qué sucede?

¿Es correcto decir que al comprender la herencia de C el *ius delationis* a la herencia de D y al haber vendido A tal herencia a B le ha vendido, asimismo, dicho *ius delationis*, con lo cual tal venta equivale a adquisición *ex lege* por A de la herencia de D? (artículos 477 Código italiano de 1942 y 1.000 del Código español).

Tal solución parece algo tajante, ignorando A la existencia del *ius delationis* a la herencia de D.

¿Es posible excluir del contenido vendido de la herencia de C el *ius delationis* a la de D, en base a la ignorancia del vendedor A?

No lo parece, ya que, en tesis de principio, el vendedor de la herencia queda obligado a transferir al comprador aun los singulares elementos patrimoniales contenidos en aquélla que fuesen eventualmente ignorados.

Sin son rechazadas ambas soluciones, se podría pensar que A, cuando llegue a conocer la existencia del *ius delationis*, debe aceptar la herencia de D para así traspasar a B su contenido.

Pero esto puede no ser posible, pues supongamos que A muere a su vez, y su deber de aceptar no lo pueden cumplir sus herederos, porque, por cualquier razón, no se transmite a éstos el *ius delationis* a la herencia de D, sino que este *ius* se extingue después de haber sido A su titular, y se produce una nueva delación para la herencia de D, a la que resultan llamadas personas ajenas por completo a la sucesión de A.

En resumidas cuentas, ¿es posible entender que A transmitió por venta a B el *ius delationis* a la herencia de D?

Creemos que no, pues aunque pudiese haber en pro de esa solución razones análogas a las que abonan la disponibilidad excepcional *mortis causa*, no existe en la ley un artículo que permita la transmisión *inter vivos*—como existe un artículo que la permite *mortis causa* (Código italiano de 1942, art. 479; Código español, artículo 1.006)—. Por ello, así como *mortis causa* es posible entrar en el examen de si se puede transmitir por *disposición, inter vivos*, excluida la transmisión (90), no ha lugar al problema de la disposición.

3. Requisitos de la transmisión.

La transmisión del *ius delationis* requiere, según la doctrina en general, los siguientes requisitos: 1.º Delación a favor del trans-

(90) Nosotros la excluimos en principio. ROCA—*Estudios*, pág. 296—advierte que la transmisión *inter vivos* es problema que no puede estudiar por falta de espacio.

mitente (que así adquiere el *ius delationis*). 2.º Muerte del mismo sin aceptar ni repudiar. 3.º Aceptación de su herencia por el llamado a sucederle.

Yo creo que conviene examinar la cosa más a fondo. Y ello nos conduce, en principio, a hacer la siguiente afirmación, que parece obvia: La transmisión supone la existencia, a la muerte de su titular, de un *ius delationis* transmisible y de un sujeto capaz de adquirirlo que sea sucesor (91) de aquél. O sea, se requiere:

1.º Existencia de un *ius delationis*; es decir, que se ha de haber producido ya la delación.

2.º Que ese *ius delationis* ha de existir a la muerte de su titular. Lo cual no pasa si transcurrió ya el plazo de su vida o si, por cualquier causa, se produjo la adquisición de la herencia o la extinción del *ius delationis*.

Así que se equivoca la doctrina al hablar de delación a favor del transmitente, y muerte de éste sin aceptar ni repudiar, pues hubo tal delación y tal muerte, y faltan tal aceptación o repudiación en muchos casos en los que, sin embargo, no puede haber transmisión, porque ya murió el *ius delationis*.

3.º Dicho *ius delationis* ha de ser transmisible, cosa que depende del testador. La ley hace transmisible el *ius delationis*, aunque prohíba, en cierta forma, su disposición. Pero el testador puede hacerlo intransmisible, como hemos visto.

4.º Un sucesor del transmitente, sucesor capaz de adquirir tal *ius delationis*.

Lo cual implica:

A) Existencia de un *sucesor* del transmitente.

Es decir, no sólo la delación de su herencia a favor de un llamado que aún no la aceptó o adquirió o que la repudió, sino la *sucesión ya operada, la adquisición ya realizada* de la herencia del transmitente. Pues si el llamado a la herencia de éste aún no es su sucesor, nos encontramos con que actualmente sólo tiene un *ius delationis* referente a la herencia del transmitente, pero aún no ha ocupado la posición jurídica de éste, ni es, por tanto, titular de las relaciones jurídicas que compongan su herencia. De manera que, como el *ius delationis* a la herencia del primer causante forma parte de la herencia del segundo causante, el llamado a ésta que aún no sucedió, no es aún titular del *ius delationis* a la herencia del primer causante, puesto que aún no ocupa la posición jurídica del segundo (92) (93).

(91) *Mutatis mutandi*, lo que decimos en el texto de la transmisión del *ius delationis*, es de aplicar, en línea de principio, a la transmisión de la *expectativa de ius delationis*, cuando la delación es posterior a la apertura de la sucesión.

(92) Inexactamente los Códigos dicen a veces que la renuncia a la herencia propia del transmitente implica renuncia a la herencia al mismo deferida (C. ita. de 1942, arts. 479-32. C. de 1865, art. 941). Realmente no hay renuncia de la

B) Que ese sucesor del transmitente sea capaz de que le sea transmitido el *ius delationis*. Capacidad que después veremos cuál sea.

CAPITULO TERCERO

LA TRANSMISION DE LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE

I. A QUIÉN SE SUCEDA EN ELLA

Una vez que se ha aceptado la herencia del transmitente y aceptado también la herencia cuyo *ius delationis* se transmitió en aquélla, ¿a quién ha sucedido el adquirente?

Creemos que se es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de éste (94). Pero sucesor de éste directamente—recta vía—y no a través del transmitente. Este es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar (95).

Es evidente que el transmitente no transmite al adquirente la herencia del primer causante, sino el derecho a adquirirla. El transmisor sucede, pues, al transmitente en su herencia. En ésta encuentra el *ius delationis*, y al ejercitarlo, aceptando, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente, ya que no la aceptó ni, de cualquier otro modo, la adquirió.

La aceptación de la herencia del primer causante realizada por el adquirente del *ius delationis* no se puede decir que opere retroactivamente de manera que se considere adquirida tal herencia por el transmitente al momento de la muerte del primer causante, y que así se considere también, en base a tal retroactividad, que el adquirente del *ius delationis* recibe del transmi-

del primer causante—renuncia que implicaría la previa adquisición del *ius delationis*—, sino que sólo hay no adquisición de éste.

(93) Si el que recibe el *ius delationis* es sucesor a título singular del transmitente, sucede a este *ipso iure*, y, por ello, adquiere, sin más, tal *ius*. Aunque luego lo pierda, si renuncia al legado.

(94) Así, BARASSI, pág. 79; SANTORO-PASARRELLI, en loc. cit., págs. 613 y 614; ANDREOLI, LVI, págs. 217 y 218; BARBERO, núm. 1.035, pág. 838, dice: «Del propio causante se adquiere sólo el derecho de adquirir. La herencia misma se adquiere, con la aceptación, directamente de quien la ha dejado; es decir, del primer *de cuius*. Por eso, todo lo relativo a esta herencia se producirá sin pasar a través de la posición de quien ha transmitido, con su patrimonio, el derecho a aceptar. A través de esta posición se pasa sólo para la adquisición de este derecho de aceptar. Ejercitado el cual, el aceptante se convierte en heredero del primer *de cuius*.» A esta postura también podemos adscribir a L. COVIELLO, aunque no la acepte explícitamente. V. páginas 101 y 102.

(95) BARASSI, pág. 88.

tente la herencia del primer causante como parte de la herencia de dicho transmitente (96).

Creamos que pensar en una retroactividad de tal tipo es equivocado.

El adquirente del *ius delationis* no ejerce un derecho del transmitente que hubiese de producir sus efectos retroactivamente respecto de éste, sino que ejerce un derecho propio—que es propio porque se le transmitió—y que, por tanto, debe producir sus efectos respecto de su titular.

El transmitente no transmitió un derecho a tenor del cual el adquirente pueda hacer que la herencia hubiese sido del transmitente. El transmitente sólo transmitió un derecho a *hacer la herencia del que la aceptase*.

Así, pues, pensamos que la retroactividad de la aceptación del adquirente del *ius delationis* debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante al momento de la muerte de éste.

El transmitente sólo ha sido el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al adquirente. Pero éste—repetimos—sucede directamente al primer causante en su herencia, y al transmitente en la suya, y dentro de ella, en el *ius delationis* que le posibilita la adquisición de aquélla.

Nuestro punto de vista no sólo se basa en la naturaleza de las cosas, sino que tiene su apoyo en la propia expresión de la ley. Así, la relación entre los artículos 459 y 479, 1.º, del Código italiano de 1942 y entre los artículos 989 y 1.006 del Código español; como la terminología de estos artículos. A tenor de ellos del transmitente no se recibe, no se le sucede, sino en el *ius delationis* (aparte de en su propia herencia).

Si la herencia del primer causante se recibiese asimismo del transmitente (es decir, se *sucede* en ella al transmitente; éste es el *causante*, éste es la persona a quien se *hereda*) habría que afirmar lo siguiente: los efectos de la aceptación de tal herencia sólo se retrotraen hasta la muerte del transmitente (97). Lo cual es inadmisible. Y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que éste es el *causante o persona a quien directamente heredan* los ya herederos del transmitente.

Pensamos que todo el juego de articulado legal descansa lógicamente sobre la existencia de dos sucesiones distintas de dos personas diferentes.

(96) Es inadmisible—como dice ANDREOLI, LVI, págs. 217 y 218—, porque sería una ficción jurídica—y, como tal, incompatible con la realidad—que no tiene la menor base en la ley, el afirmar que, por efecto de la aceptación del transmisor, se entiende adquirida retroactivamente por el transmitente la herencia del primer causante.

(97) Si a él se sucedió, él es el causante o persona a quien se hereda, a cuya muerte manda el art. 989 del Código español que se retrotraigan los efectos de la aceptación, o, a la apertura de cuya sucesión ordena el art. 459 del italiano de 1942 que se retrotraigan dichos efectos.

Por último, suceder al primer causante convierte al adquirente del *ius delationis* en heredero de aquél. Contra ello carece de validez afirmar que heredero sólo puede serlo el llamado (por lo cual sólo podría ser heredero del primer causante el transmitente, y el transmisor sería heredero de éste, aunque recibiese la herencia de aquél, o sea recibiría el contenido de tal herencia, pero no el título de heredero del primer causante), pues heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado (98).

Y, de cualquier manera, el causante tiene siempre el poder de excluir la transmisión del *ius delationis* y evitar así tener un heredero que no le plazca (99).

Expuesto nuestro punto de vista, hemos de advertir que la tesis, con mucho, prevalente en la doctrina es la que el adquirente sucede absolutamente al transmitente (100). Así, pues—se

(98) Así se sigue de los principios generales.

(99) Por otro lado, que el heredero del primer causante pueda, en definitiva, fijarse a través de la voluntad del transmitente, no choca con los arts. 631, 1.º del Código italiano de 1942, y 670 del español, porque no se trata de que el transmitente sea un tercero que nombra heredero de otra persona, sino de que, en la sucesión *iure transmissionis*—aunque no se dé el supuesto normal de que el heredero lo es el llamado—se encuentra una aplicación de la sucesión en los derechos, a tenor de la cual, heredero puede serlo el llamado o el que sucede a este en el derecho a serlo.

(100) En tal sentido se pronuncian no solamente muchos implícitamente, sino también explícitamente. Entre estos últimos, por ejemplo, RUSSO, en loc. cit. pág. 126; MESSINEO, III, 2.º, § 193, núm. 8, pág. 258 («El que acepta por derecho de transmisión—dice—sucede por derecho del transmitente, no por derecho propio, y sucede *mediatamente*»); N. COVIELLO, págs. 147 y ss. POLACCO, I, pág. 50; LENZI, pág. 41; VASSALLI, pág. 59; DEGNI, pág. 65; CICU, *Suc.*, págs. 60 y 61; LOSANA, pág. 98, núm. 147; NATOLI, I, pág. 43; ZAPPULLI, en pág. 75; TRAVIESAS, en *R. D. P.*, 1921, pág. 13; MANRESA, pág. 404; VALVERDE, pág. 535; ROCA, en *Estudios*, págs. 295 y 297.

Se suele, incluso, esgrimir el siguiente ejemplo, como prueba de que se sucede al transmitente: Muere el causante A. El sujeto llamado B repudia la herencia. En el interin, desde su llamamiento a su repudiación, muere C, que era llamado, en defecto de B. Los herederos de C reciben el *ius delationis* de la herencia de A. y pueden aceptar ésta, sucediendo en ella a C.

Ya se considera que la adquisición de la herencia de A por los herederos de C solo es aplicable si se parte de la base de que tales herederos de C suceden a éste y no a A, en la herencia de A (Así CICU, *Suc.*, pág. 60; POLACCO, I, pág. 50; N. COVIELLO, pág. 148).

Nosotros creemos que tal ejemplo no prueba la tesis propuesta, porque siendo retroactiva la renuncia de B, las cosas sucederán como si C hubiese sido llamado cuando se llamó a B. Y, por tanto, los herederos de C ocupan el puesto de éste respecto de la sucesión de A, y adquieren el derecho a aceptarla, derecho que C, de haber vivido al momento de la renuncia de B, habría adquirido. La retroactividad hace, pues, que las cosas pasen como si los herederos de C hubiesen adquirido al morir éste el derecho a aceptar la herencia de A. Pero por ningún lado vemos por qué las cosas no pasarían así si se afirma que los herederos de C suceden a A, y no a C, en la herencia de A.

De cualquier manera, la doctrina que combatimos, al afirmar que el adquirente del *ius delationis* no sucede al primer causante, excluye que sea heredero

gún esa doctrina—, de éste recibe el *ius delationis* cuando adquiere su herencia, y cuando adquiere la herencia del primer causante sucede, en ésta, también al transmitente.

De acuerdo con nuestra postura sobre a quién sucede el adquirente se debe determinar su capacidad para suceder (101), las normas sobre colación (102) y todo lo que se derive de que se sucede al primer causante y no al transmitente.

II. REPERCUSIÓN DE LO ANTERIOR EN LA CAPACIDAD PARA SUCEDER EN EL «IUS DELATIONIS»

Presupuesto de la adquisición del *ius delationis* es la capacidad de suceder del adquirente respecto del primer causante (103).

de éste. Pero algunos expresamente advirtiendo que, con la cualidad dada, no se rifica al actuar el *ius delationis* que se le transmitió, no recibe la cualidad de herederos del primer causante, sino sólo el contenido económico de tal cualidad (MESSINEO III, 2^a, § 193, núm. 8, pág. 259; TORRENTE, en loc. cit., pág. 548).

(101) Debemos hacer aquí una advertencia: hay ciertas disposiciones testamentarias que son nulas (así, C. ita. de 1942, arts. 596 y ss., C. esp., arts. 681 y ss., arts. 752 y ss.). Ahora bien, algunos autores hablan de que en tal caso existe una incapacidad de una persona (por ejemplo, del Notario) para suceder por testamento al testador. Realmente no se trata de incapacidad para suceder, sino de nulidad de la disposición testamentaria. Y la diferencia tiene una trascendencia práctica. Por ejemplo, el causante X otorga testamento ante el Notario A, instituyendo heredero a su amigo B. Pero B muere sin aceptar ni repudiar e instituye heredero a A en otro testamento, en el que no interviene para nada el tal Notario. Pues bien, el Notario A recibe el *ius delationis* a la herencia de X.

La observación puede parecer obvia, ya que no hay ninguna cláusula nula en dichos testamentos; pero la hacemos porque es en base al testamento de B, pero también—en un cierto pensable modo—en base al testamento de X, como A recibe el *ius delationis*, y se podría pensar, por los autores que hablan de incapacidad de A para suceder por testamento a X, que A sucede a X, en cierto modo, por testamento.

(102) Expresamente en contra, por partir de la base de que el transmisor sucede al transmitente en la herencia del primer causante, algunos afirman que el traysmisor no debe colacionar las donaciones recibidas del primer causante (así, MANRESA, pág. 404; VALVERDE, pág. 535; ROCA, en *Estudios*, pág. 300).

Nosotros creemos que el transmisor, en cuanto sucede al transmitente—en su herencia y, dentro de ella, en el *ius delationis*—, debe colacionar en la sucesión de éste las donaciones de él recibidas, y, en cuanto sucede al primer causante—en la herencia de ese primer causante—debe colacionar en la sucesión de éste, las donaciones que de él recibiera.

(103) La ley exige capacidad para suceder al causante (*ad exemplum*, tal es el sentido del C. ita. de 1942, arts. 462, 463, etc.; C. esp., arts. 756, 758, 759, etc.) y ya hemos dicho que en la herencia cuyo *ius delationis* se recibe del transmitente, se sucede al primer causante.

Creemos, pues, equivocado suponer que la capacidad para suceder al causante es sólo presupuesto de la delación. Pues realmente es presupuesto de la adquisición del *ius delationis*, tenga lugar esta adquisición originariamente—por delación—o derivativamente—por transmisión de tal *ius delationis* al morir el llamado.

Nuestra afirmación se basa en que la ley exige al sucesor capacidad para suceder al causante. Y sería una sutilidad inadmisible entender que la capacidad

Ahora bien: en el caso de transmisión de un *ius delationis* es indudable que éste ya nació—existió delación eficaz—. Pero ¿qué capacidad ha de tener el receptor de ese *ius delationis* para que le sea transmisible?

En primer término, ha de ser capaz para suceder al transmitente, pues sin tal capacidad no puede llegar a ser su sucesor, y sin serlo no ocupa su posición jurídica y, por tanto, no puede recibir de él el *ius delationis* a la herencia del primer causante.

Pero supuesta su capacidad para suceder al transmitente y supuesta su adquisición de la herencia de éste, ¿se convierte, sin más, en titular del *ius delationis* a la herencia del primer causante?

Creemos que no, porque pensamos que para poder suceder en el *ius delationis* se requiere:

1.º Capacidad para suceder al transmitente.

2.º Capacidad, además, para suceder al primer causante a cuya herencia da derecho el *ius delationis* (104).

De acuerdo con lo dicho, rechazamos las dos tesis siguientes:

1.ª Para adquirir el *ius delationis* basta la capacidad para suceder al transmitente y la aceptación de su herencia. Ahora bien: como al actuar el *ius delationis*, aceptando (o de cualquier otro modo adquiriendo la herencia del primer causante), se sucede directamente al primer causante, es necesaria la capacidad para suceder a éste, para *actuar el ius delationis* (105).

2.º Para adquirir el *ius delationis* y para suceder en la he-

para suceder es sólo presupuesto de la delación, y deducir de ello que siendo capaz de suceder al causante el transmitente, tal capacidad no se requiere en el transmisor, el cual no es llamado—no recibió delación—, sino sólo sucesor del transmitente en el *ius delationis*.

(104) Explicitamente en tal sentido, BARBERO, pág. 838.

(105) Esta tesis es acertada en lo que se refiere a percibirse de que en el *ius delationis* se sucede al transmitente; pero que en la herencia se sucede al primer causante. Pero adolece del defecto siguiente: no tiene en cuenta que a la *capacidad del adquirente* del *ius delationis* hay que aplicarle las reglas sobre la *capacidad del llamado*, ADEMÁS de las reglas sobre su propia (del adquirente) *capacidad* (y no aquellas para el *ejercicio* del *ius delationis*, y éstas para su *adquisición*).

La capacidad del llamado es presupuesto de la delación, y la capacidad del adquirente es presupuesto de la transmisión. Pero como a ésta se aplican las reglas de aquélla, resulta que para *suceder* (y no sólo para ejercerlo) en el *ius delationis*, el sucesor debe ser a la vez capaz respecto del transmitente (pues si no lo es no adquiriría su herencia, dentro de la cual está el *ius delationis*) capaz respecto del primer causante, por aplicársele también las normas sobre la capacidad del llamado.

Si admitiésemos la tesis que rechazamos, nos encontraríamos: 1.º Con que se recibiría un *ius delationis* a una herencia, respecto de cuyo causante se es incapaz de suceder. Con lo cual se habría verificado una adquisición, para sí, inutil. 2.º Con que el adquirente del *ius delationis* podría, a su vez, transmitirlo a sus herederos, con lo cual, éstos, siendo capaces respecto del primer causante podrían sucederle, siendo así que su transmitente era incapaz de ello. Lo cual es inadmisible.

rencia, del primer causante basta la capacidad para suceder al transmitente.

Esta tesis es, sin embargo, la mantenida por la doctrina dominante (106). Y lo es porque esa doctrina cree que el adquirente del *ius delationis* sucede al transmitente y no al primer causante en la herencia de éste (107).

(106) Cuya doctrina esmalta su tesis, por lo general, con ejemplos, que creemos equivocados, de sujetos incapaces respecto del primer causante que, sin embargo, suceden al *transmitente* en la herencia del primer causante.

Véanse citas en nota 100.

(107) Tesis que sólo es exacta para los Derechos que admiten la adquisición de la herencia *ipso iure*.

En estos sistemas, el sucesor del heredero provisional (es decir, del heredero que hubiese muerto sin aceptar ni repudiar), sucede a *ese* heredero provisional lo mismo en su herencia que en la del primer causante, del que el transmitente *era ya heredero*, aunque provisional.

En ambos casos se tiene el derecho de repudiar.

Si se repudia la herencia del transmitente, se *cesa* de ser su heredero, y, por ello, se deja también de serlo en las titularidades que tal transmitente tenía provisionalmente (herencia del primer causante).

Si se acepta la herencia del transmitente, el adquirente se convierte en heredero definitivo de aquél. Pero aun puede, ejercitando el *ius repudiandi*, en el que también sucedió al transmitente, dejar de ser heredero de *este transmitente*, en aquellas titularidades que éste ostentaba provisionalmente (herencia del primer causante).

A tenor de ello, en los sistemas de adquisición *ipso iure* basta que el adquirente sea capaz de suceder al transmitente.

En definitiva, en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure* hay dos transmisiones de la herencia del primer causante. Una, del primer causante al transmitente (que por haber muerto sin aceptar ni repudiar, murió siendo heredero provisional). Y otra, del transmitente a su sucesor.

En ambos casos, tal herencia se transmite *ipso iure*. Y, juntamente, el sucesor provisional recibe, originariamente, en el primer caso, y derivativamente en el segundo, el *ius repudiandi*.

Por el contrario, en los sistemas de adquisición por aceptación, la herencia del primer causante se transmite una sola vez: del primer causante, al sucesor del llamado, cuando tal sucesor ejerce el *ius delationis* que recibió al suceder al llamado.

Cfr. B. G. B., § 1952 y por ejemplo, KIPP—§ 50, II, nota 9—que, con razón, dice que, «desde el punto de vista del B. G. B., no hay lugar para una doctrina especial de la transmisión».

Cfr. C. NAPOLEÓN, art. 781. La doctrina francesa trata, asimismo, escasamente de la transmisión de lo que llama *opción o derecho de opción del heredero*, sin discrepar de lo que decimos (HUC, pág. 213, núm. 170; DEMOLOMBRE, núm. 343 bis; LAURENT, núm. 70; BAUDRY-LACANTINERIE, núm. 629; PLANOL, RIPERT, BOULANGER, núm. 2.344 y ss.; COLIN y CAPITANT, núm. 634 y ss., página 492 y ss.; VOIRIN, núm. 625 y ss., pág. 257 y ss.; BONNECASE, núm. 636, página 455; AUBRY y RAU, §§ 609 y 610, págs. 531 y 550).

Otra cosa conviene aclarar aquí: creemos que la delación puede ser posterior a la apertura de la sucesión (así, por ejemplo, institución bajo condición suspensiva). Pues bien, cuando la delación se retrasa en los sistemas de adquisición por aceptación, quírese decir que se retrasa el nacimiento del *ius delationis*. Y cuando la llamada delación de los sistemas de adquisición *ipso iure* se retrasa, respecto de la apertura de la sucesión, la diferencia antes expuesta entre los dos sistemas, proporcionalmente, también subsiste, puesto que el instituido en el sistema de adquisición *ipso iure* adquiere una *expectativa de adquisición ipso iure* (aparte de que en Derechos como el alemán, la institución bajo

Nuestra teoría, que podemos llamar de la doble capacidad, puede llevar en algunos casos a consecuencias no equitativas:

Por ejemplo: A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha.

Aplicando nuestra teoría, D no puede heredar a A, ni, por tanto, suceder a B en el *ius delationis* a la herencia de A.

Aceptamos lo inequitativo de la solución, inequidad que, en todo caso, tiene como paliativos:

1.º El artículo 462, 3.º, del Código italiano de 1942 («pueden, además, recibir por testamento los hijos de una determinada persona que viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no estén todavía concebidos») y, en general, todos los supuestos en que se pueda considerar posible la sucesión de los no concebidos.

2.º El hecho de que siendo el *ius delationis* apreciable en dinero, si en él no puede suceder D a B, se compensará a D con otros bienes de la herencia de B, hasta paliar, dentro de lo posible, la desigualdad entre las porciones que C y D tengan en la institución de B y lo que reciban en pago de ellas.

Por otro lado, rechazando nuestro punto de vista sobre la capacidad necesaria en el adquirente del *ius delationis*, podría éste suceder —a través del transmitente— a alguien respecto del que fuera indigno (lo cual ciertamente es posible en otros casos en los que el que *hubiese* sido transmitente—si hubiese muerto sin aceptar—hubiera aceptado ya la herencia).

CAPITULO CUARTO

SUCESSION "IURE TRANSMISSIONIS" Y SUCESSION "IURE REPRAESENTATIONIS"

Tanto en la sucesión *iure repreäsentationis* como en la sucesión *iure transmissionis* hay una sola delación de la herencia del causante.

En la sucesión *iure repreäsentationis* tal delación atribuye un *ius delationis* directa y originariamente al denominado representante. En la sucesión *iure transmissionis* la delación atribuye el *ius delationis* al transmitente, y luego, de éste, derivativamente, lo adquiere el transmisorio.

Por ello, en la sucesión *iure repreäsentationis* hay sólo un titu-

condición suspensiva, tiene eficacia como institución fideicomisaria, en la que el fideicomisario es el instituido bajo condición suspensiva, y el fiduciario, si no se designa otro, el heredero intestado (B. G. B. § 2.105) lo mismo que en los sistemas de adquisición por aceptación, adquiere una *expectativa de "ius delationis"*.

lar del *ius delationis*, mientras que en la sucesión *iure transmissionis* hay dos titulares sucesivamente.

Pero el representante y el transmisor son sucesores igualmente del causante (único para el representante y primero para el transmisor), porque ambos, ejercitando el *ius delationis*—que uno adquirió originariamente y otro derivativamente—reciben la herencia de aquél, *recta vía*, y no a través del representado o del transmitente. El papel de éstos es sólo el siguiente: el del representado servir para concretar quién es el sujeto a cuyo favor se producirá la delación. El del transmitente ser—como ya hemos dicho—mero instrumento de traspaso del *ius delationis*, pero no de la herencia a que éste da derecho.

Así, pues, la diferencia clave entre la sucesión *iure transmissionis* ya la sucesión *iure repreaesentationis* es que en ésta sólo hay un causante y un sucesor. Y el representado no interviene en los traspasos hereditarios. Mientras que en la sucesión *iure transmissionis* hay dos causantes y dos sucesores. Pero la duplicidad de sucesiones no se refiere a un doble paso de la misma herencia, sino a que hay *un solo* paso de ésta—igual que en la sucesión *iure repreaesentationis*—del causante al transmisor, y hay, además, otra sucesión en el *ius delationis* que va comprendido en la herencia del transmitente. Cuya sucesión falta en el caso de la sucesión *iure repreaesentationis*.

Por ello, en ésta, el representante que no sucede al representado puede, no obstante, representarlo en la sucesión de otra persona. Y en la sucesión *iure transmissionis*, el que no sucede al transmitente, al no recibir el *ius delationis* contenido en su herencia, no puede suceder al primer causante.

La sucesión *iure repreaesentationis* supone que el representado o no adquirió el *ius delationis* (así, si premurió al causante), o lo perdió (así, renunciando: Código italiano de 1942, art. 467), con lo cual se produce una delación a favor del representante.

La sucesión *iure transmissionis* supone que la delación se produjo a favor del transmitente, que adquirió y conserva el *ius delationis*, por lo cual lo transmite al transmisor.

Finalmente, el fundamento de una y otra es distinto. El de la sucesión *iure repreaesentationis* es la protección a la familia del representado y a los vínculos de solidaridad familiar.

Y esa es la razón de que se establezca una excepción a la *successio graduum*, excepción limitada a favor de los hijos del representado.

El fundamento de la sucesión *iure transmissionis* está en que al suceder *mortis causa* se reciben del sucedido sus derechos transmisibles *mortis causa* y, entre ellos, el *ius delationis*.

Lo cual no es como en el caso anterior una excepción a un

principio, sino la aplicación de las normas sobre la transmisibilidad de los derechos. Por lo cual tal sucesión *iure transmissionis* se extiende en favor de cualquier sujeto, y no sólo en favor de los hijos del transmitente.

CAPITULO QUINTO

PROBLEMAS SINGULARES

I. PLURALIDAD DE HEREDEROS DEL TRANSMITENTE

1. *La pluralidad de transmisarios y la aceptación de la herencia.*

Los sucesores del transmitente en el *ius delationis* pueden ser varios. En tal caso, dado que aunque en los términos que ya vimos es posible recibirla a título singular, no se puede atribuir a ninguno concretamente. Suceden en él conjuntamente todos los adquirentes—que sean capaces de adquirirlo—de la herencia o legado de que forme parte.

Y ya convertidos en titulares del mismo, llega el momento de ejercitarlo, aceptando o no la herencia del primer causante.

En este punto los Derechos adoptan dos posturas. Unos obligan a una necesaria igualdad de conducta de todos los titulares. Así el Código Napoleón artículo 782 («Si los herederos no están de acuerdo para aceptar o repudiar la sucesión (del primer causante), debe ser aceptada a beneficio de inventario»). De forma que o aceptan o repudian todos, y en caso de que unos pretendan lo primero y otros lo segundo se impone la aceptación, incluso a los que pretendían repudiar. Claro, que, para evitar perjuicios, a beneficio de inventario.

De diversas maneras se ha pretendido explicar tal norma, pero sin conseguirlo satisfactoriamente. De cualquier manera, tanto la doctrina francesa como la extranjera la critican desfavorablemente (108). Y realmente, además de carecer de verdadero fundamento, puede ocasionar multitud de problemas.

(108) Por ejemplo, para ver explicaciones y críticas en doctrina italiana, N. COVIELLO, 146; POLACCO, II, págs. 60 y 61; RUSSO, en *loc. cit.*, pág. 127, nota 1. En doctrina francesa, véase por todos PLANIOL, RIPERT, POULANGER, número 2.131. En doctrina española, ROCA, en *Estudios*, pág. 300.

La explicación más extendida en la doctrina es la siguiente: los herederos representan todos juntos al difunto su causante y adquieren el derecho de aceptar o de repudiar como corresponde a aquél, y como aquél no podía haber aceptado la herencia sólo en parte, así tampoco es posible que los transmisarios no observen todos una misma conducta aceptando o repudiando. Por lo cual, cuando no están de acuerdo se impone a todos la aceptación a beneficio de inventario, que no puede serles perjudicial.

Ahora bien; tal teoría es inadmisible. Y lo único cierto es que se impone aceptar a quien no tiene interés en la aceptación, o lo tiene en repudiar, y se impone el beneficio de inventario a quien, quizás no tiene interés en pedirlo.

Por el contrario, la mayoría de los Códigos admiten que los diversos titulares puedan aceptar o repudiar la herencia del primer causante separada e independientemente unos de otros. Así el Código italiano de 1865, artículo 940; el Código de 1942, artículo 479, segundo; el Código español, artículos 1.007 y 889, segundo; el B. G. B. § 1.952 último (sólo a título de criterio lo decimos, pues, como sabemos, su sistema es distinto); etc.

Los titulares que aceptan o, de cualquier manera, adquieren *ex lege* la herencia del primer causante, reciben por el llamado acrecimiento la parte de los que repudien (si la repudiación extingue el *ius delationis*), salvo que ésta deba seguir distinto camino (109). Si alguno de ellos muere a su vez sin aceptar ni repudiar, se producen o una nueva transmisión de su *ius delationis* o bien su parte sigue la suerte que le corresponda (extinción, y acrecimiento por los otros llamados conjuntamente, o bien llamada del sustituto).

2. La partición de la herencia o del legado.

Por lo que respecta a la partición de la herencia o del legado del transmitente del *ius delationis*, puede caber la duda de si es posible atribuir dicho *ius* exclusivamente a alguno o varios de los sucesores en pago de su parte (110), para que éste o éstos acepten luego la herencia del primer causante.

Creemos que hay que rechazar tal posibilidad, en base a que el *ius delationis* es indisponible *inter vivos*. Su disposición implica adquisición *ex lege* de la herencia deferida (Código italiano de 1942, art. 477, Código español, art. 1.000). Lo cual quiere decir que al adjudicarlo por partición a algún sucesor del transmitente, en pago de su parte, se verifica la adquisición de la herencia del primer causante por todos los titulares de *ius delationis* a ella, y los adjudicatarios no reciben realmente un *ius delationis*, sino el contenido de la herencia a la que aquél se refería.

A diversa solución se podría llegar, quizá, por quien no admita, como nosotros, la naturaleza constitutiva de la partición hereditaria.

(109) Por ejemplo: Sea mi heredero A, y, si muere sin aceptar ni repudiar y no aceptan mi herencia sus tres hijos, en la parte del que repudie, heréndeme X.

(110) Por ejemplo, los tres herederos A, B y C acuerdan que la herencia de su causante—a la que fueron llamados por partes iguales—, compuesta de dos fincas y del *ius delationis* a la herencia de X, se parta así: a A y a B se adjudica una finca a cada uno, y a C, el *ius delationis* a la herencia de X.

Otro ejemplo: A, B y C, legatarios del causante H, han sido llamados a las ventajas patrimoniales que tal causante recibió de X. Tales ventajas son dos fincas, que X le había donado, y el propio llamamiento de H a la herencia de X, que H muere sin aceptar ni repudiar. Los legatarios acuerdan partir como en el caso anterior.

II. BENEFICIO DE INVENTARIO

1. *Previo.*

Los aceptantes, tanto de la herencia del transmitente como de la del primer causante, pueden serlo a beneficio de inventario.

La aceptación pura o a beneficio de inventario de la herencia del transmitente, no prejuzga ni que se haya, ni cómo se haya de aceptar la del primer causante.

Ahora bien, la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario, y también la repudiación, de la herencia del primer causante, implican la adquisición *ex lege* de la del transmitente (Código español, art. 999, 3.º; Código italiano de 1942, artículo 476).

2. *Terminología.*

Hablaremos de patrimonios separados, por ser la terminología legal (Código italiano de 1942, art. 499, Código español, art. 1.023), y que corrientemente ha utilizado la doctrina al construir los efectos de la aceptación a beneficio de inventario (111).

De cualquier manera, no se debe olvidar que la limitación de responsabilidad en la aceptación a beneficio de inventario, tiene sólo por fin reducir la del heredero, por el pasivo y cargas hereditarias, sólo al activo recibido. De ello se sigue que, en definitiva, por razón de la *diferente responsabilidad* que alcanza a cada masa patrimonial, no se trata de que el pasivo del heredero no vaya a afectar al activo heredado, sino de que el pasivo heredado y las cargas de la sucesión no afecten al activo del heredero.

3. *Examen de los diferentes supuestos.*

Teniendo esto presente podemos examinar los diferentes supuestos posibles (112):

1.º Aceptadas ambas herencias pura y simplemente, se funden con el patrimonio del heredero, formando un solo patrimonio.

2.º Si se acepta a beneficio de inventario la del primer causante y pura y simplemente la del transmitente, se forman dos patrimonios: 1.º, el del heredero más el del transmitente; 2.º, la herencia del primer causante.

3.º Si se aceptan ambas a beneficio del inventario, se tienen tres patrimonios: 1.º, el del heredero; 2.º, la herencia del transmitente; 3.º, la herencia del primer causante.

(111) Sobre ello véanse especialmente VOCINO y PINO. Este, más recientemente, sostiene ser, el que tratamos, un caso de patrimonio separado (particularmente pág. 26). Nosotros adoptamos la construcción que de los efectos de la aceptación a beneficio de inventario hace CICU. *Suc.*, págs. 95 y ss.

(112) En la doctrina española breves alusiones a ellos en MANRESA, pág. 402; DE DIEGO, pág. 354; etc.

4.º Si se acepta a beneficio de inventario la herencia del transmitente y pura y simplemente la del primer causante, se suele decir que hay dos patrimonios, y que éstos están formados así: 1.º, el del heredero; 2.º, la herencia del transmitente más la herencia del primer causante (113).

La formación de estos patrimonios del cuarto supuesto, se hace en base a creer que el adquirente sucede al transmitente, además de en su herencia, también en la herencia del primer causante.

Nosotros, pues, habida cuenta de que pensamos que el adquirente sucede *directamente* al primer causante, en la herencia de éste, negamos la exactitud de esa composición de los patrimonios, y parece que deberíamos afirmar esta otra: 1.º, el compuesto por el del adquirente más la herencia del primer causante; 2.º, la herencia del transmitente.

Ahora bien, el *ius delationis* de la herencia del primer causante formaba parte de la herencia del transmitente, luego con él—y en definitiva con la herencia (del primer causante) a la que da derecho—se debe satisfacer a acreedores y legatarios del transmitente (114).

Por lo cual, lo oneroso de la herencia del transmitente pesa sobre lo recibido del primer causante. Y como, además, naturalmente, con lo adquirido del transmitente a beneficio de inventario, responde el adquirente del pasivo y cargas de la herencia del primer causante—aceptada pura y simplemente—; y, por último, como el patrimonio propio del adquirente se fundió con la herencia del primer causante por tal aceptación pura y simple, resulta que no es exacto hablar de que esta herencia esté exclusivamente ni en el primero ni en el segundo grupo patrimonial—caracterizados por la diferente responsabilidad—, ya que de ella y con ella se responde por igual en uno y otro.

4. *Possible duda.*

Una posible duda, planteable en el caso de aceptación a beneficio de inventario de la herencia del transmitente y pura y simplemente de la del primer causante, podría ser:

Si fuese una *damnosa hereditas*, esa del primer causante (cuyo pasivo superase, además de al activo recibido del primer causante, al *saldo* de la herencia del transmitente), supondría para el adquirente un perjuicio incompatible con la aceptación a beneficio de inventario de la herencia del transmitente, dentro de la cual, en definitiva, se encontraba el *ius delationis*.

(113) Así, expresamente, LOSANA, núm. 146, pág. 98.

(114) Ya que, por otro lado, si este transmitente antes de morir hubiese aceptado, con o sin beneficio de inventario, tales acreedores y legatarios tendrían derecho a ser satisfechos con el activo que hubiese recibido.

Sin embargo, creemos que debe sostenerse que no hay tal incompatibilidad, porque:

1.º El *ius delationis* que se le transmite no es ni una deuda hereditaria ni un legado o carga que grave la herencia (Código italiano de 1942, art. 490, número segundo, Código español, artículo 1.023, número primero), sino un *derecho* cuyo ejercicio, como el de otros pensables derechos hereditarios, puede serle perjudicial.

2.º Porque, de cualquier manera, ese perjuicio puede evitarlo aceptando a beneficio de inventario, la herencia del primer causante.

3.º Porque, una vez adquirido del transmitente el *ius delationis*, la sucesión del primer causante es sucesión distinta de la de aquél.

Análogamente creemos que cuando se recibe el *ius delationis* por legado, si no se acepta a beneficio de inventario la herencia del primer causante no se limita la responsabilidad del sucesor (heredero del primer causante y legatario del transmitente) por el pasivo y cargas de la herencia del primer causante.

III. PATRIMONIALIDAD DEL «IUS DELATIONIS»

1. *Medida de su valor.*

El *ius delationis* es un derecho patrimonial. Su valor es el valor de la herencia a la que da derecho.

Evidentemente parece esto lo razonable, cuando, una vez atribuido, depende de la sola voluntad del llamado, adquirir el propio patrimonio que es la herencia deferida, aceptándola.

Cualquier postura contraria a ésta llevaría, por otro lado, al problema, que no parece resoluble, de qué otro módulo ha de admitirse para el cálculo del valor del *ius delationis*.

Del valor de la masa patrimonial que a través del *ius delationis* se ofrece, hay que disminuir el valor de las cargas testamentarias válidas, y cualquier otra mengua patrimonial que—además de las que provocaría si la herencia la hubiese ya adquirido el transmitente—provoque la adquisición de tal herencia (salvo, naturalmente, el impuesto por la transmisión *mortis causa* del *ius delationis*).

Con tales deducciones tendremos el valor exacto del *ius delationis*, cuyo valor tiene fundamentalmente importancia a dos efectos: 1.º, al de la legítima; 2.º, al de cuantía de la porción hereditaria del transmitente atribuída a sus sucesores.

2. *La legítima del transmitente.*

Respecto a lo primero, a tenor de los artículos 556 del Código italiano de 1942 y 818 del español, a los bienes propios del

transmitente—deducido el pasivo y sumadas las donaciones cacionables—hay que añadir el valor del *ius delationis*, que será el del contenido que componga la herencia del primer causante (con las deducciones antedichas) tal como se halle al morir el transmitente.

Los legitimarios del transmitente tienen derecho al cómputo del *ius delationis* para calcular sus legítimas (115).

A efectos de éstas creemos que el *ius delationis* es substancia hereditaria lo mismo que, por ejemplo, un derecho de propiedad. Y lo mismo que objeto de éste es la cosa, de aquél lo es el contenido de la herencia deferida.

Así, por ejemplo, los legitimarios que el transmitente instituye herederos, no podrán reclamar (aunque los legados, verificados por este transmitente a favor de otras personas, agoten sus propios bienes), con tal de que el contenido de la herencia, cuyo *ius delationis* reciben, sea bastante para satisfacer sus derechos legitimarios.

3. *Participación de la herencia del transmitente e incapacidad de algún heredero para suceder al primer causante.*

Respecto a lo segundo, cuando uno de los sucesores del transmitente hubiese sido llamado a una parte de la herencia de éste (la mitad por ejemplo) y sea incapaz de suceder al primer causante, hay que tener en cuenta que será preciso compensar, con otros elementos de la sucesión del transmitente, la parte de *ius delationis* que no puede recibir, ya que, en caso contrario, no podría suceder en la porción de herencia del transmitente que éste quiso si murió testado, o dispuso la Ley, si murió intestado (116).

La adquisición *exclusiva* del *ius delationis* por los sucesores del transmitente que son capaces de suceder al primer causante, determina, una reducción del ámbito de libertad en la partición. La cual, siendo forzada en cuanto a los receptores del *ius delationis* sólo puede ya extenderse libremente a los bienes restantes de la herencia del transmitente, en forma de *compensar* a los otros sucesores del transmitente, incapaces de suceder al primer causante (117).

(115) Si tal valor es negativo, nos remitimos a lo que diremos más adelante.

(116) Por ejemplo, la herencia del transmitente vale cien, y la del primer causante otros cien. Son dos los herederos del transmitente: A y B, llamados ambos por partes iguales. B incapaz de suceder al primer causante.

• En base a lo sentido en el texto, B debe suceder en la íntegra herencia del transmitente, salvo el *ius delationis* a la herencia del primer causante, que no puede recibir. A debe suceder al transmitente sólo en el *ius delationis*. Pues, en otro caso, habida cuenta de que la herencia del transmitente se compone de dos valores patrimoniales iguales (1.º, el *ius delationis* a la herencia del primer causante; 2.º, la herencia propia del transmitente, con exclusión del *ius delationis*). A y B no sucederían al transmitente por partes iguales.

(117) Supuesto que, por lo demás, se da en otras muchas ocasiones. Por

4. *Valor negativo del "ius delationis".*

Como principio general creemos que se debe afirmar que no puede entrar en juego el posible valor negativo del *ius delationis* (herencia del primer causante con más pasivo que activo). En tal caso, dicho valor debe apreciarse como cero, pero no negativamente. Ello porque teniendo el titular del mismo siempre la posibilidad de repudiar o de aceptar a beneficio de inventario, puede, si quiere, eliminar ese valor negativo (118).

5. *Repudiación por alguno de los herederos del transmitente, de la herencia del primer causante.*

En caso de repudiar la herencia del primer causante alguno de los herederos del transmitente, estos herederos no suceden a dicho transmitente desigualmente (respecto de la porción en que el transmitente los instituyó o les llamó la ley), aunque pudiese parecerlo, porque:

A) Se atribuye a todos los herederos del transmitente igual valor patrimonial, por ejemplo con igual porción de *ius delationis* a la herencia del primer causante.

B) El hecho de que alguno de esos herederos del transmitente, repudiando la herencia del primer causante, destruya voluntariamente el valor que se le atribuyó, provocando así una desigualdad objetiva, no dice nada en contra, pues es lo mismo que si alguno quema o abandona la casa que heredó.

Si aún se dice que es que, además, con la repudiación se produce un beneficio a los demás coherederos del heredero del transmitente, se puede responder que, a los efectos que aquí interesan, no sería sustancialmente distinto tal caso al de que, por ejemplo, un coheredero recibiese un derecho de usufructo y, renunciando a él, enriqueciese al titular de la nuda propiedad.

ejemplo: institución de heredero a favor de A y B. Este es extranjero, y en la herencia existen bienes que no pueden pertenecer sino a nacionales.

(118) Proceder de otro modo llevaría a soluciones injustas. Así, en el ejemplo de la nota 116, pensemos que la herencia del transmitente X vale + 300, y que el *ius delationis* vale — 100. Dándole a éste su valor negativo, habría que atribuir a A 200 de la herencia de X, que — 100 de la herencia del primer causante, harían 100. Y atribuir otros 100 de la herencia de X a B.

Ahora bien; pudiendo A repudiar la herencia del primer causante o aceptarla a beneficio de inventario, resultaría que, en definitiva, percibiría 100 más que B.

El valor negativo del *ius delationis* podría, quizás, apreciarse cuando, en base a cualesquiera razones, A quedase obligado a aceptar pura y simplemente la herencia del primer causante.

Creemos que no habría de apreciarse el valor negativo cuando, por ejemplo, A hubiese aceptado, sin beneficio de inventario, espontáneamente la herencia del primer causante. Pues si ello le es perjudicial, B no tiene por qué ver mermada su parte por el acto de A.

AUTORES Y OBRAS CITADOS EN ESTE TRABAJO

- ANDREOLI: *La vocazione ereditaria*, en «Studi senesi», vols. LIV (1940), páginas 178 y ss., y LVI (1942), págs. 70 y ss.
- AUBRY Y RAV: *Cours de Droit civil français*, 5.^a ed. (rev. por Bartin), tomo IX. París, 1917.
- AVENARIUS: *Der Erbeschaftskauf im römischen Recht*. Leipzig, 1877.
- AZZARITI Y MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.^a ed. Padova, 1948.
- BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, 3.^a ed. Milano, 1947.
- BARBERO: *Sistema istituzionale di Diritto privato italiano*, 3.^a ed. Torino, 1951. tomo II.
- BAUDRY-LACANTINERIE: *Precis de Droit civil*, 13.^a ed., tomo III. París, 1927.
- BINDER: *Bürgerliches Recht*. Erbrecht, 1930.
- BIONDI: *Corso di Diritto romano. Diritto ereditario*. Parte generale. Milano, 1934.
- PONFANTE: *Corso di Diritto romano*, vol. VI. *Le successioni*. Parte generale. Roma, 1930.
- BONNECASE: *Precis de Droit civil*, tomo III. París, 1935.
- BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, 2.^a ed., tomo III. Erlangen, 1886.
- BRUNETTI: *Modalità sospensiva e transmisibilità del diritto nelle successioni testamentarie*, Firenze, 1934.
- BRUNETTI: *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893.
- BUTERA: *Libro delle successioni per causa di morte e della donazioni*. Torino, 1940.
- CARIOTA-FERRARA: *Il diritto al diritto*, en *Diritto e Giurisprudenza*. 1945, páginas 145 y siguientes.
- CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giurídico nel diritto privato italiano*. Napoli, 1948.
- CASSATI-RUSSO: *Manuale di Diritto civile italiano*. Torino, 1947.
- CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 6.^a ed., tomo IV. Madrid, 1944.
- CICU: *Le successioni* (Parte generale: *Successione legittima e dei legittimari. Testamento*). Milano, 1947.
- CICU: *Sulla istituzione di erede condizionale*, en *Scritti giuridici in memoria di Ago Arcangeli*. Padova, 1939, I, págs. 95 y ss.
- COLIN Y CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*, tomo III, octava edición. París, 1936.
- COVIELLO-NICOLA: *Delle successioni*, Parte generale. 4.^a ed. (reelaborada por Leonardo Coviello). Napoli, 1935.
- COVIELLO, LEONARDO: *Successione legittima e necessaria*, 2.^a ed. Milano, 1938.
- CUTERI: *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel Diritto civile italiano*. Città del Castello, 1889.
- CZYHLARZ: *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, 19.^a ed. 1933.
- CHIOVENDA: *Azione ed eccezione*, en *Saggi di Diritto proc. civ.* Roma, 1930.
- D'AMELIO EN D'AMELIO: *Com. al C. c. Libro delle suc. e delle donaz.* Firenze, 1941.
- D'AVANZO: *Delle successioni*, 2 tomos. Firenze, 1941.
- D'AVANZO: *Istituzione di Diritto civile*, 3.^a ed. Roma, 1950.
- DE BUEN: *Notas a la traducción española del Curso de COLIN Y CAPITANT*, tomo VIII. Madrid, 1928.

- DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.^a ed. Madrid, 1949.
- DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo III. Madrid, 1932.
- DEGNI: *Lesioni di Diritto civile. La successione a causa di morte*, tomos I (Suc. legittima). Padova, 1931, y IV (Disposizioni comuni alle suc. legittime e testamentarie). Padova, 1937.
- DEMOLOMBE: *Cours de Code civil*, XIV. Bruxelles, 1868.
- DE RUGGIERO y MAROI: *Istituzioni di Diritto civile*, 8.^a ed., tomo I. Milano, 1950.
- DERNBURG: *Pandette*, Traduc. italiana de CICALA, tomo III. Torino, 1905.
- DE SEMO: *Istituzioni di Diritto privato*, 4.^a ed. Firenze, 1946.
- DUSI: *Istituzioni di Diritto civile*, 5.^a ed., tomo II. Torino, 1951 (revisada por MONTEL).
- ENDEMANN: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, tomo III, 1.^a parte, 9.^a edición. Berlin, 1919.
- ENNECCERUS: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*. Marburg, 1889.
- ENNECCERUS: en *Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS, KIPP, WOLFF; traducción esp. de PÉREZ y ALGUER.
- FADDA: *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, tomo II. Milano, 1949.
- FILOMUSO-GUELFI: *Diritto ereditario*, tomo I. Roma, 1909.
- GABBA: *Intorno a la prescrizione del Diritto di accettare l'eredità*, en *Quaestiones de Diritto civile*, tomo II, 2.^a ed., págs. 80 y sigts. Torino, 1911.
- GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en «Rev. de Der. Priv.», 1944, págs. 89 y siguientes.
- GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en «Rev. de Der. Priv.», 1951, págs. 991 y ss.
- GIRRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*. Madrid, 1950.
- GUERRERA: *Imprescrittibilità dell'azione di petizione d'eredito*, en Giur. italiana, 1929, IV, 101 y siguientes.
- GUERRERA: *L'acquisto de l'eredità nell Diritto italiano*, en «Rev. Ita. per le Scienze giur.», 1923, págs. 483.
- HOFMANN: *Kritische Studien im römischen Rechte*. Wien, 1885 (estudio III).
- HUC: *Commentaire théorique et pratique du code civil*, tomo V. Paris, 1893.
- KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte*, tomo II. Leipzig, 1901.
- KIPP: en *Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, trad. esp. de PÉREZ y ALGUER.
- KÖPPEN: *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrecht*. Würzburg, 1895.
- LAURENT: *Principi di Diritto civile*. Trad. italiana, tomo IX. Milán, 1898.
- LENZI: *Casistica del Diritto successorio italiano*. Pisa, 1934.
- LOSANA: *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, segunda ed. Torino, 1911.
- MANRESA: *Comentario al C. c.*, 7.^a edición. Madrid, 1907. Comentario al articulo 1.006.
- MELUCCI: *Il Diritto de successione*. Napoli, 1910.
- MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.^a ed., vol. III, segunda parte. Milano, 1951, y vol. I, Milano, 1950.
- NATOLI: *L'amministrazione dei beni ereditari*, 2 tomos, I, Milano, 1947; II, Milano, 1949.

- NICOLO: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*. Messina, 1934.
- PÉREZ y ALGUER: Notas a la trad. esp. del *Tratado de ENNECERUS*, KIPP y WOLFP.
- PERNICE: *Marcus Antistius Labeo*, tomo I. Halle, 1873.
- PEROZZI: *Istituzioni di Diritto romano*, 2.^a ed., tomo II. Roma, 1928.
- PIACENTINI: *La c. d. istituzione di nascituri non concepiti*, en «Rev. di Diritto civile», 1923, págs. 144 y ss.
- PINO: *Il patrimonio separato*. Padova, 1950.
- PLANIOL RIPERT BOULANGER: *Traité de Droit civil de Marcel Planiol*, tomo III, 4.^a ed. París, 1951.
- POLACCO: *Delle successioni*, 2.^a ed., 2 tomos. Milano, 1937.
- RADAELLI: *L'eredità giacente*. Milán 1948.
- ROCA: *La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el foral*, en *Estudios de Derecho privado*, tomo II, *Sucesiones*. Madrid, 1948, págs. 1 y ss. *El derecho de transmisión*, en *Estudios* cit., pág. 294; *El legado de parte alcuota*, en *Estudios* cit., págs. 181 y ss; Notas a la trad. esp. del *Tratado de ENNECERUS*, KIPP y WOLF.
- ROYO: *Derecho sucesorio*. Sevilla, 1951.
- RUSSO en D'AMELIO: *C. c. Libro delle suc. per causa di morti e delle donaz.* Firenze, 1941.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, 2.^a ed.
- SANTORO-PASSERELLI: *Appunti sulle suc. legittime*, en «Rev. Ita. per le Scienze giur.», 1928, págs. 599 y ss. (También existe volumen separado, Roma, 1930, pero citamos sobre la revista.)
- SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. esp. de Roces. Madrid, 1936.
- SOLAZZI: *Diritto ereditario romano*. Napoli, 1932, tomo I.
- STEPNLECHNER: *Das schwiegende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge*, tomo I. Innsbruck, 1893.
- STOLFI NICOLA y FRANCESCO: *Il nuovo C. c. comm. Libro delle suc. e delle donaz.* Napoli, 1941.
- STOLFI, NICOLA: *Diritto civile*, tomo VI. Torino, 1934.
- STOLFI, GIUSEPPE: *Note sul concetto di successione*, en «Rev. trim. di Dir. e proc. civ.», 1949, págs. 535 y ss.
- STOLFI: *Concetto dell'erede*, en *Giur. ita.* 1949, IV, 162 y siguientes.
- STROHAL: *Das deutsche Erbbrecht auf Grundlage des B. G. B.*, tomo I. Berlin, 1903.
- TORRENTE: *In tema di transmisión della delación ereditaria*. en *Giur. completa della Corte Suprema di Casazione*, sez. civ., 1944, pág. 548.
- TRAVIESAS: *Sobre derecho hereditario*, en «Rev. de Der. Priv.», 1921, págs. 1 y siguientes.
- TRAVIESAS: *Legados*, en *Rev. de Der. Priv.* 1931 (varios números).
- UNGER: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, tomo VI, *Erbrecht*, 4.^a ed. Leipzig, 1894.
- VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, 3.^a ed. Valladolid, 1926.
- VASSALLI: *Delle successioni*. Parte I. Torino, 1928.
- VENZÉ y FRANCO: Notas a las *Istituzioni de PACIFICI MAZZONI*, 5.^a edición, tomo VI, parte II. Firenze, 1923.

- VOCINO: *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*. Milano, 1942.
- VOET: *Commentariorum ad Pandectas*.
- VOFRIN: *Manuel de Droit civil* (première année) 7.^a ed. París, 1950.
- WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. ita. de FADDA y BENSA. Tomo III. Torino, 1930.
- ZAPULLI en BRUNELLI y ZAPULLI: *Commento al nuovo C. c. Libro delle suc. e delle donaz.* 2.^a ed. Milano, 1951.

Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas ⁽¹⁾

GABRIEL GARCIA CANTERO
Juez Comercial de Eibar

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Derechos del usufructuario en general*: 1) *Derecho al dividendo. Sus problemas*. A) Relación existente entre el dividendo y el beneficio social. B) El dividendo como fruto civil de las acciones. C) Distribución del dividendo habiendo sucesión en el disfrute. D) Consideración especial de los dividendos pasivos.—2) *Otros derechos del usufructuario no enumerados en el artículo 41 de la ley, pero que normalmente le corresponden*. A) Derecho a la posesión de la acción-documento. B) Otros derechos.—3) *Derechos cuyo ejercicio corresponde normalmente al nudo propietario. En particular, derecho de voto*.—III. *Modificaciones del usufructo de acciones*: 1) *Por aumento del capital social*. A) Mediante aumento del valor nominal de las acciones artiguas. B) Mediante emisión de nuevas acciones gratuitas. C) Mediante emisión de acciones a suscripción pública. a) Sobre el carácter de fruto del derecho de suscripción preferente. b) Sobre la extensión del usufructo a las nuevas acciones.—2) *Por reducción del capital social*.—3) *Por liquidación de la sociedad*.—IV. *Cousufructo de acciones*.

(1) Mientras que la bibliografía en torno a la sociedad anónima es enorme, contrasta con esta abundancia la escasez de aquélla en el tema de usufructo de acciones. Como estudios monográficos especiales pueden señalarse: ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, en la «Riv. di Dir. Commerciale», 1947, pág. 12 y ss., tomo XLV. Este artículo es fundamental.

COCARD, *L'usufruit des actions et des obligations*, tesis de Caen, 1938.

DALMASES, *El usufructo de derechos*, Madrid, 1932.

LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores*.

«Revista de Derecho Mercantil», 1947, núm. 7, pág. 7 y ss.

SÁNCHEZ TORRES, *Usufructo de acciones de Sociedades Mercantiles*, ed. de la

«Revista de Derecho Privado», Madrid, 1946.

SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, tesis doctoral, París, 1925.

Al lado de estas obras pueden consultarse con algún provecho las breves referencias en los Tratados y otras obras de carácter general, bien de Derecho civil, bien de Derecho mercantil; por ej., en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*; ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, París, 1947; GASPERONI, *Las acciones de las Sociedades Mercantiles*, trad. españ. de la «Rev. de Derecho Privado», Madrid, 1950; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 7.^a edición, Milán, 1947; MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, Milán, 1947; PIC (Paul) et KREHER (Jean), *Des Sociétés Commerciales*, 3.^a ed., París, 1948; THALLER-PERCEROU, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, 1922; VE-

I. INTRODUCCIÓN.

Teniendo en cuenta que la proposición final del artículo 469 del Código civil dice que el usufructo «puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible», es legítima la conclusión de que los títulos-valores son objetos posibles de un derecho de usufructo. Pero si no existe imposibilidad jurídica para que un usufructo recaiga sobre un título-valor habría al menos imposibilidad «cronológica» de que nuestros Códigos civil y mercantil se ocupasen en su articulado de regularlo. Por esta razón, y hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, bien podía decirse con Castán (2): «Escasas y fragmentarias son las referencias que hace nuestro Código civil al usufructo de títulos-valores, aludiendo al de títulos al portador en el artículo 475, párrafo 1.º, y al de títulos efectos y valores en general en el artículo 494, párrafos 1.º y 2.º». Es verdad que aún pudieran espigarse en el Código civil otros artículos en que directa o indirectamente se alude a este tipo de usufructo: así, el artículo 1.359 relativo al usufructo por razón de dote inestimada sobre «efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles; el 1.370, que habla de «valores públicos»; el 1.370, que se refiere a «valores públicos o de crédito»;

NEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. españ. de la «Rev. de Der. Privado», Madrid, 1928.

Diversos autores han tocado limitados aspectos del tema del usufructo de acciones al tratar problemas del usufructo en general; así, BORREL, *Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo*, «Revista de Derecho Privado», 1949, pág. 1061 y ss.; DE DIEGO, en un Dictamen publicado en la «Rev. de Derecho Privado», 1921, pág. 50; MARTÍN RETORTILLO, *Notas sobre el concepto de frutos*, en la «Rev. de Der. Privado», 1932, pág. 86, y *Clases de frutos en el Código civil español*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, pág. 148 y ss.

Desde la publicación de la nueva ley han aparecido las obras siguientes: GAY DE MONTELLÁ, *Tratado práctico de Sociedades Anónimas*, que acaso por prematura es francamente insuficiente en el punto que estudiamos; GARRIGUES-URIA, *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, habiendo aparecido hasta ahora únicamente el tomo I.

Para una más amplia referencia bibliográfica, véase infra.

Debemos hacer constar aquí nuestro reconocimiento a don José Girón Tena, Catedrático de Derecho Mercantil y Vice-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, por habernos permitido consultar su obra acerca de las Sociedades Anónimas antes de su publicación.

(2) Obra citada, tomo II, pág. 458.

y el 1.375 que utiliza la generalísima expresión de «créditos o derechos». Todo ello bien poca cosa, habida cuenta de que las referencias últimamente señaladas corresponden a un usufructo especial, y de que también el Código de comercio guarda silencio sobre esta cuestión.

Por eso debe acogerse con alborozo el que la Ley de 17 de julio de 1951 haya regulado expresamente el usufructo de acciones de sociedades anónimas, que es uno de los casos más importantes de usufructo sobre títulos valores. La Exposición de Motivos (3), dice: «Se conserva en esta materia el tradicional principio de la indivisibilidad de la acción. Y se aborda el problema del desdoblamiento de la titularidad entre usufructuario y nudo propietario..., puntualizándose a quién de ellos compete el ejercicio de los derechos incorporados a la acción, con lo que se evitarán las interminables discusiones que la práctica a diario nos ofrece». Al fin del presente trabajo se verá si se han evitado en todos los casos esas discusiones entre usufructuarios y nudos propietarios.

El párrafo primero del artículo 41 de la Ley de Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, dice lo siguiente:

«En el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones.»

Las acciones, ciertamente, son indivisibles; pero una cosa es que los derechos derivados de una acción sean ejercidos «pro parte», y otra muy diversa que se atribuyan por entero a titulares diversos. Por esta causa la ley, que ha formulado el principio de la indivisibilidad en su artículo 40 reconoce en el artículo siguiente la posibilidad de desglosar las facultades de disposición y de disfrute de la acción y de atribuirlas a titulares diversos. Pero en homenaje a aquel principio, se declara que la cualidad de socio no puede residir sino en uno de los titulares, esto es, en el nudo propietario por ser cualitativamente más importantes las facultades de que está revestido.

II. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO EN GENERAL.

Ya Ripert (4) ponderaba la dificultad de resolver los problemas que plantea el usufructo de acciones; no carecería de razón el ilustre civilista francés, pues como ha escrito Uriá (5): «en el es-

(3) II, 1.

(4) *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, 1948, pág. 392.

(5) GARRIGUES-URIA, *Comentario...* citado, pág. 428.

quema tradicional del usufructo no encajan fácilmente los problemas peculiares del usufructo de acciones, por la circunstancia de recaer sobre un título valor cuya esencia radica sobre un especial nexo entre la cosa corporal y la incorporeal, que trae, por consecuencia, que el usufructo de acciones sea al propio tiempo usufructo de cosa mueble (el título o documento), y usufructo sobre un derecho (el derecho o posición de socio) integrado por un complejo de facultades de diversa índole, unas de contenido típicamente patrimonial y otras de carácter administrativo». La nueva ley no soluciona aquéllos en su totalidad ni dejan, por otro lado, de ser objetables algunas de sus normas en esta cuestión. Sin embargo, es aceptable la regulación general del usufructo de acciones, pudiéndose afirmar que está a la altura de las legislaciones extranjeras más recientes, y sin ser tampoco copia servil de ellas.

En el usufructo de acciones de sociedades anónimas deben distinguirse de un lado, las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, de otro, las que vinculan a ambos con la sociedad. Una ley de sociedades anónimas sólo debe regular «stricto sensu» estas últimas, dejando las primeras al Derecho civil. No siempre ha respetado estos límites la presente ley y, por otra parte, nos encontramos con una ausencia de normas en el Código civil sobre el usufructo de acciones. Sin duda que este era el momento oportuno de acometer la reforma de los artículos del Código civil que disciplinan el usufructo de títulos valores: respetando la numeración era suficiente con sustituir el artículo 475 con otro más científico que acogiese los supuestos de usufructo sobre títulos valores en general y de acciones en particular.

En el presente trabajo trataremos conjuntamente de aquellos dos aspectos—civil y mercantil—del usufructo de acciones de sociedades anónimas, advirtiendo que no estudiaremos la totalidad de los problemas que el usufructo plantea, sino las peculiaridades que ofrece por recaer sobre acciones, así como sus modificaciones más interesantes.

I. DERECHO AL DIVIDENDO. SUS PROBLEMAS (6).

Al accionista en general «el derecho que aparece más importante...—dice Escarra (7)—es el de percibir una parte de los beneficios de explotación tal como se deducen de los documentos contables establecidos al fin de cada ejercicio». Al titular usufructuario

(6) Además de la bibliografía general, vide: ANGELINI ROTA, *L'atribuzione del dividendo nel caso di trasferimento dell'azione, durante l'esercizio sociale*, *Riv. di Dir. Com.*, 1948, I, pág. 310, tomo XLVI; GAMMA, *A proposito del dividendo come frutto dell'azione di società*, en la misma rev., 1949, pág. 306, tomo XLVII; GRAZIANI, *Il diritto del socio agli utili*, id., pág. 265; MESSINEO, *Il dividendo come frutto dell'azione di società*, 1948, pág. 101, tomo XLVI.

(7) Obra citada, pág. 426.

la nueva ley le reconoce como principal—y en principio, único—derecho el de «participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo», esto es, el llamado derecho al dividendo. El artículo 107 de la ley dice que «sólo podrán ser pagados dividendos sobre las acciones en razón de beneficios realmente obtenidos de reservas expresas de efectivos de libre disposición siempre que el valor del activo no sea inferior al capital social. La distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado. La acción para solicitar el pago de los dividendos vencidos prescribe a los cinco años».

Tres problemas pueden estudiarse en conexión con el dividendo:

- a) Relación entre el dividendo y el beneficio social.
- b) Consideración del dividendo como fruto civil.
- c) Distribución del dividendo entre los diversos titulares que se han sucedido en el disfrute de la acción en un mismo ejercicio social. Además, nos ocuparemos de los dividendos pasivos que más que nuevo problema constituyen otro aspecto del dividendo.

A) *Relación existente entre el dividendo y el beneficio social.*

La idea de lucro, de obtención de ganancias, es esencial al contrato de sociedad. En la sociedad civil se exige que los contratantes tengan «ánimo de partir entre sí sus ganancias» (art. 1.665 del C. c.), de suerte que es «nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias» (art. 1.691). En la sociedad mercantil los contratantes realizan su aportación «para obtener lucro» (art. 116 C. com.).

No es uniforme la terminología del Código civil para designar las ganancias sociales; de *ganancias*, en plural o singular, aisladamente o en contraposición a «pérdidas» se habla en los artículos 1.666, párrafo 1.^o; 1.672, 1.673, 1.674, 1.675, párrafo 1.^o; 1.676, 1.683, 1.689. De *beneficios*, en el 475, párrafo 2.^o; en el 1.686 y en el 1.708. De *provecho* social, en términos muy generales, en el párrafo 2.^o del 1.698 y en el párrafo 1.^o del 1.706, que emplea la expresiva fórmula de «provecho que debía ser común». En resumen, podemos afirmar que la designación más corriente es la de «ganancias» utilizada en la definición misma del contrato de sociedad y en los artículos 1.689, 1.690 y 1.691, que son fundamentales para regular el acto más importante de la sociedad: la distribución de ganancias y pérdidas.

En el Código de comercio nos encontramos con la palabra «ganancias» en el artículo 140, y con la de «beneficios» del capital en el párrafo 1.^o del 166.

La nueva ley presupone, obviamente, el concepto y los requi-

sitos esenciales del contrato de sociedad—siquiera regule minuciosamente su fundación en los artículos 6.^o y ss.—, y tampoco emplea una terminología, uniforme para referirse a las ganancias sociales; las denomina así en los artículos 39 y 41, mientras que se refiere a «beneficios» en los artículos 101, 102, 106 y 108.

Analizando los artículos citados, resulta que la ley habla de ganancia o beneficio social en dos sentidos: 1.^o, como fin a que potencialmente tiende toda sociedad, sea civil o mercantil, prescindiendo de su efectiva consecución, y 2.^o, como lucro efectivamente logrado y líquido. En este último sentido—que es el que aquí nos interesa—podemos definirlo con Messineo (8) como «la diferencia positiva entre el activo y el pasivo social, supuesto inalterado el capital social y deducido lo destinado a reserva por la ley, por los estatutos o por la voluntad de la Junta general». De suerte que los «ingresos obtenidos por la actividad normal de la empresa»—de que habla el artículo 105 de la ley—no constituyen beneficio o ganancia social, sino después de deducir las partidas que por imperativo del mismo artículo deben incluirse en los Gastos. Con acierto habla el artículo 106 de «beneficios líquidos».

En íntima relación con los diversos sentidos en que hemos hablado de beneficio o ganancia social se encuentra el derecho del socio al dividendo. Hay un insuprimible derecho del socio—incluido entre los mínimos que según el artículo 39 atribuye al socio la acción—a «participar en el reparto de las ganancias sociales». Pero como puede suceder que esas ganancias no se realicen «in actu» por resultar que el pasivo de la sociedad iguale o supere al activo, para que exista «in concreto» un derecho al dividendo se precisa que la sociedad tenga efectivamente beneficios o que existan «reservas expresas de efectivos de libre disposición». Finalmente, como última condición, se requiere que la sociedad acuerde repartir aquellos beneficios en Junta general reunida conforme a la ley. Dividendo es, pues, beneficio social repartido.

El principio de que en las sociedades anónimas (9) sólo constituye dividendo el beneficio social que se reparte, tiene una enorme importancia aplicado a situaciones en que, radicando en sujetos distintos las facultades de disfrute y disposición de una misma acción, urge delimitar exactamente el concepto de dividendo. En nuestra opinión, la ley ha tomado posición en las controversias surgidas en torno a los posibles derechos del usufructuario—u otro titular del disfrute—sobre aquella parte del beneficio social no repartido de momento. La Junta general de accionistas, viene a decirse, es soberana para la determinación del beneficio repartible; como dice

(8) *Manual* cit., tomo III, pág. 146.

(9) GRAZIANI, art. citado, sostiene que en las *societates personarum*, una vez que se comprueban beneficios, cada socio tiene un inmediato derecho al reparto, sin que la mayoría pueda acordar otro destino a los beneficios.

Ferri (10) «antes del reparto el beneficio es de la sociedad considerada como persona distinta de los socios. Y, naturalmente, siendo de la sociedad los beneficios, ésta puede emplearlos como mejor crea para la realización del fin social, constituyendo reservas, adquiriendo bienes o empleándolos de otro modo, y no está obligada a repartirlos entre los socios». Análoga postura mantiene en la doctrina española uno de los más autorizados comentaristas de la nueva ley (11), al escribir que «tampoco cabe dudar respecto a la licitud de no repartir como dividendos todas las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo. El usufructuario sólo tiene derecho a las ganancias que la Junta general acuerde repartir durante la vigencia del usufructo. Las ganancias que no se repartan y queden en reserva por ministerio de la ley, por mandato de los estatutos o por acuerdo de la junta no acrecerán al usufructo, sino a la propiedad». Pudiera suceder que con el beneficio social eliminado del reparto en un determinado ejercicio se hayan constituido unas reservas voluntarias que, años más tarde, se repartan como dividendo o como incremento del dividendo; en este caso, el que disfrutaba de la acción en el momento en que se obtuvo aquel beneficio social no puede pretender que se le atribuya como dividendo cuyo pago se ha diferido, sino que pertenece por entero al que disfrutaba de la acción en el momento del reparto. En general, podemos concluir que sea cualquiera la forma que adopte el beneficio social no repartido como dividendo, sobre él no tiene derecho alguno el que disfrutaba de la acción en el momento de su obtención (12); a menos, claro es, que continuando disfrutándola la sociedad acuerde su distribución como complemento o sustitutivo del dividendo, pero es que entonces ha intervenido la voluntad soberana de la Junta general.

Hay que tener en cuenta, además, que la determinación del verdadero beneficio de la sociedad sólo puede hacerse—como dice Mosco (13)—en el momento de su liquidación. Por fuerza ha de ser aproximado el cálculo anual de beneficios. Pero como dejar en suspenso la determinación exacta del beneficio social y la siguiente del dividendo hasta la extinción de la sociedad sería grave inconveniente, por razones de seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas, se establece que sólo es dividendo el beneficio social repartido, supuesto que el acuerdo de la Junta general reúne todas las condiciones legales y no está sujeto a una acción de nulidad.

(10) Artículo citado, págs. 487-488.

(11) URÍA, *Comentario...* citado, pág. 431.

(12) En análogo sentido, ESCARRA, obra citada, pág. 425, «En lo concerniente a los dividendos... el usufructuario tiene derecho a ellos desde que se ponen a distribución. Para las reservas o beneficios no distribuidos, el usufructuario no tiene derecho a ellos por mucho tiempo que permanezcan en el patrimonio social».

(13) Obra citada, pág. 70.

B) *El dividendo como fruto civil de las acciones.*

«El usufructuario—dice el artículo 471 del C. c.—tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados.» Al concederse al usufructuario de acciones de sociedades anónimas el derecho de participar en las ganancias sociales, cabe deducir que tal derecho es un fruto de la acción. Ahora bien, ¿qué clase y fruto? Pese a que el párrafo tercero del artículo 355 del Código civil no lo enumera entre los frutos civiles, es frecuente incluirlo entre ellos. Además, tenemos un apoyo positivo en el artículo 475 del mismo Código, conforme al cual: «Si el usufructo se constituye sobre el derecho a percibir una renta o una pensión periódica, bien consista en metálico, bien en frutos, o los intereses de obligaciones o títulos al portador, se considerará cada vencimiento como productos o frutos de aquel derecho. Si consistiere en el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, tendrán aquéllos la misma consideración. En uno y otro caso se reparirán como frutos civiles y se aplicarán en la forma que previene el artículo anterior», esto es, «se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo».

El transscrito artículo es de técnica defectuosa al hablar solamente de usufructo sobre títulos al portador, no incluyendo en su letra el constituido sobre acciones nominativas. No creemos, sin embargo, que pueda negarse carácter de fruto civil al dividendo obtenido por acciones de sociedad anónima de cualquier clase que sean (14).

En el derecho positivo italiano no existe un precepto como el 475, ya citado del nuestro, que expresamente reconozca carácter de fruto civil al dividendo de las acciones de sociedad anónima,

(14) Conocida es la interpretación que el Tribunal Supremo dió al párrafo segundo del art. 475 en la S. de 5 de enero de 1925. «A contrario sensu—decía—si el reparto tiene vencimiento fijo, no pueden reputarse dichos beneficios como frutos civiles, sino industriales». Mediante una interpretación tan disparatada y tan en contra de la lógica, podía concluirse que los dividendos percibidos por el usufructuario de una acción de S. A. son frutos industriales. La doctrina española rechazó unánimemente aquella conclusión de nuestro más alto tribunal. (Vide CASTÁN, en la «Rev. de Der. Privado», año 1925, pág. 389; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, en la «Rev. Gen. de Legis. y Jur.», tomo CXLVIII, pág. 82, y MARTÍN RETORTILLO, *Clases de frutos en el Código civil*, en «Anuario de Der. Civ.», 1951, pág. 148 y ss.)

Afirmamos con CASTÁN que la doctrina contenida en el fallo citado es «absolutamente equivocada», y con MARTÍN-RETORTILLO, que es «fruto de una interpretación excesivamente servil a la literalidad del texto legal», debiéndose tener en cuenta además que no se ha reiterado por el Tribunal Supremo. A la vista de la doctrina y legislación extranjeras más recientes, que sólo admiten dos categorías de frutos, los naturales y los civiles, incluyendo entre los primeros los llamados por nuestro Código industriales, aparece totalmente inaceptable la tesis de la sentencia comentada.

y ello ha dado ocasión a Messineo para exponer en artículo (15) —documentado y sugestivo como todos los suyos— las razones en virtud de las cuales estima que el dividendo debe considerarse como un fruto civil. El dividendo—dice el profesor italiano—no es un fruto natural de la acción, porque supuesta la noción que el «Nuovo Codice» da de él (16), puede afirmarse que el dividendo «no es ni un producto natural ni una parte de la acción, aun cuando quiera verse en ésta solamente un documento, una cosa material. Mas aun puede decirse que el concepto de dividendo puede subsistir sin estar necesariamente ligado o depender del de acción-documento». Y hay que tener presente que en el Código italiano, en el concepto de fruto natural se incluye el impropio y anticuado fruto industrial que el nuestro recoge. Tampoco—prosigue Messineo—se trata de un «*tertium genus*», de algo diferente del fruto natural y del civil al propio tiempo, cosa imposible de realizarse dada la antítesis en tantos puntos existente entre ambas categorías de frutos. Luego, concluye, «el dividendo es un fruto civil porque se obtiene de la cosa como equivalente del goce que otro obtiene de ella. Es, diremos con más riguroso lenguaje, rédito de la cosa».

Al llegar a este punto se presenta una dificultad que el maestro italiano no soslaya. En efecto, suelen considerarse por la doctrina como frutos civiles los obtenidos de una cosa en virtud de una relación jurídica sobre ella y en sustitución de la utilidad que la misma cosa produce directamente. La cosa productora sigue perteneciendo, ya sea en plena propiedad, ya sea con desglose en titulares diversos de las facultades de disposición y disfrute (caso del inmueble usufructuado que se arrienda) al perceptor de los frutos; en cambio, en el caso del dividendo—ya se atribuya al socio, ya al usufructuario de la acción—la cosa productora (aportación) ha pasado a la sociedad, y sobre ella el que la aportó no tiene otro derecho que el eventual a la cuota de liquidación.

Messineo salva esta dificultad afirmando que si tal cosa sucede jurídicamente, «no es verdad económicamente en cuanto que cada socio suele considerarse con los otros socios copropietario del haber social».

En la doctrina francesa, Escarra (17) afirma también que el dividendo es un fruto civil, pero no entra en más averiguaciones. En la doctrina española Uria (18) está de acuerdo en atribuir al dividendo carácter de fruto civil.

(15) *Il dividendo come...*, en la «Riv. di Dir. Com.», ya citado.

(16) *Sono frutti naturali quelli que provengono direttamente della cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo, come i prodotti agricoli, la legna, i parti degli animali, i prodotti delle miniere case e torbiere.* Párrafo primero del art. 820 del Código italiano.

(17) Obra citada, pág. 425.

(18) *Comentario...* citado, pág. 431.

Por nuestra parte, teniendo en cuenta que el citado artículo 475 de nuestro Código no dice que los vencimientos de los títulos al portador sean frutos civiles, sino que se repartirán «como frutos civiles»; es decir, como si fueran frutos civiles, nos parece hallarnos en presencia de una expansión del concepto de fruto en general y del concepto de fruto civil en particular. Expansión motivada por las alteraciones introducidas en las estructuras económicas de las sociedades humanas, y que ha traído, como consecuencia, la aparición de nuevas figuras jurídicas que sólo violentándolas es posible incluir en categorías de épocas pretéritas. Opinamos, en suma, que el dividendo debe ser incluido en la categoría que Venezian (19) denominó «frutos civiles irregulares», o si se prefiere, frutos quasi-civiles.

C) *Distribución del dividendo habiendo sucesión en el disfrute.*

La dilucidación teórica que hemos realizado en el epígrafe anterior acerca de la clase de fruto que sea el dividendo, no tenía otra finalidad práctica que preparar el camino para la resolución del problema que plantea la distribución del dividendo de un ejercicio social dado entre los sucesivos titulares del disfrute en el mismo período fructífero. Llamamos período fructífero, siguiendo a Venezian (20), a aquel «espacio de tiempo en que la cosa procura utilidades que son susceptibles de repetirse en igual o distinta medida transcurrido aquél». Dicho período, en el caso del dividendo, acostumbra a ser anual y coincide con la duración del ejercicio social. En la nueva ley española—art. 102, pár. 1.º—el ejercicio social «a falta de disposición estatutaria se entenderá... que termina el día 31 de diciembre de cada año».

En la práctica puede ocurrir que el usufructo dure cuanto dura el ejercicio social, de modo que se extinga al clausurarse éste; pero puede suceder, y ello es muy probable, que la extinción del usufructo no coincida con la duración del ejercicio social.

En el primer supuesto, y conforme al párrafo 1.º del artículo 41 de la ley, «el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo». En consecuencia, para que el usufructuario tenga derecho al dividendo la ley exige dos condiciones: 1.º), que las ganancias sociales se hayan obtenido durante el período de usufructo, y 2.º), que también el reparto tenga lugar en el mismo tiempo.

El primer requisito está expresado, en nuestra opinión, incorrectamente. La ley debiera decir: «Ganancias obtenidas durante el ejercicio social correspondiente al período de usufructo», pues

(19) Obra citada, tomo II, pág. 404 de la traduc. española.

(20) Obra y tomo citados de la traduc. españ.. pág. 467.

es obvio, de un lado, que pudiendo tener el usufructo una prolongada duración, a efectos de determinar el dividendo anual sólo interesa y el legislador toma en cuenta, las ganancias sociales conseguidas dentro del ejercicio social correspondiente; y, por otra parte, no habiendo obtenido la sociedad beneficios suficientes aquel año, y acordándose repartir un dividendo con cargo a «reservas expresas de efectivos de libre disposición»—autorizada por el artículo 107 de la ley—, ¿puede negarse al usufructuario actual el derecho a percibirlo fundándose, cosa no improbable, en no haber sido obtenido dentro del período de usufructo? Creemos que no; el usufructuario, en nuestra opinión, tiene derecho tanto a las ganancias obtenidas y repartidas dentro del período de usufructo como a las procedentes de las reservas mencionadas en el párrafo 1.º del artículo 107 de la ley (21).

El segundo requisito—reparto dentro del período de usufructo—estimamos que no debe ser interpretado al pie de la letra. El reparto efectivo del dividendo suele demorarse. Como dice Messineo (22), a estos efectos «no cuenta el momento en que el dividendo es exigible. Se le abona al socio a notable distancia de tiempo (usualmente cuatro meses) del fin del ejercicio social (ordinariamente, 31 de diciembre o 30 de junio) y con base a deliberaciones de la Junta general, la cual, por otro lado, opera con retroactividad al día de la clausura del ejercicio social. No es decisivo el momento del pago, sino el de la maduración, o sea el del surgir el derecho al dividendo o a una alícuota de él». Análoga es la posición mantenida por la jurisprudencia francesa, según Escarra (23): «El voto de la Junta general de accionistas acerca de la distribución del dividendo determina un derecho de crédito. Cuando la fecha del pago no puede ser fijada, aquél derecho no puede suprimirse sino en el caso de que el beneficio, regular en su origen, aparezca ulteriormente como ficticio, o si en virtud de circunstancias independientes de la voluntad de la sociedad, sólo pueden distribuirse dividendos infringiendo las le-

(21) URIA (obra citada, pág. 430), dice: «Ya no hay lugar a discutir si pertenecen al usufructuario o al nudo propietario los dividendos repartidos durante el usufructo con cargo a reservas constituidas con anterioridad al mismo. El derecho a esos dividendos será del nudo propietario si en los estatutos no se establece cosa distinta.» De las palabras transcritas hay que entender que si esas reservas se han constituido dentro del período de usufructo, pertenecerán al usufructuario los dividendos repartidos con cargo a ellas, solución lógica, pues en tal caso se han cumplido los dos requisitos del art. 41. La solución de URIA en el otro caso nos parece discutible, sobre todo si se tiene en cuenta que lo normal es que el usufructuario carezca del derecho de voto, pudiendo el nudo propietario burlar fácilmente las esperanzas del usufructuario. Además, suponiendo que al constituirse aquellas reservas existía otro titular usufructuario, tampoco éste puede pretender se le atribuya el dividendo por haber sido distribuido fuera del período de su usufructo, resultando beneficiado sin razón suficiente el nudo propietario de las acciones.

(22) Artículo citado en la «Riv. di Dir. Com.», pág. 106.

(23) Obra citada, págs. 427-428.

yes. El plazo de distribución no debe exceder del ejercicio en curso». En resumen, ni el acuerdo de la Junta general, ni mucho menos el efectivo reparto del dividendo, es preciso que ocurran dentro del período de usufructo, basta que éste haya durado hasta la terminación del ejercicio social para que el usufructuario adquiera en su totalidad el dividendo. La tajante afirmación que hace la ley en este punto no tiene otro significado que cortar toda discusión en torno a futuros derechos del usufructuario actual sobre beneficios no repartidos.

Cuando el derecho de usufructo se extingue antes de la clausura del ejercicio social, plantease el problema de si procede y en qué forma debe hacerse la distribución del dividendo entre los titulares que se han sucedido en el disfrute dentro de ese mismo ejercicio social.

Si aplicamos el párrafo 1.º del artículo 41, resultan varias interrogantes a las que no es posible contestar satisfactoriamente. De un lado, ¿cómo hallar un criterio para saber si las ganancias en cuestión han sido obtenidas dentro del período de usufructo? De otro, ¿perderá todo derecho un usufructuario por haber sido únicamente durante los cinco primeros meses del ejercicio, por ejemplo, repartiéndose el dividendo después de extinguirse su derecho? Claramente se ve que el artículo 41 no prevé este caso en el «supuesto de hecho» de su norma.

Debemos acudir al artículo 474 del Código civil por remisión del artículo 475. El dividendo, lo hemos visto antes, es un fruto civil, y aunque lo hemos calificado de «irregular» siguiendo a Venezian, nada de esto es obstáculo para que de acuerdo con los artículos citados se entienda percibido día por día, y se atribuya al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo dentro del ejercicio social correspondiente.

Cierto que económicamente no se efectúa día por día («giorno por giorno», como dicen los italianos) la adquisición del beneficio por parte de la sociedad misma; la vida económica es rebelde a encauzarse en fórmulas rígidas y uniformes; si jurídicamente se supone que la sociedad ha ido adquiriendo beneficios día por día, de modo constante y periódico, puede muy bien resultar en la práctica que la sociedad haya obtenido pérdidas—por ejemplo—durante los once primeros meses del año, y durante el último consiga recuperarse de ellas y aun liquidar con beneficio. Supuesta esta incertidumbre en la efectiva adquisición de beneficios no puede dejarse al albur de las alternativas de los negocios la adquisición por parte del usufructuario, que únicamente lo ha sido durante unos meses del ejercicio social del dividendo respectivo. Además, siendo cierto que hasta el momento del reparto no nace el derecho concreto del socio a los beneficios, también lo es que con anterioridad el titular del derecho al dividendo tenía a su favor una expectativa jurídica desde el día primero del ejercicio social; expectativa que, al comprobarse, una vez clausurado el

juicio, que la sociedad liquidó con ganancia, se convirtió en derecho efectivo adquirido también día por día. De modo que si un titular del disfrute lo ha sido sólo durante cuatro meses, tendrá derecho en esa proporción al dividendo aunque éste no se haya repartido «dentro del período de usufructo».

No me parece aceptable la tesis sustentada por Angelini Rota (24) frente a Messineo. Para aquel autor el dividendo nace exclusivamente en el momento en que la sociedad acuerda su distribución y no día por día; en consecuencia, estima que no hay lugar a la distribución del mismo entre los sucesivos titulares del usufructo, sino a su atribución por entero al que disfrutaba de la acción en el momento del reparto. Son tan injustas las consecuencias de tal teoría que no nos detenemos a refutarla (25).

De la adquisición del dividendo día por día extrae Messineo unas consecuencias que estimamos aplicables también al derecho español.

1.^a El dividendo será cobrado en su integridad por quien esté en posesión de la acción en el momento del pago.

2.^a Esto no significa que el dividendo pertenezca siempre entero a quien materialmente lo cobre. El dividendo se paga (salvo la costumbre de pagos parciales) de una sola vez, pero su maduración se produce día por día.

3.^a No cuenta el momento en el que dividendo es exigible. En este punto (26) Messineo critica, y con razón, a Venezian. El autor del hasta hoy más completo y exhaustivo tratado del usufructo había escrito (27) que «las utilidades que procura la participación en una sociedad... son un fruto de aquel derecho de participación en las ganancias que en el momento de comenzar hace suyo el usufructuario, bajo la condición de que durante el usufructo venza el pago de las mismas». Para Messineo el principio «es verdaderamente erróneo porque descuida que el dividendo accede a un dado ejercicio social, y es este el criterio para su atribución. Si fuese cierto cuanto afirma Venezian debería privarse al usufructuario del dividendo del ejercicio transcurrido si en el intermedio el usufructo hubiera finalizado por decadencia o por otra razón, pero tal privación es evidentemente insostenible».

(24) Artículo citado en la «Riv. di Dir. Com.», pág. 310.

(25) Dice MESSINEO en *La divisibilità del dividendo*, publicado en «Banca, Borsa e titoli di credito», 1948, I, pág. 208: «Supongamos que precisamente en el día del cierre del ejercicio social, o un día antes, cesa el usufructo sobre la acción, o, por el contrario, surja tal derecho». ANGELINI ROTA no puede recurrir la deducción de que el dividendo pertenece «todo» al propietario, o bien en la otra hipótesis, «todo» al usufructuario. Pero no le parece *summa iniuria* que así sea defraudando en el dividendo a quien ha sido accionista durante 364 días del ejercicio social y que el dividendo vaya a quien sólo por un día ha disfrutado de la acción? ¿Y si precisamente en el último día del ejercicio social, la Sociedad no hubiese hecho negocios o hubiese hecho negocios que lejos de producir beneficios le han infligido pérdidas?

(26) Artículo citado en «Riv. di Dir. Com.», pág. 106, nota.

(27) Obra y tomo citados, págs. 494 y 495 de la trad. españ.

D) Consideración especial de los dividendos pasivos.

Dividendo es—dice De Diego (28)—«la cantidad que el tenedor de una acción entrega a la caja social o recibe de ella, llamándose pasivo en el primer caso y activo en el segundo. El activo significa beneficio y representa la parte proporcional en las ganancias de la Sociedad; el pasivo representa y significa una deuda, lo que debe el socio a la compañía por su cualidad de tal».

Hasta aquí hemos tratado de algunos problemas que la nueva ley de Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas plantea respecto del llamado dividendo activo; parece, pues, oportuno estudiar a continuación el dividendo pasivo, dada la íntima relación que—terminológicamente, al menos—guarda con aquél. Con acierto se refiere Sánchez-Torres al derecho-deber del dividendo, pues, no obstante la diversa naturaleza de ambos—entroncado el uno con la teoría de los frutos, y relacionado el otro con la teoría de la naturaleza jurídica de la aportación del socio—, es lo cierto que se presentan como el anverso y el reverso de una misma moneda. La nueva ley, además, ha determinado—por vez primera en nuestro derecho—la persona que está obligada a su pago.

El párrafo 2.º del artículo 41 de la Ley, dice así:

«Cuando el usufructo recayere sobre acciones no liberadas totalmente, el usufructuario que desee conservar su derecho deberá efectuar el pago de los dividendos pasivos, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario al término del usufructo. Si el usufructuario incumpliere esta obligación, la sociedad deberá admitir el pago hecho por el nudo propietario.»

Obligado principal aparece, en consecuencia, el usufructuario; obligado subsidiario, el nudo propietario, que según la ley conserva la cualidad de socio, a pesar de la constitución del usufructo. En realidad, efectuar el pago es un derecho del nudo propietario, pues la ley dice que «la Sociedad deberá admitir el pago» hecho por él, en el supuesto de que el usufructuario no lo realice; dándose a entender, además, que es potestativo de la sociedad aceptar el pago en cuestión cuando el obligado principal no ha manifestado su voluntad de incumplimiento.

La solución adoptada por el legislador español es—en su primera parte—reproducción del artículo 2.352, párrafo tercero del Código italiano, que dice textualmente: «Nel caso di usufrutto, l'usufruttuaria deve provvedere al versamento, salvo il suo diritto alla restituzione al termine dell'usufrutto.» A lo transcritto se le ha añadido un condicionamiento que no figura en la redacción italiana—«el usufructuario que desee conservar su derecho...»—, y una segunda parte que tampoco aparece allí—«si el usufructuario incumpliere...»—.

(28) Artículo citado, en la «Rev. de Der. Privado», pág. 54.

En la doctrina italiana anterior al «*Nuovo Codice*», Veneziani (29), si bien no de un modo claro, daba a entender que el nudo propietario era el principal obligado al pago de los dividendos pasivos, si bien el usufructuario también responde de los «que se pidan rigiendo el usufructo», pues no en balde «participa de las expectativas de la acción, y por ello es partícipe en la deuda»; además, si paga el nudo propietario, debe abonarle intereses mientras dure el usufructo. En la doctrina italiana posterior, ni Messineo, ni Gasperoni, ni Asquini formulan objeciones al párrafo 3.^º del 2.352.

En la doctrina española, De Diego (30) ha sostenido que los dividendos pasivos no son carga de los frutos, sino que constituyen «fracciones de la parte de capital social representado por la acción». Dalmases no se ocupó de este problema. Más recientemente, Sánchez Torres (31) ha defendido, en sustancia, lo siguiente: Considerando que los dividendos pasivos son algo parecido a una impensa forzosa, a una carga innata al capital acción, el titular afectado debe ser el nudo propietario; observa luego que no se trata de un gravamen de los frutos, ni de contribuciones anuales periódicas, ni aun de impensas voluntarias, sino de algo imperativo, ocasional y esporádico, concluyendo por una aplicación analógica de los artículos 501 y 502 del Código civil; siguiendo a Laurent y Planiol, reconoce al usufructuario una «facultad subsidiaria de pago», pero advierte que si ambos titulares pretenden pagar, la sociedad debe dar preferencia al nudo propietario. También Larraz (32) entiende que el pago del «dividendo pasivo es de cargo del nudo propietario, el usufructuario no tiene acción para compelear al nudo propietario, pero puede pagar, subsidiaria y voluntariamente, el dividendo pasivo».

A primera vista puede parecer censurable la postura adoptada por el artículo 41 de la nueva ley en la materia de los dividendos pasivos, y más aún si se contrasta con la solución adoptada en el artículo siguiente para la prenda de acciones (obligado principal: el dueño de las acciones pignoradas; al acreedor pignoraticio se le concede alternativamente la facultad subsidiaria de pago o el derecho de realizar la prenda), caso o supuesto que presenta analogías con el usufructo de acciones, pues no cabe duda acerca de la aplicación del artículo 1.868 de nuestro Código civil, según el cual, «si la prenda produce interés, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital». Parece, pues, más razonable la tesis sustentada por quienes atribuyen al nudo propietario la obligación principal del pago.

(29) Obra, tomo y edición citados, pág. 563, nota 2.

(30) Artículo citado, pág. 54.

(31) Obra citada, pág. 56.

(32) Artículo citado en la «Rev. de Derecho Mercantil», pág. 18.

Obsérvese, sin embargo, que ninguna de las situaciones previstas por el Código en el capítulo del usufructo—reparaciones, cargas o contribuciones—, y que la doctrina trata de aplicar a este caso, son de la misma naturaleza que los dividendos pasivos. Por otro lado, la solución del art. 41 no difiere sustancialmente de la propuesta por los autores citados, porque quien en último término sufre la disminución patrimonial, es el nudo propietario al extinguirse el usufructo.

El usufructuario adquiere su derecho sobre la acción tal como se encontrase ésta al comenzar el usufructo, y también resulta beneficiado con el pago de los dividendos pasivos, pues en tanto que la aportación prometida no sea totalmente pagada, no se abonan dividendos en proporción al valor nominal de la acción, sino en proporción a la cantidad efectivamente desembolsada.

El legislador español no podía desconocer el principio evidente de que dividendo pasivo no es una carga de los frutos, sino parte de la sustancia productora y, por ende, obligación del socio nudo-propietario. A nuestro juicio, lo que ha ocurrido es que se ha tratado de garantizar el efectivo desembolso de la aportación a favor de la sociedad, para lo cual, nada mejor se ha pensado, que imponer al usufructuario - interesado más inmediatamente en la marcha de la sociedad que el nudo propietario —, como principal obligado, el pago de los dividendos pasivos. Lo que ciertamente nos parece excesivo es condicionar la conservación de su derecho a la realización del pago. ¿Qué ocurrirá cuando ni el usufructuario ni el nudo propietario realizan el pago de los dividendos exigidos? No cabe duda de que la sociedad tendrá a su disposición cualquiera de los tres medios que autoriza el art. 44 de la ley, o, en su caso, tendrá aplicación lo dispuesto en la proposición final del último párrafo del mismo artículo: rescisión del contrato en cuanto al socio moroso y reducción del capital social. Y claro es, incumplida la condición del párrafo 2.º del art. 41 por parte del usufructuario, quedará extinguido su derecho; causa ésta de extinción del usufructo, no prevista en el art. 513 del Código civil. La ley de 19 de julio de 1951 ha enturbiado las relaciones entre nudos propietarios y usufructuarios—de naturaleza civil—, incidiendo en ellas con normas de carácter mercantil.

II. OTROS DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO NO ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY, PERO QUE NORMALMENTE LE CORRESPONDEN

No obstante la esquemática y escueta enumeración de derechos, que conforme al párrafo 1.º del art. 41 de la ley corresponden al usufructuario, y pese a la declaración final tan absoluta de que «el ejercicio de los demás derechos de socio corresponden, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones», creemos que el usufructuario puede ejercitar

normalmente—esto es, sin necesidad de que así lo declaren los estatutos sociales—otros derechos no comprendidos en la relación del art. 41. Sin ir más lejos, el de la posesión de la acción.

A) Derecho a la posesión de la acción-documento.

Como dice Venezian (33), «el usufructuario... lo que primariamente necesita es que se le coloque respecto de los bienes usufructuados en una relación tal, que se le asegure la posibilidad de actuar y de ejercitarse sobre ellos, y por medio de ellos, una actividad propia. Sean cualesquiera los bienes sobre que recaiga el usufructo, a esta relación le cuadra bien el nombre y el concepto de posesión...». Poco después, añade: «el derecho a la posesión constituye un elemento esencial del usufructo, aun cuando está subordinado a las obligaciones de inventario y de caución». En el supuesto de usufructo constituido sobre una acción, la posesión se cualifica, además, por el carácter de título valor de su objeto.

El art. 755 del Código civil suizo declara expresamente este derecho del usufructuario: «L'usufruitier a la possession, l'usage et la jouissance de la chose.»

Igual declaración se encuentra en el art. 982 del Código italiano, conforme al cual, «l'usufruttuario ha il diritto di conseguire il possesso della cosa di cui ha l'usufrutto».

En nuestro Código civil no existe precepto alguno que sancione el derecho del usufructuario a la posesión de la cosa usufructuada, pero no es imposible concederle tal derecho—como dice Castán (34)—«como condición necesaria del goce», o, en último término, extraerlo implícitamente contenido de la regulación total del usufructo, singularmente de los arts. 494, 495, 497 y 520 (35). Tiene razón Gasperoni (36), cuando afirma que el constituyente del usufructo «no podría privar al usufructuario en el título de constitución de la posesión de la cosa, ya que, en tal caso, la estructura del derecho de éste quedaría modificada profundamente».

Cuando se trate de acciones al portador, será suficiente la simple entrega de los títulos; para las acciones nominativas se precisa, además, hacerlo constar en el libro especial que debe llevar, obligatoriamente, toda sociedad, y en el que—conforme al art. 35 de la ley—se anotará la constitución de derechos reales sobre las acciones.

Para evitar los inconvenientes que se ocasionan al nudo propietario con la entrega de los títulos al usufructuario, y al mismo

(33) Obra, tomo y edición citados, págs. 85-86.

(34) Obra y tomo citados, pág. 442.

(35) El art. 520 reconoce al nudo propietario, en el supuesto de abuso, el derecho de pedir que se le entregue la cosa, lo cual no podría efectuarse si el usufructuario no poseyera ya la cosa usufructuada.

(36) *Las acciones de las Sociedades Mercantiles*, págs. 200-201.

tiempo para facilitar la circulación de los derechos de ambos (37), el Código italiano ha introducido en su articulado una modalidad ya ensayada en su país por leyes especiales (38), y que echamos de menos en nuestra ley. Consiste en el derecho a obtener un título separado del del nudo propietario, cuando se trate de usufructo sobre títulos nominativos. Con este desdoblamiento, dice Asquini, se elimina también automáticamente la obligación del usufructuario de prestar garantía al nudo propietario, al obtenerse la materialización en objetos diversos de los respectivos derechos de ambos interesados. Todo ello sin quebranto de la inescindible unidad de la acción.

El derecho de posesión del usufructuario se extenderá también a «los resguardos provisionales, entregados a los accionistas antes de la emisión de las acciones» (art. 34), en los que convendrá hacer constar la sumisión al vínculo de usufructo; asimismo, como observa Dalmases (39), la posesión se extenderá a los talones accesorios del título principal.

B) *Otros derechos.*

Es de lamentar que ni antes nuestro Código civil, ni ahora la nueva ley, contengan un precepto semejante al 1.998 del Código italiano, que establece que «nel caso di usufrutto di titoli di credito il godimento dell'usufruttuario si estende ai premi e alle altre utilità aleatorie prodotte dal titolo». Con un precepto semejante resolveríamos satisfactoriamente numerosos problemas, como los que plantea lo que Sánchez Torres denomina «derechos a la utilización de determinadas ventajas sociales». La sociedad, en efecto, puede otorgar a los socios determinados beneficios, en amplio sentido, consistentes, por ejemplo, en el derecho a viajar gratuitamente en los vehículos de la empresa, o en el de asistir, gratuitamente también, a los espectáculos que se den en sus locales, según se trate de una empresa de transportes o de espectáculos.

No es suficiente la disposición del art. 41 de la ley, por más que se interprete en el sentido amplio que lo hace Uria (40). Cier-

(37) El art. 48º de nuestro Código autoriza al usufructuario para «enajenar su derecho de usufructo», y el 48º concede al nudo propietario enajenar los bienes objeto de usufructo, pero «sin alterar su forma ni sustancia ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». Es evidente que, estando la acción en posesión del usufructuario, se entorpece el tráfico jurídico que pudiera darse sobre el derecho del nudo propietario, al mismo tiempo que el usufructuario carece de facilidad para enajenar su derecho de usufructo.

(38) Se trata del art. 1º del Real Decreto de 29 de marzo de 1942.

(39) Ob. cit., pág. 216.

(40) *Comentario...* citado, págs. 431-432. Dice así: «A los efectos del usufructo, es indiferente que el dividendo se satisfaga en metálico o en especie. Todas las entregas que haga la Sociedad, no sólo en forma de dividendo (pago en metálico), sino por vía de dividendo (entregas en especie) tendrán la consideración de ganancias que pertenecerán al usufructuario cuando hayan sido obtenidas y repartidas dentro del periodo del usufructo.»

tamente, contamos con el art. 479 del Código civil, a tenor del cual, «el usufructuario tendrá derecho a disfrutar... de todos los beneficios inherentes» a la cosa usufructuada. La doctrina es partidaria de una interpretación restrictiva del mismo, de modo que si la sociedad otorga tales ventajas en sustitución del dividendo, deben atribuirse al usufructuario; en caso contrario, es decir, si aquellas no son incompatibles con él, pertenecerán al nudo propietario. A la vista de los términos tan absolutos, en que aparece redactada la proposición final del art. 41 de la ley, concluimos por una solución concorde con la expuesta.

3. DERECHOS CUYO EJERCICIO CORRESPONDE NORMALMENTE AL NUDO PROPIETARIO. EN PARTICULAR, DERECHO DE VOTO (41)

Aparte del derecho al dividendo:

«El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones.» Así concluye el párrafo 1.º del reiteradamente citado art. 41.

En nuestra opinión, el sentido de la disposición transcrita no puede ser otro que el siguiente: La nueva ley regula exclusivamente las relaciones jurídicas existentes entre la sociedad anónima y los interesados en el usufructo de la acción (usufructuario y nudo propietario), sin afectar para nada—no podría hacerlo—a las relaciones internas entre estos últimos. De modo que cuando la ley dice que, salvo disposición contraria de los Estatutos, el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación pertenece al nudo propietario de las acciones, no quiere significarse otra cosa sino que frente a la sociedad anónima, el único legitimado para percibir la cuota de liquidación es el nudo propietario—por eso se habla de «ejercicio»—, pero sería incorrecto que la norma mercantil dijera que la expresada cuota le pertenece en plena propiedad.

Cuales sean los derechos que salvo disposición contraria de los Estatutos corresponden al nudo propietario, lo dice en primer lugar el art. 39 de la ley (42), que señala los que «como mínimo»

(41) A más del artículo citado de ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali...* tienen interés las observaciones de Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Tratado de Sociedades mercantiles*, Méjico, 1947, I, pág. 527 en donde hace una amplia dilucidación de la atribución del voto al usufructuario con base al derecho mexicano y con referencias al derecho extranjero; Mosco, obra citada, págs. 201-206; URÍA, *Derecho de voto del accionista*, en «Rev. Crit. de Der. Inmobiliario», 1943.

(42) En el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, el artículo correspondiente—el 40—decía así: «Las acciones confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen como mínimo los siguientes derechos: 1.º El de participar en el reparto de las ganancias sociales y del patrimonio resultante de la liquidación; 2.º, El de votar en las Juntas generales. El derecho de voto no puede ser ejercitado por el socio deudor moroso de dividendos

ha de atribuir toda acción. Relacionando este artículo con el 41, resulta que, normalmente, corresponderán al nudo propietario los siguientes derechos:

a) El de participar en el patrimonio resultante de la liquidación.

b) El derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones (43).

c) El de votar en las juntas generales, poseyendo el número de acciones que exijan los Estatutos, y no hallándose en mora en el pago de los dividendos pasivos.

Pero, además de los citados, la ley y la sociedad otorgan otros derechos a los socios, el ejercicio de los cuales—con la salvedad antes indicada—corresponderá también al nudo propietario (44).

Es de alabar el criterio simplificador manifestado por el legislador español, al dedicar un artículo a enumerar los derechos mínimos que toda acción concede. El art. 39 no tiene paralelo en el Código italiano, que en este punto sigue el sistema de tratar sucesivamente, y en distintos artículos, de cada uno de los derechos que concede la acción.

Como del derecho a la cuota de liquidación y del de suscripción preferente de nuevas acciones hemos de tratar después, dedi-

pasivos. Salvo disposición contraria de los Estatutos, el derecho de voto se pierde cuando las acciones hayan sido reembolsadas por la Sociedad. Los bonos de disfrute entregados a los titulares de las acciones ordinarias reembolsadas no conferirán este derecho.»

(43) En el artículo del Anteproyecto transcritó en la nota anterior no figura como puede observarse, este derecho de suscripción preferente; además, en el artículo 93 del Anteproyecto se decía: «Este derecho podrá ser excluido por disposición de los Estatutos o por el acuerdo de la Junta general de emisión de nuevas acciones.» Párrafo que no ha pasado a su equivalente, el art. 92 de la ley. Por tanto, hay que concluir que se ha dado a este derecho el carácter de inderrigible, a pesar de que la Exposición de motivos nos diga en este punto... «como únicas novedades citaremos... la consagración legal, aunque con carácter dispositivo, del derecho de los antiguos accionistas de suscribir con preferencia las nuevas acciones.» De esta suerte, no puede decirse ya—como hacia F. de SOLA CAÑIZARES («Comentarios al anteproyecto español de reforma de la Sociedad anónima»)—que la protección que aquel derecho concede a las minorías es ilusorio.

(44) URÍA, *Comentario...* cit., pág. 429, comenta así la frase: «los demás derechos de socio», aunque «dada la amplitud de sus términos, pudiera estimarse comprensiva, no sólo de los derechos mínimos de la acción de que habla el art. 39, sino de todos aquellos otros que la ley o los estatutos confieran al accionista. Mas a poco que se medite acerca de la naturaleza de ciertos derechos distintos de los enumerados en el art. 39 y conferidos por la ley al accionista, se observará que no podrán ser comprendidos en el usufructo, aunque los estatutos atribuyan al usufructuario con carácter general todos los derechos de socio, por tratarse de facultades que exceden de las peculiares de goce y disfrute en que consiste el usufructo». Entre esta categoría de derechos menciona URÍA los de transmitir y negociar las acciones que implicitamente reconocen a favor del accionista los artículos 14 y 46; y el de separarse de la sociedad, previsto en los arts. 85, 135 y 144. En cuanto a este último derecho, creemos que basta recordar que el usufructuario no es socio, y mal podrá separarse de la sociedad. Respecto del derecho a transmitir la cuota social, se facilitaría extraordinariamente con el desdoblamiento de títulos de que antes hablamos.

caremos este apartado a estudiar algunos aspectos del derecho de voto.

El problema que plantea la atribución del derecho de voto en el usufructo de acciones, no es uniformemente resuelto ni por la doctrina (45), ni por el derecho positivo.

Suele presentarse como más avanzado en la materia el Código suizo, cuyo art. 690 establece que «l'action gravée d'un droit d'usufruit est représentée par l'usufruitier; celui-ci est responsable envers le propriétaire s'il ne prend pas ses intérêts en équitable considération». Y el 755 del mismo Código preceptúa que «l'usufruitier a la possession, l'usage et la jouissance de la chose.—Il en a aussi la gestion.—Il observe, dans l'exercice de ces droits, les règles d'une bonne administration».

El párrafo 1.º del art. 2.352 del Código italiano es más explícito en este punto estableciendo que, «nel caso di usufrutto sulle azioni il diritto di voto spetta, salvo convenzione contraria... all'usufruttuario».

Comentando este último párrafo opina Gasperoni (46) que «podía discutirse fundadamente sobre la oportunidad de conceder al usufructuario tal derecho, que podría conducir a una modificación de la situación social incorporada en el título. Con ella (con la atribución del voto al usufructuario) se ha olvidado que el usufructuario de una acción, si es titular de un derecho real y puede ejercer como tal en relación con la Sociedad los derechos y facultades que son consecuencia natural de su posición de usufructuario, no está investido del «status» de socio, ni de todos los derechos que van unidos a esa especial condición jurídica».

A Asquini (47), sin embargo, no le parece mal la solución del Código, y escribe que «el usufructo sobre las acciones no sustrae al nudo propietario la posición de socio: pero de los derechos inherentes a la posición de socio, aquellos que son inherentes al goce de la acción, mientras dura el usufructo son transferidos al usufructuario. Esto es, aun no deviniendo socio, queda investido de una parte fraccionaria de los derechos de socio». En su consecuencia, concluye que «en relación con el derecho del usufructuario al goce de la acción, está, salvo convención contraria, su derecho (poder jurídico) a la participación en la gestión social en los límites establecidos por la ley; y por tanto, su derecho de intervención y de voto en la junta general». Sale después al paso de los que acusan al legislador de desconocer con aquella atribución los intereses del nudo propietario en la gestión social, afirmando que lo que a su juicio ocurre es que el interés del usufructuario es considerado

(45) Puede verse en la obra citada de GASPERONI, pág. 201, nota, una reseña de autores alemanes e italianos partidarios y contrarios de la concesión del voto al usufructuario. También en SÁNCHEZ TORRES, págs. 181 y ss.

(46) Ob. cit., págs. 201-202.

(47) Artículo cit., en «Riv. de Dir. Com.», págs. 20-21.

preferente por el legislador, atribuyéndole el carácter de «gestor ex lege» de los intereses del nudo propietario, con la consiguiente responsabilidad según los principios generales del usufructo. Recoge también Asquini la distinción que algunos han formulado entre juntas generales ordinarias y extraordinarias, pero con un criterio, más positivo que doctrinal, se limita a decir que «la ley ha preferido una disposición unitaria a una disposición casuística». La tutela de los derechos del nudo propietario la orienta en el sentido de exigir responsabilidad al usufructuario, por abuso en el ejercicio del voto; responsabilidad que puede implicar, no sólo resarcimiento de daños y perjuicios, sino transferencia de la posesión de la acción al nudo propietario, en virtud del art. 1.015, que coincide con el 520 de nuestro Código.

En la doctrina francesa es frecuente atribuir al usufructuario el derecho de votar en las juntas generales ordinarias. En este sentido escribe Escarra (48): «Es ciertamente el usufructuario quien tiene derecho de voto en las juntas generales ordinarias, porque son las que votan el dividendo que pertenece al usufructuario. La cuestión es más delicada para las juntas generales extraordinarias que modifican los estatutos y, en consecuencia, estatuyen sobre los derechos inherentes a la cualidad de socio». Igualmente opinan, por lo que se refiere al primer punto, Ripert (49) y Thaller-Perceau (50).

En la doctrina española Dalmases se había pronunciado por la concesión del voto al usufructuario, creyendo que los preceptos del Código civil relativos al usufructo dejan implícitamente el campo abierto a una tal solución. Sánchez Torres, después de exponer la doctrina de los partidarios de la atribución del voto, respectivamente al usufructuario y al nudo propietario, en términos absolutos, y de los que atribuyen tal derecho caso por caso o según la clase de junta general de que se trate, no se pronuncia abiertamente por ninguna solución si bien se inclina a la indicada en último lugar, es decir, a la que distingue entre juntas ordinarias y extraordinarias, concediendo el voto al usufructuario en el primer caso y negándoselo en el segundo.

Para dar una solución acertada a esta cuestión será preciso recordar una vez más la distinción antes establecida entre relaciones internas y externas. Desde el punto de vista del Derecho civil, y pese a que nuestro Código no es nada explícito, creemos existe en sus preceptos apoyo suficiente para reconocer al usufructuario la administración de la cosa usufructuada. En lo referente a las relaciones externas o de la sociedad con los interesados en el usufructo, hay que tener en cuenta que no puede señalarse una línea divisoria clara entre lo que es pura administración y lo que afec-

(48) Ob. cit., pág. 426.

(49) Ob. cit., pág. 408.

(50) Ob. cit., núm. 686.

ta a la disposición de la cosa. La atribución exclusiva del voto al nudo propietario puede dar lugar a situaciones francamente injustas. Como dice Asquini (51): «en la materia de la determinación y distribución de utilidades puede, naturalmente, surgir un contraste de intereses entre el socio nudo propietario y el usufructuario»; el primero, en efecto, tenderá a una acumulación de reservas que extinguido el usufructo percibirá al disolverse la sociedad; al segundo, interesa la inmediata percepción de beneficios, pues ignora la duración de su derecho. Concediéndosele el voto tiene defensa el usufructuario frente a las naturales apetencias del nudo propietario, de otra suerte queda inerme. Ciento que es inoperante el voto del usufructuario frente a una mayoría adversa, pero pensemos en el usufructo de un paquete de acciones que sea mayoritario. La concesión del voto al usufructuario se basará, pues, en razones de conveniencia u oportunidad. El legislador italiano ha estimado prevalente el interés del usufructuario; la nueva ley española, sin embargo, ha procedido con más cautela, y sorteando, de una parte, los peligros que la doctrina ha visto en la atribución exclusiva del voto al usufructuario, y así como de otro, las dificultades de una disposición casuística preceptúa que, en principio, sea el nudo propietario el titular del voto. Los estatutos, no obstante, pueden ordenar que tal derecho corresponda al usufructuario. De donde resulta con claridad que la regulación legal en este punto es meramente dispositiva, sólo entra en acción cuando los estatutos no han establecido otra cosa.

Es curioso contrastar el artículo 470 del Código civil, con la salvedad citada del párrafo primero del artículo 41 de la nueva ley. Según esta última, los estatutos pueden aumentar el contenido del usufructo acciones, reconociendo al usufructuario otros derechos a más del dividendo. Conforme al primero «los derechos, y las obligaciones del usufructuario serán las que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes» (arts. 471 a 512, inclusive). Aquí se otorga preferencia al título constitutivo, allá a los estatutos sociales; es decir, a algo extraño a la voluntad del usufructuario y del nudo propietario, que es posible, incluso, que ambos desconozcan. ¿No existe aquí una aparente contradicción? Es de advertir que en el derecho italiano no son los estatutos los que pueden otorgar las disposiciones del mismo en materia de atribución del derecho de voto, sino la «convenzione contraria» de las partes; con lo cual se orienta en el sentido del artículo 470 de nuestro Código. También es de notar que «la convenzione contraria» de las partes sólo tiene eficacia en materia de voto, pero no respecto del derecho a la cuota de liquidación ni al derecho de suscripción preferente.

(51) Art. cit., pág. 21.

La solución de esa contradicción aparente está en esto: El derecho italiano no ha deslindado con precisión la esfera de relaciones internas y el ámbito de relaciones externas en materia de usufructo de acciones, en tanto que la nueva ley española sí ha sabido hacerlo. No hay tal contradicción si se admite que una ley de sociedades anónimas sólo puede establecer quien está legitimado frente a la sociedad anónima para «ejercer» los derechos derivados de la acción. Subrayemos de paso que el «Nuovo Codice civile» tampoco ha establecido con claridad en todos los casos el carácter dispositivo de sus preceptos en este punto.

Por su relación con el derecho de voto las legislaciones que se lo otorgan al usufructuario le reconocen igualmente el de impugnar los acuerdos sociales ilegítimos; pero en tal caso, como dice Asquini (52): «el usufructuario actúa no sólo en su propio interés, sino como gestor del nudo propietario».

En nuestra legislación tal derecho corresponde al nudo propietario; el artículo 69, en efecto, sólo habla de accionistas, y en el caso de usufructo—recuérdese—la cualidad de socio reside en el nudo propietario. El usufructuario es un tercero frente a la sociedad, y en calidad de tal le afecta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 67 de la ley: «La sentencia que estime la acción producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado.» De modo que si un acuerdo social ha otorgado al usufructuario el derecho de suscribir nuevas acciones, violando lo dispuesto en los estatutos, la sentencia que estime una acción de impugnación de aquel acuerdo no impedirá al usufructuario de buena fe hacer suyas las acciones adquiridas, ya en virtud de aquel derecho. Como el citado párrafo segundo del artículo 67 no distingue y el párrafo primero comprende a ambos, habrá que entender que el mismo efecto producirá la acción de nulidad ejercitada en base al juicio declarativo ordinario.

III. MODIFICACIONES DEL USUFRUCTO DE ACCIONES

Hemos hecho hasta aquí algunas reflexiones sobre el usufructo de acciones en su condición que pudieramos llamar «estática»; esto es, hemos tratado de proyectar las normas de la nueva ley sobre un usufructo de acciones normalmente constituido: a quienes atribuye el voto, cómo se reparte el dividendo. Pero el objeto del usufructo de acciones puede sufrir modificaciones por aumento o reducción del capital social o por disolución de la sociedad (53). A tales alteraciones podemos denominar «dinámica» del usufructo de acciones.

(52) Loc. cit., pág. 25.

(53) Dejamos fuera de nuestro estudio las causas de extinción comunes a toda clase de usufructos.

I. POR AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL (54)

Particularmente interesantes son las vicisitudes que el usufructo de acciones sufre al elevar la cifra del capital social.

Cuando la sociedad aumenta su capital sin incremento actual de su patrimonio nos hallamos en presencia de un aumento meramente nominal del capital social, pero si a la elevación de la cifra de capital social subsiguen aportaciones económicas efectivas—ya se realicen de inmediato, ya se señale una fecha posterior para su realización—nos encontramos ante un aumento real de capital social. Aumento nominal no significa aumento ficticio, sino que existiendo un patrimonio líquido superior a la cifra de capital social, proveniente de beneficios no repartidos, revalorizaciones, etc., la sociedad acuerda transformarlo en patrimonio jurídicamente contabilizado, esto es, en capital social.

«El aumento de capital en la Sociedad por acciones—dice Asquini (55)—puede tener lugar en tres formas: *a*), aumento mediante paso de reservas disponibles a capital con aumento del valor nominal de las acciones existentes (revalorización de las acciones); *b*), mediante paso de reservas disponibles a capital con emisión de nuevas acciones asignadas gratuitamente a los accionistas en proporción a las por ellos ya poseídas, y *c*), mediante afluencia de capital nuevo con emisión de nuevas acciones, las cuales, salvo las excepciones previstas por la ley, deben ser ofrecidas en opción a los accionistas antiguos en proporción a las acciones por ellos poseídas.» Las dos primeras formas constituyen un aumento nominal, y la tercera un aumento real del capital de la sociedad. Debe advertirse que muchas veces la sociedad emplea varias de las citadas formas simultáneamente.

En la nueva ley española están previstas estas tres formas de aumento del capital social. De aumento de valor nominal de las acciones antiguas hablan el artículo 88 y el párrafo segundo del 94; de la emisión de acciones gratuitas, el párrafo primero

(54) Ha merecido particular atención por parte de la doctrina el examen de los problemas que plantea la repercusión del aumento del capital social en el usufructo de acciones, especialmente el aumento operado mediante emisión de acciones a suscripción pública en relación con el derecho de preferencia de los antiguos accionistas. Además de ASQUINI, art. cit., pueden consultarse: ASCARELLI, *Diritto d'opzione ed usufrutto di azioni*, en «Riv. trim. di Dir. e Procedura», 1949, página 271; BIGIAVI, en la misma revista, *Estensione dell'usufrutto alle azioni optate?*, 1947, pág. 584; BOFARULL, art. cit., en «Rev. de Der. Pri.»; BOUTHELIER, *El derecho de suscripción preferente de nuevas acciones*, «Rev. de Derecho Mercantil», núm. 30, 1950, págs. 327 y ss.; FERRI, *Distribuzioni di azioni gratuite collegata con emissione a pagamento e diritto individuale degli azionisti*, «Riv. di Dir. Com.», 1939, II, pág. 484, tomo XXXVII; Idem, *Il diritto dell'usufruttuario sulle azioni optate*, «Nuova Riv. di Diritto Commerciale», 1948, pág. 123; JANTON, *Etude financière et juridique sur l'augmentation du capital dans les Sociétés Anonymes*, Paris, 1931; MONTESSORI, *Il diritto d'opzione nella emissione di nuove azioni*, «Div. di Dir. Com.», 1921, pág. 446, tomo XIX.

(55) Art. cit., pág. 26.

del 94, y de la emisión de acciones ofrecidas a suscripción pública, el 88 y siguientes. Asimismo, el artículo 93 establece los presupuestos del derecho de preferencia en la suscripción de acciones nuevas que declara el artículo 39.

A) *Mediante aumento del valor nominal de las acciones antiguas.*

Estando sujetas a usufructo acciones de una sociedad anónima que legalmente eleva el valor nominal de aquéllas, nos encontramos con que—en apariencia al menos—el capital, la sustancia productora, se ha incrementado, y podemos preguntarnos acerca de la atribución patrimonial de dicho aumento. ¿Puede el usufructuario alegar que le corresponde en concepto de fruto aquella elevación del valor nominal de la acción, deviniendo, por tanto, copropietario de la misma? ¿Podrá, al menos, extender su derecho de usufructo sobre aquella porción nueva del valor nominal de las acciones usufructuadas?

Ciertamente no tenemos un precepto expreso que nos diga que en el caso que consideramos las acciones incrementadas en su valor nominal, en virtud de acuerdo social válido, siguen perteneciendo al nudo propietario, pero sometidas a usufructo; sin embargo, ésta es la solución justa.

Si se trata de revalorizaciones del activo social—cosa nada infrecuente en épocas de devaluación económica—, en modo alguno puede pretender que se le atribuya; si se han transformado en capital reservas o beneficios no repartidos, tampoco; pues su derecho se limita «a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo». Como ha escrito Ferri (56): «El derecho a la participación en los beneficios no excluye la posibilidad de que las ventajas sociales, antes que repartidas, sean utilizadas, según el juicio indiscutible de la junta general, para la realización de los fines sociales: aquí no podría hablarse de una exclusión del socio del reparto, ya que el hecho mismo de que los beneficios se empleen en el interés social supone que indirectamente todos los socios se beneficien.»

El usufructuario disfruta de una acción cuyo valor nominal, en efecto, se ha elevado. Pero debe distinguirse entre el valor nominal y el valor real de las acciones. Este último—como dice Ascarelli (57)—«se halla en función del patrimonio social neto; sean cualesquiera las denominaciones (capital, reservas, utilidades no distribuidas) que pueden corresponder en el pasivo del balance a este valor que a su vez resulta de la diferencia entre bienes y créditos de la sociedad, de un lado, y sus débitos, de otro. El valor nominal de la acción corresponde al resultado de la división

(56) Art. cit. en la *Riv. di Dir. Com.*, pag. 488.

(57) Art. cit., pag. 272.

del capital social por el número de acciones. El primero es un dato económico, continuamente variable; el segundo, un dato jurídico fijado en los Estatutos y alterable solamente con una modificación de ellos». Objeto del usufructo de acciones es una cuota del patrimonio social proporcional a la cuota de capital social representada por la acción; lo decisivo es el patrimonio, el valor real de la acción.

Importa, ciertamente, a la sociedad, y sobre todo a los acreedores, que sea cada vez mayor la cifra del capital social, y por eso se acuerda su incremento. Pero esta elevación no afecta a las relaciones entre usufructuario y nudo propietario, pues se trata en realidad de una simple expansión del valor nominal de las acciones antiguas; en consecuencia: las acciones incrementadas en su valor nominal pertenecen en nuda propiedad al antiguo accionista, y en disfrute al usufructuario. Este aumento puede hacerse mediante la emisión de nuevos títulos o el estampillado de los antiguos. En el primer caso, el usufructuario tendrá derecho a poseer los títulos nuevos; en el segundo, a exigir se le estampllen los que ya posee.

B^o *Mediante emisión de nuevas acciones gratuitas.*

Esta forma de aumentar el capital está prevista, como hemos indicado, en el artículo 94 de la ley, conforme al cual «el aumento de capital podrá también realizarse con cargo a las reservas disponibles de la sociedad mediante traspaso de la cuenta de reservas a la de capital y entrega a los accionistas de nuevas acciones ordinarias en proporción a las que ya posean y sin exigirles desembolso alguno».

Idénticas reflexiones a las que hemos hecho en el apartado anterior pueden repetirse en éste para señalar las repercusiones que esta forma de aumentar el capital puede tener en el usufructo de acciones. Las nuevas acciones gratuitamente emitidas con cargo a reservas disponibles no son un fruto que pueda pretender el usufructuario, pues como dice Garrigues (58): «los beneficios, una vez incorporados a una reserva especial, pierden «ipso facto» aquel carácter para convertirse en patrimonio vinculado a la garantía de los acreedores». Por otro lado, no hay razones para que esas acciones nuevas queden fuera del usufructo, de modo que deben ser emitidas a nombre del nudo propietario y quedar sometidas al vínculo de usufructo. En este sentido opinan casi todos los autores, aun aquellos que luego discrepan al solucionar el supuesto siguiente (59).

(58) *La revalorización de los activos en los balances mercantiles.* «Revista de Derecho Mercantil», 1949, pág. 213.

(59) Así en la doctrina italiana ASCARELLI, BIGIAVI, FERRI y MESSINEO. En España en el mismo sentido LARRAZ, en tanto que SÁNCHEZ TORRES, así en este

C) *Mediante emisión de acciones a suscripción pública.*

El supuesto más frecuente, y el más interesante en relación con el usufructo de acciones, es el de emisión de acciones, cuyo contravalor—como dice el artículo 88 de la ley—está representado por nuevas aportaciones al patrimonio social. Se trata, pues, de un aumento no meramente nominal, sino efectivo y real del capital de la sociedad anónima.

Supuesta la diferencia existente entre capital y patrimonio, y supuesto que el derecho del titular de una acción tiene por objeto no ya el valor nominalmente indicado en ella, sino una cuota de participación en el patrimonio social proporcional a aquél valor, se comprende que si el precio de emisión de las acciones nuevas es igual al valor efectivo de las acciones existentes, la operación no tiene repercusión sobre éstas, puesto que conservarán su precedente valor efectivo. Pero si el precio de emisión de las nuevas acciones es inferior al valor efectivo de las acciones existentes—es decir, emisión por su valor nominal en presencia de un valor efectivo muy superior—la operación implicará una contracción en el valor efectivo de las acciones antiguas. Se da aquí, como dice Ascarelli, un enriquecimiento del suscriptor a costa de un empobrecimiento del accionista.

En ayuda del accionista antiguo, que acaso ha estado percibiendo dividendos escasos, y cuya perseverancia debe ser compensada y no burlada en el momento de euforia económica de la sociedad, acude la ley reconociéndole como derecho individual, del que no puede ser privado, el de suscribir preferentemente las nuevas acciones que la sociedad emita a título oneroso; derecho que la doctrina y la legislación italiana denomina «opción», denominación inexacta, al menos si se toma la opción en su sentido técnico.

Prescindiendo de un examen a fondo de la naturaleza de este derecho de suscripción preferente (60), para nuestro objeto nos interesa esclarecer dos problemas: determinar si tal derecho es un fruto que pertenezca al usufructuario, y en caso negativo dilu-

caso como en el anterior, parece opinar que las nuevas acciones corresponden en plena propiedad al nudo propietario de las antiguas. Creemos que URÍA cuando escribe (obra cit., pág. 432) que «las nuevas acciones emitidas con cargo a plusvalías corresponderán en todo caso al nudo propietario, cualquiera que sea el momento en que la plusvalía se produzca y se reparta en forma de acciones nuevas, porque esas acciones no tendrán la consideración de frutos y representan un aumento del patrimonio efectivo de la sociedad que como tal aumento corresponde al propietario del capital», no se ha ocupado de la extensión del usufructo anteriormente existente sobre las nuevas acciones; problema que, sin embargo, no debe eludirse.

(60) Puede consultarse el estudio de BOUHELIER citado en particular, páginas 338 y ss.

cidar el destino de las nuevas acciones en relación con la posible extensión a las mismas del primitivo vínculo de usufructo.

a) *Sobre el carácter de fruto del derecho de suscripción preferente.*

A la pregunta de si el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones es un fruto de las acciones primitivas, encontramos las respuestas siguientes en la doctrina extranjera:

Montessori, que fué uno de los primeros escritores que se ocuparon en Italia del tema, opinaba que «el derecho de opción no es un rédito, sino el derecho de ser preferido a otro en la formación de un negocio jurídico. En la suscripción de nuevas acciones importa dar la preferencia a quien tiene la propiedad de la acción mejor que a aquél que sobre la acción tiene sólo un derecho real parcial y temporal» (61).

Staub-Pinner dice que «es difícil hacer entrar este derecho en el concepto de fruto, ya que no se trata de un derecho que brota inmediatamente de la cosa (del título), sino más bien de un derecho ligado a la acción de adquirir nuevas acciones a título oneroso» (62).

Chambaz-Le Blond se manifiesta en el mismo sentido, afirmando que «el derecho de suscripción no es un fruto de la acción, pues le falta el carácter esencial de fruto, la periodicidad; es un accesorio del capital que pertenece «par voie d'accroissement» al nudo propietario...» (63).

Del mismo parecer es Gasperoni, para quien «el derecho de opción no deriva directamente de las acciones como los frutos derivan de la cosa, sino está íntimamente unido a la persona de los accionistas que han contribuído a constituir la situación económica de la sociedad» (64).

Más recientemente Ascarelli ha mantenido análoga doctrina, sosteniendo que el derecho de opción no constituye un fruto o una utilidad derivada de las acciones antiguas. Constituye un derecho «ab origine» inherente a las acciones antiguas y encaminado a impedir que el valor de éstas pueda resultar perjudicado por medio de un aumento de capital...» (65).

En la doctrina española, Dalmases (66), si bien hablaba ya de una opción, lo hacía en sentido distinto al que nos ocupa. Sánchez Torres (67) sostiene con abundancia de argumentos que el derecho de suscripción preferente no es un fruto, ni un produc-

(61) Art. cit., pág. 21.

(62) Kom. z. H. G. B., 1926, pág. 282.

(63) *Précis des Sociétés*, 1937, núm. 1.590.

(64) *Usufrutto di azioni e diritto di opzioni*. «Riv. Dir. Com.», 1943, II, página 165, tomo XLI.

(66) Obra citada, pág. 221.

(66) Obra citada, pág. 221.

(67) Obra citada, págs. 77 y ss.

to, ni un subproducto, ni tampoco un beneficio de explotación, llegando por vía de eliminación a la conclusión de que el derecho de suscripción es capital. Larraz (68) entiende que este derecho corresponde conjuntamente al usufructuario y al nudo propietario, con lo cual implícitamente prejuzga su naturaleza. Martínez de la Fuente sostiene, con argumentos poco convincentes, la concesión del derecho de preferencia al usufructuario (69). Borrrell (70) indica «que en principio tal derecho debe ser concedido al nudo propietario, ya que no puede ser considerado como verdadero fruto, siempre que con ello no se esconde un aumento de capital mediante acumular a él beneficios, cosa que ocurrirá cuando el valor de emisión sea inferior al real», pero no se entiende muy bien qué quiere decir con esto último, pues precisamente el fundamento del derecho de suscripción preferente se ve con claridad en tal supuesto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de enero de 1947, ha sostenido «que el derecho de suscripción de nuevas acciones atribuído a los accionistas de una sociedad anónima no es fruto de las antiguas, ya que el fruto es algo producido por la cosa que lo da, y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan análogo carácter»; concluyendo categóricamente con la afirmación de que «el derecho a la suscripción de las nuevas acciones no tiene carácter de fruto». Doctrina que entendemos vigente aun después de la promulgación de la Ley de 19 de julio de 1952.

En la nueva ley, el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones es uno de los derechos mínimos que atribuye toda acción, siendo de notar que el artículo 39 de la misma no emplea—acertadamente—el término «opción», sino el más exacto de preferencia. Igual terminología emplea el artículo 92, que se ocupa de reglamentarlo en la forma siguiente: «En toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones los antiguos accionistas podrán ejercitar, dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la Sociedad, y que no será inferior a un mes, el derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean.»

Nos parece acertado que la ley no haya utilizado la denominación de «opción» para referirse al derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones; propiamente tal derecho no es una opción, sino un derecho de tanteo de origen legal sobre

(68) Art. cit., págs. 24-25.

(69) *El derecho del usufructo de acciones de Sociedades sobre las reservas sociales y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones*, en la «Revista de Derecho Mercantil», núm. 10; pág. 121, 1947.

(70) Art. cit., pág. 1082.

bienes muebles, condicionado a que la sociedad emita acciones nuevas con los requisitos exigidos por la ley (71).

A menos que los estatutos no dispongan otra cosa, está claro que en el caso de usufructo sobre las acciones el derecho de preferencia en la suscripción corresponde al nudo propietario. Así se deduce del párrafo primero del artículo 41 en relación con el artículo 39. El mismo resultado se obtiene considerando que el artículo 92 habla de «los antiguos accionistas», y recordando que en el supuesto de usufructo la cualidad de socio reside en el nudo propietario. La nueva ley española ha seguido en este punto la opinión casi unánime de la doctrina.

Mas no todos los problemas quedan resueltos con afirmar que en principio tal derecho de preferencia corresponde al nudo propietario. ¿Qué sucederá cuando el nudo propietario manifieste que no le interesa ejercitar la preferencia, o simplemente deje transcurrir inactivo el plazo concedido para ello? Nos encontramos en presencia de una laguna legal.

Creemos inaceptable una primera solución—negativa—que pudiera adoptarse: el derecho no ejercitado por el titular no podrá ser ejercitado por nadie. Según Escarra (72), parecida postura es la mantenida por la jurisprudencia francesa.

Otra solución consiste en atribuir al usufructuario con carácter subsidiario tal preferencia adquisitiva. A esto puede objetarse que el usufructuario carece de la cualidad de socio; es, frente a la sociedad, un extraño. Ya Montessori se oponía a esta tesis defendida por Miglioranzi, y la opinión del primero ha sido recogida por el nuevo Código italiano. Dispone, en efecto, el artículo 2.352 del citado cuerpo legal que «qualora il socio non provveda almeno tre giorni prima della scadenza al versamento delle somme necessarie per l'esercizio del diritto di opzione, questo deve essere alienato per conto del socio medesimo a mezzo di un agente di cambio o di istituto di credito». Con ello se apunta a una tercera solución que, en nuestra opinión, es la procedente. Ni atribución exclusiva al nudo propietario, con olvido de la existencia del derecho de usufructo, ni concesión subsidiaria al usufructuario, pasando por alto que carece de la condición de socio. Se impone coactivamente la circulación del derecho de opción o de suscripción preferente, con lo cual se evita que una actitud descuidada, negligente o francamente dolosa origine quebrantos económicos al usufructuario. Como dice Ascarelli (73): «El propietario es libre de ejercitar o no ejercitar el derecho de opción, pero no puede perjudicar al usufructuario alterando con su actitud, en provecho suyo y con daño del usufructuario, el valor de

(71) Igual lo denomiña BOFARULL en tanto que SÁNCHEZ TORRES no se muestra conforme con tal designación. GAY DE MONTELLA y MARTÍNEZ DE LA FUENTE hablan de opción.

(72) Obra citada, págs. 425-426.

(73) Art. cit., pág. 265.

la cosa objeto de usufructo; es natural que si el propietario no ejercita el derecho de opción se venda ésta por cuenta del propietario...»

Es de advertir que un ejercicio conjunto del derecho de suscripción preferente por parte de ambos interesados—como propongan Ripert y Larraz—tampoco soluciona, antes bien, complica el problema de una postura negligente de cualquiera de ellos.

b) *Sobre la extensión del usufructo a las nuevas acciones.*

Ya ejercite el socio nudo propietario su derecho de suscripción preferente, ya lo enajene o se enajene por su cuenta y riesgo, otro problema queda en pie. Las nuevas acciones adquiridas mediante aquel derecho o el precio obtenido en la enajenación del mismo, ¿constituyen un fruto de las acciones primitivas que deba atribuirse al usufructuario? ; o al menos, ¿quedarán también sometidas al vínculo de usufructo?

En la nueva ley española—como ha hecho notar Bigiavi (74)—no se encuentra solución para este problema. A continuación trataré de ofrecer un resumen de las posiciones adoptadas por la doctrina italiana advirtiendo que su Código tampoco ofrece respuesta a estas interrogantes; razón por la cual no debe criticarse demasiado a nuestra ley tan inspirada en su articulado. Si bien determinar si las acciones adquiridas en virtud del derecho de suscripción preferente, o el precio de venta en su caso, están sometidas al derecho de usufructo, es materia propia del derecho civil, aunque nuestro Código—innecesario es decirlo—nada dispuso en este punto.

Hay unanimidad en reconocer que las nuevas acciones suscritas por el nudo propietario no constituyen un fruto de las primitivas. No podía ser de otro modo, puesto que en los casos estudiados sub a) y sub b) concluímos que ni las acciones gratuitamente repartidas a los antiguos accionistas, ni el aumento de valor de las acciones existentes tenían carácter de fruto; mucho menos ahora, con una adquisición a título oneroso.

Tal unanimidad no reina, sin embargo, cuando se trata de la posible extensión del usufructo a las nuevas acciones adquiridas en virtud del derecho de preferencia.

Entre los autores partidarios de una solución negativa pueden citarse: Gasperoni, Ferri—al menos en una primera etapa—y Messineo. Más recientemente, Bigiavi (75) ha sostenido, en artículo que ha dado lugar a grandes polémicas, la tesis negativa, acusando a algún autor—concretamente a Ferri—de haber muñido de opinión por razones puramente prácticas. La postura

(74) Ver artículo que dedicó al Anteproyecto en la «Revista de Derecho Mercantil», núm. 27, pág. 344.

(75) Ya citado en la «Riv. tri. di Dir. e Procedura».

de Bigiavi puede resumirse en estas palabras suyas: «La verdad es que cuando el socio ejercita el derecho de opción adquiere las nuevas acciones a título oneroso. Basta esta sencilla consideración para excluir una extensión del usufructo. No se objete que nos encontramos ante una adquisición a título oneroso, mas realizada con condición de particulares ventajas para quien la efectúa. Replicaré sintéticamente que la onerosidad no excluye una eventual ventaja, así como la gratuidad no se excluye por la coetánea presencia de un elemento oneroso.» En cuanto al supuesto empobrecimiento del usufructuario, que como veremos alegan los partidarios de la tesis positiva, nuestro autor se expresa así: «La constatada «desventaja» es una premisa ciertamente exacta, pero... irrelevante. En efecto, quien busca la perfecta «justicia social» en el ámbito de las sociedades es un iluso y un utópico. No vacilo añadir que en la reglamentación jurídica de estos entes es fatal que semejante justicia sufra «entorses»... Creo poder concluir que el usufructo no se extiende a las acciones optadas» (76). Trata a continuación del supuesto previsto en el derecho italiano —y que creemos puede tener aplicación en el nuestro—, consistente en que el derecho de suscripción preferente se venda por cuenta del socio nudo propietario. Sin adoptar una actitud definitiva. Luego de examinar los argumentos en favor de una y otra solución, escribe que no se daría contradicción alguna sosteniendo la no extensión del usufructo a las acciones adquiridas en virtud de la «opción», al mismo tiempo que la extensión de aquél al precio de venta de la misma, caso de no ejercitarse por el nudo propietario.

«*Ferri*, como hemos visto antes, defendía la no extensión del usufructo a las nuevas acciones, pero luego varió de opinión—y ello le valió la crítica de Bigiavi—, afirmando en una nota aparecida en «*Foro italiano*»: «No hay duda que el derecho de opción entra en la categoría de las utilidades aleatorias, producidas por la acción, y, por tanto, sobre la extensión del goce del usufructuario a las acciones optadas o a las sumas obtenidas por la venta del derecho de opción. En el caso de que se ejercite el derecho de opción, así como es necesario el pago del capital sobre las acciones nuevas, y así como corresponde al propietario suministrar las sumas necesarias, sobre tales sumas deberán computarse los intereses a favor del propietario y a cargo del usufructuario.» Más tarde se ratifica en esta última tesis (77), defendiéndose de la acusación de Bigiavi, afirmando que en aquella ocasión su pensamiento no era tan neto y definitivo como pretende este autor.

Messineo, por su parte, no participa de la opinión de Ferri, «a mi entender—dice—, entre las utilidades aleatorias de la ac-

(76) Loc. cit., pág. 595.

(77) En la «*Nouva Riv. di Diritto Com.*», art. cit., págs. 123 y ss.

ción no puede incluirse la acción nueva, porque no es utilidad aleatoria en cuanto que en la parte que corresponde al derecho de opción es elemento virtualmente ya contenido en la acción antigua, y, por tanto, no aleatoria; y en la parte correspondiente al derecho de emisión no es una utilidad de la acción antigua, porque implica desembolso de nuevo dinero». Tampoco sigue ahora la tesis negativa, y reconoce lealmente el cambio de parecer: «Sobre la base de la vieja legislación—escribe—, que era totalmente muda al respecto, yo había seguido y defendido la opinión de que sobre las acciones de nueva emisión perteneciese un pleno derecho al nudo propietario de las acciones antiguas, excluyendo así la extensión del usufructo de las antiguas a las nuevas acciones. Con la entrada en vigor del nuevo Código me había reforzado en la opinión precedentemente expresa..., pero entiendo ahora, y es mérito de Asquini habérmelo persuadido, que la interpretación que daba de la norma indicada es formalística, porque descuida las razones (o derechos) del usufructuario sobre el derecho de opción, desincorporado de las acciones antiguas...» En consecuencia, aunque con base a razones diversas de las que sirven de fundamento a Ferri, concluye en el sentido de extender el usufructo a las acciones nuevas.

Asquini (78), en el artículo cuya lectura había hecho mudar de opinión a Messineo, manifiesta que «si el derecho de opción es un elemento patrimonial de la acción, dirigido a asegurar al accionista la integridad de la cuota de participación en el patrimonio social, en el caso de aumento de capital, no puede dudarse que el usufructo sobre la acción se extienda también a tal elemento patrimonial. La disponibilidad del derecho de opción, pertenecerá, cierto, al accionista nudo propietario, pero el goce del valor patrimonial, representado por el derecho de opción, no puede sino pertenecer, mientras dura el usufructo, al usufructuario». En cuanto al modo de extenderse este usufructo, Asquini entiende que si se enajena el derecho de opción, el usufructo recaerá sobre el precio obtenido; pero si se ejercita, «el usufructo no puede recaer sino sobre una cuota de cada nueva acción, suscrita por el nudo propietario, correspondiente al valor en que mediante la operación se han empobrecido las acciones antiguas en beneficio de las nuevas, cuota que será aproximadamente igual al valor en el mercado del derecho de opción..., a menos que las partes no prefieran concentrar el usufructo sobre un número de nuevas acciones de valor equivalente..., o extender el usufructo a la totalidad de las acciones optadas, acreditando al nudo propietario los intereses legales sobre el pago hecho por él».

Tratando de encontrar un fundamento positivo a su postura, Ascarelli (79) llega también a un resultado análogo al de Asquini.

(79) Art. cit., págs. 282-283.

(78) Art. cit., pág. 27.

Escaso tratamiento ha merecido en la doctrina francesa el tema de la posible extensión del usufructo a las nuevas acciones adquiridas en virtud del derecho de preferencia. Casi todos los autores pasan por alto esta cuestión. Sólo Ripert se refiere brevemente a él, mostrándose partidario de la tesis positiva.

En la doctrina española, Sánchez Torres niega la extensión del usufructo a las nuevas acciones; en tanto que Borrell es partidario de la tesis contraria, si bien con la secuela de abonar al nudo propietario intereses legales mientras dure el usufructo; en igual sentido se expresan Bofarull y Larraz, así como la sentencia de 23 de enero de 1947. Entre los comentaristas de la nueva ley, Uría ha sostenido la tesis negativa, si bien con argumentos nada convincentes (80).

Por nuestra parte nos inclinamos resueltamente por la tesis positiva. Ni el derecho de suscribir preferentemente nuevas acciones, ni las nuevas acciones mismas son en modo alguno un fruto de las antiguas. Pero el derecho de suscripción preferente se da también para salvaguardar la integridad del derecho de usufructo, el cual recaerá sobre la totalidad del precio obtenido en caso de su venta, o se extenderá, no a todas, sino a una parte de las acciones en caso de ejercicio. Debe evitarse—a nuestro juicio—gravar al usufructuario con la carga de los intereses legales mientras dure el usufructo (81), cosa que la misma ley ha hecho en la regulación de los dividendos pasivos, y para ello nada mejor que extender el usufructo—siempre que ello sea posible—, a una parte nada más de las nuevas acciones; acciones que representen el valor en el mercado del derecho de preferencia.

Resumiendo lo expuesto sub a') y sub b'): salvo la disposición en contrario de los Estatutos sociales, en el supuesto de emisión de acciones a suscripción pública, corresponde al nudo propietario el ejercicio del inderogable derecho de preferencia que le atribuye la ley.

Si el nudo propietario no ejercita el referido derecho y lo enajena, el usufructo preexistente recaerá sobre su precio.

Si el nudo propietario no lo ejercita ni lo enajena, debe concederse al usufructuario la posibilidad de pedir que el derecho de suscripción preferente se venda por cuenta del socio nudo propietario, recayendo también el usufructo sobre el precio obtenido. En todo caso, el nudo propietario responde al usufructuario de los

(80) *Comentario...* cit., pág. 433. Se fundamenta exclusivamente en los términos literales del párrafo 1.º del art. 41 de la ley; sin embargo, creemos que el problema de la extensión del usufructo a las nuevas acciones pertenece también al derecho civil, no pudiéndose, en consecuencia, argumentar con preceptos mercantiles exclusivamente.

(81) Pudiera suceder que, sin causa que lo justifique, constituyese un negocio ruinoso para el usufructuario, por ejemplo, en el caso de que los dividendos de las acciones fuesen reiteradamente inferiores al tipo del interés legal.

perjuicios que con su omisión le cause, al amparo de lo dispuesto en el art. 489 del Código civil.

En el supuesto de ejercicio, las nuevas acciones que el nudo propietario adquiera quedarán sometidas al usufructo preexistente en la parte que corresponda al derecho de preferencia; lo más conveniente para ello es concentrar el usufructo—sea de común acuerdo, sea con la intervención judicial—en la parte de las nuevas acciones que corresponda al valor de aquel derecho, quedando el resto en plena propiedad para el, hasta entonces, nudo propietario de las acciones antiguas. El procedimiento de extender el usufructo a la totalidad de acciones nuevas, gravando al usufructuario con la obligación de abonar intereses legales de la cantidad abonada por el socio mientras dure el usufructo, complica innecesariamente las relaciones entre ambos.

2. POR REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL.

En tanto que—como escribe Messineo (82)—el aumento efectivo de capital es indicio de la necesidad de nuevos medios para la consecución del fin social, pero con perspectiva de un empleo provechoso, la reducción efectiva del capital es, por el contrario, indicio de abundancia de medios, que se prevé no podrán encontrar empleo. Junto a una reducción efectiva del capital, podemos hablar de otra meramente nominal; una y otra están previstas en la nueva ley, en la que encontramos, además, una reducción de capital de carácter voluntario, y otra necesaria u obligatoria (esta última regulada en el inciso final del art. 99), así como una reducción que se actúa observando todos los requisitos exigidos en el capítulo V de la ley, y la que tiene lugar sin la observancia de los mencionados requisitos, en el supuesto de «amortización con arreglo a beneficios o a las reservas libres» (art. 101).

¿Cómo influye la reducción del capital en el usufructo de acciones? Si se actúa mediante «la condonación de dividendos pasivos» (art. 98), en apariencia el objeto del usufructo no sufre alteración; sin embargo—como dice Asquini (83)—, «ello va en beneficio del usufructuario, en el sentido de que no estará por más tiempo expuesto a la obligación de anticipar las sumas para tales pagos». Esto último es también exacto en nuestro derecho, pues, como hemos visto, el art. 41, párrafo 2º, impone al usufructuario la obligación de pagar los dividendos pasivos.

Si la reducción implica «restitución de sus aportaciones a los accionistas» (art. 98), no cabe duda que el objeto del usufructo se transforma; en parte subsiste sobre la acción reducida, y en parte se transfiere a la suma reembolsada. Cabría preguntar, a la

(82) *Manuale* cit., tomo III, pág. 148.

(83) Art. cit., pág. 35.

vista del art. 519 del Código civil español, si el nudo propietario estará obligado aquí también a sustituir, con otras acciones de la misma clase, las que han sido reducidas. Estimamos que no es justo imponer al nudo propietario este sacrificio, cuando acaso haya votado en contra de la reducción, y no tenga otras acciones de la misma clase que las sometidas a usufructo. Si junto a las sumas reembolsadas se han adjudicado a los accionistas afectados bonos de disfrute—que no confieren derecho de voto, conforme al último párrafo del art. 39—, el usufructo se extenderá también a ellos.

Si la reducción del capital social tiene «por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la Sociedad, disminuido por consecuencia de pérdidas» (art. 99), nos encontramos en presencia de una reducción puramente nominal del capital social, y el usufructuario no tendrá otro remedio que sufrir las consecuencias, limitándose a conservar su derecho sobre la acción reducida, del propio modo que el nudo propietario sufre las consecuencias de la reducción, operada en la sustancia de la acción; todo lo cual es obra del riesgo insito en la entraña misma del contrato de sociedad. El riesgo máximo que soporta el usufructuario es el de la pérdida total de la acción, en cuyo caso, el usufructo se extingue (núm. 5.º del art. 513 del Código civil).

El supuesto de reducción «por vía de amortización con cargo a los beneficios o a las reservas libres»—previsto en el art. 101—se caracteriza por la inobservancia de las formalidades que, en general, exige la ley, ya que en tal caso no hay perjuicio para los acreedores de la sociedad; en cuanto a las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, este supuesto se equipara a la reducción verificada mediante devolución de sus aportaciones a los accionistas. No se puede argumentar en este caso con el hecho de que las sumas que han sido reembolsadas a los socios procedan de beneficios, que acaso hayan sido obtenidos durante el período de usufructo; el reparto dentro del período de usufructo de que habla el párrafo 1.º del art. 41, debe entenderse en el sentido de reparto a título de dividendo, no a título de reembolso de las aportaciones realizadas.

3. POR LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.

La acción, dice el número primero del art. 39 de la ley, atribuye a su titular el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación.

El usufructo puede extinguirse antes de que la sociedad se disuelva; en tal caso: «se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario, o a sus herederos, por los desembolsos de que deban ser reintegrados. Verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca»

(art. 522 del Código civil). La acción que debe restituir el propietario puede haber sufrido alteraciones desde que le fué entregada, pero ni las disminuciones pueden serle imputadas—me refiero al valor bursátil, reflejo en muchas ocasiones del valor real—, ni puede reclamar los incrementos a título de fruto (84). Si la acción ha aumentado en su valor nominal, hemos visto que tal aumento no es un fruto; si el usufructuario ha realizado el pago de dividendos pasivos, no puede pretender una copropiedad sobre la acción, sino únicamente su reembolso, reteniéndola hasta que se le abonen.

Si la vida de la sociedad es más corta que la del derecho de usufructo, pueden plantearse algunas cuestiones interesantes.

Al entrar en liquidación la sociedad se realizan una serie de operaciones cuya meta final es la distribución del patrimonio social entre los socios, «en la forma prevista en los Estatutos, o, en su defecto, en proporción al importe nominal de las acciones» (art. 162). ¿Qué participación tendrá el usufructuario en las operaciones liquidatorias?, ¿quién percibirá la cuota de liquidación?, ¿qué alteraciones experimenta el usufructo?

a) Desde el momento en que la sociedad debe disolverse, por concurrir en ella alguna de las causas enumeradas en el art. 150, hasta que el Registrador Mercantil cancele los asientos relativos a la sociedad extinguida, y reciba en depósito sus libros y documentos (art. 168), tienen lugar diversas juntas generales ordinarias y extraordinarias (85), y pueden surgir dudas acerca de la intervención del usufructuario en ellas, dada la trascendencia que tienen para el futuro de su derecho.

Dalmases entendía que sólo el nudo propietario debía tener acceso a ellas, pues «hay aquí ya toda una serie de operaciones que, jurídicamente, equivalen a la disposición del derecho, y no pueden concederse al usufructuario».

Con la nueva ley habrá que entender que los Estatutos pueden determinar el derecho del usufructuario para asistir y votar en tales juntas, observándose, en caso de su silencio, que tal cosa compete al nudo propietario.

b) Una segunda cuestión es la de la persona legitimada para percibir la cuota de liquidación. Dalmases, bajo el imperio del Código de comercio en materia de sociedades anónimas, y aun calificando de excesiva esta facultad, consideraba aplicable el artículo 507 del Código civil, reconociendo al usufructuario la facultad de «reclamar por sí la cuota de liquidación». Sánchez Torres (86) apunta la idea de pago conjunto al usufructuario y al nudo propietario.

(84) Así DE DIEGO y MARTÍN RETORTILLO.

(85) Por ejemplo, las mencionadas en los arts. 150, núm. 5.^o; 151, párrafo 2.^o; 152, párrafo 2.^o; 156, 158, 166.... etc.

(86) Obra citada, pág. 173.

En la nueva ley no se resuelve el problema con claridad. En todo el capítulo IX no habla sino de «pagar a los socios», «repartir entre los socios», apareciendo evidente que no se ha previsto el supuesto de desglobe de las facultades de disposición y disfrute de la acción en titulares diversos. El art. 39, por su parte, habla en términos generales del derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación, derecho que, por aplicación del primer párrafo del art. 41, pertenecerá al nudo propietario, a menos que otra cosa dispongan los Estatutos. Pero no está claro si en el derecho de participar está incluido el de percibir materialmente la cuota de reparto, o si tiene aplicación, en todo caso, el art. 507 del Código civil.

Uría (87) piensa, en principio, que «si el usufructuario tuviese dada, o diese la fianza correspondiente, podrá reclamar por sí la cuota de liquidación, y de no existir fianza, necesitará autorización del propietario, o del Juez, en su caso». Pero más adelante escribe que «por la falta de preceptos legales claros, en la práctica es aconsejable que los liquidadores procuren la conformidad del usufructuario y del nudo propietario al hacer la entrega de las cuotas de liquidación».

Lo que sí prevé la ley es el supuesto de que nadie acuda a retirar las cuotas de reparto; en tal caso—art. 167, párrafo 2.º—, «las cuotas no reclamadas en el término de los noventa días siguientes a la publicación del acuerdo de pago, se consignarán en depósito en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos a disposición de sus legítimos dueños».

c) Una vez que la sociedad se ha extinguido y liquidado, parece indudable—y así lo entienden Asquini, Gasperoni y Sánchez Torres—que el usufructo se transforma en cuanto a su objeto, convirtiéndose en quasi-usufructo, o trasladándose a los bienes adjudicados en la liquidación. Mas si esto aparece claro en principio, ya no hay unanimidad en la doctrina en el momento en que junto al patrimonio social aparecen unas reservas, no transformadas en capital, procedentes de beneficios sociales no repartidos.

He aquí cómo plantea la cuestión Asquini (88): «Si la cuota de reparto supera el valor nominal de la acción por liquidación de reservas, derivadas de utilidades efectivas, maduradas y no distribuidas durante el usufructo, ¿el exceso de la cuota de reparto deberá entenderse capitalizada a favor del nudo propietario, con el simple vínculo de usufructo a favor del usufructuario, o bien pertenecerá como beneficio al usufructuario?». El mismo autor la soluciona así: «El usufructuario... no puede pretender como frutos aquella parte de los frutos acumulada a las reservas, que por deliberaciones sociales han enriquecido a la cuota social en su valor capital.» Y en el mismo sentido se pronuncia Gasperoni.

(87) *Comentario...* cit., pág. 437.

(88) Art. cit., pág. 20.

En la doctrina española, Borrell (89)—apoyándose en Venezian—hace una distinción según la procedencia de las reservas de cuya atribución se discute: «cuando el hecho de incrementar el fondo de reserva no es consecuencia de un acuerdo de los fundadores de la empresa, consignado en los Estatutos sociales, ni de la ley, sino de una junta general, no parece lógico que las consecuencias de ello deba sufrirlas el usufructuario». Uriá (90), sobre este punto, escribe: «estimamos que el usufructuario no puede ampliar su derecho a las ganancias hasta comprender el supuesto en cuestión, porque las ganancias no repartidas, llevadas a fondo de reserva o materializadas de cualquier forma en los distintos elementos del activo, no son rentas o frutos, sino capitales que acrecientan el activo social. Hasta la liquidación puede haber beneficios repartibles como dividendo, pero desde la liquidación no hay más que una masa social repartible, a la que nadie, ni siquiera las juntas generales que se celebren en el periodo liquidatorio, pueden asignar el carácter de dividendo, puesto que dicha masa tiene trazado un rumbo por la ley y una misión tasada y forzosa». «El usufructo continúa sobre la cuota total de liquidación, correspondiente a cada una de las acciones usufructuadas, sea mayor o menor que el nominal de la acción.»

Por nuestra parte nos adherimos plenamente a la solución de Asquini y de Uriá.

4. CONSUFRUCTO DE ACCIONES (91)

Dejando a parte el caso de comunidad aparente—pluralidad de titulares cuyos derechos tienen por objeto acciones concretamente determinadas—, nada impide que sobre una acción o sobre un grupo de acciones de sociedad anónima se constituya una comunidad de usufructo. Pese a la incorrección que resulta al hablar de «la propiedad de un derecho de usufructo», no cabe duda de que es aplicable a ambas situaciones la definición del párrafo primero del artículo 392 del Código civil; además, ambas se hayan incluidas en el epígrafe genérico del título III del libro segundo de dicho Código.

Las disposiciones «mortis causa», a título de herencia o de legado, serán origen frecuente de consufructo de acciones de sociedad anónima; pero no está excluido que se constituya también por actos «inter vivos» a título gratuito.

En la práctica pueden darse los supuestos siguientes:

(89) Art. cit., pág. 1080.

(90) *Comentario...* cit., pág. 436.

(91) Pueden consultarse: FIORENTINO: *Comproprietà e consufrutto di azioni*, «Riv. di Dir. Commerciale», 1946, I, págs. 248 y ss., tomo XLIV; MESSINEO, *Manuale* cit., tomo I, págs. 88 y ss.; VENEZIAN, obra cit., II, pág. 631 de la edición española.

1.º Concurrencia del derecho de varios usufructuarios sobre una misma acción.

2.º Concurrencia de varios usufructuarios, recayendo sus respectivos derechos conjuntamente sobre varias acciones, pudiendo ser el número de éstas mayor o menor que el de aquéllos.

3.º Uno o varios titulares de un usufructo parcial sobre una acción (por ejemplo, por valor de un tercio, un cuarto, etc.) concurren con el derecho de otros sobre la nuda propiedad de esas partes al propio tiempo que con la plena propiedad sobre el resto.

A todos estos supuestos se aplicarán, desde luego, las normas del Código civil que regulan la comunidad de bienes; también, sin duda, las generales sobre usufructo de acciones, por primera vez reglamentado en el artículo 41 de la Ley de 19 de julio de 1951. Pero ningún artículo de esta ley se refiere especialmente al *cousufructo* de acciones. ¿Habrá que concluir que esta figura carece de una reglamentación específica? Razones de peso aconsejan dar una contestación negativa.

En efecto, «las acciones son indivisibles», según declara el artículo 40 de la ley (92); las acciones representan una fracción de capital social y fuera sumamente complicado el admitir una fracción de fracción, sobre todo cuando para ejercitarse ciertos derechos—como el de voto—«los Estatutos podrán exigir... la posesión de un número mínimo de títulos», autorizándose, en consecuencia, «la agrupación de acciones» (art. 38, párrafo 2.º). La indivisibilidad de la acción no es, sin embargo, obstáculo para la constitución de una copropiedad sobre la misma, como lo prueba el artículo 40 de la ley; pero dicho principio—tradicional, como lo denomina la exposición de motivos de la ley—origina una forma especial de regularse las relaciones de la sociedad con los copropietarios. Razones que a nuestro entender abonan un tratamiento análogo en el caso del *cousufructo* (93).

(92) Puede verse en GARRIGUES-URÍA, *Comentario...* cit., pág. 424, en el sentido de la indivisibilidad de la acción.

(93) Que la nueva ley española no regule el *cousufructo* de acciones, puede deberse a un descuido de los autores del Anteproyecto. En efecto, el art. 40 de la ley española es una traducción bastante fiel de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 2.347 del nuevo Código italiano, como puede comprobarse:

Art. 40: «Las acciones son indivisibles. Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la Sociedad de cuantas obligaciones deriven de la condición de accionistas.»

Art. 2.347, párrafo primero del Cód. ita.: «Le azioni sono indivisibili. Nel caso di comproprietà di un'azione, i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune.»

Idem, id., párrafo 3.º: «I comproprietari dell'azione rispondono solidalmente delle obbligazioni da essa derivanti.»

El supuesto de *cousufructo* está previsto en el Código italiano unos artículos más adelante y casi confundido entre otras materias. Dice así el último párrafo del art. 2.352: «Se l'usufrutto spetta a più persone, si applica il secondo comma dell'art. 2.347.»

Para mayor claridad, creemos que deben distinguirse tres tipos de relaciones en el cousufructo de acciones, reguladas por principios diversos. De los cousufructuarios entre sí, de los cousufructuarios con los nudos propietarios, y de unos y otros con la sociedad anónima.

Las primeras se reglamentan según las normas del título III del libro segundo del Código civil. En consecuencia, el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas de la acción, será proporcional a sus respectivas cuotas, presumiéndose éstas iguales mientras no se pruebe lo contrario (normas de particular aplicación al reparto ínterno de los dividendos que la sociedad distribuya, y al de los dividendos pasivos que la misma exija). Cada cousufructuario—artículo 398 en relación con el 480—podrá enajenar su cuota, saliéndose con ello de la comunidad, así como donarla y cederla. Siendo la acción de una sociedad anónima esencialmente indivisible, su usufructo también lo es, y en tal supuesto el derecho de cada cousufructuario a pedir la división se limita a exigir que se venda la cosa común—el derecho de usufructo—y a que se reparta su precio, a no ser que todos convinieren en adjudicarlo a uno de ellos indemnizando a los demás (art. 400 en relación con el 404 del Código civil).

Si existe un único nudo propietario, tendrá todos los derechos que en general le corresponden en virtud del párrafo primero del artículo 41 de la ley. Si los nudos propietarios son varios, se aplicarán también a ellos las normas del Código civil sobre comunidad de bienes. Si los cousufructuarios han abonado dividendos pasivos, al extinguirse el usufructo los nudos propietarios quedarán obligados a su reembolso, pero no solidariamente, sino mancomunadamente en proporción a su participación en la comunidad.

La especialidad del cousufructo de acciones radica, precisamente, en el tercer grupo de relaciones a que antes nos hemos referido. Las que vinculan a los cousufructuarios con la sociedad están afectadas por el principio de la indivisibilidad de la acción, y si este principio determina—en el caso de copropiedad—la necesidad de «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio», no vemos por qué razón no producirá en el cousufructo el mismo efecto de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos que la ley o los Estatutos atribuyan a los cousufructuarios.

En el supuesto de copropiedad, nada dice la ley acerca de quién pueda ser esa persona que ejerce unitariamente los derechos de socio. Creemos—en el caso de usufructo—que tal cargo podrá desempeñarlo un cousufructuario o un extraño, siendo indi-

Es decir, que puede haber sucedido que los redactores del Anteproyecto pasaran por alto el inciso últimamente transscrito: olvido no muy importante, pues hay que reconocer que, en la práctica, no serán frecuentes los supuestos de cousufructo de acciones.

ferente que sean o no socios; no hay dificultad en que lo desempeñe un nudo propietario, aunque deberá abstenerse de actuar siempre que tenga un interés opuesto al de los usufructuarios.

Hay discrepancias en la doctrina acerca de la forma del nombramiento de ese representante común que ejerza unitariamente los derechos concedidos por la ley o los estatutos. Mientras Fiorentino (94) entiende que se trata de un negocio jurídico complejo que exige «el concurso y el consentimiento de todos los copartícipes, no siendo posible hacer aquí aplicación del principio mayoritario», Uriá (95) entiende bastar la simple mayoría, por analogía con lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil español.

Nos parece exacta la calificación jurídica que del nombramiento hace Fiorentino: «Negocio sustancialmente unitario, aunque formalmente plural, resultante de la fusión orgánica de varias declaraciones iguales de sujetos jurídicos diversos, dirigidas a la obtención de un único fin.» Estimamos, pues, que en el nombramiento del común representante debe existir unanimidad no siendo suficiente la mayoría simple.

Los nudos propietarios—en el supuesto de que entre ellos exista también comunidad—deberán designar otra persona que estando legitimada frente a la sociedad ejerza los derechos de que aquéllos son titulares. De esta suerte es posible concurran, respecto de una misma acción, dos personas legalmente autorizadas para ejercer frente a la sociedad los derechos que respectivamente correspondan a los nudos propietarios y a los usufructuarios.

Pueden plantearse algunas cuestiones interesantes cuando el común representante—lo sea de los nudos propietarios o de los usufructuarios—ejercite determinados derechos (de voto, de suscripción preferente) y por su parte los representados no se pongan de acuerdo acerca del sentido del voto o de la conveniencia de suscribir. Si internamente la sociedad tolera la pluralidad de titulares de una misma acción, externamente no consiente ejercicio fraccionado de los derechos correspondientes. La decisión del representante común vale como voluntad única frente a la sociedad; por eso, cuando la unanimidad no se logre, no queda otro camino que el de pedir la división en el limitado sentido antes indicado.

Para el cumplimiento de las obligaciones de los nudo propietarios o de los usufructuarios frente a la sociedad, debe entenderse que se origina solidaridad.

Al amortizarse la acción, o al disolverse la sociedad anónima, quedará extinguida la comunidad de usufructo, pues ya no hay razón para que se produzcan los reflejos del principio de la indivisibilidad de la acción; a menos que, en el supuesto de disolu-

(94) Art. cit., pág. 249.

(95) *Comentario...* cit., pág. 426.

ción, la cuota de participación en el patrimonio social consista en alguna cosa esencialmente indivisible. En todo caso, tendrá aplicación lo dispuesto en el art. 490 del Código civil: «Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño.»

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Los frutos de las minas

CIRILO MARTIN-RETORTILLO
Abogado del Estado

SUMARIO: 1. Generalidades.—2. Importancia de esta cuestión.—3. Concepto jurídico de la mina.—4. Frutos y productos.—5. ¿Pueden arrendarse las minas?—6. La concesión minera.—7. Disposiciones del Código civil sobre el particular.—8. La jurisprudencia.

I. GENERALIDADES.

Difícilmente puede avenirse cualquier observador imparcial a la idea de que las minas, base de cuantiosa riqueza, y origen de bien cimentadas fortunas, no producen *frutos*, y sin embargo, jurisconsultos afamados sostienen que la mina en sí no produce frutos, y otros, que el producto de la mina no es precisamente el mineral.

¿Puede admitirse que las minas, jurídicamente consideradas, no produzcan frutos? ; ¿es admisible considerar la mina como cosa improductiva? ; imposible parece contestar afirmativamente, sobre todo si se piensa que las minas han proporcionado, en bastantes casos, ganancias fabulosas, que han repentinizado fortunas inmensas con firmeza incombustible, por lo que el admitir que la mina no da fruto supone una paradoja mayúscula. Nadie admite que la esposa de un opulento minero, muerto éste, si le correspondía por pacto o por fuerzo el usufructo en los bienes de su difunto marido, no vaya a disfrutar esa mina que mientras vivió el esposo les proporcionó pingües ingresos, y acaso un espléndido vivir, al negarle aptitud para los frutos a dicha mina, esa viuda pase de la opulencia a la pobreza.

Sin embargo, ha habido tratadistas que han negado al mineral la condición de fruto, tanto nacionales como extranjeros.

Por el año 60 del pasado siglo, el que fué ilustre Ingeniero y Profesor don Gabriel Rodríguez, dió una conferencia en la Aca-

demia matritense de Jurisprudencia, en la que decía: «La mina, que es un depósito de sustancia inerte, cuando la arrancan se convierte en bien mueble, no se produce después de arrancada, y, claro está, que no da *fruto*.» Y añade: «El mineral no es el fruto del *bien*, es el *bien* mismo.» Se detiene en consideraciones de tipo técnico y omitiendo toda reflexión o consideración jurídica, concluye con la afirmación siguiente: «Extraído el mineral no queda nada, porque no hay en la caja o pertenencia fuerzas interiores que permitan la reproducción.»

Después, Navarro Amandi, en su *Cuestionario del Código civil reformado*, afirma que la explotación de la mina es la destrucción de ella, puesto que se trata de un depósito de mineral que no se reproduce, y de consiguiente, sacado todo él, la mina desaparece, toda vez que se llama mina al contenido, no al continente.

Aun los que ahonden más en el aspecto jurídico de esta cuestión, y la analizan a través de los postulados del Derecho, llegan a la conclusión negativa como consecuencia de una actuación un tanto artificiosa, que condensan en los siguientes términos: Por frutos se entiende solamente lo que una cosa produce y reproduce periódicamente, sin disminución ni alteración de su sustancia, es así que el mineral de una mina no nace ni renace, luego el mineral no es fruto de la mina.

En cambio, don Antonio Onofre Alcocer (1), con otros esclarecidos juristas, ya a mediados del pasado siglo, sostuvo que, una limitada región del subsuelo constituye la esencia de la mina, de la que el mineral es su fruto.

2. IMPORTANCIA DE ESTA CUESTIÓN.

Interesa mucho, en el momento presente, dilucidar esta cuestión y fijar, con la posible exactitud, cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de los minerales extraídos y la de los demás rendimientos que se obtengan con la explotación de la mina, ya que en nuestros días, sea por la situación económica por que atraviesa el mundo, o por la acusada tendencia a la autarquía económica nacional, son bastantes las explotaciones minerales iniciadas en nuestro país y son infinitas las incidencias que cada día surgen, encaminadas a concretar y determinar a quiénes corresponden tales rendimientos, y en qué proporción pueden participar otros titulares, para acabar con el confusionismo perturbador existente, agravado, en cierto modo, por unas decisiones de nuestro Tribunal Supremo, comentadas algunas con excesiva pasión, en términos poco ajustados a derecho.

Es precisamente por el elevado interés económico que hoy

(1) *La Propiedad Minera ante la Ley Civil*. Cartagena, 1897

ofrecen las cuestiones mineras, por lo que con más intensidad vienen suscitándose pleitos e incidencias judiciales, cuya solución viene haciéndose de una manera dispar, ya que como antes decimos, la legislación es poco precisa, y la doctrina científica no es acorde, y, sobre todo, porque la doctrina del Supremo es vacilante en extremo, motivando todo ello un confusionismo que ha producido una situación que, imperiosamente, demanda una norma legal, clara y concreta, que ponga término a esta situación caótica, que, ciertamente, ofrece muchas dificultades para que los Tribunales de Justicia puedan sentenciar conforme a Derecho. Cuando se promulgó nuestro Código civil, o más concretamente, cuando se hizo la ordenación de la legislación minera, la cuestión ofrecía escasa importancia, pues eran contados los casos que se suscitaban, ya que la actividad minera quedaba casi vinculada a una docena de Empresas, con ordenaciones jurídicas muy estudiadas, lo que también contribuía a que el choque de intereses fuera muy escaso y reducido, pero no acontece lo propio en nuestros días, en que se han multiplicado estas explotaciones, sobre todo desde que el volfran, el lignito y otros productos mineros alcanzan cotizaciones tan elevadas, motivando todo ello una intensa actividad minera que, en la práctica, viene ocasionando frecuentes litigios y apelaciones a los Tribunales para resolución, conforme a derecho, de las diferencias que se producen en la práctica.

El confusionismo reinante sobre esta materia obedece, a nuestro modesto criterio, a las tres razones siguientes: primera, a que no se ha fijado, con la exactitud debida, el concepto jurídico de mina; segunda, a que, en general, no se ha tenido en cuenta el verdadero concepto de fruto en derecho, al no diferenciar los diversos rendimientos que la cosa, que la mina puede dar, y apagados a la doctrina clásica, los refunden todos en el viejo criterio simplista y disparatado de los llamados frutos naturales, y tercero, ha complicado la cuestión la obsesión de aplicar los principios de carácter general, sin querer tener en cuenta el carácter especial, reconocido por todos a la propiedad minera, aplicando, no obstante, la doctrina del usufructo clásico, y como no han sabido vencer el escollo del *«salva rerum substancia»*, llegan a situaciones verdaderamente insolubles y, en ocasiones, injustas, por esa obsesión, repetimos, de no buscar una norma especial, como corresponde a la índole del aprovechamiento en cuestión, empeñados en aplicar la norma clásica del Derecho civil, que, naturalmente, resulta inservible e inadaptada a la economía minera.

3. CONCEPTO JURÍDICO DE LA MINA.

Uno de los conceptos más deficiente elaborados en nuestra técnica jurídica es el de la mina. La generalidad de los autores hablan de la mina en sentido material y orgánico, así nos encontra-

mos con que el propio Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche (2), define la mina diciendo que es «aquella parte de tierra en que se forman los metales o minerales»; el docto Magistrado señor Liesa de Sus, nos dice (3) que la palabra mina significa depósito de minerales, susceptible de apropiación o de concesiones mineras y minerales que constituyen propiedad (aspecto civil), el conjunto de requisitos legales necesarios para la investigación y para la concesión, hasta llegar a la explotación minera (aspecto administrativo). El propio Alonso Martínez, en sus Estudios del Derecho de propiedad (Madrid, 1874), no caló en el aspecto jurídico de la mina (4).

Aunque no sea propio de este lugar, consideramos obligado consignar una somera y suscinta enumeración de los sistemas o teorías fundamentales, expuestas para la legitimación de la propiedad minera, y que han tenido refrendo legal a lo largo de la historia en unos u otros países. Son las siguientes:

1) La sostenida por el antiguo Derecho romano, llamado también Doctrina de la accesión, ya que, apoyándose en este modo adquisitivo, concedían su propiedad al propietario del fundo,

(2) Madrid, 1845. Tomo III, pág. 154.

(3) *Encyclopédia Jurídica Seix.*

(4) El propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que mina, es excavación que se hace por pozos, galerías y socavones o a cielo abierto para extraer un mineral.

La palabra mina deriva del latín *mina*, del griego *μνα*, o del céltico *mein*, que significa metal en bruto.

Las mil expresiones que han tomado carta de naturaleza en el argot minero, consideran siempre ésta en su aspecto orgánico o natural, omitiendo por completo toda consideración de tipo jurídico, así, por ejemplo, abrir mina significa principiar la explotación de un criadero; desflorar una mina, hacer en ella las labores necesarias para la extracción de minerales; desflorar una mina, equivale a trabajarla superficialmente; y únicamente se alude al aspecto jurídico de ella cuando se habla de denunciar una mina, refiriéndose a la iniciación del oportuno expediente para la obtención de la concesión.

Por vez primera el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868 intenta situar la mina sobre conceptos jurídicos, y en la exposición de motivos, tan interesante como pintoresca, tan severa en su juicio con la vieja legislación, «reflejo fiel de las absurdas y monstruosas Ordenanzas de Felipe II»; amén de otros juicios no menos pintorescos, fruto de la exaltación liberal de aquella revolución, a tono con esa ideología entonces reinante, se contienen juicios como el siguiente, que hoy ha sido abolido por la novísima legislación:

«La propiedad en la minería, como en todos los ramos de la industria humana, es tanto más fecunda cuanto menos cuesta adquirirla y más firme es su posesión; pero ambas condiciones faltan en España para el propietario de las minas, y por faltar, esta fuente de riqueza se estanca y se esteriliza, y brotan abusos, obstáculos y complicaciones sin cuento. Larga tramitación en las oficinas, investigaciones previas para hacer constar la existencia del mineral, restricciones no escasas para la concesión; ésto en primer término, y más tarde un amago constante de despojo, tal es la situación a que está reducida esta importantísima industria y esta clase importantísima de propiedad, si semejante nombre merece el efímero disfrute de lo que, si hoy se posee de hecho, mañana, a una simple denuncia, queda en litigio, y que si el denunciador triunfa es tras largos trámites y con pérdida de la paciencia, de la tranquilidad y del tiempo que a fomentar la mina y no a defenderla de la malicia ajena debió emplearse.»

las minas existentes en el mismo, *erant privati juris, et in libero privatorum usu et commercio*, aun cuando en tiempo de Justino se llegó a prohibir la busca de metales en propiedad ajena, en los últimos tiempos, los Emperadores romanos se reservaron el privilegio de autorizar las explotaciones mineras, y establecieron un tributo del décimo de los rendimientos a favor del Fisco, estableciendo, además, un canon para varias provincias del Imperio. Este sistema, llamado de accesión, se fundaba en el principio del Derecho romano *cujus est solum, ejus est a coelo usque ad inferos*, que fué aceptado por la legislación inglesa y la rusa, y que recogió en su art. 552 del Código de Napoleón, *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*, y que en nuestra Patria tuvo defensores como Sánchez Román, y otros civiltistas, que entiende es propio del Derecho civil su regulación.

B) Doctrina llamada de la Ocupación, que concede la propiedad al denunciador o primer ocupante, por considerar la mina como *res nullius*, partiendo para ello de la distinción entre el suelo y el subsuelo, atribuyendo aquél, es decir, la superficie, al propietario del terreno, y el subsuelo al descubridor de la mina.

C) El que atribuye su propiedad al Estado, a virtud del viejo principio del «dominio eminentí», continuador de las antiguas regalías medievales, remozado en nuestros tiempos por consideraciones de tipo social, que limitan extraordinariamente la propiedad individual, o por motivos de indole político, considerando una derivación de la soberanía del Estado sobre el territorio nacional, y, por tanto, atribuyéndole la facultad de disponer de la riqueza que entraña el subsuelo, invocando otras veces mera conveniencia del interés público, que evite choques entre mineros y superficiarios y supere las dificultades que el dueño del suslo pondría para poder captar y explotar la riqueza mineral. Una mina en el desierto no tiene valor alguno, ha dicho un ilustre autor, y añade: «ese medio que avalora la mina es de la sociedad entera; la mina es de todos, la mina es del Estado». La polémica doctrinal en derredor de esta cuestión fué extraordinaria, y en el pasado siglo tuvo repercusiones concretas en nuestra legislación, hasta llegar a promulgar el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868, con la derogación de las normas que habían perdurado, y en las que, claramente, se descubría una acusada tendencia absolutista, casi de dominio personal del Rey, que por cierto fué objeto de los más severos juicios en la exposición de motivos del citado Decreto-ley de diciembre de 1868, que es base y fundamento de toda la legislación minera española, y que si ciertamente señaló cauces jurídicos para el régimen de minería, ganando la batalla a los que veían en las minas un negocio jurídico meramente privado, en cambio, descuidó o, casi más exactamente podemos decir, omitió determinar la naturaleza jurídica de la mina y la de productos o rendimientos.

En un interesante estudio que a fin del pasado siglo lo publicó don Antonio Aguilar (5), lisa y llanamente formula esta pregunta: ¿Qué es la mina? Y contesta diciendo: «Considerándola según el sentido gramatical, la mina se relaciona con cierta limitada región del subsuelo, la cual aquélla ocupa, y, aun, según algunas opiniones, la cual constituye la esencia de la propiedad minera; es decir, que el subsuelo está asignado al propietario de la mina. En el lenguaje vulgar, la idea de mina y la de subterráneos siempre van juntas.»

«A los fines del presente ligero estudio, la mina no puede ser considerada de tal suerte, sino conforme a la legislación especial que regula la materia (Decreto-Ley de 27 de diciembre de 1868). Ha de entenderse, pues, por mina, «las sustancias útiles del reino minero, cualquiera que sea su origen y forma de yacimiento, *hállense en el interior de la tierra o en la superficie.*»

Es la mina, por tanto, una masa mineral que, mientras permanece unida a su yacimiento, tiene el valor jurídico de los bienes inmuebles».

Y ahondando sobre esta materia, el señor Aguilar, siguiendo a nuestros civilistas de fin de siglo, dicen que la propiedad minera tiene su base en una disgregación tal vez no poco artificiosa, si el suelo es la esencia de la propiedad territorial, el subsuelo será la esencia de la propiedad minera, de la que el mineral se arranca, de igual modo que de la superficie arrancan otros frutos.

Tal es la posición dominante en nuestros civilistas y en nuestros jurisconsultos del pasado siglo, que dominados por una concepción verdaderamente simplista, meramente orgánica, no veian en la mina otra cosa que la materia o sustancia mineral que año tras año permanecía acumulada e inerte, esperando la intervención fecundante de la técnica y del trabajo humano, para poder rendir algún beneficio al titular de la mina, y, claro está, con esta idea de la mina, que a nuestro modesto parecer es gravemente errónea, igualmente se equivocaron al tratar de definir los frutos o productos de las minas. Es verdad que el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868, que no obstante su continua diatriba contra la anterior legislación, mantiene el principio regalista, consagrando la distinción entre el suelo (que comprende la superficie propiamente dicho, y además el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro cualquier distinto de la minería), y el subsuelo que pertenece al Estado (que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina), influyó poderosamente en el pensamiento de nuestros juristas, que satisfechos acogieron la orientación literal que consagró dicho Decreto-Ley, que indudablemente tuvo singulares aciertos.

(5) *Cuestión de Derecho Civil Español Minero.* Madrid. Ed. Góngora. Página 19.

La mina, jurídicamente hablando, no es la porción de subsuelo o, más concretamente, la masa de mineral que, en capas, filones, bolsas, o en cualquier otra forma exista en un punto determinado del subsuelo, de igual manera que, por ejemplo, una serería no son los árboles que van a cortarse. Esas sustancias integran la cosa principal, son uno de los elementos básicos, quizás el de mayor relevancia económica de esta cosa, pero ellos solos no son la cosa misma, la mina en sentido jurídico. La materia mineral en sí no produce nada, no es más que una acumulación de materias que ni siquiera se revela al exterior, salvo casos excepcionales, en que tiene unas exteriorizaciones que la generalidad no percibe, pero un día, después de cientos de años, el ingenio humano descubre su existencia, y entonces, tras «las labores» precisas, efectuadas con arreglo a una técnica depurada, es cuando rinden provecho y dan el beneficio apetecido, bien entendido que, sin ese trabajo, sin esa dirección del hombre, ya podrían pasar cientos y cientos de años más, que nada, absolutamente nada, rendiría esa masa acumulada en las entrañas de la tierra, en la que, ciertamente, se efectúan cambios, evoluciones, que en la mayoría de los casos no tiene repercusión alguna al exterior, y sin que llegaran a desgajarse de su ser vital, como ocurre con los frutos orgánicos, llegada su madurez con periodicidad conocida.

La mina, jurídicamente, no es la bolsa, o la gran pila de mineral, que, en diversas formas, se esconde en los interiores de la tierra; es bastante más que eso, pues, como antes decimos, reconociendo su elevado valor económico, a nuestro juicio, ello no es más que una parte de la mina, ya que ese contenido económico adquiere entidad y relieve gracias a los otros elementos constitutivos e integrantes de la mina, cuya importancia, por tanto, es también primordial, como seguidamente veremos.

La mina, en el orden jurídico, no es el yacimiento, o la bolsa de mineral, pues esto sería cosa muerta, y, por ende, improductiva, de la que ningún beneficio estimable se obtendría, si no se incorporase a ella una actividad humana, tras inteligente y laboriosa labor, en la que se concentra un gran esfuerzo y trabajo humano que la activa y la hace fecunda, previa una actuación jurídica, también compleja, que implica sucesivas actuaciones para obtener la titularidad legal que permita la realización de tal empresa.

La mina, en Derecho, es una cosa compuesta y heterogénea que la integran elementos de orden físico, otros de orden económico y otros de orden jurídico. De una parte está: *a)* El yacimiento donde se acumulan y se manifiestan las sustancias minerales; *b)* De otro, las instalaciones y trabajos acumulados para el descubrimiento, captación y extracción de dichas sustancias minerales; *c)* Otro elemento esencial, cual es la titularidad para po-

der efectuar tal explotación conforme una técnica depurada, que es lo que llamamos concesión administrativa.

Estos tres elementos heterogéneos ciertamente, son los que integran y definen la mina en su aspecto jurídico. Pero si se prescinde de alguno de ellos, si llegamos a la amputación de alguno de estos elementos, entonces la mina ha perdido entidad jurídica y la perplejidad y el confusionismo volverá a surgir cuando se trate de definir los frutos de la mina.

Por eso tenían razón los que, considerando la mina sólo en su aspecto orgánico, concluían diciendo que la mina no daba frutos. Es verdad que la mina, considerada sólo como materia, no da fruto.

El fruto natural, propiamente dicho, llega a separarse de la cosa que lo produce, cuando por su desarrollo o madurez logre la sazón debida, momento en que alcanza individualidad en su existencia, mientras que el mineral sigue año tras año, en el conglomerado físico que forma, sufriendo, quizás, transformaciones más o menos lentas, misteriosas para el mundo económico. Los frutos del árbol maduran, y del mismo se desprenden, y cuidadosamente los recoge el hombre cuando llega el momento del mayor rendimiento; si de ganado se trata, al vencimiento del período de gestación, la cría sale del claustro materno. El fruto siempre es algo accidental y pasajero con relación a la cosa principal que los produce, manteniendo su facultad procreativa.

Por eso, contemplada la mina en su aspecto meramente orgánico, es fatal llegar a la conclusión de que no da fruto. El yacimiento minero supone un capital pasivo con un potencial económico grande, que necesita, en todo caso, el trabajo y el esfuerzo humano para activarlo, para movilizarlo; en una palabra, para hacerlo fecundo, y esto se logra cuando se incorporan estos elementos a que antes nos hemos referido: el factor económico y el factor jurídico.

Tengamos en cuenta que, como dice Josserand (6), es preciso observar: primero, que todo capital no es necesariamente productivo de renta; segundo, que todo lo que sale de un capital no tiene, fatalmente, el carácter de renta, es necesario también que esa salida no determine la disminución de dicho capital, no lo gaste; el propietario que demuele su casa, o que corta un bosque entero, no se contenta con percibir los frutos, las rentas de las cosas; en realidad toma su sustancia, gasta de su capital, dispone de su propio bien, o de una parte de él.

4. FRUTOS Y PRODUCTOS.

Otro de los motivos que, a nuestro criterio, han contribuido más y más al confusionismo sobre este particular ha sido precisa-

(6) *Derecho Civil*. Tomo I Vol. III. Buenos Aires, 1950.

mente el que, en general, los viejos tratadistas omitieron la obligada diferenciación entre frutos y productos de las cosas, y cuando se trataba de determinar el concepto de frutos, lo hicieron de una manera rígida, inflexible, con un criterio objetivamente excesivo y orgánico, y, claro, aplicados esos principios que pudiéramos llamar de técnica rígidamente civilista de carácter general a estas manifestaciones de riquezas tan peculiares y especiales, producían situaciones verdaderamente insolubles; por eso estimamos necesario dedicar aquí unas breves consideraciones que nos ayuden a caracterizar con la posible exactitud el rendimiento de las mismas, siquiera para ello nos limitemos a una breve síntesis de la doctrina imperante sobre este particular (7).

Con su fina sensibilidad jurídica, el insigne Clemente de Diego afirmaba que no son frutos todas las utilidades o provechos de una cosa, como el lenguaje vulgar quiere; no lo son todos los productos de la cosa, sino tan sólo los que están llamados a producir su destino, sin alteración substancial y a veces con cierta regularidad. El concepto jurídico de fruto—agrega tan ilustre civilista—no está impuesto a la exclusiva por la naturaleza de las cosas, ni el criterio; por tanto, para discernirle puede ser objetivo, pues al fin el Derecho es una relación humana social y las cosas entran en él en cuanto apropiadas por el hombre y sujetas a su poder, que cada vez con más avasallador imperio se extiende sobre ellas para moldearlas y transformarlas.

El fruto debe ser rendimiento de la cosa y nunca parte o desecho de la misma; aquéllas, como elementos integrantes que son, no alcanzan la independencia jurídica, la substantividad propia que caracteriza el fruto. En cuanto a los restos, a los residuos o desperdicios de una cosa útil, tampoco es posible incluirlos en la categoría de frutos, pues ellos no son producción normal de las cosas, sino que implican la extinción de la misma o, al menos, la reducción en todo o su mayor parte de la cosa principal.

En síntesis, el concepto de fruto no se puede restringir a las meras creaciones naturales de las cosas, a lo que surja de éstas por su fuerza germinativa o procreadora, sino que ha de comprenderse juntamente con las producciones orgánicas que de las cosas obtengamos, los rendimientos normales que por convenio o ley el hombre obtenga de las cosas.

También el insigne don Antonio Maura, en un notable trabajo, tan interesante como poco conocido, discrepó del criterio objetivo y meramente orgánico que imperaba en nuestros autores, plasmado en aquella frase de considerar como fruto todo lo que nace y renace. En cosa ninguna—decía—es tan natural y ostensible la calidad de fruto como en las crías de los animales; y ello no obstante, cuando un cierto número de las nacidas simultánea-

(7) «Revista Jurídica de Cataluña», Núm. 6, noviembre-diciembre de 1940. Página 510. *Los frutos en el Derecho Español*, por MARTÍN-RETORTILLO.

mente se dedica a reponer las mermas anuales y ordinarias del rebaño, siendo todas en sustancia idénticas, el derecho atribuye consideraciones opuestas.

No agotan los frutos todos los rendimientos que el hombre puede obtener de las cosas. El fruto es siempre un derivado, un accesorio de la cosa principal; pero hay otros provechos o ventajas económicas que la cosa principal nos proporciona que no pueden conceptuarse como frutos, y que interesa concretar y definir para evitar las situaciones abusivas que en la práctica pueden producirse si se da una extensión excesiva del derecho clásico al percibo de los frutos a favor de los distintos titulares que no sea el propietario, puesto que, tratándose de éste, poca o ninguna utilidad práctica tiene este distingo.

Como carácter común señalado por los tratadistas a los conceptos *fruto* y *producto*, podemos indicar su accesорiedad y su utilidad, pues tanto los unos como los otros representan un cierto interés o provecho económico, siquiera sea de segundo grado. La diferenciación de ambos conceptos radica en que los *frutos* son periódicamente producidos, o más exactamente, regular y normalmente producidos, de manera que la cosa generadora no se extingue con ellos, sino, por el contrario, conserva y mantiene sus facultades creadoras. El *producto*, por el contrario, supone ventajas fortuitas circunstanciales, provenientes, no de la natural fecundidad de la cosa, sino de causas extrañas a esta función reproductora, y representa, en la mayoría de los casos, la utilidad postrera que una cosa que deja de ser puede prestar; generalmente, los productos son residuos de un capital destruido o en inminente trance de serlo, como acontece con los materiales aprovechables de una casa que se hunde, con el árbol arrancado por un huracán, etcétera.

Quizá una de las causas que más haya contribuido a dificultar una definición de los frutos sea el innegable ensanche que el objeto de derecho ha tenido en estos últimos tiempos, el realce que los valores mobiliarios y mercantiles han tenido por una parte, y las variadísimas formas de utilidad industrial que el progreso científico ha permitido hacer, como consecuencia de los grandes perfeccionamientos, en la técnica industrial, y de los avances maravillosos de la química y demás ciencias experimentales, han ido presentando creaciones y dando vida a entes o a formas nuevas de valores económicos que no es posible catalogarlos en los moldes viejos, provocando así confusión y disparidades de criterios. El *Homo economicus*, obsesionado por el propio provecho, guiado por el solo afán de lucro, que tanto abunda en esta época de exaltado materialismo, ha desbordado las creaciones clásicas de utilidad económica, suscitando nuevas formas o alterando el destino normal que en el comercio de los hombres se daba a ciertas cosas, y de esta manera lo que antaño no tenía aceptación o valor en el

comercio de los hombres hoy alcanza una cotización elevada, lo que era necesario o muy secundario de una cosa cualquiera, alcanza principal relieve, complicando todo ello el juego normal de derechos concurrentes en el aprovechamiento de las cosas.

La posición rígida de los viejos tratadistas adjudicaba los frutos al usufructuario y los productos al nudo propietario; pero no puede admitirse el criterio meramente objetivo para comprender en uno u otro grupo los rendimientos de las cosas, ya que estos rendimientos, aun siendo desde el punto de vista orgánico siempre lo mismo, en el mundo económico tendrán una concepción distinta, que no depende precisamente de su constitución orgánica. Coincidiendo con el dictamen a que antes nos hemos referido de don Antonio Maura, el profesor Josserand nos dice que para definir las cosas es preciso tener en cuenta numerosos factores, sobre todo la voluntad del hombre, el destino dado por él a la cosa; los mismos bienes—añade—pueden constituir rentas o capitales, frutos o productos, según el punto desde el cual se les mire, según el tratamiento de que la cosa de donde proceden ha sido objeto por parte de su propietario (8).

Es la voluntad humana, son los móviles los que les imprimen su fisonomía jurídica. Sin duda, hay bienes que son invariablemente frutos, como las cosechas anuales, los intereses de un crédito, los alquileres o las rentas, los plazos de una renta (art. 588), la leche, la lana y las crías del ganado, los beneficios de un fondo de comercio; pero hay otros que entran en una u otra categoría según la manera de ser tratados, de ser explotados por sus propietarios; su carácter de frutos o de productos es asunto de óptica, de punto de vista individual; en este número incluyen los tratadistas más modernos los árboles y los productos de las minas, etcétera.

Esto explica los desvarios a que se llegó cuando el concepto de fruto se limitaba exclusivamente a su aspecto orgánico, que hizo posible aquella conclusión disparatada de que la mina no producía fruto alguno. Si por fruto se entiende sólo lo que una cosa produce y reproduce periódicamente, sin disminución ni alteración de su sustancia, como decía Blianchi, como el mineral de una mina no nace y renace, concluían diciendo que no se le podía considerar como fruto.

Planiol (9) recoge perfectamente el pensamiento de la moderna doctrina de los tratadistas franceses sobre esta materia cuando nos dice: «lo que se extrae de una mina o de una cantera no es producto del suelo; es el suelo mismo que se extrae y se vende por porciones; la explotación de una mina o cantera trae infaliblemente su agotamiento».

(8) Pág. 404. Ob. cit.

(9) *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo III. 1942. Pág. 663.

5. ¿PUEDEN ARRENDARSE LAS MINAS?

El confusionismo apuntado anteriormente fué lo que, a nuestro pobre criterio, determinó el que se llegara a sostener, incluso por tratadistas prestigiosos, el que la mina no pudiera ser materia de arrendamiento. Los que así opinaban se fundan en que la mina es cosa consumible y no hay en ella frutos que puedan ser objeto del goce contractual; tanto, tanto se exageró en cuanto a la consumibilidad de la mina, que se llegó a considerar posible que la mina desapareciese al primer uso; es decir, con las primeras extracciones de la sustancia mineral, sin tener en cuenta que no es esto lo que en el uso corriente y normal acontece, y que, por otra parte, ese fenómeno se da en ciertas producciones orgánicas, sin que por ello éstas dejen de ser frutos; es más, si se extrema el argumento nos encontraremos que, sobre todo, con que el riesgo de agotamiento y de extinción de la cosa productora es infinitamente mayor tratándose de las crías de los animales, ya que el evento de accidente es más frecuente, muchísimo más que la desaparición de una mina a las primeras extracciones de mineral.

Con razón ha dicho Guillouard que la duración de la percepción en las minas corrientemente es larga, y en la práctica no hay gran diferencia entre estas partes de la mina y los verdaderos frutos; así, por ejemplo, los animales se usan, las praderas artificiales, las mismas viñas se agotan, y todas estas cosas, sin embargo, son objeto de arrendamiento.

Otros autores franceses, Baudry, rotundamente no admitía que pueda haber arriendo de minas, y ello, a nuestro juicio, influyó demasiado en algunos civilistas españoles, a tal punto que en los comentarios a nuestro Código civil, decía Mucius: «Nuestro Código indiscutiblemente afirma, en su artículo 1.545, que los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de arrendamiento. Y ¿se dudará de que el mineral arrendado del criadero es objeto que se consuma por el uso, puesto que extraído se le destina a ser fundido, a ser quemado, o servir de base a combinaciones químicas, a transformaciones múltiples industriales, etcétera; en fin, a hacer desaparecer su pristina forma para ser otra cosa distinta de mineral?...» (tomó 9, pág. 153).

«Por tanto—añade—, en nuestra opinión, el mencionado artículo 1.545 ha derogado bien expresamente la doctrina que establecen las dos citadas sentencias del Tribunal Supremo (10), haciendo imposible el contrato de arrendamiento sobre las minas, y mucho más cuando en el título 6.º, libro cuarto del Código, destinado a regular el referido contrato, ninguna excepción hay que autorice aquél, sino que, por el contrario, están asimismo de relieve los

(10) La de 19 de abril de 1861 y la de 30 de diciembre de 1880, que admiten el arriendo de minas.

artículos 1.567 y 1.561, según los cuales el arrendador no puede variar la *forma* de la cosa arrendada, y debe devolver la finca al concluir el arriendo *tal como la recibió*, salvo lo que hubiese percibido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable.» Es verdad—añade—que en algunas leyes romanas se consideró el producto de las minas como fruto; pero esta apreciación partía del error fundamental de creer que las sustancias de las minas y canteras se renovaban periódicamente.

El problema está hoy superado ya en la vida práctica y en el Derecho positivo español. Si el arrendamiento de cosas transmite el goce de la misma por un tiempo determinado y precio cierto, son ya frecuentísimos los contratos de arriendo de minas con las características específicas que establece la ley sustantiva, y a virtud de tales convenios hoy son muchas las minas de nuestro país que se explotan en régimen de arriendo; es decir, habiendo cedido los propietarios el goce o uso de la mina a un tercero, y ya hay copiosa legislación que, arrancando de los preceptos de la Ley de Minas, determinan los requisitos necesarios para la validez de tales arrendamientos y, sobre todo, marcan las formalidades precisas que han de observarse para conceder personalidad a los fines de obtener «cupos» y suministros de primeras materias, de materiales y, de lo que es tan trascendental en esta industria, de los transportes, de la preferencia en los mismos, cuando la explotación la realiza, no el concesionario de la mina, sino otro usuario, sea a título arrendatario o de cualquier otra índole, y junto a los preceptos de la legislación orgánica minera, son varias las disposiciones de derecho fiscal que regulan el arrendamiento de minas; así tenemos el artículo 16 del vigente Reglamento del Impuesto de Derechos reales, cuyo párrafo sexto, con la especial mención de *arrendamiento de minas*, se refiere a los distintos supuestos de este contrato, «cuando el precio o renta consista en cierta parte de los productos de los minerales que se extraigan, o en una cantidad determinada por cada unidad de producto bruto». En la regla 7.º se establecen las normas para la fijación de la base liquidable cuando se trate de minas inexploradas, o que no llevaren cinco años en explotación.

La jurisprudencia del Supremo, en reiterada doctrina, viene admitiendo el contrato de arrendamiento de minas, confirmando el criterio ya consagrado por las viejas sentencias de 18 de abril de 1861 y 30 de diciembre de 1880 (11).

(11) La Jurisprudencia de nuestro T. S. es constante y uniforme, admitiendo el arrendamiento de minas. Vide. Sentencia 19 de mayo de 1910; la de 5 de agosto de 1919, en la que resuelve unas incidencias muy interesantes, referentes a los derechos del comprador de mina arrendada; la de 22 de noviembre de 1916, y también importante la de 21 de octubre de 1920, en la que se decide si el contrato en cuestión era de arrendamiento o de aparcería de minas, con otras muchas sentencias publicadas en nuestros días, y que por estar debidamente divulgadas omitimos mencionar.

Los arrendamientos de las minas no difieren en su esencia de aquellos en que la cosa arrendada es una finca de labor, pastos o aprovechamientos forestales, ha dicho el Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 1904.

El argumento supremo que esgrimían los que negaban que las minas podían ser objeto de arrendamiento, de que al concluir el arriendo no podían devolver la mina tal como la recibió, hoy ya no lo esgrime nadie, pues no hay duda que al término del arriendo la cosa arrendada, que es la mina, puede ser y es restituída, lo único que falta es el fruto de la mina. Por otra parte, la invocación que se hace del artículo 1.545 de nuestro Código civil no es pertinente, puesto que allí se refiere a los bienes que se consumen al tiempo de usarlos y no a los que por el continuado uso se destruyen o menoscaben, e igualmente no se puede interpretar el 1.561 con un criterio excesivamente literal, sino que deberá entenderse que el arrendador recibirá la cosa al terminar el arrendamiento con el demérito consiguiente por el prolongado uso natural de la misma, como acontece con tantas cosas que se arriendan por plazos largos.

Esta polémica fué todavía más intensa referida al usufructo; pero para no alargar esta exposición nos ocuparemos de ella cuando examinemos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, después de analizar brevemente nuestra legislación especial de minas.

6. LA CONCESIÓN MINERA.

Conforme al Derecho vigente, no hay duda que la concesión es uno de los elementos de la mina, considerada jurídicamente. Sin la concesión no hay mina; habrá unos trabajos clandestinos que en cierto modo tendrían carácter furtivo, que no pueden merecer la conceptuación de mina en su acepción usual jurídica.

Como dice Wolff, la *concesión* no es la transferencia en derecho privado de un derecho de explotación minera ya existente, sino la creación por acto oficial de la autoridad de un derecho de explotación hasta entonces inexistente. Pérez y Alguer, siguiendo al tratadista alemán, refiriéndose a nuestra legislación, afirman: «La concesión, lo mismo que en el Derecho alemán, no es transmisión de un derecho, sino creación de una propiedad minera hasta entonces inexistente» (12). Discrepamos modestamente de este juicio, pues entendemos que, aun dado el sentido de acusado intervencionismo estatal que impera en la legislación minera vigente, la concesión no crea una propiedad inexistente; lo que hace es completarla, legitimar una situación jurídica que surge indispu-

(12) Pag. 591. Ob. cit.

table desde el momento en que se inician oficialmente unas diligencias burocráticas seguidas de una situación efectiva sobre el terreno con prioridad a cualquiera otra persona.

La concesión en minas no es acto constitutivo de propiedad, sino legitimador de una situación jurídica constituida anteriormente; por eso el propio Wolff reconoce que «existe una pretensión contra el Estado dirigida a la creación de un derecho privado».

La concesión viene a integrar el concepto de propiedad minera concretada a la porción de subsuelo donde radica o se supone radica la sustancia mineral en la que van a efectuarse los trabajos e instalaciones necesarias para captar los minerales existentes. La mina no surge por el mero otorgamiento de la concesión. Una concesión minera por sí sola sería tanto como un título sin contenido económico, como unas excavaciones sin concesión no determina la mina, jurídicamente hablando. Esta surge cuando sobre el hecho material del yacimiento minero existe la concesión; es decir, la investidura oficial, ligados ambos elementos por la actividad humana que, amparada por esa titularidad, acciona sobre la porción de subsuelo delimitada como mina (13).

Sobre este punto concreto es harto elocuente la vigente Ley de 19 de julio de 1944, cuyo artículo 31, de una manera contundente, dice: «No podrán efectuarse trabajos de explotación hasta que haya sido otorgado el título correspondiente, o, en su caso, el resguardo a que se refiere el párrafo sexto del artículo 22 de esta Ley.» Es decir, que no hay mina, propiamente dicho, hasta que no se otorgue el título o al menos los resguardos de consignación

(13) SEGISMUNDO ROYO VILLANOVA ha publicado en «Las Ciencias», año VII, número 3, un artículo interesantísimo que titula *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la concesión minera*, en el que después de hacer constar la vaguedad e imprecisión que existe en la doctrina y en la jurisprudencia españolas sobre la llamada naturaleza de la propiedad minera, y de la concesión otorgada por el Estado, nos dice que los derechos del concesionario de la mina nacen de un acto de la Administración, de una concesión administrativa, el concesionario adquiere por ella un derecho que no tenía antes de la concesión. Como afirma tan docto Profesor, si en todo acto administrativo existe un fin de interés general, en la concesión este fin es su causa determinante y no la utilidad privada de los solicitantes. Así, en la concesión de las minas, la finalidad perseguida es la explotación de los tesoros subterráneos, para evitar que quede improductivo ese importante veneno de riqueza. Este carácter nacional de la riqueza minera, este interés general de la explotación es el que ha hecho nacer y aumentar la intervención administrativa en el ejercicio de la industria minera. De la concesión minera nacen dos clases de derechos: uno que se refiere a la Administración pública; otro, que hace relación a terceros; aquéllos de índole público, éstos de naturaleza privada. La Administración, al otorgar la concesión minera, se obliga respecto al particular a asegurar la pacífica posesión de sus derechos y la posesión y goce de ventajas económicas, con arreglo a la Ley. Cuando el interés general reclame y provoque una alteración extraordinaria y especial en ese orden económico, en ese equilibrio ofrecido al concesionario, la Administración pública estará obligada, en términos de justicia y de equidad, a abonar la indemnización correspondiente.

de los derechos de título, ya que hasta ese momento, según precepto de la Ley, *no podrán efectuarse trabajos de explotación*, y aun cuando la Jefatura del Distrito, conforme al precepto citado, puede autorizar los trabajos de preparación una vez aprobada la demarcación del terreno, esto no alcanza la categoría de mina propiamente dicha, pues se trata de mera exploración, de tanteo, y por eso el artículo 20 de la propia Ley, ratificando la doctrina expuesta, nos dice que el titular de un permiso de investigación no realizará trabajos de explotación, reservándole, eso sí, la facultad de disponer de los minerales que encuentre y extraiga en su tarea investigadora, previo conocimiento de la Jefatura del Distrito Minero.

La nueva Ley de Minas, en su artículo 9.º, consagra el derecho a la investigación de las sustancias minerales de la Sección B), sin perjuicio—dice—de lo prevenido en los artículos 426 y 427 del Código civil, previa solicitud de un permiso de investigación que se concederá al primer solicitante que posea y justifique las condiciones de ser español y estar en el pleno uso de sus derechos civiles, detallando minuciosamente la nueva Ley los requisitos y formalidades que han de cumplirse para obtener el permiso de investigación, por cuya obtención habrá de pagar un canon a la Hacienda pública. Quedan dispensados de efectuar investigaciones y podrán solicitar directamente la concesión aquellos explotadores de otras concesiones mineras en la cual la marcha de las labores indique con exactitud una continuidad de su criadero dentro de la nueva concesión solicitada, e igualmente, conforme al artículo 16 de la citada Ley, quedan dispensados de efectuar investigaciones aquellos peticionarios de antiguas minas caducadas de las que existan datos y pruebas de tener aún zonas explotables.

Conforme a la Ley de 19 de julio de 1944, tan pronto como la investigación demuestre suficientemente la existencia del yacimiento, y en todo caso antes de transcurrir treinta días desde el término del plazo concedido para aquélla, el titular del permiso podrá solicitar del Ministerio de Industria la concesión de explotación de la mina, que le será otorgada si la exploración ha dejado demostrada la existencia del criadero (art. 21). Las concesiones mineras se otorgarán siempre por una extensión determinada no menor de diez pertenencias para minerales en general; cien para combustibles sólidos, rocas vituminosas o sales potásicas, y mil para hidrocarburos líquidos o gaseosos. Según previene el artículo 27 de la propia Ley, el poseedor de una concesión de explotación para sustancia determinada de la Sección B) podrá aprovechar todas las que, perteneciendo a la misma Sección, se encuentren dentro de aquélla, excepto las que previamente se hubiera reservado el Estado, debiendo dar cuenta a la Jefatura del Distrito Minero del descubrimiento de una nueva sustancia inmediatamente después de haberlo realizado y tributar a la Hacienda

por canon de superficie, y, en su caso, de producción, correspondiente a la sustancia de mayor tributación, salvo que renunciara expresamente a la explotación de la nueva sustancia. La propia Ley detalla minuciosamente los trámites y formalidades que han de observarse para obtener la concesión, si bien se omite toda referencia respecto a las cuestiones de índole privada derivada de la explotación minera.

Dados los términos de la legislación especial, podemos llegar a la conclusión que con referencia al Derecho francés sentaba Charles Croizat (14), de que no hay minas, en términos de derecho, por la simple concesión administrativa, asimismo que no hay mina por la mera ejecución de los trabajos de extracción de mineral. Es necesario que se conjunten ambos elementos, y junto a estos requisitos objetivos concurra un elemento subjetivo esencial, cual es la intención de una explotación regular minera, actuando sobre el terreno denunciado, soporte físico de la explotación, conforme a la concesión administrativa alcanzada, por la que se define como derecho indisputable las pretensiones jurídicas publicadas con reiteración real por el concesionario.

De esta forma, tenemos ya el ente jurídico, mina, que no es una cosa infructífera; al contrario, normalmente ellas producen cuantiosos rendimientos, que en muchos casos se traducen en pingües ganancias. Examinemos seguidamente esta cuestión en nuestro Derecho civil.

7 DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE EL PARTICULAR.

Pobre en extremo es la regulación que hace nuestro Código civil sobre este particular. La Ley de Bases del Código de 11 de mayo de 1888, como es de todos sabido, consagró el principio de respetar las llamadas propiedades especiales, y remitió a las respectivas legislaciones especiales la solución de los problemas jurídicos que en las mismas planteaba; claro que la base 10, al decir que «se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las minas..., bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen», mandaba «deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlos en el Código».

Tan lacónico fué el Código sobre este particular, que respecto a la propiedad minera sólo dedica dos artículos, el 426 y el 427, y el 334, que reputa inmueble las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y ciertamente del texto de estos tres artículos poco o nada puede cole-

(14) *La Notion de Fruits en Droit Privé, et La Notion de Revenus en Droit Fiscal*. París, 1926.

girse respecto a la determinación concreta de cuáles sean los frutos de esta propiedad especial, que, a nuestro modesto parecer, no fué abordada por los ilustres juristas autores del Código civil por el escaso interés económico que sin duda ofrecía la cuestión, y quizá porque, vinculados a la tradición jurídica del Derecho romano, no se decidieron a abordar este problema con la debida amplitud y en el lugar que correspondía hacerlo, y esto los lleva a ocuparse del problema de los frutos de las minas al regular el usufructo.

No incurriremos nosotros en el afán de crítica inmoderada de censurar por sistema a los autores de nuestro Código civil, pues en nuestra opinión aventajaron a lo que otros juristas de su época propugnaron, y si no llegaron a desarrollar con la amplitud debida esta cuestión, obedeció fundamentalmente, como antes hemos dicho, por tratarse de una actividad económica que tuvo en aquella época escaso auge y haberse remitido, con esperanzas fundadas de una completa ordenación, a la Ley especial; más concretamente al conjunto de normas que había de regular la propiedad minera.

La parquedad de nuestro Código civil fué motivada por remitir a la legislación especial el desarrollo de los problemas jurídicos de la propiedad minera, que por otra parte en aquel entonces no alcanzó la importancia y volumen que varias décadas después logró y que ha tenido un crecimiento progresivo, hasta alcanzár en nuestros días rango preferente en la economía nacional.

Desde luego, se observa una posición contradictoria, una concepción paradójica tanto en el Código como en los civilistas del pasado siglo. En efecto, por una parte con harta frecuencia oímos decir que la propiedad minera es una propiedad especial, y en cambio en cuanto se habla del régimen de aprovechamiento de las minas, con una falta de lógica extraordinaria se mantiene la obsesión de encuadrarla en las normas de carácter general típicas de la propiedad común. La propiedad minera es algo especialísimo; pero en cambio en cuanto al uso, a los negocios jurídicos referentes al aprovechamiento de las mismas, sin vacilar se les encuadra y se les somete a las normas propias que el Derecho clásico señalaba a la propiedad general; por eso se llegó a decir que las minas no podían ser objeto de arriendo, puesto que conforme al Código civil, el arrendatario no puede variar la forma de la cosa arrendada y debe devolver la finca al concluir el arriendo tal como la recibió. La propia obsesión esencialmente civilística sobre el usufructo, llevó a la conclusión de que tampoco las minas podían ser objeto de usufructo. Imperaba como una idea fija el principio de *Salva rerum substantia*, sin tener en cuenta que precisamente por tratarse de una propiedad especial era necesario buscar solución especial a las situaciones jurídicas que surgían sobre aprovechamiento y disfrute de la mina, y que determinó vacilaciones

en nuestro Tribunal Supremo que, como luego veremos, hubo de rectificar su propia doctrina.

Se dió excesiva importancia a la concepción meramente orgánica de los frutos, a las realidades plenamente objetivas, sin tener para nada en cuenta el elemento intencional, la voluntad de los hombres, el destino que éste da a las cosas, la estimación económica de éstas, según su especial contenido económico y las situaciones consagradas por el uso o lo que ahora se denomina «la coyuntura económica». Era más fácil manejar los conceptos clásicos heredados del Derecho romano, pretendiendo imponer estos moldes, no obstante las especialidades proclamadas, a los negocios jurídicos relacionados con la propiedad minera.

Para nosotros, la mina es una cosa especial y compleja cuyo destino normal y corriente, tanto en el orden jurídico como en el económico es la producción de mineral, siguiendo los principios técnicos pre establecidos consagrados en cada época, y lo que se obtiene o se extrae de esta manera constituye el fruto de la mina. Ahora bien, como éstos no se obtienen de una manera espontánea en la acepción meramente orgánica que da el artículo 355 del Código civil, consideramos que no se puede hablar de frutos naturales de las minas; que el mineral se obtiene, como hemos repetido anteriormente, a impulsos del cultivo, del trabajo humano, difícil muchas veces en estas actividades, por ello los minerales, a nuestro juicio, deben ser considerados como frutos industriales de las minas.

Las minas dan fruto y, por ende, son susceptibles de arriendo y de usufructo.

Tengamos en cuenta que la extracción del mineral no consiste en el bárbaro descuaje del subsuelo, ni en desmontar de una manera arbitraria y caprichosa los filones o capas donde se contiene la sustancia mineral, sino en la racional captación de esta riqueza manteniendo viva la fuente originaria de la misma.

El hecho de que una mina se agote o se extinga con las primeras extracciones o poco después de su iniciación, no quiere decir que sea una cosa infructífera, también una yegua puede morirse al primer parto o el olivar puede desgraciarse el primer año de dar cosecha por heladas u otros motivos, y ello, no obstante, nadie dirá que los animales y los olivares no dan fruto.

No hay duda que la mina ofrece una posibilidad de remuneradores aprovechamientos, de utilidades muy estimables que puedan ser objeto de contratos o situaciones jurídicas, cuyo objeto sea el uso y disfrute de las cosas.

Conviene no olvidar que en muchísimos casos se suspende la actividad minera no porque se agote en sí el yacimiento, es decir, no por motivos de índole interna, sino como consecuencia de la depreciación que en el mercado tenga ese mineral que determine la no rentabilidad de dicha explotación, lo que motiva una clausu-

ra, en ocasiones sólo temporal, hasta que se presenta la coyuntura propicia para ello. Buen ejemplo de esto nos lo ofrecen las minas de lignito. Ahí está la extensa cuenca lignífera de Cataluña, las del Bajo Aragón, la comarca del noreste de Huesca denominada «Del Cinca», que terminada la guerra de 1914 casi, casi, en su mayor parte fueron abandonadas y muchas de ellas caducadas administrativamente; el filón se mantenía vivo y abundante, a pesar de ello las minas se clausuraron, y cuando terminada nuestra guerra de Liberación el mercado nacional fué propicio para el consumo de lignitos, apresuradamente se reanudaron los trabajos en esas minas cerradas y se continuó la explotación de las que dejaron de serlo, no por agotamiento del mineral, sino por unas circunstancias externas totalmente ajenas a la cosa en sí. Lo propio cabe decir con las minas Volfranio, de plomo, etc., etc.

Quizá la propiedad minera tenga más acusada su relatividad que la propiedad en general, pero esto no hace sino destacar el carácter especial de la misma para que se busquen fórmulas también especiales a los contratos sobre aprovechamientos de las mismas.

Es curioso que el principal argumento en contra de la productividad o fecundidad de las minas lo ofrecía precisamente aquella obligación básica del usuario de las cosas del «*Salva rerum, substantia*», los deberes de conservación de la misma sin variar la forma, sin alterar su sustancia (15).

Con singular acierto, el docto Catedrático de la Central, don Alfonso García Valdecasas, acaba de abordar este tema (16), en el que con admirable precisión ya expone las vacilaciones advertidas en los Códigos e incluso en el Derecho clásico, por lo que no debe extrañarnos que los autores de nuestro Código civil no dejasen resuelto con la precisión debida esta cuestión. El problema no es nuevo con la sencillez y sobriedad que caracterizaba sus trabajos don Benito Gutiérrez (17), analizando el «*salva rerum substantia*» que Justiniano, tomándola de Paulo, mencionaba en la clásica definición de usufructo, nos decía: «Condición precisa de usufructo es *salva su sustancia*, cuya cláusula se ha entendido de dos maneras: unos opinan que se refiere a la duración del usufructo, y dicen que significa derecho de usar y gozar mientras duren las sustancias; otros, la consideran relativa a los derechos del usufructo y la traducen en derecho de usar y gozar sin alterar la sustancia». La última interpretación—añade—es la

(15) «El joven civilista, catedrático de Barcelona, D. FRANCISCO F. VILLAVICENCIO, acaba de publicar un interesantísimo trabajo que titula *Salva Rerum Substantia*, en el usufructo propio, en «Rev. de Derecho Privado», año XXXV, número 408.

(16) *La idea de sustancia en el Código Civil*, en «Rev. de Derecho Privado», Año XXXV, núm. 416.

(17) *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil*. Tomo II. Madrid, 1871, pág. 606.

cierta, quiere decir: «que la cosa se conserve del modo que ha sido concedida y no se aproveche para un uso distinto del que tiene».

Como es sabido, el nuevo Código italiano, al hablar del usufructo, ha prescindido totalmente de la fórmula clásica «salva rerum substancia» y, sin definirlo, nos dice que el usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa, pero debe respetar su destino económico (art. 981), en cuya redacción se advierte una clara influencia del Derecho alemán. Adquiere predominio en nuestros días el elemento intencional o subjetivo que, en definitiva, es el que imprime carácter en las cosas, asignándole un destino económico no solamente por razón de las condiciones intrínsecas de la cosa en sí, que habrán de ser conjugadas con una serie de factores externos, principalmente de índole económico y social.

Con razón nos dice García Valdecasas que la forma de la cosa está determinada a los efectos jurídicos sociales por la finalidad a que la cosa sirve, y añade: «la forma es el destino propio de la cosa, esto es, el destino socialmente reconocido y estimado». Refiriéndose a nuestro Código civil, afirma García Valdecasas, que el artículo 485 es nítido ejemplo de juego de los dos aspectos, forma y sustancia de la limitación usufructuaria. Se refiere dicho artículo al usufructo de montes, y empieza estableciendo que el usufructuario disfrutará todos los aprovechamientos que el monte pueda producir según su naturaleza. Me inclino a interpretar—agrega el ilustre civilista granadino—que *naturaleza* engloba aquí el conjunto de forma y sustancia, entendida sustancia siempre como valor y entendida forma en su más amplio sentido, como conjunto de las posibilidades que admite el destino genérico de la cosa.

Desde luego, la posición de los tratadistas españoles hasta principio de siglo fué verdaderamente irreductible. Ricardo Oyuelos, decía: «Los minerales son la entraña de la mina, son esta misma, y concederlos al usufructuario valdría tanto como entregarle también la nuda propiedad». «No hay mina por un lado y producto o frutos minerales por otro, sino que éstos, en su conjunto, forman aquélla; o en otro sentido, la mina es el agregado o suma de masa mineral. La extracción de ésta llevaría al agotamiento de la mina» (18).

Recordemos las conclusiones que Navarro Amandi, en su cuestionario del Código civil había sentado de que la explotación de la mina es la destrucción de ella.

Manresa, en sus Comentarios, se expresa sobre este particular en los términos siguientes (19):

«Si disfrutar es percibir frutos, la mina no da frutos, da su propia sustancia, el mineral, que es la mina misma. Pero dis-

(18) *Digesto.—Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código Civil español*.—Tomo II. Madrić. Pág. 348.

(19) *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IV. 1910, pág. 390.

frutar es a veces más que eso, y a veces no puede ser tal cosa a menos de admitir que el usufructo sólo puede recaer en cosas que segreguen o produzcan frutos. La casa que habita el usufructuario no produce frutos; el mobiliario se gasta por el uso; las cosas fungibles se consumen, y el Código, observando que aunque se altere o destruya la sustancia de las cosas, esto es, inherente a su naturaleza, porque no puede usarse de otro modo, admite el usufructo hasta de los bienes fungibles. ¿Cómo habría de negar el usufructo de las minas?

¿Pero en qué consiste este usufructo? El Código expresa cómo ha de entenderse en los usufructos legales exponiendo una regla, rara tal vez, pero regla al fin. En los usufructos voluntarios, con arreglo a los artículos 467, 470 y 476, la voluntad de las partes es ley; si éstas quieren que el usufructo consista en extraer mineral y aprovecharlo, si prefieren el sistema del artículo 477, si adopta otro cualquiera nada se opone a su voluntad. Pero cuando siendo el usufructo voluntario y recayendo en las minas, sea o no universal, la voluntad de las partes nada resuelva, habrá de seguirse la doctrina de las sentencias de 7 de mayo de 1879, 27 de diciembre de 1883, 1 de diciembre de 1884 y 30 de marzo de 1892.

Según estas sentencias, el usufructo de las minas consiste en la percepción de las utilidades que por las transformaciones industriales o mercantiles a que se les destine produzcan los metales o minerales extraídos. No creemos pueda interpretarse de otro modo la presunta voluntad del constituyente cuando nada expresa sobre concesión de mayores facultades al usufructuario. Recobra su imperio la regla general del artículo 467; no puede alterarse la forma ni la sustancia de la cosa.

Como puede apreciarse, escasas luces aporta Manresa sobre este tema, pues se limita a considerar el articulado del Código sin ahondar en la cuestión básica de determinar cuáles sean los frutos de las minas.

Mucius analiza con más rigor científico este problema después de dejar sentado que el usufructo de las minas no existe sino por excepción, y de sostener que el artículo 1.545 del Código civil hace imposible el contrato de arrendamiento de las minas, se formula esta pregunta: ¿La geología ha enseñado nunca algo que indicase la reproducción en cuyo sólo caso procedía establecer el usufructo de las minas? ¿Tardó en ser postulado científico el que la extracción del mineral afectaba a la sustancia e integridad del predio desmembrando o disminuyendo éste, al menos en su subsuelo, en la misma proporción en que aquél se extraía?

Donde se condensa con mayor precisión y justicia el pensamiento de nuestros juristas sobre este problema es el «Diccionario de Administración Española» (Alcubilla), en el que se contiene las expresiones siguientes:

«Una mina es un caudal a manera de caja en el que se con-

tiene un capital indeterminado, una especie de almacén en que se hallan depositados efectos industriales por negociar. ¿Podrán llamarse nunca productos las cantidades que se extraigan de la caja, los géneros que se saquen del almacén? No; las cantidades, los objetos extraídos son el capital mismo. Productos de ese capital serán las rentas que proporcionen los intereses que devengue, las ganancias que ese capital produzca cuando esté en explotación, cuando las mercaderías estén a la venta, porque si el almacén se halla cerrado y el dinero está dormido y sin empleo, entonces no ofrecen productos, son una fuerza inactiva verdaderamente infecunda». «Y si la caja de caudales—añade—sólo se abre para extraer de ella dinero y consumirlo, nadie dirá que el dueño sabe hacer producir su capital, sino que sabe gastarlo y que con el gasto lo va disminuyendo. Pues igual sucede con la mina, de la cual no son *productos* los minerales, y no siéndolo no puede decirse que son éstos los que corresponden al usufructuario, según el artículo 476».

El pensamiento de Alcubilla estaba influenciado por las dos o tres sentencias que el Supremo había dictado sobre este particular, y enamorado del símil de la cajita de caudales no tuvo reparo alguno de equiparar a ella la mina. La tesis del Tribunal Supremo, que tan directo influjo tuvo sobre Martínez Alcubilla, se condensa en las dos afirmaciones siguientes, como luego veremos al examinar brevemente la jurisprudencia: a) Los minerales arrancados o extraídos deben reputarse porciones integrantes de la mina que se laborea, y b) Los frutos de las minas consisten en el ulterior rendimiento del capital invertido en la explotación de la mina (20). En un interesante trabajo, don Vicente Amat (21) afirma que el mineral es el producto, el fruto de las minas, ya que el único medio de aprovechamiento de ésta es su explotación, y aquél su única riqueza.

Analiza la doctrina de las antiguas sentencias del Tribunal Supremo determinando que la utilidad de usufructuario consistía en la que resultara de las transformaciones industriales o mercantiles o de los minerales extraídos de las minas, teoría insostenible—dice—porque esas utilidades no proceden de las minas ni siquiera del mineral extraído, sino de la industria humana.

El mineral en la mina carece de utilidad; el usufructuario, al extraerlo, aumenta su valor y también el de la mina tras las labores necesarias para la extracción.

Omitimos recoger aquí la disputa de si al concederse al nudo propietario la mitad del beneficio líquido del mineral extraído queda compensado de la merma que la mina experimenta con la extracción del mineral, determinación que muestra un indiscutible acierto de nuestro legislador, que precisamente se decidió a

(20) Diccionario de la Administración Española. Tomo XI. Madrid, 1923.

(21) *Usufructo de Minas. Encyclopedie Juridica Espanola*. Seix Barcelona.

imponer un criterio especial disidente del generalmente establecido para el usufructo corriente.

La regla del artículo 471, que concede al usufructuario los frutos en su totalidad, no debe, no puede aplicarse al caso del arrendamiento de minas por la naturaleza de los productos de éstas, porque la regla general debe tener ante la específica y peculiar del caso y, por tanto, si el artículo 477 dice que al usufructuario legal sólo le corresponde la mitad de los beneficios líquidos de la mina, en el caso de arriendo el canon o precio del mismo es el beneficio líquido y en la mitad debe concretarse la participación del usufructuario.

El ilustre jurisconsulto, don Antonio Maura, con la agudeza de ingenio que le caracterizaba, nos dice que cuando el Código enumera los bienes inmuebles, el artículo 334, empleando la expresión: «*las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanezca unida al yacimiento*», estas palabras dan a entender que una vez arrancadas, aunque muebles, no deja de considerarse como parte integrante de la mina (22).

En el interesante discurso para la apertura de curso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del año 1900, tan insigne jurisconsulto abordó el tema de «*El Capital y sus Productos*», y a la cuestión que nos ocupa dedicó el señor Maura las siguientes líneas: «En el orden científico y de derecho constituyente no he logrado nunca (y se sabe de muchos en igual rebeldía), que mi razón se sometiese a la doctrina legal establecida; veo en los rendimientos de la mina, tanto como la materia inorgánica arrancada del yacimiento, la creación económica de la industriosa inteligencia humana y un resultado feliz de la aportación de capitales extraños al inmueble, antes inerte, según suele acontecer con otras muchas explotaciones del suelo. No acierto a convencerme de que las minas explotadas según arte se agoten primero que la vida del árbol fructífero o del animal dedicado a la cría; me parece fácil recordar los nombres de minas que siguen explotadas al cabo de muchos lustros y aun siglos, no entendiéndose la concordancia de leyes que así deciden, temerosas del aniquilamiento del capital cuando ellas mismas califican como frutos las anualidades de una pensión vitalicia, y no ignoran que los más de los bienes de fortuna, aun aquellos de apariencia más estable, están sujetos a contingencias y adversidades análogas; menudean los ejemplos prácticos de haber el aventurado arrojo con que se inicia el laboreo multiplicado fabulosamente, y tal vez sacado de la nada, el capital de la propiedad explotada».

A nuestro pobre criterio es, como ya queda expuesto, que el mineral obtenido mediante el laboreo normal conforme a los usos y criterios técnicos de la mina es el fruto de ésta. La mina es un ente jurídico, peculiar o, al menos, distinto de la generalidad de

las cosas ; tiene un destino económico indiscutible permitir a los hombres el disfrute de la riqueza que constituye la sustancia de esa mina, el hombre erigido por Dios en rey de la creación, ha de utilizar y aprovechar dicha riqueza mediante su esfuerzo, su trabajo intelectual y material, siguiendo unas normas, unos criterios condensados en lo que vulgarmente llamamos uso y costumbre de buen minero. El mineral es la producción normal de la mina, es el beneficio que corresponde al destino normal de una mina. Ciento que en el mineral no hay renuencia, no hay periodicidad en la producción, pero lo indudable es que el mineral constituye el rendimiento normal que corresponde al destino de la mina, al fin querido por el hombre, y como se obtiene mediante la conjunción del trabajo humano con el yacimiento que contiene la sustancia mineral, nos encontramos ante un fruto de naturaleza civil, ciertamente especial, como especial es la cosa que lo produce. El dogma clásico de que era esencial al fruto que no produjese disminución ni alteración en la sustancia de la cosa creadora, ha perdido el rigor viejo por cuanto no hay cosa en la naturaleza humana que su reproducción no implique merma y reducción en sí mismo. Lo mismo que nos fijemos en las producciones del suelo como en las de los animales nos encontramos siempre con un continuo desgaste más intenso y progresivo cuando la voracidad del hombre, aun dentro de una explotación discreta, intensifica sus rendimientos. Son muchas las minas centenarias y en cambio es harto frecuente ver el agotamiento de una plantación arbórea o de una explotación agropecuaria, y sería absurdo por esta relativa duración de su potencial creador el negarle aptitud para dar frutos sólo por su efímera vitalidad fecundante y creadora, como sería impropio no considerar frutos a las pocas cías que se obtuviesen o a las pocas cosechas que se recogieran. No olvidemos que la mayor parte de las minas, al menos buen número de ellas, se abandonan no por agotamiento, sino porque el mineral que se obtiene ha perdido la estimación económica necesaria, teniendo en cuenta el esfuerzo necesario para su obtención, sencillamente porque las condiciones del mercado no compensan debidamente el trabajo que ha de realizarse para la saca y negociación de esta sustancia. El mineral es el rendimiento normal que corresponde al destino que el hombre asigna a la mina, que cuando se extrae de una manera regular, conforme a los criterios técnicos y prudentes, el hombre no hace otra cosa que recoger el fruto que ésta puede dar.

8. LA JURISPRUDENCIA

Terminamos nuestro trabajo con una breve referencia a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias que ha pronunciado sobre este particular.

La Sentencia de 7 de mayo de 1879 es la primera en la que el Tribunal Supremo aborda el problema del usufructo de minas y en la que niega el carácter de frutos a los minerales. La Territorial de Granada había declarado que los productos de ciertas minas pertenecientes a menores eran propiedad de su padre como usufructuario legal; el Tribunal Supremo casa la sentencia y declara:

“Que el usufructo que pertenece al padre está limitado con la obligación de conservar la sustancia o la esencia de la cosa usufructuada, y que el usufructo de una mina consiste en las utilidades que por las transformaciones industriales o mercantiles a que se les destine produzcan los metales u otros productos extraídos de dicha mina, puesto que si se conceden los minerales mismos en concepto de frutos y rentas con pleno dominio y libre disposición, se entrega en absoluto la propiedad de la mina, o sea la sustancia de la cosa usufructuada, que debe reservarse íntegra y entregarse al dueño cuando termine el usufructo.”

Años después el Supremo dicta sentencia de 27 de diciembre de 1883, en la que ratifica la doctrina anterior en los siguientes términos:

“El mineral extraído es una parte esencial de la mina y no puede considerarse como frutos o rentas que se producen sin alterar ni disminuir la propiedad y, por consiguiente, son inaplicables a este caso las leyes y doctrinas que adjudican al poseedor de buena fe los frutos de la cosa poeida.”

Interesante en extremo es la Sentencia de 31 de mayo de 1904, en la que con ciertas reservas que la propia Sala apunta se inicia una rectificación de la doctrina que tenía consagrada. Es verdad que el caso ofrecía cierta particularidad. Se trataba de un usufructo ordenado en testamento mancomunado por los cónyuges por toda la vida en favor del supérstite. Al morir el sobreviviente, los herederos del premuerto reclamaron a los del último fallecido la restitución de todos los minerales que su causante había aprovechado, a pesar de constituir tales bienes la propiedad de la mina misma y que por ende no pudo hacer suyo un mero usufructuario, pretensión que fué desechada en todas las instancias, declarando el Supremo no haber lugar a la casación por las consideraciones que condensa en el Considerando que transcribimos”:

.. CONSIDERANDO: Que si bien en términos generales, y según doctrinas de este Tribunal, el usufructo de las minas, cuando por ministerio de la ley se obtiene, o cuando sin otra adición o explicaciones se transfiere o lega, no puede tener más alcance y transcendencia ni conferir más derechos que los mencionados en las sentencias de este Tribunal de 7 mayo 1879 y 27 diciembre 1883 para los casos a que respectivamente se refieren, es necesario tener

en cuenta que en el testamento mancomunado de que se trata no se concretaron los testadores a legarse recíproca y simplemente el usufructo de las porciones mineras, a semejanza de lo que el mismo testador Castaños dispuso en legado que hizo a su mujer respecto al usufructo de varias fincas—caso en el que sin otra expresión podría aplicarse al usufructo de una mina la doctrina referida—, sino que en uso de su libérrima facultad para restringir o ampliar el derecho que constituyan y mutuamente se otorgaban, variaron la frase con las palabras «usufructo que éstas diesen», refiriéndose a las participaciones mineras y variando así el concepto y extendiendo las facultades que se concedían, claramente pusieron de manifiesto que el legado consistía en el usufructo de las porciones mineras, o sea el provecho o utilidad que de las mismas se obtuviere, porque si hubieran querido referir la manda no a los mismos minerales que se trajeron y sí sólo al usufructo de éstos, habríanlo determinado limitándose al usufructo de lo que las minas dieran, o sea, al de los minerales, o hubiéranlo legado simplemente como se ha expuesto y sin la expresión que implica la obtención de los minerales mismos».

Ya el Supremo abandona su postura primitiva de que el mineral no puede considerarse como fruto o renta de la mina, y admite, al amparo de la voluntad del testador, que el usufructo por él establecido «alcance al provecho o utilidad de que las porciones mineras se obtuviere, porque si hubiera querido referir la manda no a los mismos minerales que se trajeron y sí sólo al usufructo de éstos...».

El Supremo confundió en sus primeras declaraciones el fruto de la mina con el rendimiento de la industria minera, con el rendimiento de la explotación considerada como empresa mercantil y referida a una unidad de tiempo en el que se mueven elementos que no son solamente la mina, sino que entran en juego otros factores tan importantes, como son el mercado de minerales, la especial aptitud para la colocación de los mismos, margen de especulación y aquellos factores que pudiéramos llamar de tipo oficial, que pueden facilitar preferencia los transportes, rapidez en la obtención de guías o, sencillamente, en el requisitado de las diligencias necesarias para el embarque del mineral, etc. Una explotación agrícola a base de forrajerías, concretamente de alfalfa, puede obtener un resultado económico adverso utilizando la expresión que empleaba el Supremo en la Sentencia de 1879; pueden que no dejen utilidades las transformaciones industriales o mercantiles de la alfalfa cosechada, cuyos consecutivos cortes va reduciendo la capacidad germinativa de esa explotación, pero por eso nadie dirá que esa tierra no ha producido un fruto, y por eso en la última sentencia que comentamos el Supremo, rectificando su propia doctrina, admite como fruto el producto de

las porciones mineras, «el provecho o utilidad que de las mismas obtuviera».

Pero donde el Supremo consagra una rectificación clara y contundente de aquella primera doctrina es en la Sentencia de 8 de julio de 1915, en la que se contiene este considerando que copiado, literalmente, dice así:

«Que la especialidad reconocida por la doctrina de este Tribunal Supremo a las propiedades mineras, obliga a distinguir separadamente los derechos del usufructuario de aquellos otros que corresponden a quien se beneficia con el producto directo de la mina, incluyendo como tal el precio en venta del mineral extraído y de los derechos, en fin, que pertenecen al mero propietario; de todo lo cual, debe deducirse la posibilidad de que el usufructuario aguegue cuando el título constitucional lo autorice al usufructo suyo el beneficio de todos los productos mineros o su representación, quedando sólo para el mero o nudo propietario lo que de la mina reste al extinguirse aquellos primordiales derechos que desmembraron su propiedad, limitándola y condicionándola en la expresada forma.»

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Siguiendo el ciclo de conferencias organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios, en colaboración con el Instituto de Estudios Jurídicos, correspondió la siguiente a don Manuel Villares Picó, Registrador de la Propiedad, que versó sobre el tema «Principios hipotecarios en la Ley de 1861. Sus antecedentes y evolución.» El conferenciante se dedicó a examinar someramente las directrices informantes de la primitiva Ley Hipotecaria española, que en la terminología posterior, se han dado en llamar «principios hipotecarios», siguiendo en la exposición el orden en que aparecen implicados en los artículos de la Ley del 61, deteniéndose, particularmente, en los de publicidad, legalidad, especialidad y trato sucesivo.

La conferencia sucesiva estuvo también a cargo de otro Registrador de la propiedad, don Valeriano de Tena Martín, el que se ocupó de las «Proyecciones del Derecho de accesión en el Registro de la Propiedad», aunque advirtiendo que no pretendía agotar el análisis de todos los efectos que el «hecho jurídico» (sic) de la accesión produce en el referido Registro. Comienza por recordar brevemente los principios generales y las modalidades de la accesión directa referida a los derechos reales y a los bienes inmuebles, con amplias referencias al Derecho comparado, principalmente al alemán, italiano y suizo; después entra de lleno en el desarrollo del tema propuesto, estudiando especialmente la accesión inversa y, dentro de ella, el derecho de superficie en sus diferentes modalidades regionales españolas, intercalando sus puntos de vista en cuantos problemas apuntó.

J. M. P. V.

Primer Congreso Nacional de la Delegación de Justicia y Derecho de F. E. T. y de las J. O. N. S.

Bajo los auspicios de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho tuvo lugar durante el mes de junio, con gran concurrencia de juristas de todas las especialidades, el I Congreso Nacional de la Delegación de Justicia y Derecho de F. E. T. y de las J. O. N. S.

Los temas tratados fueron de la más candente actualidad, como se advierte en la relación que sigue:

Tema 1.º—«La brevedad en la administración de justicia y las medidas a adoptar para obtenerla.» Tan interesante tema fué examinado en distintas Sub-

comisiones, que la estudiaron en la jurisdicción civil, en la jurisdicción penal, en la jurisdicción económica y contencioso-administrativa y en la jurisdicción laboral.

Tema 2.º—Personalidad jurídica de los distintos órganos del Movimiento.

Tema 3.º—Modificación de la Ordenanza disciplinaria y de la ley de conexión de jurisdicciones.

Tema 4.º—El procedimiento de la jurisdicción laboral en relación con la asistencia jurídica al productor.

Tema 5.º—Los recursos en interés de la ley, regulados en la de Arrendamientos Urbanos y de jurisdicción laboral.

Tema 6.º—El principio de equidad en el Tribunal de Amparo Sindical.

Tema 7.º—Incorporación de la mujer Letrado a las funciones público-jurídicas.

Tema 8.º—Situación jurídica de la mujer en la familia y en determinados aspectos del Derecho privado.

Tema 9.º—Creación de una Escuela de práctica forense.

Cada uno de estos interesantes temas fueron debatidos en el curso de las distintas sesiones celebradas y en el pleno correspondiente fueron aprobadas las conclusiones que tienen verdadera importancia y que sin duda abrirán el cauce para ulteriores reformas en la legislación respectiva.

J. H. C.

El IV Congreso de la Asociación Internacional de Abogados (International Bar Association)

La Asociación Internacional de Abogados se constituyó en Nueva York el mes de octubre de 1946, celebrando su primera conferencia en el mes de octubre de 1947.

La segunda y tercera conferencias se celebraron, respectivamente, en La Haya y Londres, en agosto de 1948 y julio de 1950.

La Asociación Internacional de Abogados acordó que la cuarta conferencia tuviera lugar en Madrid y, en efecto, entre los días 15 a 23 de julio se celebró en esta capital la indicada conferencia.

Ante la imposibilidad de dar cuenta en extenso de la dilatada labor de la conferencia, nos limitaremos aquí a dar cuenta de su programa de trabajo, en el cual se trataron unas cuestiones en reuniones plenarias, mientras que otras lo fueron en los Comités.

En Reuniones Plenarias fueron tratadas cuestiones relativas al Derecho de Familia y el proyecto de Código penal internacional y de Tribunal penal internacional.

En los Comités fueron tratados los temas siguientes: Derecho del aire, Derecho sobre aguas del litoral y costas contiguas, propiedad literaria, cooperación económico-internacional, Derecho fiscal internacional, cooperación judi-

cial internacional, Derecho de «Trusts», métodos para la unificación del Derecho, presas marítimas en las relaciones entre los poderes ejecutivos y judiciales.

Del interés que despertó el Congreso da idea de que al mismo asistieron 368 Abogados, correspondientes a 38 naciones y que se presentaron al mismo 97 ponencias.

Entre los acuerdos del Congreso hemos de destacar los que guardan relación con el Derecho de propiedad intelectual, Cooperación judicial internacional y la Unificación del Derecho.

Sobre el tema de Derecho de propiedad intelectual se acordó:

1. Que se publique lo antes posible un diccionario, por lo menos en los siguientes idiomas: inglés, francés, alemán, italiano, portugués y español, definiendo la terminología técnica referente al Derecho de propiedad intelectual; este diccionario se pondrá al dia, teniendo en cuenta las teorías y jurisprudencia más recientes y teniendo también en cuenta los métodos de publicación, elaboración y propagación de las obras literarias, artísticas y científicas. El diccionario tendrá un formato semejante al que fué publicado, en varios idiomas, a principios de siglo por el Congreso Internacional de Editores. El doctor Hepp es requerido para que someta esta proposición al Director de la U. N. E. S. C. O.

2. Que en cooperación con la Asociación Internacional de Autores y Compositores y con la U. N. E. S. C. O. se cree inmediatamente una Oficina central de información y enlace con el propósito de facilitar información de toda clase referente al derecho de propiedad intelectual en todos los países, especialmente con respecto a los propietarios de este derecho de propiedad intelectual en todas las obras.

3. Que se preste atención por los organismos nacionales e internacionales y por los abogados especializados en propiedad intelectual a las leyes y tratados que se han de hacer para asegurar la protección de los derechos e intereses legales de los artistas que actúan y cuyo trabajo es registrado y propagado por medio de los procedimientos modernos de discos de gramófono, películas, radio y televisión, así como los derechos e intereses legales de los fabricantes de discos en relación con las matrices hechas por ellos y los derechos de las estaciones transmisoras de radio con respecto a sus programas. En este estudio se tendrá cuidado de separar los derechos arriba mencionados de los derechos de los autores.

4. Que, en relación con los métodos empleados por la televisión en la propagación de las obras literarias y artísticas y, especialmente, de las obras dramáticas, se defina claramente la distinción entre la adaptación de tales obras al cine, por una parte, y a la radio y televisión, por otra, teniendo en cuenta que la mayoría de los sistemas legales trata los derechos de reproducción y los derechos de ejecución pública como cuestiones separadas.

Sobre Cooperación judicial internacional se acordó:

Que la International Bar Association favorezca la negociación de tratados de cooperación judicial internacional, a fin de mejorar el procedimiento para practicar la prueba testifical y entrega de documentos.

Sobre la Unificación del Derecho se acordó:

1. Que la tarea de estudiar la posibilidad de unificación del Derecho sea confiada al Instituto Internacional de Unificación del Derecho, de Roma, cuyo

trabajo es conocido en el mundo entero, y al cual se someterán los informes de la International Bar Association.

2. Que el estudio del Derecho comparado se debe continuar, consultando con el departamento de Ciencias Sociales de la U. N. E. S. C. O., cuyo trabajo en este campo se debería ampliar y cuyos informes deberían ser profusamente repartidos entre todos los miembros de la profesión legal.

J. H. C.

Restablecimiento de los plazos para ejercitar los derechos de tanteo y retracto en arrendamientos urbanos

El plazo para ejercitar los derechos de tanteo y retracto regulados por los artículos 63 y 64 de la L. A. U. fueron ampliados, primero por el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, ampliamente comentado en el ANUARIO (1) ha cuatro meses y luego por Decreto-ley de 17 de mayo de 1952 (B. O. de 5 de junio de 1952), ampliados por otros tres meses.

Cumplida la finalidad de ambos Decretos-leyes, esto es, dar lugar a la promulgación de la Ley de 15 de julio de 1952 (B. O. de 16 de julio de 1952), que instaura los préstamos a los inquilinos de viviendas de determinada renta, era preciso volver a los plazos normales que señalan los artículos 63 y 64 de la L. A. U. para ejercitar ambos derechos.

A este fin se dictó el Decreto-ley de 4 de agosto de 1952 (B. O. de 7 de agosto de 1952), en cuyo artículo 1.^o se establece que la Ley sobre concesión de préstamos a los inquilinos de viviendas de determinada renta empezará a regir el 15 de septiembre, y como en su artículo 3.^o deroga los Decretos-leyes de 8 de febrero y 17 de mayo de 1952, era preciso que la misma resolviese las cuestiones de derecho transitorio que pudieran plantearse, y al respecto establece el artículo 2.^o: «Los derechos de tanteo y retracto e impugnación establecidos en los artículos 63, 64, párrafos a) y b), y 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y 2.^o del Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, que se beneficiaron de las ampliaciones de plazo concedidas por esta última disposición, y por el también Decreto-ley de 17 de mayo del año en curso, cualquiera que fuere la fecha en que, de acuerdo con los mismos debieron vencer, podrán ejercitarse, y a tal efecto se entenderán prorrogados, si necesario fuera, en los plazos respectivamente establecidos en aquellos mencionados artículos de la Ley de 31 de diciembre de 1946, en relación con los 5.^o, penúltimo párrafo, y 17 de la Ley de Préstamos a los inquilinos, de 15 de julio de 1952, computados desde el día de la puesta en vigor de ésta.»

Por lo demás, como queda ya dicho, se derogan a partir de la puesta en vigor de la Ley de 15 de julio de 1952, los Decretos-leyes antes indicados, por cuya razón quedaron restablecidos los plazos que para ejercitar los derechos de tanteo y retracto establecen los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

J. H. C.

(1) Vide. Cossío Corral: "La última reforma de la L. A. U." Decreto-ley de 8 de febrero de 1952 (Derechos de tanteo y retracto), A. D. C. V-1; págs. 209 y ss.

Apertura de Tribunales

Con la solemnidad de costumbre se celebró la apertura del año judicial 1952-1953, tras una misa del Espíritu Santo, oficiada por el Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Madrid don Eloy Montero, ceremonia presidida por el excelentísimo señor don Antonio Iturmendi Bañales, Ministro de Justicia; el Presidente del Tribunal Supremo, excelentísimo señor don José Castán Tobeñas; el Fiscal, señor De la Plaza; el Director General de Justicia, los Presidentes de las distintas Salas del Supremo y otras representaciones.

Terminada la ceremonia religiosa, en la Sala de Plenos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo se celebró la sesión de apertura, presidida por el Ministro de Justicia y las demás personalidades asistentes al acto.

El Ministro de Justicia leyó su discurso sobre el tema «De la Justicia y de los Jueces». Después de examinar el concepto de justicia con las diferentes clasificaciones y su evolución, expuso la idea de la justicia en relación con el dogma del pecado original, analizando el ensayo de Donoso Cortés sobre la debilidad humana. Analizó a continuación el pensamiento español acerca de la justicia, desde Santiago de Simancas, Domingo de Soto, Padre Mariana, Suárez, Luis Vives y Fray Luis de Granada, hasta los más modernos pensadores, como Rodríguez de Cepeda, Mendizábal Martín, Vázquez Mella, Dorado Montero, deteniéndose especialmente, dentro de la literatura jurídica más reciente, en Legaz y Lacambra, que entiende que la justicia es proporción, destacando de modo especial el arraigo que la justicia tiene en el corazón de los hombres y cómo éstos sienten la justicia dentro de ellos mismos, como un imperativo que les impulsa de una manera fatal y definitiva como una tendencia invencible de orden moral superior en dignidad a todos los instintos naturales.

Al entrar en la segunda parte de su interesante discurso, refiriéndose a los Jueces afirmó que debía hablar no sólo de lo que el Juez es, sino de lo que puede ser. La función judicial no debe ser algo estático e inflexible, ya que estando el Juez colocado en la sociedad y formando parte de la misma, tiene que mirar en torno suyo para leer, tanto en la realidad de la vida diaria como en la historia. Destacó especialmente la misión y la función del Juez y concluyó su discurso diciendo que se debe evitar que los hombres pierdan la fe en la justicia; han de permanecer fieles a lo que es garantía del juicio, regla de la conducta, objeto del saber y fin de la existencia.

La documentada e importante disertación del señor Iturmendi fué muy aplaudida.

J. H. C.

B) EXTRANJERAS

Ayuda legal a la construcción de viviendas en Alemania

No deja de contener enseñanzas útiles en nuestra crisis de viviendas el sistema legal arbitrado por Alemania para reponer las fantásticas destrucciones inmobiliarias ocasionadas por la última guerra. En dos años, 724.647 alojamientos han sido puestos a disposición de la población de los cuales, 435.092 son íntegramente de nueva construcción, contra la diferencia que representa

los reconstruidos. Al ritmo actual, puede calcularse que antes de 1955 estarán repuestos los 2.340.000 que el conflicto hizo inhabitables. Semejante ritmo, sólo superado por los Estados Unidos y Australia, incita a contemplar con cierto detalle aquel sistema legal, que iniciado seriamente por la Ley de 24 de abril de 1950, se completa a través de las de 15 de marzo, 27 de junio y 1.º de noviembre de 1951, aparte los proyectos normativos ya depositados por el Gobierno en el Parlamento o en trámite de serlo.

En la primera Ley citada se empezaba por crear tres tipos de uniformes construcciones: 1) Las denominadas «Sociales», edificadas con la ayuda de fondos públicos; 2) Las beneficiarias de exenciones fiscales, y, 3) Las construidas libremente por los particulares. La superficie habitable mínima es en las primeras de treinta y dos metros cuadrados, sin rebasar los sesenta y cinco. Estos límites pueden ser reducidos en los alojamientos para personas solas, o aumentados en los familiares. Deben ser atribuidas a personas cuyos ingresos anuales no pasen de la cantidad que determina la condición de asegurado social. La ley prevé ciertas facilidades en favor del constructor o de personas que hubieran participado de algún modo en el financiamiento de la edificación. Podrá aquél obtener un piso, además de aquellos a que tendría normalmente derecho.

Se benefician de las ventajas y exenciones fiscales las viviendas cuya superficie habitable no exceda de 80 metros cuadrados, y cuya renta no haya de ser superior a 1,50 marcos por metro cuadrado. Están exentas de contribuciones territoriales y sobre la renta durante 10 años, así como de requisición y repartición por los servicios de alojamiento.

La tercera categoría—edificación privada libre—también se beneficia de ciertos privilegios financieros (deducción durante dos años de una suma igual al 10 por 100 de lo invertido en la construcción, a efectos de tributo sobre beneficios, y del 3 por 100 durante diez), así como de la requisición forzosa.

Por otra parte, todo préstamo o subvención concedidos para la edificación de viviendas no superiores a 120 metros cuadrados, podrá ser deducido de la base liquidable a todos los efectos fiscales y hasta un máximo de 7.000 marcos por piso o departamento construido. Un Proyecto de Ley, presentado al Parlamento el 4 de abril último, completa el cuadro de beneficios con la extensión de derechos y tasas administrativos sobre todos los actos y documentos relativos a la construcción. Otro de igual fecha autoriza la expropiación urgente de terrenos para edificar, salvo que su propietario se comprometa a hacerlo por sí mismo en el plazo de un año. La indemnización tiene lugar por compensación con otros terrenos y la posible oposición queda reducida al mínimo.

Al pequeño ahorro se ofrece en la Ley de 17 de marzo de 1952 una prima igual al 25 por 100 del capital invertido en edificaciones habitables, que puede ser aumentada al 27 y al 35 en función del número de hijos de quien realiza la inversión.

El problema fundamental del financiamiento de la construcción ha sido resuelto con aportaciones del ahorro semiprivado, fondos públicos y capital estrictamente particular. Incluye el primer grupo la participación de las instituciones de crédito hipotecario, compañías de seguros, Cajas de ahorro, capitales procedentes de previsión social y cooperativas de edificación. La aporta-

ción de la Administración—excluidos los beneficios fiscales—procede de subvenciones consignadas en el Presupuesto federal o en el de los Länder, conversión de deuda territorial y capitalización de pensiones. La cifra prestada por el ahorro semiprivado ascendió en 1949 a 500 millones, en 1950 a 1.427 millones y en 1951 a 1.200. La participación pública, a 1.000, 1.913 y 2.000, respectivamente; y la del capital particular a 500, 460 y 800. Los impuestos dejados de percibir como consecuencia del programa de desgravaciones fiscales representaron, en esos mismos tres años, 17.208, 18.106 y 24.276 millones de marcos; es decir, entre el 5 y el 10 por 100 de los ingresos fiscales totales.

Las hipotecas a largo plazo, los ensayos para la disminución del precio de coste, los recargos en los alquileres antiguos, el fomento de las cooperativas, las facilidades a la edificación en suelo ajeno e incluso la introducción del sistema de horas suplementarias de trabajo en las jornadas obreras y en beneficio de las construcciones sociales, son otros tantos jalones en el camino emprendido tan favorablemente por Alemania.

Arturo GALLARDO RUEDA

II. NOTAS CRITICAS

La mediación

(A propósito de la obra de Luigi CARRARO)*

I

El libro de Luigi Carraro (1) sobre la mediación es un exponente claro del estado actual de la ciencia jurídica italiana. La obra, fundamental en la materia, es una revisión aguda y penetrante de toda la problemática tradicional en torno al llamado contrato de corretaje o mediación.

La postura de Carraro, como en general la de la doctrina italiana ante la problemática jurídica, es el resultado de dos direcciones fundamentales: la pandectística y el positivismo jurídico. Por la primera, el jurista italiano posee todas las virtudes que este movimiento aportó a la ciencia jurídica: la conservación de la tradición romanística y el rigor lógico de las categorías, que sobre esta base se mantenía. El positivismo jurídico actual, con sus raíces en la filosofía de la ilustración, unido a las tendencias neohegelianas, se alía perfectamente con los postulados históricos y sociológicos de la pandectística.

El reflejo de esta orientación, en la parte técnica del Derecho civil, se observa a través de la sistematización de los *Tratados* que los autores más representativos elaboraron, y en la serie de *monografías* de carácter especializado que una legión de juristas realizaron. Todo ello comprende el bagaje de la llamada *dogmática jurídica moderna*.

Esta dogmática, que en un principio se orientaba hacia dos metas extremas —las llamadas *jurisprudencia de conceptos* y *jurisprudencia de intereses*—, se aprovecha actualmente de ambas aportaciones. Sobre un sistema de categorías jurídicas preordenadas se trata de integrar los intereses en juego de las partes con objeto de lograr una eficiente justicia objetiva.

La pretensión de aunar estos dos puntos de vista de la doctrina se realiza en la obra de Carraro. El intento no es fácil, ya que supone en el autor la conciliación de dos contrarios que le vencen: el excesivo afán lógico de la justificación sistemática y el empirismo casuista que maneja.

II

La diversidad de opiniones que se suscitaron en torno a la problemática de la mediación creó una visión confusa, contradictoria y vacilante, que impidió,

(*) CARRARO (Luigi), *La mediazione*. Padova, 1962. Ed. Cedam, 269 págs.

(1) El profesor CARRARO es conocido por trabajos anteriores: *Il diritto sul documento*, Padova, 1940; *Il negoziato in frode alla legge*, Padova, 1943; *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947; *Valore attuale della massima «fraus omnia corruptis»*, en *Riv. trim. de Dir. e Proc. civile* (1940), 791 y otros.

en gran manera, el concretar, incluso en el ámbito jurisprudencial, su particular sentido.

El estudio profundo y minucioso que el autor realiza, prácticamente, viene a agotar el tema. Carraro divide sistemáticamente su obra en cinco amplios Capítulos: I. La mediación típica.—II. La mediación negocial.—III. La relación de mediación respecto al intermediario.—IV. La relación de mediación respecto a las partes del negocio.—V. El premio.

De la distribución de materias se puede observar, sin más, los puntos de vista sobresalientes de su construcción: la nueva aportación legislativa del actual Código civil italiano y la reelaboración de una doctrina frente a las posturas tradicionales. Esta ambivalencia en que se mueve le lleva a una clara distinción de la mediación que denomina *típica* frente a aquella otra que llama *negocial*.

El A. entiende por mediación típica la consignada en el título III, del libro IV del Código civil bajo la calificación *Dei singoli contratti*. Parte del artículo 1.754 para afirmar la no contractualidad de la mediación típica y sostener que es suficiente—según una posición extrema (pág. 5)—el desarrollo de la actividad del mediador para la constitución de la relación y la conclusión del negocio. Bajo el aspecto práctico cree, además (pág. 6), que se siente la necesidad de reconocer al mediador el derecho al premio (y, por tanto, admitir la existencia de la relación de mediación) cuando las partes del negocio utilizan el resultado de la actividad mediadora, prescindiendo, de la circunstancia de que el mediador recibiese el encargo o que hubiese una voluntad negocial de los sujetos.

Pero aunque Carraro (pág. 26) observa que el precepto contenido en el artículo 1.754 supone una definición y, por tanto, revela poco valor normativo, no obstante, cree que la definición allí contenida integra (y por esta vía tiene valor preceptivo) la voluntad legislativa expresada en las normas sucesivas. Concluye (pág. 27) que desde el momento en que el legislador, para la constitución de la relación, se limita a emplazar elementos no negociables, parece contrario pensar en la insuficiencia de ellos y sostener también la necesidad de un origen negocial.

El problema de la contractualidad o no de la mediación y sus efectos es analizado por Carraro en varios títulos más, de este primer capítulo, donde realza las cuestiones sobre la *utilización de la actividad del mediador* (pág. 7), el *problema de derecho positivo y de política legislativa* (pág. 10), los *indicios anticontractuales de la doctrina y de la jurisprudencia* (pág. 12) y la *puesta en relación de las partes como actividad de indicación o mediación del negocio* (pág. 17).

Al afirmar este autor (pág. 26) que la norma del artículo 1.754 es demostrativa de que la mediación no tiene un origen negocial, se ciñe demasiado al pie de la letra; supone una interpretación literal nominalista del texto de la ley. El artículo 1.754 dice: «Es mediador aquél que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a alguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación.» El texto del artículo revela la preocupación del legislador en determinar la persona del mediador y su función específica—dada su posible similitud con otras formas de contratación (mandato, gestión de negocios, arrendamiento de obra, etc.)—; pero

nunca el dar una definición de la mediación. Por otra parte, al venir incluido bajo el título de *los contratos particulares*, hay que considerarlo como uno más dentro de la rica gama de contratación moderna. Creemos que la afirmación de Carraro, de que la mediación típica carece de base negocial, no tiene un gran apoyo. Así ocurre cuando trata de determinar la naturaleza jurídica de la mediación típica, con objeto de salvar y defender su coordinación lógica de la institución. Entonces califica esta determinación legal como incerteza legislativa (pág. 27, núm. 31). Para ello, arguye la justificación de que mientras la mediación típica no es un contrato, lo es por el contrario la atípica. De aquí que también hable (pág. 12) de la posibilidad de configurar la mediación como un contrato, desde el punto de vista abstracto de la lógica jurídica.

La falta de cierta consistencia y la quiebra de la distinción entre la que él llama mediación típica y la negocial puede observarse en su propia argumentación cuando señala la naturaleza contractual de la mediación negocial. «Si se piensa en las facultades que tiene el mediador de renuncia a la realización del negocio o alejarse del mismo—manifiesta (pág. 13)—, se podía responder, como ejemplo, que el contrato de mediación se perfecciona sólo en el momento en que se concluye el negocio para el cual se confiere el encargo.» La tesis no puede ser más débil. Si la mediación contractual tan sólo se perfecciona con la conclusión del negocio previsto—tesis que no aceptará absolutamente más adelante (v. págs. 36 y ss.)—, ¿cómo es posible hablar de mediación contractual bilateral según él hace? Creemos que la simple situación de mediación, por el hecho de una puesta en contacto de las partes, sin un previo acuerdo de voluntades, no tiene eficacia por si sola. Si tal ocurriera no estaríamos ante un supuesto de mediación, supondría una gestión de negocios ajenos, una prestación de servicios a impulsos de beneficencia o liberalidad o incluso un cuasi contrato innominado, pero nunca una relación de mediación (2). Incluso surgiría el peligro de confundir la *mediación típica* con la mera *información*.

En el mismo Código civil italiano puede advertirse que la mediación presupone un contrato bilateral cuando en el artículo 1.758 habla expresamente de *negocio*, y en el artículo 1.757 de *contrato*, y en los restantes (arts. 1.759 y ss.) regula, no sólo los derechos del mediador, sino también sus obligaciones y responsabilidades.

No obstante, Carraro añade argumentaciones en favor de la tesis antinegocial de la mediación típica a propósito de las relaciones de representación, de dependencia y colaboración (pág. 27); también cuando trata de la revisión crítica a la doctrina antinegocial de la mediación típica refuerza sus argumentos. «Si un cierto efecto jurídico es recogido por la ley cuando existe un determinado hecho (por ejemplo, la puesta en relación de las partes por obra del mediador, la conclusión de un negocio), el mismo efecto no puede ser producido contractualmente (y subordinadamente al verificar el mismo hecho), puesto que el contrato sería inútil y, como consecuencia, nulo por falta de causa» (pág. 34).

Tal afirmación nos vuelve a mostrar la formación dogmática y legalista del autor. Se observa cómo desde la publicación del novísimo Código civil italiano

(2) Sobre la mediación como contrato unilateral condicional, véase nuestra posición en torno a la S. 3 junio 1950. *El contrato de corretaje o mediación* en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-4 (1951), 1617.

un gran sector doctrinal trata de construir un cuadro de instituciones que obedecen a una elaboración geométrica, donde se advierten dos polos principales: el legal y el voluntario. Dominado el campo del Derecho por el Estado, el legalismo es el sistema apto para lograr sus realizaciones. El plano sociológico, vital, del querer de las personas, viene postergado por la operación abstracta que realiza la ley y donde las partes han de vaciar sus pretensiones si intentan lograr la juridicidad de sus relaciones. La ley es así el mejor instrumento para conseguir la garantía absoluta de las relaciones, la racional distribución de intereses y la coordinación de voluntades, ya que al perder las autoconductas individuales el sentido social, moral y normativo, no pueden lograr la imposición de un orden. De ahí que el polo voluntario quede reducido a un mínimo. Por el contrario, la ley lo absorbe todo. Dentro del formalismo de la ley se estampa la peculiar estructura del *deber ser* de las partes, como la única y posible aspiración dentro del orden jurídico. La voluntad, al ser expresión de una intencionalidad dirigida a la consecución de un resultado jurídico queda mediatisada por el propio resultado impuesto por la norma. La mentalidad legalista llega así a la constitución de una prevoluntad que la norma anticipa, no ya como un *deber ser*, es decir, una aspiración de normación de conductas, sino como una imposición de la voluntad legal objetivamente juridizada, con la que los sujetos coincidirán necesariamente.

Consecuente con esta dirección legalista, Carraro (pág. 41) puede afirmar la irrelevancia jurídica de la voluntad de las partes en la hipótesis constitutiva de la mediación típica, y la importancia del simple hecho de las partes como un acto jurídico en sentido estricto (pág. 43). «Es evidente, además—afirma (pág. 45, núm. 57)—, de la misma disciplina legislativa, que la relación de mediación surge por la puesta en relación de las partes y por obra del intermedio, puesto que de este acto el ordenamiento hace derivar obligaciones y derechos definitivos a cargo de las partes.»

Otro de los elementos característicos que integran la mediación típica es la *imparcialidad* que el mediador observará en la realización de la gestión (pág. 45), y que la distinguirá al mismo tiempo del mandato (pág. 50).

Por último, analiza el A. el elemento personal de la mediación típica, según sea el que la realice un profesional o una persona de mera ocasión. A diferencia de la legislación alemana (3), donde la caracterización de una u otra dependerá de la *comercialidad* o no del negocio o de la profesionalidad o no del empresario, la legislación italiana disciplina unitariamente la relación de mediación.

III

Frente a la mediación típica habla Carraro de la mediación negocial. Cree (pág. 58) que el ordenamiento, a pesar de haber previsto y disciplinado un tipo de mediación de origen no contractual, y parecer nulo un negocio dirigido a constituir el mismo tipo, no por eso el legislador agotó los probables aspectos que la mediación puede asumir y que, además, se excluya—al menos en abstracto—la posibilidad de que los particulares establezcan relaciones de mediación que se destaqueen del tipo legislativo.

(3) Igualmente sucede en la nuestra (arts. 2 y 4 del Código de Comercio).

Por tanto, el problema que se plantea Carraro (pág. 59) es el de ver en qué límites es posible cambiar la configuración jurídica de la relación típica, sin incidir sobre la naturaleza de la misma y transformarla, por tanto, en otra relación; por otro lado—y en sentido opuesto—, ver entre qué límites eventuales, concluidos entre las partes de la relación de mediación típica, no inciden sobre elementos esenciales de la misma y, además, sean idóneos para transformarla en mediación atípica.

Otro de los argumentos que trae a colación el A. para admitir la mediación negocial es el de que la práctica aporta numerosos ejemplos de actividad prestada por un sujeto para facilitar la conclusión de un negocio, de modo diverso del de la mediación típica. «La práctica—añade (pág. 60)—y frecuentemente la misma jurisprudencia hablan de mediación, si bien no se realiza dentro de la hipótesis típica de ésta.»

Carraro (pág. 62) concibe la mediación en un sentido amplio, al decir que supone una actividad dirigida a poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio. Señala también (pág. 63), la importancia del modo de desenvolver la actividad mediadora, con objeto de distinguir la mediación en sentido amplio de otras relaciones. En diversos títulos individualiza los elementos que la distinguen del contrato de obra (pág. 65) y del contrato de agencia (pág. 72). Cree que no es mediación el negocio en virtud del cual el premio es debido independientemente de la conclusión del negocio (pág. 76) y distingue la posición de un contrato de obra unido a la relación mediática, debido a modificaciones negociales de la relación típica relativas al premio (página 79).

Según el A. (pág. 85), el desistimiento de la relación es otro de los elementos esenciales y característicos de la mediación. Observa que es opinión dominante de la doctrina y de la jurisprudencia el admitir que el mediador y las partes interesadas, en la eventual conclusión del negocio, puedan siempre en cualquier época, y prescindiendo de la valoración de su comportamiento, bajo el aspecto de la buena fe, desistir de la relación de mediación sin ninguna responsabilidad.

Es corolario de tal postura la revisión que a continuación lleva a cabo el A. (pág. 88) de las doctrinas contractualistas comunes, donde se advierte su incompatibilidad con la facultad de desistimiento.

Es interesante para nuestra posición unilateral de la mediación, ya señalada (4), el observar cómo Carraro (pág. 91) reconoce que esta concepción satisface algunas de las fundamentales exigencias propias del concepto de mediación. Por eso, afirma que si la tesis resulta inacogible es debido a que falta en el ordenamiento italiano un reconocimiento de la promesa unilateral.

En nuestra postura, la facultad de desistimiento es fácilmente explicable, mientras que en frase de Carraro (pág. 94), el caso de desistimiento «supone una afirmación no demostrada y una petición de principio; por tanto, es necesario indicar la fuente de un poder tan amplio atribuido a las partes que pueda eliminar el vínculo contractual». A pesar del silencio del Código civil italiano, cree el A. (pág. 95) que se puede hablar de una facultad legal de desistimiento. Para nosotros, si se piensa en la obligación unilateralmente contraída por el mediador y la condicionalidad impuesta de que se concluya el contrato principal,

(4) V. nuestro trabajo cit., págs. 1620 y ss.

será posible el desistimiento en todo momento y por cualquiera de las partes, siempre que se mantenga dentro de los límites de la buena fe (5).

El A. (pág. 96) pasa a estudiar la mediación negocial como contrato que se concluye en el instante de la perfección del negocio intermediado. Aquí estamos ante el punto central de la tesis de Carraro (pág. 99). Define la mediación considerándola «un contrato en virtud del cual un sujeto presta a uno u otros más un servicio (consistente en hacer concluir un negocio), con el equivalente del premio». De tal modo—dice—se reconoce a la mediación el carácter de contrato de prestaciones equivalentes, adhiriéndose así a la naturaleza económica de la institución frente a los sostenedores de la unilateralidad.

La tesis de Carraro no aparece completamente concluyente. Por un lado, afirma la contractualidad de la mediación con prestaciones equivalentes para las dos partes (mediador y mediado), y, por otro, reconoce una simple fase pre-contractual originada por una oferta de mediación (en la que no se realiza inmediatamente el contrato) que no tiene lugar hasta la conclusión del negocio principal. ¿Cómo es posible hablar de contrato sin que surjan derechos y obligaciones desde el momento en que es contraido? Carraro sigue diversos caminos y retuerce argumentos. Tiene que salvar muchas dificultades, fundamentalmente, la facultad de desistimiento y la imparcialidad del mediador, que en su concepción negocial tiene difícil explicación.

Por el contrario, en la concepción unilateral que hemos dejado sentada—y no la de Tumedei, que Carraro combate (págs. 97 y ss.)—es posible conciliar perfectamente el desistimiento de las partes y la imparcialidad del mediador. Según Tumedei, la mediación supone una *locatio operis* sin *conductio*, y concluye que en realidad se trata de una promesa unilateral de locación de obra. De igual modo conciben la mediación los autores que le siguen. Pero todo ello viene perfectamente diferenciado en nuestra posición (6). Una cosa es la locación de obra y otra es la promesa unilateral de locación frente a la mediación, la cual supone el compromiso de una de las partes (mediado) al pago del premio, si se realiza el negocio previsto.

La negativa de Carraro (pág. 97) es consecuente con sus principios al sostener que se debe a la limitada admisibilidad de esta institución en su ordenamiento. Pero tal argumentación formal, de sistema, carece de una base firme para la relación de mediación material o sustantiva. Sin embargo, el A. no deja de reconocer la eficacia de la tesis unilateral cuando manifiesta que la expresión podría ser usada en el sentido de contrato preliminar de locación de obra, unilateralmente vinculante; «aunque entonces—dice—sería necesario una ulterior declaración de voluntad para la conclusión del contrato definitivo, la cual no se encuentra en el contrato de mediación». También—añade—la relación no podría ser aplicada, puesto que no justificará la facultad de desistimiento del promitente.

Frente a estas afirmaciones de Carraro, desde nuestro punto de vista, se puede objetar que en un contrato unilateral condicional, como es la mediación no es necesaria una ulterior voluntad para que el negocio se realice; basta tan solo que se cumpla la condición, es decir, que el negocio previsto se concluya.

(5) V. nuestra op. cit., pág. 1622.

(6) V. nuestro trabajo cit., págs. 1625 y ss.

Por lo que se refiere a la facultad de desistimiento, se le puede objetar que es perfectamente compatible con la obligación originada siempre que no se concluya el negocio; en tanto esto no suceda las partes son libres para desistir en cualquier momento.

A propósito de la individualización de hipótesis en que es admisible la mediación negocial (pág. 101), el A. vuelve a insistir en que la admisibilidad de un negocio unilateral asume un valor exclusivamente terminológico y no conceptual, ya que en el caso del procurador de negocios y el mediador unilateral no subsiste ninguna diferencia (pág. 102). «La razón está—dice el A.—en que no se recoge la figura del mediador unilateral en la del mediador típico debido al defecto de imparcialidad.»

La identificación que pretende Carraro de la mediación unilateral con el *gestor de negocios*, y la de su parcialidad, es inexacta. El argumento legalista de que no sea recogida la figura en la del mediador típico, no quiere decir nada, según vimos, en cuanto premisa lógica y sustantiva del problema. Es posible aceptarlo para el Derecho positivo italiano, pero no siempre, pues ello no quiere decir que el mediador unilateral no pueda obrar con imparcialidad. Como premisa esencial de la función de mediación, la imparcialidad supone siempre una actuación independiente y autónoma; y si no se dan estas circunstancias dentro de la puesta en contacto de las partes, ello querrá decir que la relación obedecerá a otros supuestos diversos, ya sean de trabajo, de poder conferido o de delegación, pero nunca de mediación. Que la ley italiana no haya previsto la promesa unilateral, ello nada explica de que no sea posible la relación unilateral de mediación y que no se pueda justificar una intervención unilateral independiente. La razón no estará tanto en la ley que la regula como en el ser de la propia institución jurídica.

I V

En los capítulos siguientes de la obra de Carraro, dedicados a la relación de mediación respecto al intermediario (cap. III) (pág. 107), y en cuanto a las partes del negocio (cap. IV) (pág. 176), se trata de examinar los derechos y deberes respectivos de las partes, tanto en la llamada mediación típica como en la negocial.

La tesis contractualista resalta con la típica, y ello obliga al A. a mantener una relativa disposición de ánimo para encuadrar ambas relaciones. «Si bien el premio—dice (pág. 107)—supone el efecto principal de la mediación no se puede olvidar que la relación mediática es, jurídicamente, relevante, desde el momento en que el intermediario pone en relación las partes interesadas hasta la conclusión del negocio: surge entonces un deber de comportamiento a cargo del mediador, y, según se verá más adelante, también a cargo de las mismas partes.»

El primer problema que Carraro afronta (pág. 110) es el de si el mediador está o no obligado a iniciar o proseguir el desenvolvimiento de la actividad mediadora. A pesar de que el ordenamiento no lo prevé, acude al propio ordenamiento para justificar tal posibilidad y que puedan surgir a favor del mediador obligaciones fundamentales de información o de desarrollar una actividad mediática en sentido propio. Los límites de esta obligación, de la

conclusión del negocio, los analiza en título aparte (pág. 111). El problema interesa prácticamente en las hipótesis en que el mediador pueda orientar al cliente hacia varios negocios y de considerar si es responsable en cuanto al modo en que lo ha orientado. «Una responsabilidad del mediador—concluye (pág. 113)—jamás puede sostenerse en base a los principios del ilícito extracontractual.»

En este capítulo se tratan también diversas obligaciones, tales como las de imparcialidad del mediador típico (pág. 116) (en donde el A llega a una identificación de la mediación unilateral con la fiduciaria); la obligación e información (pág. 124), así como las relaciones entre la obligación de información y la reserva del intermediario (pág. 132); la garantía por la autenticidad de la firma (pág. 134); el aseguramiento de la identidad y de capacidad de las partes (pág. 144); las obligaciones de pactos especiales relativas al mediador típico (pág. 147), y las obligaciones del intermediario en la mediación negocial (pág. 151). Entre ellas debe reconocerse—afirma el A. (página 153)—que el deber de no obstaculizar la conclusión del negocio es una manifestación del deber del intermediario de obrar según la buena fe; no de otro modo mantendrá su prestigio y crédito en el ejercicio de su profesión (7).

Por último, en este capítulo, el A. establece las obligaciones particulares del mediador profesional (pág. 155), y la cuestión del contrato concluido por el mediador sin manifestar el nombre de su contrayente (pág. 159).

V

Carraro aborda diferentes problemas en el capítulo IV referentes a la relación de mediación respecto a las partes del negocio, especialmente aquellos supuestos que no son tratados preferentemente por la disciplina legislativa. Tales son: la libertad de las partes de aceptar o refutar el negocio intermediado (pág. 176); los deberes de las partes en orden a la conclusión del negocio (pág. 182); la responsabilidad de las partes por la mala fe en solicitar la intervención del mediador (pág. 185); los deberes de comunicación al mediador (pág. 189); el pacto de exclusión y de irrevocabilidad a favor del intermediario (pág. 193), y el fraude al mediador (pág. 204). Todos estos problemas son tratados desde el punto de vista de la mediación como un contrato gilateral.

El capítulo V, y final de la obra, se refiere al premio de la mediación. Según Carraro (pág. 209), el premio debe entenderse como la compensación debida al mediador por el resultado útil y el hecho de unir a las partes en el negocio.

Otros autores creen que el premio sería debido, no por un simple resultado, sino por un resultado de trabajo (Reichel), o bien que es la recompensa de un trabajo o la indemnización de los gastos y el premio del riesgo (Heymann). A Carraro (pág. 210) le parece inoportuno hablar en este caso de resultado de trabajo, puesto que el trabajo desenvuelto, a fin de conseguir un resultado, es siempre irrelevante para la determinación del premio.

(7) V. nuestro trabajo cit., pág. 1621.

Opina con Bolaffio (pág. 211) que el premio es el efecto útil de la obra, no del trabajo prestado. A nuestro parecer, no se trata de compensar el efecto útil de la obra, puesto que ya tenemos dicho (8) que no existe en la mediación una equivalencia de prestaciones. El premio será la obtención de la recompensa pactada por el efecto útil de la gestión lograda.

A continuación, el A. expone las hipótesis de mediación indirecta y la exclusión del derecho al premio, especialmente la correspondencia entre el negocio intermediado y el concluido (pág. 212). Habla de dos hipótesis: a) Cuando se indica a una persona, por medio de la cual las partes se ponen en relación y lo concluyen; b) Cuando las partes, puestas en relación por el mediador, concluyen entre ellas un negocio diverso de aquél para el cual se desarrolla la actividad mediadora. Según Carraro (pág. 213), la segunda, la mediación subjetivamente indirecta no da origen a la mediación típica. Ni sería admisible—cree—la mediación negocial, puesto que la existencia del contrato contradeciría a la dicha mediación indirecta.

Frente a Carraro, creemos que al ser la mediación una institución que tiene su fundamento en la puesta en relación a las personas, es decir, el facilitar el encuentro de las partes en el tráfico jurídico, sería posible en la mediación subjetivamente indirecta reclamar el premio, no en base al objeto propio del negocio realizado (motivo de las partes), sino en consideración a la función específica, y fundamental, de la puesta en contacto de las partes, realizada y desarrollada por el mediador.

Otros problemas interesantes son tratados en la obra de Carraro, tales como la mediación de negocios familiares, la de negocios ilícitos y la de negocios simulados (pág. 218); la conclusión del negocio y la equivalencia en cuanto al premio, entre contrato definitivo y contrato preliminar (pág. 225); la nulidad del negocio (pág. 228); la conclusión del negocio y el derecho al premio en los casos de ineficacia sucesiva (pág. 233); la no conclusión del negocio en caso de que su eficacia sea suspendida (pág. 239); débito del premio (pág. 242); el derecho al premio en caso de varios mediadores (pág. 252), y la obligación de pagar el premio (pág. 254).

La obra de Carraro, perfectamente sistematizada y de un estilo sobrio y correcto, es una aportación decisiva en la literatura jurídica civilista de nuestros días.

José BONET CORREA.

(8) V. nuestro trabajo cit., pág. 1621.

III. DICTAMENES

Dictamen sobre disolución de Sociedad de responsabilidad limitada

SUMARIO: ANTECEDENTES.—CONSULTA.—DICTAMEN: I.—*Disolución de «P. Hnos., S. L.», al amparo de los estatutos sociales.*—Análisis de los artículos en cuestión.—Interpretación gramatical, lógica y sistemática de los mismos: disolución por acuerdo unánime de los socios y separación por voluntad unilateral de un socio.—II. *Disolución de «P. Hnos., S. L.», según la ley:* 1. Sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la naturaleza y régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada; 2. Opiniones de la doctrina científica en orden a la aplicabilidad de las normas sobre disolución de las sociedades colectivas y comanditarias a las de responsabilidad limitada; 3. Examen de las causas de disolución de la Sociedad de responsabilidad limitada según el criterio de la analogía *legis*. En especial, la denuncia del contrato, al amparo del art. 224 del Código de comercio.—Requisitos exigidos: a) duración ilimitada; b) buena fe.—Su cumplimiento en el caso de buena fe por parte del denunciante.—Disolución de la Sociedad, al amparo del art. 221, núm. 1, del Código de comercio; 4. Causas de disolución de la Sociedad de responsabilidad limitada, según las fuentes supletorias (Derecho común).—La disolución por voluntad de uno de los socios, al amparo del artículo 1.705 del Código civil.—Disolución por justa causa no prevista en la ley ni en el contrato.—III. *Rescisión parcial de «P. Hnos., S. L.»:* Utilidad de esta vía indirecta para conseguir el resultado práctico de la disolución.—1. Causas de rescisión parcial de una Sociedad de responsabilidad limitada según el Código de Comercio, aplicado por analogía. Su juego en el caso de la consulta; 2. Resolución parcial de la Sociedad «P. Hnos., S. L.», según el artículo 1.124 del Código civil aplicado como fuente supletoria. Alcance y forma de la rescisión parcial.—CONCLUSIONES.

ANTECEDENTES

1

En virtud de escritura pública, otorgada el 14 de julio de 1944, se modificó la compañía mercantil «C. y P., S. L.», sustituyéndose dicha razón social por la de «P. Hnos., S. L.», quedando integrada por tres socios, don J. P., don F. B. y don R. G., y puntualizándose los estatutos por los que se regiría en lo sucesivo la razón social «P. Hnos., S. L.».

De dichos estatutos interesa destacar los siguientes artículos:

3º «La duración de la Sociedad continuará siendo indefinida, no pudiendo disolverse dentro de los seis primeros años sin el acuerdo unánime de todos los socios. Pero pasados los seis primeros años todo socio puede pedir que se le separe de la misma, liquidándole su participación, según lo que ella represente, a tenor del último balance aprobado.»

10. «La disolución de «P. Hnos., S. L.» procederá, no sólo en el supuesto a que se contrae el artículo tercero, sino además:

a) Por quiebra de la misma; b) y por pérdida del 25 por 100 del capital social. A no ser que los socios hagan entonces las aportaciones necesarias para mantenerlo íntegro.»

11. «Al disolverse la Sociedad por cualquier causa que ello fuere, se cubra-

tará el total de haber entre los socios, adjudicándolo al mejor postor. No se admitirán ofertas inferiores a la cantidad que arroje el último balance aprobado; y si ninguno de los socios hiciese tal oferta mínima, realizaránse los bienes a fin de, una vez pagadas las deudas, repartirse el sobrante dichos socios en proporción al capital representado por cada uno de los mismos.»

12. «Toda duda o cuestión entre los socios se procurará que sean dirimidas o resueltas por amigables componedores nombrados por el socio o socios disidentes, otro por los socios restantes, y el tercero de común acuerdo. El socio o socios que promuevan la cuestión, inmediatamente que tengan alguna duda o susciten aquélla, la formularán en requerimiento notarial, en el que se plantearán los términos de la cuestión tal como la entienden, nombrarán el amigable componedor que designen por su parte, y fijarán el término dentro del cual haya de resolver y fallar aquello, señalando al propio tiempo todos los puntos que deba contener la escritura de compromiso. Si después de ese requerimiento notarial, y dentro de los tres días siguientes, no quedase formalizada tal escritura de compromiso, obedezca ello a la causa que se quiera, quedarán las partes en plena libertad de acudir a la vía judicial, para lo que, con renuncia de su propio fuero se somete expresamente a los jueces y tribunales de la ciudad de X.»

II

El 10 de julio de 1950, los tres amigables componedores nombrados por los socios de «P. Hnos., S. L.» para solucionar las diferencias existentes entre ellos, formularon unas propuestas de arbitraje que fueron aceptadas expresamente en todas sus partes por los tres interesados.

De dicho laudo conviene tener en cuenta los siguientes extremos:

«*Alquiler inmueble.*—Confirmar en contrato legal y corriente la renta que ya los señores socios B. y G. han reconocido en favor del propietario del edificio.»

(Se refiere esta propuesta a la carta que los señores don F. B. y don R. G. dirigieron a don J. P., en la cual se decía: «... le participamos que estamos conformes y reconocemos en que usted debe percibir como propietario del inmueble donde tenemos establecido el negocio, un alquiler o renta mensual de 5.000 pesetas (cinco mil), más contribuciones presentes y futuras que gravan contra el inmueble, con carácter retroactivo, a partir de primero de julio de 1944.»)

«*Escritura social.*—Entendemos que la escritura social no tiene por qué modificarse en absoluto, y lo que sí es necesario, es estampar cuanto antes en el libro de actas de la sociedad los siguientes acuerdos:

1.º Designar como técnico comprador al socio don F. B.

2.º Designar como gerente administrativo de la sociedad al socio don J. P., con la colaboración del otro socio, don R. G., que será el cajero de la Sociedad.

3.º Por tanto, el socio don F. B. deberá atenerse para efectos de compras e inversiones a las instrucciones que pueda recibir de dicho comité administrativo a través del mencionado don J. P. Caso de ausencia o enfermedad de este último señor, estas atribuciones pasarán al señor G., y las de éste en caso análogo al señor P.»

III

Según manifestaciones del consultante, las propuestas de arbitraje contenidas en el laudo de 10 de julio de 1950 fueron en su mayor parte letra muerta, especialmente la contenido bajo el epígrafe «Escritura social», 3.^º

IV

Por otro lado, haciéndose imposible de todo punto la colaboración y comunidad de intereses entre don J. P. y los otros dos socios don R. G. y don F. B., el consultante requirió notarialmente a sus otros dos socios:

«1.^º Para hacerles saber que el requirente, de acuerdo con lo que establece el párrafo primero del artículo 10 de los Estatutos de la misma mantiene su firme e irrevocable propósito de tener por disuelta tal Compañía al cumplirse los seis primeros años de vida de ella, o sea, al vencer el día 13 de los corrientes mes y año.»

«2.^º Para hacerles saber también que llegado tal vencimiento, se abstengan en absoluto—so pena de incurrir en las responsabilidades que fueren del caso y que dispuesto está a exigirles el requirente—de realizar acto alguno ni aun de liquidación de la expresada Compañía, tanto por no ser esa liquidación procedente en este caso, a virtud de lo establecido en el artículo 11 de dichos Estatutos sociales, como por oponerse dicho requirente a que los requeridos puedan actuar en concepto de tales liquidadores.»

«3.^º Y por último, para—una vez ocurrido el indicado vencimiento—proceder acto seguido y con asistencia de notario público, a realizar en el día y hora favorable que ellos quieran fijar, y entre los tres socios, la subasta de que habla el citado artículo 11 de los Estatutos, la cual habrá de efectuarse en el domicilio social.»

A lo que contestaron los requeridos manifestando lo siguiente:

«Que al amparo del artículo 224 del Código de comercio se oponen a la exigencia de dicho señor de que se disuelva la compañía mercantil «P. Hnos., S. L.», ya que es evidente que aquél pretende un lucro particular que no tendría mientras subsista esta entidad, a la que por lo que se ve, desea poner en trance de perder su patrimonio industrial, del que se beneficiaría exclusivamente el señor P., como propietario del edificio donde está instalado el negocio.»

Bien se comprende que a nadie interesaría ser licitador en la subasta, a menos que el socio disidente, como dueño de los locales arrendados, se obligase a respetar la continuidad en ellos del establecimiento mercantil, renunciando a los derechos que en relación con esto le concede la Ley de Arrendamientos Urbanos. Y no habiendo licitadores que mejorasen la postura que el señor P. pudiera hacer, podría este señor quedarse con el negocio por las cifras del último balance, superadas hoy enormemente por la adquisición de nuevas mercancías, o lograr el desalojo del local para establecerse él por su cuenta, que es lo que pretende.

Adviértase que se pide la disolución cuando el establecimiento de que se trata está adquiriendo un auge considerable.»

CONSULTA

Se pregunta:

1.º Si cabe actualmente la disolución de la compañía mercantil «P. Hnos., S. L.», a petición del socio don J. P. y, en caso afirmativo, por qué cauces y en qué términos.

2.º Si además existen otros medios jurídicos para conseguir el mismo resultado práctico de la disolución.

DICTAMEN

I

Disolución de «P. Hnos., S. L.», al amparo de los Estatutos Sociales

Veamos, en primer lugar, si cabe la pretendida disolución de «P. Hnos., S. L.», con base en los propios estatutos sociales, que es ley para las partes contratantes (artículos 121 del Código de comercio, 1.091 y 1.255 del Código civil).

Según el artículo 10, párrafo 2.º, la disolución de «P. Hnos., S. L.», procede en los siguientes casos: a) por quiebra de la misma; y b) por pérdida del 25 por 100 del capital social, a no ser que los socios hagan entonces las aportaciones necesarias para mantenerlo íntegro.

Como no se está en ninguno de estos supuestos, sólo queda como viable el que señala el párrafo 1.º del mencionado artículo 10, según el cual la disolución procede igualmente «en el supuesto a que se contrae el artículo tercero».

Visto este último artículo, resulta que la Compañía «P. Hnos., S. L.» puede disolverse dentro de los seis primeros años de su vida social, con el acuerdo unánime de todos los socios (art. 3.º, ap. 1.º, de los Estatutos). Y, transcurrido dicho plazo, «todo socio puede pedir que se le separe de la misma, liquidándole su participación, según lo que ella represente, a tenor del último balance aprobado». Es decir, en el artículo 3.º sólo encontramos un supuesto de disolución: por el acuerdo unánime de todos los socios, tanto antes de transcurrir los seis primeros años, como después; pues es evidente que lo que en el segundo apartado del mencionado artículo se autoriza, transcurridos los seis primeros años de la vida social, es la posibilidad de una disolución parcial de la sociedad respecto a cualquiera de los socios (técnicamente, separación voluntaria), y ello sin restringir la posibilidad de que la Compañía se disuelva totalmente por el acuerdo unánime de todos los socios, «puntada en el apartado primero, y que de todas formas se impone en todo tipo de sociedad por la misma naturaleza asociativa del contrato. El «pero» empleado en este artículo se refiere, según creemos, no a la disolución, sino a la separación con carácter voluntario de uno de los socios, que se prohíbe durante los seis primeros años.

Refuerza esta interpretación el hecho de que sólo se hable en el segundo apartado de que cada socio pueda pedir que se le separe de la sociedad, liquidándole (a él exclusivamente) su participación según lo que ella (y no todo el haber social) represente, a tenor del último balance aprobado. Repárese en que según el artículo 11, «al disolverse la sociedad por cualquier causa que ello

juere (no al *separarse* un socio por su sola voluntad), se subastará el *total de haber* entre los socios, adjudicándolo al mejor postor. No se admitirán ofertas inferiores a la cantidad que (respecto a *todo el haber*, se entiende) arroje el último balance aprobado». La diferencia de dicción con el artículo 3º, apartado 2º, es, pues, manifiesta. Como que este último se refiere, como ya se dijo, a un supuesto bien diferente que implica un caso de disolución parcial y de división también parcial.

Así pues, según los estatutos, interpretados gramatical, lógica y sistemáticamente, fuera de los dos casos señalados en el artículo 10, párrafo 2º, no cabe disolver la sociedad en cuestión más que por el acuerdo unánime de los socios, sin distinción de épocas. Pero pasados los seis primeros años de vida social, cabe la disolución parcial (mejor, separación voluntaria) con referencia a cualquiera de los socios, cuando así lo tengan por conveniente.

Concluyendo, al amparo de los estatutos, el consultante sólo podría obtener su separación de la sociedad y no la disolución de la misma, existiendo como existe oposición de los restantes socios (1). Pero si hiciera uso de aquella facultad en los términos fijados por el artículo 3º de los Estatutos, no podría impedir que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes (art. 225 Cód. Com.).

II

Disolución de «P. Hnos., S. L.», según la Ley

1. El Tribunal Supremo admite claramente la aplicación analógica a las sociedades de responsabilidad limitada del régimen legal de las compañías personalistas. Y en parecidos términos, aunque con ciertas atenuaciones, se pronuncia también la Dirección General de los Registros, para quien *esta nueva forma social constituye una realidad del comercio, de la práctica notarial y de la jurisprudencia de los Tribunales* (Resolución de 11 de agosto de 1943).

La Resolución de 14 de julio de 1933 afirma, de una parte, que «las sociedades de responsabilidad limitada coinciden en sus principios con las sociedades por acciones, en cuanto en ellas se limita la responsabilidad de los asociados a una cantidad previamente determinada, y, de otra, con las sociedades de tipo personal, en cuanto fueron creadas para satisfacer necesidades de la pequeña industria, sin subordinarse a la rigurosa fiscalización de la sociedad anónima»; pero se cuida también de puntualizar que «la ausencia de normas que regulen su funcionamiento impone que el derecho de sus socios para ceder su capital social deba reglamentarse, en defecto de pacto expreso, en consideración a las personas, es decir, en razón a la mutua confianza», derecho que *cha de reglamentarse no como un derecho absoluto..., sino como una facultad limitada por la ley o por el pacto social*, pues se trata de una característica de estas sociedades frente a las anónimas, en razón de la mutua confianza y de la relación familiar que muchas veces une a los elementos que las forman, por lo que mientras subsista la actual ausencia de normas, y en defecto de pacto

(1) Sobre la distinción entre separación voluntaria o disolución parcial y disolución total, vid. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3. Madrid, 1949, págs. 1195-1196; LANGE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950, págs. 681-682.

expreso entre las partes, parece justo estimar precisa la aprobación de todos o de la mayor parte de los socios para estas enajenaciones de cuotas sociales».

La Resolución de 16 de abril de 1942 incluye a estas sociedades—al menos con relación a determinados requisitos de su constitución—dentro del tipo de las colectivas. Sentido que refuerza la Resolución de 9 de marzo de 1943, al decir: «Constituidos los dos grandes grupos de sociedades por las de personas y las de capitales, tanto si se estima la sociedad de responsabilidad limitada como variante de la sociedad por acciones, con organización más simplificada y flexible, criterio que domina en las legislaciones germánicas, como si se adscribe a las sociedades de tipo personalista, según se regula en las leyes de los países latinos y se acentúa en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil...».

Con mayor generalidad resume la Dirección su doctrina cuando declara que «las sociedades de responsabilidad limitada, admitidas en el régimen jurídico español por una costumbre notarial, en algunos casos de tan atrevidos vuelos que quizás en lo futuro pueda dar origen a intervenciones legislativas, se encuentran centradas entre las sociedades colectivas, las compañías anónimas y las cuentas en participación, de las cuales toman elementos diversos más o menos compatibles con la armonía del conjunto» (Resolución de 15 de enero de 1945, que concuerda con la de 10 de mayo de 1946).

Recientemente, la resolución de 2 de agosto de 1950 afirma que «la libertad para la constitución y régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, derivada de la falta de regulación en nuestro derecho, planteó problemas de difícil solución, si bien conforme a la jurisprudencia, que ha recogido orientaciones de la doctrina y de la práctica notarial, estas compañías son una figura intermedia entre las colectivas y las anónimas, y según predominen en ellas las características de las primeras o de las segundas, les serán aplicables por analogía las normas dictadas para una u otra clase de sociedades, sin perjuicio de que en todo caso sea necesaria observancia lo preceptuado en el art. 117 del Código de comercio».

El Tribunal Supremo, en una primera sentencia, de 4 de febrero de 1929, parece inclinarse, en cierto modo, a la inclusión entre las capitalistas de la sociedad de responsabilidad limitada: «relación jurídica—dice—que no sería igual si se tratase de sociedad colectiva o comanditaria».

Pero en otras dos sentencias posteriores cambia de rumbo y afirma rotundamente el carácter personalista de la sociedad de responsabilidad limitada.

En la de 5 de julio de 1940 declara aplicable a la constitución de este tipo de compañías el artículo 125 del Código de Comercio, «que se refiere a las sociedades regulares colectivas, por ser las más adaptables a la forma especial de la presente».

Particular interés ofrece la doctrina que contiene la sentencia de 5 de julio de 1941. En ella nuestro Supremo Tribunal declara que «no ofrece absoluta nitidez en las legislaciones el criterio rector de este tipo de sociedades, considerado como híbrido o intermedio entre las sociedades de personas y las sociedades de capitales; y así, mientras en el sistema germánico predomina la similitud con la compañía anónima, en el régimen de las legislaciones latinas es mayor, por el contrario, el parecido con la sociedad colectiva y la coman-

ditaria, viiendo a ser la de responsabilidad limitada una sociedad de tipo personalista en la que se inferta el principio de limitación hasta cierta suma de la responsabilidad de los socios».

2. También parece oportuno hacerse eco del parecer de los autores patrios en orden a la aplicabilidad o no a las sociedades de responsabilidad limitada de las normas de la colectiva y comanditaria sobre disolución de las mismas.

El maestro Garrigues nos dice que «de las dos motivaciones fundamentales de la sociedad de responsabilidad limitada (dar forma capitalista a sociedades de escaso personal y poca envergadura económica y limitar la responsabilidad en sociedades de tipo individualista), en la práctica comercial española ha pesado sólo la segunda: la sociedad de responsabilidad limitada aparece entre nosotros como una s. c. a la que se aplica el artículo 127 del Código de Comercio» (2).

Parece, pues, resolver implicitamente nuestro problema en sentido afirmativo.

El profesor Polo, en su comentario a la sentencia antes recogida, de 5 de julio de 1941, nos dice: «La tendencia confirmada por este fallo de nuestro Tribunal Supremo hacia una configuración quizá excesivamente personal de la sociedad de responsabilidad limitada, ofrece también sus característicos peligros y puede amenazar incluso la propia virtualidad de esta nueva forma social, si en virtud de ella se reclama siempre y en todos los casos la aplicación analógica de las normas que rigen las sociedades de personas. ¡Piénsese, por ejemplo, que de afirmar como causas de rescisión parcial de la sociedad de responsabilidad limitada las que, según el artículo 218 del Código de Comercio, lo son de la colectiva y de la comanditaria, a proclamar idéntica aplicación analógica de las causas de disolución propias y específicas de estas sociedades, a tenor del artículo 222, no hay más que un paso, y, sin embargo, ninguna legislación se ha atrevido a darlo. Afirmar de modo terminante, desde la ley, la naturaleza personal de este tipo social, puede ser indiscutible, pero no es peligroso por cuanto se ofrece al mismo tiempo la norma que sirva de freno y de medida a las consecuencias que de aquella configuración personalista derivan; pero proclamar, ante la total ausencia de normas propias, por vía jurisprudencial, dicho carácter individualista, ofrece el riesgo de que no se acierte en la medida y se llegue por vía de la aplicación analógica a extremos que rechaza la misma finalidad económica que actualmente se persigue a través de esta forma social» (3).

Y el profesor Langle dice que «la inexistencia de disciplina de estas sociedades en el Derecho nacional, hace más difícil y delicado el problema de las causas que provocarán su disolución».

«Cosack—añade el mismo autor—indica que las causas aumentan en comparación con las de la sociedad anónima y son menos que las de la sociedad comanditaria. También advierte el profesor Polo que es peligroso el criterio de analogía con la sociedad comanditaria, si se sigue sin medida: ninguna legislación se ha atrevido a considerar que las causas de disolución sean las mis-

(2) *Curso de Derecho Mercantil*, I. Madrid, 1936, pág. 294.

(3) Vid. *Revista de Derecho Privado*, XXVI. 1942, pág. 249.

mas en una y otra, porque la finalidad económica que actualmente se persigue a través de la sociedad limitada rechaza el llegar a tal extremo. Tanto el proyecto de Roig y Bergadá como el de la Comisión General de Codificación, declaraban que la muerte, interdicción, incapacidad o quiebra de un socio no producirán la disolución, «salvo pacto en contrario» (arts. 19 y 75, respectivamente). Roig sostuvo que deben existir causas especiales; además de la petición por un socio, si la sociedad es de tiempo indefinido, con observancia del artículo 224 del Código (porque ello es lógico, ya que se restringe la transferencia a tercero de las participaciones sociales), la falta en el decurso de su vida de las condiciones de esta sociedad (v. gr., número de socios, cuantía del capital). Y la escritura social podrá establecer otros motivos» (4).

3. Con el anterior apoyo que nos bridan a un tiempo la jurisprudencia y la doctrina científica podemos ya determinar los preceptos legales que, por vía analógica, son de aplicación al caso de la consulta.

Ante todo, como aplicable directamente tenemos el artículo 221 del Código de comercio, según el cual «las compañías de cualquier clase que sean se disolverán totalmente por las causas que siguen:

1.^a El cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad, o la conclusión de la empresa que constituya su objeto.

2.^a La pérdida entera del capital.

3.^a La quiebra de la compañía».

A estas causas, previstas por la ley, hay que añadir el acuerdo unánime de los socios, las disposiciones generales del Código civil sobre rescisión o nulidad de los contratos (Sentencia de 20 de febrero de 1929) y la fusión con otra sociedad (5).

Ninguna de ellas concurre en nuestro caso. En cuanto al término fijado en el artículo 3.^º, ya hemos aclarado que se refiere al tiempo durante el cual puede ejercitarse por los socios el derecho de separación. No se refiere, por tanto, a la duración de la sociedad, que expresamente se dice que «continuara siendo indefinida».

En segundo lugar, conforme al artículo 222 del Código de comercio, aplicable analógicamente a las sociedades de responsabilidad limitada, como ya se ha visto, «las Compañías colectivas y en comandita se disolverán, además, totalmente, por las siguientes causas:

1.^a. La muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la Sociedad los herederos del socio difunto o de subsistir ésta entre los socios supervivientes.

(4) Op. cit., págs. 296-97. Afirman que las sociedades limitadas se disuelven por las mismas causas que las sociedades colectivas: BOTER, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1947, pág. 46; AVILÉS y POU DE AVILÉS, *Derecho mercantil*, Barcelona de la práctica notarial, en «Revista de Derecho privado», 1942, págs. 24 y sigs.; MAJEM MORGADÉS, *Las causas de disolución en las sociedades de responsabilidad limitada*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1945, núm. 3. En sentido contrario se pronuncian, además de POLO, GAY DE MONTELLÁ, *Tratado de compañías colectivas, comanditarias y de responsabilidad limitada*, Barcelona, 1942, pág. 358; VALLS DE GOMÍS, *La sociedad mercantil de responsabilidad limitada en el derecho vigente español*, Barcelona, 1945, págs. 106 y sigs.; SOLÁ CASTIZARAS, *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en el Derecho español*, Barcelona, 1951, págs. 48 y 336.

(5) GARRIGUES, *Tratado cit.*, págs. 1106 y ss.; LANGLE, Op. cit., págs. 686 y ss.

2.^a La demencia u otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes.

3.^a La quiebra de cualquiera de los socios colectivos».

Sin embargo, ya dijimos más arriba que en contra del criterio parificador de la jurisprudencia, algunos autores entienden que estas causas no deben producir la disolución de la sociedad limitada, salvo pacto en contrario. En todo caso, como quiera que no se está en nuestra hipótesis en ninguno de estos supuestos, la discusión carece de interés. Si lo tiene, en cambio, la aplicabilidad del artículo 224 del Código de Comercio, que se admite sin reservas aun por la doctrina más adversa a la equiparación entre las sociedades colectivas y comanditarias y las de responsabilidad limitada, por lo que se refiere a las causas de disolución (5 bis). Es decir, tanto según la jurisprudencia como según la doctrina, el artículo 224 del Código de Comercio debe aplicarse a las sociedades de responsabilidad limitada.

Dispone dicho artículo que «en las compañías colectivas o comanditarias por tiempo indefinido, si alguno de los socios exigiere su disolución, los demás no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que lo proponga.

Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la Compañía».

Este artículo exige, pues, para su aplicación determinadas condiciones. Se requiere que la Sociedad tenga una duración ilimitada y que se solicite de buena fe.

¿Qué debe entenderse por sociedad por tiempo indefinido? A nuestro juicio, siguiendo al profesor Garrigues (6), en esta expresión no sólo deben comprenderse aquellas sociedades en cuyo contrato fundacional se haya empleado esta expresión, como es nuestro caso (Cfr. art. 3.^o de los Estatutos: «La duración de ella—de la Sociedad—continuará siendo indefinida»), sino también aquellas otras constituidas por una duración incierta, o para una empresa de duración normalmente superior a la vida de una persona, como también ocurre en el supuesto objeto de la consulta, ya que en el artículo 3.^o de los Estatutos se dice «que el objeto de esta expresada Compañía también continuara siendo el de dedicarse a los negocios de compra y venta de tejidos, confecciones y similares, así como cualquier otro que de plena conformidad acuerden los socios.» La mejor prueba de nuestro aserto la constituye el hecho de que en el artículo 9 de los Estatutos sociales se contiene el pacto expreso de optar, a la muerte de uno de los socios, entre la continuación en la Sociedad de los herederos del socio difunto, o la subsistencia de ésta con los socios sobrevivientes.

Además de la duración ilimitada, para la disolución de la sociedad a voluntad de uno (o más) socios, se requiere que sea de buena fe la petición. No se necesita, en cambio, ni el acuerdo de todos los socios ni la alegación de un justo motivo. Basta con que un socio, sin necesidad de dar cuenta de su motivación personal, ni de fundarla en una de las causas legales de disolución, exija

(5 bis) Cfr., no obstante, SOLÍ CASTIZARES, op. et loc., cit., *passim*, quien silencia el problema de la aplicabilidad del art. 224 del C. de c.

(6) *Tratado* cit., pág. 1215, nota 33.

la extinción de la Sociedad. Basta, pues, en este caso, la voluntad unilateral para romper el vínculo creado por el acuerdo de todos los socios.

Se trata, por otro lado, de un derecho de denuncia legal propio de las sociedades de tipo personalista por tiempo indefinido, independiente del derecho de separación voluntario (contractual) o legal (art. 225 del Código de Comercio, que admite en todo caso la separación en las sociedades personalistas como un derecho incondicionado del socio) (7). Ambos derechos de denuncia y separación coexisten, pues, con plena eficacia y autonomía, correspondiendo su elección al socio, porque, como hemos dicho, la separación y la disolución son cosas bien distintas y de consecuencias económicas completamente diferentes. Por ello, no podría argumentarse en contra de la posibilidad de ejercer en nuestro caso el derecho de denuncia del contrato de sociedad diciendo que, como el artículo 3.º de los Estatutos establece el derecho de separación pasados los seis primeros años, con ello se viene a excluir que cualquier socio pueda exigir la disolución de la sociedad una vez transcurrido dicho plazo (8). Tanto más que en el artículo 225 del Código de comercio aparecen los derechos de separación y denuncia conjuntamente y de forma alternativa. Y teniendo en cuenta los motivos (*ratio legis*) que aconsejaron la introducción de esta facultad legal de exigir la disolución de la sociedad personalista por tiempo indefinido, entendemos que no es susceptible de supresión por acuerdo de los socios. La ley no autoriza la renuncia de un derecho contra el interés o el orden público (artículo 4.º del Código civil), y es evidente que la norma del artículo 224 del Código de comercio tiene todos los caracteres de una regla de orden público, dada la imposibilidad de comprometer el propio trabajo por una duración indefinida en una sociedad personalista (argumento art. 1.583 del Código civil). Así, en el artículo 133 del Código de comercio alemán se considera nula toda estipulación que impida al socio solicitar la disolución de la sociedad. Ahora bien; en nuestro caso ni siquiera se pactó expresamente tal limitación, por lo que por todas las razones expuestas hay que considerar subsistente el derecho a exigir la disolución de la sociedad conforme al artículo 224 del Código de comercio.

No impone este artículo ningún requisito de oportunidad al derecho legal de denuncia (por ejemplo, cierto plazo antes de finalizar el ejercicio anual). Impone solamente, según tuvimos ocasión de ver, el requisito de la buena fe, formulándolo en sentido negativo y limitándolo al supuesto expreso de que el socio pretenda, con ocasión de la disolución, hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la Compañía.

Por consiguiente, el consultante puede exigir judicialmente la disolución de «P. Hnos., S. L.», de la que es socio, al amparo del artículo 224 del Código de comercio. Pero si los demás consocios se opusieran alegando y probando que con ocasión de esa disolución y por cualquier circunstancia el señor P. pretende alcanzar un lucro particular que no hubiere obtenido subsistiendo la Sociedad, ciertamente fracasaría su petición.

Dada la especial circunstancia de ser el consultante propietario del edificio

(7) GARRIGUES. *Tratado* cit., pág. 1195.

(8) Una cuestión que ya carece de interés práctico es la de si en los primeros seis años cabía ejercitar el derecho de separación o el de denuncia. Entendemos que esta limitación temporal impuesta al ejercicio de tales derechos es perfectamente lícita, por no ir contra las leyes, la moral o el orden público (art. 1.255 del Código civil).

en donde está instalada la Sociedad, cabe preguntar: ¿Con la disolución de la misma no vendría a obtener un considerable beneficio personal, en perjuicio de los restantes socios?

Porque si la extinción de la Sociedad lleva aparejada la extinción del contrato de arrendamiento, el consultante se encontraría con un valioso local de negocio completamente libre, que podría arrendar de nuevo en condiciones ventajosísimas. Por otro lado, el señor P., como propietario de los locales que ocupa la Sociedad, vendría a ser prácticamente el único licitador en la subasta prevista por el artículo 11 de los Estatutos, ya que a los otros socios no les interesaría el remate, ni siquiera por la postura mínima allí establecida, si no tienen la posibilidad de continuar la empresa en el mismo local. Es decir, que el consultante podría adueñarse el negocio por la cifra que arroje el haber del balance últimamente aprobado, enriqueciéndose injustamente a costa ajena.

¿Será ello así?

Creemos que no. Jurídicamente existe un contrato válido de arrendamiento entre el señor P., como propietario, y la Sociedad «P. Hnos., S. L.», como arrendataria, a pesar de que no se haya confirmado *en contrato legal y corriente* la renta que ya los señores socios B. y G. han reconocido en favor del propietario del edificio, según preceptuaba una de las cláusulas del laudo suscrito por los tres interesados, porque dicho contrato de arrendamiento resulta de forma clara de la carta que con anterioridad dirigieron don F. B. y don R. G. a don J. P. (vid. supra antecedentes II), sin contar con los correspondientes recibos que este último entregaría con ocasión de cada pago mensual de la renta estipulada.

Si existe, pues, un contrato de arrendamiento del local de negocio de «P. Hnos., S. L.», debió incluirse en el haber del balance como uno de los elementos constitutivos de la misma y que ciertamente no es despreciable, pues hoy día puede tener un valor jurídico y económico importantísimo en la vida de los negocios: se ha llegado hasta el extremo de hablar de una «propiedad mercantil» de los arrendatarios comerciantes, que con su esfuerzo y actividad empresarial revalorizan continuamente los locales que ocupan.

En atención a esa «propiedad mercantil» o fondo comercial, que todo arrendamiento de local de negocio implica, la ley reconoce al arrendatario el derecho de traspaso (arts. 44 y ss. de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Y no sólo éste, sino que, yendo más lejos, el legislador asegura en ciertos casos la continuidad en el arrendamiento, obedeciendo al principio de conservación de la empresa con todos sus elementos integrantes. Así, el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que «por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrido bajo la vigencia del contrato podrá adquirir arrendatario el heredero, y la falta de éste o de su deseo de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil».

Por tanto, en nuestro caso, una de dos: o se entiende que, no operándose inmediatamente la extinción de la Sociedad cuando haciendo uso del derecho de denuncia del artículo 224 del Código de comercio se promueva «la disolución» (9), puede incluirse en la subasta preceptuada en el artículo 11 de los Es-

(9) Según GARRIGUES (*Tratado cit.*, t. I, pág. 1153), «La disolución no significa muerte de la sociedad, sino tránsito a su liquidación».

tatutos el arrendamiento, copio lo que su adjudicación, junto con los demás elementos de la empresa, al mejor postor equivaldría a un auténtico traspaso; o bien se entiende que, significando la disolución la muerte de la sociedad, que llega a la subasta ya extinguida, cabe que advenga arrendatario el socio rematante.

Y no se diga en contra de la viabilidad de la primera solución apuntada que los derechos de tanteo y retracto, participación en el precio, y aumento de la renta, reconocidos por la ley al propietario del local de negocio en el supuesto de traspaso (arts. 47, 48, 50 y 56 de la ley de Arrendamientos Urbanos), al par que harían ilusoria la adquisición del socio rematante, implicarían un lucro particular para el consultante, porque—aparte de que cabe perfectamente que éste renuncie previamente a tales derechos (argumento art. 4º del Código civil—según el artículo 51 de la ley de Arrendamientos Urbanos «el tanteo, retracto y participación en el precio del traspaso, a que este capítulo (IV, Sección segunda) se refiere, serán preferentes sobre cualquier otro derecho similar, a excepción del de *condueño del negocio*». Con otras palabras: la ley mantiene inalterable en nuestro caso (como en cualquier otra hipótesis de *condominio* o copropiedad de empresa) el derecho del consocio, sacrificando los derechos del propietario del local cuando este último se adjudica o traspasa, junto con los demás elementos integrantes de la empresa, a quien ostenta el carácter de *condueño del negocio* (obsérvese que la ley no dice copropietario) en atención al principio de la conservación e integridad de la empresa, que se vería en peligro si se le pudiera privar de su soporte básico: el local. Y es lógico que, asimismo, claudique el derecho de participación en el precio del traspaso, y también, aunque la ley no lo diga, el derecho al aumento de la renta (art. 56 de la ley de Arrendamientos Urbanos), porque ambos tienen como presupuesto de su existencia la efectividad de los derechos de tanteo y retracto no ejercitados.

Tampoco obstaría al éxito de la solución cifrada en el traspaso el hecho de que no figure valorado en el balance el arrendamiento del local de negocio, porque si bien es cierto que ello permitiría al consultante obtener la empresa por la cantidad consignada en el mismo sin entregar nada a los otros consocios por razón del arriendo, no lo es menos que éstos podrían también hacerse dueños, en igualdad de condiciones, de todo el negocio, incluido el arrendamiento, como adquirentes en traspaso por la misma cantidad, sin retribuir adecuadamente al propietario del local. Claro es que si en el balance tuviera asignado un precio el arrendamiento del local de negocio, el rematante, sea quien sea, tendría que satisfacerlo, aunque triunfara la postura mínima, y los otros dos socios recibirían una participación en proporción al capital representado por cada uno de ellos.

Respecto a la viabilidad de la segunda solución, cifrada en la continuación del arrendamiento al amparo del artículo 73, podría objetarse que tal artículo se refiere literalmente a la muerte del arrendatario y no a la disolución o extinción de la Sociedad arrendataria. Pero no se debe ocultar que si el precepto contempla preferentemente el supuesto de que el arrendatario sea una persona física, nada obsta a que se aplique la misma norma, con las debidas adaptaciones, cuando se trata de la muerte o extinción de personas jurídicas,

existiendo como existe la misma *ratio*: la de asegurar la permanencia y continuidad de la empresa, con todos sus variados elementos componentes, entre los cuales ocupa un lugar destacado el arrendamiento del local. Y es justo y lógico que se garantice la integridad de la empresa, porque ésta persiste a través de todas las vicisitudes de su forma jurídica: sociedad limitada, primero; empresa individual, después, etc., siempre continuará siendo实质上 idéntica. El privilegio sucesorio (llámémosle así) del socio se explicaría entonces porque, tratándose de una sociedad de tipo personalista, él fué uno de los que contribuyeron con su trabajo personal dentro de la empresa a dar valor a los locales del negocio: por eso la ley le reconocería el derecho de continuar el arrendamiento.

A mayor abundamiento, en el segundo apartado del mismo artículo se dispone que «de igual beneficio (continuación del arrendamiento) disfrutarán las entidades españolas que absorban los negocios de sociedades extranjeras domiciliadas en España». Aquí se prevé ya una hipótesis de muerte o extinción de personas jurídicas (puesto que la absorción, lo mismo que la fusión, es una modalidad de extinción), que da lugar a que advenga arrendataria la entidad absorbente, que pueda ser incluso una empresa individual, puesto que el artículo 73 evita cuidadosamente emplear la palabra «sociedad» (10).

Sin embargo, según la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de noviembre de 1950, la disolución de una sociedad arrendataria de un local de negocio no puede equipararse al fallecimiento del arrendatario a los efectos de la continuación en el arrendamiento que se previene en el artículo 73 de la ley de Arrendamientos Urbanos (11).

Por ello, a la vista de esta interpretación jurisprudencial, siquiera sea aislada, entendemos que el único camino viable dentro de la segunda solución apuntada con carácter subsidiario (puesto que la primera es la única que merece ser tenida en consideración, dado el *modus operandi* que, según la me-

(10) Nuestra doctrina es reacia a esta interpretación amplia del art. 73 de la Ley de Arrendamiento Urbanos expuesta en el texto. Lo más que se admite extensivamente—con interpretación teológica—como comprendido dentro del citado artículo es el supuesto de extinguirse la sociedad personalista arrendataria por fallecimiento de uno de los socios, permitiendo entonces que el otro, u otros, continúen el negocio. En este sentido, *VALLET DE GOYRISOLÓ, Hipoteca del Derecho arrendatario*, Madrid, 1951, pág. 218; *BELLÓN, Régimen legal de los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1947, pág. 191, y *CONDOMINES, Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, págs. 131 y 132. En contra de esta solución se manifiestan, no obstante, *BELTRÁN FUSTÉR y APALATEGUI, Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Zaragoza, 1947, pág. 221, y *Cossío* (comentando la sentencia de 6 de febrero de 1948), en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, t. I, fasc. 2, pág. 707.

(11) En el segundo de sus considerandos se dice que «el hecho de la muerte, independientemente de la voluntad del que muere, no puede equipararse en derecho, si no es metafóricamente, la disolución de una Sociedad por la exclusiva voluntad de sus socios para estimar el derecho a advenir arrendataria otra que a su vez se halle en sociedad con la que lo sea de su disolución voluntaria». Y en el cuarto afirma que: «el punto primero del artículo 73 citado no se refiere a dos supuestos, como estima el recurrente, fundado en que una persona natural no puede morir sin heredero, pues así puede ocurrir cuando distribuye toda la herencia en legados, caso previsto en el art. 591 del Código civil, de lo que resulta inaceptable tal interpretación, y, en consecuencia de todo lo dicho, la inaplicación al caso del precepto cuya infracción se alega como causa del recurso, improcedente por la misma».

jer doctrina, tiene las causas de disolución en nuestro Derecho (12) es el que el consultante, al margen del artículo 73 de la ley de Arrendamientos Urbanos y siguiendo su mismo espíritu, asegure a sus otros dos socios la permanencia en los locales, reconociéndolo desde ahora como arrendatario al que de ellos resultare rematante en la subasta. Así no habrá problema.

Concluyendo, pues, al amparo del artículo 224 del Código de comercio, puede el consultante exigir la disolución de «P. Hnos., S. L.», con la única limitación de no poder impedir que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes (artículo 225 del Código de comercio), ya que, siguiendo el camino apuntado, no puede decirse que obre de mala fe, antes al contrario: el señor P. no pretende ni puede obtener así con ocasión de la disolución de la Sociedad y por la circunstancia de ser propietario del local de la misma, un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la Compañía, sino que lo único que le mueve a dicha disolución es la frustración del contrato de Compañía y el comportamiento poco leal y abusivo de los otros dos socios, que hizo de todo punto imposible la colaboración y comunidad de intereses entre los tres asociados.

* * *

Una cuestión interesantísima que incidentalmente plantea esta motivación es la de determinar si, preceptuando el artículo 1.666 del Código civil que la Sociedad debe tener un objeto lícito y *establecerse en interés común de los socios* (cfr. arts. 1.665 del Código civil (13) y 116 del Código de comercio (14), cabe pedir la disolución de la Sociedad «P. Hnos. S. L.» al amparo del artículo 221, núm. 1, segunda parte, del Código de comercio (15). Porque lo cierto es que a veces dentro de una Compañía se producen situaciones críticas que pueden llegar a impedir la consecución del *fin social*. A juicio del profesor Garrigues, tales situaciones pueden encontrar salida por el *cruce* del aludido número primero del artículo 221, equiparando a la conclusión de la Sociedad la *imposibilidad de llevar a cabo esa empresa común* (16). Esta opinión del ilustre mercantilista se vería reforzada teniendo en cuenta que, según los artículos poco antes citados, el objeto de la Sociedad *no sólo ha de existir*, sino que también ha de ser *lícito y común*. Por tanto, podría decirse que si éste, por cualquier motivo, se concluye o deviene ilícito o deja de ser común, la sociedad se debe extinguir.

(12) Por todos, vid. GARRIGUES, *Tratado*, I, cit., págs. 1182-1183. Y para aquellos que admiten la clasificación de causas de disolución que operan *ipso iure*, es decir, automáticamente, y causas de disolución que dependen de la voluntad de los socios, no hay ninguna duda de que el art. 224 del Código de comercio se contiene una de estas últimas. O sea, este artículo no es más que el fundamento legal que permite que, por los interesados o por el Juez, se declare a una Sociedad en estado de liquidación, sin que ésta suponga la extinción inmediata de la Sociedad.

(13) «La Sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en COMUN dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias.»

(14) «El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo COMUN bienes, industria o algunas de estas cosas para obtener lucro...»

(15) Es decir, por la «conclusión de la empresa que constituya su objeto».

(16) *Tratado*, cit., I, págs. 1207-1208.

Pero en contra de la misma puede alegarse, en primer lugar, que, como dice la sentencia de 6 de febrero de 1903, «mientras no resulten cumplidas las obligaciones correspondientes no se extinguieren los fines de una Sociedad», y en segundo lugar, que todo incumplimiento de las obligaciones sociales por parte de uno o más de los socios tiene en la ley su sanción adecuada: la rescisión parcial del contrato de sociedad, es decir, la exclusión del socio o socios que faltaron a sus compromisos. Claro es que en nuestro caso, según veremos, la rescisión parcial respecto a los otros dos socios conduciría al mismo resultado práctico que la disolución total de «P. Hnos., S. L.», pues quedaría convertida en una sociedad unipersonal o empresa individual de responsabilidad limitada (Sobre todo esto, *vid. infra*, III).

4. Si se pusiera en tela de juicio la aplicabilidad a la compañía de responsabilidad limitada de las normas contenidas en el Código de comercio respecto a la disolución de las sociedades colectivas y comanditarias, nos veríamos en el trance de tener que buscar en el Código civil, como última fuente supletoria (arts. 2 y 50 del Código de comercio) (17), las normas que pudieran resolver el problema que tenemos planteado.

Veámos, pues, las normas del Código civil a propósito de las causas de extinción de la Sociedad.

Según el artículo 1.700, la Sociedad se extingue:

1.º «Cuando expira el tiempo por que fué constituida». En esto el Código civil español coincide con lo que dispone el Código de comercio en el número 1 del artículo 221, aplicable, además, a todas las Compañías, *de cualquier clase que sean*. Nos remitimos, por tanto, a cuanto dijimos *supra*.

2.º «Cuando se pierda la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto.»

Substancialmente coincide con los números 1, segunda parte, y 2 del artículo 221 del Código de comercio.

3.º «Por la muerte natural, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1.699 (18).» Esto último equivale al número 3.º del artículo 221 del Código de comercio. Y las causas enumeradas al principio son las mismas que las señaladas por los números 1, 2 y 3 del artículo 222 del Código de comercio para las Compañías colectivas y en comandita. Una vez más nos remitimos a cuanto dejamos escrito *supra*.

4.º «Por voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707.»

El primero de ellos nos dice que «la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración o no resulta éste de la naturaleza del negocio.»

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además, debe ponerse en conocimiento de los socios.»

Por su parte, el artículo 1.706 nos aclara que «es de mala fe la renuncia

(17) *Cfr. FUENMAYOR CHAMPIÑON. Resolución parcial de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada*, en R. D. P., 1947, págs. 449 y 455.

(18) «Los acreedores de la Sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.»

cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso, el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen facultad para excluirle de la sociedad».

«Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia cuando, no hallándose las cosas integras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso, continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendiente.»

Analizando detenidamente ambos grupos de preceptos se ve cómo los artículos 1.705 y 1.706 del Código civil coinciden en substancia con los artículos 224 y 225 del Código de comercio.

En efecto, tanto según el Código civil como según el Código de comercio, cabe la disolución de la sociedad, concluida por tiempo indefinido o término indeterminado, a voluntad de uno de los socios.

Los dos cuerpos legales exigen la *buena fe* del socio que insta la disolución, entendiendo aquella cualidad en el mismo sentido.

El Código civil exige, además, que la disolución se promueva en tiempo oportuno. Pero el artículo 1.706, párrafo segundo, al aclarar ex. qué consiste la inoportunidad, la hace coincidir en su contenido y efectos con lo que ordena el artículo 225 del Código de comercio.

Lo único que el Código civil añade a lo preceptuado por el Código de comercio es que la denuncia o renuncia del contrato de sociedad debe ponerse en conocimiento de los otros socios (art. 1.705 *in fine*) y que cuando el socio denunciante obra de mala fe, los demás socios, no sólo pueden oponerse a la disolución de la sociedad (como dice el artículo 224, párrafo 1.º, del Código de comercio), sino que también pueden excluirle de ella (artículo 1.706, párrafo 1.º): o sea, la disolución total reclamada se convierte entonces en disolución o rescisión parcial para el reclamante.

Con ello, el Código civil viene a confirmar, aclarar y completar lo dispuesto en el Código de comercio.

Aunque por distinto camino hemos llegado, pues, a la misma conclusión que en el capítulo anterior, por lo que son de aplicar aquí *mutatis mutandis* las mismas consideraciones que allí dejamos consignadas.

Por último, sólo nos queda por examinar el supuesto del artículo 1.707, según el cual «no puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de irhabitarse para los negocios sociales u otro semejante, a juicio de los Tribunales».

Pero como quiera que este artículo se refiere a las sociedades constituidas por tiempo determinado, y la sociedad a que esta consulta se refiere lo fué por tiempo indefinido (Cfr. *supra* II), no parece susceptible de ser aplicado en nuestro caso (19).

(19) Sobre la disolución de una Sociedad por justa causa no prevista en la Ley ni en el contrato, nos remitimos a cuanto dice el profesor GARRIGUES en su *Tratado*, t. I, vol. 3, páginas 1207-8, y cuyas conclusiones más sabrosas fueron ya recogidas *supra*.

III

Rescisión parcial de «P. Hnos., S. L.»

Llegados a este punto, cabe preguntar si aparte de la disolución existen otros medios jurídicos aptos para conseguir, tal vez mejor, el mismo resultado. Porque si en nuestro caso se puede seguir el camino de dos rescisiones o resoluciones parciales respecto a los otros dos socios, nos encontraríamos con que sin necesidad de recurrir al remedio extremo de la disolución total de la sociedad «P. Hnos., S. L.», ésta quedaría convertida, una vez excluidos dichos socios, en una sociedad unipersonal o empresa individual de responsabilidad limitada, en manos del consultante, que por si solo continuaría disfrutando de tan importante beneficio (20).

Pero ante el silencio que el Código de comercio guarda sobre este punto, necesitamos determinar ante todo cuándo procede la rescisión parcial de una sociedad de responsabilidad limitada.

1. Para colmar la laguna de nuestro ordenamiento acudiremos, en primer lugar, a las disposiciones del Código de comercio sobre rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita, aplicables por analogía (21).

Según el artículo 218, hay lugar a dicha rescisión por cualquiera de los motivos siguientes:

1.º «Por usar un socio de los capitales comunes y de la firma social para negocios por cuenta propia.»

2.º «Por ingerirse en funciones administrativas de la Compañía el socio

(20) Despues de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1922 y de la trascendental Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1945, ya no se puede en nuestro Derecho poner en tela de juicio la licitud y posibilidad de las sociedades unipersonales, debiendo negar, que la reducción de una compañía anónima (o de responsabilidad limitada) a un sólo socio sea causa de disolución de la Sociedad, como incidentalmente apuntó la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891. No podemos detenernos aquí en el examen a fondo de esta interesantísima cuestión, que estimamos se debe resolver en sentido afirmativo. Vid. BORR, *Anónimas unipersonales*, en «Revista de Derecho Privado», 1947, págs. 31 y ss.; *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, cit.; GARRIGES, Tratado t. I, vol. 3, ict., págs. 1318 y ss.; PALA MEDIANO, *Sociedades unipersonales*, conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1947; SOLA CASIZARES, op. cit. págs. 82 y ss. y 342; *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, en «Revue Trimestrielle de Droit commercial», núm. 3, París, 1948. Contra: F. DE CAUTRO, *La Sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. II, fasc. IV (1949), págs. 1410 y ss.; MARÍN LAZARO, *La Sociedad de un solo socio y el problema de la limitación de la responsabilidad en la empresa*, conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1949.

Sobre la naturaleza y posibilidad de la Sociedad unipersonal, vid., sobre todo, el profundo libro de FERRER CORRERA, *Sociedades ficticias e unipersonais*, Coimbra, 1948, cuyas conclusiones son plenamente aceptables de cara al Derecho español, sin la limitación que establece el art. 120, párrafo 3, del Código comercial portugués. A juicio de este autor, la Sociedad unipersonal tiene la naturaleza jurídica de una especie de fundación o patrimonio separado afectado a un fin (*Meektermögen*), dotado de personalidad jurídica, y cuya subsistencia como tal Sociedad se justifica por la *spes refectionis*, es decir, por la esperanza de que un día se rehaga la corporación, verdadero substrato de la personalidad jurídica de toda Sociedad.

(21) FUENMATOR CHAMPIN, op. et loc. cit.

a quien no compete desempeñarlas según las condiciones del contrato de sociedad.»

3.^o «Por cometer fraude algún socio administrador en la administración o contabilidad de la Compañía.»

4.^o «Por dejar de poner en la caja común el capital que cada uno estipuló en el contrato de la sociedad, después de haber sido requerido para verificarlo.»

5.^o «Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean licitas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138» (22).

6.^o «Por ausentarse un socio que estuviere obligado a prestar oficios personales en la Sociedad, si, habiendo sido requerido para regresar y cumplir con sus deberes, no lo verificate o no acreditare una causa justa que temporalmente se lo impida.»

7.^o «Por faltar de cualquier otro modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de Compañía.»

De todos estos motivos o causas de rescisión parcial, sólo interesan a nuestro caso los consignados bajo los números 2.^o y 7.^o. Por lo que afecta al primero de ellos, deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas en el artículo 5.^o de los Estatutos sociales por la propuesta de arbitraje comprendida bajo el epígrafe «Escritura social», del laudo de 10 de julio de 1950, que tiene un indiscutible valor por la equiescencia que le prestaron los tres socios (arg. artículo 1.255 del Código civil y sentencias de 28 de octubre de 1921 y 14 de marzo de 1933).

Por consiguiente, si dicha cláusula fué incumplida por doña F. B. y don R. G., procede respecto de ellos la rescisión parcial del contrato de sociedad, al amparo de la causa segunda del artículo 218 del Código de comercio.

Del mismo modo, podrá excluirse de la sociedad a dichos socios acogiéndose al último motivo del citado artículo, en virtud del incumplimiento de «obligaciones sociales importantes» (Sentencia de 5 julio 1941), entre las cuales figura, sin duda, la de obligarse a poner en común los bienes o la industria (Cfr. *supra*).

Es una causa genérica de rescisión que comprende, además, todos los casos de incumplimiento o infracción culposa de obligaciones pactadas en el

(22) Art. 136. «En las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrán sus individuos hacer operaciones por cuenta propia, sin que preceda consentimiento de la Sociedad, la cual no podrá negarlo sin acreditar que de ello le resulte un perjuicio efectivo y manifiesto.—Los socios que contravengan a esta disposición, aportarán al acervo común el beneficio que les resulte de estas operaciones, y sufrirán individualmente las pérdidas si las hubiese.»

Art. 137. «Si la Compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en que haya de ocuparse, los socios podrán hacer licitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a que se dedique la Compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario.»

Art. 138. «El socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la Compañía se lo permitiese expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la Compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo esta disposición.»

contrato de sociedad (Sentencia de 5 julio 1941), incluido, por tanto, el supuesto a que nos referimos en primer lugar.

La rescisión o exclusión es, como la separación, una especie de la disolución parcial, diferenciándose de aquélla en que tiene carácter forzoso y no voluntario.

Sus efectos son:

a) En las relaciones internas produce «la ineeficacia del contrato con respecto al socio culpable, que se considerará excluido de ella, exigiéndole la parte de pérdida que pueda corresponderle, si la hubiere, y quedando autorizada la Sociedad a retener, sin darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social, hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión» (art. 219).

b) En las relaciones externas, «mientras en el Registro Mercantil no se haga el asiento de la rescisión parcial del contrato de sociedad, subsistirá la responsabilidad del socio excluido, así como la de la Compañía, por todos los actos y obligaciones que se practiquen, en nombre y por cuenta de ésta, con terceras personas» (art. 220 y Sentencia de 3 de noviembre de 1927).

2. En caso de que se pusiera en duda la aplicabilidad de los artículos 218 y 219 del Código de comercio, por estimarse que no existe aquella identidad esencial presupuesto de la analogía entre las sociedades colectivas y las de responsabilidad limitada, nos veríamos obligados a recurrir, en última instancia, al Código civil para buscar la norma adecuada, siguiendo la jerarquía de fuentes que establecen los artículos 2.º y 50 del Código de comercio.

El Código civil no contiene en el título dedicado al contrato de sociedad ninguna disposición sobre la rescisión parcial del mismo. Pero en su artículo 1.124, apartado 1, establece que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbiese».

El precepto en cuestión parte, pues, de la base de que se trate de obligaciones *esencialmente reciprocas*, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia. Esto nos llevaría necesariamente a examinar si tienen el carácter de reciprocas las obligaciones derivadas del contrato de sociedad.

En la doctrina se discute vivamente este problema. Unos, como Sánchez Román (23) y De Buen (24) se inclinan por la reciprocidad. Otros, como Kuntze (25) y Garrigues (26) niegan que el contrato de sociedad pueda considerarse como un contrato sinalagmático.

Dejando a un lado esta interesante discusión teórica, que según creemos se debe decidir en el primer sentido (27), lo verdaderamente interesante para

(23) *Estudios de Derecho civil*, IV, 2.ª ed., Madrid, 1899, pág. 523.

(24) *Notas a OOLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil*, IV, Madrid, 1925, página 477.

(25) Citado por TRAVIESAS, *Obligaciones reciprocas*, en «Revista de Derecho Privado», 1929, página 280.

(26) *Tratado cit.*, t. I, vol. 2, núm. 203 *in fine*.

(27) Por todos, vid. ENNECERTS, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1935, pág. 390, nota 5 y las anotaciones de los traductores PÉREZ y ALGUER, *ibidem*, págs. 342 y ss.; FUENMAYOR, op. cit., pág. 456.

nosotros es determinar si la facultad resolutoria tácita puede entrar en juego en el supuesto que venimos contemplando.

Según la jurisprudencia, el artículo 1.124 se aplica sólo cuando no haya uno especial aplicable al caso (Sentencias de 29 de octubre de 1927 y 20 de mayo de 1946, entre otras muchas). Por tanto, si no se estima aplicable a nuestro supuesto la regla especial que contiene el Código de comercio en sus artículos 218 y 219, no aparece dificultad alguna para la aplicación del artículo 1.124 del Código civil. Y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 29 de noviembre de 1915 llegó a admitir la posibilidad de ejercitar, aparte de los motivos de rescisión parcial previstos en el artículo 218 del Código de comercio, la facultad resolutoria tácita reconocida en el artículo 1.124 del Código civil.

Por lo que mira a los efectos de esa facultad, deberá esforzarse al régimen que establece el mismo artículo 1.124 en sus apartados 2.^º y 3.^º:

«El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible.»

«El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.»

Si ahora aplicamos lo expuesto a nuestro caso, resulta que el consultante, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, podría optar entre exigir a los otros dos socios el cumplimiento de sus obligaciones o dar por resuelta sus relaciones con tales socios, excluyéndoles de la sociedad, previa la correspondiente liquidación de sus partes o cuotas, y sin perjuicio de reclamarles, si a ello hubiere lugar, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

* * *

De las dos resoluciones indicadas, estimamos que asiste a la primera (número 1.^º de este capítulo) mayor fundamento en el Derecho positivo, por la clara tendencia de nuestro Tribunal Supremo de aplicar por analogía a la sociedad de responsabilidad limitada los artículos 218 y 219 del Código de comercio.

Respecto a la forma de la rescisión parcial, tanto por la vía de los artículos 218 y 219 del Código de comercio, como a través del artículo 1.124 del Código civil, debe tenerse en cuenta que aquélla, según la jurisprudencia, puede hacerse extrajudicial y unilateralmente, sin perjuicio de que si el derecho ejercitado de este modo se impugna, haya de quedar sometido al examen y sanción de los Tribunales (Sentencias de 23 abril 1902, 17 febrero 1912, 19 junio 1913, 25 marzo 1915, 10 abril 1929, 24 octubre 1941, 28 enero 1943, etc. y Resolución de 25 de enero de 1936). Así, pues, de seguirse el camino de la rescisión parcial respecto de los otros dos socios, convendrá emplear el requerimiento notarial determinado por el artículo 12 de los Estatutos para manifestar extrajudicialmente la voluntad de rescindir o resolver el contrato de sociedad.

CONCLUSIONES

Primera. —Después de todo lo dicho en el capítulo I de este dictamen, huelga advertir que a nuestro juicio no cabe que el consultante pida al amparo de los artículos 3.^º y 10, párrafo 1.^º, de los estatutos la disolución de «P. Hnos., S. L.», existiendo como existe oposición de los restantes socios, sino tan solo su separación de la Sociedad.

Por ello, entendemos que la demanda de disolución que se formulara con ese fundamento tendría pocas probabilidades de éxito.

En efecto, no puede decirse que se trate de disolución derivada de pacto expreso, porque, como se vió, falta éste. Y aunque lo hubiera, con ello no se hará más que transformar el derecho de denuncia legal en voluntario, continuando, por tanto, su ejercicio sometido al artículo 224 del Código de comercio; el hecho de que se estableciera por voluntad o acuerdo de todos los interesados no querría decir, ni mucho menos, que su ejercicio no pudiese ser unilateral.

Quedó también suficientemente aclarado que en el supuesto de la consulta se trata de una sociedad por tiempo indefinido.

Segunda. —Tras el detenido estudio realizado del problema, podemos afirmar que cabe la disolución de «P. Hnos., S. L.», al amparo de los artículos 224 y 225 del Código de comercio y 1.705 y 1.706 del Código civil, por cumplirse en nuestro caso los requisitos exigidos por la ley. No puede decirse que el consultante obre de mala fe al instar la disolución de la sociedad, por la mera circunstancia de ser propietario de los locales en donde aquella está instalada porque, en primer lugar, el juego de los artículos 51 y 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos impediría ya, según nos parece, que se produzca ningún lucro particular, en beneficio del mismo y con daño de los restantes socios; en segundo lugar, porque, de un lado, la renuncia anticipada de los derechos de tanto o, retracto, participación en el precio del traspaso y aumento de la renta, y de otro, el compromiso previo de asegurar a los otros dos socios la permanencia en los locales, reconociéndose desde ahora como arrendatario al que de ellos resultare rematante en la subasta, evitan de modo tajante todo posible provecho exclusivo del consultante por razón de la circunstancia apuntada.

Tercera. —El mismo resultado práctico de la disolución se conseguiría, y tal vez mejor, a través de dos rescisiones parciales respecto a los otros dos socios, al amparo de los artículos 218, 2.^º y 7.^º del Código de comercio y 1.124 del Código civil, siempre—claro está—que se pudiera probar suficientemente cualquier especie de incumplimiento de las obligaciones importantes que se impusieron en el contrato de Compañía. Por ello, la gran utilidad de este expediente, que permitiría al consultante soslayar el obstáculo del artículo 224 del Código de comercio (28), excluir de la compañía a los res-

(28) Como quiera que siguiendo esta vía no se produce jurídicamente la disolución y extinción de la Sociedad, es evidente que no habrá lugar para aplicar el art. 224 del Código de Comercio, ni por tanto entraría en juego el requisito de la *buena fe* allí exigido. Sin embargo, podría objetarse que por este camino se persigue un resultado práctico análogo, por no decir idéntico, al de la disolución y que, por consiguiente, se estaría ante un supuesto de *fraus legis*, es decir, de violación indirecta o fraudulenta de la ley, cuya

tantes socios en condiciones ventajosísimas y seguir disfrutando individualmente el beneficio de la responsabilidad limitada, merced a la continuación de la sociedad como patrimonio separado dotado de personalidad jurídica por la *spes refectionis*, se vería tal vez contrarrestada por la dificultad práctica de llevar a cabo la rescisión parcial.

* * *

Quedan así cumplidamente respondidas las preguntas de la consulta. Tal es mi parecer que con todo gusto someto a otro mejor fundado.

Dr. Juan B. JORDANO BAREA,
Abogado.

llicitud ha sancionado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 y 8 de abril de 1946. Pero lo cierto es que en buena técnica jurídica, no podría calificarse de fraudulento el camino de la doble rescisión parcial, porque—aparte de tener el carácter de una sanción legal—no hay que olvidar que, si bien desde el punto de vista de los deseos personales del consultante (romper toda relación con sus otros dos socios), la rescisión coincide con la disolución en su resultado práctico, éste es bien distinto tanto económica como jurídicamente en uno y otro caso: como que en el primero la entidad «P. Hnos., S. L.» subsiste y en el segundo no. Y sabido es que para que haya *fraude a la ley* es necesario que por un camino oblicuo se persiga el *mismo resultado económico o material* vedado por aquélla.

BIBLIOGRAFIA

Libros

BETTI, Emilio: "Problemi proposti dallo sviluppo del capitalismo e della tecnica di guerra". En *Studi in onore di Antonio Cicu*. II. Milán, 1951. 591-612.

En la actual literatura civilista europea, Betti, junto a Ripert (1) e Isele (2), señala los fenómenos actuales de socialización del Derecho civil a causa de las transformaciones económicas, técnicas y políticas.

A propósito del homenaje a Cicu, elabora este trabajo, publicado en los "Studi in onore", del mismo autor, en donde se abordan principalmente tres puntos: a) el desarrollo del capitalismo moderno y las exigencias de sociabilidad y superación de su espíritu; b) el predominio de la técnica y tendencia a la universalidad, como incentivos de la extensión y del abuso de los modos y medios de violencia bélica; c) exigencia de proporcionar los medios al fin en orden a la superación del espíritu de engaño en las relaciones internacionales.

Afirma este autor que las repercusiones de las transformaciones económicas o técnicas se operan no sólo en el seno de una comunidad nacional, sino también en las relaciones internacionales entre varias comunidades, y en donde la persona resulta elemento constitutivo y parte integrante. De este modo, la persona queda encuadrada y sujeta al "automatismo" que domina al agregado. En la esfera del aparato técnico colectivo es abolida, fundamentalmente, la distinción entre persona y cosa: ambos son elementos constitutivos de aquel aparato. Así, la persona resulta degradada al papel de cosa, más o menos fungible ("quae in genere suo functione recipit"), y cuyo valor social se resume y se agota en la "función" que puede serle confiada en el cuadro de un aparato técnico colectivo.

Por otro lado, el progreso de la técnica le ha privado a la persona el placer del trabajo artesano, de la iniciativa personal y de la responsabilidad que la afectaba, haciéndole caer en una pieza de la maquinaria colectiva, regida por su inflexible automatismo. Además, paralelamente, el desarrollo del capitalismo, favorecido y fortalecido por el Estado moderno, al concentrar la potencia del dinero en las manos de pocos detentadores—sean los particulares o sea el Estado mismo—se establece y mantiene entre el dinero y el poder un ligamen que lleva a una necesaria subordinación entre aquellos que son llamados a prestar el trabajo y que en sentido nato pueden llamarse "funcionarios" del apa-

(1) RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. París, 1947; también: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. París, 1948, y *Le déclin du Droit*. París, 1949.

(2) ISELE: *Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 150 (1948), 1-27.

rato técnico colectivo (empleados, operarios, trabajadores, profesionales dependientes) y aquéllos que en tal aparato son llamados a dirigir (capitanes de industria, empresarios, "managers" o administradores de un especial sector de la actividad productora, hombres de gobierno). El peligro que el jurista ve insito en la degradación de la personalidad es que en los hombres llamados al manejo del aparato técnico colectivo no tengan conciencia de cuál es su función instrumental a los fines de la convivencia social, esto es, que el aparato social sea considerado y tratado por los unos y por los otros como fuente de disfrute para ventajas personales o de determinada clase, y no instrumento de colaboración para los fines sociales de interés común.

Hoy se asiste también a la concentración de un aparejo técnico en función destructora en manos de unas pocas potencias, de las cuales depende el mantenimiento de la paz o el desencadenarse una guerra que, a juzgar por los precedentes, pone en peligro la existencia de la Humanidad sobre la tierra. Ello lleva también al jurista—dice Betti— a llamar la atención de la "función instrumental" y la observancia de los límites jurídicos y morales de los modos y medios de la guerra.

Con este claro y penetrante análisis de los factores predominantes en la sociedad actual, el Prof. Betti (uno de los valores más destacados de la ciencia jurídica italiana y europea) nos llama la atención agudamente sobre el problema tan candente de la misión del Derecho, y en especial de la función del "jurisprudente" en la labor rectificadora y cooperadora de la realización de la Justicia en la comunidad social.

José BONET CORREA

LOJACONO, Vincenzo: "Il patto commisorio nei contratti di garanzia".
Milano, Giuffrè, 1952; 127 páginas.

Hay que distinguir el pacto commisorio como cláusula resolutoria expresa o tácita, y el pacto commisorio como cláusula añadida o accesoria de un contrato de prenda, anticresis o hipoteca. En virtud de la primera cláusula en los contratos bilaterales perfectos, caso de incumplimiento, la parte que pretende cumplir queda autorizada para no hacerlo; en cambio, en el segundo caso, la cláusula commisoria consiste en un pacto, añadido generalmente a los contratos de garantía citados, por el cual si al llegar el momento de hacerlo el deudor no cumple, el acreedor, sin más, queda autorizado para apropiarse completa y definitivamente la cosa mueble o inmueble, objeto del contrato de garantía. Si la prenda, como sucedía en los primeros tiempos del Derecho romano, transfiriese la propiedad de la cosa al acreedor, el pacto commisorio podría configurarse como cláusula resolutoria, puesto que vendría a liberar al acreedor de cualquier molestia por parte del deudor tendente a lograr la recuperación de la cosa. Pero transfiriendo la prenda, sólo la posesión, si se configurase el pacto commisorio como cláusula resolutoria, se llegaría

al absurdo jurídico de la resolución del contrato de prenda y consiguiente devolución de la cosa al deudor.

Por el contrario, el pacto commisorio no tiende a resolver la relación jurídica, sino a reforzarla, puesto que constituye una gran garantía, la máxima para el acreedor en cuanto que le proporcione la posibilidad de satisfacer su crédito en condiciones de extrema ventaja. El acreedor se convierte en propietario de una cosa que anteriormente tenía sólo en garantía: la simple y temporal posesión se transforma en plena y definitiva propiedad. De tal modo, el pacto commisorio, si fuera válido, vendría a tener el aspecto de una venta bajo condición suspensiva, puesto que reúne los requisitos esenciales de la venta: "res, pretium, consensus"; el precio estaría constituido por el importe de la deuda.

Sin embargo, el pacto commisorio ha sido, desde antiguo, objeto de prohibición legal; prohibición que permanece en casi todos los derechos modernos, y desde luego en el Código italiano de 1942, arts. 1.963 y 2.744. Cuales sean las razones de esta prohibición es motivo de discordia en la doctrina. Lojacono expone tres grupos de opiniones: la que llama de los tradicionalistas, la de Chironi y Cuturi y la de Carnelutti. Opiniones que le parecen unilaterales e insuficientes. A su juicio, la "ratio" de la prohibición del pacto commisorio no puede esclarecerse sin examinar los efectos del pacto en una doble esfera: la interna (acreedor-deudor) y la externa (acreedor-terceros interesados). En síntesis, los fundamentos de la prohibición radican en un doble orden de cosas, ambas esenciales: por un lado, proteger el deudor de las pretensiones vejatorias de un usurero; por otro lado, conseguir que esa avidez o veracidad no desnaturalice el contrato de garantía con consecuencias desastrosas para los demás acreedores del deudor.

La obra se divide en seis capítulos: notas históricas; el pacto commisorio en general; el pacto commisorio en la prenda y en la anticrisis; en la hipoteca; casos particulares discutidos, y pacto commisorio oculto. Resultan particularmente interesantes los dos últimos capítulos en los que se estudian el llamado pacto Marciano, el pacto commisorio en el seguro de vida; el pacto commisorio con el fiador y el pacto commisorio sobre cosa no constituida en garantía. Finalmente, al examinar el pacto commisorio oculto, se estudian distintos casos de simulación como medio de fraude a la Ley (así, venta con pacto de retro, venta acompañada de arrendamiento de la cosa vendida). Se llega a la conclusión de que la venta con fines de garantía, bien vaya acompañada de pacto de retro o de arrendamiento, sólo se ha de considerar como contrato fraudulento en el caso de que oculte un pacto commisorio; de no ser así, no existirá fraude, sino simplemente simulación; la venta será lícita, pero nula por no haber sido querida por las partes, y el contrato disimulado, si es lícito, surtirá eficacia.

MARIANI, Beniamino: "Ipoteca e trascrizione". Milano, Giuffrè, 1951.
467 páginas.

Se trata de una obra desprovista en absoluto de pretensiones científicas. Simplemente una guía práctica, cuya bondad en este orden acreda el hecho de ser ésta la segunda edición sólo a tres años de distancia de la primera. La materia se ordena en 125 epígrafes, sistematizados en cuatro partes, enriquecidos con jurisprudencia referida a las publicaciones en que aparece, y con amplias notas, sobre el aspecto fiscal, tan importante en estas cuestiones. Tampoco faltan indicaciones bibliográficas de tipo general y otras de carácter concreto. Hay, por último, índices de los textos legales citados, otro alfabético de materias y otro, en cabeza de la obra, de ordenación sistemática.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural Español", núms. 78, 79 y 80. Julio-septiembre 1952.

Destaca fundamentalmente el número de agosto, que en la parte que dedica a las cuestiones jurídicas recoge el curso celebrado en Burgos por el Instituto Histórico Jurídico "Francisco Suárez", durante el cual se pronunciaron interesantísimas conferencias por profesores nacionales y extranjeros. Entre las conferencias destacan las pronunciadas por los señores Castán Tobeñas, Serrano Rodríguez, De la Plaza, Enterria Gainza, Gómez Arboleya, Rodríguez Jimeno, Guillén Salaya, Escrivano Juvenicio, Santacruz, Tejeiro, Conde López y Fernández de Villavicencio, cada uno sobre materias de su especialidad.

R.

PALANDT, Otto: "Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetze". In Verbindung mit Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach und Rechtmacher herausgegeben von.. Becksche Kur-Kommentare. Band, 7. 10 Auflage. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München und Berlin, 1952; 2.347 páginas.

El realce que presta el poder político a las manifestaciones culturales de un país, hizo pensar que el antiguo influjo mundial de la ciencia jurídica francesa y alemana fué debido no al genio de sus juristas, sino, respectivamente, a los triunfos de Napoleón y Bismarck. Lo que aplicado al momento presente se traduce tanto en la pretensión de extender un certificado de muerte al predominio de la ciencia jurídica continental como, en especial, en una total desconsideración hacia la antigua y la moderna ciencia alemana. Afirmaciones que nos parecen poco matizadas y conclusiones, unas y otras, prematuras. La suma de los

poderes político y económico, al manejar con monopolio casi completo el arma poderosa de la propaganda, puede parecer omnipotente; afecta anchas zonas de la vida social y hasta en el vestir, y en el decir cotidiano se sigue la moda del vencedor. Pero tal influjo es más extenso que profundo, y en el reino de las ideas más eficaz que el eco de la victoria guerrera o económica resultan otros valores también externos y secundarios, como son la justeza de la formulación científica y la brillantez expositiva.

Ocioso sería entrar en esa siempre renovada polémica, de dudoso gusto, sobre el país merecedor de la medalla de oro en la olimpiada jurídica, y más hoy en estos días de crisis del pensamiento y desorientación de la técnica. Dura, y cada vez más general, es la censura a las escuelas jurídicas aun dominantes. Y justa, pues, grande ha sido el daño hecho por el positivismo jurídico; pero ello no puede borrar ni hacer olvidar las fecundas aportaciones del pandectismo. La ciencia del Derecho está necesitada de esa íntima renovación, necesaria y urgente —nunca se insistirá sobre ello bastante—que puede llamarse la "moralización" del Derecho (1). Mas para ella misma no es aconsejable abandonar, sino utilizar debidamente el fino instrumental perfeccionado a través de los siglos, y menos aun para seguir otra dirección de igual signo positivista, caracterizada precisamente por su aun inadecuada elaboración científica (2).

Estas consideraciones han sido traídas a cuenta como advertencia y recordatorio de que el cambio de la situación internacional no es definitivo ni decisivo, ni ha hecho disminuir el interés por la literatura jurídica alemana y, muy en particular, porque el libro aquí reseñado es un buen exponente del valor de la aportación alemana a la ciencia jurídica continental.

El comentario breve al Código civil alemán de Palandt, editado en la colección de comentarios breves de la Editorial Beck, no es desconocido en España, pero por la dureza de los tiempos ha sido poco utilizado por nuestros juristas, que todavía siguen consultando los viejos y grandes comentarios de Planck, Staudinger y el mal llamado comentario del Tribunal del Imperio. Por ello, no sobrarán algunas indicaciones sobre el significado y el contenido del comentario de Palandt.

En el año 1939 se publica la primera edición; en este año de 1952 se ha impreso la décima. Éxito editorial extraordinario y casi increíble, dada la época en que ha ocurrido. Justificado, es cierto, por la pericia con la que se ha realizado la difícilísima tarea. En un solo tomo se comentan los 2 385 artículos del Código civil; la Ley de introducción al Código (213 art.) y las leyes complementarias sobre ausencia de 4 de junio de 1939 y 15 de enero de 1951; sobre derechos en buques regis-

(1) Este fue el signo de la antigua escuela española y esa pudiera ser la contribución más fecunda de los actuales juristas españoles a la ciencia del Derecho. *Propósitos*, A. D. C. I, 1-1948-págs. 5-9.

(2) Sobre el pretendido actual valor ejemplar de los "common law", A. D. C. III, 3 (1950), págs. 750-756.

trados, de 15 noviembre de 1940; sobre matrimonio, de 20 de enero de 1946; sobre testamentos, de 31 de julio de 1938, y dos leyes del Gobierno militar sobre bloqueo e inspección de patrimonios, administración de divisas y tráfico de bienes. En el comentario a cada precepto, en la introducción a los libros del Código y a las leyes complementarias, se recoge cuidadosamente la jurisprudencia, se atiende y valora la literatura jurídica más importante y moderna y se indica la opinión común o más seguida. Por ello, se ha convertido en un instrumento utilísimo para la práctica forense, es manejado por los estudiosos del Derecho y se considera fuente segura de información sobre la doctrina alemana por los juristas de cualquier otro país.

Palandt (fallecido en 3-12-1951) hubo de reunir especiales condiciones para el logro de tal resultado. Magistrado de larga experiencia, guía y maestro de jueces primerizos, sabría bien la importancia del conocimiento científico para la práctica y sentía muy hondamente el valor del Código como exponente del espíritu de Alemania y de la unidad del pueblo alemán. En el aspecto externo, se ha hecho posible condensar en un solo volumen tan inmensa cantidad de materia gracias al empleo de caracteres tipográficos diminutos, poniendo en abreviatura (síglas y medias palabras) quizás un tercio del texto y a la redacción siempre concisa y a veces telegráfica.

La obra fué dirigida por Palandt, que además escribió el prólogo y la introducción, y fueron sus colaboradores: Dankelmann, Frieske, Pinzger, Gramm, Seibert, Henke, Hoche, Lauterbach, Bunge, Radtke y Rechenmacher. La décima edición ha sido relaborada por Dankelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach y Rechenmacher. Labor colectiva en la que cada colaborador es responsable individual y nominalmente de su aportación, ha de tener diferencias de calidad y de estilo; pero se ha conservado con tal tino el tono medio de la labor, que el lector difícilmente se da cuenta de los cambios, por lo que no es de extrañar que hasta en las citas, generalmente, se olvide la pluralidad de autores.

Libro de consulta hoy, quizás, imprescindible para el conocimiento del Derecho alemán vigente, habrá de ser especialmente útil para la práctica jurídica española, que tantas veces tiene que aplicar disposiciones alemanas, conforme a nuestro Derecho internacional privado; en este respecto, es de especial interés el comentario de los artículos (7-31) de la Ley de introducción sobre conflictos de leyes debido al doctor Lauterbach, que en verdad es un breve tratado sobre Derecho internacional privado (civil), ya que estudia todo este Derecho, incluso el Derecho de obligaciones, y la E. G. B. G. B. sólo regula—como es sabido—las obligaciones resultantes de un derecho ilícito realizado en el extranjero (art. 12).

PEDREIRA CASTRO, José Manuel: "El Código civil a través de la Jurisprudencia", t. IV (Madrid, s. f. [1952]). Edit. Samarán; 910 páginas.

Una obra puesta al día tiene ya, sin más razones, un valor innegable para el jurisperito y, sobre todo, para el de estos momentos. Cuando los "decretos", "reglamentos" y demás fuentes de producción del Derecho positivo vigente se han convertido en "leyes motorizadas", según una frase gráfica y expresiva de Ripert, la obra que intenta recoger y sistematizar, o bien reflejar jurisprudencialmente ese enorme bagaje legislativo, es una contribución valiosa.

Tal ocurre con la obra del ilustre magistrado Pedreira Castro, ya fallecido, y que ahora se revisa por un competente tratadista, el Dr. Puig Peña. Conocidas son las dotes de sistematización y síntesis de este autor (1) para poder acometer con renovado éxito, sobre el no menos cimentado del magistrado Pedreira, la publicación de un tomo-apéndice a su obra "El Código civil a través de la Jurisprudencia".

Se trata de una labor, al igual que los tomos anteriores, en la que se expone el articulado del Código civil y en la que se recoge, a continuación de cada artículo el resumen doctrinal de las sentencias de estos últimos años dictadas por el Tribunal Supremo. La importancia que tienen las decisiones del Supremo Tribunal de la Nación, tanto para el juzgador como para el profesional o el investigador del Derecho, es por todos reconocida. La ley, como expresión lógico-abstracta de la normación de relaciones y de conductas, necesita constantemente de una interpretación para reajustar los imponderables que la vida cotidianamente presenta. Nadie con más autoridad que la "doctrina legal" del propio Tribunal Supremo para aclarar los problemas de esta complicada normación planificadora, producto del aumento de la masa reglamentada, según ha manifestado certeramente el profesor D'Ors (2).

Además, si se considera el cambio operado por nuestra Jurisprudencia desde hace unos años, ello nos hará confrontar no sólo el nuevo criterio adoptado (reflejado en los tonos anteriores de la obra de Pedreira y, por lo tanto, del criterio jurisprudencial allí contenido), sino también el avance científico y prudente de la doctrina de nuestro más alto Tribunal.

La obra de Pedreira que ahora revisa y adiciona Puig Peña, logra reflejar ambos resultados. A pesar de la advertencia que modestamente hace este último, se trata no sólo de una mera "adición", es decir, de una simple yuxtaposición de sentencias, como él dice, sino también de una "construcción", al mantener las paredes maestras del antiguo edificio y conseguir que el nuevo tomo-apéndice sea un estrecho enlace y prolongación de la obra anterior.

(1) Cfr. sus "Tratados de Derecho civil" y de "Derecho penal".

(2) Cfr. la "Prelección" al curso 1951-1952 en su "Programa de Historia e Instituciones de Derecho Romano".

El Dr. Puig Peña realiza una labor verdaderamente meritoria que pone de relieve, una vez más, sus destacadas condiciones y su loable esfuerzo al servicio de la justicia.

JOSÉ BONET CORREA

PEREZ TEJEDOR, M y SERRANO MORENO, E: "Arrendamientos Rásticos. Dalmau Carles, editores, Gerona, 1951; 892 págs.

Contiene el libro una introducción dividida en cuatro partes, que tratan, respectivamente, del problema de la tierra, referencias históricas, derecho comparado y caracteres, finalidad y contenido del vigente sistema legislativo, por mejor decir, de la vigente legislación. Seguidamente pasa al estudio en capítulos del derecho positivo, que repetimos es detenido y minucioso, tanto en el orden formal como fiscal y procesal, con una muy importante referencia a su jerarquía y ámbito de aplicación y un examen completísimo del retracto; para terminar, no solamente con los obligados índices cronológicos de disposiciones legales, jurisprudencia y alfabético, sin olvidar el bibliográfico—muy completo—y los formularios precisos, sino con algo nuevo y de indudable utilidad, demostrativo de la preocupación de los autores por proporcionar a sus lectores los materiales necesarios para resolver y ultimar, sin nuevas consultas, cuantas cuestiones puedan planteárseles, esto es, tablas de conversión de rentas y de pesos medios y precisos oficiales de productos intervenidos por el Servicio Nacional del Trigo, así como índices ponderados de precios, por grupos de productos agrícolas.

En resumen: una obra que, sin ser nueva la materia que estudia, constituye una novedad y un valioso elemento de trabajo del profesional.

José CABANILLAS CASARES

REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA, núm. 6, correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 1951.

Se dedica este número a estudiar monográficamente los problemas del Estado de Derecho a través de determinados trabajos en que se examinan los más urgentes y actuales aspectos de la institución, trabajos de los que son autores: Legaz y Lacambla, Fueyo Alvarez, Murillo, Gómez-Acebo Santos, Tena Ybarra, Sáinz de Bujanda y Federico Rodríguez, aparte de los acostumbrados comentarios monográficos y notas jurisprudenciales, crónica administrativa española y extranjera y abundante noticia bibliográfica.

Juan Ignacio Tena Ybarra, Oficial Letrado de las Cortes y Profesor adjunto de la Universidad de Madrid, publica un documentado estudio titulado "Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración", que procedemos a examinar brevemente.

Comienza el citado autor su artículo señalando la importancia de replantear el problema sobre concretas realidades históricas, y reseña la evolución del principio de responsabilidad de la Administración en el Estado de Derecho, concepto moderno que nace por la conjunción de las teorías de la personalidad del Estado y de la división de poderes, una vez arrumbado el criterio medieval de sustantivizar Erario y Fisco en dos entidades patrimoniales adscritas a una sola persona. Aunque el fundamento primero y primordial de la teoría de la división de poderes es la necesidad de salvaguardar la libertad individual, es necesario postulado de esta teoría diferenciar funcionalmente a todos aquellos que viven las distintas actividades del Estado, actividades cada día más variadas y numerosas, ya que la actuación estatal amplía considerablemente su esfera, llegándose—por una comprensible precisión de limitar o de encauzar el ejercicio de la función pública—a plantear el tema de la responsabilidad de la Administración cuando se produzca un conflicto de intereses entre la Sociedad y el Estado.

Examina Tena Ybarra las diferentes soluciones históricas: considerar responsable al funcionario, agente inmediato del perjuicio; distinguir entre la Administración-Poder y la Administración-Personal privada, cuya responsabilidad—salvando el principio de soberanía—se explicaba por culpa “in eligendo vel in vigilando”, y derivar—en este sentido, los autores organicistas—responsabilidad inmediata para la Administración por las actuaciones de sus órganos.

Actualmente, esta responsabilidad tiende a extenderse a casos en que no existe actividad ilícita ni culposa, así como a superar la distinción entre actos de imperio y de gestión, como manifestaciones de una personalidad unitaria que siempre reviste carácter público. Los criterios clásicamente privatistas que se aplicaban en estos conflictos habrán de ser sustituidos por otros de derecho público.

Para Tena Ybarra esta evolución ha producido en el campo doctrinal una tendencia a la objetivización del principio de responsabilidad, haciendo abstracción de elementos subjetivos. Así, la Administración responderá ante el ciudadano “porque el perjuicio especial de uno o varios particulares le viene a afectar de forma más o menos directa...; en cuanto dichos particulares, no devuelven ya su actividad social al margen de la Administración, sino en íntima relación con ella”. En definitiva, como se especifica después, la última ratio de esta responsabilidad es la igualdad ante cargas públicas, el principio de igualdad y solidaridad.

Para ilustrar este criterio, menciona el articulista la reparación por daños de guerra, que si en un tiempo tuvo carácter agraciable, a partir de la primera contienda mundial se fundamenta en los principios de solidaridad aludidos.

Pasando revista a los postulados nacionales de carácter positivo sobre la responsabilidad civil de la Administración, Tena Ybarra advierte un criterio progresivo que se trunca a principios de siglo. Así, el artículo 1.903 del Código civil (salvo la referencia al “agente especial”), el artículo 4.^º del Reglamento de lo Contencioso de 1893 y los viejos preceptos

sobre daños de guerra responden a una dirección equilibrada. Pero la situación actual es idéntica que la finisecular, y esto (por la considerable extensión de la esfera pública) convierte a aquellos principios en totalmente inactuales. Excepción: el artículo 9.^o del Fuero de los Españoles, al establecer la equidad ante las cargas públicas.

Concluye el articulista con la formulación de afirmaciones válidas para el futuro del instituto, entre los que destaca la quiebra del principio de división de poderes, la aproximación de los intereses estatales y sociales y su secuela del principio de la solidaridad (que responsabiliza a la Administración), y aboga por el pronunciamiento expreso del principio de responsabilidad del poder público, aun en el ejercicio de su actividad normal, por perjuicio a un particular o a un grupo de particulares; solicita medios procesales adecuados y pide eficaz reforma del sistema contencioso administrativo.

No nos dice Tena Ybarra cuales sean los límites que hayan de definir las fronteras de la responsabilidad de la Administración, pues parece que en virtud del principio de la solidaridad—en que tanto hincapié hace el citado articulista—cabría hacer responsable al Estado de todo perjuicio sufrido por los ciudadanos, y esto podría conducir a consecuencias que, hoy por hoy, se nos presentan como absurdas. Por cuanto que, viviendo obligado el Poder público a mantener el respeto al ordenamiento jurídico y a salvaguardar los intereses de los particulares, se haría automáticamente responsable civil de toda conculcación de dichos intereses. Aun cuando esta perturbación haya sido causada por individuos cuya única relación con la Administración sea la de súbditos, vendría el Estado a ser, de esta forma, a manera de una gigantesca Compañía de Seguros, responsable económicamente de todos los siniestros jurídicos ocurridos en el territorio sujeto a su soberanía. Esta sería la última rigurosa consecuencia si se independiza la responsabilidad civil de la Administración de todo elemento subjetivo e intencional.

Manuel VILLAR ARREGUI

TRABUCCHI, Alberto: "Instituzioni di Diritto Civile". Sexta edición. Milán, 1952; 843 páginas.

No parece inopportuno repetir aquí algo de lo que en otro lugar dijimos con motivo de la publicación de la 5.^a edición de esta obra.

Es notorio que los civilistas italianos, además de su capacidad de excelente producción monográfica, han logrado en gran medida la rara habilidad de escribir magníficos libros del tipo "instituciones". Basta recordar, a título de ejemplo, los nombres de Ruggiero, Dusi, Venzi, Messineo, Barassi, etc. Y sabido es que nada hay más difícil que la sencillez, cualidad indispensable de los cursos universitarios del modelo institucional. Dentro de este género, la obra de Trabuccchi ofrece peculiaridades que justifican la gran acogida que ha tenido: de 1943 a 1952, seis ediciones. Y es que dentro de esa nota de sencillez—incluso exenta

de aparato bibliográfico—la obra tiene un atractivo imperceptible, un algo de charla escrita, explicable, ya que su origen está en las lecciones universitarias—primero en Venecia y ahora en Padua—de su autor. “El libro de instituciones decía en el prefacio a la 3.^a edición no es un resumen de nociones o de teorías, sino un libro de introducción a la vida jurídica”. Gran verdad que si algunos maestros olvidan con detrimento de su labor pedagógica, en Trabucchi es una idea fundamental que le hace preocuparse sobre todo en exponer “los principios”, valiéndose de un diestro juego de luces y sombras.

La formación del autor como civilista consumado no le ha impedido saber sacrificar—por el mejor logro de la finalidad perseguida—su tendencia natural a exponer opiniones demasiado personales o de escuelas de vanguardia. La obra conserva por ello las grandes líneas generales clásicas; saber aprovechar el inmenso valor formativo de ‘lo clásico’ debe ser otra gran virtud del docente.

En fin, si aún quisiéramos resaltar esto en otro punto de la obra de Trabucchi, nos permitiríamos llamar la atención acerca de su grato modo de introducir al lector en los grandes principios y nociones cardinales del Derecho civil tradicional. Porque va siendo frecuente—por influencia de los grandes romanistas modernos de tendencia historicista antidogmática—afirmar que el Derecho romano no es buen punto de partida para la exposición y estudio del Derecho civil actual, y que el anteponer a éste unos precedentes históricos romanos—según es usual en nuestros manuales—carece al presente de interés. Sin entrar ahora en ver lo que hay de cierto—y también de erróneo—en esta postura, si queremos notar la personal manera que tiene Trabucchi de servirse de “lo romano”.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

CASTAN TOBENAS, José: "Los derechos de la personalidad". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 192, 1952; págs. 1-62.

Los define, siguiendo a De Castro, como los Derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades. En su estudio se detiene especialmente en la teoría general de los llamados derechos de la personalidad, su regulación en las legislaciones positivas y la tutela de los bienes y derechos de la personalidad en la legislación española, para concluir afirmando que sería tentadora la idea de llevar al Código civil, al Código penal, a las Leyes administrativas y sociales los contornos bien definidos de la protección jurídica de la personalidad y sus atributos; pero una labor legislativa de esta índole requiere una seria preparación doctrinal.

LEON BARANDIARAN, José: "Interpretación de la Ley". Revista Jurídica del Perú, III-1, 1952; págs. 1-5.

La interpretación de la Ley por el juez presupone que esta última se tenga por obligatoria, y sólo exige su más recto y fiel entendimiento. La interpretación de la norma jurídica impone al juez una faena funcional identificadora de su razón de ser. En cualquier forma la interpretación de la Ley, como toda actividad jurídica, tiene por objeto la conducta humana. Indagar para conocer el sentido auténtico de la Ley, inquirir para atribuirlle su significado más pertinente, llegar a conocerla en lo que quiere mentar, alcanzar su más exacta comprensión, aprehender lo más fidedigno de la Ley para conocer su más exacta y adecuada aplicación. Todo ello exige que el juez deba de ser siempre un profesional del Derecho.

LOZANO SERRALTA, Manuel: "La naturalización en el Derecho español". *Información Jurídica*, 110-111, 1952; págs. 687-716.

La naturalización es aquel modo de adquirir la nacionalidad en que la misma se obtiene por concesión discrecional, a petición de la parte, mediante el procedimiento y con los requisitos que establece la Ley. Estudia sus clases con especiales referencias a la legislación comparada, y dentro del Derecho español se ocupa de la naturalización por vecindad, la naturalización por carta, el efecto colectivo familiar de las naturalizaciones. Especial interés merece lo atinente a la situación del naturalizado y lo referente a sus relaciones con la nacionalidad anterior.

MARTIN DE MUNDO, José A.: "Acerca del abuso del derecho en el orden privado". *La Ley*, 66, 1952; págs. 1-3.

Con la designación genérica "Abuso del Derecho", la doctrina considera los resultados que se derivan del pernicioso ejercicio de los derechos con miras a destacar la responsabilidad en que incurren quienes ejercen sus facultades con fines aviesos. Estudia sus fundamentos, señalando los siguientes: Intención de perjudicar, ejercicio anormal del Derecho y los móviles ilegítimos. Considera, en el terreno conceptual, siguiendo a Planiol, que no parece posible ni razonable responsabilizar jurídicamente al titular por el mero ejercicio de su derecho.

MAZEAUD, Henri: "Algunas consideraciones sobre la Unificación internacional del Derecho civil y el Proyecto de Reforma del Código de Napoleón en el campo de las Obligaciones". *Revista Jurídica del Perú*, III-1, 1952; págs. 6-16.

Las grandes dificultades para la unificación del Derecho civil se reducen, si la unificación se limita al campo de las obligaciones. En este campo las condiciones necesarias para el éxito de la empresa se reúnen en la mayoría de los países latinos, ya que, de una parte, sus diferentes derechos de obligaciones tienen una fuente común: el Derecho Romano; de otra, la evolución de las condiciones de la vida social han sido más o menos las mismas. Sin embargo, se opondrían a tal propósito, no solamente los obstáculos de orden político y psicológico, sino también los derivados de la organización material del trabajo y particularmente cuestiones de fondo más importantes, cuales son la de si deben reglamentarse separada o conjuntamente las obligaciones en el Derecho civil y en el comercial.

SANCHEZ BLANCO Y SANCHEZ BLANCO, Jaime: "Onerosidad, grataidad y causa". *Revista de Derecho Privado*, 423, 1952; págs. 476-510.

Siguiendo a López Palop, considera que para distinguir entre acto a título gratuito y acto a título oneroso, pueden seguirse dos criterios. Un criterio económico u objetivo, que busca en la contraprestación equivalente la nota diferencial, y otro intencional o subjetivo. Estudia ampliamente la causa del negocio, la necesidad de la causa, su concepto en nuestro Código civil, para seguir examinando luego el reconocimiento de deuda, la promesa abstracta de deuda, la doctrina de la causa "objetiva", el fin causal, distinguiendo entre los motivos y la causa y examinando la trascendencia jurídica de los motivos. Por lo que hace a la onerosidad, expone las dos teorías más en boga. La teoría del "trueque económico de prestaciones" y la teoría de la "recíproca conexión de fin entre las prestaciones". En el terreno del estudio de los actos debidos y la onerosidad, se ocupa del pago, el pago de una obligación de hacer, el pago de una obligación de contratar, el pago de una obligación de transmitir, así como la naturaleza jurídica del mismo. Por último se ocupa de la gratuidad, cuya nota diferencial hay que buscarla en la causa a que responde la voluntad de verificarla.

TALON MARTINEZ, Francisco, T.: "La apariencia jurídica". *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 1952; págs. 367-383.

Se pronuncia contra la formulación que hace Domínguez, del principio de la apariencia jurídica, al manifestar que "toda vez que el legislador regula relaciones con efectos contra terceros, la disconformidad entre la voluntad y la declaración de las partes se resuelven siempre en favor del interés público, en favor de la declaración". Considera dicho concepto demasiado extenso. En todo caso estima que la teoría de la apariencia jurídica puede traer una contribución de gran importancia al grave problema de la disidencia entre la voluntad y su manifestación, mostrando que la apariencia vendrá de ordinario tutelada cuando exista una voluntad de dar el ser a una apariencia, proceda esta voluntad de la autoridad pública o de aquel contra quien se actúa la tutela concedida a la apariencia.

XIMENEZ DE EMBUN, Francisco: "El Código civil y las legislaciones forales". *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 1952; pág. 384-393.

La coexistencia de las legislaciones forales y el Código civil, ha hecho pensar a algunos en la conveniencia de promulgar un nuevo Código, pero estima el autor más acertado el que los foralistas, sin apartarse de la tradición, se pongan a tono con las últimas doctrinas del Derecho civil, labor que corresponde a las Comisiones creadas y que ha de ser sumamente detenida porque habrá de llevarse todo lo que como Derecho Privado hubo en las regiones forales.

2. Derechos reales

A cargo de Carlos MELON INFANTE

COMITE DE REDACCION: "Conclusiones adoptadas por la Comisión de Redacción al finalizar la encuesta sobre "Necesidad de simplificar los requisitos para acreditar el derecho de propiedad al contratar sobre inmuebles". *Revista del Foro*, XXXVIII, 1951; págs. 361-367.

Se ofrece un resumen de las opiniones de destacados juristas peruanos en torno a ciertos aspectos de la dinámica jurídico-real de la propiedad inmueble.

Recomiéndase la reducción a veinte del plazo de treinta años en la usucapión extraordinaria (art. 871 C. c.), no creyéndose, en cambio, adecuado acortar los diez años de la usucapión ordinaria. Interesantes sugerencias, para mejorar el sistema de Registro en el país, encontramos también en las conclusiones reseñadas.

GIANNINI, Amadeo: "Note sul diritto d'autore". *Rivista di Diritto Commerciale*, 5-6, 1952; págs. 189-203

El objeto del presente trabajo es una rápida consideración del artículo 2.º de la convención de Berna, destacando las sucesivas revisiones de que ha sido objeto y los problemas que plantean.

Comienza fijándose en la primitiva redacción en que se hablaba de "obras literarias y artísticas", para luego sentar una declaración general. Se refiere después a las modificaciones, consecuencia de las revisiones de 1886, 1908 y, finalmente, 1948, en la que ya se otorga protección a las obras cinematográficas, fotográficas y artes aplicadas.

Después de aludir a los principales aspectos derivados de la colisión, en materia de protección a la fotografía, de la ley italiana de 22 de abril de 1941 con el régimen de la revisión de 1948, termina refiriéndose a la tutela judicial del autor. Propugna una aceleración de los juicios y una reducción de sus gastos.

MONTEL, Alberto: "Note sul possesso dell'azienda". *Rivista di Diritto Commerciale*, 5-6, 1952; págs. 246-249.

El problema ha sido ampliamente tratado por Rotondi en su "Trattato di Diritto dell'Industria", en el que se considera la "azienda" como una "universitas facti". Montel comienza diciendo que el hecho de que se apliquen o no a la "azienda" las normas posesorias no depende en modo alguno de la naturaleza jurídica que se le asigne.

Manifiesta que, a su juicio, la "azienda" es poseída por aquel que de hecho se encuentra respecto a ella en la situación en que, en Derecho, se encontraría el propietario.

A renglón seguido de esta afirmación, va brevemente fijándose en los principales aspectos de la posesión, referidos en la "azienda": posesión de buena fe, principio posesion vanat titré, usucapión, acciones posesorias..., etcétera.

ORLANDO CASCIO, Salvatore: "Il diritto dell'enfiteuta nella categoria dei diritti reali limitati". *Diritto e Giurisprudenza*. Año 67, número 2, abril-junio 1952; págs. 129-143.

En relación con las normas del nuevo código italiano, el derecho del enfiteuta es un derecho real de goce—inmediato y absoluto—“limitado” por obligaciones que lo configuran y no son contraprestaciones en cosa “ajena”.

ORLANDO CASCIO, Salvatore: "La struttura della prelazione e del riscatto nell'enfitesi". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año VI, núm. 2, junio 1952; pág. 290-310.

Estudio de la naturaleza y efectos jurídicos de los derechos de tanteo y retracto que corresponden al señor del dominio directo en el moderno código italiano.

PIETRI, Luis G.: "La Propiedad Horizontal en el Derecho Civil venezolano". *Revista de Derecho y Legislación*, 489-491, 1952; págs. 26-31.

Inserta los artículos 697 y 698 del Código civil venezolano, en los cuales se regula la llamada propiedad horizontal, y se señalan los derechos y obligaciones de los dueños de los pisos.

El artículo 697 reproduce el 396 de nuestro Código civil, y el 698 el 563 del Código italiano de 1865.

Brevemente alude a la naturaleza jurídica de la situación, señalando cómo el Código venezolano trata de la propiedad horizontal en la mediañería entre las limitaciones legales de la propiedad predial.

La preparación de un proyecto de ley sobre "Propiedad de Pisos y Departamentos" da motivo el autor para presentar los rasgos esenciales del mismo.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: "Estipulaciones en favor de tercero". Revista Jurídica del Perú, III-1, 1952; págs. 17-26.

Las define diciendo que existe estipulación en favor de tercero cuando una persona contrata con otra cierta ventaja o beneficio a favor de una tercera persona, la cual no interviene en el contrato. Al ocuparse de su naturaleza jurídica, lo considera como un contrato en virtud del cual un tercero, con arreglo a la intención expresa de los contratantes, adquiere inmediatamente un derecho propio e independiente. Examina distintos supuestos, cuales son el que el beneficiario puede exigir el cumplimiento de la obligación, la sustitución del tercero beneficiario, etcétera.

CASAS MARTINEZ, Amalio: "Los hijos adulterinos adoptivos, en relación con el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". Revista de Derecho Privado, 426, 1952; págs. 725-729.

Uno de los problemas planteados por el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es de si el mismo ampara o no a los hijos adulterinos o adoptivos del inquilino fallecido, como continuadores del contrato de arrendamiento. Partiendo del supuesto de que los hijos mencionados hayan habitado en la vivienda con un año de anterioridad al óbito del inquilino, y de que los hijos adulterinos estén reconocidos, estima que unos y otros son aptos para continuar en el arrendamiento de sus padres, y ello, aparte de otras razones, porque el problema de la vivienda, que ha adquirido caracteres dramáticos, no puede ser más agudizado, excluyendo del amparo de la Ley a las personas objeto de su estudio.

ESQUIUS ALSINA, Juan: "Caducidad de la acción del artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". Revista Jurídica de Cataluña, 5, 1952; págs. 494-497.

El problema estriba en determinar el momento en que empieza a correr el plazo de caducidad de la acción resolutoria del contrato de inquilinato por cesión de vivienda. Los seis meses de caducidad, ¿empiezan a correr desde la ocupación de la vivienda por una persona distinta al inquilino, o bien desde la notificación fehaciente de la cesión al arrendador? La interpretación del precepto determina que el mismo deba de estudiarse en relación con todos los que hacen referencia a la misma materia y particularmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es-

tima que el plazo de caducidad comienza desde que el propietario se da por enterado de la cesión y la acción caducará a los seis meses de ocupada la vivienda por el cessionario, de lo que se infiere que es preciso notificar fehacientemente al propietario la realización del traspaso por si dejare caducar la acción.

GARCIA VICENTE, S.: "Sobre cómputo del plazo establecido por las leyes fiscales a efectos de lo preceptuado por el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Revista General de Derecho*, 94-95, 1952; págs. 373-375.

En base a la Sentencia de 1.^o de mayo de 1952, entiende que si las leyes fiscales obligan a la declaración de renta dentro del trimestre, la declaración se efectuará dentro del trimestre natural, tres meses, y deberá contarse desde la fecha del contrato; es decir, que el propietario siempre tenía el mismo plazo de tres meses, criterio más equitativo que el anterior.

HERRERA TORRES, Eusebio: "El intervencionismo estatal y las deformaciones del contrato". *Nuestra Revista*, 846, 1952; págs. 1-6.

Tras definir el contrato y examinarlo frente al Estado a través de los tiempos, así como la influencia que en su concepto ejercen el liberalismo y el colectivismo, sin olvidar la influencia que en el mismo ejerce la legislación fiscal, llega a hacerle pensar en la existencia de una crisis de contrato y de una publicitación del Derecho privado. No admite la dualidad derecho-público, derecho-privado; existe sólo un derecho con diferentes aspectos jurídicos; si predomina el interés individual, el derecho se presentará en aquel aspecto o perspectiva privada que se manifiesta en el contrato; si predomina el interés social y colectivo, prevalecerá el ambiente público de la Institución.

ROVIRA MOLA, Alberto: "El matrimonio como causa de negación de la prórroga del contrato de arrendamiento urbano". *Revista General de Derecho*, 94-95, 1952; págs. 359-365.

En curso de publicación este trabajo, al terminar daremos cuenta del mismo.

SANCHEZ BLANCO Y SANCHEZ BLANCO, Jaime: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación". *Información Jurídica*, 112, 1952; páginas 795-817.

La dificultad para construir el concepto de donación la encuentra, en primer lugar, en la diversidad de acepciones de que es susceptible la palabra donación, y en segundo término, en la falta de unanimidad con

que la doctrina entiende el concepto de acto gratuito, con el que coincide, según unos, el de donación, y el que, según otros, éste constituye una especie. Estudia las acepciones de la palabra donación, los actos gratuitos y onerosos, confronta el acto gratuito y la donación, se ocupa de la naturaleza de la donación en el Derecho Romano, así como del mismo problema en nuestro Derecho. Los requisitos formales de la donación le hacen distinguir entre la donación de bienes muebles y bienes inmuebles y entrando ya en el problema de la aceptación, se pregunta si existe alguna excepción y al mismo tiempo el momento de la percepción de la donación, y, por último, merece su atención la revocación de las donaciones por razón de matrimonio, si el matrimonio no llegara a celebrarse.

4. Derecho de Familia

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE

CASAS MARTINEZ, Amalia: "Los hijos adulterinos y adoptivos, en relación con el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". Revista de Derecho Privado, XXXVI, 426, 1952, págs. 725-729.

Si el inquilino tiene hijos de esta clase, ¿les ampara el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como continuadores del contrato de arrendamiento?

Trata separadamente la hipótesis de existencia de hijos adulterinos de aquella otra en que los hijos son adoptivos.

Después de señalar y rebatir las opiniones en contra, considera que, tanto en uno como en otro caso, la pregunta formulada al principio ha de contestarse afirmativamente. Así lo aconseja el carácter hondamente humano y social del precepto contenido en el artículo 71 de la LAU.

FRIAS. Pedro J.: "Los derechos de la familia y las controversias suscitadas". La Ley. Suplemento Diario de la Revista de igual nombre, 8 de abril 1952. Tomo 66; págs. 1-2.

El autor presenta un esquema de las controversias suscitadas a propósito de los derechos de la familia incorporados a la Constitución argentina. La discusión se centra en torno a estos puntos:

Matrimonio civil e impedimentos eugenésicos, divorcio vincular, servicio militar, igualdad jurídica de los cónyuges, recepción constitucional del Derecho natural católico en materia de familia...

Con relación a estas materias se nos ofrecen interesantes puntos de vista, teniendo siempre muy presente lo relativo a constitucionalidad o inconstitucionalidad, para terminar señalando el carácter programático de las nuevas normas, por lo cual aún no pueden fundar inconstitucionalidad, ni son de aplicación inmediata.

JIMENEZ ASENJO, E.: "Sistema y espíritu de la legitimación". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 193, 1952; págs. 7-14.

Comienza el autor destacando el hondo sentido humano que debe adorar toda la regulación de la familia como básica y esencial institución en la vida de los pueblos, para presentar a renglón seguido el problema que motiva sus líneas.

Es frecuente en la vida real este hecho: padres que de solteros tienen un hijo, tratándole y considerándole como tal (reconocimiento tácito, posesión de estado), pero sin reconocerle expresamente; después los padres contraen matrimonio, fundando así una familia, de la que es pieza esencial el hijo que antes nació. Pues bien; ¿quedá el hijo legitimado por el subsiguiente matrimonio? El problema es grave, ya que teniendo en cuenta que en el caso expuesto la posesión de estado (reconocimiento voluntario tácito) no ha sido avalada por una decisión judicial que declare—e imponga—la paternidad, falta, en rigor legalista, el reconocimiento con relevancia jurídica, y sin él (artículo 121 C. c.) no hay legitimación.

Distingue los diversos supuestos que pueden darse en la legitimación, deteniéndose especialmente en la hipótesis ya señalada y lamentando la solución a que el artículo 121 obliga, la cual en muchos casos puede originar una auténtica tragedia familiar.

PEDREIRA, José: "Efectos de la adopción". Nuestra Revista, XXXI, 840, 1952; págs. 1-8.

Considera la adopción como una institución frecuente en la práctica, en la que la buena fe y el agradecimiento han suplido los inconvenientes de su raquíntica regulación, de la escasez de Jurisprudencia y del menguado interés que ha despertado para la doctrina.

Esto dificulta el intento de poder ofrecer un cuadro completo de sus efectos, en la vida práctica. En síntesis a eso tiende el breve trabajo del señor Pedreira.

Estima que la adopción, más que contrato, es un acto institucional, en cuya constitución merecen crítica la dualidad de trámites judiciales y notariales, ya que la fuerza generadora de la situación reside en el otorgamiento de la escritura.

El aspecto sucesorio de la adopción es tratado con detenimiento. Al "mal" llamado pacto sucesorio del artículo 177 le califica de mera cláusula del acto institucional, la cual genera en el adoptante, dice, no la obligación de instituir heredero al adoptado, sino la de otorgarle los derechos que la Ley concede a los hijos legítimos. Señala las diversas hipótesis sucesorias que pueden darse, defendiendo siempre con calor la equiparación del hijo adoptivo con el legítimo.

Finaliza el trabajo refiriéndose al supuesto de supervivencia o supervenencia de hijos legítimos, a la irrevocabilidad del acto y el juego del artículo 180 y a la capacidad de los elementos personales.

5. Derecho de sucesiones

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE

BATLLE VAZQUEZ, Manuel: "Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho". *Anales de la Universidad de Murcia*. Primer trimestre 1951-1952; págs. 63-69.

Es manifiesta la falta de acuerdo doctrinal, con posterioridad al Código civil, en torno a la validez de la desheredación parcial. Por otra parte, es frecuente dejar una manda al desheredado, originándose así una desheredación no total.

En una rápida visión histórica, dice el autor que en los antiguos sistemas sucesorios no se planteó el problema. Recoge el fragmento contenido en *Digesto XXVIII*, 2, 19, en base al que parece era inadmisible en el Derecho Romano. Igual orientación siguen los tratadistas del Derecho común, y las Partidas.

Se refiere después a la doctrina patria. Antes del C. c., Gutiérrez se muestra contrario a la institución, e Ibáñez Díaz, partidario de ella. El Código silencia el problema, y ello origina vacilaciones en los autores, que sustentan dispares opiniones, siendo para algunos una cuestión muy dudosa.

El profesor Batlle atribuye mucho peso a los argumentos de Scaevela, que se pronuncia por la invalidez, y refuerza esta interpretación con argumentos históricos (Base 15) y legales (artículo 815).

GIULIANI FONROUGE, Carlos M.: "Impuesto sustitutivo del gravamen a las herencias". *La Ley. Suplemento diario a la Revista de igual nombre*. Tomo 64, 26 diciembre 1951; págs. 1-4.

Creado recientemente en Argentina el llamado "gravamen sustitutivo del impuesto a la transmisión gratuita de bienes", señala el autor sus numerosos precedentes extranjeros (impuesto sobre los bienes de manos muertas). Se refiere después a ciertos precedentes argentinos existentes con carácter local en algunas provincias.

Señala las características esenciales del creado impuesto, que tiene ya carácter nacional y que se establece con carácter transitorio por diez años.

Termina con una apreciación crítica.

MOLINAS, Alberto J.: "Alcance de las expresiones "ascendientes" y "descendientes" en el libro IV del Código civil. Algunos errores de la Jurisprudencia en la interpretación del artículo 3.576 del Código civil". *La Ley. Suplemento diario a la Revista de igual nombre*. Tomo 65, 11 marzo 1952; págs. 1-3.

Cuando en el libro IV el Código habla de descendientes y ascendientes, estima la doctrina que se refiere sólo a los legítimos. El autor aporta un dato más, de carácter íntimo y casero, en apoyo de esta tesis.

En el capítulo I, título IX, sección 1, libro IV, se trata de la "Sucesión de los descendientes legítimos" y en el capítulo II, de la "Sucesión de los ascendientes", sin añadir la voz legítimos. El calificativo de legítimos en los descendientes se debe a una oficiosidad del copista, que al manuscibir el Código, hizo uso de un término innecesario y que, por ello, no utilizó el propio Vélez Sarsfield.

En la segunda parte de su trabajo señala algunos errores en que incide la Jurisprudencia al interpretar el artículo 3.576 del C. c., después de su reforma en 1882, y referentes a la situación del cónyuge viudo cuando concurre a la sucesión con descendientes o ascendientes.

PARRA JIMENEZ, José: "De nuevo sobre la donación mortis causa".

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, XXVIII, 286, 1952; páginas 185-203.

Empieza señalando el concepto clásico y el perfil histórico de la donación mortis causa recogiendo las tres notas que Vallet destaca: acto gratuito de disposición mortis causa, revocable y depende su eficacia de que el donatario sobreviva al donante. Compara la figura con el legado, fijándose en sus escasas diferencias, diciendo que las donaciones de tipo resolutorio podrían comprenderse entre los actos inter vivos y los de tipo suspensivo entre los actos mortis causa (legados).

Recuerda la hostilidad con que los Códigos han tratado la institución y afirma que los artículos 620 y 621 de nuestro Código han actuado como disolventes de la misma, al no valorar debidamente la *contemplatio mortis*.

Señala después la interpretación normal (la ortodoxa) del artículo 620, que considera a la donación mortis causa como una institución suprimida refundida en el legado y que ha de ordenarse en testamento, y las interpretaciones discordantes: González Palomino, Azpitarte y, sobre todo, Vallet, que afirma no puede identificarse con los actos de última voluntad ni asimilarse al legado; no se le aplican todas las reglas de la sucesión testamentaria; y no precisa ordenarse en testamento.

A continuación, para sentar su postura en la interpretación del artículo 620, va recogiendo los argumentos de Vallet con la crítica correspondiente, fijándose en el elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático. El autor se muestra escéptico ante el afán de revalorizar la institución.

La reseña de la contestación de Vallet al trabajo del señor Parra puede verse en este "Anuario", tomo V. fascículo 2. página 774.

PORRAS, Néstor L.: "Conmociencia y derecho de representación". La Ley. Suplemento diario a la Revista de igual nombre. Tomo 66, 9 abril 1952; pág. 1.

Inserta el artículo 109 del C. c. argentino, correlativo de nuestro artículo 33. Muertos padre e hijo en forma simultánea, ¿los hijos de éste podrán concurrir a representarlo en la sucesión de aquél? Recientemente un Tribunal argentino ha resuelto negativamente la cuestión, y el trabajo del señor Portas va dedicado a rebatir y censurar tal solución.

Se basa en que los preceptos que configuran la representación (artículos 3.549, 3.554 y 3.562 C. c.) no exigen que el representado premuera al causante. Cita en igual sentido a Degni.

Afirma después que la solución adoptada por el Tribunal es contraria a los fundamentos mismos de la sucesión y, tras aducir otros argumentos en apoyo de su tesis, concluye: "el derecho de representación es aplicable a los supuestos de conmociencia y en su virtud los descendientes de uno de los conmorientes podrán representarlo, recibiendo la parte de herencia que le habría correspondido en la sucesión del otro".

RUIZ ARTACHO, Juan: "Partición de herencia por comisario". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, XXVIII, 287, 1952; págs. 241-261.

Algunos interesantes aspectos de la partición por comisario son estudiados en este trabajo. A tres pueden reducirse en realidad.

En primer lugar manifiesta el autor que ha de ponerse especial cuidado en distinguir la partición de la liquidación de una Sociedad de gananciales; el que el comisario liquide tal Sociedad no significa que tal liquidación forme parte de la partición.

Son dos operaciones de naturaleza diversa como lo prueban los artículos 1.418 al 1.431. Roca Sastre piensa igual, como así mismo reiterada jurisprudencia del Centro Directivo.

Cuando, conforme al art. 1.057, párrafo 2º, sean citados los herederos, no ha de confundirse su intervención en el inventario con los convenios que celebren los contadores entre sí. Alaba la doctrina contenida en la Resolución de 15 de julio 1943, injustamente censurada.

Por último se refiere al problema de si debe estimarse necesario el nombramiento de defensor judicial para el heredero menor de edad, sometido a la patria potestad, cuando el padre o madre que la ejerza esté también interesado en la sucesión de que se trate.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARÍN PEREZ

GOMEZ GOMEZ, Manuel: "Ámbito de aplicación del llamado principio de la fe pública registral". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 290-291, 1952; págs. 558-580.

Después de propugnar la implantación de una manera explícita en nuestro sistema hipotecario de la inscripción registral constitutiva y estimar el autor que cabe interpretarse como tal el actualmente vigente, cree que los llamados principios de fe pública y de legalidad no pueden entenderse separadamente, sino como complementarios, hasta el punto de que el primero puede ser considerado en nuestra legislación como un seguro que se proporciona a los terceros contra los poco probables fallos del segundo.

HERMIDA LINARES, Mariano: "La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 289, 1952; págs. 442-448.

El autor propugna el restablecimiento del antiguo artículo 23 de la Ley Hipotecaria, relativo a las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas, contenidas en el artículo 2.º de la Ley y 606 del Código civil, considerándole mal suprimido por la Reforma de 1944.

NART, Ignacio: "Proyecciones registrales de la responsabilidad (Función y clasificación de las anotaciones preventivas)". *Revista de Derecho Privado*, 424-425, 1952; págs. 569-578.

En este artículo se estudian las anotaciones preventivas derivadas del llamado principio de responsabilidad patrimonial universal, enunciado de modo general por el artículo 1.911 del Código civil, con sus consecuencias del juego de las acciones pauliana y subrogatoria, los ataques al patrimonio y a la titularidad, desde el punto de vista registral, las pretensiones de entrega, las expropiaciones para el pago, las prohibiciones de disponer y las situaciones personales que influyen en la disponibilidad registral, sistematizando el autor las disposiciones legales contenidas en los diversos textos legislativos y poniéndolas en concordancia con las normas de Derecho hipotecario vigente.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "Los expedientes de reanudación del trámite en los casos de inscripciones contradictorias de menos de treinta años". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 289, 1952; págs. 401-416.

Para el autor de este trabajo, la acción rectificadora del Registro es un derecho derivado de una propiedad extrarregional justificada en un expediente, según el juicio del juzgador, por lo que el derecho a la rectificación no puede ser negado ni por la acción pasiva de un titular inscrito ni por causas ajenas a la voluntad del iniciador del expediente, que por añadidura están previstas y resueltas en las leyes procesales. Y si los expedientes de dominio se dieron para producir efectos contra quien ya no es tercero hipotecario en toda la intensidad del concepto legal, la interpretación del artículo 202 de la Ley Hipotecaria ha de hacerse subordinada a que en el escrito inicial conste el domicilio y que la persona señalada no haga resistencia al cumplimiento de la citación personal en forma. Mediante las tres citaciones previstas, el titular inscrito o sus causahabientes tienen medios de enterarse y los iniciadores del expediente se ven asistidos en su derecho.

TENA Y MARTÍN, Valeriano de: "Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad". *Información Jurídica*, 110-111, 1952, págs. 651-685.

El autor se plantea el problema de la repercusión registral de los hechos jurídicos creadores, a veces, de derechos tipificados como el de accesión, con repercusión indudable del Registro de la Propiedad, considerado como constatador de la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre los llamados bienes inmuebles, estudiando individualmente los casos de accesión directa en sus diversas modalidades, la accesión referida a los derechos reales, la accesión inversa y el derecho de superficie.

III. Derecho mercantil

A cargo de Luis SÁNCHEZ MENDIZÁBAL

1. Parte general

PLAISANT, Robert: "La evolución de la idea de empresa". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, núm. 38. Marzo-abril 1952; págs. 157-172.

Líneas generales de la evolución jurídico-política en la regulación y el concepto de la empresa en el Derecho francés actual: nacionalizaciones, comités de empresa, principio directorial y especialmente tendencias a sustituir el salario por la asociación capital-trabajo y consideración de la empresa como célula económica y social de interés general.

SOLA CANIZARES, Felipe de: "Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad y la institución por acciones)". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, núm. 39. Mayo-junio 1952; págs. 293-348.

La adaptación de las formas jurídicas a las realidades económico-sociales muestra, en cuanto a la empresa, tendencias que el autor querría ver positivas y formula así: limitación de la responsabilidad en la empresa individual, configuración del régimen de las empresas-sociedad atendiendo a sus dimensiones y separación total, en relación con las "sociedades", de la anónima, que el autor llama "institución por acciones".

SOLORZANO, R.: "Las marcas de comercio federales y las estatales en Estados Unidos de América". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, número 37. Enero-febrero 1952; págs. 95-98.

Las facultades de los Estados en materia de marcas hacen casi ineficaz para el interior de la Unión el Registro Federal, a diferencia de lo que ocurre con patentes y derechos de autor.

SOLORZANO, Ramón: "La Convención de París para la protección de la propiedad industrial, frente a las leyes internas de los países signatarios de ella". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, núm. 38. Marzo-abril 1952; págs. 257-262.

Frente a la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, que afirman la eficacia de la ley interna posterior que esté en contradicción con la Convención, el articulista defiende la teoría de la supremacía jerárquica de los tratados, admitida, según él, por la mayoría de las legislaciones.

2. Obligaciones y contratos

A cargo de Manuel PRECIOSO y
Luis SANCHON MENDIZABAL.

ALECRIN, Octalicio: "Naturaleza jurídica del contrato de seguro de vida". *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico*, 12, 1951 (septiembre-diciembre); págs. 25-35.

Tomando como base el Código brasileño, estima el autor que es inexacto considerar el seguro sobre los riesgos de la vida humana, tal como aparece regulado en aquél, como un contrato de indemnización como en el caso del seguro de cosas, sino que debe reputarse una promesa de capital, lo que justifica el que asegurado y asegurador puedan pactar libre e ilimitadamente el valor respectivo del seguro en la póliza.

A. A.: "Un progetto francese di riforma sul contrato di transporte". *Revista del Diritto commerciales e del Diritto generales delle obligazioni*, 3-4, 1952 (marzo-abril); págs. 158-160.

Rápido examen del anteproyecto sobre contrato de transporte elaborado por la Comisión francesa de reforma del Código de comercio y en el que el autor hace resaltar el avance que representa respecto a la legislación vigente, aunque a su juicio peca algo de tímida la reforma en algunos casos, como cuando mantiene la distinción entre contrato de transporte y contrato de comisión de transporte.

MEDINA PEREZ, Pedro Ismael: "El contrato de exhibición de películas". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, núm. 38. Marzo-abril 1952; págs. 173-220.

Resuelta la cuestión previa, consistente en determinar la naturaleza de la proyección cinematográfica en el sentido de asimilarla a la representación de obras artísticas, el autor hace un interesante examen de las peculiaridades del contrato de exhibición de películas—al que califica de contrato atípico—, especialmente en cuanto a su contenido, y contemplándolo, siempre que ello es posible, desde el articulado del Reglamento sindical vigente desde 1 de octubre de 1949. Dedica especial atención a los casos de modificación y conclusión del contrato, estudiando la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión a este de conformidad con nuestro Derecho, hallando base para ello en los artículos 1.502, 1.503, 1.736 y, sobre todo, en el 1.258, con su referencia a la buena fe.

M. P.

MEDINA PEREZ, Pedro Ismael: "Naturaleza jurídica del contrato de distribución de películas". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, número 39. Mayo-junio 1952; págs. 349-364.

El enorme desarrollo que la industria cinematográfica ha alcanzado se refleja en la complejidad de relaciones jurídicas a que ha dado lugar, entre las que destaca, por su importancia, la constitutiva del contrato de distribución de películas. Diversas son las calificaciones que la doctrina jurídica, y aun la jurisprudencia—recuérdese la importante sentencia de 23 de febrero de 1948—, han dado a este contrato: arrendamiento de cosa, comisión mercantil, innombrado "sui generis", contrato atípico de tipo mixto, inclinándose el autor por esta última tesis, el cual, al encuadrarlo, fundadamente, en el Derecho mercantil, señala las normas aplicables a este contrato, que no puede ser otro que: 1.^o, las leyes de Propiedad Intelectual; 2.^o, las leyes mercantiles; 3.^o, los usos de comercio, y 4.^o, el Derecho común.

M. P.

NAVARRO IRVINE, Félix: "Créditos documentarios". *Revista del Foro*. Año XXXIX, núm. 1, enero-abril 1952; págs. 4-17.

Se limita este artículo a recoger la nueva redacción que el XIII Congreso de la Cámara Internacional de Comercio, celebrado en Lisboa en 1951, ha dado a las Reglas de Viena (1933), cuya adopción legislativa se preconiza.

L. S. M.

PEREZ GUERRERO, Alfredo: "Breve análisis de la legislación cambiaria en el Ecuador". *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico*, 12, 1951 (septiembre-diciembre); págs. 37-45.

Se examina sucesivamente por el autor el pagaré a la orden, el endoso, la cesión, el aval y la fianza y el protesto por falta de pago en el Derecho cambiario ecuatoriano, señalándose las particularidades que presentan estas figuras jurídicas en dicha legislación, así como la doctrina legal sentada en estas materias por la Corte suprema de aquel país.

3. Sociedades

A cargo de Luis SANCHO MENDIZABAL

CAÑO ESCUDERO, Fernando del: "Liquidación de entidades aseguradoras". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, núm. 38. Marzo-abril 1952; págs. 223-255.

Estudio de las normas de nuestro Derecho positivo sobre las causas y formas de liquidación voluntaria y forzosa y actuación del interventor del Estado, con consideración especial del problema de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación y de los suscitados por el crédito preferente de los asegurados y la inembargabilidad de las reservas, y una referencia al régimen de las mutuas y de las sociedades extranjeras.

DOMINGUEZ MORENO, Manuel: "Naturaleza jurídica de las "partes del fundador". *Nuestra Revista*. Año XXXI, núm. 385, 15 marzo 1952; páginas 1-4.

Las "partes de fundador", títulos que la Sociedad Anónima concede a los fundadores como remuneración de sus actividades, gestiones y estudios, no son acciones, en cuanto que no representan cuotas del capital, y sí créditos de naturaleza especial.

FLORENTINO, Adriano: "Su lo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año VI, núm. 2, junio 1952; págs. 368-406.

Tras fijar la naturaleza jurídica de la "disolución" y sus causas, el artículo estudia el procedimiento de liquidación que sigue a aquélla (nominamiento, poderes y obligaciones de los liquidadores) hasta llegar a la "cesación" de la sociedad.

HERNANDO DE LARRAMENDI, I.: "Asociaciones de Compañías en el Seguro británico". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, número 37. Enero-febrero 1952; págs. 65-69.

La tendencia corporativa, acusada en el Seguro, ha producido en Inglaterra (1917) la British Insurance Association, que agrupa a través de una serie de asociaciones a la mayoría de las Compañías inglesas y tiene funciones muy diversas.

PAVONE LA ROSA, P.: "Il controllo giudiziario degli atti sociali annullabili". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año VI, número 2, junio 1952; págs. 343-367.

En relación con el control judicial que el Código italiano exige para determinados actos sociales, y que evidentemente se extiende a la licitud y regularidad formal de dichos actos, se propone el problema de si alcanza también a la investigación de la capacidad de las partes, falta de vicios de consentimiento, simulación, etc., problema que se resuelve negativamente.

SERVAN BAUZON, Guillermo: "Algunos problemas relativos a las sociedades de responsabilidad limitada". *Sociedades Anónimas*. Año VII, números 68, 69 y 70. Enero, febrero y marzo 1952; págs. 3-29, 57-75 y 111-130.

Estudio sistemático de la estructura y régimen jurídico de este tipo de sociedades en el Derecho positivo uruguayo.

4. Varia

A cargo de **Manuel PRECIOSO** y
Luis SANCHON MENDIZABAL

DE LEMOS SOBRAL: "Algunos aspectos da responsabilidade civil no Direito aeronáutico". *Revista Forense. Río de Janeiro*. Diciembre 1951; volumen CXXXVIII, págs. 343 a 362.

Después de afirmar que la regla general en materia de indemnización por daño debe ser su limitación cuando esté fundada en una responsabili-

dad por riesgo u objetiva, y amplia e integral en el caso de responsabilidad por culpa, pasa a examinar la responsabilidad en el Derecho aeronáutico, que generalmente presenta un carácter objetivo, causas de exclusión de la misma y casos en que no se aplica la limitación de la indemnización. Termina con una referencia a los casos más excepcionales en esta rama jurídica, de responsabilidad fundada en dolo y culpa.

M. P.

EDDER, Phanor T., y UÑO, Félix, D.: "Reseña del Derecho Mercantil en los Estados Unidos. Año 1950". *Revista de Derecho Mercantil*, volumen XIII, núm. 37. Enero-febrero 1952, págs. 99-125

Informe sobre la legislación y jurisprudencia estadounidenses durante ese período, con bibliografía.

L. S. M.

TAPIA SALINAS, Luis: "La responsabilidad del transportista derivada del contrato de transporte aéreo". *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, 1952 (septiembre-octubre); págs. 386-493.

Constituye el presente artículo un esquema sucinto, pero bien trazado, del concepto, elementos, contenido y efectos de la responsabilidad del transportista en el contrato de transporte aéreo y que ofrece el autor a los estudios de esta materia como instrumento inicial de un posible trabajo.

VELASCO ALONSO, A.: "La teoría sobre novación de valores mobiliarios". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIII, núm. 37. Enero-febrero 1952; págs. 7-38.

Resumimos las conclusiones del autor: La novación puede recaer sobre el negocio instrumental o sobre el negocio básico; las alteraciones producidas pueden ser subjetivas u objetivas (cuando recaen sobre las "condiciones de emisión"); la sustitución material de un título (incluso resguardos) por otro, sin alteración del objeto obligacional, no es novación. La novación de valores puede ser modificativa o extintiva; en la extintiva, los valores nuevos son "asumidos" sin suscripción; la modificativa recae sobre hechos secundarios de carácter "cuantitativo".

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

DE LA HERRAN DE LAS POZAS, José Pablo: "Reformas Notariales".
Nuestra Revista, 844-845, 1952; págs. 1-9.

Para conseguir una mayor igualación, respetando la actual organización del Notariado en su fondo y aun en su forma, la reforma notarial debería referirse a los siguientes aspectos: A) Categorías notariales. B) Demarcación notarial. C) Reparto obligatorio de instrumentos públicos. D) Turnos para la provisión de notarías vacantes. E) Congelación de los Notarios al cumplir los setenta años.

GARCIA-MAURIÑO, Fernando: "De los turnos para la provisión de vacantes en el Notariado". Nuestra Revista, 847, 1952; págs. 2-7.

Estima que no solamente debe mantenerse el ingreso en el Notariado por oposición, sino que también debe continuar el sistema de turnar a esa oposición un limitado número de vacantes de las categorías superiores. Junto a ello igualmente, oposiciones entre Notarios, pero evitando un excesivo derroche en las plazas a repartir por este procedimiento, y junto a ambos un discreto turno de clase y un amplio turno de antigüedad, ya que el Notario que tras difíciles pruebas de ingreso ha logrado durante muchos años en una Notaría rural, unir a sus conocimientos teóricos una práctica que le faculta para servir cualquier Notaría. En consecuencia, propugna que para la provisión de vacantes haya los siguientes turnos: Antigüedad en la carrera, antigüedad en la clase y oposición.

VARAS DODD, Francisco: "El desglose de documentos protocolizados".
Revista de Derecho (Chile), 78, 1951; págs. 449-455.

Con referencia a la legislación del país y considerando la naturaleza de la protocolización, estima que los casos en que se produzca el desglose, el interesado debe otorgar un recibo del documento que se le entrega, cuyo recibo se agregará al final del protocolo, en el mismo lugar y con el mismo número que correspondían al documento desglosado, mencionando también la resolución judicial que ordenó la devolución.

V. Derecho procesal

A cargo de Luis SANCHÓ MENDIZABAL
y José María DESANTES GUANTER

1. Parte general

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: "Preocupaciones y directivas fundamentales del Derecho procesal contemporáneo". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Año V, núm. 13, enero-abril 1952; págs. 9-34.

Alcalá-Zamora nos da en esta conferencia una visión panorámica, pero detallada, de los principios, problemas y tendencias más generales en el Derecho procesal actual, tanto de índole política—independencia judicial, popularización de la justicia, crecimiento y especialización de la materia procesal, aceleración del proceso, etc., que merecen desiguales críticas al autor—como de índole técnico-legislativa, didáctica y doctrinal.

ALZAMORA VALDEZ, Mario: "La profesión del abogado". Revista del Foro. Lima. Año XXXIX, núm. 1, enero-abril 1952; págs. 59-64.

El conferenciante analiza las relaciones entre el hombre y la profesión, considerada como categoría de su ser; caracteriza al hombre de Derecho como servidor de la Justicia; y define la misión del abogado como hombre de Derecho y representante de la parte.

LOIS ESTEVEZ, José: "El concepto de Derecho procesal y un emplazamiento en el sistema jurídico". En Foro Gallego, X, 81; páginas 225 a 234.

La definición de proceso en el punto de partida para iniciar el estudio del Derecho procesal. Pero como base de partida se ha de tomar —derivándolo del concepto mismo de derecho—la noción del Derecho procesal, ya que ni el proceso ni la jurisdicción pueden enjuiciarse sin el previo análisis del sistema normativo de donde provienen. Parte del concepto de Derecho como norma de compatibilización, y propone el de Derecho procesal, matizándolo con el estudio de la naturaleza, contenido y función de la norma procesal y del carácter distintivo de la actividad procesal frente a la actividad jurídica en general.

PERLA VELAOCHAGA, Ernesto: "El abogado". *Revista del Foro*. Lima. Año XXXIX, núm. 1, enero-abril 1952; págs. 18-23.

El artículo recoge algunos ejemplos de la consideración que la Abogacía, profesión necesaria para la actuación del Derecho, ha merecido a través de los tiempos; analiza asimismo las causas intrínsecas y extrínsecas que conspiran en la actualidad contra la dignidad y el prestígio del abogado.

QUINTANA REDONDO, Carmelo: "Poderes del juez para dirigir el proceso en la fase probatoria". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Año VI, núm. 205, 5 septiembre 1952; págs. 3-5.

El autor, recogiendo los preceptos que facultan a los jueces para dirigir la prueba, se muestra partidario de que éstos intensifiquen el uso de tales facultades.

SUS, Theodor: "El reconocimiento de sentencias extranjeras". *Revista de Derecho Procesal*. Año VIII, núm. 1, enero-febrero-marzo 1952; págs. 3-17.

Conferencia dedicada al comentario del § 328 de la Z. P. O.; critica duramente el principio de la reciprocidad y lamenta el olvido en que el legislador incurrió en relación con las sentencias que no sean de condena, postulando el conferenciante una distinción entre la cosa juzgada material y el efecto jurídico constituido por la sentencia, a efectos de la ley aplicable.

VALCARCEL, Francisco R.: "Posición del Juez según algunas concepciones de la soberanía y a tenor de determinadas Escuelas del Derecho". *Revista de Derecho Procesal*. Año VIII, núm. 1, enero-febrero-marzo 1952; págs. 19-66.

La función del Juez, vista como una participación en la soberanía, es estudiada por el autor en Roma, en la Glosa, en la Teología medieval, la Revolución, la escuela de la Exégesis, la del derecho libre y en las concepciones totalitarias. Termina con una llamada a la capacitación y a la más escrupulosa actuación del Juez para el cumplimiento de su elevada misión.

2. Parte especial

REYES MONTERREAL, José María: "El apercibimiento en los procesos de desahucio". Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año VI, núm. 203, 15 agosto 1952; págs. 3-5.

El autor se manifiesta contrario a la opinión según la cual el apercibimiento de lanzamiento no debe figurar en la sentencia sino en providencia posterior solicitada en período de ejecución.

SOTO NIETO, Francisco: "La conciliación y sus problemas: la competencia en los actos conciliatorios". Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año VI, núm. 199, 5 julio 1952; págs. 3-8.

Estudio de las normas legales relativas a la competencia judicial para la conciliación, deteniéndose en las cuestiones que surgen, en cuanto a la competencia territorial, por la existencia de varios demandados.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA,
Letrado del M. de Justicia.
Registrador de la Propiedad.

RESOLUCION DE 3 DE MARZO DE 1952

Cláusulas de estabilización de valor

Presentada en el Registro de la Propiedad una escritura de reconocimiento de deuda e hipoteca fué denegada la inscripción de la siguiente cláusula contenida en la misma: Que los deudores se obligaron a «aceptar el valor del trigo tasa oficial media como regulador del capital a reintegrar en caso de depreciación de la moneda». El Presidente de la Audiencia, en el auto resolviendo el recurso interpuesto contra la nota de negatoria del Registrador, ordenó la inscripción del pacto expuesto, pero la Dirección General revocó el auto apelado, declarando que «el pacto denegado no es inscribible» y sentando las orientaciones que se exponen a continuación:

A) *El pacto denegado está redactado en términos de una generalidad inaceptable, no concreta la forma de determinar la depreciación monetaria que daría lugar al juego de la condición, ni la cuantía en que haya de desvalorizarse para que aquél produzca efecto, cuál debe ser el sistema de aplicación y las repercusiones reales de la estipulación, todo lo cual evidencia la falta de claridad.*

B) *Las cláusulas de estabilización de valor son miradas, en general, con prevención por las legislaciones extranjeras, por ser contrarias al nominalismo que inspira la mayoría de los Códigos, en especial el régimen de contrato de mutuo, y se rechazan por la Jurisprudencia como contrapuestas al principio que informan los sistemas monetarios, sobre todo en las épocas de curso forzoso del papel moneda, cuyo pleno poder liberatorio pueden atacar, y este criterio coincide con gran parte de la doctrina al sostener, además, que se oponen a la moral como exorbitantes, y por beneficiar sólo al acreedor, y al orden público en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad.*

C) *Aunque la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, singularmente la Sentencia del 4 de enero de 1951, puede estimarse en cierto modo favorable a la admisión de esas cláusulas, es necesario destacar que el caso juzgado se refería a un contrato con opción de compra, otorgado antes de la implantación del curso forzoso del papel moneda.*

RESOLUCION DE 4 DE MARZO DE 1952

Cláusula de estabilización de valor

Véase Resolución de 3 de marzo de 1952, pues a ella nos remite su única consideración doctrinal.

RESOLUCION DE 27 DE MARZO DE 1952

Cancelación de derecho hereditario

Presentada en el Registro de la Propiedad la primera copia de la escritura de segregación y opción de compra de una heredad se solicita su inscripción y, al mismo tiempo, la cancelación de unos derechos que no se determinan y cuya titularidad está vinculada a una tercera persona que no interviene ni en la escritura referida, ni se presenta en el Registro; la naturaleza y extensión de estos derechos no se expresan y, testimoniando que los mismos, o tienen carácter personal, o de tenerlo real no figuraj inscritos, y que en consecuencia tal alusión tiene la naturaleza jurídica de una mención se solicita su cancelación. Sié denegada ésta por el Registrador de la Propiedad y, confirmado el criterio por el Presidente de la Audiencia, se interpuso recurso gubernativo ante la Dirección de los Registros, que reiteró la negativa, sentando la siguiente doctrina:

A) *No ha lugar a que se cancele la mención, conforme al artículo 88 del Reglamento Hipotecario, sin que el favorecido por aquella expresamente lo consentira o perciba, renuncie, se declare satisfecho de su legítima o recaiga sentencia firme que así lo ordene.*

B) Que según el artículo 1º, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y aunque el artículo 98 de dicha Ley y concordantes niegue acceso y ordenan la cancelación de los derechos que por no tener trascendencia real introduzcan confusión en los libros hipotecarios, la mención de derechos legítimos que se situaron en la inscripción no puede reputarse incluida entre aquellos a que se refiere el último precepto citado, pues que, conforme a los artículos 15, párrafo cuarto de la Ley y 80 del Reglamento, debe perjudicar a tercero, y su caducidad ha de computarse con arreglo al apartado B) de la Disposición Transitoria primera de la misma Ley.

RESOLUCION DE 18 DE ABRIL DE 1952

Constitución de hipoteca sobre inmuebles con prohibición de vender

Legadas unas fincas con prohibición terminante de que fueran vendidas por el legatario o sus herederos durante el plazo de cuarenta años a partir del fallecimiento de la persona que estableció el legado, aquél, una vez en posesión de las mismas, constituye hipoteca sobre ellas con las siguientes características: el vencimiento de la hipoteca es posterior en unos meses a la fecha en que la prohibición de vender dejaba de tener eficacia por haber transcurrido los cuarenta años exigidos; la cantidad prestada no devenga interés ni precio alguno, tanto durante el plazo convenido como en los casos de morosidad; y que el acreedor hipotecario no podría proceder a la ejecución del crédito hasta que no transcurrieran los cuarenta años del plazo antes señalado o quedara sin efecto por cualquier evento la expresada limitación. Solicitada la correspondiente inscripción de esta hipoteca, se denegó por el Registrador, fundándose, principalmente: en que la hipoteca es una venta anticipada y como vender es sinónimo de enajenar, no se pueden constituir gravámenes mientras subsista la prohibición expuesta. Recurrida esta calificación se revocó la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia, siendo confirmado el auto apelado por la Dirección de los Registros a virtud de los siguientes argumentos:

A) *Las prohibiciones de disponer a que se refieren los artículos 785, número 2º, del C. c. y 26 de la Ley Hipotecaria, deben restringirse en su alcance conforme tiene declarado la jurisprudencia de la Dirección General.*

B) *La palabra "vender", utilizada para formular la prohibición, debe entenderse conforme al artículo 675 del Código civil en su sentido literal, por lo que no ha de estimarse comprendida en este caso la constitución de hipoteca.*

C) *Aunque conforme a los artículos 1.857, número tercero del Código civil, y 138 de la Ley Hipotecaria, sólo pueden constituir hipoteca voluntaria quienes tengan la libre disposición de sus bienes, no debe confundirse la capacidad fundada en la aptitud psíquica de la persona con la limitación indicada del poder patrimonial.*

RESOLUCION DE 18 DE MAYO DE 1952

Anotación preventiva de demanda

Ejercitada en juicio ordinario de menor cuantía acción real reivindicatoria de dominio, limitada por el demandante a la nuda propiedad de una «casa barata», al amparo de la legislación especial por la que éstas se rigen, se solicitó, en armonía con el número 1º del artículo 42 de la vigente Ley hipotecaria, la anotación preventiva correspondiente, previo mandamiento judicial dirigido al Registrador de la Propiedad. Por éste fué denegada la anotación e interpuesto el recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia, fué confirmada la nota del Registrador, con imposición de costas al recurrente. La Dirección General acordó resolver el recurso interpuesto, en el sentido de revocar el auto apelado y declarar que la anotación preventiva solicitada debe practicarse en el Registro, sentando la siguiente doctrina:

A) *Que la legislación especial sobre «casas baratas», aun atemperada a las nuevas normas sobre «viviendas protegidas» que han venido a sustituir a aquéllas, al establecer que en la sucesión de los referidos inmuebles se reserve al cónyuge superviviente el derecho de habitación, aunque excede de su cuota vitalicia, regula sólo el supuesto de que el causante no hubiere dispuesto de la nuda propiedad por testamento, conforme a la legislación civil, o falleciere intestado.*

B) *Todos los litigios de carácter privado sobre casas baratas siguen sujetos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, a la que, en general, está reservada la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin perjuicio de que se observen los requisitos establecidos en la legislación correspondiente.*

RESOLUCION DE 19 DE MAYO DE 1952

Accesión industrial de bienes inmuebles

Otorgada escritura pública de venta de una finca, en la que existe enclavada una casa que lleva en precario una hija de los vendedores por haber «contribuido» con sus padres a su construcción, en una de sus cláusulas se establece que «la venta del inmueble es total, con todo su anejo y pertenecido, sin excepción ni reserva alguna... No se consideran incluidos en la venta los derechos e indemnizaciones que puedan corresponder a la precaria en razón de las obras y construcciones realizadas en la finca y las cantidades que por tales conceptos haya

de percibir le serán satisfechas por el comprador». Solicitada la oportuna inscripción registral, el Registrador la suspende por defecto subsanable al no constar el consentimiento de la precarista, producirse un enriquecimiento sin causa y a la vista del amparo tan eficiente que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria proporciona a la inscripción. Confirmado este criterio por el Presidente de la Audiencia, se revoca el auto de éste por la Dirección General de los Registros al resolver el oportuno recurso, basado en los siguientes consideraciones doctrinales:

A) *Los preceptos que regulan en el Código civil la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 del mismo Cuerpo legal.*

B) *El artículo 1.404, párrafo 2º, del Código civil, al enunciar una regla en la que se invierten totalmente las generales de la accesión, inspirada en las notas peculiares del Derecho de familia y en especial del régimen económico matrimonial, no puede ampliarse a supuestos distintos.*

C) *Una de las esenciales aspiraciones de la última reforma hipotecaria fué discriminar, mediante la calificación registral, los derechos reales y las figuras jurídicas con tal carácter de los demás pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional, que no deben tener acceso al Registro a tenor de los artículos 1.º y 98 de la Ley Hipotecaria, y entre otros, el 355 de su Reglamento, como es en el caso que nos ocupa, pues la edificación en suelo ajeno sólo engendra un derecho de crédito.*

RESOLUCION DE 23 DE MAYO DE 1952

Modificación de Estatutos

El 22 de noviembre de 1949 se otorgó escritura pública en nombre de una Sociedad Anónima, en la que se hizo constar que la Junta General de Accionistas de la referida Sociedad adoptó por unanimidad el acuerdo de modificar el artículo primero de los Estatutos sociales, en el sentido de señalar un nuevo domicilio en la misma ciudad; a la copia de la escritura se unió la del documento protocolizado, esto es, una certificación expedida por el Secretario de la Junta General Extraordinaria de la Sociedad, que expresaba «que en dicha Asamblea se hallaban presentes la totalidad de las acciones representativas del capital de la Sociedad». Solicitaba su inscripción en el Registro mercantil, el Registrador la denegó, siendo confirmado este criterio por la Dirección General basándose en las siguientes consideraciones:

A) *Tiene decisiva importancia y deben ser examinados por los Registradores Mercantiles con el máximo rigor, la constitución formal de las Compañías y, en especial, el régimen de aportaciones y pago de las acciones para evitar que, al amparo de la libertad contractual que establecía el art. 117 del Código de Comercio, se utilicen indistintamente las denominaciones de emisión y puesta en circulación, suscripción y desembolso de las acciones, sin determinar con claridad su alcance y, como consecuencia de ello, la cuantía en que hubiere ingresado en las cajas sociales el valor de los títulos, con lo que se da lugar a confusiones sobre la verdadera situación económica de la Empresa.*

B) Toda modificación social y estatutaria exige determinadas mayorías de personas y de capital, y por tanto, no se puede calificar la validez de los acuerdos adoptados en Junta general, sin verificar el cómputo de los accionistas que concurrieron y el de las acciones representadas, respecto del número de los mismos previsto en los Estatutos y en el artículo 168 del Código de Comercio.

C) La suscripción y desembolso de las acciones como son momentos esenciales en la vida de las Sociedades Anónimas, pueden estimarse incluidos en los artículos 25 del C. de C. y 111 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil.

D) La Orden vigente del Ministerio de Hacienda de 28 de febrero de 1947, que amplía y precisa las disposiciones sobre intervención estatal en las Sociedades, establece unas normas concretas que podrían ser conciliadas si se admitiera que la fórmula empleada es suficiente para acreditar la suscripción y el desembolso total de las acciones.

RESOLUCION DE 27 DE MAYO DE 1952

Modificación parcial de Estatutos de una Compañía de Seguros

Por el Registrador Mercantil se denegó la inscripción parcial de una escritura de modificación de estatutos de una Compañía Anónima de Seguros, respecto de los artículos no aprobados en la preceptiva Orden del Ministerio de Hacienda, de acuerdo con el informe emitido en el mismo sentido por la Dirección general de Seguros. Interpuesto el oportuno recurso, fué confirmada la nota denegatoria del Registrador por la Dirección general de los Registros, sentando la doctrina siguiente:

A) Las Compañías de Seguros tienen una actuación de evidente interés público y se hallan sometidas a órganos administrativos peculiares, en cuanto se refiere a su constitución y funcionamiento, cuya intervención se concreta, entre otras medidas, en la necesidad de inscribir las en el Registro especial creado al efecto, en el que deberán presentarse los documentos exigidos para ser calificados conforme a la Ley, sin perjuicio de que tales entidades puedan recurrir en vía contenciosa contra los acuerdos que denieguen sus pretensiones.

B) Dicha inscripción en el Registro especial requiere, entre otros documentos, la presentación de aquellos en que consten las modificaciones adoptadas desde la fecha de la constitución, y conforme al artículo 6 de la Ley de 14 de mayo de 1908, en relación con el 33 de la misma, será denegada la inscripción o quedará en suspenso, en su caso, la concesión para el funcionamiento de la entidad, desde que por el Ministerio de Hacienda se declare que la Sociedad no se ajusta a los preceptos legales.

C) Como el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que las Compañías de Seguros no podrán ser inscritas mientras no lo estuviere en el Registro creado por la Ley especial, la Orden Ministerial que deniega la aprobación de determinadas modificaciones estatutarias impide que puedan inscribirse en el Registro Mercantil.

RESOLUCION DE 6 DE JUNIO DE 1952

Inscripción de una escritura de ampliación de capital y prórroga de Sociedad Anónima

Veintiséis años después de cumplido el plazo por el que se constituyó una Sociedad Anónima, se otorgó escritura de prórroga y ampliación de capital, si bien el acuerdo de prórroga fué adoptado por la Junta general de accionistas cuatro años antes de la expiración de aquel plazo. Presentada la escritura en el Registro Mercantil fué denegada su inscripción. Interpuesto el correspondiente recurso la Dirección general confirmó la nota del Registrador Mercantil sentando al efecto la siguiente doctrina:

A) *Según lo dispuesto en los artículos 221 y 223 del Código de Comercio, las Compañías mercantiles se disolverán totalmente, entre otras causas, por el transcurso del tiempo fijado en el contrato, y no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios, por lo que si éstos quieren continuar en compañía, habrán de celebrar en tiempo oportuno, es decir, antes de que llegue la fecha señalada para la disolución por ministerio de la Ley, un nuevo contrato en que expresamente se haga constar así, el cual de conformidad con lo preceptuado por el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil, deberá otorgarse necesariamente en escritura pública.*

B) *Según los artículos 17 del Código de Comercio y 111 y 112, número 3, del indicado Reglamento, es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil, entre otros actos y contratos, el de la prórroga del tiempo por el que se hubieren constituido las Sociedades; y el artículo 226 del repetido Código, preceptúa que la disolución de aquéllas por haber transcurrido el plazo estipulado cuando se constituyeron, surtirá efecto contra tercero, aunque no se haya tomado razón de ella en dicha oficina.*

C) *La Resolución de este Centro Directivo de 21 de marzo de 1947 declaró inscribible una escritura de prórroga de Sociedad en atención a las circunstancias relevantes que concurrian en el caso, entre otras, la de que quienes celebraron la Junta General que adoptó el acuerdo asumían la totalidad del capital de la empresa, que se acreditó fehacientemente que la prórroga fué acordada antes de haber vencido el plazo de su duración, y, singularmente, porque la escritura se había otorgado veintidós días después.*

D) *La existencia de una vida irregular de hecho no puede legalmente corregir la falta de publicidad registral de tal subsistencia y debe reputarse que carece de valor frente a los asientos del Registro Mercantil.*

E) *La nueva Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, en el artículo 152, no innova, sino que sigue las directrices del Derecho español, y ordena que transcurrido el término de duración de una Sociedad, se disolverá de pleno derecho a no ser que con anterioridad hubiese sido expresamente prorrogada e inscrita su prórroga en el Registro Mercantil.*

RESOLUCION DE 20 DE JUNIO DE 1952

Constitución de hipoteca: auténtica "si qua mulier"

Dois letras de cambio, aceptadas por el esposo, se libraron a la orden de su mujer, que tiene la condición de barcelonesa-, quien tomadora de ellas las endosó al Banco de España; así las cosas, el 20 de junio de 1950, sin haber tenido lugar el vencimiento de las letras, la epòsante, con licencia marital, otorga escritura de hipoteca sobre dos fincas, que tienen la consideración de parafernales, en garantía de las obligaciones contraídas en las letras. Presentada la escritura para su inscripción en el Registro de la Propiedad causó la siguiente nota: «No se admite la inscripción de la hipoteca formalizada en la anterior escritura, por el defecto de contener un afianzamiento de una esposa catalana a favor del marido, aceptante de las letras garantizadas con hipoteca, acto prohibido en Cataluña por la Auténtica «Si qua mulier». Este defecto es insubsumable y no admite, por tanto, anotación preventiva». Interpuesto recurso gubernativo el Presidente de la Audiencia declaró inscribible la escritura, pero la Dirección general de los Registros revocó el auto apelado, fundándose en las razones siguientes:

A) *Se aplican al caso debatido las normas en vigor en Cataluña y el derecho local de Barcelona, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 12 del Código civil y, en consecuencia, la nulidad de la obligación conjunta de marido y mujer se produce como resultado de la Auténtica «Si qua mulier», capítulo VIII de la Novela 134 de Justiniano, que prohíbe a la mujer casada, por motivos familiares, interceder por su marido y obligar sus propios bienes, excepto cuando se pruebe manifiestamente que la deuda, contraída redundó en utilidad de la misma mujer, prescripción irrenunciable por su carácter prohibido, que como posterior, deroga o modifica las Leyes II y XIII del Título XXIX, Libro IV del Codex, según las cuales la prohibición del Senado Consulio Vécyano no se aplica cuando la mujer sea deudora principal.*

B) *Aunque el Capítulo II del Príncipio Recognoverunt Proceres moderó el rigor de la Auténtica «Si qua mulier», y concede determinados beneficios a la mujer que se obliga junto con su marido en los contratos de mutuo o depósito, criterio que reitera el Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código civil de 11 de noviembre de 1930, el cual otorga un amplio poder dispositivo a la mujer casada sobre sus bienes parafernales, no consiente que pueda hipotecarlos para asegurar obligaciones ajenas y declarar nulas las fianzas a favor del marido; Proyecto que, desprovisto de autoridad legal, es preciso tener en cuenta por constituir un antecedente doctrinal aplicable para la interpretación, según proclama la Sentencia de 6 de julio de 1940.*

C) *En un derecho real accesorio, de garantía, de una obligación mercantil válida, es preciso, conforme al ordenamiento jurídico positivo, apreciar según las normas civiles la capacidad para constituir hipotecas.*

RESOLUCION DE 10 DE JULIO DE 1952

Anotación preventiva de embargo

Decretada en juicio ejecutivo anotación preventiva de embargo sobre la mitad de una finca, que aparece inscrita con carácter presuntivo ganancial a nombre del marido demandado, quien al iniciarse el procedimiento había con-

traido ya nuevo matrimonio, sin constar en el Registro que se haya liquidado la primera sociedad de gananciales, y expedido el oportuno mandamiento judicial al Registrador de la Propiedad, fué practicada anotación de suspensión, ya que, según la nota extendida por el mismo, «no constaba previamente inscrita la liquidación de la sociedad cónyugal del deudor demandado y su primera esposa» y, por tanto, no procedía la anotación preventiva de embargo decretada. El Presidente de la Audiencia, al resolver por auto el recurso gubernativo interpuesto contra la denegación del Registrador, confirmó el criterio de éste; ratificando semejante parecer la Dirección general de los Registros, sentando la doctrina siguiente:

A) *La finca adquirida a título oneroso durante el matrimonio, aunque inscrita a nombre del marido, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.401 y 1.407 del Código civil ha de reputarse que forma parte de los bienes de la sociedad legal de gananciales y se halla sujeta a sus cargas y obligaciones en los términos señalados por los artículos 1.408 y siguientes de dicho Código.*

B) *Disuelto un primer matrimonio por muerte de la esposa del demandado, conforme al artículo 1.417 del Código civil, concluye por ministerio de la ley la sociedad de gananciales y cesa la representación de la misma atribuida al marido, el cual carece de facultad de disposición de bienes determinados o cuotas concretas de los que correspondían a la sociedad, toda vez que es necesaria la previa liquidación y adjudicación para atribuir al cónyuge supérstite la plena titularidad sobre bienes singulares, de acuerdo con los artículos 1.424 y 1.426 del repetido Código.*

C) *Como el Registrador tiene que calificar no sólo conforme a los datos del documento presentado, sino también con arreglo a los asientos del Registro, es evidente que el deudor por si solo—en el supuesto expresado—no puede disponer de la mitad del inmueble embargado, que hubiera sido susceptible de anotación de embargo si la demanda se hubiese dirigido conjuntamente contra el viudo y los herederos del cónyuge premuerto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario.*

D) *En tanto la adjudicación no se practique, no puede atribuirse al cónyuge sobreviviente el dominio del todo a una cuota-parte de bienes gananciales determinados, aparte de que la finalidad cautelar perseguida con la anotación de embargo decretada podría haberse logrado mediante el embargo de la porción global que al liquidar correspondiere al cónyuge viudo contra quien se planteó la demanda.*

JURISPRUDENCIA

I. SALA PRIMERA

Sentencias ⁽¹⁾

A cargo de Jerónimo LÓPEZ, Manuel PEÑA y José Antonio PRIETO

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA RENUNCIA: RENUNCIA AL BENEFICIO DEL ART. 133 DE LA LAU: Véase III, 10.

2. LA RETROACTIVIDAD: LÍMITE EN LA LAU: Véase III, 5.

3. DOMICILIO DE LA MUJER CASADA: RESIDENCIA HABITUAL EN LOCALIDAD DISTINTA QUE SU MARIDO, CON CONSENTIMIENTO DEL MISMO. *No puede estimarse que concurran los requisitos de la habitualidad cuando la autorización fué accidental y transitoria.* [Sentencia 30 abril 1952.]

A. Se trataba de determinar el domicilio de una mujer casada, a efectos de decidir qué Juez era competente para el depósito de la misma, que vivía en el domicilio de sus padres, en localidad distinta que su marido. Demostrado que éste había concedido la autorización solamente para que su mujer recibiese adecuada asistencia facultativa, y que habiendo cesado la misma comenzó las gestiones para que regresara al domicilio conyugal, el T. S. decide la cuestión de competencia a favor del Juez del lugar de este domicilio, por estimar que la autorización era "accidental y transitoria contraria a todo propósito de permitirle seguir en adelante separada", y, en consecuencia, que no concurrían "las circunstancias necesarias para poder calificar de habitual la estancia de dicha señora en casa de sus padres" (Considerando 3.).

B. OBSERVACIONES: El domicilio independiente de la mujer casada no sido, según señala la sentencia (Considerando 1.), una excepción al artículo 64 LEC reconocida por la jurisprudencia "en el caso de que habitualmente viniera residiendo... en localidad distinta que su marido con consentimiento expreso o tácito del mismo". No debe creerse, sin embargo, que hoy sea dicha doctrina el único fundamento para la admisión de este tipo de domicilio, pues se deriva también de la interpretación adecuada de los preceptos del C. c. (vid. F. de Castro, "Derecho civil de España". Parte general II, 1, Madrid, 1952, págs. 463-464). Para la doctrina jurisprudencial, cf. SS. 13 junio 1896, 18 octubre 1899, 28 diciembre 1904, 14 octubre 1905, 10 julio 1908, 3 julio 1909, 27 octubre 1911, 21 enero 1916, 28 noviembre 1919, 21 noviembre 1923, 21 octubre

(1) Sistematizadas.

1925, 22 octubre 1926, 25 octubre 1927, 27 febrero 1930, 31 octubre 1930, 15 febrero 1936, 28 marzo 1940, 26 abril 1940, 20 abril 1942, 1 julio 1944, 17 octubre 1944, 20 febrero 1945, 17 mayo 1945, 7 enero 1947, 18 septiembre 1947, 29 diciembre 1948. (Citadas por F. de Castro, op. cit., pág. 464, nota 2.)

4. EDAD MAYOR COMO MOTIVO DE PREFERENCIA: V. S. 26 mayo 1952 (III, 1).

5. EXTRANJEROS EN ESPAÑA: SU CONDICIÓN: Véase III, 9.

6. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD. *Los plazos que establecian el art. 2º del Decreto de 2 de agosto de 1934 y el art. 2º de la Ley de 7 de mayo de 1942, para pedir la revisión de la renta que excede de la cantidad autorizada, son plazos de caducidad, no de prescripción, y por lo tanto, no son susceptibles de interrupción.* [Sentencia 24 abril 1952.]

OBSERVACIONES: Sobre las diferencias entre caducidad y prescripción extintiva, véase la sentencia de 7 de diciembre de 1943, y particularmente la de 22 de diciembre de 1950.

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO. RETRACTO DE COLINDANTES: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. *No puede servir de fecha inicial en el cómputo la de la demanda de conciliación, en la que se pedía que el demandado dijese si había comprado las fincas y el precio de adjudicación.* [Incidentalmente, en Sentencia 3 junio 1952.]

III. Derecho de obligaciones.

1. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CARÁCTER DE LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN: PRINCIPIO "STANDUM EST CHARTAE": *Por mucha relevancia que se quiera dar a dicho axioma, múltiples preceptos legales de general aplicación en todas las regiones españolas atribuyen a los Tribunales la función interpretativa sin restricciones.*

EDAD MAYOR COMO MOTIVO NATURAL DE PREFERENCIA: *Lo es, en igualdad de circunstancias, y así lo reconocen el art. 58 Ap. foral de Aragón y los arts. 211, 220, 227 y 295 del C. c.* [Sentencia 26 mayo 1952.]

NOTA.—En un contrato de capitulaciones matrimoniales otorgado por aragoneses del Alto Aragón el 10-I-1898, se estableció que ambos cónyuges tendrían un solo heredero, elegido, si ambos fallecían sin haberlo designado, por dos parientes, uno de cada cónyuge, que actuarían como fiduciarios-comisarios, "varones, mayores de edad y más próximos". Verificado el supuesto, dos parientes que reunían los requisitos y eran los mayores "en" edad entre los que se hallaban en este caso, eligieron heredero al único hijo varón, designación que no fué aceptada por una hermana del mismo, la cual, sosteniendo que la cláusula de las capitulaciones al referirse a "mayores de edad" hacía imposible el nombramiento de

heredero por insanable indeterminación (dado que en el presente caso muchos parientes cumplían todas las condiciones establecidas) de las personas que debían nombrarle, había obtenido el título de heredero abintestato. Dicha hermana presentó demanda solicitando que se declarase nula la designación efectuada; a ello se opuso el demandado estimando que la citada frase debía entenderse como "mayores "en edad" para que produjese efecto, y porque así era la costumbre en aquel tiempo, aplicable al caso (lo que fué cumplidamente demostrado). Vencido en las dos instancias, el demandado interpuso recurso de casación, y el Tribunal Supremo declara *haber lugar* al mismo por todos sus motivos, en virtud de las consideraciones ya expuestas y las que a continuación se exponen, aplicando rectamente las normas de integración e interpretación de los contratos.

"Como ya dijo esta sala en sentencias 16 febrero y 16 diciembre de 1943, por mucha relevancia que se quiera dar al axioma de Derecho aragonés "Standum est chartae", como también a la Ley 6.^a, tit. 3.^o, lib. 1.^o de la Novísima Recopilación de Navarra en cuanto mandan atenerse estrictamente a la letra del acto, contrato o Ley, múltiples preceptos legales de general aplicación en todas las regiones españolas atribuyen a los Tribunales la función interpretativa sin restricciones" (Considerando 3.^o). Y, además, "en interpretación literal y finalista de los capítulos en litigio no puede ofrecer duda que los otorgantes han querido instituir heredero a uno solo de sus hijos, como medio de perpetuar la integridad del patrimonio familiar concentrado en una sola mano, realzando así el prestigio y rango de la casa, según constante y muy cuidada costumbre aragonesa, y esta finalidad se frustraría si, no obstante el designio que informa las capitulaciones, se abriera la sucesión intestada, ... vulnerando así la norma interpretativa de los artículos 1.281 y 1.284 del C. c." (Considerando 4.^o). Por otra parte, "la práctica tradicional anterior al Apéndice foral aragonés... de atribuir la preferencia para el cargo fiduciario al pariente de mayor edad entre los concurrentes de igual grado, bastaría para llenar el vacío de las capitulaciones en este respecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.287 del C. c...., y en igualdad de circunstancias la mayor edad es un motivo natural de preferencia, y así lo reconoce el propio Apéndice foral en el artículo 58 y el C. c. en los artículos 211, 220, 227 y 295, en casos similares al de autos" (Considerando 5.^o). "Por lo expuesto, es indudable que la expresión "mayor de edad"..., no significa que... hubiera de tener la plena capacidad jurídica y de obrar, porque si así fuera carecería de finalidad por superflua y sobrentendida, sino que debe asignársele el significado de "mayor en edad" para que pueda tener el sentido y efectos que quisieron darle los estipulantes" (Considerando 6.^o).

2. CONTRATO DE GUARDACOCHES Y CONTRATO DE SUBARRIENDO. DIFERENCIA ENTRE AMBOS. *El contrato de guardacoches consiste en la guarda y cuidado de los coches ajenos mediante un canon diario por coche, y es completamente distinto de la entrega del local por el arrendatario, a espaldas del arrendador, a una tercera persona, mediante pago de una cantidad mensual, lo cual constituye un subarriendo.* [Sentencia 8 marzo 1952.]

El propietario de un local lo arrendó en 1932 para garaje, prohibiendo expresamente el subarriendo, el traspaso y la variación del destino de la cosa. El precio pactado fué de 300 pesetas mensuales. El arrendatario cedió el local, sucesivamente, a varios organismos oficiales, por precio de 1.800 pesetas mensuales. El arrendador obtuvo en instancia el desahucio por subarriendo y el Tribunal Supremo *desestima* el recurso del arrendatario, el cual pretendía que no existía, por su parte, subarriendo sino "ejercicio de la industria de garaje".

3. ARRENDAMIENTO DE SOLAR. LEGISLACIÓN APLICABLE. *El arrendamiento de una finca constitutiva de solar no está sometido a la legislación especial de arrendamientos.* [Sentencia 3 mayo 1952.]

4. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. REQUISITOS. INDUSTRIA PARALIZADA: *Para la existencia de un arrendamiento de industria, no es obstáculo que la explotación del negocio hubiese estado paralizada durante los dos o tres años anteriores al arrendamiento.* [Sentencia 8 abril 1952.]

OBSERVACIONES: Véanse, en análogo sentido, las sentencias de 16 marzo 1948 y 30 noviembre 1950.

5. ARRENDAMIENTO URBANO. LÍMITE A LA RETROACTIVIDAD DE LA NUEVA LAU: *Formulada una acción y alegadas las excepciones conforme a la derogada legislación de alquileres, no pueden aplicarse las normas de carácter sustantivo de la nueva LAU, por lo mismo que sus disposiciones no pudieron tenerse en cuenta ni ser objeto de discusión durante la sus- tanciación del juicio.* [Sentencia 28 abril 1952.]

6. ARRENDAMIENTO URBANO. REVISIÓN DE LA RENTA POR EXCEDER DE LA CANTIDAD AUTORIZADA. PLAZO DE CADUCIDAD. DERECHO DEROGADO: Véase I, 6.

7. ARRENDAMIENTO URBANO. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR DERRIBO DE LA FINCA CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR. AUTORIZACIÓN DEL GOBERNADOR CIVIL: IMPROCEDENCIA DEL CONTROL DE LA MISMA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES: *En juicio sobre la procedencia o no de la excepción a la prórroga, no pueden discutirse faltas de fondo o de forma que se suponen cometidas en el procedimiento seguido ante el Gobernador civil para autorizar la demolición* [Sentencia 16 febrero 1952].

En sentencia *desestimatoria*, el T. S. declara (Considerando primero): "según el artículo ciento quince de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la autorización del gobernador civil para la demolición del inmueble, es imprescindible para que prospere la acción negatoria de la prórroga del contrato de arrendamiento, aunque la autorización no prejuzgue su procedencia; pero contra ella no se concede recurso alguno; es decir, que ejercitada dicha acción, después de obtenida tal autorización, en el juicio correspondiente puede decidirse sobre la concurrencia o no de las demás condiciones legales exigidas para el éxito de la acción, pero de ninguna manera sobre supuestas faltas de fondo o de forma del procedimiento seguido ante el gobernador civil para autorizar la demolición, lo que equivaldría a admitir y decidir un recurso judicial contra su resolución, infringiendo la prohibición expresa de la Ley".

8. ARRENDAMIENTO URBANO. DESAHUCIO POR DESTINARSE EL LOCAL A USOS DISTINTOS DE LOS PACTADOS. DERECHO DEROGADO. *El Decreto de 2 de junio de 1933 aclaró el art. 5.^o ap. b) del Decreto de 20 de diciembre de 1931, en el sentido de que solamente podría el dueño de la finca desahuciar al arrendatario por haber destinado éste el local a usos distintos de los pactados, si con ello desmereciera la cosa arrendada.* [Sentencia 31 mayo 1952.]

9. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. ARRENDATARIO EXTRANJERO. PRÓRROGA OBLIGATORIA. *El arrendatario extranjero de un local de negocio goza del beneficio de la prórroga obligatoria cuando entre el país de que es súbdito y España no existe tratado aplicable en la materia.* [Sentencia 29 octubre 1951.]

A. Se discute la aplicación del beneficio de prórroga obligatoria del arrendamiento de un local de negocio a una entidad mercantil extranjera (concretamente, indostánica). El juzgado de primera instancia decretó el desahucio por expiración del término del contrato; pero la Audiencia revocó la sentencia y declaró la procedencia de la prórroga, en aplicación del artículo 27 del C. c. y 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Sociedad arrendadora recurrió en casación y el Tribunal Supremo declara "no haber lugar" al recurso.

B. OBSERVACIONES: La presente sentencia confirma y convierte en doctrina legal la acertada solución de la de 27 de noviembre de 1950. Sobre la interpretación del artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, véase principalmente: Alfonso de Cossío: "Problemas de derecho internacional privado que suscita la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946", en "Revista Española de Derecho Internacional", I, 2-3 (1948), pág. 400 y ss.

10. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. REVISIÓN DE LA RENTA POR EXCEDER DE LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: COMIENZO DE LA FACULTAD: *La facultad del art. 133 de la LAU no nace hasta que expira el plazo de un trimestre natural concedido al arrendador para declarar la nueva renta.*

RENUNCIA AL BENEFICIO DEL ART. 133 DE LA LAU: *El arrendatario de local de negocio puede renunciar en el contrato al beneficio del art. 133 de la LAU. Se entiende renunciado dicho beneficio por el hecho de haber aceptado en el contrato una renta superior a la declarada a efectos fiscales* [Sentencia 16 febrero 1952].

A. El propietario de un local de negocio (hotel), lo arrendó, en 1.^o de enero de 1948, por el precio de 24.000 pesetas anuales. El arrendatario renunció en el contrato a todos los beneficios que le concedía la LAU, salvo el de prórroga obligatoria. En 31 de marzo de 1948 el arrendatario exigió judicialmente al arrendador la reducción de la renta a la cantidad de 650 pesetas mensuales, que era la entonces declarada a la Hacienda. La demanda fué estimada en ambas instancias y el propietario recurrió ante el Tribunal Supremo.

Este declara *haber lugar* al recurso, amparándose en la siguiente doctrina:

1. "Fijada la renta nueva y mayor en el contrato de arrendamiento en que se basa la demanda a partir de primero de enero de mil no-

vecientos cuarenta y ocho y estando de acuerdo las partes en que el plazo fijado para que el propietario hiciera la declaración de la nueva renta era el de un trimestre natural, conforme al artículo tercero, párrafo primero del Decreto del Ministerio de Hacienda de veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, trimestre que, a virtud de lo dispuesto en el artículo primero del Código civil, vencia en treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, como ese derecho no comenzaba a regir hasta el día siguiente (primero de abril del propio año) y como, por otra parte, su nacimiento determinaba el de la acción del inquilino, para reclamar en juicio, resulta evidente que esta acción no puede ejercitarse eficazmente hasta el primero de julio del citado año" (Considerando 3.º).

2. "Apareciendo de la diligencia obrante al folio quince de los autos, que la demanda se presentó en treinta y uno de marzo y habiendo de fallarse la pretensión con arreglo a dicha demanda, es claro que cuando ésta fué presentada el derecho del inquilino y, por lo tanto, la acción correspondiente no había nacido todavía y por lo tanto estuvo en su punto la excepción de falta de acción formulada por la parte demandada, y, al no acogerla la Sala sentenciadora, incurrió en la infracción del artículo ciento treinta y tres de la Ley de Arrendamientos Urbanos" (Considerando 4.º).

3. "La Ley de Arrendamientos Urbanos, restringiendo en este punto la protección del inquilino en relación con las disposiciones del Decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno, permite la renuncia por el inquilino del derecho de revisión de la renta pactada en el contrato cuando se trata no de viviendas, sino de locales de negocios, por lo que en principio el derecho que tiene el inquilino a la reducción de la renta en estos casos es perfectamente renunciable" (Considerando 5.º).

4. "Si el derecho a la renta legal es renunciable, lo es con todas sus consecuencias, y, por lo tanto, no cabe admitir que por falta de una declaración de renta a realizar por el propietario con posterioridad a la celebración del contrato renazca el derecho renunciado, tanto más cuanto que se trata de una mera facultad del inquilino ("podrá", dice el artículo ciento treinta y tres de la Ley), por lo que hay que entender que, aceptada por el inquilino de local de negocio una renta en el contrato de arrendamiento, no le es lícito en principio ejercitar la acción a que alude el artículo ciento treinta y tres para exigir la reducción de la renta a la catastral, sin que a ello obste lo dispuesto en el artículo cuarto del Código civil en el sentido de no ser renunciables los derechos cuando esta renuncia vaya contra el interés o el orden público, pues, en primer lugar, se trata de una disposición de carácter general y aquí prevalece la disposición especial sobre renuncia de derechos, que es el artículo once de la Ley, conforme al cual serán renunciables cuantos derechos confiere ésta a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocios, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento; pero es que, además, aun cuando la acción concedida al inquilino por el ar-

título 133, inspirada en las disposiciones de orden fiscal que la precedieron, tiene sí un fundamento en el interés de la hacienda pública de que la renta catastral coincida con la contractual con el fin de evitar la defraudación, se traduce también en un beneficio particular para el inquilino que puede perfectamente renunciarlo, y siendo este aspecto predominante, no es posible dudar que la renuncia hecha en el contrato de arrendamiento abarca también a la acción para pedir la reducción de la renta en el caso discutido, procediendo por ello estimar que la sentencia de instancia ha incurrido por interpretación errónea en infracción de los artículos cuarto del C. c. y 133 de la LAU, por lo que procede desestimar la demanda y ordenar al Tribunal a quien competía la ejecución de este fallo, que comunique al registro fiscal la renta contractual a efectos tributarios". (Considerando 6.º).

B. OBSERVACIONES: El T. S. reafirma en esta sentencia su anterior interpretación del artículo 11 de la LAU en relación con el 133 del mismo cuerpo legal. La sentencia de 14 febrero 1949 (revocando la entonces recurrida) había ya estimado que el arrendatario de local de negocio puede válidamente renunciar a la revisión de la renta por eláusula establecida en el contrato de arrendamiento. Yendo más lejos, el fallo (confirmatorio) de 13 junio 1950 afirmó que el consentimiento expresado en el contrato, al pago como renta de una cantidad, implica renuncia de la facultad de pedir la revisión, y que dicha renuncia es válida, tratándose de locales de negocio, en virtud del artículo 11 de la LAU. La sentencia de hoy confirma ambas soluciones: la facultad del artículo 133 es renunciable por el arrendatario de local de negocio; se entiende que la renuncia está implicada en la mera fijación de una cantidad como renta en el contrato. Conviene, para precisar el alcance de la doctrina del T. S., observar que la facultad de revisión de la renta no ha nacido todavía, en los casos planteados ante él, en el momento de la renuncia (por no haber transcurrido el plazo de tres meses naturales a partir de la celebración del contrato, que exigen las leyes fiscales); por ello, propiamente lo que hay es renuncia del beneficio del artículo 133 de la LAU. (J. A. P.)

11. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO. DERECHO DE TANTEO DEL ARRENDADOR: EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN: *La notificación del traspaso, que permite al arrendador ejercitár su derecho de tanteo, no puede quedar sin efecto sin el consentimiento de dicho arrendador* [Sentencia 19 enero 1952].

A. El arrendatario de un local de negocio notificó al propietario su voluntad de traspasarlo y las condiciones del traspaso. El propietario decidió ejercitar el derecho de tanteo que le concede la LAU, y, ante la oposición del arrendatario, demandó judicialmente a éste. El demandado alegó que tanto él como el presunto adquirente habían desistido del traspaso. En primera instancia, y en apelación, se desestima la demanda por entenderse que el propietario ejercitaba una "acción resolutoria del contrato" y no la acción para la efectividad del derecho de tanteo, y que no se daba una causa de resolución.

El T. S. da lugar al recurso de injusticia notoria, reconociendo que lo pedido en realidad por el demandante era la efectividad del derecho de tanteo, y declarando al respecto en el Considerando 4.º: "Ejercitado, en tiempo y forma por el arrendador, el derecho de tanteo, con referencia

al local de negocio arrendado, no puede quedar al arbitrio del arrendatario su cumplimiento, según lo establecido en el artículo mil doscientos cincuenta y seis del Código civil, ni la circunstancia de que el presunto adquirente del traspaso desistiese de éste puede enervar el derecho del actor, por ser tal conducta absolutamente intranscendente a los fines perseguidos una vez aceptada por el arrendador la preceptiva oferta del obligado".

B. OBSERVACIONES: Reitera la presente sentencia la doctrina de la de 2 de julio de 1951.

12. EL SUBARRIENDO: DERECHO A SER PARTE DEL SUBARRENDATARIO EN EL JUICIO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR SUBARRIENDO: Véase D. P., III, 1.

V. Derecho de sucesiones.

1. EL ALBACEAZGO: TÉRMINO DEL MISMO: *Cesa en su cargo el albacea cuando las operaciones particionales son aprobadas por los interesados y éstos incorporan a su patrimonio los bienes de la herencia, pues, si se estimara de otra manera, el albacea tendría la posibilidad de mantener sus funciones indefinidamente, y de alterar o modificar la partición sin respeto al estado de Derecho creado al amparo del art. 1.068 C. c.*

PRÓRROGA DEL ALBACEAZGO: *No procede, y si se obtiene carece de efecto, cuando fué concedida con posterioridad al término del albaceazgo.*

NULIDAD DE LOS ACTOS DEL ALBACEA EJECUTADOS DURANTE LA PRÓRROGA NULA: *Son nulos los verificados durante el período de prórroga concedida después de haber terminado el albacea sus funciones.*

ABONO DE GASTOS AL ALBACEA: *No procede cuando fueron causados en un tiempo en que ya el albacea estaba desprovisto de tal carácter.* [Sentencia 14 febrero 1952]

Se trataba de un supuesto en el que, ya practicada y aprobada la partición por los interesados, el albacea, estimando que la liquidación de la sociedad de gananciales no era adecuada, formó, habiendo obtenido prórroga judicial para el ejercicio de sus funciones, un nuevo cuaderno particional, e intentó que se declarase que la nueva partición dejada sin valor la anteriormente efectuada. Vencido en primer ainstancia, la sentencia fué confirmada en apelación; interpuso recurso de casación, que fué *desestimado* por el T. S. en virtud de los razonamientos siguientes:

"La aprobación por los interesados de las operaciones particionales y la incorporación a su patrimonio de los bienes de la herencia, ponen término a la testamentaría y al albaceazgo, y al cesar los albaceas por este modo normal en su cargo quedan desprovistos de la personalidad que durante el mismo tenían para accionar con aquel carácter, sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque hayan incurrido éstas en errores de valoración, omisiones de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, co-

el ejercicio de las acciones que de ella se deriven, corresponde a los herederos" (Considerando 2.º), y ello constituye "doctrina declarada reiteradamente por la jurisprudencia" (Considerando 3.º). Estima el Tribunal Supremo que la opinión del recurrente de que debía realizar de nuevo la división de la sociedad de gananciales en vista de que las valoraciones asignadas a los bienes de la misma no eran exactas, y que de no hacerlo así dejaría incumplido el encargo encomendado por el testador, constituye un "criterio inaceptable puesto que, además de estar en pugna con la doctrina previamente considerada, su aceptación desnaturalizaría la institución del albaceazgo con la posibilidad de mantener sus funciones indefinidamente, y de alterar, modificar o rectificar las particiones legalmente hechas, sin respeto al estado de Derecho creado al amparo del artículo 1.068 del C. c." (Considerando 3.º).

"Es fundamental en materia de prórrogas, lo mismo en lo relativo a los plazos contractuales que a los términos que señala la Ley procesal, que el cumplimiento de la obligación dentro de aquéllos y el transcurso de éstos hacen injustificada, sin objeto y desprovista en absoluto de eficacia en el primero de ambos supuestos, e improcedente también en el segundo, la prórroga que se obtenga" (Considerando 5.º), y "de nulidad adolecerían cuantas operaciones hubiera realizado" el albacea "con uso de tales prórrogas obtenidas con posterioridad al término del albaceazgo" (ídem).

No son abonables los gastos "producidos por quienes sin estar ya asistidos de la calidad de albacea o mandatario se hayan atribuido la permanencia en el ejercicio de sus funciones" (Considerando 6.º).

DERECHO MERCANTIL

1. LA EMPRESA: ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: Véase D. C., III, 4.

2. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: RESCISIÓN PARCIAL. CONFIGURACIÓN PERSONALISTA DE ESTA FORMA DE SOCIEDAD: *La sociedad de responsabilidad limitada tiene en nuestro derecho configuración personalista, y le es aplicable por ello lo dispuesto en los arts. 218 y 219 del C. de c.* [Sentencia 19 junio 1952.]

A. Se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada, uno de cuyos administradores (de facto el único) incurrió en numerosas irregularidades, que bastaban, a tenor de lo dispuesto en el artículo 218 del C. de c., para producir la rescisión parcial de la compañía. Absuelto el administrador demandado en primera instancia, fué declarada la rescisión parcial en cuanto al mismo en grado de apelación. El vencido interpuso recurso de casación, y el T. S. declara "no haber lugar" en virtud de la siguiente doctrina:

"Es de ineludible aplicación el número 1.º y el 7.º del artículo 218 del C. c. para decretar la disolución (sic) o rescisión parcial, en cuanto al señor X, de la sociedad Z, como acertadamente la decretó el juzgador de instancia, con los efectos previstos en el artículo 219 del mismo texto legal, preceptos extensivos a la sociedad de responsabilidad limitada, configurada en nuestro Derecho como entidad de tipo personalista, similar en su régimen interno a la sociedad colectiva, aunque con nota peculiar frente a terceros de limitación de responsabilidad de los socios que la integran" (Considerando 4.º).

B. OBSERVACIONES: Acerca de la configuración de esta forma de sociedad, cf. J. López y M. González, "Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada", ANUARIO, V-II, págs. 607-651, y especialmente págs. 640-642, donde se expone la doctrina sustentada por el T. S. en Ss. 5 julio 1940, 5 julio 1941 y 18 febrero 1948, y las diferentes apreciaciones que de la misma hace la doctrina científica. Añadimos que la sociedad del proceso que nos ocupa era de facto de configuración "personalista". (J. L.)

3. COMISIÓN MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE ESTE CONTRATO: *Según reiterada doctrina, salvo pacto en contrario, es aquel en que el comisionista haya desempeñado, totalmente o en parte, el mandato.* [Sentencia 25 abril 1952.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. LA ACCIÓN: CALIFICACIÓN POR EL JUZGADOR: *La naturaleza e identificación de las acciones, cualquiera que sea el error de las partes al denominarlas, es de la competencia del juzgador, el cual tendrá en cuenta la lógica ilación de los hechos y fundamentos de la demanda con su súplica.* [Sentencia 19 enero 1952.]

OBSERVACIONES: La jurisprudencia del Tribunal Supremo había afirmado ya que la calificación de la acción ejercitada es una "quaestio juris" de la exclusiva competencia del juzgador. Véanse, entre las más recientes, las sentencias de 10 de febrero de 1949 y de 4 de julio de 1949. Con ello se interpretan con flexibilidad los artículos 62 y 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil y se quita relevancia al error en la designación de la acción cometido por el demandante (J. A. P.).

2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES DE LA MISMA NATURALEZA: PROCEDENCIA: *Nunca podrá ser tenida por acumulación arbitraria la de acciones personales cuyo ejercicio separado, dividiendo la continuidad de la cosa, pudiera producir sentencias contradictorias.* [Sentencia 9 abril 1952.]

3. LA CONFESIÓN JUDICIAL: APRECIACIÓN EN RELACIÓN CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA: *Cada una de las posiciones del confesante debe relacionarse, no sólo con todas las contestaciones emitidas por él, sino con los restantes medios de prueba aportados a la litis.* [Sentencia 9 febrero 1952.]

OBSERVACIONES: La jurisprudencia en este sentido es reiteradísima. Véanse, recientemente, las sentencias de 10 febrero 1949, 15 mayo 1949, 17 octubre 1951, 13 noviembre 1951.

4. RESERVA DE DERECHOS EN EL PROCESO. ALCANCE: *Las reservas de acciones en favor de los litigantes o de un tercero no dan ni quitan derechos.* [Sentencia 21 marzo 1952.]

III. Procesos especiales.

1. JUICIO DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO POR SUBARRIENDO. DERECHO A SER PARTE DEL SUBARRENDATARIO: *En el juicio de resolución del arrendamiento urbano por subarriendo no consentido, no es forzoso demandar al subarrendatario, porque el art. 86 de la Ley de Arrendamientos Urbanos comprende sólo al cessionario de vivienda, pero no al subarrendatario de local de negocio; pero si dicho subarrendatario comparece en autos, puede y debe ser tenido como parte a partir del momento en que se le admite, por tener un interés evidente en el asunto.* [Sentencia 4 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: Se reitera la doctrina introducida por la Sentencia de 8 de julio de 1948.

2. JUICIOS ARRENDATICIOS URBANOS. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LAU: *La disposición transitoria 17.^a de la LAU no permite retroceder en el procedimiento ni, por tanto, anular los fallos ya dictados al amparo de la legislación anterior.* [Sentencia 23 abril 1952.]

IV. Recursos.

1. APELACIÓN EN JUICIO DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO POR FALTA DE PAGO. CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *En los juicios de resolución del arrendamiento urbano por falta de pago, la consignación por el recurrente de las rentas vencidas o que nayan de pagarse por adelantado es requisito para admitir la apelación.* [Sentencias 2 febrero 1952 y 5 marzo 1952.]

Ambas sentencias justifican la doctrina, invocando la letra del artículo 180 de la LAU y, sobre todo, el artículo 173 de la misma, el cual, al exceptuar expresamente de la prohibición del artículo 1.566 de la LEC, sólo a los casos referentes a viviendas en que el desahucio no se funde en la falta de pago, implícitamente exige la consignación en los demás casos.

2. LA CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *No procede el recurso de casación cuando las infracciones que se citan aparecen relacionadas con el contenido de un Considerando que no constituya el fundamento único del fallo recurrido.* [Sentencia 14 febrero 1952.]

3. LA CASACIÓN. MOTIVOS: NÚM. 1.^o, 1.692 LEC. *Cuando supone una cuestión nueva, procede la desestimación.* [Sentencia 3 junio 1952.]

OBSERVACIÓN: Cf. ANUARIO, V-II, pág. 808, núm. 3, y allí cit.

4. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^o, 1.692 LEC. *No puede pretenderse la alegación de error de hecho si no resulta de documento o acto auténtico.* [Sentencia 3 junio 1952.]

5. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, 1.692 LEC. *No puede prosperar el error de Derecho alegado con cita, como infringidos, de preceptos que no versan sobre valoración de elementos probatorios, o si dichos preceptos no contienen norma imperativa, sino meramente admonitiva.* [Sentencia 3 junio 1952.]

Los preceptos en cuestión eran los arts. 1.214 C. c. y 659 LEC.

6. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA. FORMULACIÓN: REQUISITOS: *No procede estimar el recurso que no cita con precisión la causa en que se fundamenta.* [Sentencia 2 abril 1952.]

7. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA. DEPÓSITO PARA RECURRIR: *Si ambos litigantes recurren contra una misma sentencia, cada uno debe constituir su propio depósito, y perderlo por entero si el fallo del Tribunal Supremo es desestimatorio.* [Sentencia 9 febrero 1952.]

8. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA POR QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMALIDADES DE JUICIO. INFRACCIONES CONSENTIDAS: *No procede el recurso cuando los vicios de forma que se alegan, si bien son ciertos, no fueron debidamente impugnados en instancia.* [Sentencia 4 marzo 1952.]

Se trataba de un subarrendatario de local de negocio que, en el juicio de resolución del contrato por subarriendo no consentido, dejó firme la providencia que le negó el derecho a ser parte, y no intervino en el proceso hasta después de transcurrido el período de prueba (momento en que fué favorablemente acogida una nueva petición suya de que se le reconociera su derecho a ser parte).

9. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA. POR QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMALIDADES DEL JUICIO. INFRACCIONES CONSENTIDAS: *Cuando el recurrente no pidió en la primera instancia la subsanación de las faltas que supone cometidas, no procede dar lugar al recurso, según establece el art. 1.696 de la LEC, aplicable subsidiariamente en virtud del art. 180 de la LAU.* [Sentencia 27 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: Véanse, en idéntico sentido, las sentencias de 20 marzo 1950 y 4 marzo 1952.

II. SALA QUINTA

I. Sentencias comentadas

Sentencia de 10 de octubre de 1951

APARCERIA. — CARACTERISTICAS DE ESTE CONTRATO. — MODALIDADES CONSUEUDINARIAS PARA LA POSTURA DE PARRAS.

No es contrario a la legislación especial de arrendamientos rústicos, por ser constitutivo de una modalidad de explotación autorizada por la costumbre en la localidad de Berja (Almería) que merece ser calificada como verdadera aparcería permitida y aún protegida por la legislación especial, el contrato por el cual se cede una finca para plantar parras por tiempo de doce años, los seis primeros con una pequeña renta y los seis últimos, a medias, aportando el propietario cedente de la tierra determinados elementos, como los pies de parra, alambres y madera.

Que las partes, incluso, lo titulen de arrendamiento durante los seis primeros años porque se paga merced fija, no basta para calificarlo tal, porque ha de buscarse su fondo, su finalidad, la participación en definitiva proporcional en los productos y la aportación de elementos que acreditan no es sólo la tierra lo que se cede.

La propietaria de la finca «Haza del Beneficio», sita en término de Berja, provincia de Almería, plantada de parras antes de 1936, pero en pésimo estado al terminar la guerra de liberación se puso al hablar en el año 1940 con don A. B. R., que venia labrándola, para dedicarla al cultivo para el que era adecuada o sea la puesta de parras, mediante el contrato de aparcería corriente en la comarca, y a tal fin llegó a un acuerdo con el citado A. B. R. estipulándose verbalmente que duraría doce años agrícolas, siendo el primero el de 1940 a 1941; que la propiedad pondría, además de la tierra y la alambrada y palos, las plantas, a cuyo fin compraría piecillos que se colocarían, para allí criarlos, en un plantel al lado de la balsa de... que era otra finca de la propietaria y que esos piecillos después de injertarlos se trasplantarían al «Haza del Beneficio», la cual se explotaría conforme a la costumbre del lugar, esto es, los seis primeros años pagando don A. B. R. una reducida renta fija, llamada en la localidad «renta económica» y los seis años restantes dividiéndose los productos a medias entre la propiedad y A. B. R., aparcero de la finca.

Subrogado en lugar del aparcero, con el consentimiento de la propiedad, su hijo don A. B. M., se opuso éste a elevar a contrato escrito el verbal antes celebrado por su padre con la propiedad, lo que dió lugar al levantamiento de

una acta notarial, en la que, a requerimiento de la propiedad, A. B. R. manifestó ser cierta la existencia del contrato celebrado, conforme a usos y costumbres locales que se detallan en el acta y que, además, fueron probados en el pleito por medio de una certificación de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de Berja.

Entablada la demanda correspondiente para obtener del demandado don A. B. M. la elevación a documento privado del contrato verbal celebrado en 1940 en las expresadas condiciones y el cumplimiento de lo convenido en orden al reparto aqual de los frutos y otros extremos, el Juez dictó sentencia estimando la demanda y declarando existente un contrato verbal de aparcería con un plazo de duración de doce años a partir de 1941, debiendo el arrendatario durante los primeros seis años pagar la renta pactada de veinticinco pesetas por cedemín y cada uno de los seis años siguientes repartir entre él y la propietaria, por mitad, los productos de la finca en el momento mismo de su recolección.

Entre los fundamentos de la sentencia figura el de que si del conjunto de la prueba practicada, en la que es preciso destacar el testimonio del propio hermano del demandado, se desprende la certeza de la *forma mixta en que se contrató*, como alega la demandante, tal criterio se robustece mediante un análisis lógico de los hechos. En efecto, es sabido por notorio en esta comarca, que las plantaciones de parrales empiezan a rendir beneficios a partir del cuarto año de vida de la planta, alcanzando ya en el séptimo u octavo su producción próxima a la normal, siendo de todo punto inverosímil que por un propietario se arriende una finca nada menos que por doce años y por un precio tan exiguo como veinticinco pesetas por cedemín de tierra, cuando ha quedado probado que los mayores gastos de los que ocasiona la plantación de parras—estacamiento y alambrada—se hallaban realizados, si bien con deterioro, al tiempo de contratarse, al menos por lo que respecta a las tres cuartas partes de la total finca, y más inverosímil que, como también alega el demandado, al sustituir a su padre en el arrendamiento, transcurridos ya seis o siete años de la vigencia del primitivo contrato, le fueran otorgados por la propietaria otros diez a doce años más en un momento en que la casi totalidad de la finca se hallaba plantada y produciendo...; larguezza que de ser cierta acreditaria un verdadero acto de generosidad tal que por ello se hace insólito, precisando una prueba concluyente que en el caso presente no se ha practicado.

Apelada esta sentencia por el demandado, la Audiencia atiende con especial cuidado a la falta de un criterio uniforme por parte de la actora, respecto de la calificación jurídica que debe atribuirse al contrato celebrado para la postura de parras, puesto que unas veces su tesis es—dice la Sala—la de que en dicho año 1940 lo que se celebró fué un contrato por doce años, los seis primeros a renta fija y los seis años restantes en aparcería; otras veces a esa percepción de renta fija (renta económica como en tantas otras ocasiones le llama) le da su verdadero nombre de contrato de arrendamiento, y así manifiesta que de esos doce años fueron los seis primeros en arrendamiento; en otras, ese concepto de arrendamiento se lo da a la totalidad del plazo, y así dice que estos arrendamientos... se pactan con una duración por doce años; otras, aduce que ese contrato total de doce años lo fué todo netamente de aparcería; otras veces cuida de no darle nombre alguno, como en los recibos

de renta aportados y silenciendo la clase de contrato se refiere únicamente a lo convenido; otras, silenciendo a la par lo de arrendamiento y lo de aparcero, le expide los recibos como explotador de la finca, y, por último, en definitiva, rehuye tanto para el total contrato de doce años como para el de los seis primeros años de duración toda denominación y le llama únicamente contrato atípico; y, ante estas fluctuaciones, da la Audiencia por sentado que la verdadera tesis de la parte actora es la de que dicho contrato participa a la vez del carácter de arrendamiento para durante los seis primeros años y el de aparcería para los seis restantes. Niega la sentencia que se hubiera probado la certeza de un concierto expreso entre las partes para el nacimiento de la aparcería y dejó establecido: a) Que se pretendía por la parte actora suplantar con la existencia de una costumbre (que tampoco consideró probada la Audiencia) la necesaria e imprescindible voluntad de las partes, única fuente creadora de esa institución, como de toda institución contractual. b) Que en la hipótesis de admitirse la certeza del pacto, sería éste radical y absolutamente nulo, pues aun calificándolo de contrato atípico, esa cesión temporal del disfrute y explotación de fincas rústicas mediante una renta anual concreta y taxativa, cualquiera que sea su denominación y aun sin denominación alguna, está en todo caso comprendida en el párrafo segundo del art. 1.^o de la Ley especial de arrendamientos de 15 de marzo de 1935, rigiéndose por sus preceptos. c) Que con un pacto de tal clase se obtendría un especial y singular modo de anular la legislación social, y que tal pacto, si ineficaz en cuanto creación no permitida a la voluntad de las partes, lo es aun más encajándolo en el marco de la costumbre local, por tratarse no ya sólo de costumbre contra Ley (art. 5.^o del Código civil), sino contra especial Ley, como es esta social, sobrepuerta a la voluntad de los contratantes, prohibitiva de toda renuncia abierta ni encubierta de sus preceptos (art. 1.^o de la Ley de 1935) y derogatoria de toda configuración consuetudinaria que, cualquiera que sea su modalidad, queda sometida a la preeminencia de sus disposiciones, en mérito de todo lo cual la Audiencia absuelve al demandado don A. B. M. sin especial imposición de costas.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al amparo de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a, apartado A), causas 3.^a y 4.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, fundada, entre otros, en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO

1.^o Infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto que la Audiencia estimó que el problema litigioso es el de la existencia o no de una costumbre frente al contrato de arrendamiento que supone el demandado ser el celebrado, siendo en realidad el referido problema la existencia de un pacto especial de aparcería, como afirmó el actor en la demanda, o su inexistencia, si se entendiera que el celebrado fué un mero contrato de arrendamiento.

2.^o y 5.^o Errónea apreciación de las pruebas documentales obrantes en autos: a) Sobre la existencia de un pacto especial de aparcería por doce años con demora del reparto a medias de los productos de la finca por los seis primeros años, durante los cuales el aparcero no tenía más obligación que la de pagar quinientas pesetas anuales, que representan escasamente lo que correspondía pa

gar por contribuciones e impuestos, pudiendo decirse que durante los seis años de pago de esa renta la propietaria no percibía ningún beneficio de su finca. *b)* Sobre la certeza (acreditada por certificación de la Hermandad Sindical) de la costumbre local, con la cual coincide el pacto expreso de aparcería celebrado entre las partes que cuando, como en este caso, existe, basta y es válido sin más que no pugne con la Ley, aunque no se hubiera demostrado la existencia de la costumbre, que lo ha sido según la aludida certificación, de la que resulta serlo en la localidad «el contrato verbal mediante el cual el propietario de una finca la entrega para su puesta de parras, por seis años, pagando durante ellos el labrador una pequeña renta a condición de que transcurrido el indicado tiempo se convierta en aparcería a medias».

7.^º Infracción, entre otros, de los artículos 4.^º y 5.^º del Código civil; 1.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y 1.^º de la de 23 de julio de 1942, todos ellos en relación con el 45 de la citada de 15 de marzo de 1935 y el 1.125 del Código civil, al declarar la nulidad radical y absoluta del pacto celebrado entre las partes el año 1940 en el supuesto (rechazado por la Audiencia) de haberse celebrado, porque dicho pacto no pugna con las Leyes de 1935 y 1942, sino que está expresamente amparado por lo dispuesto en los artículos 43 y siguientes de la de 1935.

El pago de una módica renta fija durante los seis primeros años, no determina que el contrato sea de arrendamiento, porque el contrato es uno, la exigua renta no es precio liso y llano del disfrute de la finca, y el aplazamiento del reparto a medias de los productos, siendo pacto lícito conforme al artículo 1.125 del Código civil, responde a la necesidad de un tiempo para el desarrollo de las parras, sin que pugne con la existencia real de la aparcería desde el momento de la celebración del contrato entre ambas partes.

El Tribunal Supremo declara que ha lugar a la revisión:

CONSIDERANDO: Que del examen de los motivos 2.^º y 5.^º del recurso... ha de decidirse por su pertinencia; ya que constando... en el documento público acta de requerimiento notarial... corroborado por la confesión del demandado, que el requerido, persona con quien se concertó el contrato... y aun otra persona conviviente suya, afirman la realidad de ese contrato, y apareciendo como aparece del oficio del Jefe de la Hermandad Sindical de Labradores... ser costumbre en la localidad efectuar contratos en las condiciones y características del que se trata; no parece correcto sostener... que sin pacto se ha pretendido creada una aparcería u otro contrato sólo por vínculos de la costumbre, ni tampoco que haya quedado sin... justificación esa costumbre; pues estos documentos no redargüidos... claman contra esa apreciación sentenciadora, dando ocasión a reputar un error patentizado como la Ley aplicable exige, para su debido efecto.

CONSIDERANDO: Que en consecuencia de lo razonado y porque los demás elementos de prueba aportados... lo corroboran, han de establecerse en fin como puntos de hecho resultancia del caso: Que en el año 1940 la representación legal de doña C. O. cedió la explotación de la finca de que se trata a don A. B. R. mediante acuerdo verbal para plantar parras por tiempo de doce años, los seis primeros con una pequeña renta y los seis últimos a medias, cediéndose tal contrato por aquél a su hijo don A. B. M. en el año 1945, con

el consentimiento de la dueña y en las mismas condiciones, y que en la localidad de Berja es frecuente dar en esas condiciones fincas para plantación de parras, y con estos supuestos tienen que someterse a estudio las peticiones del actor.

CONSIDERANDO: Que respecto a la validez y eficacia de ese pacto, negada por la sentencia, negativa que se impugna en el último motivo de revisión, ha de mantenerse la tesis contraria a la nulidad, porque no se opone ni indirectamente a la letra ni siquiera al tono de la legislación especial de arrendamientos rústicos, puesto que no se trata de un contrato arrendatario donde para burlar aquélla se estableciera particularidad impermitente de prórrogas, sino de una modalidad de explotación, autorizada por la costumbre, que constituye un sistema merecedor de ser calificado como aparcería, pues el fin es participar en la producción, y digno de loa porque sin perjuicio para nadie y dando al cultivador primero lo preciso y después buena parte de lo que se obtenga, contribuye en buen grado a mejorar la economía nacional; que incluso las mismas partes lo titulen primero de arrendamiento durante los seis primeros años porque se paga merced fija, no basta para calificarlo de tal, porque ha de buscarse su fondo, su finalidad, establecer un nuevo y más beneficioso cultivo, la participación en definitiva proporcional en los productos y la aportación de elementos, como los pies de la parra, alambres y madera, que acreditan no es sólo la tierra lo que se cede, todo lo cual dibuja desde el primer momento una verdadera aparcería, permitida y aun protegida por la legislación especial. Por esto, porque esa convención no merece de ningún modo reputarse contraria a la legislación de arrendamientos rústicos ha de ser tenida por eficiente en Derecho y al creer lo contrario la sentencia infringe los preceptos que se citan en dicho último motivo que se estima y provoca la revisión.

CONSIDERANDO: Que por virtud de la eficacia de los comentados motivos la sentencia sometida a revisión claudica, para otorgar prosperidad a la demanda, ya que por otra parte no tiene justificación alguna la tesis del demandado de tratarse de un mero arrendamiento por doce años, única defensa suya que desechada le deja sin apoyo; y no precisa tratar de los restantes extremos del recurso.

COMENTARIO

Fueron básicas en este recurso las *cuestiones de hecho* en cuanto que el fallo favorable a la revisión declara haberse padecido error por la Audiencia en la apreciación de la prueba en cuya virtud se acreditó en autos *la realidad del contrato* verbal celebrado entre la propietaria y el padre del actual aparcero—subrogado en el contrato—, y *el ser costumbre* en la localidad concertar pactos en las condiciones y con las características del de que se trata.

Así fijados los hechos, con la consecuencia de ser condenado el aparcero a suscribir el oportuno documento escrito privado y a cumplir su obligación de repartir anualmente los frutos de la finca por mitad con la propietaria durante los años restantes hasta la finalización de la vigencia del contrato, *las cuestiones de fondo* que ofrecen mayor interés de las debatidas en el pleito son, sin duda, las relacionadas con la *naturaleza jurídica y caracteres del contrato celebrado*.

brado y con la eficacia de la voluntad como fuente creadora de instituciones o relaciones jurídicas que tengan por objeto la cesión por el dueño del disfrute de la tierra para su explotación por otra persona, así como con la fuerza y efectos de las costumbres locales en esta misma materia.

Precisamente por el interés tan palpitante que en todo este pleito ha tenido una cuestión doctrinal de importancia aparentemente sólo teórica quizá para muchos, como la apuntada de la naturaleza del contrato discutido, es por lo que, adrede, hemos recogido, con no poco detalle, las diferentes apreciaciones de que fué objeto aquélla a lo largo de la contienda judicial.

A nuestro modo de ver, la controversia desarrollada en el pleito viene a reforzar la posición de los críticos benévolos del precepto contenido en el artículo 1.579 del Código civil, al menos en lo que respecta a la *denominación del contrato*, puesto que algunas de las vacilaciones terminológicas remarcadas por la Audiencia en el fallo revisado quedan explicadas recordando que el texto citado llama a los de esta clase «arrendamientos por aparcería», conforme a un criterio que ha tomado bastante arraigo en nuestra patria y que se refleja no sólo en dicho artículo del Código civil, sino en el proyecto de ley de 1905 para reformarlo (1); en el Código de Obligaciones y Contratos de nuestra Zona del Protectorado de Marruecos y, más modernamente, en las Leyes de arrendamientos rústicos de 1935 y 28 de junio de 1940, cuyos preceptos estatuyen indudablemente sobre la base de *ser las aparcerías de fincas rústicas una modalidad especial del arrendamiento de las mismas*.

Quiere esto decir que la *naturaleza mixta del contrato* de que se trata, especialmente acusada en el originador del pleito que nos ocupa, no podía menos de mostrarse al exterior en su misma denominación. Tratándose de las aparcerías de fincas rústicas—o tierras de labor, como dice el Código civil—*la cesión del uso o disfrute del predio por el propietario al aparcer* (art. 43 de la Ley de Arrendamientos de 1935), característica de todo arrendamiento (art. 1.543 del Código civil), *es, según nuestras leyes vigentes, un elemento constante* que, por tanto, puede y aun debe entrar en la denominación, lo que no obstante a que *la nota específica* de tales «arriendos por aparcería» sea la *sustitución en ellos del precio por el reparto equitativo de los productos de la finca por partes álicuotas proporcionadas a las respectivas aportaciones* (art. 43 L. A. R.) (2).

La importancia decisiva, esencial, de esta última nota o característica diferenciadora de este tipo de contratos, es bien puesta de relieve por la senten-

(1) Se respetaba la denominación «arrendamiento por aparcería» para el de predios rústicos, salvo que interviniieran en el contrato únicamente los aparceros o colonos u otra persona extraña al propietario, en cuyo caso se estimaría contrato de sociedad Cf. «Nueva Encyclopédia Jurídica española» (Seix, editor) Barcelona, 1950, t. II, pág. 718, artículo «aparcería», por LUIS RIERA AISA, Notario.

(2) Aun reconociendo todo lo estimable del esfuerzo doctrinal encaminado a tipificar la aparcería, prescindiendo, como elemento básico, de la cesión de bienes, que se sustituye por la idea asociativa, creemos que no encaja en nuestro vigente ordenamiento legal. La alusión del art. 43 de la L. A. R. al «concierto» del titular de una finca con una o varias personas parece que más bien debe entenderse referida a las aparcerías relativas a sólo algunos aprovechamientos; siendo de tierras de labor, la aparcería que regula nuestra ley de arrendamientos implica su cesión—arrendamiento por aparcería—, ya que el concierto del propietario con otras personas para la explotación de la finca entraña una organización o empresa agrícola para cuya regulación resultarían insuficientes y, sobre todo, de orientación inadmisible, los arts. 43 a 50 del L. A. R. y sus concordantes del Reglamento.

cia comentada, hasta el punto de incluirse por razón de ella en el molde único de la aparcería una relación contractual compleja, como la discutida en el pleito, por virtud de la cual hay lugar al disfrute de una finca durante un número determinado de años, por una renta fija.

Entre las razones aducidas en la sentencia del Tribunal Supremo para justificar esta «absorción», las fundamentales, a nuestro juicio, están constituidas por las que se articulan al acudir al «fondo» del contrato, consistente según este fallo en la «participación en definitiva proporcional en los productos y la aportación de elementos que acreditan no es sólo tierra lo que se cede».

Es decir:

1.º La renta fija durante los primeros años no puede estimarse, en realidad, el «precio» de la cesión, característico del arrendamiento puro, según el artículo 1.543 del Código civil. Recuérdense los argumentos lógicos antes copiados de la sentencia del Juzgado. Así se razona acertadamente en el motivo 7.º del recurso. Además, podemos añadir *no es extraño a la regulación de la aparcería la determinación del tiempo o momento en que ha de realizarse la distribución de los productos*, pues expresamente dispone el artículo 45 de la L. A. R., que en estos contratos habrá de consignarse... *el tiempo* en que esa distribución ha de hacerse, lo que permite, indudablemente, el establecimiento de un plazo y la fijación de un régimen económico intermedio cuyas características vendrán condicionadas por su integración en la relación contractual única.

2.º Existiendo «aportaciones», hay aparcería.

Acerca de este segundo punto, la sentencia que se comenta parece declarar algo mucho más importante al destacar como nota característica la aportación de esos elementos «que acreditan no es sólo la tierra lo que se cede», todo lo cual dibuja desde el primer momento una verdadera aparcería.

¡Debemos dar por sentido que el Tribunal Supremo estima imprescindible en esta sentencia para que exista una verdadera aparcería el hecho de que no sea sólo la tierra lo que se cede!

Si aceptamos como nota esencial solamente la de que la participación en los frutos esté representada por una alicuota, tesis corriente, *puede existir conforme a nuestras leyes una aparcería en que sólo ceda la tierra*. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo (S. de 19-2-46) y ésta debe reputarse la doctrina admitida, aun después de dictada la sentencia que comentamos.

Es cierto que las palabras copiadas de ésta parecen autorizar la tesis de considerar imprescindible la existencia de unas aportaciones independientes de la cesión de la tierra para la configuración de la aparcería rústica. Podría encontrarse, tal vez, un apoyo en los artículos 43, 45 y 46 de la L. A. R.

Pero, como antes anotábamos, tal concepción, en cuanto que lleva consigo la incorporación a este contrato de la *idea asociativa como elemento sustancial*, no debe estimarse la reconocida por nuestro actual ordenamiento positivo, que, a nuestro juicio, sólo regula, como queda dicho, respecto de las fincas rústicas, el «arrendamiento por aparcería» en el que la cesión de la tierra es el supuesto legal (salvo que se trate del disfrute de «aprovechamientos aislados»), como lo acreditan no sólo los precedentes antes citados y la inclusión de la regulación del contrato que nos ocupa entre las disposiciones legales

sobre arrendamientos de fincas rústicas, con sus consecuencias más importantes (3), sino, además, los artículos 43 y 45 de la propia L. A. R., que al referirse al propietario como parte de este contrato le denominan «cedente».

Aunque más débilmente, parece también deducirse de esta sentencia del Tribunal Supremo como *característica* de la aparcería *establecer un nuevo y más beneficioso cultivo*. Sin embargo, esta nota *tampoco debe estimarse propia de la naturaleza de este contrato*, sin perjuicio de que por medio de esta especial modalidad de la explotación de las fincas puedan introducirse en ellas, efectivamente, importantes mejoras culturales.

Tan interesantes especialidad puede acompañar a cualquier arrendamiento de fincas rústicas y, por tanto, no sólo a los arrendamientos por aparcería. Buena prueba de ello es que nuestra ley trata de ella en el capítulo V, de aplicación general conforme al artículo 49, al regular lo relativo a las mejoras, entre las cuales se refiere (art. 20) a las que aumentan la producción o valor de las fincas—mejoras útiles—que se realicen por convenio entre las partes, regido, en primer lugar (art. 22), por lo pactado entre ellas sobre gastos, indemnizaciones y aumento de rentas (o distribución de productos en los arrendamientos por aparcería).

La segunda de las cuestiones que interesaba destacar, o sea la relacionada con la *eficacia y alcance de la voluntad particular y de las costumbres locales en punto a la originación o regulación de instituciones o contratos como estos* de que tratamos, merecería ser examinada con detenimiento si el Tribunal Supremo hubiera estimado procedente hacerlo así.

Prescindiendo, pues, de entrar en el análisis de afirmaciones como la de que la voluntad de las partes es la única fuente creadora de toda institución contractual (sentencia revisada), nos limitaremos a poner de relieve cómo el Tribunal Supremo, lejos de repudiar pactos o costumbres como los que se celebran y conocen en la comarca de Almería para la postura de partes en las condiciones antes señaladas, los declara en esta sentencia «eficientes en Derechos» y los configura como «modalidad de explotación autorizada por la costumbre» o «verdadera aparcería permitida y aun protegida por la legislación especial».

Juzgamos, no obstante, de interés hacer siquiera algún comentario, puesto que parece exigirnoslo la amplitud dada anteriormente al razonar el fallo revisado.

Es verdad que la costumbre local sólo sirve en las aparcerías para regir su desenvolvimiento cuando no haya pacto expreso; pero esta ordenación de fuentes hecha en el artículo 44 de la L. A. R. no quiere decir precisamente que sea la voluntad exclusiva y soberana de las partes la creadora de la institución, como se dice en la sentencia revisada.

Sin necesidad de remontarnos a inquirir cuál sea el verdadero origen de la costumbre y, por tanto, el de estas instituciones consuetudinarias, parecerá forzoso admitir algo objetivo en ellas que se imponga a esa voluntad «soberana» de las partes, que serán libres para pactar una aparcería bajo modalidades

(3) Cf. el art. 49, en relación, p. ej., con art. 1 de la L. A. R., sobre el carácter necesario o irrenunciable de esta legislación.

especiales, o bien simplemente, por ejemplo, la cesión de una tierra conforme a uso y costumbre para poner parras; más, en este segundo caso, no serán igualmente libres para alterar las modalidades peculiares de esa figura, puesto que se pacta sobre la base de la costumbre que las establece.

Y es de notar, finalmente, que esta diferencia que observamos entre una y otra forma de aparcerías está expresamente reconocida por la misma L. A. R., ya que al referirse su artículo 49 al extremo referente a la duración de estas relaciones jurídicas, establece un límite mínimo que sólo es aplicable a las «aparcerías concertadas voluntariamente»; lo que quiere decir, no que existan por oposición aparcerías «legales»—en nuestro Derecho—, pero sí evidentemente que hay aparcerías que se rigen por normas no emanadas de esa soberanía y exclusiva voluntad de las partes, sino imperadas por la costumbre local... cuando se contrata, eso sí, de acuerdo con ella. Pero este sencillo concierto de voluntades no puede decirse que sea, en cada caso particular, el creador de la institución.

* * *

Al margen ya de este comentario, y a modo, más que de resumen, de conclusiones de estas notas, podríamos decir:

1.º La aparcería de predios rústicos en nuestra vigente legislación no está regulada sino como una modalidad de arrendamiento: el llamado arrendamiento por aparcería, contrato mixto.

2.º Este defectuoso régimen legal entorpece hoy día el desarrollo de modalidades de explotación que, bajo la denominación de aparcería, entrañan nuevas formas de empresa agrícola en las que se lograra una combinación justa y adecuada de los diferentes elementos que intervienen en el proceso productivo.

Para lograr este interesantísimo objetivo, se reputa necesaria la aparición de una ley especial.

3.º En una nueva regulación legal, convendría introducir determinadas condiciones que, tanto respecto de las aparcerías pactadas libremente por los particulares como de las regidas por los usos y costumbres locales y comarciales, supusieran para los aparceros:

a) Una garantía más efectiva que el actual artículo 46 de la L. A. R. en cuanto a la justa remuneración del trabajo.

b) La generalización, como norma de estricta justicia, de las modalidades de aparcería (hoy sólo existentes en ciertas comarcas), en cuya virtud los trabajadores del campo llegan a convertirse en propietarios como consecuencia del cumplimiento normal de sus obligaciones respecto de la explotación de la finca llevada en aparcería.

Jaime MONTERO GARCÍA DE VALDIVIA

Abogado del Estado.

2. Sentencias

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—consecuencias de la mala fé en la posesión, por parte del arrendatario, en relación a sus herederos.

La apreciación de la posesión de mala fe de la finca objeto del litigio por el arrendatario desde 14 de abril de 1948 da lugar a la condena de los herederos del demandado a que, en la proporción en que han sucedido a su causante, abonen a la actora la diferencia líquida del valor de toda clase de frutos que el 14 de abril de 1948 se encontraban en la finca y el que alcanzaron al ser recolectados en el verano de 1948, o durante el mencionado lapso de tiempo, previa devolución de la renta satisfecha y de los gastos necesarios para su producción y recogida; a que abonen también a la demandante el importe correspondiente a las labores que para la preparación de la última hoja de las seis en que fué dividido el predio debió ejecutar el arrendatario antes de terminar la locación, en compensación a las que recibió en su comisión, y a que pagara asimismo el valor de los barbechos que la actora realizó.

SENTENCIA 22 ENERO 1952

Arrendamientos rústicos—desahucio—legitimación procesal activa—intervención en nombre de una masa hereditaria.

Como ya resolvió la Sentencia de 25 de enero de 1943, cuando la herencia está en estado de indivisión, periodo que precede a la partición, cualquier heredero puede por si solo ejercitar la acción correspondiente al difunto, pero ha de ser en beneficio de la masa hereditaria y no en el del propio heredero, pues éste no adquiere la propiedad exclusiva hasta la partición, doctrina reiterada por esta Sala de lo Social en Sentencia de 27 de junio de 1949, al declarar “que la herencia se concibe como un patrimonio unitario en trámite, desde un titular, cuya personalidad se extinguió por muerte a otro titular-heredero, tránsito que se verifica por el hecho de la muerte, persistiendo las relaciones jurídicas del causante, activa y pasivamente, como si su personalidad no se hubiera extinguido”.

SENTENCIA 2 FEBRERO 1952

Arrendamientos rústicos—renta en trigo—valor del quintal métrico.

De acuerdo con lo que establece el párrafo primero del artículo 8.º de la Ley de 23 de julio de 1942, el valor quintal métrico de trigo ha

de ser el de tasa vigente para dicha especie, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día en que la renta debe ser satisfecha.

Arrendamientos rústicos—valor de los usos—necesidad de probarlos.

Para alegar los usos es preciso probarlos y justificarlos.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1952

Arrendamientos rústicos—destino de la finca arrendada.

No constituye cambio de destino de la finca arrendada el hecho de que el arrendatario utilice determinadas instalaciones allí existentes relacionadas con su explotación, siempre que, como consecuencia de sus actos, no desmerezca la finca.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1952

Arrendamientos rústicos—novación—¿la determina la elevación de la renta?

La elevación de la renta, máxime cuando la misma deriva de obras realizadas por el arrendador, no determina por sí sola la novación del contrato, ya que de la práctica de la prueba no resulta que éste fuera el ánimo de ninguna de las dos partes.

Arrendamientos rústicos—objeto del recurso.

El objeto del recurso no debe ser atacar los razonamientos de la sentencia recurrida, sino su fallo.

SENTENCIA 5 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—formulación del recurso—su procedencia.

Basado el recurso en el quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio, es preciso citar el precepto de carácter procesal o formal que haya podido ser infringido, ya que la revisión sólo procedería ante la injusticia notoria demostrada.

SENTENCIA 5 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—formulación del recurso—determinación del párrafo del precepto que se considera infringido.

Cuando en un mismo precepto se contienen diversas causas susceptibles de fundamentar el recurso, es preciso determinar concretamente la que sirve de base.

SENTENCIA 6 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—retracto—su procedencia cuando no media precio del arrendamiento.

Si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y en el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1942, constituye requisito esencial de la relación arrendaticia rústica, la concurrencia de precio, canon o renta, también lo es que como se infiere de la definición que de dicho contrato contiene el citado artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, para que exista el vínculo arrendaticio no es necesario que aparezca concretada la merced tal como exige el artículo 1.593 del C. c., sino que aquella concurra como contraprestación por el disfrute de la finca.

SENTENCIA 24 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—novación—¿la constituye la elevación de renta?

La mera elevación de renta no constituye novación del contrato, puesto que la novación exige que la declaren terminantemente las partes contratantes, o que las obligaciones antiguas y las nuevas sean del todo incompatibles, según dispone el artículo 1.204 del Código civil.

SENTENCIA 25 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—retracto—requisitos.

El plazo para ejercer el derecho de retracto comienza desde que el actor tuvo conocimiento exacto y cabal de la compraventa, muy poco después de celebrada.

SENTENCIA 29 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—entre parientes colaterales de segundo grado—retracto.

No se aplican a los mismos, salvo pacto, los preceptos de la Ley especial de arrendamientos rústicos, que terminantemente los excluye.

NOTA.—En el recurso sostenía la parte que el párrafo último del artículo 1.º de la Ley 15 marzo 1935 no es aplicable en el supuesto de que el arrendatario quiera ejercitar el retracto. El T. S. declara *no haber lugar* al recurso.

“El problema de que trata el recurso está en un todo decidido desde la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1946 que, reafirmando la doctrina iniciada por la de 16 de octubre de 1940, entendió no era dable en arrendamientos entre parientes próximos colaterales de segundo grado aplicar los preceptos de la Ley especial de arrendamientos rústicos que terminantemente los excluye; y el haberlo decidido así sin previa alegación de parte no es óbice porque el punto lleva en sí una cuestión de incompetencia de materia que no ha de esperar a que nadie la produzca para que de oficio se decida; en consecuencia, tiene que desestimarse el recurso.”

SENTENCIA 2 ABRIL 1952

Interpretación de contrato—pluralidad de contratos en un solo documento.

NOTA.—El actor pretendió el desahucio para cultivar directamente la finca, pero los arrendatarios demandados se opusieron sosteniendo, frente a la tesis del actor, que no se trataba de un contrato de arrendamiento, sino de varios concertados en un solo documento, y que por ser todos ellos de carácter privilegiado el desahucio no procedía, opinión que prosperó en grado de apelación y que acoge el T. S. *desestimando* el recurso de revisión interpuesto por el actor, porque “dicho documento, en su primera parte, la de diecinueve de abril de mil novecientos treinta y ocho, comprensiva de la obligación ú obligaciones que en el acto contrajeron los demandados, J. S., A. S. y E. P., en un solo acto y otorgamiento y mediante un texto único, después de manifestar que son objeto del contrato cinco sextas partes—que no determina—de las setenta y dos fanegas y cuatro celemines y medio, poco más o menos, de tierras que el actor posee en el término de X, y de establecer que la renta será de ciento ocho fanegas y cuatro celemines de trigo y dos celemines y medio de lentejas, lo que unido a referirse el documento siempre a un solo contrato, da la impresión de un arrendamiento unitario, en cuanto a su objeto y precio, favorable a la tesis del recurrente, contiene como estipulaciones destacables en su cláusula segunda la de que aquella renta se distribuirá

en tres porciones, que determina por **sextas partes**, asignando individualmente a cada uno de los arrendatarios una de ellas, o sean dos sextas partes a dos de los arrendatarios y una sexta parte al otro, y en su cláusula octava, literalmente establece: que "si por cualquier circunstancia, no prevista, alguno de los colonos dejara las fincas que le corresponden antes de terminar el contrato, procurarán repartirlas proporcionalmente entre los demás, "sin que esto sea una obligación", quedando obligados al pago de la renta mancomunadamente." (Considerando 2.º).

"De dichas estipulaciones, en relación con el hecho acreditado por la prueba y recogido en la sentencia recurrida, de que cada uno de los arrendatarios lleva y cultiva, con absoluta independencia de los demás, una parte de las tierras arrendadas, determinada por una o dos sextas partes de ellas, en relación a la participación que les corresponde, conforme al contrato, en el pago de la renta total estipulada, la que abonan al propietario también por separado y con igual independencia y con el hecho, asimismo demostrado, de que dichas tierras estuvieron anteriormente arrendadas por el actor a otras personas, algunas de ellas antecesores familiares de los demandados, por lotes, coincidentes con las porciones que éstos llevan, se deduce: primero, que aun cuando en el documento se hace referencia siempre a un solo contrato y a las tierras arrendadas como si constituyeran una sola finca, es lo cierto que los contratantes no pactaron que dichas tierras serían llevadas en común por los tres arrendatarios, ni siquiera como supuesto y base de regulación de las relaciones de los colonos con el dueño y sin perjuicio de que aquéllos se repartieran, al margen del contrato y sin contar con el arrendador, sino que éste autorizó a los arrendatarios, expresamente, para que cada uno llevara, con independencia de los demás, una o dos sextas partes de lo arrendado, perfectamente identificadas, mediante referencia a lotes, en que y a efectos de arrendamiento, había estado dividida la tierra anteriormente; segundo, que aunque los interesados previeran la posibilidad de que alguno de los arrendadores se viera obligado a abandonar su parte de tierra antes de acabar el contrato, no pactaron la obligación de los restantes renteros de hacerse cargo de las tierras vacantes, como hubiera sido obligado si se tratara de un contrato único, sino que los arrendatarios se limitarían a ofrecer al actor que, en tal evento, procurarían repartirlas entre los que quedaran en la tierra, pero declarando expresamente que esto no era obligatorio para ellos, y tercero, que los demandados no se obligaron en ningún momento a pagar solidariamente la renta total, hasta el punto de que cuando les fué preciso hablar del pago de la renta correspondiente a las porciones que pudieran quedar vacantes, durante la vigencia del contrato, tuvieron buen cuidado de establecer que las pagarian no solidariamente, sino mancomunadamente o sea cada uno la parte de renta correspondiente a las tierras que le tocaran en el reparto de la porción o porciones vacantes y sólo en el caso de que voluntariamente aceptaran repartirlas, ya que, como queda dicho, no venían obligados a ello y podían rechazarlas, dejándola a disposición y cargo del mismo propietario arrendador." (Considerando 3.º).

SENTENCIA 15 ABRIL 1952

Arrendamientos rústicos—prueba—su apreciación en conjunto.

Tanto en revisión como en casación, no se permite combatir aisladamente la prueba—cuando la apreciación se ha hecho de varios elementos y en conjunto—ni disgregar datos y atenerse solamente a aquellos que puedan favorecer al recurrente, pasando en silencio los demás que han contribuido a formar el juicio de la Sala sentenciadora, tanto más si el elemento aislado que se aprovecha no patentiza la equivocación del juzgador, que tuvo presente el enlace y combinación de los demás medios probatorios.

SENTENCIA 26 ABRIL 1952

Arrendamientos rústicos—incongruencia.

Para que pueda alegarse la incongruencia de la Sentencia de instancia, es preciso que se dé inadecuación total entre lo que se pedía y lo otorgado.

SENTENCIA 3 JUNIO 1952

Aparcería—duración—rotación de cultivo—supuesto de varios cultivos opción en el supuesto del artículo 7, Ley 28 junio 1940.

La duración será la que tenga el cultivo de ciclo mayor, pues de otro modo el cultivador no percibiría los frutos de la totalidad de los cultivos, lo que no puede admitirse sin prueba suficiente de haberse estipulado, y así ha de estimarse también aunque un cultivo tenga el carácter de principal y sea más largo el ciclo de los accesorios, siendo procedente la opción verificada en tiempo en que todavía no había terminado la rotación de alguno de los cultivos.

SENTENCIA 12 MAYO 1952

Aparcería—conversión en arrendamiento—plazo para ejercutar la opción.

No es posible admitir, por no existir razón alguna jurídica o moral que lo permita, que el último año siguiente al preaviso fuera de liquidación de los contratos, y, por el contrario, debe estimarse la vivencia plena de los repetidos contratos a todos los efectos, y, en consecuencia,

que el aparcero que ejerce su derecho de opción antes de la terminación del plazo contractual lo hace en tiempo oportuno para ejercitarse aquél derecho.

SENTENCIA 19 MAYO 1952

Dictamen pericial—Perito agrónomo—interpretación del artículo 55 del R. D. 13 septiembre 1919.

Aunque la finca sea de una extensión superior a 100 hectáreas, cuando el dictamen pericial se refiera a una porción de la misma de cobertura inferior a dicha cifra puede realizarlo un perito agrónomo. (Considerando 2.º)

SENTENCIA 23 MAYO 1952

Arrendamientos rústicos—retrato—personas a quienes corresponde el ejercicio de este derecho—posición del subarrendatario—supuesto de la disp. adic. 3.ª de la Ley de 23 julio 1942—carácter de la conversión del subarrendamiento en arrendamiento.

No puede el subarrendatario ejercitarse el retrato, pues ostenta la tenencia de la cosa por título originariamente ilícito, como prohibido por la ley, y lo mismo ocurre en el supuesto de aplicación del precepto indicado, siempre que el subarrendatario no haya conseguido el cambio de su posición con el consentimiento del arrendador o en virtud de una resolución constitutiva, ya que la transformación no se verifica "ipso iure".

NOTA.—Se pretendió el retrato por los subarrendatarios de una finca que alegaban ostentar el carácter de arrendatarios por cumplir los requisitos señalados en el precepto citado, cumplimiento que los demandados negaron. Estos fueron absueltos, sin que hubiera pronunciamiento sobre esta cuestión concreta. Los actores interpusieron recurso de revisión sosteniendo que se había infringido el artículo 16 de la Ley 13 marzo 1935 en relación con los párrafos 2 y 3 de la disposición adicional antedicha. El T. S. desestimó el recurso en base a las consideraciones expuestas, que constituyen doctrina legal.

"Que el artículo 16 de la Ley 13 marzo 1935, tanto en su redacción primitiva como en la reformada por Ley de dieciséis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, sólo otorga el derecho de retrato al arrendatario actual, condición jurídica que, en principio, únicamente se constituye por voluntad del dueño del predio, sin que tal derecho de retrato corresponda a quien, como el subarrendatario, ostenta la tenencia de la cosa por título originariamente ilícito, como prohibido por la Ley." (Considerando 2.º).

“Que excepcionalmente y para normalizar situaciones irregulares existentes, la Ley de mil novecientos cuarenta y dos, en su disposición adicional 3.^a, otorgó a los subarrendatarios la potestad de sanar la ilicitud de su situación, pero no de modo incondicional e “ipso jure” sino cuando lo pretendieran mediante la demostrada concurrencia de los siguientes requisitos: 1.^o Realizar el cultivo directa y personalmente. 2.^o Que ese cultivo se realiza en todo el predio arrendado o en parte fijada y determinada del mismo. 3.^o Que la renta a satisfacer no exceda de cuarenta quintales métricos de trigo. 4.^o Permanencia en el cultivo como subarrendatario de diez años al menos. 5.^o Que conociendo el arrendador el subarriendo, no haya promovido desahucio por esa causa antes de la vigencia de la Ley.” (Considerando 3.^o)

“Que este último requisito es el fundamental, puesto que hace intervenir en la creación de la nueva situación arrendaticia la voluntad del arrendador, deduciéndola, por presunción legal, del consentimiento durante largo tiempo de una situación que vulnera su derecho sin intentar evitarla con el eficaz remedio que la misma Ley le proporciona, cual es el desahucio y por ello le obliga a soportar la transformación del subarriendo en arrendamiento, otorgando al efecto ese derecho al subarrendatario, pero esa transformación tan gravosa, de ordinario, para el arrendador, no se opera sino por la pretensión deducida por el subarrendatario, quien vendrá obligado a demostrar la concurrencia conjunta de los mencionados requisitos, como constitutivos de su derecho, de suerte que sin esa previa transformación voluntariamente otorgada o impuesta por una resolución constitutiva, que conjugará derechos de arrendador y arrendatario, el subarrendatario aún no ha adquirido esa condición, ni por tanto, le está atribuido el derecho de retracto, como resolvió esta Sala en sentencia de 27 de diciembre de 1944, y por ello no incidió la recurrida en las infracciones que denuncia el recurso, sino que interpretó y aplicó correctamente las disposiciones legales citadas, aun supuesta la concurrencia que no afirma ni niega la sentencia recurrida de los requisitos antes dichos.” (Considerando 4.^o)

SENTENCIA 24 MAYO 1952

Recurso de revisión—límites en la analogía con el de casación.

La similitud entre los recursos extraordinarios de revisión y casación, no es tanta que autorice a citar y a tener por infringidos, tratándose del primero de ellos, preceptos formalistas establecidos relativamente al segundo.

SENTENCIA 26 MAYO 1952

Calificación de los contratos.

Debe atenderse a sus estipulaciones y no al nombre que los contratantes les atribuyen.

Novación—hechos que la suponen.

El cambio de contenido de la prestación y el de las personas intervinientes suponen la novación.

Novación—a término.

Puede la novación operar con carácter temporal (Considerando 2.º, aceptando la tesis del Juez de primera instancia).

Aparcería—distinción del arrendamiento.

El atribuir una parte alicuota de los frutos y no un precio fijo es lo que distingue a la aparcería del arrendamiento.

Recurso de revisión—manifiesto error en la apreciación de la prueba—requisitos para que prospere.

No puede prosperar el recurso si no se concreta si el error es de hecho o de derecho, si se consideran aisladamente algunos pronunciamientos de la primera instancia y no se cohonestan con los demás de la misma y con los de la sentencia de segunda instancia, y si se pretende demostrar el error por medio de la prueba de confesión, que no está admitida para este fin.

Recurso de revisión—apreciación de la prueba por los tribunales de instancia.

No se puede atacar el resultado de la prueba sino por los medios y en el caso especialmente señalado, pues de otro modo al pretender una nueva valoración de la prueba se desnaturalizaría este recurso.

NOTA.—Se trataba por los actores, propietarios de unas tierras concedidas en régimen de aparcería, de conseguir nuevamente el pago en frutos, después de que a consecuencia de la agitación creada por el problema de los “rabassaires” habían estipulado con los aparceros el pago en dinero durante diez años, plazo ya transcurrido. Vencidos los demandados, interpusieron recurso de revisión, que fué *desestimado* por el Tribunal Supremo en virtud, además de lo ya expuesto, de las consideraciones siguientes:

“Los contratos han de calificarse, no con arreglo al nombre que les den los interesados, sino conforme a lo que resulte de las estipulaciones que contengan, esto es, ajustándose a la realidad de los hechos y no a la calificación que los contratantes pretendan atribuirles, independientemente de su naturaleza” (Considerando 1.º).

“Hechos que caracterizan la novación: uno, en la sustitución de la prestación de la parte alicuota de los frutos que en los contratos se estipula, por prestaciones a metálico, y otro, en la variación de las personas de los primitivos otorgantes” (Considerando 2.º).

“Declaración de inadmisible merece el tercer motivo, en el que se alega injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, primero, por no concretarse si el error es de hecho o de derecho; segundo, porque en él se combaten los Considerandos 1.º, 3.º y 6.º de la sen-

tencia de primera instancia, aceptados sustancialmente por la Audiencia que no se pueden impugnar aislados y fraccionariamente, prescindiendo de los demás y de los de la segunda instancia, que completan el razonamiento que a ésta sirvió de base para sus fallos objeto del recurso, y tercero, porque la confesión de la demandante, doña X, no está incluida como medio de prueba en la causa cuarta de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940." (Considerando 3.º).

"Ni se ha infringido el artículo 1.218 del Código civil al calificar los contratos de aparcería, ya que en ellos se estipula una parte alicuota de los frutos para el propietario y no un precio fijo, que es lo que la distingue del arrendamiento." (Considerando 3.º).

"No siendo lícito en revisión examinar, comparar y contrastar toda la prueba practicada en el juicio, para hacer deducciones y formular conclusiones distintas de las establecidas por el Tribunal sentenciador, porque esto sería desconocer las facultades que la Ley concede a éste, desnaturalizando la esencia de aquél recurso." (Considerando 3.º).

SENTENCIA 28 MAYO 1952

Reconvención—Proceso establecido por la Ley de 28 junio 1940, regla 3.^a de la disp. transit. 3.^a A.

Es posible en dicho proceso.

Reconvención—fundamento de este trámite.

Es el de procurar la disminución de los procesos y de los gastos y molestias que ocasionan.

Desahucio—procedimiento.

Según la jurisprudencia, puede resolverse en juicio declarativo.

NOTA.—El propietario demandado en un proceso para la revisión de rentas formalizó reconvención solicitando el desahucio del actor por falta de pago; la reconvención fué contestada. En primetra instancia fué desestimada la demanda, y aceptada la reconvención se declaró haber lugar al desahucio, criterio confirmado en apelación. El actor vencido interpuso recurso de revisión por injusticia notoria, por estimar que en el proceso citado no cabe la reconvención y que, por otra parte, no puede proponerse de este modo la cuestión del desahucio. El T. S. declara *no haber lugar* al recurso.

"Que si bien es cierto que la Ley de 28 de junio de 1940, al establecer en la regla 3.^a de la disposición transitoria 3.^a A, el procedimiento o juicio en que se ha sustanciado el presente litigio, no se ocupa de la reconvención, ni hace referencia alguna de ella, teniendo en cuenta: primero, el fundamento de dicho trámite, que no es otro que *procurar la disminución de los pleitos y de los gastos y molestias que producen, en beneficio de la sociedad y de los litigantes*; segundo, que conforme a las

disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil que regulan la reconvenCIÓN, supletorias de las de arrendamientos rústicos, aquélla puede formularse, siempre que se refiera a materia y cuantía de la competencia del juez que conozca de la demanda y que por su objeto pueda sustanciarse por los mismos trámites que ésta, en todos los procedimientos de naturaleza declarativa a los que pertenece evidentemente el juicio de que se trata; tercero, que la Ley no prohíbe el trámite reconvencional en dicho juicio; cuarto, que esta Sala, en Sentencia de 21 de octubre de 1940, partiendo de que los demandados en juicios declarativos, aunque no tengan el carácter de ordinarios, propiamente dichos, pueden indudablemente, proponer acciones reconvencionales, estableció la posibilidad de hacerlo en los procedimientos especiales de la Ley de 13 de marzo de 1935 en consideración a que dicha Ley no lo prohibía, como tampoco lo prohibe la de 1940; quinto, que tal criterio, con el que está conforme la práctica judicial y la doctrina científica y que debe estimarse que era el propio de la Ley de 1935, por cuanto en el artículo 53, de modo indirecto, lo aceptaba, debe ser aplicado al procedimiento de referencia, por existir en ambas leyes identidad de circunstancias que obligan a aceptar soluciones análogas al aplicarlas, y sexto, que no existe precepto alguno que obligue a ventilar las acciones sobre extinción de los arrendamientos, forzosamente por los trámites del juicio especial de desahucio y, por el contrario, conforme a la jurisprudencia pueden, sin menoscabo de la justicia, resolverse en juicio declarativo, que otorga a los arrendatarios mayores garantías procesales y ventajas al suponer, en definitiva, la renuncia por el actor del privilegio que para él representa el procedimiento sumario de desahucio, establecido en su beneficio exclusivo, es evidente la procedencia de admitir la posibilidad de plantear reconvenencias en el procedimiento de referencia, incluso referidas a la acción de desahucio por falta de pago, tanto más en el caso presente, en que el recurrente consintió la providencia admitiendo la reconvenCIÓN y dándole traslado para que la contestara, que quedó firme y en su consecuencia que la resolución de las cuestiones que el demandado planteó en su reconvenCIÓN por la sentencia recurrida no infringió la norma 3.^a de la transitoria 3.^a A de la Ley de 1940, ni quebrantó las formalidades esenciales del juicio en forma que produjeran la injusticia notoria o la indefensión que se acusa en los expresados motivos, que por ello deben ser desestimados" (Considerando 1.^o).

SENTENCIA 30 MAYO 1952

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—formulación del recurso.

En un recurso extraordinario de revisión, no se pueden invocar confusemente intervenciones tenidas o que haya podido tener el recurrente en pleitos de los que no exista en autos constancia alguna, siendo improcedente la alegación de Sentencias de Instancia que no constituyen jurisprudencia.

SENTENCIA 6 JUNIO 1952

Arrendamientos rústicos—arrendamiento colectivo— influencia del acto de uno de los arrendatarios.

La prestación pactada por los arrendatarios en régimen colectivo de una finca, es indivisible. Igualmente es indivisible lo que hace referencia a los deberes inherentes a la tenencia de aquélla en cuanto hayan sido infringidos por cualquiera de aquéllos, ya que afectan a la subsistencia del vínculo arrendatario común y particularmente en lo que hace referencia a la violación del deber de no subarrendar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho sucesorio. Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil. Parte III.*

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La sucesión "iure transmissionis".*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Los frutos de las minas.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.