

## Por folletos y revistas

MARTÍ MIRALLES (J.): «El derecho de acrecer entre los llamados *ex acquis portionibus*». *Revista de Derecho Privado*, págs. 65 y siguientes.

Este es uno de los más difíciles problemas que plantea el *jus accrescendi*, tanto por la contraposición de los textos legales como por la diversidad entre la doctrina de los expositores que la sustentan.

Advirtamos que tal cuestión no lo es en los territorios en que rige el Código civil, pues en el artículo 983 declara de una manera terminante que en los llamamientos por partes iguales tiene lugar el derecho de acrecer; y este criterio ha sido también seguido por Italia, Chile, Argentina, Francia y otros países.

Donde, por lo tanto, se mantiene el carácter de discutible, en esta materia, es sólo en Cataluña, donde rige un derecho que, arrancando del romano, ha tenido, en épocas sucesivas, una determinación, en la que han tenido parte importantísima la costumbre y la doctrina, habiéndose planteado el problema algunos romanistas modernos, que niegan a los llamados partes iguales el derecho de acrecer.

Siguiendo la clásica exposición de Cancr, en su famosa obra *Variarum resolutionum*, diremos que existe conjunción verbal cuando varias personas son llamadas en una misma oración a un mismo legado con designación de partes, que no pueden distinguirse con la vista corporal; como cuando el testador lega a Ticio y a Mevio un fundo por partes iguales o los instituye herederos por iguales porciones.

Luego, según Cancr, el verdadero concepto de la conjunción.

*verbis tantum* no es la de los llamados en una sola oración con diversidad de cosas o de partes corporales de una sola cosa, no tampoco los llamados *in solidum*, pues entonces serían conjuntos *re et verbis*, sino en partes intelectuales distintas.

A esta doctrina clásica, pero vigente todavía, se han opuesto otras, fundadas en textos legales, que, al parecer, la contradicen. El primero de ellos es la ley «Si ita quis haeredes del Digesto De haered». Institut., 28-5 (66), que, traducido, dice: «Si alguno instituye heredero en esta forma, Ticio sea mi heredero; Gayo y Mevio lo sean por iguales partes; aunque la partícula y denota conjunción, si muriese alguno de éstos, no le acrece la parte sólo al otro, sino a todos los herederos por iguales partes; porque no tanto se entiende que hubo conjunción como que lo hizo por causa de mayor brevedad», lo que quiere decir que la partícula fué puesta para decir más compendiosamente lo que sin ella sería más difuso, o, lo que es lo mismo, que en tales casos no se ha querido atribuir el derecho exclusivo de acrecer a los unidos con tal copulativa.

A nuestro parecer la doctrina antigua es la aceptable, pues dicho texto se limitó a negar la prelación de los conjuntos *verbis tantum* sobre el conjunto *in re tantum* en los casos en que media tal conjunción.

Recuérdese que en Derecho romano, cuando no hay herederos conjuntos, el derecho de acrecer existe siempre entre los coherederos; que para evitar la simultaneidad de las dos sucesiones, testada e intestada, si no hay herederos instituídos en la universalidad, existirá entre ellos el derecho de acrecer; que, si este derecho tiene normas que lo regulan entre coherederos, es únicamente para reclamar la prelación que tiene una clase de conjuntos sobre las otras y respecto de los herederos que no tienen conjunción alguna entre sí que los favorezca.

Pues bien: al resolver la citada ley la duda de si los conjuntos *verbis tantum* tenían o no prelación sobre Ticio, que era conjunto con ellos *in re tantum*, lo hace en el sentido de negar tal prelación, interpretando la fórmula concreta del caso resuelto por Javoleno en el libro XII de sus Epístolas.

Hay en la legislación romana otros textos que sancionan el *ius accrescendi* entre coherederos, colegatarios y fideicomisarios

conjuntos *verbis tantum* y disyuntos en el señalamiento de cuotas intelectuales en la cosa a que son llamados. Uno de ellos es la ley 89, Dig., lib. XXXII de leg., 3, que dice así: «Parecen conjuntos respecto de la cosa, y no con las palabras, cuando a dos se les lega una cosa separadamente, y en las palabras y no en la cosa, si se legó en esta forma: lego tal fundo a Ticio y a Seyo en partes iguales, porque los legatarios siempre tienen su parte. Se prefiere a los demás el conjunto respecto de la cosa y las palabras, pero, si sólo lo fuesen respecto de la cosa, consta que no es de mejor derecho; mas si fuese conjunto por las palabras y no por la cosa, se pregunta si el conjunto será de mejor derecho, y es más cierto que es preferido.

A simple vista se observa que este texto contiene una rectificación del anterior, resolviendo la misma cuestión de preferencia entre conjuntos *verbis tantum* y los *in re tantum*, esto es, la preferencia en favor de los legatarios *aequis portionibus*, sobre los conjuntos únicamente en la cosa. Pero es innegable que los dos textos conceden el derecho de acrecer en favor de los *aequis portionibus*, aunque el primer texto niegue la prelación de los conjuntos *verbis tantum* sobre los conjuntos *in re tantum*, prelación que el segundo les concede expresamente.

No obstante lo expuesto, es innegable que, contra la tesis de que la ley *Re conjuncti* establece un *jus acrescendi* en favor de los conjuntos llamados por partes iguales, se ha pronunciado la opinión de los romanistas modernos, fundándose en que la citada ley pasó a la compilación justiniana por un descuido, después de haber sido abolidas por el Emperador las leyes caducarias de las cuales procedían.

Y aun podríamos objetar a tal doctrina que el Derecho romano vigente en Cataluña no es el derecho romano puro, tal como lo explican los modernos teorizadores, sino tal como fué interpretado en los tiempos en que empezó a regir en Cataluña y en la generalidad de los países civilizados, cuando era considerado como base del derecho civil y antes que los Códigos modernos rompiesen este cosmopolitismo jurídico.

Finalmente, con la doctrina defendida por nosotros se llega a identificar el derecho catalán con el que rige en los demás te-

territorios de España y con las legislaciones extranjeras que están en armonía con la nuestra en este punto.

Antes de terminar es conveniente que recordemos la doctrina de Francisco Antonio Bonfini, cuya relativa modernidad realza su teoría y con la que vino a constituirse en precursor de la que han aceptado los modernos Códigos civiles. En su tratado de fideicomisos defendió la tesis en que, lógicamente pensando, se han inspirado estos Códigos, al declarar que los llamamientos por partes iguales en la sucesión de una cosa no excluye el derecho de acrecer; tesis, según la cual, aunque los conjuntos llamados por cuotas intelectuales puedan calificarse conjuntos *verbis tantum* y disyuntos en la cosa, son, en realidad, conjuntos *re et verbis*; y tienen, por lo tanto, el derecho de acrecer que nadie ha negado a estos conjuntos. Toda la dificultad queda reducida a una cuestión de palabras, según el sentido que se atribuya a la frase *conjuncti verbis tantum*, que puede ser doble; uno, la mera unión en las palabras y disyunción en la cosa, y en este caso los conjuntos no tienen derecho de acrecer, y otro, que se refiere a los llamados por cuotas intelectuales, cuyo llamamiento implicaba, para unos, disyunción real, y para otros, conjunción en la cosa; teoría ésta que es la que ha llegado a predominar en todo el moderno derecho codificado y aun en la legislación intermedia, que sigue rigiendo en Cataluña.

GARRIGUES (JOAQUÍN): «Auxiliares del comerciante». Idem, páginas 97 y siguientes.

La relación jurídica que liga al comerciante con el auxiliar es de tracto sucesivo, no siendo propiamente auxiliares los que ejecutan prestaciones intermitentemente, ni todos los que prestan algún servicio por cuenta del comerciante; así se excluyen los servicios técnicos: abogados, arquitectos, ingenieros, obreros. Sólo son auxiliares, en sentido estricto, los que desenvuelven su actividad dentro de la esfera específicamente mercantil que sea de carácter jurídico, o sea que el auxiliar realice, con facultades más o menos limitadas, algunos actos jurídicos, completando el concepto del auxiliar con las notas de permanencia en el negocio y de subordinación al comerciante.

Consecuencia de tal concepto es el decaimiento de la clasificación corriente en auxiliares dependientes e independientes. Auxiliares e independientes son inconciliables: todos son dependientes del comerciante, y donde falte la relación de dependencia que de modo estable ligue a la persona con una Empresa no se puede hablar de auxiliares. El agente mediador, prototipo del auxiliar independiente, no es más auxiliar que el banquero que le facilita los capitales necesarios.

Partiendo de tal distinción estudiemos los términos *principal* y *personal*. El principal puede considerarse, en sentido abstracto, cuando su cualidad está unida a la de comerciante o acreedor de servicios, sin tener en cuenta si puede o no ejercitar las facultades que para él emanan del contrato de servicios con los auxiliares, o en sentido concreto, y entonces basta sólo la aptitud para el ejercicio de los derechos de mando.

En nuestro Código de comercio impera el concepto concreto de principal, siendo éste siempre una persona física que ejerce con sus auxiliares los derechos derivados del contrato, y que ejerce el poder de mando; mas no basta este poder para caracterizarlo, porque hay auxiliares que gozan de esa facultad.

Pertenece al personal todo el que presta servicios mercantiles mediante remuneración y está obligado a obedecer al principal

Mas esta subordinación tiene un matiz especial que vamos a examinar. La doctrina corriente, identificando el mandato con el poder de representación, encuadra esta relación jurídica o en el marco del contrato de mandato o en el de arrendamiento de servicios; pero no es así.

El origen de los servicios mercantiles del auxiliar no hay que buscarlo en la romana *locatio operarum*, sino en el antiguo contrato de servicios del Derecho germano, del cual es propio la sumisión a la potestad ajena, con reserva de la libertad y bajo promesa de protección y manutención, engendrándose una relación jurídica personal, fundada en la recíproca confianza, aunque tenga como parte accesoria los elementos de un contrato de servicio; mas este contrato se transforma, en cuanto constituye el contenido primario del contrato la promesa de prestación del servicio y la contraprestación de la remuneración, con lo cual la subordinación jurídica personal ya no es la causa, sino la consecuencia, de la re-

lación de servicios, y se manifiesta sólo en cuanto va incorporada a ella.

Esta subversión se realiza a impulsos del Derecho romano, que actualmente domina en nuestra legislación civil. El precio se hace esencial, y el aspecto jurídico personal se desvanece por completo.

La figura germana parece haberse refugiado en el Derecho mercantil; en este contrato se destaca el deber de mutuo respeto, de consideración personal, estableciéndose una jerarquía en un régimen familiar y doméstico de mutua lealtad. El Auxiliar no es un arrendador de servicios, es un empleado.

Para completar esta silueta jurídica hay que considerar, además de la relación contractual, el carácter de representante del auxiliar. En efecto, al contrato de empleo se superpone un apoderamiento voluntario o legal, en virtud del cual actúa jurídicamente en nombre del comerciante; tal conclusión parece deducirse de nuestro Código de Comercio y de la jurisprudencia del Supremo.

Sin mencionar por extenso los antecedentes históricos de la figura del factor, nos limitaremos a señalar la figura del institor romano, unida al principio de representación indirecta en Derecho romano, que ha influido en la formación del concepto de factor. El Pretor, modificando el Derecho civil, autorizó, en ciertos casos, a terceros que habían contratado con persona sujeta a potestad ajena para recurrir contra el pater familias. El institor fué, primero, un esclavo o un hijo de familia; más tarde, cualquier persona *sui* o *alieni juris*; la jurisprudencia amplió su concepto; pero siempre tiene por misión procurar una ganancia al comerciante, quedando, por lo tanto, también obligado, y teniendo el tercero dos deudores entre los que debe elegir: el institor y el comerciante.

La figura del institor ha pasado al Derecho moderno, conservando vestigios de su doble aspecto. De un lado, sometimiento como subordinado, no ya como consecuencia de su incapacidad jurídica, sino de la organización del negocio, que impone la necesidad de una jerarquía; de otro, su carácter de apoderado para todo lo relativo al tráfico del establecimiento.

El Código de Comercio, acertadamente, habla de poderes y poderdantes, olvidando que el título de la Sección es: «De otras formas del mandato mercantil»; pero como la Comisión es sinónima

de mandato mercantil, los artículos 285 y 286 hablan del comitente; y, en efecto, en el factor, como en los demás auxiliares, hay un mandato o comisión que rige las relaciones internas entre el principal y el factor y un poder que autoriza a éste para obligar al comerciante frente a terceros.

El Código del Trabajo de 23 de Agosto de 1926 exceptúa a los factores de la calificación de obrero, excepción innecesaria, porque no se caracteriza por la prestación de trabajos manuales, pues si algo hay indiscutible en su calificación legal es su carácter de representante, con características que les separan de todos los demás.

El Código de Comercio español no atribuye ilimitación al poder mercantil; al contrario, el artículo 283 la deja a la conveniencia del propietario; pero esta conclusión se opone a las exigencias del comercio. Al tercero debe bastarle saber por el Registro que el factor tiene un poder general, para que sin reproches de mala fe pueda cerrar con él todos los contratos propios de la negociación del establecimiento.

Parece lo más acertado afirmar que nuestro Código contiene una supervivencia de la acción institoria romana, en cuyo sistema se ligaba al interesado en el contrato concluido por su cuenta, aunque no en su nombre; y la razón era porque el institor no obra en nombre del principal, por no admitir el Derecho romano el principio de la representación directa, obra en nombre propio; pero como lo hacía en interés del principal, obligaba también a éste. Este es el fundamento del artículo 287, reproducción del 179 del Código de 1829; el principal queda obligado no sólo cuando el factor contrata en su nombre y dentro de los límites del poder, sino cuando la ley lo presume o el tercero pruebe que la negociación se hizo por cuenta del principal.

Las necesidades del tráfico obligan a la intervención de apoderados singulares, llamados por nuestro Código dependientes o mandatarios singulares.

Se diferencia de los factores por la naturaleza del poder. 1.º El factor puede contratar sobre todo lo concerniente al establecimiento; los dependientes sólo reciben poder para alguna o algunas gestiones y sólo sobre ellas obligan al principal. 2.º El poder del factor se inscribe en el Registro; el de los dependientes, si se trata de una Compañía, habrá de consignarse en su Reglamento;

si de un particular, habrá de comunicarlo por avisos públicos, por medio de circulares a sus corresponsales. 3.º El poder del factor exige la escritura pública; el del dependiente puede ser escrito o verbal, pudiendo abarcar todo un ramo determinado (poder genérico) o limitarse sólo a algunas operaciones (poder especial o especialísimo).

Paralelamente, el comerciante sólo se obliga por las operaciones a que el poder se extiende, pues sabiendo el tercero que no contrata con un factor debe examinar la extensión de los poderes, si quiere evitar las consecuencias de un exceso de poder.

Nuestro Código conservó la categoría de los mancebos en disposiciones casi idénticas a las del Código anterior; pero la doctrina tiende a considerarlos como simples arrendadores de servicios y el proyecto de reforma mantiene la misma tendencia.

Hay que afirmar que para mantener tal doctrina es preciso volver la espalda al Código vigente. El artículo 294 expresa las funciones específicas del mancebo. Nadie, al leerlas, puede sostener que los mancebos no son apoderados, pues la operación de vender y expedir recibos a nombre de sus principales no es una operación material propia de un arrendamiento de servicios.

CASADO PALLARÉS (JOSÉ MARÍA): «La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos y habitaciones». Idem, págs. 132 y siguientes.

Cuando una casa pertenece por pisos y habitaciones a distintos propietarios, se plantea el problema de dilucidar si cada uno de los propietarios podrá ejercitar tal acción para disolver la comunidad. El Tribunal Supremo, Sentencia de 18 de Marzo de 1897, partiendo de que en tal supuesto existe comunidad de bienes, entendió que cualquier propietario tiene derecho a que se disuelva la comunidad.

Los acreditados escritores D. Félix Alvarez Cascos y D. Jerónimo González han puesto de relieve las perjudiciales consecuencias a que esta doctrina conduce y proponen algunas atenuaciones; sin insistir, por lo tanto, en ello, intentaremos demostrar que, aun en el terreno del derecho constituido, puede sostenerse la doctrina contraria, sin más que dar a los preceptos del Código civil su recto



sentido, torcido por la interpretación de la generalidad de la doctrina y del Supremo.

El Código, después de consagrar en el artículo 400 el derecho a pedir la división de la cosa común, añade en el 401 que los copropietarios no podrán exigirla cuando resulte la cosa inservible para el uso a que se destina, y en el 404 que, cuando la cosa fuese esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

Mucius Scaevola entiende que el legislador concede a los comuneros tal derecho con arreglo al artículo 404, aun en el caso del 401. Falcón dice que cuando la finca se hiciese inservible por la división, no pudiéndose dividir el predio, se dividirá su valor. Sánchez Román afirma que los artículos 401 y 404 son modificación del principio de la división de la cosa común, pero no excepciones. Según Planas y Casals, el artículo 401 no quiere decir que haya de subsistir perpetuamente la comunidad, pues en este caso se adopta la fórmula de división del precio, si los comuneros no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás. Manresa opina que ni la letra ni el fundamento del 401 alcanzan a más que a impedir la división material, no la adjudicación o venta, cuando mediante aquélla no se pudiera seguir utilizando el objeto poseído en común.

No es de extrañar que, ante tan autorizadas opiniones, el Tribunal Supremo, Sentencia de 11 de Noviembre de 1927, resuelva que el artículo 400 es tan absoluto que no admita excepción alguna, y en la Sentencia de 31 de Diciembre de 1927, que en el caso del artículo 401 tiene el comunero el derecho a pedir la venta para que pueda ser repartido el precio a prorrata de la participación de cada uno.

Pero tal interpretación es, a nuestro juicio, errónea, y entendemos, con Covián, que el artículo 401 es una excepción del derecho a pedir la división, que el estado coactivo de indivisión se impone como consecuencia forzosa de la naturaleza de la cosa común y que no procederá el medio de practicar la división que establece el 404, en los casos de necesidad, de conservar la cosa común para el uso a que está destinada, y nos fundamos para sostenerlo en las siguientes consideraciones: 1.<sup>a</sup> La afirmación del artícu-

lo 401 de que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina, sin más adiciones ni desarrollos. 2.<sup>a</sup> Que lógicamente no pueden admitirse en el Código dos disposiciones diversas para regular el mismo supuesto, y tanto más cuando al querer verificar la asimilación surgen graves dudas, que expone así Comas, partiendo de la interpretación generalizada en nuestra doctrina: Cualquiera que fuera el propósito del legislador, podía haber sido más clara la redacción, aunque tampoco apareciera el acierto; pues es de suponer que, al resultar por división distribuida la cosa en varias partes, ha querido expresar que esto tendrá lugar solamente cuando esas partes no resulten inservibles para ser utilizadas conforme al uso a que estuviera destinada la cosa al practicar su división; pero ¿es procedente hacer depender la divisibilidad de circunstancia tan contingente como la del uso, cuando puede ser susceptible de diversos usos? ¿Habría que sacrificar el derecho a utilizarla al destino que accidentalmente haya tenido tal vez durante un estado que va a terminar por la división? ¿Se dirá que el Código no se refiere al uso que se hiciese de la cosa al practicar la división? ¿Se refiere al uso que se le da comúnmente a las cosas de que se trata, al uso local, regional o a cualquier otro que consienta su naturaleza? 3.<sup>a</sup> Que, atendiendo al plan del Código, encontramos que el artículo 401 está colocado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división: el artículo 400 sienta la regla general de que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, y el 401 establece la excepción al decir: sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, etc. En cambio, el 404 está colocado al tratar de la forma de verificar la división y regula la forma de realizarla mediante división civil, cuando no fuere posible la natural. 4.<sup>a</sup> Atendiendo a sus precedentes, observemos que el precepto del artículo 401, que ya aparece en el proyecto de 1882, está tomado del 683 del Código civil italiano, que dice: «La división de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que, al dividirse, cesen de servir para el uso a que están destinadas»; siendo conveniente, para comprender su sentido, aducir las siguientes palabras de Pisanelli: «Procede del Código austriaco la división de agrupar en dos títulos los principios generales que rigen la comunidad.» El

Código francés y los italianos en vigor tienen esparcidas las disposiciones referentes a la comunidad. Hay comunidad por mezcla de materias, comunidad de muros, etc.; siguiendo un método lógico, se formulan los principios generales de la comunidad. Dado el carácter general de estas normas aplicables no sólo a la voluntaria, sino a la forzosa, se advertirá que no podía consagrarse de un modo absoluto el derecho a pedir la división que establece el 681, y de ahí la excepción del 683 para los casos de la comunidad forzosa. Remontándonos aún más, en el artículo 792 del Proyecto Cassinis, encontramos la siguiente redacción: «La división de la comunidad no podrá ser pedida por los copropietarios de eras, hornos, pozos u otras cosas que, al dividirse, dejen de servir para el uso a que están destinados»; fórmula que corresponde a las enseñanzas de Cuyaccio y Brunnemaun. Nótese, decía éste, que no se puede verificar la división, según hizo notar Cuyaccio, cuando la cosa se haga inhábil para el uso, refiriéndose especialmente a la indivisión forzosa de edificios, pues antes había puesto el siguiente ejemplo: Si dos casas tienen un solo vestíbulo o entrada por el cual se pasa a las dos, no queriendo uno de los dueños no se admite ni la división ni la subasta, pues si no hay entrada, ¿para qué sirve la casa? Y también Paulo, en el Digesto, dice: «No puede nombrarse árbitro para la división de dos casas oponiéndose uno de los dueños, porque al que se obligue a subastar el vestíbulo tendrá que poner precio a toda la casa, si no tiene entrada por otra parte.»

Luego la aplicación del artículo 401 se impone ineludiblemente a tal especie de comunidad, aplicación fundadísima, pues los autores que admiten que hay copropiedad sostienen que también hay propiedad exclusiva. Ahora bien; respecto de esta propiedad no cabe división; la venta de la casa y reparto del precio representaría no división, sino una expropiación, sin los requisitos legales.

La cuestión de determinar qué es lo principal o accesorio en tal figura jurídica es ociosa después de lo dicho, pues cualesquiera que sean las reglas que dicte el Código, en materia de accesión, no se pueden transportar a regular relaciones diversas de aquellas para que se dictó. Claro está que toda la utilidad de una casa depende de los espacios habitables y todo lo demás será accesorio;

y como aún la posición más extrema admite que esos espacios son de propiedad exclusiva, lo principal será la propiedad separada, lo accesorio la comunidad. Por otra parte, cuando una persona adquiere un piso, ¿qué duda cabe que su intención es adquirir una propiedad independiente? Si acepta la comunidad parcial es obligada por la naturaleza de las cosas, y la acepta, a pesar de sus inconvenientes, porque la creencia de la casa propia se sobrepone y relega a lugar secundario el concepto de comunidad. También nos lo confirma la reciente ley belga de 8 de Julio de 1924, al establecer en el artículo 577 bis, parágrafo 11, «que cuando los diversos pisos de una casa pertenezcan a propietarios distintos, las cosas afectadas al uso común de los diversos pisos o partes de pisos, como el suelo, etc., serán reputadas comunes y regidas por las disposiciones del presente capítulo»; y el párrafo noveno dispone que «los bienes inmuebles indivisos que están afectados a título de accesorios al uso común de dos o varias heredades distintas, pertenecientes a propiedades diferentes, no están sujetos a partición».

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

*Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.*