

El Derecho hereditario “in abstracto”

Nacimiento y concepto

I.—ACEPCIONES.

Más o menos propiamente, se denomina derecho hereditario en un sentido amplio al derecho de la sucesión *mortis causa*, como una parte del Derecho civil integrada por el conjunto de normas que regulan las transmisiones hereditarias.

En una segunda acepción, más concreta y única, que a nosotros interesa, se llama derecho hereditario al que a los herederos corresponde sobre el patrimonio de su causante una vez deferida la herencia.

Así entendido, admite aún una ulterior distinción, nacida de las distintas situaciones en que la herencia, en su consideración objetiva —conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte—, puede encontrarse. Nos es forzoso, pues, examinar separadamente estas situaciones, para que con toda claridad percibamos el momento en que el derecho hereditario nace realmente; aquel otro en que se desenvuelve con la imprecisión de límites y difuminación de facciones características de la infancia, y que ha de ser el objeto de nuestro pequeño estudio (derecho hereditario *in abstracto*), y, por último, el cambio definitivo de éste en uno *concreto* y perfectamente perfilado, que nada nos interesa.

II.—SITUACIONES DE LA HERENCIA.

En síntesis, y recordando que los momentos capitales del proceso jurídico sucesorio son muerte del causante (apertura de la sucesión) y llamamiento de aquél, de la ley o de ambos (delación de la herencia), aceptación de los herederos (adquisición de la herencia) y distribución definitiva de los bienes hereditarios (partición o división de la herencia), preséntanse las situaciones siguientes :

a) *Herencia sin deferir.*—En ella no puede hablarse de derecho hereditario, por la superior razón de que, como dice el artículo 657 de nuestro Código civil, los derechos a la sucesión de una persona sólo se transmiten desde el momento de su muerte, principio aceptado por todos los pueblos y todas las legislaciones. Existe solamente una expectativa de derecho, sin atribuir ni uno solo determinado.

b) *Cuestión de la herencia yacente.*—Esta situación, que tiene lugar cuando, causada la herencia, no ha sido aún adida o aceptada, ha sido siempre entendida, sin duda por tradición del derecho romano, como real y bien definida. En lo que ha variado la construcción es en la determinación del titular.

Para los romanos, siempre enamorados de la ficción, se suponía existente la personalidad del difunto para todos los efectos legales ; y esta concepción, por la puerta de las Partidas, entró y ocupó su sitio en la brillante corte de nuestro Derecho civil hasta tiempos bien recientes. Pero los juristas modernos, considerando que ninguna utilidad reporta una ficción tan contraria a la realidad, han ideado diversas figuras jurídicas. Para unos es un derecho sin sujeto, un estado transitorio en que las relaciones jurídicas aparecen como en suspenso y en espera de un sujeto futuro. Otros, al negar que existan derechos sin sujeto y afirmar que sólo el hombre puede serlo atribuyen la titularidad a los que son llamados a disfrutar el patrimonio. Bekker considera estas situaciones como subsistencia objetiva del derecho. Nuestro Sánchez Román dice que la herencia yacente es una entidad jurídica en la que el sujeto se confunde con el objeto, o, más bien, el primero se deter-

mina por el segundo, a cuyo nombre exclusivamente se mantiene en ese intermedio el concierto de las relaciones civiles que en uno o en otro sentido puedan afectar a lo que fué patrimonio del difunto, por lo cual en esta consideración subjetiva de la herencia se dice que ésta no sólo es dueña de los bienes que la forman, sino que como tal entidad puede celebrar actos jurídicos mediante los cuales adquiera nuevos derechos y contraiga nuevas obligaciones.

A nuestro juicio, la interesante cuestión de la titularidad de la herencia yacente no puede entenderse separada de la de la perfección y adquisición del derecho hereditario, y depende fundamentalmente del sistema que organice dichos básicos momentos de la transmisión hereditaria. A tres reducen los escritores dichos sistemas: el romano, en el cual la aceptación es el todo, no sólo para la adquisición de los derechos, sino aun para la eficacia de la institución y la validez del llamamiento hecho por el testador u ordenado por la ley; el francés, que se encierra en la conocida frase *Le mort saisi le vif sans aucune appréhension de fait*, que trae aparejada la consecuencia de presumirse siempre la aceptación mientras no se destruya por la renuncia expresa del heredero, y el moderno, compuesto de los dos anteriores, que hace indispensable la aceptación—expresa o tácita—, pero se transportan sus efectos al tiempo de la muerte del causante.

En el primer sistema no hay posibilidad de adjudicar la titularidad de la herencia yacente a los herederos llamados, pues la personalidad de éstos como tales herederos no nace sino con la aceptación, y en el mismo momento en que ésta tenga lugar la herencia deja de ser yacente para pasar a la situación de adida. Esto nos explica la causa de tener que acudir los jurisconsultos romanos a la ficción aludida de considerar existente la personalidad del finado.

En el segundo sistema, por el contrario, no puede propiamente hablarse de herencia yacente, pues por la sola muerte del causante entre el heredero en relación directa, en contacto con su patrimonio.

En el tercero es donde surgen más dificultades. O se reconoce un tiempo intermedio entre la muerte del causante y la aceptación,

en cuyo tiempo es precisamente cuando la herencia yace, y en tal caso no puede decirse con verdad que los efectos de aquélla se retrotraen al fallecimiento del causante, y quedamos en el sistema romano, o dando su verdadero valor a aquella retroacción resultará que para ningún efecto la herencia estuvo yacente, y caemos de lleno en el sistema francogermánico, a cuya conclusión se llega aunque por renuncia de los instituídos o llamados en primer lugar acepten los que la ley designe en segundo o último término, pues siempre resultará que al aceptar éstos se considera que adquirieron sus derechos a la herencia sin interrupción. Esta última solución es la que está más en armonía con los fundamentos de dicho tercer sistema y nos lleva a la consecuencia de que si se considera que los herederos han sucedido al causante sin solución de continuidad ellos son los titulares de la herencia desde el primer momento, y por consiguiente, cuando desde luego no sean conocidos y determinados, o no hayan aún aceptado, los actos que sobre el patrimonio hereditario hayan realizado las personas autorizadas para ello por designación del testador o de la ley habrá que considerarlos como hechos por los mismos herederos, y a esas personas como representantes, no del difunto ni de la herencia, sino de los herederos. No se adopten estas conclusiones y véase si hay medio de coordinar cualquier otra situación con el principio de retroacción absoluta en que el sistema se funda.

Dos preguntas acuden imperiosamente a la imaginación : ¿Qué límites existen, pues, entre el segundo y el tercero de los sistemas que los escritores enumeran ? ¿Hay que abandonar definitivamente el antiguo edificio de la herencia yacente ?

A la primera bien puede contestarse que si esa distinción es real y de positivo valor para otras aplicaciones (voluntariedad de la aceptación y sus consecuencias) es casi imperceptible en la que nos ocupa, máxime si se tiene en cuenta que aun en el sistema francés, basado en la aceptación presunta, forzosamente ha de haber momentos en que por indeterminación de los herederos o por renuncia expresa tiene que estar la herencia representada por personas que no son las mismas que en definitiva han de aceptar, pero que, como antes expusimos, son sus legítimos representantes.

En cuanto a la segunda, después de lo dicho sólo resta afirmar

que de la herencia yacente sólo debe quedar el nombre, para aplicarlo, por respeto a la tradición—y gramaticalmente no es impropio—, la aludida situación en que actúan, en nombre y representación de los herederos, las personas que para tal caso designó el testador o nombró el representante de la Ley en su defecto; pero sin significar con dicha denominación aquella entidad jurídica capaz de derechos y obligaciones y revestida de personalidad por los autores y legislaciones que no pudieron encontrarle un titular personalmente determinado.

Nuestras leyes y nuestra jurisprudencia no han mantenido un criterio único en este particular. Esencialmente romana la doctrina de las Partidas, consideraron requisito *sine qua non* para la perfección del derecho hereditario el de la aceptación, y al no conceder a ésta efectos retroactivos, la situación herencia yacente fué una realidad jurídica a la cual adjudicaron como titular la misma persona del difunto, cual apuntado queda. Así resulta de la Ley II, título VI, Partida VI, y así lo siguieron reconociendo explícitamente el Tribunal Supremo (sentencias de 5 de Junio de 1861 y de 12 de Febrero y 9 de Junio de 1885) y la Dirección de los Registros (Resoluciones de 20 de Junio y 24 de Julio de 1884, 15 de Diciembre de 1887, 25 de Abril de 1890, 2 de Diciembre de 1892 y 7 de Agosto de 1893).

El Código civil adopta una posición contraria al afirmar que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (art. 661), precepto que, aun entendiéndolo condicionado con las disposiciones del mismo Código que exigen la aceptación o repudiación (pues considerado aisladamente no puede ser más radical), siempre nos lleva a las conclusiones que antes hemos expresado, por cuanto el eje del denominado tercer sistema por los civilistas, el principio de retroacción, está expresamente consignado en el artículo 989 de un modo categórico, sin paliativos ni atenuaciones: «Los efectos de la aceptación y de la repudiación—dice—se retrotraen *siempre* al momento de la muerte de la persona a quien se hereda.»

En consecuencia, la situación herencia yacente, tal como se veía entendiendo, hay que considerarla excluida de nuestro derecho. Si antes de que los herederos acepten un tercero actúa so-

bre la masa hereditaria sólo puede ocurrir una de dos cosas: o alguno de los llamados a heredar acude a confirmar u oponerse al acto, en cuyo caso los artículos 999 y 1.000 del Código le atribuyen *ipso facto* la cualidad de heredero con los efectos retroactivos del 989, o el acto queda ultimado sin intervención de ninguno de los instituidos o designados por la ley y sólo con la asistencia del ejecutor nombrado por el testador o por el Juez (civil, 1.020, 1.026 y 1.032, y Enj. civ., 966, 976, 1.096 y siguientes), y en tal caso hay que considerarlo en definitiva como hecho por los herederos, ya que cuando al fin acepten se reputa que han sido tales herederos desde el momento mismo de la muerte del causante y sin intermedio alguno. Firmemente convencidos de esta solución, no puede menos de causarnos extrañeza, y, a veces, la natural perplejidad el que reputados maestros afirmen que el Código no ha rectificado la antigua doctrina jurídica y legal en que las leyes de Partida se inspiraron, y reconoce personalidad (aunque transitoria) a la entidad jurídica herencia yacente (1).

El golpe de muerte ha venido a darlo la importante Resolución de 10 de Marzo de 1916; y lo verdaderamente interesante es que no sólo afirma sin vacilación que la entidad jurídica herencia yacente no puede en rigor ser entendida y regulada con separación absoluta de las personas llamadas a la herencia, ni lleva consigo la suposición de herencia vacante, ni mucho menos la carencia de representación, fundándose en los artículos 657, 661, 989, 440 y 999 del Código civil, sino que añade que en esos mismos fundamentos se inspiran las modificaciones hechas por la vigente ley Hipotecaria al artículo 20 de la antigua, pues, lejos de emplear la frase herencia yacente para dispensar la inscripción previa, se refiere a los documentos otorgados por los herederos o en su nombre. La herencia yacente de los romanos no encaja ya en nuestras leyes, y si algún resto de ella quedaba la Dirección de los Registros lo ha arrojado por la roca Tarpeya.

Entendido de tal modo este período de la transmisión por causa de muerte, no puede tener interés alguno en la evolución genética del derecho hereditario.

(1) Sánchez Román: *Estudios de Derecho civil*, t. VI, pág. 50.

c) *Herencia aceptada.*—La aceptación de la herencia es el acto en virtud del cual la persona llamada a suceder por el testador o por la ley demuestra su voluntad de hacer suya aquella universalidad de derechos y obligaciones. Constituye el último momento en la adquisición del derecho hereditario. Deferida la herencia y existente el llamamiento, el derecho sobre la masa se adquiere por la aceptación. Desaparecida del derecho moderno la aceptación forzosa de los romanos, es en nuestro Código un acto enteramente voluntario y libre (art. 988), con los efectos retroactivos de que repetidamente hemos hablado. El mecanismo de la transmisión es, como puede observarse, fundamentalmente el mismo que el de toda adquisición derivativa: concurso de oferta y aceptación, si bien la especial naturaleza de las sucesiones (descartando el pacto sucesorio, condenado por las legislaciones modernas con escasas excepciones) impone una falta de simultaneidad en ambas declaraciones de voluntad.

d) *Herencia indivisa y herencia dividida.*—La herencia aceptada se ofrece aún a nuestra consideración en dos momentos cuya línea divisoria se halla constituida por la partición. El derecho que los herederos tienen sobre la masa hereditaria es muy distinto antes y después de que aquélla tenga lugar.

Antes de la partición y consiguiente adjudicación de bienes, pero ya deferida la herencia y aceptada, es indiscutible que el acto jurídico sucesorio está perfecto; mas, como dice Sánchez Román (1), el derecho de los sucesores a la universalidad de la herencia, como partícipes llamados a ella y por una participación en la cosa común que la misma constituye, mental, pero no materialmente dividida por distribución entre ellos de la misma, es un *derecho in abstracto* a los bienes que la forman según la cuantía de la participación que en la misma les atribuye su título respectivo; pero carecen aún de un *derecho in concreto* aplicado especialmente a ninguno de los bienes determinados que componen la masa hereditaria. La herencia que aun permanece indivisa no permite todavía atribuir derechos concretos al sucesor sobre bienes o derechos determinados de la misma, ni, por consiguiente, suponerlos transmitidos y trasladados del patrimonio del *de cuius*.

(1) Ob. cit., t. VI, pág. 2.077.

a sus herederos, así como es innegable que para éstos es ya perfecta y ultimada la creación o nacimiento de sus derechos a la expresada sucesión.

Una vez verificada la partición el derecho hereditario adquiere el carácter de concreto; los bienes y derechos adjudicados a cada heredero son de su exclusiva propiedad y quedan unidos a su propio patrimonio, sin perjuicio de las responsabilidades que caberles pueda por razón de su procedencia; responsabilidades que pueden quedar circunscritas a los bienes adjudicados si el heredero aceptó a beneficio de inventario (*intra vires hereditatis*: con o por las fuerzas de la herencia) o pueden alcanzar por contagio a los propios del heredero si aceptó la herencia pura y simplemente (responsabilidad *ultra vires hereditatis*).

Limitamos este estudio al derecho hereditario *in abstracto*, que, cual expresado queda, es el que a los hombres corresponde sobre la masa hereditaria antes de verificar la partición y la adjudicación de bienes.

Y si la línea divisoria de este derecho abstracto y del concreto la constituye la partición con sus importantes efectos habrá que excluir de aquella primera figura los casos en que la partición no pueda existir con posterioridad al momento de causarse la sucesión (autopartición) o sea innecesaria (heredero único), pues el estado de proindivisión forzosa no puede darse en ellos.

Naturaleza jurídica

I.—DEL DERECHO HEREDITARIO EN GENERAL.

Sobre la base de los tres sistemas indicados al hablar de la herencia yacente: el romano, el franco germánico y el mixto o moderno, se ha discutido ampliamente si el derecho hereditario es un modo de adquirir la propiedad o es un derecho real.

La confusión y las discrepancias que se observan débense, a nuestro juicio, al hecho general de considerar como una sola cosa el acto jurídico sucesión y el derecho hereditario, cuando en realidad son distintas. Planteado el problema en aquellos términos, no es posible llegar a una solución adecuada.

Puede discutirse si la sucesión por causa de muerte, como

acto jurídico, es o no modo de adquirir el dominio, y puede igualmente cuestionarse si el derecho de los herederos a o sobre la masa hereditaria es o no un derecho real. Es por consiguiente ilógico, a nuestro modo de ver, que algunos civilistas discurran penosamente sobre si la sucesión *mortis causa* es un modo de adquirir o derecho real después de haber sentado en otro lugar la afirmación sin reservas de que la sucesión es uno de los modos de adquirir el dominio.

Que la sucesión *mortis causa* como acto jurídico es un modo de adquirir el dominio en nuestro derecho constituido no puede ofrecer la menor duda teniendo a la vista el artículo 609 del Código civil. Que sea *exclusivamente* modo de adquirir la propiedad y demás derechos reales es cosa distinta, que ni en buena técnica puede sostenerse ni nuestro Código (1) lo pretende tampoco. El contenido objetivo de la sucesión lo constituye la herencia, y ésta se halla integrada por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones (Código civ., 659). El sucesor, por tanto, al lado de derechos en los bienes (dominio o derechos reales) puede adquirir derechos de crédito (activa o pasivamente); también puede adquirirlos solamente de esta última clase si no existen bienes en la herencia. Sigue igual con la mayoría de los denominados modos de adquirir la propiedad. Así la donación, ya se considere como acto, ya como contrato (que es la figura que perfila nuestro Código en el desenvolvimiento de la institución, a pesar de lo que resulta de la redacción del artículo 609), no tiene como fin exclusivo la transmisión del dominio; puede serlo igualmente la extinción de una deuda o de una carga, o la transmisión de un derecho de obligación. Lo mismo puede decirse de la tradición precedida del contrato. En idéntico caso se halla la prescripción.

Mas en la esfera de los bienes es indiscutible que la sucesión *mortis causa* es modo de adquirir el dominio, y ese carácter lo tiene en todo caso en que de bienes o cosas se trate, sin que pueda descubrirse el sitio en que hubiéramos de colocarle el rótulo de derecho real. Para que tuviese la naturaleza de derecho real el acto

(1) Ni los que siguen la misma orientación: francés, belga, italiano y cantonales de Berna y Lucena.

jurídico sucesión necesario es que se tratara de algo estático, y la realidad nos muestra, pese a todas las ficciones ideadas, que hay un paso, un cambio de titular en el patrimonio, una verdadera derivación. Aun los que caminan en el derecho de sucesión con la guía del principio de la continuación de la personalidad (de personalidad total o patrimonial solamente) reconocen que en el campo de los derechos reales se opera una verdadera transmisión, y el problema para ellos fundamental es sólo el paso de las deudas. Aun los sistemas que, como el romano (y el que sigue el Código civil suizo, que considera el derecho sucesorio como parte del derecho de familia), se basan en la copropiedad familiar tienen que admitir en el nuevo titular mayor amplitud de derechos patrimoniales después de la sucesión, ya por razón aritmética que a cualquiera se alcanza, ya porque la función que el derecho de familia desempeña en su ingerencia en el de sucesión es sola y fundamentalmente distributiva; esto aparte de lo endeble de dicha construcción, que pierde su cimiento en cuanto se la relacione con la sucesión testada.

El acto sucesión podrá, pues, ser un medio o modo de transmitir y aun de constituir derechos reales, pero en sí mismo considerado no es un derecho real.

Que el derecho hereditario, cuando tiene como *substratum* cosas corporales, es un derecho real tampoco puede ofrecernos dudas de consistencia; y a tal conclusión se llega por una deducción lógica de lo que queda expuesto y por un examen analítico de los caracteres del derecho real.

En primer término, si, como hemos dicho, en el campo de los bienes la sucesión por causa de muerte es *modo de adquirir* el dominio y demás derechos reales sobre aquéllos, es obvio que una vez que aquel acto jurídico ha tenido lugar el sucesor ha perfeccionado (en los grados al principio expuestos) sobre tales bienes un derecho real, ya sea éste el dominio, ya otro similar o subordinado. Y si en lugar de tomar la frase «modo de adquirir» en el sentido de causa única la utilizamos en el de causa próxima o eficiente en contraposición a título, acudiendo a la añeja doctrina del título y el modo, el resultado es el mismo, pues con arreglo a ella sabemos que la causa remota o título, constituida en este caso

por el llamamiento del testador o de la ley, confiere no el dominio, sino una simple vocación (*jus ad rem*) que sólo se transforma en *jus in re* por su conjunción con el modo.

En segundo lugar veamos si las relaciones jurídicas que constituyen la entraña del derecho hereditario—siempre en el caso de que recaiga sobre cosas—se acomodan a las que la técnica considera como características del derecho real.

A nuestro juicio dos son los juristas que con más precisión han señalado los caracteres de los derechos reales: Sohm y Barassi. El primero encuentra la distinción precisa entre aquellos derechos y los llamados personales en que el derecho real, primero concede un señorío inmediato sobre la cosa, y segundo se impone a todos. Barassi fija como caracteres: primero, el poder autónomo que el sujeto tiene sobre la cosa, que le permite obtener por sí solo las utilidades que aquélla rinda sin el intermedio de la prestación de otra persona, y segundo, la obligación negativa que tienen los demás de no invadir aquella relación autónoma como garantía jurídica de aquel contenido económico.

Pues bien: ese señorío, ese poder autónomo lo encontramos en el sucesor a título universal, el cual, sin intermedio alguno, se halla ligado a las cosas herenciales por un vínculo jurídico eficaz contra todo el que atribuirse quisiera sobre aquéllas, derechos derivados igualmente de título universal.

Lo que sucede es que, al igual de lo que dejamos expuesto respecto al acto sucesión como modo de adquirir el dominio, no puede decirse que siempre y en todo caso sea el derecho hereditario derecho real, pues ya hemos visto cómo el contenido de la herencia pueden constituirlo, al lado de los bienes y aun sin ellos, los derechos de crédito—activos y pasivos—, y en tales casos no hay por qué hablar de derecho real, ya que la propiedad y demás derechos reales en su sentido preciso, dentro de la técnica jurídica, moderna, sólo pueden recaer sobre cosas corporales.

En conclusión puede afirmarse que el derecho hereditario que a bienes se refiera es real por naturaleza. Si, por el contrario, no recayese sobre cosas corporales reconocemos con Gianturco y Orbenrech que es tarea baldía pretender encuadrarlo en el marco preciso del derecho real, aunque su naturaleza universal y los

efectos reales de las acciones de petición de herencia y retracto entre coherederos (1) animen a la empresa.

II.—DEL DERECHO HEREDITARIO «IN ABSTRACTO».

Hemos visto que el derecho hereditario en general es de naturaleza real si tiene como *sustractum* cosas corporales. En realidad ese derecho que los herederos tienen sobre las cosas herenciales no es otro que el que al causante correspondía y que por obra del modo sucesión *mortis causa* como acto jurídico *adquirieron* a la muerte de aquél. No tenemos por qué discutir si tal derecho hereditario es similar del dominio, como dice Sánchez Román, o un dominio especial, como afirma Gayoso, o distinto de él. Es el dominio mismo si lo tenía el causante; es el derecho real de servidumbre, censo, hipoteca, etc., si aquél era titular de tales derechos.

Mas el estado de indivisión de la herencia coloca a ese derecho en una situación jurídica especial que hace forzoso discurrir sobre su verdadera naturaleza.

Dicho estado, como dejamos dicho, cesa con la partición de bienes y consiguiente adjudicación, y si el primer efecto que estos actos producen es conferir a cada heredero la propiedad *exclusiva* de los bienes adjudicados (Civ., 1.068), lógicamente puede afirmarse que antes de que aquélla tenga lugar los herederos tienen una propiedad *en común*.

Mas la propiedad común no es un tipo simple de propiedad, sino que, por el contrario, presenta diversidad de facetas que es preciso examinar, siquiera sea muy someramente, para encajar el derecho hereditario *in abstracto* en la que corresponda a su configuración.

Prescindiendo de la propiedad común por excelencia, indivisible e ilimitada que corresponde a todos los hombres sobre las cosas inapropiables de la Naturaleza, como el aire, la luz, etc., el

(1) La Resolución de 19 de Julio de 1922, siguiendo la clásica doctrina de la causalidad necesaria entre el Derecho y la acción que del mismo emana, hoy en crisis, afirma, sin distinciones, que el derecho hereditario es siempre de naturaleza real.

derecho de propiedad—tomando esta palabra en sentido amplio—de varios sobre una cosa presenta para nosotros los siguientes grados de ejercicio :

Género = Propiedad común o de muchos sobre una cosa, comunidad en su más lato sentido.

1.^a Especie = a) Comunidad de bienes y derechos, y b) condominió.

2.^a Especie = Propiedad colectiva.

Para que la comunidad de bienes y derechos exista se precisa : 1.^o Pluralidad en el sujeto. 2.^o Unidad en el objeto, sin que obste que éste sea cosa universal. 3.^o Atribución a aquéllos de un derecho sobre éste ; y 4.^o División mental de ese derecho entre los sujetos.

El condonamiento o copropiedad requiere : 1.^o Pluralidad de sujetos. 2.^o Unidad de objeto constituido por cosa corporal. 3.^o Relación de propiedad o dominio entre aquéllos y éste ; y 4.^o División intelectual del derecho de dominio entre los copartícipes.

Tienen de común ambas figuras la concurrencia de varios sobre un objeto y la división del derecho en cuotas. Pero el término comunidad de bienes es más amplio que el de condonamiento : la relación jurídica en éste siempre está constituida por el derecho de dominio, mientras que en la comunidad de bienes y derechos puede serlo otro derecho real (1); el objeto del condonamiento no puede ser otro que el de la misma propiedad : las cosas corporales.

La propiedad colectiva es la que viene atribuída a un ente moral (asociaciones de interés público o privado, sociedades civiles y mercantiles).

Últimas diferencias que separan ambas especies son : 1.^a La necesidad de una personalidad jurídica indispensable en la segunda de ellas, pues, como observa Troplong, su vida en el derecho no podría tener lugar sin aquella representación orgánica, cuya necesidad no se concibe en los estados de comunidad de bienes y condonamiento. 2.^a En la comunidad cada comunero es propietario de una parte abstracta hasta la división de la cosa común,

(1) Y, según el Tribunal Supremo, uno de crédito (sentencia de 10 de Octubre de 1899).

de cuya parte puede disponer libremente sin contar con los demás partícipes; en la segunda especie no existe la idea de cuota, por atribuirse la propiedad al ente moral, y no pueden los miembros ceder sus derechos a un tercero sin consentimiento de la colectividad. 3.^a En aquellos estados puede pedirse en cualquier tiempo la división de la cosa común, mientras en la propiedad colectiva no puede hacerse en tanto no desaparezca la persona jurídica y se disuelva la colectividad, siendo perceptibles, por tanto, ambos momentos—extinción de la personalidad y división de las cosas comunes; y 4.^a La asociación deliberada de varias personas que ponen o adquieren colectivamente una cosa lleva siempre la aspiración de alcanzar un provecho, una ventaja, en tanto que los condóminos, ya sea la comunidad o el condominio incidental, ya sea voluntario (la voluntariedad no es nota diferencial), no se inspiran en el propósito del lucro nacido del concurso personal de los demás comuneros, sino sólo en la perspectiva de la relación directa de su derecho respectivo con la cosa común.

Tales son, en suma, las diferencias más esenciales, aparte otras de accidente, que pueden señalarse, sin que ciertas semejanzas que existen entre ambas especies puedan aproximarlas ni mucho menos confundirlas (hay quien habla—a nuestro juicio sin fundamento—de condominio con constitución de persona jurídica), pues los rasgos de una de aquellas figuras que en la otra se den sin carácter excluyente son consecuencia de la coincidencia del derecho de varias personas sobre una misma cosa, son resultado lógico de ser especies de un mismo género.

Deslindado el campo de este modo, ¿dónde enclavaremos el derecho hereditario *in abstracto*? Y si lo hacemos en el de la primera especie, ¿será tan sólo una comunidad, o encaja en los moldes concretos del condominio?

Desnuda para nosotros la herencia yacente de toda personalidad jurídica, no existiendo tampoco esa personalidad, absorbiendo la individual de los herederos que aceptaron, estando caracterizado aquel derecho por la idea de cuota y su posible enajenación por la facultad de pedir la división, y careciendo de todo fin de lucro o ventaja, puede asegurarse que la indivisión de la herencia no lleva consigo un caso de propiedad colectiva, constitu-

yendo una figura de la primera especie de las más arriba enumeradas.

Mas el especial contenido de la herencia impide catalogar esta situación como un verdadero condominio. Siempre que el derecho hereditario—hemos dicho—tenga como *substratum* cosas corporales es un derecho real; pero ese derecho real puede no ser el dominio: puede constituirlo cualquier otro similar o limitativo si el causante era titular de tales derechos. Esto aparte de que la naturaleza universal del objeto y el paso conjunto de las responsabilidades—y en algún caso de la representación—del causante a sus herederos impiden identificar ambas construcciones.

Se trata, pues, de una comunidad de bienes y derechos, forzosa porque nace con independencia absoluta de la voluntad de los interesados, universal porque recae sobre un patrimonio, y transitoria o incidental.

Estas cualidades constituyen las diferencias específicas que separan a esta clase de comunidad de la especie condominio o copropiedad romana (1).

Nuestro Código civil, bajo el título de «Comunidad de bienes», comprende un precepto general—él de su artículo 392, aunque un poco impreciso en el tecnicismo—y una regulación bastante completa de la copropiedad—artículos 393 a 406—. El orden de prelación de las fuentes legales por que ha de regirse la comunidad hereditaria será, en atención al párrafo segundo de aquel precepto legal, el siguiente:

1.º Voluntad manifestada por el causante en su testamento. Aunque la disposición de referencia sólo habla de contratos, indica a nuestro juicio el Código que debe prevalecer la soberanía de la voluntad sobre el precepto escrito, siempre que aquélla no contenga extremos injustos. No incluimos, en cambio, el contrato de partición que sobre la base de un testamento y facultado por el artículo 1.271, en relación con el 1.056, ambos de aquel cuerpo

(1) Véanse las Resoluciones de 21 de Febrero de 1923, de 22 de Septiembre de 1924 y la muy luminosa de 29 de Agosto de 1925, en las que la Dirección no identifica ambas figuras, sin olvidar por eso los comunes puntos de contacto.

legal, pueda hacer el causante con sus herederos, pues, al igual que lo que ya dijimos respecto a la autopartición no concordada, es evidente que mediando aquel pacto el derecho hereditario nace con el carácter de concreto desde la misma muerte del testador, sin período transitorio de indivisión que engendrar pueda derechos abstractos.

2.^º Disposiciones especiales del Código; tales son las referentes a administración de la herencia (artículo 1.026 y concordantes), a la partición (artículo 1.051 y siguientes), y enajenación y retracto del derecho hereditario (artículos 1.531, 1.533, 1.534, 1.067).

3.^º Como supletorio el título 3.^º del libro 2.^º del mismo Código civil.

No queremos terminar este punto sin antes hacer un ligero examen de las diferencias existentes entre el derecho hereditario *in abstracto* y dos figuras que pudieran tener con él semejanza, con cuyo examen quedará más perfectamente delimitada su verdadera naturaleza. Nos referimos al llamado condominio de derecho germánico y a la proindivisión nacida de una previa adjudicación de bienes hereditarios.

El derecho hereditario *in abstracto* en nuestra legislación no puede considerarse—como algunos lo hacen—como un caso de propiedad en mano común.

La distinción de la copropiedad *in solidum*, proindiviso (sentido gramatical) o de derecho germánico, de la copropiedad prodiviso o de derecho romano, la vemos ya en Zachariæ (V-I-197) en los siguientes términos. En la primera cada partícipe es propietario de la totalidad de la cosa, pero su derecho se halla limitado por un derecho igual en los demás copropietarios; en la segunda cada individuo es sólo propietario de una parte ideal y abstracta, que sólo es real y efectiva al dividirse la cosa. En el *condominium juris germanici* no existe la idea de cuota; en el *condominium juris romani* existe la distribución mental en cuotas y, como consecuencia, la acción de división.

Los Códigos civiles alemán y suizo admiten semejante distinción. El nuestro, en cambio, desenvuelve las ideas de comunidad de bienes y condominio por los cauces del derecho romano, sin

dejar resquicio por donde introducir—como forma de copropiedad—el dominio en mano común de los germanos.

De las formas que revestir puede en nuestro Derecho la concurrencia de varios sujetos en un solo objeto guarda estrecho parentesco el condominio de derecho germánico con la propiedad colectiva de personas jurídicas de que hemos hecho mérito; serían casos de esa figura la propiedad de la sociedad conyugal y la de ciertas sociedades; mas apuntadas quedan las dificultades que impiden calificar esas construcciones de copropiedad en nuestro sistema e incluir el derecho hereditario *in abstracto* con su idea de cuota enajenable, con su acción de división, con su ausencia de personalidad jurídica y de fin de provecho en el campo de la propiedad colectiva o en mano común.

Claro es que nos referimos a la comunidad hereditaria que pudíramos llamar normal u ordinaria, a la indivisión incidental, involuntaria y transitoria que sigue al momento de causarse la herencia si antes no existía partición válida. Mas en nuestro Derecho es posible que tal estado de comunidad tenga los caracteres de voluntaria y, en cierto modo, permanente. Las condiciones de los bienes hereditarios o las circunstancias personales de los herederos pueden aconsejar al testador hacer uso de la facultad que el párrafo 1.^º del artículo 1.051 del Código civil le concede y prohíba la división por ser conveniente o necesario no alterar el estado anterior del patrimonio en beneficio de los herederos. Y aun por aplicación del artículo 400 del mismo Código pueden por las mismas causas pactar la indivisión los coherederos, con las limitaciones de plazo que aquel precepto establece. En tales casos se dan circunstancias bien diversas de las ya examinadas, y pudiera verse una aproximación a la figura de comunidad que discutimos. La constitución de una especie de sociedad (1), y muchas veces de Compañía mercantil—muy frecuentes en la realidad—, la idea de beneficio que preside siempre esas

(1) Acaso por tal fundamento estatuye el párrafo 2.^º del mismo artículo 1.051 que en tales supuestos la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad (precepto inexacto en cuanto a la aplicación de la cuarta de las enumeradas en civ., 1.700, que echaría por tierra el supuesto).

situaciones, la imposibilidad de ejercitar acciones de división, etc., serían determinantes de fuerza para la identificación si la existencia latente de cuotas-partes no constituyera una valla muy difícil de franquear.

Tampoco puede confundirse la situación de los herederos en la indivisión que precede a la partición y consiguiente adjudicación de bienes con la nacida de una adjudicación proindiviso, aunque ésta sea de la total masa hereditaria.

En el primer caso cada coheredero tiene una cuota ideal sobre el total patrimonio; en el segundo, una cuota, también ideal, pero concretamente determinada sobre cada bien en particular. En aquél existe una sola comunidad, en que que el objeto único es universal: en éste existen realmente tantas comunidades distintas como bienes adjudicados proindiviso.

Las consecuencias de la distinción son de verdadera importancia en lo que se refiere a los actos verificados por los coherederos con terceras personas, pues como más adelante hemos de ver, durante la indivisión de la herencia no pueden aquéllos disponer de bienes determinados ni de partes alícuotas de los mismos, mientras que después de la adjudicación (aunque sea proividiso) los actos de disposición son perfectamente válidos e incondicionales.

El único caso en que la distinción de ambas situaciones no es posible es aquel en que el contenido de la herencia esté constituido por una sola finca; en tal supuesto, la fuerza de las circunstancias—como decía nuestro ilustrado compañero Sr. Ruiz Artacho en su racionalísimo artículo publicado en el *Boletín de la Asociación de Registradores* en mayo de 1924—impide en absoluto la distinción, y así lo reconoció la Resolución de 16 de Diciembre de 1876.

FERNANDO DE LA CÁMARA.

(Continuará.)