

## BIBLIOGRAFIA

---

"Das Volksgesetzbuch der Deutschen" ("El Código del pueblo alemán").—*Frankf. Zeit.*, 24 noviembre 1940.

La Academia jurídica de Alemania viene dedicando parte importante de sus esfuerzos a la redacción de un Código popular, y no los ha interrumpido a pesar de las extraordinarias circunstancias por que atraviesa el Reich.

El profesor Hedemann, de la Universidad de Berlín, en una sesión pública celebrada por la Comisión encargada de los trabajos preparatorios, declaró que no es cosa insólita emprender tales tareas, que parecen propias de los tiempos pacíficos, en medio del estrépito de la guerra. También el Código Napoleón, el austriaco y el vigente B. G. B. se han preparado y concluido durante períodos bélicos. Precisamente con la vista puesta en la futura organización de Europa se realiza el trabajo. No se quiere publicar las partes ya concluidas, porque se prefiere presentar la obra total. Solamente se da a conocer la quintaesencia.

Ante todo, hay que hacer notar el carácter popular del lenguaje utilizado. Donde se pueda se empleará, como decía nuestro poeta, el *roman paladino*, sin que padezca la exactitud. Muchos capítulos principiarán en términos populares para adquirir después un tono rigurosamente jurídico. Así, por ejemplo, se tratarán bajo la rúbrica "Parentela", tanto los consanguíneos como los afines, si bien más tarde se distinguirá con precisión entre ambos grupos de parientes. Como el lenguaje popular no distingue la asociación (Verein) de la sociedad (Gesellschaft), se designará con la palabra asociación solamente la que tenga personalidad jurídica, mientras se comprenderán en el concepto *sociedad* las que no tengan capacidad jurídica. En otro orden de consideraciones, el Código tratará de la venta, pero no de las ordenanzas de mercado. El derecho de trabajo ha adquirido durante el año la categoría de materia sustantiva, pero hay servicios que deben ser reco-

gidos en el Código. Antes que agotar las disposiciones que reglamentan un tema es preferible evitar la *inflación*. Se ha elegido el procedimiento de dejar a un lado las particularidades y las ordenanzas ejecutivas; para dedicarles luego leyes especiales o accesorias. No todo el Derecho vigente ha de echarse por la borda, pues algo hay utilizable. Es indudable que ha de conservarse el testamento, la sucesión hereditaria, la libertad de formas en los negocios, el matrimonio monogámico y el contrato como resultado de la oferta y de la aceptación. Pero en todo irrumpirá *lo nuevo* y aflorará frecuentemente el pensamiento nacionalsocialista. Así, el derecho de las personas deberá ser perfectamente reconstruido bajo las inspiraciones del honor y el nombre. La mujer tendrá una situación diferente de la actual: será más que una compañera del hombre, y estará no sólo autorizada, sino obligada a desenvolver sus actividades fuera del hogar. La privación de herencia ha de ser desenvuelta, en el derecho sucesorio, contra los enemigos de la patria. La propiedad recibirá nuevo cuño. "Planeamos el unificar las responsabilidades por el peligro creado, lo mismo en ferrocarriles, que en automóviles, obras, empresas y almacenes de explosivos. Daremos una ordenación completa a la responsabilidad por el riesgo." En lugar del concepto de *buenas costumbres*, hasta ahora prevalente en el Derecho, hablaremos de las bases fundamentales de la convivencia del pueblo.

Luego se refirió el profesor Hedemann a las particularidades de los problemas todavía en discusión. Aún se halla sin regular la responsabilidad del heredero por las deudas de la sucesión, existiendo dos proyectos contrapuestos. Viene después la lucha sobre las personas jurídicas. Finalmente se plantea la cuestión de si debe privarse de la personalidad al enemigo manifiesto del pueblo, introduciendo de nuevo la *muerte civil*. Ha sido desechada la llamada "Parte general", y a la cabeza del Código se colocarán unas reglas fundamentales que serán, más que un preámbulo de otras leyes, verdaderos artículos de fe. Han sido ya formuladas y presentadas al presidente de la Academia treinta y dos de esas máximas doctrinales. El Código contiene seis libros: 1.º El camarada o miembro del pueblo (*Der Volksgenosse*). 2.º El derecho de familia. 3.º Sucesión hereditaria. 4.º El derecho de contratación o de tráfico. 5.º La propiedad de los camaradas. 6.º El derecho sindical o de asociación. "Cuando se remate este trabajo—concluyó el profesor Hedemann—se habrá cerrado un magnífico período de la Historia alemana."

KARL RAUCH.—*Aumento de capital mediante los propios medios de la Sociedad*.—Reseña bibliográfica de la contribución del autor al "Homenaje a Ernst Heymann"; tomo II.—Weimar. Editorial Hermann Boehlaus Nachfolger, 1940 (págs. 148 a 232).

## I

El aumento de capital de una Sociedad anónima (o de una Sociedad de responsabilidad limitada, o de otra Sociedad capitalista) puede realizarse de dos maneras: o mediante aportación de nuevo capital desde fuera (aumento normal del capital) o mediante la transformación de reservas de la Sociedad en acciones gratuitas. Las reservas pueden consistir en las ganancias de años anteriores o de la ganancia del año corriente. La operación financiera se efectúa o por ofrecer la Sociedad directamente las nuevas acciones a los accionistas (acciones gratuitas impropias) o por ofrecerlas a un Banco intermediario, que las ofrece a su vez a los accionistas (acciones gratuitas propias). En ambas formas se trata jurídica y económicamente del mismo suceso, por lo cual la moderna literatura combate el mencionado distingo. La Jurisprudencia alemana (Tribunal de Cuentas, en un dictamen, tomo IV, página 228, y en sentencias del 28-XI-1929 y del 9-IV-1930) interpreta la indicada operación de la manera siguiente: En primer lugar, la Sociedad reparte las ganancias entre los accionistas; luego les ofrece nuevas acciones, cuya suscripción se paga mediante cómputo de las ganancias. Así resulta la llamada "acción gratuita", acción onerosa. Esta construcción tiene consecuencias prácticas, sobre todo, en el campo tributario, sometiendo una sola operación a dos impuestos diferentes. A pesar de lo artificioso de la descomposición de un suceso en dos, la literatura adopta, en general, el mismo criterio que la Jurisprudencia (véase, por ejemplo, *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, ed. 14, Berlín, De Gruyter, 1933, nota 2.<sup>a</sup> al 279), tanto frente al Código de Comercio como frente a la nueva Ley de Acciones del 30 de enero de 1937 ("Reichsgesetzblatt", 1937, I, págs. 107 y siguientes; exposición de motivos en el *Deutscher Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger*, del 4 de febrero de 1937, núm. 28). Rauch ataca la Jurisprudencia y la literatura, partiendo de una exposición del Derecho comparado y analizando luego sus raíces doctrinales.

## II

1. El Derecho anglosajón desconoce el capital social en el sentido continental. Distingue entre el "authorised capital" (en los Estados Unidos "authorized capital stock" o "nominal capital stock") y el "issued capital" (o "suscribed capital" o "actual capital stock"). El primero es fijado en la escritura en que se constituye la Sociedad; y no puede ser excedido sin modificación de dicha escritura. Por lo demás, posee sólo "valor óptico" ("face value"). La nueva "Ley de acciones" alemana ha introducido también en la vida alemana el "capital autorizado"; pero, a diferencia del "authorised capital" del Derecho anglosajón, se entiende en Alemania por tal concepto la cantidad hasta la cual el "Consejo de Administración" puede aumentar el capital social sin tener que pedir permiso a la "Junta de accionistas". Tanto en Inglaterra (véase Palmer, *Company Precedents*, ed. 15, Londres, 1938, págs. 722 y 967 y siguientes) como en los Estados Unidos (véase Fletcher, *Cyclopedia of the law of private corporations*, permanent edition, Chicago, 1932 a 1939, vol. XI, págs. 896 y siguientes), admítense en la práctica los aumentos del capital mediante la transformación de reservas en acciones gratuitas. Estas acciones reciben la denominación de "stock dividend". La definición es la que sigue: "Stock dividend is a conversion of surplus or undivided profits into capital stock, which is distributed to stockholders in lieu of cash dividend. It implies a continuance of the corporation with the same assets and the same liabilities." En ambos países se da al aumento normal del capital el tratamiento uniforme que merece, sin descomponerle artificialmente. No se trata del reparto de dividendos en forma de la atribución de nuevas acciones, sino meramente del pasaje de unos valores de una cuenta de la Sociedad a otra. En consecuencia, los accionistas no deben pagar los impuestos que gravan sobre los ingresos.

2. El derecho de las Sociedades anónimas en Francia se asemeja al Derecho alemán. Sería tal vez más exacto hablar de la relación inversa. Puesto que resulta que la teoría alemana de la doble operación, contenida en el aumento de capital por los propios medios de la Sociedad anónima, es de origen francés. Su creador es Houpin (*Journal des sociétés*, tomo XXII, 1901, págs. 51 y siguientes). Este autor des-

compone la transformación de las reservas en dos operaciones distintas: el reparto de las reservas, para el cual es suficiente una resolución mayoritaria de la "Junta General"; y la suscripción de las nuevas acciones, la cual exige el voto unánime de todos los accionistas. Los accionistas que discrepan pueden exigir que se les pague al contado su parte correspondiente en las reservas. La teoría de Houpin ha sido atacada con pleno éxito por Thaller ("Annales de Droit commercial", tomo XXI, 1907, págs. 190 y siguientes), que la califica como "procédé de scolastique". La "Junta General" puede, según Thaller, comprobar, en primer lugar, que las activas han aumentado; en segundo lugar, comprobar que el valor de la acción ha subido de 1.000 a 2.000 francos, para poner en concordancia el patrimonio de la Sociedad con el capital social; y luego, en tercer lugar, disponer que esta acción de 2.000 francos se descomponga en dos secciones de 1.000 francos. Todas estas comprobaciones y resoluciones pueden realizarse sin la participación personal de los accionistas. La opinión de Thaller convenció hasta a los partidarios originarios de Houpin (Lyon-Caen y Renault, Wahl, Rousseau, Decugis); y, finalmente, al continuador de la obra del mismo Houpin (Houpin-Bosvieux, "Traité général des sociétés", ed. 7, 1935, tomo II, págs. 10 y siguientes).

3. Dejando aparte Bélgica y Holanda, donde la teoría coincide con la nueva teoría francesa, dediquemos unas breves palabras a España, de la que Rauch hace caso omiso. El profesor Garrigues dice en su "Curso de Derecho Mercantil" (tomo I, 1936; tomo II, 1940) las siguientes palabras (tomo I, pág. 237): "Cuando una Sociedad decide elevar su capital, puede proponerse o bien aumentar efectivamente su patrimonio productivo mediante la aportación de nuevos elementos patrimoniales (aumento efectivo), o bien elevar sencillamente la cifra del capital, pero sin necesidad de ingresar nuevos elementos patrimoniales, o sea mediante un simple traspaso de cuentas en el balance (aumento puramente contable)... Para transformar en acciones las reservas o las plusvalías, es preciso revalorizar los elementos objeto de la plusvalía, sustituyendo el método de estimación por el curso o el valor actuales. Una vez realizada esta revalorización y expresada en un aumento de cifras en el balance, la segunda fase de la operación consiste en aumentar el capital en la misma cantidad que la de la plusvalía antes comprobada."

4. En algunos países se permite expresamente por la Ley el au-

mento de capital mediante los propios medios de la Sociedad. Así en Liechtenstein (Ley de 20 de enero de 1926), en Noruega (Ley de 19 de julio de 1910, artículo 27, párrafo primero), Suecia (Ley de 12 de agosto de 1910, artículo 47), Yugoslavia (Ley de 5 de octubre de 1937, artículo 345, párrafo primero), etcétera. La Ley sueca (loc. citada) dispone, por ejemplo, que el patrimonio social pueda ser aumentado por transformación de ganancias ahorradas en patrimonio social, a no ser que se incorporen al fondo de reservas. Se permite también la expedición de nuevas acciones.

## I I I

Después de esta exposición del Derecho comparado, ataca Rauch las raíces doctrinales de la teoría alemana del "doble suceso". Según su opinión, arraiga la mencionada teoría equivocada en la no menos equivocada opinión de que el aumento del capital representa una nueva fundación parcial de la Sociedad, dogma que en España adopta también Garrigues (l. c., p. 236). La fundación de la Sociedad se realiza mediante la aportación de capital, que, naturalmente, llega a la Sociedad desde fuera, ya que no puede venir en aquel momento desde otro sitio. Al equiparar el aumento con la fundación, se entiende ahora por qué la teoría alemana exige la aportación de capital desde fuera; y, en consecuencia, el móvil de su interpretación del "doble suceso". La equiparación del aumento de capital con la fundación tiene razones históricas. La Ley alemana de 1870 no conocía seguridades para el aumento, y sí para la fundación. La consecuencia era que las Sociedades se fundaban con poco capital y lo aumentaban luego libremente, sin estar sometidas a restricciones y garantías de ningún género para los acreedores y el público. Para contrarrestar esta perniciosa práctica, estableció Nissen, en el año 1874, la doctrina de que el aumento implica una fundación parcial ("*Zeitschrift fuer des gesamte Handelsrecht*", tomo XIX, pág. 357), llegando así al resultado apetecido de poder aplicar al aumento de capital las seguridades prescritas en la Ley para la fundación. A partir del momento en que el legislador se hace cargo de la situación e introduce garantías para el aumento de capital, ya no nos hace falta la teoría de Nissen, que tenía un valor meramente instrumental. El aumento de capital representa, en verdad,

un cambio de Estatutos; y ni siquiera el cambio más importante. Bien es verdad que la "Exposición de Motivos" a la nueva "Ley alemana de Sociedades anónimas" afirma lo contrario, considerando el aumento y la reducción del capital social como los cambios más importantes de los Estatutos; pero no lo es menos que la fusión y la modificación de la finalidad de la Empresa representan cambios más fundamentales. Tratándose, por lo tanto, de un cambio de Estatutos, ha de examinarse en cada caso si procede o no la aplicación analógica de los preceptos sobre la fundación. Esta cuestión debe contestarse en la afirmativa con respecto al aumento ordinario. Siempre que el capital llega de fuera, existen los mismos peligros para los acreedores y el público que en la fundación. Pero si el aumento se realiza por medio de los propios recursos de la Sociedad, no existe igualdad de situaciones. En el caso de que el aumento se efectúe por transformación de reservas, trátase de una mera medida de contabilidad; el patrimonio de la Sociedad queda intacto. En la hipótesis de una mera transformación de las ganancias netas, se aumenta materialmente la fortuna de la Sociedad. En ambos casos debe prescindirse de la suscripción de acciones.

GEORG LENZ.—"Die Erneuerung unseres Verfahrensrechts aus dem germanischen Rechtsdenken" (La renovación de nuestro Derecho procesal dimanante del pensamiento jurídico germánico), artículo publicado en *Deutsche Rechtswissenschaft* (ed. por Karl August Eckhardt, tomo II, cuaderno IV, págs. 325 a 356, Hanseatische Verlagsanstalt, 1937).

El autor de este artículo ya no es desconocido a nuestros lectores, que han sido enterados de su nueva obra "Neue Grundlagen der Rechtsfindung" (v. REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 552 y 685). Sin embargo, insistimos en los trabajos de este autor, puesto que aspiran a una compleja "transformación de valores" conforme al nuevo espíritu alemán: la sustitución del pensamiento jurídico romano por el pensamiento jurídico alemán. El autor comienza con una exposición del Derecho procesal moderno, formado bajo la influencia romanista, de la que podemos prescindir por tener presentes las ideas fundamentales del Derecho procesal moderno. Después Lenz destaca los "Leitmotive" del proceso germánico. El proceso germánico desconoce la se-

paración de las partes, por un lado, y del Juez, por el otro. La comunidad, en forma del "Thing", juzga como Juez; y aun habiendo ya Jueces como cargos independientes, estos Jueces son meramente ejecutores de la voluntad del "Thing", al que deben reunir así que se les planteen dudas de cualquier clase. Las partes pertenecen a la comunidad que juzga; no están colocadas aparte. Al revés, otros miembros de la comunidad pueden verse de repente en papel de parte, si de las investigaciones resulta que tienen algo que ver con el asunto debatido. Las investigaciones no parten del actor y de su pretensión, sino del demandado y de su derecho a la defensa. Este derecho es, a la vez, un deber. El demandado no puede limitarse a negar los hechos alegados por el demandante. Más bien ha de explicar al Tribunal su situación jurídica. Así se opone al concepto romanista de la "actio" la noción germanista de la "Gewere" (derecho a defensa). El demandante puede hacer valer que él tiene el verdadero derecho a defenderse, puesto que, aunque no posee la cosa discutida, debiera tenerla. Estos principios del proceso germánico introduce Lenz en la ciencia y en la práctica moderna del Derecho procesal. En primer lugar, aborda Lenz la relación del Juez y de la Ley (párrafos 335 a 345). El Juez debe inspirarse en el Pueblo al fallar sus sentencias. El Pueblo es representado por el "Führer", ya que salta a la vista que en un gran Estado el Pueblo no puede reunirse con frecuencia como el "Consejo abierto". El "Führer" proclama sus sentencias de antemano en forma general, llamándolas "leyes". Pero también tiene el derecho a actuar en un caso concreto como Juez, representando la Comunidad. Si deja de representar a la Comunidad, se transforma en un tirano. Si una ley (y eso ocurrirá sobre todo con leyes anteriores a 1933) no reproduce ya la concepción de la Comunidad, no debe ser aplicada. He ahí un relajamiento de la célebre vinculación del Juez a la ley. Sobre este tema hay dos opiniones opuestas en la literatura del Eje. Mientras que la mayoría de los autores ven en ella una limitación del Juez a favor de los individuos y, por lo tanto, un principio liberal, otros autores creen que la vinculación del Juez se efectúa en provecho del Poder ejecutivo. El primer grupo opina consecuentemente que el Estado totalitario no debe reconocer el mencionado principio. El segundo grupo, en cambio, con no menos rigor lógico, mantiene la tesis de que precisamente el Estado totalitario, que realza el Poder ejecutivo, debe conservar la vinculación del Juez a las leyes. Forman parte del segundo



grupo autores como Zimmerl, Delitala (en *Rivista ital. di diritto penale*, vol. VII, 1935, p. 592) y Bettiol (l. c., vol. IX, 1937, p. 242) (v. sobre ambas doctrinas Schaffstein en "*Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaften*", tomo LIX, 1940, p. 530). En segundo lugar, trata Lenz de las relaciones entre Tribunal y partes (páginas 345 a 353). El Juez debe partir de la situación actual e investigar su desarrollo desde la presencia hacia el pasado. No debe partir de la pretensión del actor y analizar los requisitos necesarios para su eficacia. Lenz reproduce, finalmente, varios casos prácticos, resolviéndolos primeramente según la concepción romanista, y luego en virtud de las ideas germánicas. He aquí uno de estos casos: R. compra, por encargo de su cuñado G., y con el dinero de éste, un vagón de frutas para elaborar vino y enviar luego el líquido a G. Por la noche se encuentra el vagón en un garaje de R. Antes de poder comenzar su trabajo, el alguacil embarga el vagón por orden de un acreedor de R. G. entabla un tercería de dominio. El Tribunal de Primera instancia de Stuttgart opina que G. es propietario del vagón y de las frutas, puesto que R. ha querido adquirir ambas cosas para G., no importa si expresó o no expresó esta su voluntad frente al vendedor de las frutas (véanse §§ 157, 929, BGB). Lenz objeta con razón de que el vendedor transfirió la propiedad a R.; y que entre R. y G. no tuvo lugar todavía el acuerdo y la entrega; y que, finalmente, estas dificultades no pueden resolverse con una sencilla referencia a las buenas costumbres. Luego desarrolla Lenz la solución del caso según el método germánico. No se debe partir de la pretensión del actor G., y de las presuntas voluntades de los interesados. Hay que partir de la situación existente en el momento de la interposición de la demanda. En primer lugar, debe preguntarse: ¿Qué es objeto de la contienda? ¿Se trata de una demanda por "lo propio" o por "lo debido"? y en el último caso, ¿por dinero o por otro objeto debido (acciones u omisiones)? En este caso el debate no gira en torno de lo propio, sino en torno de una actuación del demandado. El demandante no quiere que el demandado le devuelva las cosas embargadas por ser él propietario, sino que el demandado renuncie a los derechos adquiridos por el embargo. Esta renuncia representa una actuación del demandado. En consecuencia, no es objeto del proceso la propiedad, sino la obligación del demandado de abandonar las cosas embargadas. El demandado invocará como legitimación el embargo. Por lo tanto, tiene que

defenderse ahora el demandante. Este debe hacer valer dos puntos: primero, que R. no podía disponer de las cosas; segundo, que él, G., tiene un derecho sobre ellas, puesto que, en caso contrario, no se comprendería por qué él podría pedir la liberación de las cosas. G. se referirá a R. como testigo, para que declare que no es propietario; que ha comprado las frutas para G. y que las tenía guardadas sólo para elaborar vino. Del hecho de que las frutas no han llegado a la propiedad de R., dedúcese que R. no estaría legitimado frente al demandado; en cambio, no sigue de aquella conclusión de que G. es el legitimado. G. debe afirmar un derecho sobre las cosas, por ejemplo, la posesión mediata (§ 868 BGB), presumiéndose entonces su propiedad (§ 1.006 BGB). La prueba de esta afirmación no es difícil, puesto que G. puede referirse tanto a R. como al vendedor. ¡Esperemos los desarrollos de las nuevas corrientes neogermánicas, que fácilmente pueden revestir una importancia secular!

"Derecho Procesal Criminal" (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1940, páginas 515).

Rafael García Valdés, Vicesecretario del Gobierno del Tribunal Supremo, acaba de publicar, junto con un "Redactor de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*", un libro bastante voluminoso sobre "Derecho Procesal Criminal". El libro expone cuarenta temas, de los que los primeros dieciséis han sido abordados por el "Redactor de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*", mientras que los restantes se deben a la pluma de García Valdés. El libro distingue en el proceso penal, siguiendo las doctrinas de Graf zu Dohna (1) (con Rosenfeld (2) y Beling (3), los más conocidos procesalistas alemanes en esta materia), seis fases: 1.<sup>a</sup>, una fase preliminar que abarca las actuaciones que se efectúan desde la realización del hecho delictivo, o desde su descubrimiento, hasta que el instructor procede a invocar el sumario; 2.<sup>a</sup>, sigue luego el período de instrucción; 3.<sup>a</sup>, después del sumario, y antes de penetrar en el verdadero juicio oral, encontramos

(1) *Strafprozessrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1929.

(2) *Deutsches Strafprozessrecht*, 1926.

(3) *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928.

una etapa que, por estar colocada entre ambos, llaman los alemanes "Zwischenverfahren", procedimiento intermedio que encierra como trámites esenciales los relativos a la conclusión del sumario, al sobreseimiento, a la apertura del juicio oral y a la deducción de los artículos de previo pronunciamiento (o sea, en conjunto, los artículos 622 a 645, 666 a 679 de la Ley de Enjuiciamiento criminal); 4.ª, a continuación, el período del juicio oral, al que acaso convenga más la denominación que recibe en el Código de Justicia Militar (art. 540) y en la Ley de Enjuiciamiento de Marina (art. 256), es decir, plenario; 5.ª, la quinta fase es la de la impugnación de las sentencias penales de fondo, trátase de resoluciones definitivas (mediante apelación o casación) o de fallos firmes (mediante revisión); 6.ª, la sexta se refiere a la ejecución procesal, tanto de las penas como de las medidas de seguridad impuestas por los Tribunales (v. p. 12). Saludamos agradecidamente este enriquecimiento de nuestra escasa literatura patria referente al Derecho procesal penal.

PÍO BALLESTEROS.—"Manual de Hacienda Pública" (Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1940, p. 378).

El autor pone de relieve en la Introducción (pág. 2) que las muchas obras sobre Hacienda Pública, salidas a luz en España en los últimos años, apenas mencionan a España ¡Piénsese en los libros de Eheberg, Flora, Griziotti, Van Der Borcht, Englis, etc.! Tampoco las notas de los traductores llegaron a llenar el vacío de debida manera. El libro de Ballesteros va encaminado hacia esta meta. El Capítulo IV de los Preliminares está dedicado a la aportación española a la ciencia de la Hacienda Pública, reuniendo nombres tan ilustres como los de Fray Francisco de Vitoria, Fray Domingo Soto, Fernando Vázquez Menchaca, el Padre Juan de Mariana, Don Diego de Saavedra Fajardo, etc. Prescindiendo de los Preliminares, consta la obra de dos partes. La primera trata de los gastos públicos; la segunda aborda los ingresos públicos. Al final del libro se encuentra un "Índice de personas". ¡Sería de desear que los libros fuesen también provistos de un "Índice de materia"!

*Protección del sueldo contra embargos en Alemania.*

El 30 de octubre de 1940 (Reichsgesetzblatt, I, 1.452), el Reich ha publicado un Decreto sobre la reglamentación unitaria de la protección del sueldo contra embargos, Decreto que encuentra su exposición en la Revista *Deutsches Recht* (1940, págs. 1.969 y siguientes). El Decreto rige en todo el Imperio alemán (inclusive Memel, Dantzig, Eupen y Malmedy, etc.). Por "sueldo" ("Arbeitseinkommen") se comprende tanto los salarios de los obreros como los sueldos de los funcionarios y los emolumentos de otros arrendadores de servicios, siempre que se trate de sueldo pecuniario. El Decreto resuelve la cuestión batallona por la protección de los salarios referentes a horas extraordinarias, declarando inembargable la mitad de éstos (es decir, la mitad del salario entero para horas extraordinarias consistente en el salario normal aumentado por un suplemento). La cantidad inembargable ha sido fijada por el Decreto a 130 marcos (585 pesetas). Además, escapan al embargo tres décimas partes de aquella cantidad del sueldo que excede a 130 marcos. Si el ejecutado está obligado a alimentar a alguien, puede retener por cada alimentista otra décima parte. Si el sueldo es inferior a 230 marcos, el acreedor puede embargar sin excepción alguna, al menos, una décima parte de la cantidad que excede de 130 marcos. Si el sueldo es superior a 230 marcos, la garantía indestructible del acreedor se extiende a dos décimas partes. El Decreto permite, en ciertos casos, el llamado "embargo de reserva o de precaución" ("Vorratspfändung"), es decir, el embargo del sueldo futuro.

*Noticias acerca del "Registro de la Propiedad" en Alemania.*

1. Dos libros, recientemente publicados en Alemania acerca del Registro de la Propiedad, pueden interesar a nuestros lectores: a) El doctor Siefert, presidente de una Sala de una Audiencia, ha publicado en el año 1938 una colección de las Leyes y Decretos referentes al "Registro de la Propiedad". La colección abarca ocho secciones: 1.<sup>a</sup> "Registro de la Propiedad" y preceptos relacionados con ello; 2.<sup>a</sup> Ley sobre la jurisdicción voluntaria, etc.; 3.<sup>a</sup> Código civil, etcétera; 4.<sup>a</sup> Derecho agrario y campesino; 5.<sup>a</sup> Disposiciones de la juris-

dicción contenciosa; 6.<sup>a</sup> Derecho de Hacienda y de divisas; 7.<sup>a</sup> Reglamento sobre las costas, etc.; 8.<sup>a</sup> Otras prescripciones que no pueden agruparse en ninguna de las secciones antecedentes. El libro se denomina: "Grundbuchführung" (Sammlung der für die Grundbuchführung wichtigsten Gesetze, Verordnungen und amtlichen Verfügungen) (Karlsruhe, Macklotsche Druckerei, 1938, precio: 18,80 marcos) (1).  
b) El doctor Hesse acaba de publicar un comentario voluminoso a la "Ley sobre el Registro de la Propiedad": "Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung, v. 5, VIII, 1935, nebst Ausführungsverordnung, Grundbuchverfügung und Sachregister" (Berlín, de Gruyter, 1939, ps. 952, precio: 14 marcos). Se trata ya de la segunda edición de una obra que se ha abierto rápidamente camino (2).

2. a) El doctor Kowalski es el autor de un librito sobre la "hipoteca independiente" ("Grundschild"), que ya ha alcanzado su segunda edición: "Die Grundschild in modernen Grundbuchverkehr" (Berlín, Hermann Sack, 1939, ps. 90, precio: 3 marcos). La "Grundschild" alemana representa, como es sabido, una carga independiente sobre los inmuebles, oponiéndose en este particular a la hipoteca que se llama "accesoria" por asegurar meramente un crédito principal (3).  
b) La Audiencia Territorial de Berlín, el célebre "Kammergericht", ha dictado, el 2 de noviembre de 1939, un interesante auto sobre la reunión de varias hipotecas en una sola hipoteca nueva: una llamada "hipoteca de unidad" ("Einheitshypothek"). El "Kammergericht" sigue en su auto al del Tribunal Supremo alemán del 27 de junio de 1934, que ha permitido la formación de una "hipoteca de unidad", si las diferentes hipotecas reunidas poseen el mismo rango o se suceden inmediatamente, si el crédito asegurado es unitario o se estructura de modo unitario al formarse la "hipoteca de unidad", y si los intereses y las condiciones de cancelación y de la devolución del capital son idénticas (4).

(1) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 102.

(2) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 151.

(3) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 103.

(4) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 116.

*Problemas que plantean las fincas amayorazgadas* (véase "Deutsches Recht", 1940, págs. 1.758 y siguientes).

Los lectores de la REVISTA están ya enterados de la Ley alemana de 29 de septiembre de 1933 sobre fincas amayorazgadas o vinculadas (véase REVISTA CRÍTICA, 1936, págs. 233 y 234, y 1940, página 153), Ley que creó la institución del "patrimonio familiar". Después de la muerte del labrador, pasa la finca indivisa al heredero privilegiado ("Anerbe"). El uso de la comarca decide de si el hijo menor o mayor ha de ser el heredero privilegiado. En caso de duda, se resuelve la cuestión por el "Tribunal de herederos privilegiados" ("Anerbengericht"). El labrador puede nombrar libremente al sucesor en la finca amayorazgada mediante testamento, si, al promulgarse la Ley en aquella comarca, no existía el uso del heredero privilegiado, o si, existiendo este uso, el padre podía libremente determinarle. El legislador partía de la base de que la comprobación del uso hereditario respecto a fincas amayorazgadas debía ser una tarea fácil para el Tribunal especial. Sin embargo, resultó todo lo contrario. Por esta razón se concedió al Ministro de Justicia y al Ministro de Abastecimiento y de Agricultura la facultad (artículo 9 del Decreto de 26 de abril de 1939) de establecer de manera obligatoria qué uso existe en las diferentes comarcas alemanas respecto a estas cuestiones. Se dividió la materia en dos secciones, según se trataba de la sucesión legal o testamentaria. En el primer caso (sucesión legal) existen tres hipótesis. 1.ª Según el uso, el hijo mayor es el heredero privilegiado; 2.ª Según el uso, el hijo menor es el heredero privilegiado; 3.ª No existe ningún uso determinado. En el segundo caso (sucesión testamentaria) hay de nuevo tres hipótesis: 1.ª No existía antes de la Ley de 1933 la institución de las fincas amayorazgadas; 2.ª Esta institución existía: y el labrador tiene el derecho de libre determinación; 3.ª El labrador no tiene este derecho. El 28 de septiembre de 1940, ambos Ministros han publicado los resultados de sus investigaciones. En el partido judicial de Kiel resulta, por ejemplo, referente a la sucesión legal, que en la mayor parte del territorio rige el derecho del hijo mayor. Sin embargo, existen comarcas en el mismo partido judicial en las que se observa el derecho del hijo menor; y otras en que no se observa nin-

gún uso determinado. En lo atinente a la sucesión testamentaria, resulta que en el partido judicial de Kiel, en general, no se permite la libre designación por el labrador.

KURT KUECHLER.—“Die Sicherungsgrundschuld”. (La hipoteca independiente de garantía). (Berlín, Junker und Duennhaupt, 1939, páginas 116).

La prestigiosa revista alemana *Deutsches Recht* trae en su número de febrero (1940, p. 316) una reseña de la obra arriba indicada. Como es sabido, distingue el Código civil alemán la hipoteca ordinaria y la hipoteca independiente. La hipoteca ordinaria representa un negocio causal frente al crédito al que asegura, lo que quiere decir que su validez depende de la validez del crédito (principio de la accesoriedad de la hipoteca ordinaria). La hipoteca independiente, en cambio, no depende en su validez de ningún otro negocio. Puede ser que ni siquiera exista un segundo negocio. El propietario de una finca puede, por ejemplo, para proporcionarse dinero, “vender” una hipoteca independiente al que le da el dinero, en vez de prestárselo y establecer una hipoteca ordinaria en garantía del crédito dimanante del préstamo. Sin embargo, generalmente se establece una hipoteca independiente para garantizar un crédito (hipoteca independiente de garantía). Pero esta finalidad de garantía es meramente de índole económica y no trasciende a la esfera jurídica. La hipoteca es independiente del crédito garantizado y representa, por lo tanto, un negocio abstracto. La cesión del crédito no implica la de la hipoteca independiente, y viceversa. La extinción del crédito no implica la de la hipoteca independiente, y viceversa. Así son, en lo fundamental, las reglas de la teoría dominante sobre la hipoteca independiente. Véase, por ejemplo, M. Wolff, *Das Sachenrecht* (Marburg, 1929, artículo 132, 1, 2; p. 468).

Kuechler distingue, enfrentándose con la teoría dominante, tres negocios en torno de la hipoteca independiente de garantía: 1.º El crédito, que se pretende garantizar; 2.º El negocio, en el cual el deudor (o un tercero) se obliga a establecer la hipoteca independiente; 3.º El establecimiento mismo de la hipoteca independiente. Dicho establecimiento es abstracto frente al negocio descrito bajo segundo;

pero no lo es frente al crédito asegurado. La hipoteca independiente y el crédito se encuentran, más bien, en una comunidad finalista. Si, por lo tanto, el acreedor obtiene la satisfacción, para hacer valer el crédito, ora por hacer valer la hipoteca independiente (que, por regla general, grava sobre la finca del deudor, aunque pueda gravar también sobre la de un tercero), háse conseguido el fin común, o sea la prestación dirigida al acreedor: en consecuencia, no corresponde al acreedor ni el crédito ni la hipoteca independiente. Como se ve, representa el libro del autor sólo el "fragmento de una gran confesión" (Goethe): una parte de la gigantesca lucha, librada por la nueva ciencia alemana a los negocios abstractos, hijos del maldito normativismo del siglo pasado.

AMANDIO DOS SANTOS CRUZ.—"El derecho de representación en el Derecho Sucesorio portugués". *Bol. da Fac. de Dir. Coimbra*. Supl. ao vol. XV-73-161.

INTRODUCCIÓN.—Distingue el autor la herencia testada e intestada (aludiendo a la legitimaria o forzosa) para hacer notar que en el sistema italiano la sucesión representativa se admite tanto en una como en otra, mientras en el portugués sólo se da en la *ab-intestato* (1). El autor plantea dos problemas: a) Cuándo tiene lugar la sucesión legítima; b)Cuál es su fundamento racional.

a) Por muerte del *De cuius* y sobrevivencia del llamado (presupuestos generales), y, además, por falta total o parcial del testamento, anulación, revocación o caducidad del mismo y vocación del sucesor *jure proprio* o *jure representationis*.

(1) En España la cuestión es discutidísima. El art. 766 del C. c., colocado en la sección que trata "De la institución de heredero", declara que "el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 (*incapacidad del hijo o descendiente*) y 857" (*desheredación*). No puede asegurarse que la representación se extienda a todos los supuestos de la sucesión testada aquí estudiados. Las SS. del T. S. de 31 de diciembre de 1895 y 11 de octubre de 1899 acuden a la intención del testador y al alcance de sus palabras (art. 675 del C. c.) Con otros autores, Valverde (*Tratado de Derecho civil español*, 4.ª edición. V. 404) admite el derecho de representación testamentaria "en la parte referente a las legítimas". Por valiosos que sean los argumentos de Giménez Arnáu en el artículo que de-



El artículo 1.969 del Código civil portugués presenta un cuadro de seis grupos de sucesores, y el artículo 1.970 indica que el pariente más próximo excluye al más remoto.

b) Ni la copropiedad familiar, ni la comunidad doméstica explican los sistemas individualistas; solamente los vínculos de sangre o la presunta voluntad del *de cujus* son su apoyo (derivan del *jus familiae*, del *jus sanguinis*, del *jus connubii* o del *jus imperii*). Pero es absurdo que sólo herede un hijo, porque los otros hayan premuerto, sean indignos o se hallen en ignorado paradero, y de aquí el *derecho de representación*.

(Cap. I).—EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—I.—1.º *Ley de las XII Tablas*: Si los herederos *sui* son todos de primer grado heredan *per capita*; si no, *per stirpes* (aun en los casos de premoriencia, emancipación o *capitis diminutio*). 2.º *Derecho pretorio*: Por medio de la *bonorum possessio* fueron llamados los hijos emancipados y los adoptivos, manteniéndose la sucesión por *estirpes*, pero para corregir las ventajas de los hijos que fuera de su casa habían constituido un patrimonio y de las hijas dotadas, se instituye, como remedio igualatorio, la *colatio bonorum*. Los emperadores conceden a los hijos el derecho de suceder en el lugar de su madre predifunta y se extiende la sucesión representativa por consideraciones de afecto natural o lazos de sangre. 3.º *Epoca postclásica: Derecho justiniano*: La Nov. 118 dispone en su Capítulo I, con referencia a los descendientes, la sucesión *per capita*, y si algún hijo ha premuerto, *per stirpes*, y al tratar de los colaterales, también la admite respecto de los hijos *ex fratre*, de hermanos *ut in suorum parentum jura succedant*.

II.—1.º *Derecho griego*: Admite la sucesión por *estirpes*, tanto

dicó a la materia (véase en el núm. 141 de REVISTA CRÍTICA), hay que reconocer que no desvanecen las dudas que provocan los textos legales, ni tienen presentes las siguientes observaciones: a) En la sucesión testada hay que dar valor decisivo a la voluntad e intenciones del testador y a los preceptos que la interpretan (por ejemplo, el derecho de acrecer) o suplen (por ejemplo, los artículos 769 y 771). b) Las fórmulas que se intentan aplicar al derecho de representación *ex filio* no sirven para la representación *ex fratre*, en que no juega la legítima del representado. c) La posición del indigno o del desheredado se distingue normalmente de la correspondiente al incapaz, al condicionado y al premuerto (aunque éste haya perecido en riña o duelo; o se haya suicidado o haya sufrido pena capital). d) El hijo o hermano repudiante de la herencia testada cierra el paso a los nietos o sobrinos si tiene categoría de representado.

a favor de los descendientes *ex filio* como de los descendientes *ex fratre*.

*Pueblos bárbaros* —No existió al principio la *representación*, pero más tarde la admitieron, por influencia del Derecho romano y de la Iglesia, la *lex burgundiorum*, la *lex ripuaria*, la *lex visigotorum*, los *libri feudorum*, y algunos Estatutos que la concedieron en grados lejanos.

III —EDAD MEDIA.—*Derecho intermedio*: Aparece ya la sucesión por estirpes con el nombre de derecho de representación, apoyada en una ficción legal (identificación de las personas, de representante y representado o medio de atenuar, sin negar, el principio de proximidad de grado). Reconocida en algún tiempo la máxima "no se da representación del vivo" (*viventis non datur repræsentatio*), se discute hoy hasta la posibilidad de representar al repudiante.

Azon y Accusio no estaban conformes en lo relativo a la representación de los sobrinos cuando no quedaban hermanos; tampoco había conformidad en la representación más allá de los bisnietos, y se vacilaba cuando el número de descendientes era igual. Y la interpretación de las fuentes, como basada en la ficción de proximidad y en el probable afecto, era restringida.

IV.—DERECHO MODERNO.—*Francés*.—Espontáneamente, o para evitar la iniquidad de despojar a los descendientes del hijo premuerto, se introduce la vocación de aquéllos (*rappel à la succession*), y se desarrolla en las costumbres con gran variedad por razón de los llamamientos, de los bienes o de los representados (por ejemplo, lo es el renunciante en Normandía). Por el *rappel* se consideraba miembro de la familia el que nunca había formado parte de ella: de aquí que Pothier lo definiera como *ficción*. Pero el fundamento romano responde a la sucesión por estirpes y es una verdadera sustitución legal. El mismo Pothier considera al representante como heredero. Durante el período revolucionario se promulgaron muchos decretos sobre la sucesión hereditaria (derogando privilegios por razón de sexo, primogenitura, legitimidad...). En los trabajos preparatorios del Código civil se presentan hasta cuatro proyectos, y en el mismo Código aparecen los siguientes principios: la representación es una ficción; se admite en favor de los descendientes *ex filio* o *ex fratre* hasta el infinito y se da respecto de personas muertas natural o civilmente y de los ausen-

tes, pero no del renunciante o del indigno (aunque los descendientes de éstos pueden suceder *jure proprio*).

*Derecho italiano*—Los antiguos Códigos admitían la representación como una ficción (excepto el Sardo), y sigue al último el Código civil derogado hace meses. La representación presupone la premoriencia, ausencia o indignidad de un descendiente, de un hermano o de un descendiente de hermano; se da sólo en la línea descendente, *in infinitum*, por stirpes y sin saltos.

V. CONCEPTO.—No es una verdadera representación, ni una ficción; es una excepción al principio de grado próximo, desenvuelta como una sustitución legal. Le falta la característica del ejercicio de un derecho *por otro* y la transmisión del representado al representante. La expresión *derecho de representación* es equívoca: a) Porque no existe relación de afinidad o dependencia con el sustituto general; ya que el representado no hereda ni muerto ni vivo. Glück establecía una distinción entre descendientes *ex fratre* (que sucedían *jure prædefuncti*) y descendientes *ex filio* (que tienen un derecho propio). Consecuencia de la doctrina pura era la no representación de personas vivas (indigno o repudiante). Pero se fué admitiendo la del indigno premuerto, luego la del vivo y detrás la del repudiante; b) Porque ni el premuerto, ni el indigno, ni el ausente han adquirido, y el verdadero llamado puede haber renunciado a la herencia de aquéllos. El representante sucede por sustitución al *de cujus*; no representa al representado, ocupa su puesto y mejora el grado. Se trata de una excepción al principio de proximidad de grado, con llamamiento directo. El contenido del derecho está determinado por la cuota que correspondería al sustituido si éste hubiere sucedido en realidad.

No hay que confundir la sucesión *jure representationis* (por ejemplo, la de dos hijos de una hija premuerta) con la sucesión *jure transmissionis* (por ejemplo, la de dos hijos de la hija que murió después de su padre, sin aceptar ni repudiar su herencia). El transmitente ha sido heredero; el representado, nunca; en el patrimonio de aquél figura ya la herencia o el derecho a aceptarla, que pasa a sus propios herederos. En la transmisión hay dos herencias; en la representación, una sola. La capacidad y la indignidad se regulan atendiendo allí al segundo causante; aquí al primero y único. Los transmisarios son variados; los *representantes*, tasados.

Cap. II. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS.—1.º *Concepto* (arts. 1.980-1.984).—La ley llama a ciertos parientes de una persona fallecida a suceder en todos los derechos en que ella sucedería si viviese (1).

Por este mecanismo, el más próximo pariente no excluye al más remoto. Aun basando la sucesión *ab intestato* en el afecto, ésta no sigue, rigurosamente al grado. El legislador no quiso admitir una *ficción* de proximidad, sino que sentó una excepción y la regula como *sustitución*. 2.º *Condiciones*: Se da en la línea descendente, no ascendente, y en la transversal para los hijos de hermanos (2); hoy, por virtud de una nueva redacción, *in infinitum* en ambos casos. Siempre con división por estirpes en cuanto haya un solo representado (3). Este, en el caso de premoriencia, sería una persona premuerta: hijo o ulterior descendiente del *de cuius*; hermano o descendiente de hermano, según las líneas. El representante es nieto o ulterior descendiente del *de cuius*, sobrino suyo o ulterior descendiente de su hermano. El representante es descendiente del representado. Dicha sucesión *jure proprio* une al representante con el autor o causante de la herencia, aunque el *contenido* de su parte alícuota se fija en atención al representado. En Derecho portugués, contrariamente a lo que pasa en Italia, el mecanismo se admite sólo en la sucesión intestada. Puede representarse a una persona, después de repudiar su herencia o de haber sido excluido de ella por indigno, o a pesar de que en vida de aquélla todavía no estaba concebido el representante (4). No puede suceder el representante al *de cuius* si es incapaz respecto de él (ausente, indigno, premuerto, no viable o *nondum conceptus* al morir aquél). La representación se da *in infinitum* (5), pero tienen que hallarse completos los

(1) El art. 924 de nuestro C. c. llama derecho de representación al que tienen los parientes de una persona para sucederle (!), pero el T. S., en S. de 18 de diciembre de 1908, rectificó el concepto, afirmando que los representantes heredan por derecho propio, no al representado, sino al postmuerto.

(2) V. el art. 925 del C. c. esp., que limita el derecho de representación a la línea descendente y a la colateral en favor de los hijos de hermanos.

(3) Se hereda siempre por estirpes en los casos de representación, según el artículo 926 del C. c. esp.

(4) Es la doctrina española, derivada del art. 928, a cuyo tenor no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia.

(5) Si concurren solamente los sobrinos, heredarán por partes iguales (art. 927 del C. c. esp.); si nietos, por representación (art. 933)

grados (por ejemplo: si un sobrino renuncia, el resobrino pierde el derecho de sustituirle). Admítase desde 1930 sin dificultad la concurrencia de hijos o descendientes legítimos con los ilegítimos, prohijados o reconocidos; pero en la línea colateral los hermanos ilegítimos, sus descendientes y los descendientes ilegítimos de hermanos legítimos no heredan si hay hermanos legítimos. A falta de éstos o de sus descendientes legítimos heredan los prohijados o reconocidos del mismo modo. Y si muere el hermano ilegítimo es probable que se aplique el mecanismo de la representación a los hermanos ilegítimos cuando concurren con sobrinos (1). 3.º *Presupuestos*: La premoriencia es el tipo claro, pero no consigna el legislador portugués la máxima francesa: *Viventis non datur representatio*, puesto que la admite por ausencia o indignidad, y sólo por razones históricas se deniega la representación del repudiante (2). Hay que advertir que la referencia de la legislación italiana a los *incapaces* es oscura y engendra discusiones sobre la representación de los interdictos por sentencia o profesión religiosa. Pero, en fin, los hijos de incapaces suceden como sucederían si éstos hubieran fallecido. En verdad, el premuerto y el ausente son *incapaces absolutos*; el indigno es *incapaz relativo* (respecto de ciertas personas; (3). La doctrina equipara a la premoriencia la muerte simultánea (por ejemplo, en el mismo naufragio, del padre y uno de los hijos; (4). Respecto de la ausencia, basta la declarada o presumida para provocar la representación (5). En cuanto a los hijos del indigno que, según Pothier, no debían soportar injustamente las consecuencias de un acto delictuoso ajeno, y a quienes el Código Napoleón reservaba el derecho *proprio* co-

(1) La equiparación de los hijos establecida por los artículos 25 y 43 de la Constitución de la República no ha sido desarrollada en estos particulares, y la representación de los hijos naturales reconocidos y de los legitimados por concesión real se halla limitada por los artículos 940 y 941 (concurrencia con otros descendientes de hijo natural) y por el art. 942 (cuota forzosa).

(2) La defectuosa redacción de nuestro art. 922 parece autorizar la representación del que *no quiere suceder*, pero la no representación del repudiante se deduce de los artículos 766, 923 y, sobre todo, del 927.

(3) También los términos empleados en los artículos 761 (incapacidad), 766 (incapaz de heredar) y 929 (desheredación e incapacidad) plantean problemas análogos en España.

(4) V. el art. 33 del C. c. esp.

(5) Ni los artículos 195 y siguientes del C. c. esp., ni los que los sustituyen en la ley especial de ausencia, están muy claros en este punto.

respondiente a su grado, el Código portugués, siguiendo al italiano, les concede también el derecho de representación. Hay dudas sobre si la indignidad es una verdadera incapacidad o una exclusión de la herencia, y sobre si el indigno puede solamente adquirir, pero no retener (Derecho romano y Pothier). En cualquiera de estas teorías surge la necesidad de representar al indigno. Esta categoría comprende a los privados del derecho a la herencia y a los desheredados. Para retirar toda ventaja a los excluidos, el Código italiano les priva de la administración y usufructo de los bienes heredados por sus hijos durante la menor edad; el Código portugués les concede la administración (1). Por último, el Código portugués niega la posibilidad de representar al repudiante, preceptuando que su parte acrecerá a los otros coherederos. Ciertamente que, si no hay otros parientes más próximos, pueden los hijos del repudiante suceder por derecho propio (2). Además el repudiante (por ejemplo, de la herencia paterna) puede representar al *repudiado* (por ejemplo, para suceder al abuelo). El autor, con frase dura, afirma que la no representación del hijo o hermano repudiante es una aberración de la ley, contraria a la lógica, a la equidad y a la justicia. El repudiante es como el premuerto: *no heredero*. ¿Acaso la ley se funda en la presunción de que el representado, si pudiera, aceptaría la herencia? Parece más bien fundarse en la voluntad del causante y en la continuidad de la estirpe. ¿Por qué ha de colocarse en lugar preferente a los hijos del indigno, a pesar del resentimiento del causante? La doctrina creyó equivocadamente que se trataba de una verdadera representación y negó la de una persona viva. Permitirla en los casos del ausente y del indigno y rehusar la del repudiante es absurdo. 4.º *Efectos*: El representante es un sustituto legítimo. Examinemos ahora las hipótesis para decidir cuándo hay sucesión representativa: 1.ª Concurrencia de hijos o

hermanos con nietos *ex filio* o *ex fratre*: 
$$\frac{A \text{ (De cujus)}}{B \frac{C \text{ †}}{D \ E}}$$
 Aquí D y E son

llamados con B, que es más próximo en grado; la división se hace por estirpes ( $B = D + E$ ). Si A hizo una donación colacionable a C, han de

(1) El art. 761 del C. c. esp. deniega al excluido el usufructo y la administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos (legítima del padre), y el 857 lo repite en otros términos. El art. 973-2.º regula el mismo supuesto de *justa desheredación* en la reserva del binubo, pero refiriéndose al padre o madre.

(2) V. el art. 923 del C. c. esp.

colacionar sus hijos. Caso de que A fuese hermano de C y B, no hay colación. D y E no están obligados a colacionar las donaciones que A les hubiera hecho. 2.<sup>a</sup> Concurrencia entre descendientes *ex filio* (1)

o *ex fratre* con grado desigual:

A — B	C	D
F — E	G-H-I (renunciante)	J
K — L	M — N	

Muere A y le sobreviven cinco sobrinos, cuatro resobrinos, dos hijos del premuerto E y otros dos del renunciante I. Estos últimos no heredan. Son llamados F (en representación de B), G y H (en representación de C) y J (en representación de D). K y L representan sucesivamente a E y B. Se ha puesto en duda si los resobrinos suceden con los carnales, mas después de la reforma del Código, la doctrina lo acepta. 3.<sup>a</sup> Concurrencia de nietos, bisnietos o de sobrinos en grado igual, pero en número diferente dentro de cada estirpe (2). Para quien ve en la representación una manera de salvar las diferencias de grado, el problema no existe; para quien admite una sustitución legal, sí. El autor mantiene esta figura y sus consecuencias: distribución por estirpes, colación cuando proceda (3), pérdida del derecho por los hijos del renunciante (aunque sean parientes más próximos que el resto). 4.<sup>a</sup> Concurrencia de descendientes o de sobrinos en el mismo grado y número. La cuota (salvo las consecuencias del repudio y colación) es igual a la que correspondería si la herencia se dividiese por derecho propio; pero como subsisten las estirpes, dentro de cada una juega el derecho de acrecer. 5.<sup>a</sup> Llamamiento de los descendientes del hijo (o del hermano) único por su premoriencia, indignidad o ausencia. En Italia la controversia era muy viva, por no estar el caso comprendido en el artículo 730 del Código civil. Las dudas en Portugal no son legítimas; sólo se rechaza la representación si, por ejemplo, los nietos son todos hijos de padres renunciantes. Con esto queda protegido el bisnieto que concurre con nieto tío suyo. Y hasta se dará la representación en la herencia del nieto único de hijo único, con fuerza para robustecer las donaciones hechas

(1) V. el art. 934 del C. c. esp.

(2) Téngase presente la diferencia entre los artículos 933 (nietos) y 927 (sobrinos) en nuestro Código.

(3) Según el art. 1 038 del C. c. esp., los nietos colacionan lo que el padre debiera colacionar y lo que hubieren recibido del causante. En cambio, los padres (artículo 1 039) no colacionan en la herencia del ascendiente lo donado por éste a sus hijos.

a tercero que no violaren la legítima del hijo. De otro modo, el poder dispositivo del abuelo quedaría a merced del hijo indigno.

En resumen: los efectos de la representación se refieren a la concurrencia de grados de parentesco desigual, a la división por stirpes, a la colación, a la exclusión de los descendientes del repudiante y a la reducción de donaciones (1).

A. D. SIDERIS, profesor de la Universidad de Salónica.—“La enfiteusis en el Derecho griego moderno”.—*Bul. int. de Droit Agricole*, 1940, I.

1. *Naturaleza y función*.—La enfiteusis o arrendamiento hereditario, institución genuinamente griega, fué el medio que los monarcas bizantinos, desde Zenón (siglo V), creyeron adecuado para crear una clase media de agricultores que se unieran libremente a la tierra cultivada; y se encuentra, como tipo intermedio de arrendamiento y propiedad, en las Basílicas (siglo IX), a la caída de Constantinopla (siglo XV), bajo la dominación turca (siglos XV-XIX) y en nuestros días, regida por el Derecho romano bizantino. Ha servido para explotar la tierra bajo todos los regímenes, en las islas Jónicas, en el Peloponeso y en el Atica, si bien limitada al cultivo de viñedos y olivares.

Pero los enfiteutas, amenazados por las malas cosechas, por las dificultades de producción, por los obstáculos a la salida de los productos, podían caer en comiso, carecían de crédito personal y no disponían del hipotecario. Los remedios empleados en Corfú (rescate a base del 6 por 100 y, más tarde, del 12; anualidades y derecho de vender, sin el consentimiento del propietario) no dieron resultados por falta de capitales y crédito agrícola. En 1912 se impuso el rescate forzoso en la

(1) La doctrina desenvuelta en este trabajo no es aplicable, ni aun con las variantes de nuestro Código civil, al tipo de representación extraordinaria que regula el artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940: “Las disposiciones testamentarias en que se hubiere designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento nacional, recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto.” Aquí no se trata de hijos o descendientes del hijo o del sobrino, sino de hijos o nietos del heredero (cualquiera que sea), y se exige que los representantes sean herederos legítimos (frase algo ambigua) del premuerto (a quien se concede esta honra).



misma isla y se creó una Caja nutrida por impuestos locales, en especial el establecido sobre el aceite exportado, lográndose la desaparición de la enfiteusis perpetua.

2. *Reformas modernas*.—Como consecuencia de la reforma agraria de 1917, que suprimió los latifundios y concedió a los colonos y llevadores los medios de adquirir la propiedad, fué votada en 1920 la ley relativa a la enfiteusis sobre las siguientes bases: el enfiteuta que haya llevado diez años puede voluntariamente rescatar, indemnizando, el fundo; se prohíbe la constitución de enfiteusis perpetuas, o por más de treinta y tres años; al terminar este plazo, si no se ha fijado otra duración, el enfiteuta se transforma en propietario, sin indemnizar; el canon para las existentes no puede exceder del 20 por 100 del rendimiento bruto, y para las futuras del 15 por 100, y la disolución se decreta por el Tribunal a petición de los interesados. A beneficio del propietario, mediante indemnización satisfecha al enfiteuta, puede extinguirse la enfiteusis en el caso de que el fundo rústico se haya transformado en solar edificable por la extensión de una ciudad o barrio.

3. *Indemnizaciones por mejoras*.—La indemnización debida, en su caso, al propietario, se determina teniendo en cuenta: a) El valor de la tierra en el momento de la concesión; b) Los gastos hechos por el cultivador, y c) El valor actual del fundo.

Sea  $S$  la indemnización,  $A$  el valor de la tierra inculta,  $B$  el total de gastos hechos por el enfiteuta y  $C$  el valor actual; la fórmula será:  $S = A + 3/10 [(C - (A + B))]$ . Si  $A = 100$ ,  $B = 500$  y  $C = 1.000$  por hectárea,  $S = 100 + 3/10 (1.000 - 600) = 100 + 120 = 220$ . De manera análoga se calcula la indemnización debida al enfiteuta, cuando rescata el propietario:

$$S_1 = B + 7/10 [C - (A + B)] = 780 \text{ en el caso propuesto.}$$

Si la enfiteusis se ha establecido sobre fundo cultivado, el enfiteuta no puede pedir la resolución antes de los veinticinco años y sólo por los dos tercios del fundo, quedando el otro tercio para el propietario, sin indemnizar al enfiteuta. Las indemnizaciones deberán pagarse en cinco plazos con un interés del 4 por 100.

4. *Disposiciones especiales en las islas Jónicas*.—Como desde 1814 al 1864 han constituido unos Estados unidos bajo el protectorado inglés, se rigen por el Código de 1841, según el cual el enfiteuta recibe

el fundo para cultivarlo y mejorarlo, con la obligación de pagar un canon.

La enfiteusis es perpetua (salvo en Corfú) o temporal, con veinte años de *mínimum* y sin *máximum*; se constituye en documento notarial y transcribible, o por *usucapión* y legado... Las disposiciones del Código son análogas a las del Derecho romano; más duras para el enfiteuta en lo relativo al pago del canon; más favorables en mejoras y atendiendo a los intereses de la agricultura con la prohibición de fraccionar el predio.

*Conclusión.*—La ordenación de la enfiteusis es romana, con modificaciones que no alteran su estructura económica y son más bien de política agraria. La tarea de reconstrucción jurídica queda para el Código civil griego.

LA REDACCIÓN