

Revista de revistas jurídicas

EL «JUS TOLLENDI» DEL USUFRUCTUARIO, por G. Orlandi. (*Rivista di Diritto Agrario*, año 1935, págs. 112 y sigs.)

El *jus tollendi* es el derecho que corresponde al que ha realizado gastos en la cosa ajena, sin tener derecho al reembolso, de poder retirar dichas mejoras en determinadas circunstancias.

El Derecho justiniano admitió el *jus tollendi* para aquellos gastos hechos en cosa de otro que no eran objeto de repetición, o sea las mejoras voluntarias y aquellas útiles que hubieran gravado excesivamente al propietario si hubiera sido obligado a su pago; pero su ejercicio estaba subordinado a las condiciones: *a*), de no deteriorar el fundo sobre el que se había edificado; *b*), al no ejercicio de parte del dueño del *jus prohibendae separationis*, previo pago de lo gastado; *c*), de que la cosa separada fuese de alguna utilidad y no se hubiera hecho con *animo nocendi*. Constituía una derogación del principio fundamental de la accesión, que algún autor (Pampaloni) ha querido atenuar reconociendo en el *jus prohibendae separationis* la salvaguardia formal de los dos principios. Su función jurídicosocial tiende a restablecer el equilibrio patrimonial entre el dueño de la cosa y el que ha realizado los gastos, tratándose de uno de los remedios contra el enriquecimiento injusto, que Justiniano introdujo en el *Corpus Juris*; de aquí pasó a las *Leges rusticae* (X-5), al Edicto de Teodorico (c. 137). El Derecho germano consolidó dicha orientación al admitir la posibilidad de la propiedad de las edificaciones y de las plantaciones separadas de la del suelo (Schupfer, Simoncelli, etc.). El derecho común lo consideró como una forma del resarcimiento, y en tal sentido lo acoge el Código alemán (art. 997) y el Código

suizo (art. 939). El Derecho inglés, que mantiene con carácter absoluto el principio de la accesión, lo ha admitido con carácter excepcional por influjo de la jurisprudencia. El Código italiano lo admite como un remedio especial en materia de usufructo. (El Código español admite también este principio en los artículos 454 y 457, que regulan los efectos de los poseedores de buena y de mala fe; y el artículo 487, que habla de las mejoras útiles o de recreo que podrá retirar el usufructuario.)

¿Cuál es su naturaleza jurídica?—Para el autor, siguiendo a Bekker, Fadda y Bensa, etc., caracterizándose el derecho real, en su aspecto interno, en una relación de hecho entre la persona y la cosa, el *jus tollendi* tiene esta naturaleza real por presentarse como una facultad que el usufructuario puede ejercitar directamente sobre la cosa, sustituyéndose en algunas facultades propias del dueño (demolición de edificios, derribo de plantaciones, etc.), que sufre una limitación en sus derechos de nudo propietario, al no poder llegar a adquirir la propiedad de los bienes separados por el principio de accesión. Se muestra contrario a considerarlo como obligación *propter rem*, pues falta la obligación de *hacer*, característica que incumbe al dueño de la cosa en esta figura jurídica. El *jus tollendi*, en su relación con el nudo propietario, aparece como una obligación de *tolerar*, de carácter puramente negativo. Desde este punto de vista, la posición del dueño del fundo, sobre el que se ejerce el *jus tollendi*, no es diversa de la del propietario de un fundo gravado con una servidumbre predial, con la única diferencia de que ésta tiene un carácter *perpetuo*, mientras que aquélla se ejerce una sola vez, y su ejercicio produce la extinción del mismo.

Examina los casos de accesión, en que se puede encontrar aplicado el *jus tollendi*, creyendo sólo existe en el caso del artículo 495 del Código civil italiano (art. 360 del Código civil español), si bien le falta el carácter técnico señalado por la doctrina del *jus prohibendae separationis*, debido a que el carácter básico del mismo es el de la prohibición de la separación cuando existe peligro de deterioro de la obra construida (accesión), mientras que el de aquél es el principio del enriquecimiento injusto.

Termina estudiando la naturaleza del derecho del arrendatario respecto a las mejoras en el Derecho italiano, inclinándose contra

la jurisprudencia que reconoce el *jus tollendi* del usufructuario, fundado en una indemnización por enriquecimiento injusto. (En el Derecho español no cabe este problema—aparte de las disposiciones de la ley de Arrendamientos—, por el artículo 1.573 del Código civil, que otorga al arrendatario, respecto a las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que al usufructuario.)

EL HIJO ILEGÍTIMO EN EL DERECHO INGLÉS, por G. Erdsieck, Consejero del Landgericht. (*Deutsche Juristen-Zeitung*, año 1935, páginas 735 y siguientes.)

En el antiguo *common law* se consideraba al descendiente ilegítimo como *filius nullius, filius populi*. No sólo no pertenecía a la parentela familiar del padre, sino tampoco a la de la madre. Y sus relaciones jurídicas sólo son irradiaciones del derecho natural (derecho de sustento) o del derecho canónico (prohibición de matrimonio con respecto a ciertos grados de parentesco).

Es hijo ilegítimo el nacido de padres que ni en la época de la concepción, ni del nacimiento, ni en ninguna época intermedia entre estas dos fechas, habían contraído matrimonio válido. O también cuando existiendo el matrimonio, puede ser demostrada la imposibilidad de la unión carnal.

No tiene derecho al *nombre* del padre o de la madre, pero puede tomar el de cualquiera de ellos. Si bien la inscripción en el Registro de nacimientos se hace siempre bajo el nombre de la madre. Como consecuencia, no tiene grado de parentesco con nadie, ni tampoco con los parientes de la madre; y ella no tiene el derecho de alimentos del hijo ilegítimo.

Le corresponden los siguientes derechos: A) El de alimentos de la madre y subsidiario del padre. B) El de estar sometido a la patria potestad de la madre. C) El de ser legitimado. D) El de heredar abintestato a la madre cuando carezca de descendientes legítimos.

A) *Alimentos*.—La obligación de alimentos corresponde normalmente a la madre, hasta que el hijo cumple los dieciséis años. En caso de contraer matrimonio ella, se transfiere a su marido. Y en caso de incumplimiento o si maltrata al hijo, se hace culpable como vagabunda, a virtud del *Vagrancy Act*.

El padre ilegítimo sólo tiene la obligación de alimentos cuando la madre no tiene recursos para realizarlo, y a la vez se haya decretado contra él una orden de sustento *affiliation order*. A no ser que el padre se hubiera obligado por documento escrito. La demanda de alimentación se presenta en nombre de la madre en determinados casos, v. gr., la madre soltera menor de edad, cuando el padre ha pagado subsidios en el primer año de vida del niño, etcétera. Se admite en cierta medida la investigación de la paternidad por declaración testifical, y otras pruebas, desconociéndose en el Derecho inglés la *exceptio plurium*.

B) *Patria potestad*.—Corresponde a la madre, la cual puede nombrarle un tutor testamentario. En algunas sentencias han decidido los Tribunales ingleses que al morir la madre le corresponde al padre ilegítimo la patria potestad; pero no se admite generalmente. En caso de incapacidad de la madre, corresponde a la Asociación Pública de Beneficencia el derecho de dirigir la acción contra el padre ilegítimo para los alimentos. También puede la autoridad local adoptar al hijo o tenerle bajo su protección, conforme se ordena en el *Children and Young persons Act* de 1933.

C) *Legitimación*.—En el Derecho inglés anterior a 1926, la legitimación sólo podía hacerse por una Ley especial. Por el *Legitimacy Act* de 1926 se admite la por subsiguiente matrimonio, si el progenitor tiene su domicilio en Inglaterra al contraer matrimonio, y si ninguno de los padres estaba casado al nacer el hijo.

El autor critica el estado actual de la legislación inglesa, aun cuando las asociaciones particulares de beneficencia tiendan a proteger a los hijos ilegítimos y a las madres, y especialmente la *National Council for the Unmarried Mother and her Child* estimula la introducción de reformas en este sentido. Si bien teniendo en cuenta la actitud conservadora de la legislación inglesa, no hay que esperar, por ahora, modificaciones importantes.

LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS DE LA MINORÍA EN LA SOCIEDAD CONTROLADA, por V. Salandra, Profesor en la Univ. de Perugia. (*Riv. di Diritto Commerciale*, 1935, págs. 352 y sigs.)

A propósito de una sentencia del Tribunal de Génova, exami-

na la situación jurídica de la Sociedad controlada por otra, que es ejercida generalmente por los grupos industriales o financieros.

Disiente de la opinión de algunos autores (Finzi, Ferri, Schlegelberger), que creen que el control antedicho es un simple fenómeno de dominio económico, una mera relación de hecho, privada de consecuencias jurídicas, puesto que se manifiesta siempre en forma jurídica, o sea mediante la posesión de la mayoría de las acciones, es decir, con la participación contractual en un ente jurídico colectivo. Además, tiene un contenido jurídico propio, cual es el de poder determinar la formación de la voluntad del ente controlado, de modo que valga por la voluntad de la persona controlante.

Señala cómo el régimen jurídico de la Sociedad anónima en el Derecho italiano (análogo al español), de carácter predominantemente formal, ignora el fenómeno del control, demostrando la insuficiencia del derecho positivo frente a los progresos de la evolución económica. Se encuentra organizada de acuerdo con la tendencia predominante en el tiempo de la codificación, atomística y democráticamente como sociedad de iguales, siendo así que su verdadera naturaleza es oligárquica y autoocrática. La reglamentación aparentemente igualitaria de sus funciones queda exclusivamente en ventaja de los más importantes o del más importante accionista, del cual dependen de *hecho* los órganos administrativos y aun los órganos de vigilancia de la Sociedad. La ilimitada posibilidad de reunir las acciones en pocas, si no en una sola mano, anula prácticamente el derecho de la minoría en la gestión social.

Varios medios se han intentado para la defensa de los accionistas de minoría, pero todos—dice Salandra—encuentran un obstáculo insuperable en el sistema de la Ley. A) Para unos (Ascarelli, Carnelutti, Ferri), el *interés social*, puesto que el accionista que se opone obra como órgano de defensa social para hacer valer este interés contra la voluntad de la mayoría. Pero el autor objeta que la determinación del interés social queda en el ordenamiento jurídico italiano (análogo al español), a la junta general, o sea a los que ejercen el control. B) Otros (Vivante, Asquini, Navarrini), creen se conseguiría este fin prohibiendo a los accionistas votar en las asambleas en las que se deliberase un asunto en el cual tuvieran intereses opuestos con la Sociedad, de análoga manera a como

sucede con los administradores sociales. Sin embargo—aparte del obstáculo de la jurisprudencia opuesta—, en el orden doctrinal, cuando los accionistas deliberan en asamblea, a diferencia de los administradores, no disponen de intereses ajenos, sino de un interés propio. Y el resultado sería absurdo, pues la minoría quedaría árbitro de la Sociedad. C) Schereier cree debe admitirse una responsabilidad indirecta de la Sociedad dominante, por los actos ilícitos y enriquecimiento injusto realizados usando de su poder de control sobre la Sociedad, y que se traduce en un menor dividendo, concediéndose a los accionistas minoritarios una acción revocatoria de los actos dañosos realizados por la Sociedad controlada con la dominante. Mas a ello se opone, a juicio del autor, el carácter contractual de los partícipes en la anónima y la igualdad en que (salvo el caso de acciones preferentes) se encuentran los accionistas. Es cierto que la paridad *formal* de derechos se traduce de *hecho* en un dominio absoluto de los mayores interesados, pero esta supremacía es un coeficiente esencial de desarrollo, pues la sociedad controlante no crearía sociedades controladas si no tuviese modo de dominarlas.

Para el autor, una defensa eficaz de los accionistas de la minoría no puede realizarse sino mediante un cambio de su condición jurídica : sustituyendo su ilusorio derecho de participación en la gestión social, del cual con frecuencia no hacen uso útil, por una efectiva responsabilidad de los que en realidad gobiernan la sociedad. Estos deben ser considerados los verdaderos socios, y los otros asimilados a los asociados en participación y dotados de los derechos correspondientes. Sería la única forma de obtener una atenuación de la desfavorable situación de los pequeños accionistas.

HERMENEGILDO GÓMEZ,

Abogado.