

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

DOCTOR
HONORIS CAUSA

JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO

DISCURS LLEGIT
A LA CERIMÒNIA
D'INVESTIDURA CELEBRADA
A LA SALA D'ACTES
D'AQUEST RECTORAT
EL DIA 14 DE MARÇ
DE L'ANY 1985



UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA
Servei de Biblioteques



1500141719

BELLATERRA, 1985



UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

DOCTOR
HONORIS CAUSA

JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO



DISCURS LLEGIT
A LA CERIMÒNIA
D'INVESTIDURA CELEBRADA
A LA SALA D'ACTES
D'AQUEST RECTORAT
EL DIA 14 DE MARÇ
DE L'ANY 1985

BELLATERRA, 1985

R.132.40



UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA
Bellaterra (Barcelona)
Servei de Publicacions
Dipòsit Legal: B. 5.383-1985
Producció i Impressió: Coordinadora Gràfica, S.A.
Printed in Spain

DISCURSO DE INVESTIDURA

DE

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

RELECTURA EN TORNO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

1. Bastantes veces hemos expresado y repetido, en el cotidiano discurrir, nuestra convicción de que *derecho* es lo justo concreto, *to dikaion, quod iustum est*, y también el arte que tiende a su determinación en el fiel de la balanza del juicio jurídico¹. También hemos reiterado, con machacona insistencia, que debemos buscar lo justo primariamente en la cosa misma, *ex ipsa natura rei*, y en las consecuencias de ella dimanantes; y que, fuera de lo que es justo de ese modo y en el ámbito que éste deja al arbitrio humano, lo justo deriva de una decisión personal, de un acuerdo de voluntades, o de una determinación normativa².

Al prologar nuestro *Panorama del Derecho de Sucesiones*³, dejamos subrayado que, en esa disciplina, la voluntad del causante en mayor o menor grado, según el momento histórico vivido, configura su propia sucesión, delineándola entre los límites que le marcan lo considerado moral y lo positivamente impuesto por el orden jurídico vigente.

Los juristas, en contacto con la vida real, han venido ayudando, y continúan haciéndolo, a los disponentes en esa labor de prevenir, conforme su última voluntad, el destino de

sus bienes después de su muerte. Esa tarea, en el decurso de los años y los siglos, ha dejado un depósito de moldes flexibles, mediante los cuales, adaptándolos a la medida de los deseos, se visten jurídicamente aquellas voluntades empíricas, adecuándolas a las necesidades reales que se trate de cumplir.

Estas formas o modelos, al compás de los tiempos, han ido objetivando unas instituciones que constituyen los cauces generales por los que las sucesiones *mortis causa* discurren, en el espacio no acotado por los diques o límites, que también han sido institucionalizados de conformidad a las normas imperativas de leyes y costumbres, atendiendo a lo considerado no sólo honesto sino también jurídicamente exigible.

Para ello, el jurista que vive inmerso en la realidad debe captarla táctilmente en toda la plenitud que le sea posible, con todos sus matices, colocada en su lugar adecuado dentro de la perspectiva completa en la que se halla inserto; y ha de saber expresarla haciéndola inteligible, sin mengua alguna de las vivencias suscitadas por su percepción, y traduciéndola en palabras lo más transparentes y precisas que posible sea.

2. El profesor Di Pietro⁴ —ya lo hemos repetido más de una vez— ha descrito cómo los juristas romanos penetraron en el *mysterium rerum* a través de la *contemplatio* íntima de las cosas, y cómo supieron expresar la vivencia de la dupla *numen-nomen*, que hacía de la palabra «esclava del acontecer de las cosas», «obligada a tener que revelar la diafanidad esencial de los objetos enunciados». El concepto enunciado y la realidad abstraída debían coincidir en imagen pluridimensional y plena, estática y dinámicamente.

Para lograrlo —como luminosamente nos explicaba nuestro querido maestro en filosofía, Michele F. Sciacca⁵— debemos poner en acción tanto nuestros *sentidos externos*, en recíproca interacción, como nuestros *sentidos internos*: la

phantasia, con su *thesaurus*, o receptáculo que recoge y conserva las percepciones sensibles; la *estimativa*; *cogitativa* y el *sensus commune*, o conciencia sensitiva, considerada la «*communis radix et principium externorum sensum*».

La percepción sensible alcanza, con estos medios, la esencia de las cosas y de los seres, que luego pasamos por el filtro de nuestro entendimiento, capaz de reflexionar sobre sí mismo, partiendo de la imagen inteligible, o idea captada de las cosas contempladas. Ese entendimiento agente genera los conceptos inteligibles extrayéndolos, a través de su imagen, de la materia percibida y de sus condiciones materiales⁶.

Si no realizamos de ese modo su *abstracción*, es decir, mediante intelección de la realidad, caemos en lo *abstruso* de un nominalismo materialista, que sólo capta los accidentes, o en el *abstractismo* de un idealismo cualquiera, que parte de ideas puras fabricadas mentalmente en cámara cerrada, sin contacto previo con la realidad pero con el designio de imponerlos a ésta⁷.

La realidad viva, como todo lo que vive, es dinámica conforme su respectivo ser. Por eso, la *theoria*, como conocimiento en profundidad de la naturaleza es inseparable, por una parte, del *ethos*, y, por otra, de la experiencia que la *praxis* proporciona⁸, produciéndose en nosotros un doble movimiento de dentro hacia fuera, o dimanación vital, y de fuera hacia dentro, o motivación objetiva, en recíproca interacción⁹, que enriquece nuestra *synderesis* e ilumina e ilustra nuestras experiencias, que es facilitada por nuestra *poiesis* o inventiva si la utilizamos como fuente de instrumentos adecuados¹⁰.

En cambio, la realidad se nos esfuma cuando elaboramos una teoría *poieticamente*, es decir, si la extraemos de nuestra mente sin contacto con la realidad, y empleamos la *praxis*, no en ejercicio del *bonus* concreto partiendo del *verus* que nos

muestra la *theoria*, sino como instrumento para llevar a efecto el proyecto ideado por aquella teoría *poietica*¹¹.

Otras veces, la realidad nos es mediatizada o enmascarada porque nos colocamos para observarla unos lentes deformados, al montarlos en ciertos instrumentos distorsionantes, o bien coloreados por unos conceptos superpuestos, teñidos de intuiciones meramente idealistas, o, en fin, articulados rígidamente con el material proporcionado por normas positivas abstractas, que actúan al modo de orejeras que sólo nos permiten mirar unidimensionalmente¹².

Las consecuencias, en el campo del derecho, que producen esos defectos al dificultar la percepción directa y plena de la realidad, impiden la aplicación de la equidad en su íntimo sentido, *quia non est veritas, ubi non est iustitia* —como repetiría el gerundense Tomás Mieres¹³—; y hace que nos perdamos en conceptualismos, elevados a dogmas jurídicos, o bien en una *techné* deshumanizante que suplanta la ponderación directa de la realidad viva¹⁴.

3. Hace un cuarto de siglo, al comentar un libro de Seryck¹⁵, recordábamos que, según habíamos observado al estudiar el *pignus tabernae*¹⁶, ciertas realidades complejas como la *universitas* habían sido mediatizadas por conceptos que obstaculizaban su visión plena y las habían convertido en pseudo-objetos. Ocupando nominalmente el lugar de la realidad se interponían entre ésta y los observadores jurídicos que la miraban a través de la lente opaca de ese concepto, impidiendo que se transparentara directamente a través del *nomen*.

También subrayamos el hecho, ya observado, de que las expresiones numéricas en ambas partes de la participación cuantitativa de uno de los sujetos cotitulares de un objeto habían sido cosificadas dándoles el tratamiento de objetos de

derecho. Y, recordábamos, que así se había efectuado con las cuotas indivisas expresivas de la participación de un sujeto en la cotitularidad de una cosa o una universalidad o multiplicidad de cosas y derechos, bruta o líquida.

Incluso, advertimos, que ciertos problemas arduos eran recubiertos con un envoltorio al que se le ponía una etiqueta con un nombre —como el de *ius in re immateriale*— con el cual se creía haber resuelto lo que seguía sin explicar.

Ahora, aquí, tenemos la osadía de ilustrar otras mediatizaciones de la realidad, de las que trataremos de mostrar sus consecuencias perturbadoras, tomando como objeto de experimentación —casi diríamos de disección intelectual— la comunidad hereditaria.

Digamos, previamente, que este enmascaramiento que no permite ver la realidad sino a través de un concepto previo, formulado mediata —pero no inmediata y directamente— de su observación, ha tenido su origen y ha dependido en gran parte del intento de construir todo el derecho a partir del concepto —por lo demás variable, según cada escuela— de derecho subjetivo¹⁷; y de la consecuente descosificación del objeto¹⁸, al sustituirse las cosas por la representación conceptual del entrecruce de un derecho con el deber correlativo impuesto a otro (*ius in personam*) o a todo el mundo (*ius in rem*).

El concepto de derecho, centrado por Aristóteles¹⁹ en *to dikaion* y por los romanos en *quod iustum est*²⁰, tal cual lo conservaría Santo Tomás de Aquino²¹, extendiéndolo también al *artem que cognoscitur quid sit iustum*, fue ampliado por Francisco de Vitoria²², dándole tres significaciones —*quod iustum est, pro peritae artis iuridicae* y *pro lege ipsa*— a las que Francisco Suárez²³ añadiría una cuarta significación: la de «*facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam*», que define el derecho en

sentido subjetivo, aunque referido en concreto a una situación justa (*circa rem suam* o *ad rem sibi debitam*), y no genérica y abstractamente, según después ha sido mentalizado como molde para juzgar de lo jurídico.

El tercero y cuarto de estos conceptos del derecho se han impuesto, en la filosofía jurídica y en la dogmática moderna, como definitorios de lo que se ha calificado de derecho objetivo y derecho subjetivo; emancipándose, respectivamente, del *artem qua cognoscitur quod iustum est* y de la *ipsa res iusta*²⁴.

La ciencia del derecho adopta el método de las matemáticas o el de la física, partiendo, como material de sus construcciones, de las normas legales o bien de los derechos subjetivos reconocidos por ellas y también conceptualizados.

El voluntarismo jurídico²⁵, que fundamentó el contrato social de Hobbes²⁶ y la filosofía jurídica de Kant²⁷, es engarzada por Windscheid²⁸ en la dogmática del derecho, que la pandectística estructuró en los moldes de los derechos subjetivos, conceptualizados y clasificados. Se construyó una especie tipificada de derecho subjetivo para cada una de las situaciones genéricamente protegidas por el derecho, y se las fue clasificando, primero, en las dos conocidas categorías generales de derechos reales y de crédito; y después, en un intento de precisarlos todos, en otras categorías menos generales²⁹.

Entre éstas no faltó la de los denominados derechos sobre universalidades y, en ella, se colocó al derecho hereditario...

Situados ante esa figura, nos hallamos en la puerta del tema que hoy repasamos.

4. Gayo³⁰ distinguió la adquisición de cosas singulares y la adquisición en bloque de una pluralidad de cosas —*quibus modis per universitatem res nobis adquirantur*— considerando a esta última como *successio*.

Suceder, «*succedere*», «en el lenguaje clásico —explica Fritz Schulz³¹— significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona o cosa y, específicamente, el sub-entrar de un heredero *in locum* o *in ius defuncti*».

Y la palabra *hereditas* tuvo entre los juristas clásicos dos acepciones: una equivalente a *successio mortis causa*, es decir, expresiva de la sucesión misma³² y otra, significativa de patrimonio de la persona difunta, *bona defuncti*, considerado en su universalidad³³.

Con Max Kaser³⁴ puede decirse que la sucesión hereditaria «es una sucesión universal de una o varias personas como herederos de un conjunto de derechos transmisibles por herencia y pertenecientes a un difunto»; y que la imagen de la adquisición *per universitatem* «la representaron los romanos, concretamente, como la ocupación de los herederos de la situación jurídica del causante (*succedere in locum defuncti*)».

La *hereditas* —como *universitas* no es sino la consideración unitaria del fenómeno sucesorio *mortis causa*, efectuada para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; ya que esa unidad no existe ni con relación al difunto ni respecto al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio³⁵.

Ha transcurrido más de medio siglo desde que Pietro Bonfante³⁶, con deslumbrante brillantez, sostuvo que el concepto de sucesión varió después del período clásico —en el que implicaba, *uno ictu*, la *successio in locum et in ius*,— al postclásico —en el que se concretó en la *successio in univsum ius*, significando el *transire per universitatem*, que tomó —según aquel ilustre romanista— el lugar central en tiempo de Justiniano, mientras en la época clásica no fue sino una consecuencia, y no la única, de la *successio in locum et in ius*. Pero, la tesis bonfantiana, hace ya años, acabó de ser desmontada en este punto, pieza por pieza, por Domenico

Barbero³⁷. Éste mostraría que en el período justiniano la expresión *universum ius* no tuvo otro sentido que el de explicar una característica del fenómeno sucesorio en su aspecto patrimonial y que sólo era mera consecuencia de su realización³⁸. Pero, como ha precisado Biondi³⁹: «La tradicional frase *successio in universum ius*, lejos de ser pleonástica resulta apropiada en cuanto indica el modo y el objeto de la *successio*, indica, en suma, que se trata de la esfera jurídica concebida como unidad compleja». Y que la *hereditas*, como *universitas*, no es sino la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe ni con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio⁴⁰.

De ese modo, las expresiones *hereditas-successio* y *hereditas-universitas* no muestran concepciones incompatibles; sino, por el contrario, la primera expresa el fenómeno entero desde el punto de vista *causal*, mientras la *universitas*, designa una parte del mismo, en su aspecto de *adquisición patrimonial*, observado desde el punto de vista de sus *consecuencias*⁴¹.

Querer reducir, en cualquier sistema, la sucesión hereditaria a la segunda perspectiva, es ver sólo una parte, estrechando, achatando y acortando la realidad, en una mala vulgarización del fenómeno por no captar de él sino sus efectos materiales, ni siquiera vistos en su esencia jurídica, sino en el resultado meramente económico⁴². Ello constituiría un retroceso óptico, en el que no podemos ni debemos caer.

En el *Código civil* español: «Llámesese heredero al que sucede a título universal...» (art. 660); y «Los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» (art. 661). Y así, entre ambos preceptos, se completa y se percibe por entero el pleno concepto de la *successio in universum ius defuncti*.

5. La pluralidad de bienes, derechos y obligaciones, que integran el objeto de la *successio* y que se adquieren por ese título universal de herencia, puede combinarse con la vocación de una pluralidad de herederos. Ésta da lugar a la comunidad hereditaria que se mantiene mientras la herencia se halle indivisa.

En esta situación, ¿cuál es la titularidad de cada heredero en cada cosa y cada derecho de la herencia?

Notemos, ante todo, que el heredero sucede en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante; es decir, adquiere todos y cada uno de sus bienes y derechos a título universal, sin que esta universalidad del título pueda significar que, además, adquiera un derecho más sobre el todo, duplicando así su titularidad. Pero esa realidad se ha cubierto con el concepto de *universitas*⁴³, aunque sólo sea como *medium*⁴⁴.

Esa imagen de la *universitas-medium* se ha proyectado a la pluralidad de herederos y, entonces, se han acumulado los problemas jurídicos dimanantes de la pluralidad de objetos, que la sucesión a título universal transfiere, con los originados por la pluralidad de sujetos, llamados por ese título.

Se ha partido de considerar, con buen criterio, como una aporía el hecho real de que los coherederos sean cotitulares de todos y cada uno de los bienes de la herencia, como sucesores del causante, pero no pueda, cada uno por separado, disponer de una cuota indivisa de cada uno de los bienes singulares de ella.

Esta aporía resulta ya de algunos textos romanos y más aún comparando unos con otros.

Es sabido que desde las XII Tablas se admitía que créditos y deudas quedaban divididas *ipso iure*, entre los herederos, en proporción a sus respectivas cuotas. Así lo refirió y reafirmó el emperador Gordiano⁴⁵: «*Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt*».

Las demás cosas, explica la moderna romanística, se adquirirían en comunión que debía cesar por el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.

Y aquí algunos autores hacen entrar en juego el famoso texto de Gayo⁴⁶ que habla de *adquirere per universitatem*. Biondi⁴⁷ explica que Gayo «no dice *adquirere universitatem*, sino *per universitatem*, es decir, adquirir cosas singulares a través de la adquisición de una *universitas*, es decir, de una entidad compleja»; y marca la diferencia de esa adquisición con la operada por la compra de una herencia, en que «la compra de una herencia puede escindirse en tantos actos de compra cuantas son las cosas que la componen» pues, a su juicio, «se adquiere en bloque, es decir, se adquieren simultáneamente una suma de entidades patrimoniales», mientras que en la adquisición de una herencia, «la adquisición de una *universitas* comporta la adquisición de la unidad compleja por medio de la cual se adquieren las cosas que la componen». En cambio, Barbero⁴⁸ reduce el significado de esa discutida expresión de Gayo. A su juicio, tan sólo muestra que «la función de *determinar* cuáles son las cosas en concreto que son objeto de *adquisitio*, es referida al conjunto»; y que «tiene este preciso valor: *por medio de la "hereditas" entendida como "successio", se adquiere un conjunto de cosas, que no constituyen para nada un solo objeto de derecho, sino que cada una conserva su propia individualidad física y jurídica; con la única particularidad de que no resultan objeto de la adquisición por una singular y específica determinación, sino que resultan individualizadas* (he ahí el elemento determinado) *"per universitatem" por el hecho de su pertenencia a un determinado conjunto o patrimonio hereditario* (he ahí el elemento individualizante)».

Lo cierto es que Biondi⁴⁹ deduce que, en cuanto a las cosas corporales, se produce el fenómeno de la comunidad cuando

«la adquisición de las cosas singulares se produce siempre no por efecto de la *successio* sino de la división; los romanos hablan de *adquirere res per universitatem* (Gayo 2,97; 191) para indicar que el heredero adquiere las cosas singulares a través de subentrar en una situación compleja, pero la adquisición de las cosas singulares concretas se produce siempre por medio de la división».

La explicación de Biondi traslada una determinación *sub specie universitatis* —que se produce en toda herencia aunque el heredero sea único— a la indivisión que implica la comunidad hereditaria, cuya peculiaridad no es sino la de no disolverse por la *actio communi dividundo* sino por la *familiae eriscundae*⁵⁰.

Por otra parte, la diferencia entre *corporae* y *nominiibus*, es decir, entre la indivisión de las cosas y la división *ipso iure* de créditos y deudas, parece más bien dimanante de que éstos afectaban a terceras personas, es decir, a los acreedores y deudores del causante⁵¹. Ante esta concurrencia de intereses, el derecho romano optó por la división a prorrata de créditos y deudas, mientras el derecho actual se ha decidido por la solidaridad.

El *quid* por lo tanto, se halla en el reflejo de la comunidad hereditaria en las cosas integrantes de la herencia y el banco de prueba de la cuestión, que nos preocupa de modo especial, se halla en el tratamiento de la venta que un heredero efectúe de una cuota de un bien hereditario concreto igual a la que le corresponde en la herencia.

Esta situación difusa, tal como es expuesta por Biondi, parece incompatible con la titularidad y disponibilidad por cada coheredero de cuotas indivisas, a prorrata de su haber hereditario, en cada cosa concreta de la herencia, y contradicha por determinados textos, que algunos romanistas trajeron a colación al ocuparse de la naturaleza traslativa y no determinativa de la

partición, pero que, tanto más pueden utilizarse para calificar la naturaleza de la comunidad hereditaria.

Se aducen⁵²: una respuesta de Papiniano, referida por Ulpiano⁵³: «*quasi certa permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*», y un rescripto de Antonino⁵⁴: «*Divisionem praediorum vice emptionis obtinere placuit*». Pero, especialmente, se ponen sobre el tapete varios textos referentes a la eficacia, ante la *actio familiae erciscundae*, de la transmisión o gravamen por un coheredero de una cuota de un bien hereditario correlativa a la suya en el *as* hereditario.

Un texto de Papiniano⁵⁵ expone que estaban prohibidas las enajenaciones después de aceptado el juicio —«*Alienationem enim post iudicium acceptum interdictae sunt*»—, excepto las no voluntarias, es decir, las que tuvieran una causa anterior que las hiciera necesarias en derecho —«*quae vetustorem causam et originem iuris habent necessariam*».

El texto no explica si se trataba de enajenaciones de cuotas del *as* hereditario o de cuotas de bienes hereditarios. Pero los romanistas, relacionando éste con otros textos, han entendido referida la prohibición a unas y otras⁵⁶.

Se cita al efecto un texto de Neracio⁵⁷, en el cual un coheredero refiere que enajenó su parte de un fundo procedente de la herencia de Lucio Ticio: «*fundi partem meam alienari*» y después fue aceptado el juicio de partición: «*deinde familiae erciscundae iudicium inter nos acceptum est*»—; la respuesta fue que el fundo quedaba fuera de dicho juicio: «*neque ea pars, quae mea fuit, in iudicio veniet, quum alienata de hereditate excerit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino iure hereditaria que est, tamen alienatione meae partis exit de communione*». En ese caso, cabía la *actio communi dividundo* entre el coheredero que no enajenó su parte en el fundo y el adquirente de la enajenada por el otro⁵⁸.

Junto a estos textos, se menciona un rescripto del empera-

dor Antonino⁵⁹, que concluye negando «*hoc videlicet custodiendo, ut post litis contestationem nemo nec partem suam, ceteris eiusdem rei dominis non consentientibus, alienari possit*». Es decir, después de la *litis contestatio* de la acción divisoria, nadie podía enajenar su parte si no lo consentían los demás dueños de la misma. Pero el primer apartado del rescripto contiene un consejo: «Si tu hermano enajenó la sola porción de un predio que le pertenecía, no conviene que se revoque la venta —«*venditione revocari non oportet*—, pero comparece en el juicio *communi dividundo* con quien comenzó a tener contigo el predio en común —«*cum quo tibi idem predium commune esse coepit*—; y con esta acción obtendrás: o todo el predio, si hubieres vencido en la licitación, pagando al consocio su parte, o una porción del predio si otro hubiere presentado una proposición mejor; o aquella porción del predio que, con sus linderos se adjudique si se hubiere podido hacer su división sin daño».

Por lo que se refiere a los gravámenes constituidos por un comunero sobre su parte, se cita, como el más explícito, un texto en el que Gayo⁶⁰ dictaminó que, si alguien hubiese dado en hipoteca una cosa común, hecha la división con el socio, no queda obligada al acreedor solamente aquella porción que se adjudicó a quien la dió en prenda, sino la mitad indivisa de cada porción dividida, «*non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata*».

Ambos textos, sin embargo, parecen referidos a la comunidad ordinaria y a la *actio communi dividundo*; y, ni por la situación del primero —tit. *De communi dividundo* del *Codex*— ni por el texto de ambos, resulta ninguno propiamente referido a comunidad hereditaria alguna ni precisamente a las resultas de la *actio familiae erciscundae*.

Ha chocado también, por otra parte, que esta solución

resultara forzada, dado el hecho evidente de que el comunero adquirente no traía causa directa del difunto ni de los demás partícipes de la herencia que no enajenaron⁶¹.

Fausto Navarro Azpeitia⁶² estimó «evidente» que, respecto la cuestión que nos ocupa, el frag. 10,2,54 trata de «no involucrar en el juicio de división la discusión que pudiera entablarse entre el heredero que vendió y el que no vendió, acerca de la validez de la enajenación»... «porque, de admitir en el juicio de división estas discusiones o las que provocaría la usucapión terminada, o de las ventas forzosas anteriores a la iniciación del juicio se convertirían en verdaderas perturbaciones y en dilatorias inacabables que enervarían las virtudes de la acción divisoria con daño de todos los interesados en su normal desarrollo y oportuna determinación».

Y añadió que este criterio parecía apoyado «no solamente por el sentido general del derecho de herencia romana y de los fragmentos y leyes de los títulos del *Digesto* y del *Código, De familiae erciscundae*», sino especialmente por la letra del texto de Paulo, *Dig. 10, 2, 25, 6*: «*Si... aut heres ante iudicium familiae erciscundae acceptum partem suam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae testatoris fuit, alicui iubeat tradi*». De cual dedujo, como evidente, que no sólo no se reconocía como definitiva esa enajenación hecha por el heredero, «sino que se la somete al resultado de la división condicionando únicamente la labor del juez, a fin de que, recayendo lo que era del testador en una sola persona (que no precisa cuál haya de ser, dejándolo al arbitrio judicial), pueden sostenerse y ejercitarse más expeditamente los derechos y acciones que, frente al condómimo, frente al legatario o frente a otras personas puedan proceder».

Que la duda no dejó de suscitarse en derecho romano, nos lo demuestra también un texto en el que Labeon⁶³ cita una opinión de Trebacio, que rechaza:

«Uno que tenía un fundo en común contigo, le había legado a su mujer el usufructo del fundo, y después de su muerte el heredero había pedido árbitro para dividir contigo la cosa común; dice Bleso, que Trebacio respondió que si el árbitro hubiese dividido el fundo en ciertas porciones, de ningún modo se le debe a la mujer el usufructo de la parte que le hubiere correspondido, sino que ella habrá de tener el usufructo de todo lo que le hubiese tocado al heredero. Yo opino que esto es falso, porque habiendo sido de la mujer, antes de la sentencia arbitral de la división de cosa común, conjuntamente indiviso el usufructo de la mitad de todo el fundo, no pudo el árbitro, juzgando entre otros, cambiar el derecho de tercero, lo que también se admitió».

Notemos que, aquí, Labeon calificó de tercero, que no podía ser perjudicado por la división, a quien había adquirido de uno solo de los cotitulares durante la comunión, al parecer ordinaria y no de herencia, pero no de los dos, ni de un causante común. Es decir, que, para no cambiar el derecho de un tercero, la respuesta de este texto —como en el antes citado de Gayo con la hipoteca— deja gravada con ese usufructo a la mitad indivisa del fundo originario, aunque recayera en la porción adjudicada al otro condueño, que, a su vez, era tercero respecto del legado de usufructo, que fue otorgado por el otro condueño, y no por causante alguno suyo, ni consentida por él mismo.

Este análisis de textos ha permitido observar las siguientes proposiciones de la que fue considerada doctrina romanista dominante, dimanantes exclusivamente de los textos que ella invocaba, amalgamando los estrictamente referidos a la comunidad hereditaria y al juicio *familiae erciscundae* con otros referentes a la comunidad ordinaria y al juicio *de communi dividundo*:

a) Como hace años afirmaba Sohm⁶⁴, los bienes hereditarios conforme esa perspectiva pasarían a ser propiedad de los herederos por partes alicuotas, en *communio pro indiviso* «pudiendo cada uno disponer libremente de su participación». Solución que habría de concordarla con las resultas del juicio *familiae aerciscundae*, en el cual el juez incluso podía adjudicar a uno solo *omnes res* si la división «*tam difficilis sit*».

b) La sumisión de esa *communio pro indiviso* al juicio divisorio que la vinculaba a sus resultas se indica que no se producía por el solo hecho de que la comunidad existiera, sino que requería la *litis contestatio* del propio juicio⁶⁵.

Sin embargo, este requisito vinculatorio no parece concorde con la perspectiva que Biondi⁶⁶ muestra de la comunidad hereditaria romana, en la cual, sin duda, cala más hondo en este aspecto que algunas de las respuestas que acabamos de contemplar. El derecho moderno resulta más congruente, ya que mantiene que tal perspectiva, al imponer la sumisión de los actos dispositivos de los copartícipes a las resultas que del juicio divisorio penden, ya desde el mismo instante de la *successio* y no tan sólo desde la *litis contestatio* de aquél. Diferencia que reviste gran importancia práctica.

Por otra parte, cabría entender que la vinculación al juicio *familiae aerciscundae* desde la *litis contestatio* se refería a la enajenabilidad de la cuota hereditaria que a partir de ella ya tampoco podría vender ningún colitigante, saliéndose así del juicio, sin el consentimiento de los demás.

c) En el juicio de valor entre los intereses de quienes, antes de la *litis contestatio* del juicio, compraron una cuota indivisa de alguno de los bienes comunes a algún partícipe y el interés de los demás comuneros a las resultas de la división, Neracio, Gayo y Papiniano se inclinaron por el interés del comprador en contra de la opinión de Trebacio, que daba preferencia al del copartícipe ajeno a la venta o gravamen. Este juicio de

valor, incluso tratándose de la comunidad ordinaria, ha sido invertido en el derecho moderno, que viene a dar la razón a Trebacio.

6. Ciertamente, el derecho moderno ha venido a dar la razón a este último jurisconsulto, coherentemente con la unidad del momento en el cual los miembros de la comunidad proindivisa quedan vinculados al resultado de la división, de tal modo que cada adjudicatario recibe los bienes que se le asignen sin afección alguna por los actos de disposición o gravamen efectuados por sus coherederos, en el tiempo intermedio, respecto de su hipotética cuota hereditaria inicial aplicada sobre dichos bienes a él adjudicados.

Este cambio de perspectiva ha sido observado, ya en la Edad Media, en el *Grand Coutumier de Jacques d'Ableges*, habiéndose notado a fines del siglo XIV la tendencia consuetudinaria a derivar directamente del difunto el derecho del heredero adjudicatario, desde el momento de la muerte de aquel⁶⁷. Ello determinaba el carácter declarativo de la partición que, por ello, no debía devengar el pago de derechos señoriales ni fiscales, además de los producidos por la sucesión, tal como fue confirmado por las sentencias de los tribunales en el siglo XVIII⁶⁸. En el siglo XVIII, cuando Pothier escribió su *Tratado de las sucesiones*⁶⁹, la cuestión estaba ya zanjada, según se desprende de lo que, en el mismo, expone este autor, que conviene en el criterio de que la jurisprudencia francesa, en ese punto, era contraria al derecho romano y resultaba «*beaucoup plus commode*».

Así, frente al criterio —estimado como romano— dice que, en Francia, la partición no era considerada como un título adquisitivo por el cual cada coheredero adquiriera de sus coherederos las porciones indivisas que tenían antes de la partición en los bienes a él asignados en su lote, sino sólo

como un acto determinativo de las cosas a las cuales cada uno de los coherederos ha sucedido al difunto. «Cada heredero —precisa— nada adquiere, pues, por la partición de sus coherederos: lo recibe todo inmediatamente del difunto».

De ahí se sigue —continúa Pothier:

1.º «*que les partages ne donnent aucune auverture aux profits feudeaux ni censuels...*»

2.º «*que les hypothèques des créanciers de chacun des coheritiers, se restreignent aux seules choses qui échoient dans le lot de leur débiteur...*» «*et q'en conséquence, chacun des coheritiers n'est aucunement tenu des hypothèques des créanciers de ses coheritiers*».

Su razonamiento discurre prolijamente que, dada esa inmediata transmisión del difunto a cada coheredero de los bienes asignados a su lote en la partición, ninguno de los coherederos podía hipotecar a sus acreedores el derecho que tenía en la sucesión en los bienes que no le sean adjudicados en su respectiva lote. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, recuerda Pothier; siendo así que «ninguno de los coherederos tenía antes de la partición, sino un derecho indeterminado en los bienes de la sucesión, que debía restringirse, determinarse y concretarse a los efectos que le correspondieran en la partición por su lote: las hipotecas de sus acreedores deben, pues, parejamente restringirse y determinarse (concretarse) únicamente a los bienes comprendidos en su lote que sean susceptibles de hipoteca y se desvanece enteramente si no se recae en su lote alguna cosa hipotecable; no considerándose al coheredero como sucesor sino de los bienes asignados en su lote, no ha podido hipotecar a sus acreedores sino los que recaigan en el mismo; y nada si no le corresponde cosa alguna hipotecable. Por otra parte, como hemos observado, considerándose que cada heredero ha

recibido del difunto todo lo asignado en su lote, y que nada recibe de sus coherederos, resulta de ello que no puede quedar afectado por hipotecas de los acreedores de sus coherederos».

Es de notar que esta solución era coherente con la *saisine* del derecho francés, con el principio de la unanimidad característico de la *Gesammte Hand* germánica y con el consecuente derecho del consentimiento formal, o *Beispruchsrecht*, por lo que si el problema se planteó en Francia sólo fue debido a las vacilaciones que sintieron algunos juristas al producirse las diversas oleadas de la recepción del derecho romano⁷⁰.

7. Por lo que se refiere a España, brindamos a los investigadores jóvenes este tema. Tenemos la impresión de que no se estimaron efectivamente enajenables ni hipotecables por un solo coheredero sus hipotéticas porciones indivisas en bienes hereditarios concretos reflejados en ellos por su participación en el as de la herencia⁷¹. El problema, tan discutido en la vecina Francia, no lo hemos sabido hallar contemplado por nuestros autores⁷²; ni hemos visto tratar, junto al tema de enajenación de la cuota hereditaria de los coherederos, la posibilidad y consecuencias de la enajenación o gravamen, por alguno de ellos, antes de la partición, de su hipotética cuota en bienes concretos de la herencia⁷³.

El Tribunal Supremo, antes de la vigencia del Código civil, había estimado en S. 15 octubre 1863, con referencia a la copropiedad ordinaria que, «si bien con arreglo a la ley 55, tit. 5 de la Partida 5.º *cualquier* de los partícipes o comuneros de una finca puede *vender la su parte maguer la cosa non sea partida*, no por eso autoriza esta ley la venta de una parte fija y determinada que el vendedor señale a su arbitrio, tal vez en perjuicio de los condueños, sino la de aquella porción que le corresponda hecha la división oportuna». Y, en S. 18 noviem-

bre 1879, reiteró que «la facultad concedida a los condueños de una finca para que puedan vender lo que en ella les corresponda, no legitima la venta de la parte fija y determinada que el vendedor designe su arbitrio, sino la de aquélla que le pertenezca luego que se haga la división».

Lo cual, aplicado a una comunidad que recae sobre una pluralidad de bienes, lleva a la consecuencia de no ser vendible una parte indivisa de un bien determinado, sino aquello que corresponda al coheredero enajenante en la división de la herencia.

Respecto de Cataluña, como en las demás regiones de derecho especial o foral, la cuestión debió tener escasa importancia, por el uso de instituir un solo heredero. Sin embargo, al fallecer intestado el causante o por haber éste instituido varios herederos sin distribución del caudal, se originaría, sin duda, el problema que planteamos, si alguno de los herederos hubiere vendido su hipotética parte en algún bien concreto, planteándose si al comprador debía corresponderle o no una parte de este bien cuando, en la partición de la herencia, nada del mismo se adjudicara al coheredero vendedor. Si no era así, sería porque lo realmente vendido no era una parte indivisa de ese bien, sino la proyección de su valor en el total de la herencia, del mismo modo que el condueño que vende una parte deslindada de la finca común no vende sino su equivalente ideal en la finca total.

Borrell i Soler⁷⁴ —de quien Luis Figa⁷⁵ ha dicho que en lugar de restaurar el derecho catalán lo sustituyó por el romano referido por los nombres totalmente ajenos a él de Maynz, Savigny, Arndts, Ihering, Serafini, Windscheid— diría que si hay varios herederos, «mientras la herencia está indivisa, cada uno de ellos adquiere a prorrata y pro indiviso el dominio de las cosas y derechos reales divisibles e *in solidum* los derechos indivisibles», invocando el antes exami-

nado texto del *Dig* 10, 2, 54, en relación con los 10, 2, 25, 6 y 9 y *Cod* 8, 32, 1, 2, —referentes a una servidumbre real y una prenda— y a Maynz, mal entendido⁷⁶.

Este dato ha servido de base para que, recientemente, distinguidos autores se hayan apoyado en que en Cataluña: la doctrina, citando a Borrell i Soler, había entendido que conforme a la legislación anterior a la Compilación, la comunidad hereditaria venía regulada por las disposiciones romanas, «de suerte que cada uno de los coherederos adquiriría una parte indivisa en cada uno de los concretos bienes y derechos hereditarios proporcional a su cuota hereditaria», relacionándolo con el art. 100 *Comp. Cat.* —según el cual, «los derechos, obligaciones y cargas de la herencia, cuando fueren varios los herederos se dividen en proporción a las respectivas cuotas, sin solidaridad entre ellos»— y con su precedente, el art. 219, ap. 2.º del Proyecto de Compilación— que refería esas cuotas a cada uno de los bienes y derechos reales hipotecarios—, pretendiendo deducir que esas cuotas proyectadas sobre los bienes podrán ser objeto de inscripción en el Registro inmobiliario; y, por consiguiente⁷⁸ que «cada uno de los coherederos podrán por sí solo disponer de su participación o cuota en los bienes y derechos indivisibles».

Estos apoyos nos parecen carentes de la mínima solidez debida. Ante todo, es muy dudoso que fuera recibido en Cataluña el antes referido criterio interpretativo de ciertos romanistas. La irrupción de la práctica de inscribir la cuota hereditaria de cada coheredero individualizadamente en cada uno de los bienes inmuebles y derechos reales de la herencia, así como sus enajenaciones, en el Registro de la propiedad, fue bastante general en toda España por un efecto reflejo de la Ley hipotecaria —como veremos en el epígrafe siguiente. Su apoyo en el derecho romano ni siquiera lo vemos alegado en los recursos que dieron lugar a las dos sentencias del Tribunal

Supremo de 4 abril 1905 y 26 enero 1906, que confirmaron sendas sentencias de la Audiencia de Barcelona, considerando que quien compró a un coheredero antes de la partición su cuota en un bien hereditario «carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados» y, «por consiguiente, no pueda enajenar, ni gravar bienes concretos y determinados, a cuya universalidad le da derecho el testamento».

Por lo que se refiere al apoyo de la doctrina, casi toda su base se reduce a la aludida referencia a Borrell i Soler, que puede estimarse más que contrapesada por las opiniones de otros autores.

Pella y Forgas, en su *Código civil de Cataluña*⁷⁹, vino a aceptar, con ligerísimas acotaciones, la concordancia de los arts. 399 y 1051 a 1062 del Código civil con el derecho aplicable a Cataluña.

Martí Miralles⁸⁰ consideraba que la «sustancia sobre cual recae la coparticipación del coheredero no es cosa alguna determinada, sino indispensablemente sobre la universalidad de los derechos y obligaciones que constituyen la herencia». Los coherederos coparticipan en la *universalidad hereditaria*.

Roca Sastre⁸¹ cree que descansa sobre una base institucionalmente falsa y un enfoque erróneo, partir del supuesto de que cada heredero tiene adjudicada una parte indivisa sobre cada *cosa o elemento singular* de la masa y —añade— que cree bastante demostrado que no es así y que la opinión ahogada de Trebacio en el derecho romano es prueba del poco sostén de la teoría traslativa de la partición.

Y no olvidamos que fue el mismo Roca Sastre quien redactó el art. 100 *Comp. Cat.*

Navarro Azpeitia⁸² dedicó la conferencia que pronunció en el Colegio de Abogados de Barcelona el 17 febrero 1943, y a la cual venimos refiriéndonos, a demostrar la inexactitud de

la tesis que algunos daban como romanista, concluyendo a este respecto que dentro de la más correcta romanística, nos hallamos «ante una abrumadora masa de preceptos y de opiniones acerca del concepto de unidad de la herencia romana (dentro del cual es solamente parte intelectual la cuota hereditaria de cada partícipe que aceptó la vocación) que no creemos puede quebrarse por la interpretación de unos textos cuya significación y sentido están, a nuestro juicio, al servicio del mismo pensamiento y no en su contra». Y llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones:

1.º) Que incluso con arreglo al derecho romano «la contratación sobre el mero derecho hereditario», «se refiere a cuotas ideales y participaciones intelectuales; por lo cual quedan sujetos los adquirentes aceptantes de garantía a la eventualidad de que, si en partición posterior no se adjudica al heredero que contrató la finca concreta y determinado objeto del contrato, se anulen los efectos contractuales, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que el adquirente o garantizado defraudados puedan ejercitar contra el heredero que con ellos contrató».

2.º) Que la llamada contratación sobre indivisos «no es en Cataluña tal contratación en el sentido y con los efectos que se la suponen, ya que, mientras no se ha formalizado la partición, los indivisos o porciones indivisos de copropiedad sobre los cuales se cree contratar no son tales sino cuotas hereditarias ideales, cuya concreción material depende del resultado de una partición posterior».

3.º) «Que la causa de tales confusiones no son los preceptos del derecho romano...».

8. A finales del siglo pasado y comienzos del actual, se observó esta aporía reflejada en la imagen que ofrecía la inscripción en el Registro de la propiedad del derecho

hereditario en el asiento de cada uno de los bienes recibidos a título de herencia.

Se había impuesto la práctica —aprobada por la Dirección General de los Registros, en Rs. 1 julio 1863, 2 marzo y 26 noviembre 1864, 7 octubre 1880, 25 febrero 1888, 16 diciembre 1904 y 27 enero 1906— de inscribir el título hereditario en cada finca del caudal, aun en caso de pluralidad de herederos y de bienes, sin que se hubiese efectuado la partición. Esto produjo en muchos la imagen de que se inscribía la cuota hereditaria de cada heredero reflejada en la titularidad de cada una de las fincas concretas en las que se inscribía, determinando su disponibilidad. Lo cierto era que, esa imagen de un asiento se superponía así a la realidad, y que algunos ya no veían ésta sino reflejada en aquélla; y, de ahí que de ella sacaran consecuencias equivocadas. Es decir, olvidaban la evidencia, destacada por el filósofo Noel: «De un gancho pintado en una pared sólo puede colgarse una cadena igualmente pintada en esa pared»⁸³.

Ese efecto de la perspectiva plana, sin relieve, reflejada en el asiento del registral, fue padecido, aunque fuera limitadamente, tan sólo a los efectos hipotecarios que independizó de los civiles, por la Dirección General de los Registros en la R. 16 diciembre 1876⁸⁴. Es de advertir, sin embargo, que en el supuesto de esa resolución la herencia se hallaba integrada por una sola finca. No obstante lo cual, tampoco la solución podía desentenderse de la posibilidad de que se efectuara la partición conforme al criterio del *ius commune* y los comentaristas de las leyes de Toro que el *Código civil* recogería en su art. 1062.

El Tribunal Supremo, en Ss. 4 abril 1905⁸⁵, 26 enero 1906⁸⁶ y 19 noviembre 1929⁸⁷, no se puso las gafas registrales para observar la realidad y no admitió la disponibilidad de cuota alguna de bienes concretos por un coheredero, sino condicionada a que se adjudicase, al enajenante, la misma

cuota enajenada o, por razón de ésta, una parte de la propia finca en cuyo asiento se inscribió.

Acatando este criterio, el *Reglamento hipotecario* de 1915, en su art. 71, aunque siguió permitiendo la inscripción del derecho hereditario de cada coheredero, indicó que debía referirse a «*la parte que a cada uno de ellos corresponde en el patrimonio hereditario*» y no a la finca o derecho determinado en cuyos asientos se hiciera constar.

Eran los tiempos en que estaba en boga creciente la dogmática conceptualista y, consecuentemente, de acuerdo con esa escuela se trató de construir el concepto de comunidad hereditaria y de determinar su naturaleza jurídica.

Con esa mentalidad, la Dirección General de los Registros trató de explicar la rectificación de criterio que acabamos de recordar.

Su R. 22 septiembre 1924 consideró que la comunidad formada por los distintos herederos, en que éstos «son propietarios *in potencia* de cada uno de los bienes y de todos ellos, sin tener parte expresamente adjudicada, no puede compararse con las situaciones de copropiedad romana».

Si no era una copropiedad de tipo romano la que se decía existir sobre la herencia, había que buscar en qué consistía, a fin de hallar la respuesta adecuada que reclamaba el conceptualismo imperante.

a) La primera propuesta consistió en recurrir al paradigma de la comunidad en mano común del derecho germánico, a la *gesammte Hand*. En nuestra doctrina han mantenido esta solución Campuzano⁸⁸, Romero Cerdeiriña⁸⁹ y, con especial énfasis y mayor argumentación, Guillermo G. Valdecasas⁹⁰. Éste afirmaría⁹¹ que la comunidad hereditaria española «es comunidad sobre la herencia como un todo», que «lleva consigo la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad de pedir la división de la herencia». Dentro de esa comunidad

sobre el patrimonio, distinguió «tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia, pero en cada una de estas comunidades no existe división por cuotas ni puede pedirse la división material del objeto, son típicamente comunidades *zur gesammte Hand*». Y se produce «una radical separación entre la herencia indivisa y los patrimonios particulares de los herederos», separación que se manifiesta «en el sometimiento del patrimonio indiviso a un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición; en la sujeción a la responsabilidad por las deudas hereditarias; en la aplicación del principio de subrogación real e incluso en la posibilidad de relaciones jurídicas entre la herencia y los patrimonios particulares de los herederos». La R. 21 febrero 1923 ya había apuntado esta solución⁹².

b) Al lado de esa proposición se formularon otras intermedias o bien mixtas o complejas.

Jerónimo González⁹³ consideró que la comunidad de herederos se halla situada técnicamente «entre la persona jurídica y la *copropiedad*».

Este criterio venía a concretar algo ya anticipado por la R. 6 diciembre 1926, que, a las normas de la comunidad hereditaria *proindiviso* del derecho romano clásico, contrapuso «las reglas propias de una tenencia de mancomún que, si no elevan a la categoría de persona jurídica la universalidad hereditaria, unen estrechamente a los coherederos en una comunidad patrimonial y les atribuyen una cuota ideal en la totalidad de la masa»; y fue reflejado en la S. 30 abril 1935⁹⁴. Perspectiva que, mucho después, desarrolló e ilustró la S. 21 marzo 1968⁹⁵.

Juan García Granero⁹⁶, en un documento (aunque se trataba de un trabajo de su juventud) acerca de la cotitularidad y la comunidad, se refirió también a la comunidad hereditaria, expresando que ésta le pareció una de aquellas formas

intermedias entre la *gesammte Hand* (*condominium iuris germanici*) y el *Miteigentum* (*condominium iuris romani*), en las cuales la separación de cuotas queda limitada a una cierta unicidad, en la esfera común, o en la que la mano común se modifica por la división de cuotas⁹⁷.

c) Frente al recurso a la *gesammte Hand* y la búsqueda de explicaciones complejas, también se buscó la solución más sencilla y simplificada de proyectar la comunidad ordinaria o proindiviso a la herencia considerada como unidad patrimonial, con lo que queda indeterminada la cotitularidad de las cosas y derechos singulares, explicándose así que la enajenación incondicionada y con efectos definitivos de cada cosa o bien sólo pueda ser efectuada conjuntamente por todos los coherederos, sin que a ninguno por sí solo le quepa realizarla, ni aún de la cuota ideal en los mismos equivalentes a su participación en el as hereditario.

Esta perspectiva había sido ya mostrada en la R. 1 diciembre 1927⁹⁸, y el Tribunal Supremo vino a dar pie para apoyarla, en cierto modo, en sus Ss. de 25 enero 1943⁹⁹, 25 noviembre 1961¹⁰⁰, 17 mayo 1963¹⁰¹, adoptándola explícitamente en las Ss. de 6 mayo 1958¹⁰² y 11 diciembre 1964¹⁰³.

En nuestra doctrina, el registrador de la propiedad Fernando de la Cámara¹⁰⁴ ya había señalado que las diferencias existentes entre la comunidad hereditaria y la copropiedad propiamente dicha o romana, dimanaban de su objeto: un *patrimonio*, es decir, un *objeto único universal*, el de aquella, y cosas concretas en la copropiedad normal. En la primera «cada coheredero tiene una cuota ideal sobre la totalidad del patrimonio, pero no en cada cosa concreta».

Roca Sastre¹⁰⁵ asumió esta explicación, que luego han apoyado, entre otros autores, Navarro Azpeitia¹⁰⁶, Ossorio Morales¹⁰⁷, Royo Martínez¹⁰⁸, Ferrandis Vilella¹⁰⁹, Puig Brutau¹¹⁰ y Ogayar¹¹¹, si bien Ossorio tan sólo en cuanto a la

diferencia con la copropiedad *pro indiviso*, pero notando a faltar «una delimitación conceptual positiva que, además de señalar diferencias frente a la proindivisión ordinaria, fije técnicamente la naturaleza jurídica de esa forma de comunidad».

9. Pero, la proyección de la comunidad hereditaria en la herencia como *universitas* falla, tanto en el mismo *objeto* considerado como realidad ontológica, como *corpus universale*, cuanto en la proyección a éste de la titularidad de los coherederos estimada como *derecho subjetivo* de naturaleza universal.

Ese pretendido derecho subjetivo ha sido denominado, por algunos sectores de la doctrina italiana y española, derecho hereditario *in abstracto*.

Sánchez Román, padre, parece que fue aquí el primero en emplear esta denominación, cuando en sus *Estudios*¹¹² explicó, que «el derecho de los sucesores a la universalidad de la herencia, como partícipes llamados a ella y por una participación en aquella cosa común que la misma constituye, *mental*, pero no materialmente dividida, por distribución entre ellos de la misma como sucede en toda comunidad jurídica de bienes; tienen en ella un derecho *in abstracto* a los bienes que la forman según la cuantía de la participación que en los mismos atribuye su título respectivo, pero carece aún de un derecho *in concreto* aplicado especialmente a ninguno de los bienes determinados que componen la masa hereditaria. El derecho del *sujeto*, heredero o sucesor, no puede menos de guardar relación o congruencia con el *objeto* a que se aplica o sobre que recae; y las notas de *unidad* y de *universalidad* se imponen para fijar la naturaleza y órbita de ambos».

La Ley de 30 diciembre 1944, sobre reforma hipotecaria, empleó la denominación «*derecho hereditario en abstracto*», dimanante del título sucesorio a la herencia sin dividir entre

los coherederos, y expresó su determinación de no considerarlo inscribible, así como su innovada solución —explicada por su *Exposición de Motivos*— de que «ingresará en el registro mediante anotación preventiva»; por haberse comprobado «que no le son de aplicación rigurosa los principios de especialidad y publicidad», que, incluso, «puede llevar la confusión a los libros del registro»; y consideró que convenía «evitar las dudas y litigios a que había dado lugar», por todo lo cual, no merecía «la total protección del sistema». Esa anotación preventiva se halla prevista en el art. 42, n. 6º y la regula el art. 46 L.h. que, en el ap. 1.º, &1.º, dice, «*el derecho hereditario cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva*»; y en el &3.º permite: «*El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación*».

Las críticas contra la formulación del derecho hereditario en abstracto, aquí en España, las iniciaría en el año 1931, nuestro maestro Alguer¹¹³. Recordó que Windscheid en las primeras ediciones de sus *Pandectas* había calificado el derecho hereditario, «como derecho real sobre la herencia como cosa incorporal»; pero que, en sus posteriores ediciones, preguntó «¿para qué mantener en pie el concepto de un derecho real general?». Alguer explica que el llamado derecho hereditario, «más que tal derecho, es simplemente la cualidad de heredero, que es una causa de adquisición». El heredero «tiene causa» para ocupar la posición patrimonial del causante y «adquirir todos los derechos y cargas que la misma implicaba, pero no surge un derecho nuevo, un derecho que el causante no tuviera. Es tan absurdo hablar de un derecho hereditario como de un derecho de compra; el comprador tendrá en el contrato su título de propiedad, pero su derecho es la propiedad y no más. Lo mismo la herencia que la

compraventa dejan intacto el objeto: se trata sólo de una sustitución de sujetos.»

Chamorro Piñero¹¹⁴, en 1941, se sumó a esa crítica. En caso de heredero único, hace notar que la doctrina entiende que se identifica el derecho hereditario *in abstracto* con el derecho hereditario *in concreto*. «Lo que no se dice —comenta— es si, en tal supuesto coexisten o no dos derechos; si coexistiendo son iguales en naturaleza; ni cuándo ni cómo se extingue ese *in abstracto* superpuesto a los distintos derechos normales».

Por otra parte, advierte¹¹⁵ que la pluralidad de objetos, «por sí sola, es incapaz de producir un cambio de naturaleza en los derechos que se poseen o se adquieran originaria o derivativamente, y menos una fusión de un derecho único sobre el conjunto». El derecho sobre el conjunto «sería la *superfetación* de que habla Ferrara refiriéndose a las *universitates rerum*». Lo universal «no es la masa ni el derecho sino el título de heredero». La sucesión «es un modo de adquirir, pero no el derecho hereditario, que es cosa distinta»; «podemos establecer que el título hereditario es universal»; «pero no los derechos que se adquieren», «ni la herencia o pluralidad de bienes que sobre estos recaen».

Tampoco cree¹¹⁶ que la pluralidad de herederos pueda producir «alteración sustantiva alguna» en los derechos hereditarios. Por eso, estima que cada coheredero entra con los demás en comunidad de cada cosa o derecho de la herencia, sin que esté excluida la posibilidad de que ejercite la acción divisoria respecto de una sola de las comunidades hereditarias, y que «su única especialidad» es «la carencia de la facultad de disponer (no de contratación, sino de enajenación presente) de su derecho en cada comunidad» —es decir, antes de la partición—, por el que denomina «principio de indemnidad del heredero», que evita el peligro de lesión del ejercicio

normal del derecho de los demás en las operaciones particionales que es el fin de la comunidad hereditaria, en las que cabe atribuir cosas completas a uno de los coherederos, siendo «posible y normal una compensación», con la adjudicación en concreto de las cosas y derechos hereditarios, sin atribuir una participación de cada uno a todos y uno de los herederos.

Rafael Núñez Lagos¹¹⁷, al comentar la R. 25 noviembre 1942, fue rotundo: «el heredero ocupa el puesto, titularidad y situación patrimonial del causante lo mismo si el heredero es único que si son varios»; pues, «una sucesión es un mero cambio de sujeto»... «no veo ni antes ni después de la aceptación ningún derecho en abstracto, ni hereditario ni de ninguna clase, porque no puedo ver fantasmas más que en el cine».

Angel Sanz Fernández¹¹⁸, calificó de muy artificiosa la construcción del denominado derecho hereditario en abstracto referida en la *Exposición de motivos* de la reforma hipotecaria de 1944. El heredero «no tiene un derecho subjetivo sobre toda la herencia, la cual, si es considerada como una unidad, es tan sólo desde un punto de vista económico, con miras a la liquidación, sin que ello suponga unificación jurídica, la cual no puede ser admitida, ni por su origen, ya que se trata de un derecho nuevo, que no tenía el causante, ni en pura doctrina, por las dificultades que plantea, ni para explicar el desenvolvimiento práctico de la situación, perfectamente justificable sin acudir a ella, como no es necesario acudir a esta pretendida unidad objetiva en casos indudablemente análogos, como la sociedad conyugal disuelta y no liquidada o las personas jurídicas extinguidas y pendientes de liquidación. En cambio, la ficción del derecho hereditario, dificulta extraordinariamente el carácter declarativo de la partición de herencia».

Alfonso de Cossio¹¹⁹ insistió en mostrar que, de concebirse la herencia como objeto de derecho distinto de los

elementos singulares que la integran, habría «de llegarse a una conclusión absurda, porque una de dos, o ese derecho recae sobre la totalidad de la masa (bienes, derechos obligaciones), en cuyo caso podría ocurrir que representara solamente un pasivo (de no haber bienes), que de un derecho sobre una masa de deudas, lo que carecería de sentido; o bien tal derecho recae sobre el posible activo, en cuyo caso no se trataría ya propiamente de un derecho sobre la herencia, sino únicamente sobre los derechos restantes, *deducto aere alieno*»... «sobre una porción del patrimonio que aún no se habría determinado y que, tal vez, no pudiera nunca llegar a determinarse, por no existir o por quedar totalmente absorbida por las deudas»... «Se trataría, pues, de un derecho que podía carecer de objeto, lo cual es jurídicamente imposible; o, de una mera expectativa que sólo se convertiría en derecho en el caso en que pagadas las deudas quedare remanente hereditario». Y, «teniendo la adjudicación carácter siempre retroactivo a la muerte del causante, siempre tendríamos que de lo único que cabría hablar sería de derecho hereditario y *concreto*, y que el supuesto derecho hereditario *in abstracto* sería sólo una construcción ajena a la realidad».

Estas críticas también fueron compartidas por Roan¹²⁰, por Guillermo G. Valdecasas¹²¹ y por Juan García Granero¹²², que rechazaron tanto la existencia de un derecho universal sobre el patrimonio hereditario, conceptuado como *universitas*, como la denominación de derecho hereditario en abstracto del derecho de cada coheredero antes de la partición. Los dos últimos de estos autores trataron, además, de salvar las aporías —sobre las que veían discurrir a la doctrina y a la jurisprudencia civil y registral— con sus tesis de la comunidad germánica y de la comunidad híbrida o intermedia, respectivamente.

10. De esas críticas que, antes, había formulado la doctrina alemana, surgió otra explicación de la comunidad hereditaria.

Según Federico de Castro¹²³, la admisión de nuevos objetos y la extensión dada al concepto de cosa «no quitan que el derecho subjetivo, como figura técnica, deriva su utilidad de ser una situación firme y clara de poder concreto, que sólo puede conseguirse mediante una exacta determinación del objeto. Por ello, aunque se admite una determinación transitoria del sujeto, se exige, de modo mucho más riguroso, la fijeza —natural o económica— del objeto, y se excluyen de objeto de derecho a las *universitates iuris*». Por eso, de acuerdo con Von Thur, Lehmann, Regelsberger, estimó que la atribución de un conjunto patrimonial a un sujeto «no se concibe como un derecho subjetivo sobre un patrimonio, sino como titularidad o cualidad jurídica que determinará el ser sujeto de una multiplicidad de derechos subjetivos concretos».

«La técnica —explica—, colocada en la necesidad de elegir entre la creación de un objeto indefinido y abstracto, como base de un derecho subjetivo atípico —ni real ni obligacional—, y la admisión de una indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contega la masa patrimonial, ha preferido este último procedimiento».

Ante las críticas de Roca¹²⁴ formuló esta pregunta: «¿En el caso de pluralidad de herederos —y sólo en este caso— es preferible la teoría de la titularidad interina o de la comunidad o condominio sobre el derecho abstracto hereditario?». Su respuesta fue que «los inconvenientes del derecho abstracto hacen preferible admitir que la pluralidad de titulares del patrimonio hereditario (mientras éste exista como tal) es un obstáculo transitorio (interinidad) para la determinación de quien sea el sujeto de cada derecho»¹²⁵. La S. 7 octubre 1963¹²⁶ hizo eco de esa doctrina.

Sin embargo, tal indeterminación subjetiva es muy relativa en cuanto que se circunscribe entre los herederos y tan sólo se halla indeterminada a resultas de la partición.

Precisamente José Beltrán de Heredia¹²⁷, entre todas las características de esta situación, ha puesto el acento en la nota de la transitoriedad o provisionalidad de la denominada comunidad hereditaria: «Se trata —dice— de un simple complejo de bienes, unidos transitoriamente, en virtud del fenómeno de la delación hereditaria, en la que encuentran su origen y fundamento; como igualmente encuentran también la base de su unión, los distintos herederos, titulares de la comunidad hereditaria. Esa unión circunstancial, no produce técnicamente una comunidad, sino técnicamente una cotitularidad». En ella se comprende «todo el complejo de bienes que tenía el causante, no sólo las cosas sino también los créditos y las deudas», que no estima susceptibles «de verdadera comunidad». Y observa que si están incluidos, «no es porque formen parte de una comunidad, sino con el único fin de facilitar la división de aquel complejo que no llega a adquirir, repetimos, el carácter de unidad que los autores admiten».

En cuanto a las cosas y derechos que integran ese complejo, entiende que sí «existe una verdadera comunidad» y no le cabe duda de que se trata de una comunidad de bienes por cuotas partes «sometida a las normas de los arts. 392 y ss. C.c.», «aunque con la especialidad que el origen y razón de ser del complejo de bienes hereditario tiene en nuestro derecho». Por ello, rechazó que Chamorro¹²⁸ tuviera totalmente razón cuando aplicaba íntegramente los principios del condominio de tipo romano, sin más salvedad que la de estar limitado el ejercicio del derecho de cada copropietario en cuanto al poder de disposición. A su juicio, la especialidad habrá que buscarla en que la delación hereditaria incluye en este tipo de comunidad cosas no susceptibles de estar en

común técnicamente hablando; y en las consecuencias que dicho fenómeno produce con relación al aspecto externo de la comunidad. Las notas de esa especialidad que configura la comunidad hereditaria, dice, «podrán tener, en algún caso alguna semejanza, con la que ocurre en la comunidad en mano común, pero en modo alguno justifican su catalogación como un tipo de la misma no regulada en concreto en el C.c., que incluso en este punto continúa inspirándose en principios distintos»¹²⁹.

Las críticas a la objetivización de la herencia, en su consideración de *universitas* cosificándola como objeto unitario, y a la calificación como derecho subjetivo de la titularidad del heredero concebida como derecho hereditario *in abstracto*, han sido tenidas muy en cuenta por los más recientes tratadistas que, en sus exposiciones de la comunidad hereditaria, han sorteado ambos escollos, sin tampoco recurrir a la vieja figura de la *gesammte Hand*, ni recaer en la simplista consideración de que cada cosa o derecho integrante de la herencia pertenecen por cuotas indivisas a los coherederos.

Lacruz Berdejo¹³⁰ ratifica: «la herencia no es una cosa universal»; «los copartícipes no tienen un derecho sobre el patrimonio concebido como un objeto único; al contrario, cada cosa o derecho les pertenece directamente, pero de tal modo que la titularidad de cada uno, si bien recompone, en unión de los demás, la totalidad del derecho originario, no tiene la misma determinación que la del copropietario de un objeto particular»... «sólo la participación en la totalidad de los objetos tiene una determinación numérica»... «pero esta cantidad no es índice de la participación que se tiene en cada objeto relicto. Cabe hablar, pues, de una cuota global y compuesta: no cuota de un patrimonio, concebido como un objeto independiente, pero sí participación indeterminada sobre cada uno de los objetos que lo componen y concretan en relación a la totalidad».

Díez Picazo y Gullón Ballesteros¹³¹ han explicado que la *universitas* o unidad abstracta que comprende cosas, derechos y obligaciones —según tradicionalmente se ha concebido la herencia—, «no representa sino un modo lógico de conceptualarla pese a su contenido dispar, no es un objeto de ningún derecho especial que tuviese por titular al heredero. La unificación conceptual se produce para someter aquel contenido dispar a un mismo régimen jurídico específico, no para crear un objeto sobre el que pudiera recaer el hipotético derecho del heredero.

»Sobre la herencia concebida como unidad el heredero no tiene más que una titularidad, y si existe una pluralidad esta misma titularidad pertenece a tales herederos, en función de las cuotas que tengan en la misma sucesión.

»Las cuotas, por tanto, se proyectan en la titularidad de la masa hereditaria conceptualada como unidad, y no sobre todos y cada uno de los bienes o derechos que la componen...».

Y Albaladejo¹³² concibe la comunidad hereditaria como una *comunidad universal*, que explica así:

«1.º *Comunidad*, en singular, porque es una sola, y no un conjunto de comunidades, una en la titularidad de cada uno de los bienes y derechos que componen la masa.

»2.º *Universal*, porque no recae sobre un solo objeto, la masa hereditaria, sino sobre los bienes singulares que en su conjunto forman aquélla: lo que permite decir que recae sobre una universalidad».

11. En este punto conviene que retornemos a las observaciones con las que hemos comenzado esta relectura.

Para poder enfocar adecuadamente la comunidad hereditaria es preciso descosificar lo que realmente no es cosa, como los conceptos de universalidad, *universitas*, y de cuota, *quota*, y comprobamos que no son sino expresiones, la primera, de

un modo de determinar los verdaderos objetos de una relación y, la segunda, de un modo de señalar la proporción de los derechos de cada sujeto, ya sea individualizadamente en cada objeto común, o bien en el conjunto en que todas se integran.

A) Bonfante¹³³ explicó que, en la latinidad clásica, *universus* significaba *omnis*, y que *universitas* y *universaliter* expresaban la totalidad en contraposición a los elementos singulares de un conjunto, en una antítesis *universi - singuli*. Pero, según el mismo maestro, en el lenguaje justiniano *universus* se hizo equivalente a *totus, cunctus*, y adquirió valor orgánico, unitario.

En derecho común observamos¹³⁴ expresiones contrapuestas como son, de una parte, las de *nomen universitatis, signo universalis, causa universale* que expresan, en su diversidad, la totalidad de las cosas singulares de un conjunto, y, de otra, *corpus universale*, que expresa la unidad de ese conjunto.

La expresión *sub nomine universitatis*, que vemos empleada, v.gr., por Merlino¹³⁵ y Salgado de Somoza¹³⁶, equivale propiamente a un modo de determinar, no *sub specie* sino *sub specie universitatis*; es decir, no individualmente sino en cuanto los objetos forman parte de un conjunto.

El sentido de estas expresiones nos aproxima a la explicación que de la palabra universalidad ha expuesto Barbero¹³⁷. Este jurista italiano sostuvo que la *universitas* no es una realidad *ontológica* sino una realidad *lógica*¹³⁸. Por tanto, no es en sí objeto de derecho; pero sí es el *elemento determinante* de los objetos de algunas relaciones. No es un *ente* sino un *modo de considerar* los varios elementos comprendidos en su conjunto¹³⁹. Por eso, con esa concepción lógica, tal consideración *sub specie universitatis* tiene un carácter relativo, es decir, puede proyectarse y aplicarse en un determinado aspecto, pero no en otros¹⁴⁰.

En suma, conforme esta tesis de Barbero¹⁴¹: 1.º - En las universalidades, las cosas singulares, en su pluralidad, son los efectivos objetos de derecho; pero, con la particularidad de que no están determinados *por su individualidad singular*, sino *por formar parte del conjunto*. 2.º - El conjunto no es un ente en sí, pero traduce una pluralidad de entes; no es un objeto de derecho, pero expresa una *pluralidad de objetos de derecho* (elemento determinado), de los cuales es el *elemento determinante*. 3.º - La *universalidad*, no es sino la consideración del conjunto *sub specie universitatis*; es la *unidad de consideración* (vértice lógico) de la *pluralidad de cosas* (plataforma ontológica); es el elemento *determinante* que individualiza, pero tan sólo lógica y nominalmente, el conjunto.

Es decir, las cosas pueden determinarse *específicamente* —de modo individual o en bloque—, *genéricamente*, *alternativamente* o *sub specie universitatis*. En este último caso, son determinadas por su inclusión en un conjunto, como ocurre en la *hereditas* por razón de su causa o título: la *successio*.

Como la define Montel¹⁴², la *universitas* es una categoría lógica, no ontológica, «que no constituye un nuevo objeto de derecho al lado de las cosas singulares, sino únicamente una operación lógica del ordenamiento jurídico, sobre un complejo de objetos de derecho que viene considerado unitariamente en relación a determinados efectos».

Las expresiones *hereditas-successio* y *hereditas-universitas* no significan —como dice Barbero¹⁴³— dos concepciones incompatibles, tales que una excluya la otra. Al contrario, la *successio* expresa el fenómeno hereditario entero, desde el punto de vista *causal*; la *universitas* no designa sino el resultado consecuente, muestra el patrimonio adquirido. Añadamos que expresa el conjunto de bienes adquiridos, que son determinados por razón de su *causa* —la *successio* del *de cuius* de quien se trate.

B) Del mismo modo que la *universalidad* de la herencia no expresa un nuevo objeto de derecho, sino un modo de considerar y determinar los objetos efectivos de derecho, igualmente ocurre con el concepto de *cuota*, con la particularidad de que ésta, además expresa una relación fraccional del conjunto de objetos determinados.

El año 1933 —según explicaba entre nosotros, años más tarde, Lacruz Berdejo¹⁴⁴— el profesor Karl Larenz¹⁴⁵ demostró que la esencia de la copropiedad no es bien entendida por quienes mantienen que la cosa, si bien no es dividida realmente, es pensable como dividida en partes intelectuales. El resultado del análisis por él efectuado mostró que ninguna de las facultades del dominio resultan divididas entre los copropietarios, sino que, o bien son multiplicadas por atribuirse totalmente a cada uno —el ejercicio del *ius vindicandi* y, en lo posible, *el ius utendi*— o, por el contrario, deben ser ejercitadas conjuntamente por todos, sea en régimen de mayoría —como la administración— o por unanimidad —como sucede en la disposición de las cosas comunes—. Por otra parte, la propiedad atribuida en común a varias personas no produce, en ella, una división cuantitativa de esferas autónomas sino una *desmembración y transformación de su contenido jurídico* en esferas de *contenido diferente al de la propiedad, única*, recíprocamente y vinculadas en un complejo total.

Según este autor, la diferencia de naturaleza jurídica entre la comunidad romana y la en mano común no alcanza la naturaleza de las participaciones de los comuneros, sino en cuanto al carácter inmediato de la participación en el condominio romano, frente al carácter mediato de su pertenencia en la mano común, dimanante de una relación personal y debida a que la cosa forma parte de un patrimonio consorcial, destinado a un fin relacionado con la comunidad personal de la que es pertenencia.

Lacruz Berdejo¹⁴⁶ matiza que, «por lo mismo que el derecho no es una realidad materialmente sensible y sí sólo aprehensible con la inteligencia, la división es puramente la operación mental de considerar el nudo derecho de propiedad en su relación con la pluralidad de titulares». A su juicio, aceptar la división intelectual del derecho en ese sentido, «poco o nada contraría la tesis de Larenz», pues aunque cada copropietario tenga «un nudo derecho homogéneo y de idéntica naturaleza al derecho no compartido, no ocurre así con las facultades», como hemos visto; por lo cual, resulta que «la situación jurídica total de cada comunero sea muy diferente a las de un propietario singular y que la simple suma de tales situaciones no recomponga el derecho de propiedad», y «es mejor hablar de desmembración del derecho de propiedad en participaciones que de división en cuotas partes».

José Beltrán de Heredia¹⁴⁷ —que invocó en este punto a Scialoja, Cicu, von Thur, Barassi, Messineo— escribió que la *cuota*: «No es una parte del derecho, ni de la cosa material o idealmente considerada. Y no es, por tanto, susceptible de ser objeto de propiedad. La cuota es, simplemente, la proporción, medida o razón, en virtud de la cual se delimitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad; es decir, el índice de proporción en el uso y disfrute, percepción de utilidades, de las cargas y, en definitiva, el valor representado por la cosa común, cuando la copropiedad cesa».

Hace años¹⁴⁸ resumíamos que, en realidad, la cuota no es sino la expresión matemática de la concurrente titularidad de cada condueño, posición disponible —al contrario que la del cotitular *zur gesammte Hand*— y que sólo señala el módulo de la participación en caso de liquidación —como en la germánica— sino además la medida del disfrute, percepción de utilidades y participación en cargas.

La cosificación de la cuota —comentábamos en otra

ocasión¹⁴⁹— parece que sólo es cuestión puramente teórica. Sin embargo, advertimos, origina consecuencias prácticas importantes, civiles y fiscales, injustas dimanantes del error de cosificar lo que no es una cosa. Lo real —decíamos— es que quienes tienen varios bienes proindiviso —aunque procedan de títulos diferentes— tienen todos estos bienes en comunidad; y al distribuírseles, adjudicándose unidades concretas a cada condueño, no hacen sino disolver esa comunidad en que se hallaban, sin producirse permutas de unas cuotas, que realmente no son sustancia de las cosas sino tan sólo medida de proporción del derecho. Esas cuotas o módulos de participación pueden ser referidas al conjunto de las cosas comunes, a cada cosa, o a cada uno de los milímetros cuadrados que constituyen en proyección su superficie. Si se pretende que las partes indivisas o cuotas ideales constituyen sustancia de las cosas y que al dividir las han de traducirse en una porción material de cada cosa, llevando esa falsa lógica hasta sus últimas consecuencias, habría de concluirse que, para evitar la permuta de las cuotas indivisas de un átomo con las de otro, al dividir la cosa, habría de adjudicar una parte de cada uno de ellos a cada condominio. Pero esto resultaría imposible, puesto que el átomo es indivisible sin desintegrarlo.

Si esto es así en la comunidad de una pluralidad de cosas en general, tanto más lo será en las comunidades dimanantes de un título universal; y especialmente en la resultante de una sucesión hereditaria, muy especialmente cuando en esa comunidad, como en la herencia, las cosas sean heterogéneas y se hallen determinadas *sub specie universitatis*, por razón de la causa adquisitiva, la *successio*, y el conjunto deba liquidarse para satisfacer las deudas del *de cuius* y las cargas afectantes a los herederos por disposición del causante, o como consecuencia de la propia sucesión. Además, la participación de cada heredero no debe concretarse *minutatim ex singulis*

rebus, sino que se halla a expensas del resultado de la partición.

La *cuota*, en cualquier comunidad, no es —como escribimos hace ya mucho tiempo— sino un *nomen iuris*, referido a una impresión intelectual de la relación de cotitularidad, expresada cuantitativa y fraccionariamente respecto de un objeto común o de un conjunto de objetos comunes. No es sino una *medida* de la participación de cada comunero. Su perceptibilidad es mayor en la comunidad romana que en la mano común germánica. En ésta sólo se percibe en el momento de la liquidación. En aquélla la hace ostensible: la posibilidad de disposición de la cualidad de comunero —que falta en la *gesammte Hand*—, la proporcionalidad del disfrute y el cálculo de la mayoría decisoria en la administración de la cosa o cosas comunes. Pero, en una y en otra, no es sino una medida, un módulo.

12. Ya en el derecho romano, la *actio communi dividundo* —como dice Kaser¹⁵⁰— era utilizada cuando se trataba de dividir una cosa no correspondiente al caudal hereditario o cuando la *actio familiae erciscundae* ya se había ejercitado y quedaban cosas sin dividir; pues, sólo para reclamar la división de este caudal era posible la *actio familiae erciscundae*.

Por esto, institucionalmente, la división de la herencia se opera imbricando bienes, derechos reales, créditos y deudas que forman un conjunto heterogéneo del que es necesario, o por lo menos conveniente, proceder a su liquidación previa y a su división por lotes en los que se eviten las adjudicaciones *pro indiviso* de bienes que darían lugar al sucesivo ejercicio de otras tantas acciones *communi dividundo*. No olvidemos que en el *ius commune*, si bien la legítima fue considerada *pars bonorum*, se entendió que, incluso ese derecho forzoso, no era exigible *minutatim ex singulis rebus*¹⁵¹.

Por otra parte, también por la propia naturaleza de la herencia y dada la función de la partición, no cabe dar prioridad, respecto de ésta, a las acciones de división de las cosas que integran el caudal heredado. La demanda de división de una cosa hereditaria ha de poder contrarrestarse con la de partición de la herencia, pues la copropiedad de cada una de aquéllas dimana de un título universal que puede implicar pagos de deudas, de gastos sucesorios, liquidaciones de posibles relaciones obligacionales entre los propios herederos que, dada la unidad del título, no sería equitativo desvincular.

El derecho positivo —concorde con la naturaleza de las cosas— explica —si sabemos leer sus normas proyectadas en esa realidad que acabamos de observar— que, aun cuando cada heredero adquiera cada cosa a prorrata de su cuota de su institución, ninguno de ellos por separado puede disponer de esa participación indivisa. Este fenómeno no hay necesidad de explicarlo acudiendo a la comunidad germánica, o proyectando las cuotas en una universalidad, o entendiendo que la propiedad de cada cosa se halla transitoriamente indeterminada.

Ocurre que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer indefinidamente en la indivisión (art. 1051, &2.º C.c. y 274, &1.º *Comp. Cat.*), que esa partición debe ir precedida de la colación (arts. 1035 y ss.C.c. y 273 *Comp. Cat.*), que los herederos han de arreglar las cuentas que existan entre ellos dimanantes de los beneficios y gastos que del caudal común hayan obtenido o pagado (art. 1063 C.c.), que la partición se ha de hacer por lotes, adjudicando cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (art. 1061 C.c.), pero, que si una cosa es indivisible, o desmerece mucho por su división, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar el exceso en dinero (art. 1062 C.c.), aparte de los reajustes que pueden

implicar la reducción de legados (art. 821 y ss. C.c. y 225 y ss. *Comp. Cat.*) o la compensación del exceso disponible en mejoras de cosa determinada (art. 829). Es decir, no conviene que herencia se divida *minutatim ex singulis rebus* y es evidente que la partición de la herencia, por su título y el cúmulo de relaciones que implica, tiene prioridad sobre la división de la copropiedad de los herederos en cada una de las cosas singulares que la integran.

Siendo así, y si el efecto de la enajenación o hipoteca de la parte de cada condueño en una cosa común está limitado a la porción que se le adjudique en la división de la comunidad (art. 399), que podrá no ser efectiva en el supuesto de tratarse de una cosa indivisible que se adjudique a uno solo de los condueños o que se venda para distribuir el precio (art. 404), transformándose en un crédito la relación entre el coheredero enajenante y el adjudicatario consecuente y análogamente, cualquier enajenación que un coheredero efectúe de su derecho en una cosa concreta de la herencia quedará supeditada a que le sea adjudicada alguna porción de esta cosa; y, de no adjudicársele, el adquirente no tendrá derecho sino a reclamar su *id quod interest* al enajenante¹⁵².

De ahí que, en la comunidad hereditaria, no sea admisible la enajenabilidad *efectiva*, con efectos definitivos y seguros, por coheredero alguno del derecho que le corresponda en algún bien concreto de la herencia; porque, al partirse ésta, nada podría corresponderle en ese bien. No son precisas más explicaciones.

Ese problema había brotado porque la inscripción en el *Registro de la propiedad* de la cuota de cada coheredero en un inmueble producía un espejismo, que para el tercer adquirente se desvanecía en caso de que, al partirse la herencia, nada correspondiera al coheredero enajenante en aquel inmueble. Esto atentaba, al menos en su apariencia, al principio de

publicidad registral y escapaba al principio de especialidad, porque la partición se realiza en una masa de bienes y no se concreta necesariamente en una porción de cada uno de los inmuebles para cada coheredero.

Luego, quiso buscarse la solución a través de conceptos que desenfocaron la sencilla realidad, proyectándola en imágenes ideales y en figuras alambicadas o extrañas a nuestro sistema, o bien distorsionaron la relación jurídica existente, ya sea al enmascarar el objeto o bien al dejar incierto al sujeto.

13. Ese tema de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria está íntimamente relacionado con el de la naturaleza jurídica de la partición de la herencia, muy discutido por los primeros comentaristas del *Código civil*.

Frente a la interpretación de los textos romanos, antes referidos, que en Francia aducían los autores de las regiones de *droit écrit*, la experiencia de los tribunales en las de *droit coutumier* llevó a considerar la partición como meramente declarativa: *Suum quique recipit*. El camino de esa consideración lo abrieron, en la práctica, juicios de equidad contrarios a la solución que, según Labeón, prevaleció en derecho romano, aunque tuviera en contra la opinión de Trebacio¹⁵³. Los Tribunales franceses estimaban que, una vez efectuada la partición, quedaban liberadas de las hipotecas constituidas por un coheredero, durante la indivisión, las porciones de inmuebles que se adjudicaran a los demás. Sobre la base de estas soluciones de equidad, concretas, juristas como Louët, D'Argentré, Dumoulin, Brodeau y Guy Cocquille, propusieron la solución que prevaleció en los *Coutumes de Paris*¹⁵⁴, y que el *Code civil* de Napoleón formularía en su art. 883: «*Chaque coheritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou á lieu échu sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession*».

Aquí tenemos expresado el carácter declarativo de la partición, con efectos retrotraídos al momento de adquirirse la herencia, es decir, al fallecer el causante, en un régimen sucesorio de *saissine*, como el francés.

El mismo criterio declarativo con efectos retroactivos fue seguido en el art. 1034 de *Código civile* italiano de 1865. Y es mantenido en el 757 del vigente de 1942, bajo la rúbrica, *Diritto dell'erede sulla propria quota*: «Ogni coerede é reputato sólo e immediato successore in tuti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incauto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari».

En cambio, el *Código Mexicano*, en su art. 1411 —que fue recogido, con el solo cambio de la palabra final «repartidos» por «adjudicados», en art. 1085 de nuestro *Anteproyecto* de 1882-1888— expresa lacónicamente: «La partición legalmente hecha confiere a los herederos la propiedad exclusiva de los bienes que les hayan sido repartidos».

El B.G.B. organizó la indivisión hereditaria bajo el régimen de la *Miteigentum zur gesamte Hand*. Así su §2032 considera el caudal relicto como patrimonio común de los herederos cuando éstos son varios; el §2033 permite a cada coheredero disponer de su cuota del caudal relicto y declara la indisponibilidad de su cuota en los objetos particulares del caudal relicto; y reafirma, en el §2040, que los coherederos sólo conjuntamente pueden disponer de un objeto del caudal relicto. También el *Código civil suizo* sigue ese principio de la *gesammte Hand*¹⁵⁵.

14. El *Código civil* español en su art. 1068 dice: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

La discusión planteada entre los primeros comentaristas

del Código civil acerca de si la partición tiene carácter declarativo o traslativo, no contraponía en realidad un sistema de comunidad por cuotas indivisas sobre cada bien hereditario que la partición modificaba, provocando la traslación de partes indivisas de unos a otros coherederos a modo como de permuta, y otro sistema en virtud del cual la partición no hacía sino declarar retroactivamente lo que cada uno había recibido directamente del causante.

Manresa¹⁵⁶ —que fue quien sostuvo con más énfasis la tesis traslativa— entendiendo que deja subsistente «una vez efectuada la partición, los actos realizados durante el período intermedio por cada uno de los coherederos» sobre «su parte indivisa de un inmueble sucesorio», se preguntaría con referencia a nuestro derecho «¿cuál es la garantía que queda a sus copartícipes para asegurar en su favor las porciones enajenadas por quien en último término, resulta que nada pudo o debió enajenar?» Y respondió que «al inscribirse el derecho hereditario tan sólo con el título adecuado al efecto, que prueba la transmisión, no se pretende que en casos especiales, por fortuna raros, no pueda ser modificado lo inscrito por virtud de la partición, evidentemente».

Scaevola¹⁵⁷ entiende el carácter traslativo de la partición en el sentido de que, con éste, «empieza a darse en cada heredero o adjudicatario el dominio en concreto sobre cada uno de los objetos que le fueron concedidos, mientras antes de ese momento podría existir un dominio *in potentia*, como diría un escolástico, y sobre objetos indeterminados».

Sánchez Román¹⁵⁸ afirmaría que «la partición constituye un *título traslativo* del dominio de los bienes adjudicados a cada partícipe en pago de su haber», pero entendiendo en el sentido de que, con él, «se ultima el tránsito de uno a otro patrimonio», «que transforma lo genérico y universal en específico y particular».

Sin embargo, ni el verbo *confiere* del art. 1068 C.c., ni las palabras de las *Partidas*, «*e tiense cada uno por pagado con su parte, cuando la ha*», son suficientemente expresivas en el sentido de que la partición tenga carácter traslativo.

Según el *Diccionario de la Lengua Española* «conferir» puede significar *conceder* o bien *asignar* a uno facultades o derechos. Y en el caso de la partición, parece más adecuado —como luego trataremos de confirmar— el significado de *asignar*, que puede no expresar acto traslativo alguno propiamente dicho.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 junio 1897 y 29 enero 1916, invocadas a favor de la naturaleza traslativa de la partición de la herencia, ciertamente declararon, respectivamente, que «la partición constituye un título traslativo» y que «constituye un título traslativo a favor de los herederos».

No obstante, debemos notar que esas sentencias no contrapusieron el título sucesorio y la partición como dos diferentes títulos traslativos, aunque apoyado éste en aquél, sino en el sentido de complementarse ambos, de modo tal que *sumados* justifican la titularidad *exclusiva* de cada heredero en bienes concretos de la herencia¹⁵⁹.

La sucesión hereditaria transmite en *comunidad global* los bienes relictos, y esa adquisición se individualiza y *concreta*, mediante la partición, con la consecución por cada coheredero de la *propiedad exclusiva* de *bienes determinados*.

Así lo vemos reconocido con claridad relacionado lo que consideraron, para sus respectivos supuestos, las Ss. 24 junio 1921¹⁶⁰ y 7 mayo 1924¹⁶¹.

Y, como resume la S. 14 noviembre 1958, «hay que reconocer que el título está constituido en este caso por el testamento y la partición conjuntamente (art. 1068 del *Código civil*)».

Esta perspectiva es perfectamente coherente con la que

—como antes hemos visto¹⁶²— el propio *Tribunal Supremo* ha mostrado de la naturaleza de la comunidad hereditaria.

Coherentemente con ella la S. 19 junio 1959 explicó que «la partición no puede considerarse como acto traslativo de propiedad que implique la cesión recíproca de las partes indivisas de la herencia entre los coherederos porque éstos por virtud de su título hereditario antes de llegar a la partición y desde el momento del fallecimiento de su causante han adquirido, si bien de un modo indeterminado, cuanto pueda corresponderles en la herencia, no teniendo la partición otro efecto que el de modificar un derecho impreciso por otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos que ingresan en el haber particular de cada heredero, cuyo derecho se funda en un título hereditario, aquí el testamento del arrendatario, y no en un acto de transmisión de la propiedad de los bienes de un heredero en favor del otro».

El examen de esa jurisprudencia, formulada a través de una serie de sentencias que trataron de resolver equitativamente los problemas concretos, ante los que se hallaban, dentro del cauce de la doctrina legal, muestra el simplismo perturbador del dilema, planteado por los primeros comentaristas del *Código civil*, acerca de la naturaleza de la partición como *declarativa* o *traslativa*.

15. Por todo ello, nuestros autores fueron, poco a poco, matizando la naturaleza de la partición.

Morell¹⁶³ calificó la partición de título declarativo, porque al derecho indiviso sobre los bienes hereditarios, sustituye un derecho sobre porciones o fincas determinadas». Efecto que, sin duda, debería calificarse de especificativo o determinativo más propiamente, que de meramente declarativo.

Covian¹⁶⁴ se inclinaría por estimar la partición *declarativa*, «al menos, por lo tocante a los efectos que produce en

relación a tercero, es decir, que se estima a cada heredero sucediendo única e inmediatamente en los efectos comprendidos en su hijuela o adjudicación y no haber tenido nunca parte en la propiedad de los demás que figuren en la partición».

De Buen¹⁶⁵ estimó que la partición, «no es un título traslativo», sino sólo un acto que transforma una propiedad común en propiedad individual». Por lo cual, tiene efectos retroactivos en dos aspectos: a) «los actos de enajenación o gravamen que cada uno de los partícipes haya hecho con relación a su cuota, producirán sus efectos respecto a los bienes que le resultan adjudicados»; b) «la posesión de los bienes adjudicados se entenderá transmitida desde la muerte del causante».

Roca Sastre, en 1929, declararía que creía «sin vacilación que la partición es, en nuestro derecho positivo, un acto de efectos declarativos o determinativos¹⁶⁶».

En 1936, José Martín López¹⁶⁷, diferenciaría —con precisión— lo *determinativo* y lo *declarativo*, partiendo del hecho reconocido de que «la partición disuelve un estado de comunidad, reemplazándolo por otro de absoluta precisión, en cuanto al ejercicio del derecho; que siendo ya individual y privativo de cada heredero, no ha de necesitar para su efectividad el concurso de las voluntades de todos».

Por consiguiente, el «derecho indiviso» —explica— «no puede asimilarse ni compararse al que reconoce y atribuye la partición al heredero adjudicatario».

El primero —añade— se caracteriza por su imprecisión; el segundo se distingue por su *determinación*. Y si esto es así, no podemos por menos de reconocer y afirmar, en definitiva, que la partición hereditaria, tanto por su carácter como por sus efectos, es *determinativa* o *especificativa de derecho*».

Y cuidadosamente matiza: «nos interesa sobremanera

hacer constar que damos un valor distinto a los términos declarativo y determinativo, aplicados como sinónimos o semejantes, al hablar de la partición, por algunos autores, sin detenerse a apreciar las diferencias que existen entre uno y otro. Lo mismo decimos con referencia a los efectos atributivo y traslativo, que varios tratadistas, entre ellos Planiol, emplean indistintamente. Creemos, por el contrario, siguiendo el criterio sostenido por Chevallier, que la atribución de derechos producida por la partición no guarda semejanza ni relación alguna con los efectos derivados de una transmisión, y que se diferencia notablemente del simple reconocimiento de derechos anteriores».

La doctrina que ya había venido adecuando la naturaleza jurídica de la partición a la reconocida a la comunidad hereditaria¹⁶⁸, después de este estudio de Martín López, con una u otra terminología, se ha aproximado a su perspectiva¹⁶⁹.

Chamorro Piñeiro¹⁷⁰ discrepó de que la partición sea un acto determinativo o especificativo de derechos, «porque el derecho del coheredero sobre cada cosa no es *un derecho impreciso* ni abstracto, sino bien determinado por su cuota, y no precisa de una concreción sobre bienes ciertos que ya tenía. Es —nada más y nada menos— que un acto *modificativo*, cuando de hecho tiene lugar, de la *forma* o *tipo* del derecho (cuyo objeto y naturaleza —dominio o derecho real— siguiendo los mismos); supone un cambio, que sin tracto o sucesión alguna, se opera en el sujeto o titular; sólo en este sentido es *modificativa* de un derecho real».

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida¹⁷¹ entienden «que los objetos recibidos en la partición se subrogan de tal modo en la anterior cuota sobre el caudal que, igualmente se entienden recibidos del causante y por sucesión universal»: De ese modo, «se pasa de unas cotitularidades extendidas a todas y cada una de las partículas de cada cosa y a todos los objetos

del patrimonio a concretar cada una en la titularidad plena de una parte de los bienes que integran el caudal». Pero, «la extinción del consorcio no retrotrae el momento extintivo al instante fundacional; ni hay razón alguna para considerar inexistente la comunidad, ni aun para acortar un minuto, en hipótesis, la duración que realmente tuvo».

A su juicio, esa *subrogación* explica los efectos que algunos autores habían creído dimanantes de la retroacción, y sin chocar insalvablemente como ésta, con la no devolución al adjudicatario de los frutos percibidos en común de la cosa a aquél adjudicada.

Y explica, asimismo, «lo previsto en el art. 399, ap, final, en virtud del cual, en la hipoteca constituida por uno de los condueños de la cosa común, su efecto con relación a los demás *estará limitado a la porción que se le adjudique* [al hipotecante] *en la división al cesar la comunidad*». Vienen a indicar Lacruz y Sancho, que se produce una presuposición legal de que la enajenación es «ineficaz mientras dure el consorcio», «se hace bajo condición de que los bienes que sean adjudicados al enajenante y sólo para ser eficaz entonces, aunque la vinculación contractual nazca desde ahora», es decir, se produzca para el disponente desde la enajenación o la constitución del gravamen.

O sea, según estos autores, «hay una transformación en el contenido de la cuota y en la naturaleza del derecho (al pasar de la cotitularidad a la titularidad singular), dentro de un círculo de intereses comunes en cuyo ámbito sobre ningún objeto o parte concreta de objeto único puede ningún partícipe alegar derechos cuantitativamente determinados». Hay, pues, «indeterminación interna de un derecho de cuota que sólo está determinado numéricamente en relación al acervo en la comunidad universal y a la cosa entera en la singular, mal podría hablarse de permuta de partes o partícu-

las determinadas, y sí sólo de trueque de naturaleza y contenido producido por la concentración».

Se llega, por ese camino, a la convicción de que la naturaleza de la partición no cabe simplificarla en un dilema conceptual, de cuya solución puedan deducirse todas las reglas precisas para resolver cualquier problema que se plantee en la aplicación de esta institución. Ésa fue la pretensión de la dogmática conceptualista, con sus especulaciones, para buscar conceptos generales y unitarios; vuelta de espaldas a la resolución equitativa de los problemas concretos. Y ése fue su doble fracaso ante la realidad viva, en la cual —como ha dicho Puig Brutau¹⁷²— «los hechos obligan a reconocer la compatibilidad real de lo que aparece como incompatible en un plano ideal, y viceversa».

Así resulta viendo la realidad plenamente, tanto desde la perspectiva de la cosa en sí misma como observando las consecuencias prácticas dimanantes.

Aquí, de una parte, nos lo muestra la médula de la comunidad hereditaria destinada a su liquidación y división¹⁷³.

Por otra parte, como resulta —según hemos visto¹⁷⁴—, de lo decidido por la jurisprudencia y de lo mostrado por los autores¹⁷⁵:

— En el *proceso sucesorio*, delación y partición se complementan y *juntas producen el efecto traslativo* al heredero de la *titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados*.

— Respecto de la *situación de comunidad hereditaria*, la partición pone fin a ésta, con naturaleza y eficacia *determinativa*, al subrogar la cuota indivisa de cada comunero por bienes concretos y determinados.

En cuanto a la observación de las consecuencias dimanantes —aun prescindiendo de las consecuencias fiscales que resultarían la consideración de la partición como acto traslati-

vo recíproco de las respectivas porciones indivisas inicialmente correspondientes, según esta hipótesis, a los coherederos sobre cada cosa o derecho—, tendríamos que en una comunidad hereditaria pendiente de división, en caso de ser enajenables las cuotas de cada bien, estaría condicionado el contenido correspondiente a cada coheredero por los actos dispositivos que individualmente efectuara cualquiera de los demás. ¿Cómo, entonces, podría adjudicarse a uno solo de ellos, compensando a los demás con otros bienes o en dinero, la heredad familiar o la explotación industrial o comercial, a cuya explotación viniese, desde antes, consagrado el adjudicatario, si otro coheredero pudiera enajenar y, efectivamente lo hubiera hecho, una cuota indivisa de la misma, lo que, después de acabada la partición, daría lugar al ejercicio de la *acción de división de cosa común* entre el adjudicatario y el comprador extraño, posiblemente un competidor y tal vez económicamente muy poderoso?

Por eso, si como hemos visto escrito por Maynz¹⁷⁶, la *naturaleza de las cosas* «se opone a que se disponga de las cosas comunes sin el consentimiento de todos los interesados», no puede admitirse —y así opina, como se advierte si se lee entero lo que sobre el tema dice— que coheredero alguno pueda vender, con efectos dispositivos plenos, cuota alguna de bienes de una herencia sin dividir, ya que esa venta siempre produce una alteración en el derecho común, como acabamos de ver.

Si toda comunidad *pro indiviso* se halla sometida al ejercicio de la *actio communi dividundo*, la comunidad hereditaria lo está a la *actio familiae erciscundae*: primero, liquidatoria y, después, divisoria, no de una cosa, sino de un patrimonio formado, en general, por bienes heterogéneos y no todos convenientemente divisibles. Esta sumisión condiciona, pues, la propia naturaleza de esta comunidad y la hace

indeterminada en cuanto al contenido concreto correspondiente a cada partícipe. Por ello, cuanto se haya transgredido esta naturaleza producirá consecuencias contrarias a la equidad y nocivas, a fin de cuentas, para el bien común. Por consiguiente, no debe concedérsele eficacia jurídica.

* * *

Al concluir esta relectura, y antes de dejar de hablar, debo expresar algo que desde lo más íntimo de mí, desde el corazón, viene pulsando con fuerza, para mover mis cuerdas vocales.

Es la expresión de mi inmensa gratitud por ese honor que me ha conferido esta *Universidad Autónoma de Barcelona*, a propuesta del *Claustro* de su *Facultad de Derecho*.

Este honor me colma tanto más de gozo por los recuerdos que, como catalán y barcelonés de cuna, me suscita. Esas montañas que coronan el Tibidabo, nos separan de Barcelona y, más inmediatamente, de los barrios a los que más unidos van mis recuerdos infantiles y juveniles —Bonanova, Sarriá, San Gervasio. En ellos viví, aún existe «mi casa», estudié en el para mí inolvidable Colegio de Nuestra Sra. de la Bonanova, con los Hermanos de las Escuelas Cristianas que tanto contribuyeron a mi formación. Más abajo, en el centro, en la que fue Universidad Autónoma —realmente autónoma, entonces— de Barcelona, en la Plaza de la Universidad, comencé a aprender Derecho en los Cursos 1933-1934, 1934-1935 y 1935-1936 y me gradué en el otoño del 1939. No puedo dejar de evocar aquí y ahora la impronta que mis maestros me imprimieron y, en especial, quiero evocar el nombre del primero de los tres grandes maestros que más han influido en mi vocación y en mi modo de penetrar en el Derecho, el Dr. D. José Alguer Micó, tan prematuramente fallecido antes de que yo acabara mi licenciatura.

La ilusión que estos recuerdos me suscitan, la grata emoción que me producen es muy intensa y la debo a la benevolencia de esta *Universidad* que hoy se llama *Autónoma* —como aquella otra en la que estudié—, y a la generosidad del *Claustro* de esta *Facultad de Derecho* y a la iniciativa de este buen amigo que es su Decano, Luis Puig Ferriol.

Mi ilusión no acaba aquí, pues contesta a mi discurso el Prof. Pablo Salvador y Coderch. Desde mis 7 años hasta que partí de Cataluña para Canarias a la notaría de Arucas —en mi periplo a Madrid, pasando Logroño—, mientras viví en la Bonanova, conviví como hermano con mis primos Coderch de Sentmenat. Pablo es un retoño de ellos, hijo de María Fermina, la mayor de las hermanas.

Mi gratitud —repito— es inmensa, es muy honda, en especial, para este claustro y, en general, para la Universidad Autónoma de Barcelona.

NOTAS

1. «De la virtud de la justicia a lo justo jurídico I, 10», en *Rev. Der. Esp. y Americ.*, II época, n X, Madrid, octubre-diciembre 1965, p. 65, o en *En torno al Derecho Natural*, Madrid, Org. Sala Ed., 1973, p. 119 y ss.; «Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomas de Aquino», &11, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Vol. II, Madrid, 1976, p. 723; «Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV, Tomás Mieres», 3, en *An. Der. Cic. XXX-I*, enero-marzo 1977, p. 6 y ss., o en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Ed. Montecorvo 1982, p. 442 y ss.; «El método clásico del derecho natural contrastado en su aplicación a través de los juristas catalanes», 2, en *An. R. Ac. de Jur. y Leg.*, n.º 8, 1980, p. 100, o en *Estudios...* cits. p. 1006 y ss.
2. *Perfiles jurídicos...* &15, *loc. cit.* p. 727 y ss.; «La ley natural en Santo Tomás de Aquino», 4 y 5, en *VERBO* 135-136, mayo-junio-julio 1975, p. 646 y ss., o en *Estudios...* cts. p. 375 y ss., *Equidad y buena razón...* 4, A.D.C. cit., p. 12 y ss. o *Estudios...* cits. p. 431.
3. *Paronama del Derecho de Sucesiones*, vol I, *Fundamentos*, Madrid, Cívitas 1982, p. 15 y ss.
4. Alfredo di Pietro, *Verbum iuris*, Buenos Aires, Aebeledo-Perrot, 1968, cap. II, p. 13 y ss. y cap. VI, p. 79 y ss.
5. Michele Federico Sciacca, *Perspectiva de la metafísica en Santo Tomás de Aquino*, cap. III, Madrid, Speiro, 1976, p. 50 y ss.
6. Sciacca, *op.* y cap. cits., p. 53 y ss.
7. *Ibid*, p. 60 y ss.
8. Cardenal Carlos Woytyla, «Teoría-praxis: Un tema humano y cristiano», II y IV, en *VERBO* 169-170, noviembre-diciembre 1978, p. 1194 y ss., 1198 y ss.
9. Cfr. Victorino Rodríguez, OP., *Antropología tomista y antropología actual*, en *Sapientia*, vol XXX, Buenos Aires 1975, p. 37 y ss.
10. Cfr. nuestra ponencia «La praxis de la armonía», 1, en *VERBO* 173-174, marzo-abril 1979, p. 401 y ss.

11. Cfr. nuestra comunicación «La tecnocracia: sus objetivos unidimensionales», 2, expuesta en San Antonio de Texas (U.S.A.) en Marzo 1981, publicada en *En torno a la tecnocracia*, Madrid, Speiro, 1982, p. 45 y ss.
12. Cfr. nuestros estudios «Interpretación, localización, sistemática e integración de la reserva del art. 811 del Código Civil», I en *Rev. Der. Priv.* XLIII, p. 293 y ss. o en *Estudios de Derecho Sucesorio*, VI, *La reserva lineal*, 13 Madrid, Montecorvo, 1983 p. 57 y ss; «Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», II, B. en *Anales Ac. Matrit. del Not.*, XIV, Madrid, 1965, Esp. 358 y ss. o en *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973, p. 245 y ss; y «Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima 1 y 2, en *An. Der. Civ.* XVIII-I, 1965, p. 5 y ss. o en *Estudios de Derecho Sucesorio*, III *Estudios dispersos sobre legítimas*, Madrid, Montecorvo, 1981, p. 41 y ss.
13. Tomás Mieres, *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, II, parte, coll. XI, cap. IV, 17; cfr. 2.º ed. Barcelona, impr. Sebastián Comellas 621, p. 520. El Aquinatense —*Summa Theologiae* IIa-IIae, q. 58, a.4 ad. 1— reconocía «*quod quandoque iustitia veritas vocatur*».
14. Di Pietro, *op. cit.*, cap. VI, p. 92 y ss., y *Iustissima tellus*, en *Iustitia*, 1,3, Buenos Aires, 1966, p. 66 y ss.
15. «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», de Raff Serick y sus «Comentarios de Derecho Español», por José Puig Brutau (Barcelona, Ariel. 1958), como lección práctica de metodología, en *An. Der. Civ.* XI-III, 1958, p. 1181, o en *Estudios Varios*, Madrid, Montecorvo 1980, p. 538 y ss.
16. *Pignus Tabernae* (Raíz de un problema actual en un texto de Scaevola), 3 y ss. en *An. Der. Civ.* VI-IV 1953, p. 788 o en *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, Montecorvo, 1973, p. 324 y ss.
17. Cfr. Michel Villey, «Les origines de la notion de droit subjectiv», en *An. Ph. du Dr.*, II, 1953-1954, p. 163 y ss: *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit 1961-1966*, V, 2.ª parte, cap. I, B, 3.º, Paris, Les. ed. Monthcrestien 1968, p. 668 y ss. y *Estudios en torno a la noción de derecho*

- subjetivo*, ediciones universitarias de Valparaíso, 1976; así como nuestro estudio cit. «Determinación de las relaciones jurídicas referentes a...» II, c., en *A.A.M. N. XIV*, p. 364, o en *Estudios sobre derecho de cosas*, p. 251 y ss.
18. Cfr. nuestra conferencia «La crisis del derecho, I», e, en *Rev. Gral. Leg. y Jur.* 212, 1er sem. 1962, p. 474 y ss.
 19. Aristóteles, *Etica a Nicomaco*, V, 3, 1131 a y b; cfr. ed. bilingüe I.E.P., Madrid, 1970, p. 74 y ss.
 20. Explicó Ulpiano, Dig. 1,1,1, que «... *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*»; y, en su primógena acepción, lo referiría Paulo, Dig. 1,1,11, a lo que «*semper aequum et bonum est*».
 21. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, IIa-IIae, q. 57, a.1, ad. 1 define el derecho —*ius*— como la misma cosa justa —*ipsa rem iustam*—. Consecuentemente, precisa —en ad 2— que «*ex non est ius proprie loquendo sed alicualis ratio iuris*» (cfr. ed. Madrid, B.A.C 1956, vol. VIII p. 233).
 22. Francisco de Vitoria, Lectura a la *quaest.* 57 a. 1 del *Tratado de la Justicia de la secunda-secundae de la Suma Teológica*, núm. 7 (cfr. *De Iustitiae*, ed. preparada por el P. Vicente Beltrán de Heredia, Madrid, *Asociación Francisco de Vitoria* 1934, p.4), al definir el derecho recoge las tres siguientes acepciones: «*quod iustum est*», «*pro peritiae artis iuridicae*» y «*pro lege ipsa*». Esta tercera acepción la añadió advirtiendo que contrariaba la opinión de Santo Tomás, y explicando después de repetirla (num. 6) «*Unde sancto Thomas negat quod ius sit lex sed potius est regula et alicualis ratio iuris*».
 23. Francisco Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo*, Lib. I, cap. II, nn. 4, 5 y 6 cfr. ed. bilingüe, Madrid, I.E.P. vol. I, p. 11 y ss.
 24. Cfr. Michel Villey, «*Une definition du droit*», I, en *Arch. Ph. Dr.* IV, París 1959, p. 48 y ss. En esta cuestión hemos insistido muy reiteradamente. Por todas, cfr. «Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”», 8, en *A.D.C. XXXIV-IV*, 1981, p. 843 y ss. o en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, p. 57 y ss.
 25. Cfr. el primoroso análisis del voluntarismo de Ph. I. André-Vincent O.P. «La notion moderne de droit naturel et leur voluntarisme (de

- Suárez a Rousseau)», en *A. Ph. Dr.* VIII, 1963, p. 237 y ss. o en español en *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi Ed. 1978.
26. Thomas Hobbes, *Leviathan*, caps. XIV y XV (cfr. ed. en francés, París, Sirey 1971, pp. 128 y 148) «derecho de naturaleza que los autores llaman generalmente *ius generale*, es la libertad de cada uno de usar como quiera de su poder propio para preservar su propia naturaleza...»; a partir de lo cual razonó que «allí donde ninguna convención haya tenido lugar anteriormente», «nadie puede ser injusto» y, en cambio, «cuando se ha efectuado una convención, entonces es injusto incumplirlo». Acerca de la influencia de Hobbes en la moderna noción de derecho subjetivo, cfr. Michel Villey, «El derecho del individuo en Hobbes», en *Seize essais de philosophie du droit*, París, Dalloz, 1969, cap. 179 y ss. o en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit. p. 193 y ss.
 27. Inmanuel Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, & B (cfr. versión española de Felipe González Vicen, Madrid, I.E.P., 1954, p. 79 y ss.): «El concepto del derecho, en cuanto se refiere a una vinculatoriedad derivada de él... tiene por objeto, en primer término, sólo la relación externa y práctica de una persona con otra en tanto que sus acciones puedan tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente», y lo constituye «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley general de libertad». Cfr. nuestras reflexiones en «Determinación de los ...III», en *A.A. M.N.* XIV, p. 371 y ss., o en *Estudios sobre Derecho de cosas*, p. 258 y ss.
 28. Bernardo Windscheid, *Pandectas*, &37,2; cfr. vers. italiana *Il Diritto delle Pandette*, anotada por Fadda y Bensa, Turin, Unione Tip-Editorial, 1925, vol. I, p. 108), definió el derecho subjetivo: «un poder o señorío de la voluntad impartido por el ordenamiento jurídico».
 29. De la crítica de esta construcción nos hemos ocupado especialmente en nuestro citado estudio «Determinación de las relaciones...», en *A.A.M.N.* 14, pp. 293 a 396, o en *Estudios sobre Derecho de cosas*, pp. 179 a 284.
 30. Gajo, *Instituta*, 2, p. 18 y ss., 97, 157, 191; 3, 77 y 82.

31. Fritz Schulz, *Derecho romano clásico*, 367; *cf.* vers. en castellano de J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Bosch C.E., 1968, p. 200.
32. *Cfr.* Gayo, *Dig.* 50, 16, 24: «*Nihil aliud est «hereditas quam successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit»*: y Juliano, *Dig.* 50, 16, 17, 62, en términos casi iguales.
33. *Cfr.* Biondo Biondi, *Diritto ereditario romano, Parte Generale* 23 y ss.; Milano, Guiffre 1954, p. 51 y ss.
34. Max Kaser, *Derecho romano privado*, 865, I, 1; *cf.* vers. en castellano de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid I. E. Reus, 1968, p. 298.
35. Hemos hecho notar («Panorama del Derecho de Sucesiones I», *Fundamentos*, n.º 15; Madrid, Civitas 1982, p. 44) que la relatividad y momentaneidad (prorrogable en determinadas situaciones muy particulares, como la imagen de una cinta cinematográfica que se detiene en la pantalla, conservándose quieta en ella hasta que la película vuelve a continuar su rotación) de esa contemplación *in uniuersitatem* (como la fotografía de un solo instante de un fenómeno dinámico), que retrata en un preciso momento la situación jurídica objeto de la *successio*, es peligroso quererla hacer perdurar como realidad más allá de ese momento suyo, fosilizándola como un objeto estático que, como tal, pierde su sentido propio (salvo, en supuestos especiales, como la situación de yacencia o en la tramitación del beneficio de inventario). La percepción limitada al aspecto adquisitivo de un conjunto activo con su pasivo capta sólo ese momento estático, sin alcanzar la percepción dinámica de la sucesión que su plena realidad implica, aún más corta es la imagen vulgar meramente residual de la herencia como resultado económico de su liquidación (en la cual todo el fenómeno sucesorio se restringe centrando la visión a la de ese resultado económico final, que sólo se produce en un momento ulterior).
36. Pietro Bonfante, «la successio in uniuersum ius» «l'universitas» 5, y «La formazione scolastica della dottrina dell'universitas», en *Scritti iuridici varii*, vol. I, Torino, Unione Tip-Ed. Torinese 1912, p. 276 y ss. y 307 y ss.
37. Domenico Barbero, *L'universalità patrimoniali*, n.º 56 y ss. Milano, Guiffre 1936, p. 236 y ss.
38. Barbero, n.º 63, p. 255 y ss.

39. Biondi, *op. cit.* n.º 26, p. 62 y ss.
40. *Ibid.*, n.º 24, p. 52 y ss.
41. Barbero, *op. cit.*, n.º 64, p. 259 y ss.
42. *Cfr.* nuestro «Panorama», *cit.*, I *Fundamentos*, 15, p. 44 y ss.
43. El concepto de *universitas* ha sido muy discutido por los romanistas, en especial el de *universitas iuris*; se ha discutido si consiste en una *realidad ontológica* —sea *corpora* o bien *res incorporalis*—, en un *nomen* expresivo de un expediente técnico, o en una concepción *lógica*, o *modo de considerar* especial *sub specie universitatis* (*cfr.* nuestro estudio *Pignus tabernae* I, nn. 3, 4 y 5, *A.D.C.* VI-IV pp. 788 y ss. o en *Estudios sobre derecho de cosas*, p. 324 y ss.
44. La expresión *universitas medium* fue tomada de la frase de Hasse: «La *universitas* es el *medium* por el que se sucede en el patrimonio». Bonfante lo refiere («La “*successio in universum ius*” e “*l’universitas*”», 4, en *Scritti...*, vol. I, pp. 275 y s); y explica que «la creación de la *universitas*, la acuñación del *per universitatem succedere* con la forma paralela de la *successio in universum ius*, *successio universitatis*, se ponen en camino para sorprender una de las alteraciones, diría casi traicioneras del lenguaje que no son resultado de interpolaciones, sino simplemente de la armonización lógica y lingüística con una nueva terminología. El *per universitatem transire* es devuelto ahora en sentido contrario a la gramática y contra el uso clásico: no designa ya el paso en bloque de un conjunto de cosas mediante un acto único, *simul*, Υφ'εῦ, sino el traspaso de una *universitas* concebida como un todo».

Barbero (*op. cit.* 129, p. 430) ha escrito que la concepción de la *universitas medium* pretendió «socavar la sólida estructura de una transparente realidad dogmática para sustituirla por la más burlona de las ironías». A su juicio, el fenómeno hereditario, tanto en la época clásica como en la justiniana, y en todo tiempo, tiene *esencialmente* la naturaleza de *fenómeno sucesorio* del cual es la *adquisitio* una *consecuencia* pero no un *medio*.

La *universitas* no es el *medium* para la operatividad de la denominada *adquisitio per universitatem*; sino que, tan sólo es *medium* expresivo del *contenido económico de la adquisitio*, resultante de la *successio in locum* o *in ius*; es la expresión del *modo de determinar* el *contenido* de ese resultado de la *successio*.

45. *Cod.* 3,36,6.
46. Gayo, *Instituta*, 2,97,191.
47. Biondi, *op. cit.* 25, p. 56 y ss.
48. Barbero, *op. cit.* 63, p. 258 y ss.
49. Biondi, *op. cit.* 201, p. 448.
50. La *actio familiae erciscundae*, sólo se daba entre herederos: En cambio, entre un heredero y el tercer adquirente de una cuota de cosas hereditaria competía la *actio communi dividundo* (*Dig.* 10,2,54).
51. Un texto del mismo Gayo (*Dig.* 10,2,3) muestra que en el juicio *familiae erciscundae* podía el juez asignar por entero deudas y créditos a unos u otros partícipes operándose la cesión del crédito o la asunción de la deuda por esa asignación del juez. Pero esto era sin perjuicio de la libre facultad de los acreedores de ejercitar su acción contra cada uno de los herederos; y de que en caso de litigar el asignatario, litigue parte en su nombre y parte como procurador de los demás.
52. Así, de ellos, los trae a colación Roca Sastre, «La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?, I, en *R. Crit. Der. Inmob.*, V, 1929, p. 644 y ss., o en *Estudios sobre sucesiones*, vol. II, Madrid, Instit. de España 1981, p. 391 y ss.
53. Ulpiano, *Dig.* 10,2,20,3.
54. Antonino, *Cod.* 3,38,1.
55. Papiniano, *Dig.* 10,2,13.
56. *Cfr.* Biondi, *op. cit.*, 202, p. 450.
57. Neracio, *Dig.* 10,2,54.
58. Así subraya Biondi, *loc. ult. cit.* p. 449 *in fine* y ss.
59. Antonino, *Cod.* 3,37,1.
60. Gayo, *Dig.* 20,6,7,4. Se citan, también, *Dig.* 10,3,6,8 y 9, menos claros de interpretación y ubicados en el título *De communi dividundo*.
61. Víctor Covián, «Partición de herencia, VI», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, vol. XXIV, p. 375.

62. Fausto Navarro Azpeitia, «La contratación sobre derecho hereditario e indivisos en Cataluña», en *La Notaría*, LXXIX, 1.er trimestre 1944, p. 33 y ss.
63. Labeon, *Dig.*, 33,2,31.
64. Rodolfo Sohm, *Instituciones de Derecho Privado romano. Historia y Sistema*, traducción al castellano de la 17 ed. corregida por L. Mitteis, Madrid, 1928, p. 373.
65. Ulpiano, *Dig.* 10,2,55.
66. *Cfr. supra*, texto correspondiente a la nota 49.
67. *Cfr.* Gabriel Lepointe, *Droit romain et ancien droit français*, 571, París, Ed. Montchrestien, 1958, p. 302.
68. *Ibid.*, n.º 856. p. 454.
69. Robert Jean Pothier, *Tracté des successions*, cap. IV, art. V, &I; *cfr. Oeuvres de Pothier*, vol. XII, ed. Paris, Dabo Jeune, Libr. 1825, p. 582 y ss.
70. *Cfr. Lepointe, op. cit.* n.º 571, p. 302.
71. Inicialmente parece evidente que el régimen de comunidad hereditaria se caracterizó por la necesidad de actuación conjunta de todos los coherederos que mitigaría la ley 10,1,4 de Recesvinto. *Cfr.* José Martínez Gijón. «La comunidad hereditaria y la partición de herencia en el derecho medieval español, 5», *An. Hia. del Dr. Español XXVII-XXVIII* 1957-58, p. 226, quien cree que en dicho régimen antiguo la solución sería semejante a la del *consortium* romano o de la *gesammte Hand* germánica. Posteriormente se observan varios tipos de comunidad, que Martínez Gijón, clasifica en tres (n.º 6 y 7 p. 227 y ss.): a) sin señalamiento de partes, que requiere el consentimiento de todos los coherederos para cualquier negocio que afecte a la comunidad sin que nadie pueda vender su parte antes de la partición (*cfr. Fuero Viejo de Castilla*, 418); b) Con la idea latente de que cada heredero tiene su parte ideal en el haber antes de la partición, por lo que se admite la actuación individual, pero con el consentimiento de los demás, y la disposición de la parte respectiva antes de la partición (*cfr. Partidas*, 5,5,55; *Fuero de Vizcaya* 17,7; *Código de Tortosa*, 3,13,11), sin perjuicio del derecho de retracto de los demás, pero

refiriendo la enajenación a la cuota hereditaria y no a bienes concretos; c) De bienes gravados indivisos después de la partición por considerárseles no divisibles en los que se admitía la disposición de la parte indivisa de cada cual (cfr. *Fuero de Ayala*, 24 *Fuero de Viguera*).

72. No lo hemos visto tratado por Ayerve Ayora, en su *Tractatus de partitionibus bonorum*, ni por Salgado de Somoza, en su *Labyrinthibus creditorum concurrentium ad litem per debitorem*, a pesar de que éste trata de la resolución de las hipotecas por causa precedente necesaria (pars II, cap. XVII, nn. 42 a 44) y de que Ayerve de Ayora, al ocuparse de la recíproca obligación de evicción entre los coherederos por los adjudicados a cada uno en la partición (Pars. I, cap. III, n.º 9), fundamento esta obligación en que «in divisione quae fit inter heredes de bonis hereditariis contrahitur inter eos quaedam permutatio vel venditio partis communis, quae traditur coheredi, cum ante divisionem in qualibet parte hereditatis habeat partem pro indiviso; et propter ea tamquam quilibet venditor tenetur coheredes de evictione si alteri evincatur».

Tampoco hemos visto tratada la cuestión en el Josef Febrero, en su *Librería de Escribanos* al tratar de la división de la herencia, ni por Juan Sala en su *Digesto romano español*, ni por Pedro Gómez de la Serna en su *Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español*, en los lugares pertinentes.

En la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 diciembre 1876 —que permitió la inscripción de la donación otorgada por un coheredero de la parte que le correspondía en una casa, como heredero que era de su padre en unión de los demás hermanos— no se invocaron en los «vistos», sino las leyes de *Partidas* 5,5,55 y 6,6,3.

La 5,5,55 dice: «*Dos omes, o mas, auiendo alguna cosa comunalmente de so uno dezimos, que cualquier dellos puede venderla su parte, maguer la cosa non sea partida. E puedela vender a cualquier de los que han en ella parte, o a otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiere dar tanto por ella, como el extraño, esse la deue auer ante que el extraño. E la vendida del extraño se deue entender fecha, ante que sean entrados en pleyto de la parte. Ca si el pleyto fuesse ya comenzado en juyzio para partirla, entonces non la podría vender al extraño, fasta que fuesse partida; fueras ende con consentimiento de los otros compañeros*».

Como se ve, el texto de esta ley se refiere a los bienes habidos en

comunidad y no a los integrantes de la comunidad hereditaria. Y el significado estricto de su letra parecen confirmarlo las glosas de Gregorio López:

— A las palabras «*communalmente de so uno*». Donde contempla varios supuestos de comunidad sin decir cosa alguna referida a la hereditaria. Siendo así que incluso contempla el supuesto de comunidad en una cosa entre el heredero y el legatario del quinto de la herencia y de venta por aquél a éste de dicho predio, cuestionando si cabría el retracto de los parientes, es decir, el gentilicio. Y lo admite por entender que el dominio de la cosa legada no pasa directamente este legatario, por ser de una cuota parte.

— Y a las palabras «*ante que sean entrados en pleyto*». Donde se remite al bis 1, del tit. *De communi dividundo del Codex*, sin hacer, en ésta ni en otra glosa a esta ley, referencia alguna, a la *actio familiae erciscundae*.

La 6,6,3 trata «*Como, mientras dura el plazo en que se deue consejar el heredero non puede vender, nin enajenar cosa de la herencia*». Supuesto que alcanza al heredero único y a todos los coherederos aun de consumo. Del texto nada puede inferirse, *contrario sensu*, para el supuesto de enajenación *fuera de dicho período* por un coheredero de su hipotético derecho en una cosa, del cual no se ocupa el texto de la ley.

73. Juan Matienzo, *Commentaria... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, tit. II, I. 7, glo. 1, n.º 48, resolvía «*quod in hereditate vendita locus sit retractui suadet ex eo quod hereditas est quid incorporeum, quod inter immobilia collocatur*»; Pedro Sanz Morquecho, *Tractatus de bonorum divisione*, lib. I, cap. 10, n.º 5, llegó a igual solución cualquiera que fuere el contenido de la herencia «*quod nomen res* [“alguna cosa” de la P. 5,5,55] *est verbum generale, quod comprehenditur omnes et iura et actiones*». Siguió la opinión de estos autores Febrero, *op. cit.*, Pars II, lib. I, cap. II, &1.º, n.º 18. Ninguno de los tres se ocupa de la venta por un coheredero, no de su cuota hereditaria sino de la de algún bien concreto.
74. Antoni María Borrell i Soler, *Dret civil vigent a Catalunya*, &525, 4.º; *cfr.* ed. Barcelona, Casa Caridad, 1923, vol V, p. 523.
75. Luis Figa Faura, «“Mos italicus” y los juristas catalanes», en *An. Ac. Matr. Not.* XX, p. 294.

76. Carlos Maynz, *Curso de Derecho romano*, &405; cfr. ed. traducida por Antonio Pou y Ordinas, Barcelona, José Molinas 1888, vol. III, p. 449. *quo*, sin el consentimiento de los demás copropietarios» (&95, vol I, p. 748), ninguna duda ofrece que ese régimen es trasladable a la herencia siquiera plantea la posibilidad de la enajenación por un coheredero de la parte indivisa, correlativa a su cuota hereditaria, de bienes concretos de la herencia sin dividir. Y, antes, en el propio epígrafe —en el cual dice que «los coherederos tendrán y ejercerán en conjunto *pro portionibus hereditariis* los derechos reales que la herencia contiene»— dice rotundamente que «dos principios, derivan de la naturaleza de las cosas: uno, que se opone a que se disponga de las cosas comunes sin el consentimiento de todos los interesados; otro que dispone a que nadie puede ser obligado a quedar en la indivisión»; si bien, «nada se opone a que un coheredero disponga de la parte intelectual que le corresponde en la herencia, y, por consiguiente, en los derechos que la herencia contiene», pero no de cuotas de bienes concretos, que antes ha excluido. Si en la comunidad ordinaria «no puede tomarse relativamente a la cosa ninguna disposición que implique un cambio del *status quo*, sin el consentimiento de los demás copropietarios» (&95, vol I, p. 748), ninguna duda ofrece que ese régimen es trasladable a la herencia indivisa como unidad universal común, cuyo *status quo* modificaría toda disposición de cuotas de bienes singulares de la propia herencia.
77. Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Adición a las notas de Roca Sastre al &114, I, II, del *Derecho de Sucesiones* de Th. Kipp, cfr. 2.º, ed. vol. II, p. 353 y ss. en que contradiciendo la opinión de Roca, entienden que en derecho romano la comunidad hereditaria se configura en «tantas comunidades por cuotas cuantos sean los elementos que integra el caudal relicto», y que, por influencia directa del derecho romano, esta configuración de la comunidad hereditaria ha pasado al art. 110 *Comp. Cat.*; y también, Luis Puig Ferriol y Encarna Roca Trias, *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, III-2.º, Barcelona, Bosch, 1980, cap. XXX, I, p. 547 y ss.
78. *Ibid.*, cap. XXX, 1.º, IV, p. 556.
79. José Pella y Fargas, *Código civil de Cataluña*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1917, art. 399, p. 112 y ss. y vol. IV, arts. 1051 a 1087, p. 120 y ss.
80. Joan Martí Miralles, «Significado y alcance de la palabra “coherederos”», en *Rev. Der. Priv.*, XX, 1933, pp. 35 y 37.

81. Roca Sastre, «La partición hereditaria», *R.C.D.I.*, V, 1929, p. 657 y ss. y 749, y *Estudios sobre sucesiones*, II, p. 403 y ss. y 414.
82. Fausto Navarro Azpeitia, *loc. cit.*, pp. 37 y 43 y ss.
83. *Cfr.* L. Noël, *Notes d'épistémologie thomiste*, Louvain, arts. 1925, p. 73, citado por E. Gilson, *El realismo metódico*, I; *cfr.* col. con estudio preliminar de Leopoldo Eulogio Palacios, Madrid, Rialp, 1952, p. 68.
84. Esta R. 16 diciembre 1876 consideró «que autorizada la inscripción del título de herencia sin distinguir la testada de la intestada, la que se halla aceptada de la pendiente de aceptación y la que corresponde a un solo heredero de la que pertenece a varios *pro indiviso*, es evidente que procede de igual modo la inscripción de las enajenaciones o cesiones que de su respectivo derecho hereditario hagan las personas que su nombre los tengan inscritos para que se cumpla el fin primordial de la institución de los registradores de la propiedad, que consiste en que aparezcan en los libros todas las transmisiones del dominio de las fincas y de los derechos reales que se verifiquen por título singular o universal, y los nombres de las personas en quienes reside la facultad de disponer de ellas». Por ello, «prescindiendo de los particulares efectos que según la legislación y la jurisprudencia civil produzca la enajenación del derecho hereditario verificado antes de realizarse la división y adjudicación del caudal es inscribible —declara— la donación... de la parte que a él [el donante] le corresponde en unión con ésta [la donataria] y los demás hermanos, como herederos de su padre, sobre la expresada cosa, en virtud de hallarse inscrita dicha parte a nombre del donante...».
85. La S. 4 abril 1905 declaró que «si bien el heredero puede disponer aun antes de que se practique la división de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquide, y por consecuencia de ella se hace la correspondiente adjudicación de lo que a aquél corresponda, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados, a cuya universalidad le daba derecho el testamento, y porque el efecto de la hipoteca, como el de la enajenación, con relación a los condueños, se halla limitado a la porción que se le asignara en la división al cesar en la comunidad, según el precepto del art. 399 del Código».

86. La S. 26 enero 1906 consideró que «si bien el heredero puede disponer, aún antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderla en la herencia, mientras ésta no se liquide y, por consecuencia de ello no se hace la correspondiente adjudicación de lo que a aquél corresponda, carece de verdadero título de dominio y, por consiguiente, no puede enajenar ni gravar bienes concretos y determinados, a cuya universalidad le da derecho el testamento».
87. La S. 19 noviembre 1929 reiteraría y explicaría ese mismo criterio al rechazar la reivindicación de la finca, porque, en la fecha en que se vendió en documento privado «sólo correspondía a los herederos el derecho hereditario, pero no el derecho individualizado, a ninguno de los bienes en que consistía el caudal relicto, por lo cual sólo podían haber cedido sus acciones hereditarias, pero no disponer como propios bienes determinados que en la escritura de partición pudieran tener otro destino, como en efecto lo tuvieron»... «pues, si bien no puede desconocerse que el testamento es un título traslativo del dominio, el heredero carece de derecho específico cierto y efectivo sobre alguno de los bienes, en tanto no le sea adjudicado expresamente, pues mientras esto no ocurra, sólo le corresponde una participación ideal en la comunidad hereditaria».
88. Fernando Campuzano y Horma, *Elementos de Derecho Hipotecario*, tema XXXVII, III; *cf.* ed. Madrid, Ac. Ed. Reus, 1931, p. 369 y ss. para quien no se trata de un caso de copropiedad «sino de la que los franceses llaman *propriété en main comun*, en que no existen cuotas, o mejor dicho, en que las cuotas que existen no recaen sobre la cosa considerada como objeto material sino sobre el valor en cuanto forma parte del patrimonio; esto es que esa cuota quiere decir sólo que cada comunero tendrá derecho a una parte del *valor* que el conjunto patrimonial arroje; pero su derecho en cuanto a la cosa misma, se extiende a toda ella, y como consecuencia, los actos de disposición han de llevarse a efecto por todos los herederos, sin que ninguno pueda disponer de una parte material o ideal de la misma».
89. Angel Romero Cerdeiriña, «En torno al concepto del derecho hereditario "La última moda"», en *An. Ac. Matritense del Notariado*, V, 1950, p. 275 y ss., especialmente pp. 289 a 294, conclusión 2.ª p. 337.

90. Guillermo García Valdecasas, «La comunidad hereditaria», *R.G.L. J.*, 191, 1.er trim. 1952, p. 395 y ss. o en *An. Ac. Matr. Not.* VII, 1953, p. 241 y ss. Como resumen final (*R.G.L.J.*, p. 420, y *AAMN.*, p. 270) concluía que con la concepción de la comunidad sobre el patrimonio hereditario considerado como un todo unitario: «se impide que un coheredero pueda introducir entre los demás coherederos a un extraño como partícipe en objetos singulares, situación ésta más incómoda que la ocasionada por la enajenación de una participación del patrimonio entero»; se ofrece mayor garantía a los acreedores hereditarios, «en cuanto la masa hereditaria entera y no una cuota o parte de cada objeto queda afectada al pago de las deudas hereditarias»; se garantiza también a los coherederos entre sí de las resultas de aquella responsabilidad; y ofrece las ventajas de su simplicidad «por constituir una comunidad comprensiva de todo el patrimonio en lugar de una pluralidad de comunidades por cuotas». Y que los inconvenientes de falta de autonomía del individuo absorbido en la masa común, propios de la *gesammte Hand*, «son obviados en gran parte por la facultad reconocida al coheredero de disponer de su total participación en la herencia lo cual le permite realizar el valor de su cuota antes de la partición».
91. *R.G.L. y J.*, p. 411 y *A.A.M.N.*, VII, p. 256.
92. Esa R. 21 febrero 1923 consideró que la comunidad «entre las distintas personas llamadas a la sucesión de otra fallecida, se establece por el hecho de la muerte del causante y aceptación pura, sin distribución de la herencia, en forma mucho más enérgica que la proindivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la representación del *de cuius* y de la solidaridad con que responden de sus obligaciones, como por la indeterminación de los derechos que a cada coheredero pertenece en las cosas hereditarias».
93. Jerónimo González, «La comunidad hereditaria», en *Rev. Crit. Der. Inmob.* VII, 1931, p. 174 y ss. o en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, vol. III, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948, p. 362 y ss. y, en especial, III, *R.C.D.I.* p. 182 y ss. y *Estudios*, vol. III, p. 368 y ss. A su juicio «Los efectos de la inscripción de cuota [hereditaria] quedan limitados a garantizar que la finca o derecho en cuyo folio se extienda forma parte del patrimonio adquirido por ciertas personas al fallecer el titular. La designación de las mismas y la determinación numérica de

sus porciones respectivas son datos recomendables, pero no exigibles si admitimos como inscribibles la petición de uno de los coherederos y como título fundamental un testamento cuyas complejas disposiciones no permiten fijar con exactitud la cifra que funcione como numerador o denominados del quebrado».

94. La S. 30 abril 1935 entendió que, «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la comunidad patrimonial formada por los coherederos antes de la partición, ya se la considere como una pura indivisión de tipo romano, ya como una copropiedad en mano común, o, lo que parece más aceptable en nuestro derecho, como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el título III del libro II del *Código civil*, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral».
95. La S. 21 marzo 1968, consideraría que la jurisprudencia estima la comunidad hereditaria como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el título III del libro II del *Código Civil*, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que le erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (Ss. de 30 abril de 1935 y 17 de mayo de 1963); y que hay que establecer una distinción entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio general que se regula en el título III del libro II del *Código civil*, pues mientras en aquélla cada heredero hasta que se realice la partición sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como así se deduce de los arts. 399 y 394 del mencionado Cuerpo legal (S. de 25 de noviembre de 1961)».
96. Juan García Granero, «Cotitularidad y comunidad *Gesamte Hand* o comunidad en mano común», en *R. Cr. Der. Inm.* XIX, 1946, p. 145 y ss., 227 y ss., 378 y ss., 508 y ss. y 613 y ss; más específicamente, n.º VI, p. 618 y ss.

97. La creencia de Juan García Granero era entonces que ésta, «es una *institución híbrida o intermedia* que presenta puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la germánica. En el régimen interno y en cuanto al goce de las cosas comunes se rige por las reglas de la *pro indivisión romana*, de la cual toma también su carácter transitorio y la existencia de cuotas. En el régimen externo a efectos de garantía de los acreedores de la herencia y del ejercicio de los poderes dispositivos, actúan los principios rectores de la *gesamnte Hand*, de la que asimismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los coherederos» (p. 623 y s.).
98. La R. 1 diciembre 1927 explicó que «el derecho hereditario en el sentido de conjunto de facultades que del causante de una herencia pasan al heredero o herederos sobre la totalidad el patrimonio relicto, se refiere directamente a la masa hereditaria, *universum ius*, como a una entidad independiente, en cierto modo, de sus elementos económicos, y única en tal aspecto, aunque en funciones de denominador permita la configuración de cuotas o fracciones pertenecientes a varias personas por ello denominadas coherederos»; y que «el derecho hereditario así entendido no se concreta en los bienes, derechos, acciones o deudas que constituyen la herencia, de suerte que pueda hablarse de la cesión del derecho hereditario que recaiga sobre cosa determinada, o al menos, en esta forma, no tiene acceso al Registro de la propiedad, que sólo por excepción admite la transferencia y gravamen de las cuotas hereditarias».
99. La S. 25 enero 1943 partió de que «en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados los respectivos derechos hasta que se transforman y complementen mediante la partición».
100. La S. 25 noviembre 1961 marcó la diferencia «entre la comunidad que resulta sucesión hereditaria por causa de muerte y comunidad o condominio general que se regula en el título III del libro II del Código civil, pues mientras en aquélla cada heredero hasta que se realice la partición sólo disfruta de una parte ideal en todos los bienes de la herencia sin una posesión real individual que corresponde a todos, en ésta disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa común, de la cual puede disponer, como así se deduce de los arts. 399 y 394 del mencionado cuerpo legal».

101. La S. 17 mayo 1963 consideró que «cualquiera que sea la naturaleza de la comunidad patrimonial formada por los coherederos antes de la partición, ella se halla comprendida —S. 30 abril 1935— en el marco general de la comunidad de bienes o derecho que regula el título III del libro II del Código civil, y, por ello, *a todos conjuntamente corresponde la titularidad el patrimonio hereditario*» (inciso, este último, que subrayamos nosotros).
102. La S. 6 mayo 1958 fue expresiva, considerando que «la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables, mientras que respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos, precisamente por el hecho de producirse las mismas en este aspecto, como simples partes de un todo, y registrado el derecho hereditario, el asiento lo publica en su propia naturaleza, o sea como cuota de un patrimonio del cual la finca o derecho inscrito es uno de tantos elementos integrantes, hasta que por la partición se transforman las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados».
103. La S. 11 diciembre 1964, orientando su perspectiva a la dinámica de la partición, explica que hasta tanto se lleva a efecto la partición del acervo hereditario, «los herederos no ostentan una titularidad ordinaria sobre cada uno de los bienes singulares que integran el patrimonio del causante y sí solamente un derecho abstracto sobre toda la herencia concebida como un *universum ius* —derecho hereditario—, situación ésta de comunidad especial que, sólo desaparece por virtud del acto jurídico de la partición y adjudicación de los bienes, transformativo de la masa hereditaria en propiedad exclusiva de cada uno de los herederos sobre bienes concretos y singularmente determinados».
104. Fernando de la Cámara, «Inscripción del derecho hereditario», en *R.C.D.I.*, vol II, 1926, p. 558 y ss.

105. Ramón María Roca Sastre, primeramente en su artículo «La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?», *Rev. Cr. Der. Inm.* V, 1929, en su epígrafe IV, a, p. 740 y ss. (cfr. también, en *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, Instituto de España, 1981, vol. II, p. 406 y ss.), si bien partió de que «la comunidad hereditaria no es tratada en nuestro derecho como una comunidad de tipo romano, sino germana, mancomunada o *in solidum*», vino a describirla componiendo lo que, al respecto, habían considerado el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y, especialmente, destacó algunas afirmaciones de las Rs. de 29 agosto 1925 y 1 diciembre 1927, de las que subrayó algunas palabras expresivas de la concepción que, como veremos, defendería luego brillantemente.

Así destacó que la comunidad hereditaria «se refiere a un patrimonio», «el coheredero *no puede disponer* hipotecariamente de la parte de un inmueble que acaso haya de pertenecerle cuando se realice la partición»; que el derecho hereditario «se refiere *directamente* a la masa hereditaria, *universum ius*, como a una entidad independiente en cierto modo de sus elementos económicos, y única en tal aspecto, aunque en funciones de *denominador* permita la configuración de cuotas o fracciones pertenecientes a varias personas»; que «así entendido no se concreta en los derechos bienes y acciones o deudas que constituyen la herencia, de suerte que puede hablarse de la cesión del derecho hereditario que recaiga sobre una *cosa determinada*».

Ya en la primera edición de sus *Instituciones de derecho Hipotecario*, tema XIV, Barcelona, Bosch, 1941, vol. I, p. 283 y ss. declaró como opinión propia que en la comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición, «los herederos no tienen una titularidad ordinaria sobre cada uno de los bienes singulares que integran el patrimonio hereditario, sino un derecho abstracto sobre toda la herencia, concebida, según palabras de la Dirección General, como conjunto de elementos patrimoniales dotado de unidad jurídica, que a modo de entidad independiente (*universum ius*) pasa del causante a los herederos».

En sus *Estudios de Derecho Privado*, II *Sucesiones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado 1948, cap. XI, p. 398, escribe: «la cuota hereditaria en la indivisión, tiene un *contenido patrimonial inconcreto*, de modo que su cristalización patrimonial sólo tendrá lugar mediante el proceso de liquidación...».

Y, en sus notas al *Derecho de Sucesiones* de Theodor Kipp, vol. II,

&82, I, Barcelona, Bosch 1951, p. 13 y s., precisa su tesis al distinguir dos comunidades: «la comunidad sobre el patrimonio hereditario, la cual responde al tipo romano o *pro indiviso*, como sus cuotas diferenciadas y enajenables, y la comunidad sobre cada cosa o elemento integrante de aquél, la cual es de tipo germánico o en mancomún, o sea una comunidad difusa en sus participaciones ya que no cristaliza en cuotas negociables, de suerte que cualquier acto de disposición ha de emanar de todos los coherederos, esto es del mancomún».

106. Fausto Navarro Azpeitia, *op. y loc. cit.*, p. 21 y ss., contempla el derecho hereditario en comunidad como «la especial titularidad genérica que, por delación testamentaria o legal, tienen todos los herederos en conjunto, sobre el patrimonio hereditario considerado como un todo orgánico, desde el momento en que ocurre el fallecimiento del causante, hasta aquel otro, en el cual, por medio de la participación, se individualiza el derecho dominical de cada heredero sobre bienes ciertos y determinados...». Se trata, a su juicio, de una «situación transitoria», en la cual la posibilidad de configurar cuotas o fracciones, «es meramente intelectual, de tipo valorativo para efectos de liquidación entre coherederos». Y advierte de la confusión que implica convertir «la comunidad hereditaria (que es un todo orgánico, entero, sólido) en una comunidad de propietarios (que es un conjunto de porciones yuxtapuestas, intelectual y formalmente partidas de cosas materialmente indivisas)».
107. Juan Ossorio Morales, «Comentario de la Sentencia de 25 de enero de 1943» en *R.G.L. y J.* 173, 1.er trim. 1943, p. 565, estimó que «sólo el hecho de tener por objeto una universalidad de bienes, o sea el patrimonio del causante concebido abstractamente como unidad, prescindiendo de los elementos singulares que lo integran, es lo que puede dar sustantividad conceptuar a la comunidad hereditaria».
108. Miguel Royo Martínez, *Derecho sucesorio*, Sevilla, 1951, cap. XXIX, &2.º, p. 326: «La comunidad hereditaria es en cuanto a la *hereditas*, comunidad por cuotas, al modo romano, y en cuanto a cada bien concreto, comunidad *zur gesammte Hand* o mancomunidad que únicamente permite la disposición cuando «todas las manos» concurren a la enajenación o al gravamen».

109. José Ferrandis Vilella, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, Bosch, 1954, cap. II, 4, p. 67 y ss., destacó que no puede perderse de vista que, «al recaer la comunidad sobre una universalidad indivisa, la cuota de cada coheredero es una cuota *compuesta*, a diferencia de lo que ocurre en la comunidad ordinaria en que el derecho común es uno solo. Lo cual no puede, sin embargo, llevarnos a la idea de que hay tantas comunidades como bienes y derechos existen en la sucesión. Se trata de una cuota única pero de naturaleza compleja».
110. José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-I, Barcelona, Bosch, 1961, cap. IV. 4 A. p. 367 y ss.: «en el caso de existir varios herederos no ha de considerarse que a cada uno corresponde una participación indivisa sobre cada objeto del caudal hereditario, sino que la pertenencia *pro indiviso* está referida globalmente al derecho sobre la herencia»... «Cada heredero puede disponer libremente de su cuota en el derecho hereditario, que se refiere a la herencia en bloque, pero no a una cuota sobre bienes concretos y determinados».
111. Tomás Ogayar y Ayllón, «Naturaleza jurídica de la partición hereditaria», I, en *Rev. Jur. de Cataluña*, 56, 1957, p. 21, resume: «el patrimonio hereditario se transmite a los herederos como un todo, fijándose la participación de los mismos, cuando son varios, por cuotas, los que, frente a dicha unidad patrimonial, integran una comunidad de tipo romano; pero al no poder disponer ningún heredero de su participación en bienes singulares y concretos, cada cosa determinada integrante del *as* hereditario está atribuida a los coherederos en comunidad germánica o en mano común».
112. Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, VI - 3.º, cap. XXVIII, 65, p. 2077.
113. José Alguer, «Ensayos varios sobre temas fundamentales del derecho civil», II, 6.º, en *Rev. Jur. de Cataluña*, 37, 1931, p. 98 y ss.
114. Santiago Chamorro Piñeiro, «Los derechos hereditarios», II, en *Rev. Gral. Leg. y Jur.* 169, 1.er trim. 1941, p. 317 y ss.
115. *Ibid*, p. 325 y ss.
116. *Ibid*, p. 330 y ss.
117. Rafael Núñez Lagos, «Comentarios libres», en *Información Jurídica*, n.º 24, enero 1944, p. 8 y ss.

118. Angel, Sanz Fernández, *Comentarios a la nueva ley hipotecaria*, art. 14, III, Madrid, Imprenta de Navarro, 1945, p. 111 y ss.
119. Alfonso de Cossío y Corral, *Lecciones de derecho hipotecario*, cap. 8, Barcelona, Bosch, 1945, p. 185 y ss. (*cf.* también la 2.º ed. Barcelona Bosch, 1956, cap. X, n.º 65, p. 295 y ss.).
120. José Roán, «Texto refundido de la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, tit. III, 3», en *Rev. Der. Priv.* XXX, 1946, p. 743 y ss.
121. Guillermo G. Valdecasas, *loc. cit.* II, 2, *R.G.L.J.*, 191, p. 412 y ss., o *A.A.M.N.*, VII, p. 256 y ss.
122. Juan García Granero, *loc. cit.* p. 619.
123. Federico de Castro en la 1.ª ed. de su *Derecho civil de España*. Parte General, I, Madrid, I.E.P. 1942, p. 495 ya rechazó la admisión de las *universitas iuris* como objeto unitario de derechos subjetivos; y, por ello, consideró la masa de un concurso, los bienes de una sociedad en liquidación o de una herencia en partición como supuestos de «indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial». Las frases transcritas en el texto corresponden a la 3.ª ed., Madrid, I.E.P., 1955, p. 653 y ss., que son idénticas, salvo ligeras correcciones gramaticales, en la 2.ª ed., 1949, p. 584 y ss.
124. Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, ed. Barcelona, Bosch, 1948, p. 541, entendió que para rechazar esta tesis de De Castro bastaría considerar el caso de heredero único, incluso con beneficio de inventario, supuesto en el cual —dice— «no vemos por qué ha de producirse aquella pretendida indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos integrantes de la herencia, pues dicho heredero deviene dueño o titular actual de los mismos». De Castro (*cf. infra*, nota sig.) hace notar que el heredero único puede hallarse ante una herencia con un pasivo superior a su activo.
125. De Castro, *op. y vol. cits.*, 2.ª ed., p. 584 y ss., nota 3 de la p. 584; y 3.ª ed., p. 653, nota 2.

126. La S. 7 octubre 1963 expuso que «hay un período de existencia obligada de una comunidad hereditaria que se limita a ser la depositaria de la herencia y de cualquiera de los derechos integrantes de la misma, situación en que no sólo la cuota hereditaria tiene un contenido inconcreto, sino que hay una indeterminación de sujetos, cuya individualización no se produce hasta la liquidación del patrimonio por la adjudicación de bienes (artículo 1068)». Deduciendo de ello que «no puede hablarse en este estado transitorio de comunidad hereditaria, ni de la existencia de un heredero individualizado y concreto a los efectos del artículo 73 de la Ley [de arrendamientos urbanos, antigua, 60 de la actual] ni de una asociación entre los mismos».
127. José Beltrán de Heredia, *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv., 1954, cap. III, 2, b, 2, p. 100 y ss.
128. Chamorro Piñeiro, *loc. cit.*, II, 4, p. 330 y ss.
129. J. Beltrán de Heredia, *loc. cit.*, p. 101 *in fine*, y ss.
130. Lacruz Berdejo, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1971, &23, p. 183 y ss.
131. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1982, cap. 68, p. 699 y ss.
132. Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho civil*, vol. V, Barcelona, Bosch, 1982, &21, 4, p. 118 y ss.
133. Pietro Bonfante, «La formazione scolastica della dottrina dell' universitas», 2, en *Scritti Giuridici Varii*, vol. I, p. 308 y «La "successio in universsum ius" el "universitas"», 4, vol. cit. y p. 268.
134. *Cfr.* el examen efectuado en nuestro estudio cit., «Pignus tabernae», 4, en *A.D.C. VI-IV*, p. 790 y ss., o en *Estudios sobre garantías reales*, p. 328 y ss.
135. Mercurial Merlino, *De pignoribus et hyphotecis, tractatus absolutissimus*, lib. II, tit. I, *quaest XLV*, n.º 24, *cfr.* ed. Venetus 1649, p. 141.
136. Francisco Salgado de Somoza, *Labyrinthus creditorum*, pars. IV, cap. II, n.º 6; *cfr.* ed. Lugduni, 1672, p. 15.
137. Barbero, *op. cit.*, n.º 13, p. 50 y ss., crítica de modo contundente las diversas explicaciones de la *universitas*, como *corporata*, *res incorporalis*,

mero nombre, *concepto* que no es un ser, pero es válido para interpretar la voluntad o el criterio que decida el tratamiento de ciertos complejos de cosas o de unidades económicas formadas por varias cosas y derechos, o expresar el común destino de la pluralidad real de varios factores que requieren un tratamiento unitario.

138. Barbero, *op. cit.*, n.º 1, pp. 2 a 6, y n.º 20, p. 80 y ss.
139. *Ibid*, n.º 14, p. 53 y ss.
140. *Ibid*, n.º 15, p. 62 y ss.
141. *Ibid*, n.º 22, p. 86 y ss.
142. Montel, voz Pegno civile, en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, p. 630.
143. Barbero, *op. cit.* n.º 64, p. 259 y ss.
144. José Luis Lacruz Berdejo, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», 9, en *R.G.L. y J.*, 187, 1.er sem. 1950, p. 33 y ss.
145. Karl Larenz, «Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft», en el *Anuario de Ihering*, XLVIII, 1933, p. 108 y ss., citado por Lacruz.
146. Lacruz, *loc. ult. cit.*, 10, p. 37 y ss.
147. José Beltrán de Heredia, *op. cit.* cap. V, 4, p. 173.
148. «Apariencia y realidad en...», *A.D.C.* XI-III, p. 1181, o en *Estudios varios*, p. 538.
149. *Panorama del Derecho civil*, tema VI, II, Barcelona, Bosch, 1.ª ed. 1963, p. 157 y ss. y 2.ª ed. 1973, p. 158 y ss.
150. Max Kaser, *op. cit.* &3 y ss., XI, 2; p. 109 y ss.
151. *Cfr.* nuestra obra *Las Legítimas*, vol. I, cap. IV, &I, I, A, 4; Madrid, I.N.E.J. 1974, p. 192 y ss.
152. *Cfr.* nuestro libro *Hipoteca del derecho arrendaticio. Especialmente de empresas y locales de negocio*, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv., 1951, I parte, cap. IV, 4, nota 241, p. 101 y ss.
153. *Cfr. supra*, n.º 5.
154. *Cfr.* expuesto entre nosotros por Roca Sastre, «La partición hereditaria...», II, en *R.C.D.I.*, V, p. 648 y ss. o en *Estudios sobre sucesiones*,

- vol. II, p. 395 y ss., y José Martín López, «Carácter y efectos de la partición de herencia», en *Rev. Der, Priv.*, XXIII, 1936, p. 81 y ss.
155. Cfr. Virgile Rossell y F.H. Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, n.º 1118, Lausanne-Geneve, Libr. Payot, s.f. vol. II, p. 211.
156. José M.ª Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, vol. VII, Madrid, I. Rev. Legisl. 1914, sec. II (del cap. VI, tit. III, lib. III), y art. 1068, pp 655 y 781 y ss.
157. Mucius Scaevola, *Código civil comentado y concordado extensamente*, vol. XIII, Madrid, Obr. de Q.M. Scaevola, 1901, art. 1068, p. 389.
158. Felipe Sánchez Román, *op. vol. y ap. cits*, n.º 65, p. 2078 y ss.
159. Esa apoyatura y complemento para adquirir la propiedad *exclusiva* de bienes determinados, las vemos ya en la S. 13 junio 1901 al considerar que «no basta para justificar este supuesto dominio los derechos que ostentan derivados del referido testamento, porque mientras no se haga la liquidación de la herencia, y, por consecuencia de ella, la correspondiente partición y adjudicación a cada heredero de lo que les corresponda, carecen éstos de verdadero título que sirva para reivindicar los bienes concretos y determinados a que la acción se refiere».
- Y es explicada en la S. 26 enero 1906, al exponer: «que si bien el heredero puede disponer, aun antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquide, y, por consecuencia de ello, no se hace la correspondiente adjudicación de lo que a aquél corresponda, carece de verdadero título de dominio, y, por consiguiente, no puede enajenar ni gravar bienes concretos y determinados, a cuya universalidad le da derecho el testamento».
- En ese mismo sentido, la S. 18 noviembre 1918 explica «que el heredero posesionado de determinados bienes de la herencia, sigue poseyendo en comunidad con relación a la herencia en conjunto y no se le confiere sobre ellos derecho específico cierto y efectivo, mientras por la partición legalmente hecho no se le hayan adjudicado con arreglo a lo que dispone el art. 1068 del *Código civil*».
160. Conforme la S. 24 junio 1921, «las operaciones de partición ejecutadas por el albacea con las condiciones legales, en realidad, atendiendo al rigor de los principios jurídicos, por lo mismo que causa estado,

confieren a cada heredero, y mucho más en el caso actual, que aparece pactado expresamente, la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

161. La S. 7 mayo 1924 refiriéndose a la declaración de herederos *ab intestato*: por hallarse los bienes indivisos, afirmó que «no puede tal declaración estimarse como título de dominio ni reputarse dueña de las fincas objeto de la demanda a la demandante, ya que según el artículo 1068 del *Código civil* y reiterada doctrina de esta sala, sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados».
162. *Cfr. supra*, notas 85, 86, 87, 94, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103 y 126.
163. José Morrel y Terry, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, art. 2.º, VIII, 2.º, *cfr.* 2.ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1925, p. 465.
164. Covián, *Diccionario*, vol. y voz *cits.*, VII, A., p. 174.
165. Demófilo de Buen, *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, vol. VIII, en IV, sec. VIII, &10, Madrid, Reus, 1928, p. 430 y ss.
166. Roca Sastre, «La partición hereditaria...», IV,» en *R.C.D.* I., V. p. 740, o en *Estudios sobre sucesiones*, vol. II, p. 406.
167. José Martín López, *loc. cit.*, VII, p. 95.
168. *Cfr.* Calixto Valverde, *Tratado de derecho Civil Español*, vol. V, cap. XXV, &I, nota final; *cfr.* 4.ª ed. Valladolid, Talleres Tip. Cuesta 1939, pág. 556 y s. nota 2. Después de haber confesado su creencia de que «la partición hereditaria no es acto exclusivamente traslativo ni declarativo, aunque claro es, que más tiene del primero que del segundo», y de señalar que la falta de unanimidad entre los autores se debe a confundir copropiedad o condominio y la comunidad de bienes, explicando que la indivisión hereditaria «más que un condominio es una comunidad», define que «la partición de bienes no es otra cosa que la concreción o determinación de los bienes que individualmente corresponden a cada heredero y, por tanto, es una operación complementaria e indispensable para individualizar la propiedad común, siendo por lo mismo un acto traslativo fundamentalmente». Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil Español*, vol. III, Madrid, Impr. Juan Pueyo, 1932, Lec. 97, p. 449 y ss., expone que

la partición hace cesar la indivisión y confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados, por ella: El derecho abstracto que cada uno tenía antes sobre los bienes hereditarios, cuota parte ideal, se convierte en derecho concreto y determinado sobre partes ciertas y bienes determinados.

169. José Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*, tema LXXI; *cfr.* ed. Madrid, Instit. Ed. Reus, 1939, vol. I-II, p. 510 y ss., se inclinó por el criterio que calificó de «intermedio y muy razonable», y concluyó que la partición «modifica o cambia un derecho impreciso en otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos, que ingresan en el haber particular de cada heredero». Por lo cual, según esto, la partición hereditaria «es *determinativa* o *especificativa* de derechos.

Francisco Bonet Ramón, en párrafos añadidos a la 6.ª, ed. del vol. VII de los *Comentarios al Código Civil Español de Manresa*, Madrid, Ins. Ed. Reus, 1943, art. 1068, p. 732 y ss. también estima preferible la posición, que calificó de «intermedia», de Martín López, concluyendo: «En definitiva, la partición hereditaria, tanto por su carácter como por sus efectos, es *determinativa* o *especificativa* de derechos».

170. Chamorro Piñeiro, *op. y loc. cit.*, III, D, p. 339.
171. José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, cit., &25, p. 205 y ss.
172. José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*, vol. V-III, Barcelona, Bosch, 1963, cap. V, I,II, p. 489.
173. Ese examen a partir de la cosa en sí misma lo vemos, por ejemplo, en J. Beltrán de Heredia, Díez Picazo y Gullón; y Albaladejo. José Beltrán de Heredia (*op. cit.*, cap. XII, 4, I, 3, p. 362 y ss.) observa en la comunidad hereditaria, que, «considerada en su conjunto a los efectos externos (formalmente) no hay asignación de cuotas y, por tanto, la partición no podrá concebirse como un cambio, mutación o traslación de partes indivisas entre los condueños», y, como, «además, tampoco surge un tipo de ente abstracto, distinto de los comuneros, que, por así decir, enajene las partes respectivas a cada uno de ellos». A su juicio, «ni en esta comunidad ni en ninguna, con la división se trasladan porciones recíprocamente entre los partícipes, so pena de que se afirmase la propiedad, con anterioridad a la división, y entonces mal

podría decirse que se atribuía y confería con ésta». L. Díez Picazo y F. Gullón muestran (*op. y vol. cit.*, cap. 69, I, en rel. cap. 68; I; p. 704 y 699 y ss.) que «corresponde a cada heredero una participación indivisa en el derecho a la herencia, o en la titularidad del patrimonio hereditario en el sentido de unidad abstracta, que no representa, sino un modo lógico de conceptuarla» (n.º 68) y no una participación sobre cada objeto del caudal hereditario; y que con la partición «cesará esta situación de comunidad y las cuotas indivisas y abstractas se transformarán en bienes concretos, desapareciendo totalmente la comunidad hereditaria, o transformándose en comunidad ordinaria» (n.º 69).

Manuel Albaladejo (*op. y vol. cit.* &23,5, p. 127, en rel. &21, 4, p. 118 y ss.) expone que «la comunidad hereditaria es una comunidad global sobre el caudal hereditario considerado unitariamente [advirtiendo, «no es que este todo constituya una cosa universal como objeto único del derecho», pues, «es distinto considerar unitariamente un conjunto de bienes y derechos que pertenecen directamente a los comuneros, pues insistimos, que legalmente hay un objeto solo (que sería el que pertenecería *directamente* a los comuneros), constituido como partes del mismo, por las diversas cosas singulares» (p. 118, nota 1)], de forma que a los coherederos no les corresponde participación en cada uno de los bienes y derechos que lo componen, sino que son cotitulares de todo en bloque, cada uno por la cuota en que fue llamado a la sucesión»; y que, al disolverse, «los diversos bienes y derechos singulares se agrupan en distintas porciones, y los que se incluyen dentro de cada una, pasan a pertenecer por entero al coheredero al que se le adjudica ésa en pago de la parte que le corresponde en la herencia, pero sin que haya transferencias recíprocas entre unos coherederos y otros de cuotas de titularidad de los bienes o derechos singulares (para quedar cada uno con la titularidad completa de los que se le adjudican), que no puede haberlas porque ninguno de los bienes o derechos hereditarios individualmente considerados pertenecía ni en todo ni en parte alicuota a ningún coheredero» (p. 127).

174. *Cfr. supra*, n.º 14, en especial S. 14 noviembre 1954.
175. *Cfr.* Angel Sanz Fernández, *op. cit.* art. 14, 2, p. 102; Tomás Ogayar, *loc. cit.* III, C, p. 29 y ss.; Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Derecho de sucesiones Parte General*, Barcelona, Bosch, 1961, &61, n.º 372,

p. 465; Puig Brutau, *op. cit.*, vol. y loc. ult. cit., p. 489; Francisco Bonet Ramón, *Compendio de Derecho Civil*, vol. V, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv. 1965, CXXXIII, n.º 157, p. 183, donde dice que la partición «como acto complementario de la delación, cumple, juntamente con ella, función traslativa»; pero, «en sí misma considerada como negocio jurídico que pone fin a la comunidad, su naturaleza determinada parece evidente».

176. Maynz, *op. cit.* vol. III, &413, p. 564 y ss. en rel. vol. I, &95, p. 748; *Cfr. supra*, nota 76.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

POR

PABLO SALVADOR CODERCH

EL TÍTULO DE HEREDERO

Me ha correspondido, a propuesta del Prof. Dr. Dn. Lluís Puig i Ferriol, Decano de la Facultad de Derecho, el honor de escribir la contestación al discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Autónoma de Barcelona de Dn. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo.

Todos Vds. que ahora me escuchan y quienes luego lean estas líneas serán con toda seguridad conscientes de la seria responsabilidad que asume quien se ve emplazado para contestar al primer especialista español en Derecho sucesorio. Por eso espero que también serán benevolentes conmigo, mas no quiero ocultar que me anima para este empeño una cosa de la que, esta vez quizá, no sean todos Vds. conscientes: ya que no el saber, sí comparto al menos con Vallet algunas raíces que se encuentran en el tronco común de una vieja y anticuada familia. Sus miembros han tenido por costumbre ir superponiendo en cada generación los lazos de afecto y la amistad verdaderos a los de la sangre. Resulta más que agradable identificar parientes y amigos; así, en ocasiones como ésta, ha sido para el más joven ocasión de aprender. Espero haberla aprovechado algo pero, en definitiva, Vds. dirán.

1. EL TÍTULO DE HEREDERO EN LA CULTURA JURÍDICA EUROPEA Y EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Desde un punto de vista sistemático el título de heredero ha encontrado dos grandes sedes de regulación en la historia del Derecho Privado europeo.

La tradición romanista del derecho común

1.1. En la tradición romanista del derecho común el título de heredero (th) se configura como un *título adquisitivo* que presenta una doble característica: se adquiere *per universitatem* y se adquiere una *res incorporalis (universitas iuris)*.

Esta tradición tiene su origen en el orden sistemático de las *Instituta* justinianas (*personae, res, actiones*; Cfr. Libro II a partir del Título IX y Libro III a partir del Título I) y llega hasta nuestro Código civil. Todavía en éste, el th no se configura sistemáticamente como algo que merezca situarse en una sede distinta del *ius rerum* justiniano: según el art. 609 C.c. la herencia es un modo de adquisición.

La configuración formal del th como *título adquisitivo* con las particularidades dichas es una constante en los autores de derecho común y deviene algo particularmente evidente en los juristas cercanos a una tradición sistemática. Así, y para citar al más ilustre de entre ellos, Hugo Donelo (Hugues Doneau, 1527-1591) otorgaría en sus *Comentarios* un carácter básico tanto a la distinción de las cosas en corporales e incorporales como a la de los modos de adquirir las *res singulae corporales* y los modos de adquirir *per universitatem*¹.

Mas la configuración del th como título adquisitivo (aunque cualificado), situado paralelamente y en el mismo

plano que los demás modos de adquirir, planteó siempre serios problemas dogmáticos por dos razones fundamentales: por la radical peculiaridad del presunto objeto de adquisición —la herencia— y por la inexistencia de una relación jurídica entre causante y sucesor.

Como es sabido, la doctrina del derecho común trataba de resolver esos problemas mediante la construcción de una serie de hipóstasis entificando a la herencia sucesiva acumulativamente como *res*, como *ius* o como *subjectum*. De esta forma, para explicar las particularidades del *th* se hizo gala de la más prolífica de las ontologías jurídicas, echando en olvido aquí de forma muy particular el consejo de Guillermo de Ockam (entre 1290 y 1300-1349): *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Y ello es común tanto a los más grandes juristas de la escuela de Comentario del siglo XIV como a los sistemáticos de la Escuela culta dos siglos más tarde.

Así, entre los primeros, *quaero quid sit haereditas?* pregunta Bartolo (1313-1357)². Y, tras citar el conocido texto de Gayo (D. 50,16,24: «*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctis habuit*». Gaius, *Libro sexto ad edictum provinciale*³), responde recogiendo para rechazarlos hasta cuatro sentidos de «hereditas» (*ius succedendi*, *ipsa successio*, *actus succedendi* y la propia situación jurídica *post successionem*)⁴ para acabar configurando la herencia como un *ius*, como un *derecho*:

mortuo nostro testatore succedit quoddam ius, quod vocatur haereditas, et personam defuncti continet in omnibus iuribus, quae defunctus habuit... illud est ius quod per aditionem acquirimus⁵.

Y, entre los segundos, Donelo practicará una operación similar. Recogerá los textos romanos que definen la *hereditas* como *successio in universum ius, quod defunctus habuit*⁶ y

preguntará sobre el significado del «*successio*» en ellos. Entonces, y tras discutir hasta cuatro sentidos de esa expresión (*actus succedendi*, *ius succedendi*, *res quae per successio-nem obtinetur* y *res quae succedit*), se decidirá por el cuarto y último:

... ut successionis verbo intelligatur es, quae successit; sitque haec definitio, ut dicatur hereditas esse res, seu universitas bonorum, et patrimonii, quae successit in jus universum, quod defunctus habuit tempore mortis; res, quae jus illud universum defuncti obtinet, et complectitur...⁷.

Así, para Donelo la herencia es *universitas bonorum quae successit in ius universum quod defunctum habuit*, es decir, en su concepción, la herencia es a la vez *res*, *incorporalis* y *domina*. Esta triple cualificación dogmática no era gratuita:

La objetivación o reificación de la herencia responde a la necesidad —al problema— de explicar cuál es el objeto del *th* que, como cualquier otro título adquisitivo, debe tener un objeto.

Su incorporalización responde a la exigencia de resolver otras cuestiones: en el caso del *th* no tiene por qué haber objeto (activo) —piénsese en la *hereditas damnosa*— como en el de cualquier otro título. No hay objeto determinado ni homogéneo y tampoco hay objeto singular sino unificación ideal —que se entifica— de varios objetivos eventuales (definidos o determinados *per relationem*) en una *universitas iuris*.

Su subjetivación responde, por último, al imperativo de aclarar las vicisitudes de la herencia sin titular, al derecho sin título formado.

La suerte de esta triple operación será diversa: La dualidad herencia como *ius* y como *res* llegará hasta nuestros días en la

forma de la distinción «herencia en sentido subjetivo» y «herencia en sentido objetivo»⁸ (la condición de heredero —el *heredem esse*— y el patrimonio hereditario).

Pero, en cambio, la *subjetivación* de la herencia no pasará del siglo XIX: Admitida todavía a efectos limitados por Savigny (1779-1861), sería el blanco de las burlas del segundo Ihering (1818-1892). A éste se debe tanto el mérito de haber acabado con ella como con la concepción, paralela a la anterior, conforme a la cual el sucesor continúa o representa la persona del causante (Nov. 48 de Justiniano)⁹.

1.2. La tradición iusnaturalista y la sistemática del Pandectismo

Mas esta forma de pensar que coloca al *th* junto a los demás títulos adquisitivos, junto a los modos de adquirir, quebrará parcialmente con el iusnaturalismo racionalista: casi tres cuartos de siglo después de que Samuel Pufendorf (1632-1694) emancipara el Derecho de familia del Derecho de personas (*De Iure Naturae ac gentium libri octo*, 1672)¹⁰, Christian Wolff (1679-1754) en la primera edición de sus *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* (1750)¹¹ hizo lo propio con el sucesorio. Esta consideración autónoma del derecho sucesorio pasó vía Gustav Hugo (1764-1844)¹² y Georg Arnold Heise (1778-1851)¹³ a Savigny y al Pandectismo y de ahí a toda la manualística continental¹⁴.

En el activo de esta tradición está el haber emancipado sistemáticamente el *th* de los modos de adquirir, de los títulos adquisitivos¹⁵. Pero, con todo, la separación tuvo bastante de formalidad: La sucesión sigue apareciendo en los manuales de Pandectas en el capítulo de la Parte General dedicado a la adquisición o modificación de los derechos subjetivos como

una subespecie de *adquisición derivativa*¹⁶. Con ello se perpetuaba una tradición doblemente equívoca: acomunar sucesión universal y sucesión particular como si fueran especies del mismo género ^{16 bis} y centrar la idea del th en torno a la adquisición.

Así, la diferencia entre las dos tradiciones, la romanista y la iusnaturalista, no tendrá un carácter sustancial. Ambas seguirán centradas en la concepción del th como título adquisitivo y la claridad del concepto quedará disminuida por la oscuridad del objeto del título.

1.3. El sistema del Código civil español: cuatro presentaciones

El Código civil entronca, como ya hemos señalado, con la tradición sistemática justiniana, y no con la iusracionalista. Pero en el Código —y eso es un fenómeno común a los demás códigos latinos— no se encuentra una sistematización real del th, una construcción unitaria del mismo. Esto es significativo, pues muestra la superficialidad de la calificación del th como título adquisitivo *tout court*, como modo de adquirir. Así aparece ciertamente la herencia en el art. 609, mas su caracterización posterior en los arts. 657 y ss. es más que insuficiente.

Durante las últimas décadas, la doctrina española ha ido planteándose y resolviendo los problemas básicos de la regulación positiva¹⁷. Aquí nos interesa la configuración del título como tal, analizar su estructura partiendo de la línea seguida por las *Instituciones*, que acomodan la adquisición hereditaria en el *ius rerum*, y por el Libro 41 del Digesto, que opone el título *pro haerede* (D. 41,5) a los títulos *pro emptore*, *pro donato*, *pro suo*, etc.

Si nos fijamos exclusivamente en el título desde esta perspectiva, vemos que en el Código civil hay cuatro presentaciones distintas del *th*, que el título se califica desde cuatro puntos de vista:

I. En el art. 660, título universal se asocia a una forma de sucesión —la universal— o se predica de ella y, como tal, se contrapone a título particular.

La calificación se hace aquí desde el punto de vista del EFECTO: la sucesión universal como subespecie resultante de un supuesto de hecho adquisitivo. Predomina, pues, aquí la caracterización del *th* desde el punto de vista del EFFECTUS IURIS: la sucesión de una persona.

II. En el artículo 668, el título universal sigue contraponiéndose al título particular, pero no se asocia ya a la sucesión como efecto sino a la herencia. Pasamos, pues, de la consideración del *effectum iuris* a las del *OBJECTUS IURIS*. Es aquí una determinación objetiva —que concreta en el art. 659— del ámbito de la adquisición la que parece caracterizar al *th*.

III. En tercer lugar, la referencia al título se transforma en una referencia a la persona —al *SUBIECTUS IURIS*— allí donde precisamente sería de esperar una clara referencia al título en sentido estricto como justificación de la adquisición del heredero: El art. 1531 señala que el heredero que vende la herencia «sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero».

El *th* aparece aquí como cualidad subjetiva, y la sinonimia entre «cualidad» y «título» que sugiere este precepto resulta independientemente confirmada por el artículo 999 («título o cualidad heredero»)¹⁸.

Por su parte, la referencia al art. 999 lleva nuestra atención al cuarto y último grupo de preceptos que, en su alusión al *th*, implican una presentación o enfoque específicos.

IV. El art. 1009, que refiere el concepto de título al fundamento del *ius delationis*. Admitido aquí que la herencia se adquiere en principio por aceptación, está claro que el art. 1009 hace referencia al TÍTULO EN FORMACIÓN, a una situación, pues, que supone una mera legitimación adquisitiva y no al título ya formado.

¿Hasta qué punto resultan aprovechables estas cuatro presentaciones o puntos de vista? ¿Qué orientación es preferible: el punto de vista del efecto, el del objeto, el del sujeto o el de la formación del título? ¿Todos o sólo alguno de ellos?

2. EL PUNTO DE VISTA DEL OBJETO: PROBLEMAS QUE PLANTEA

El segundo punto de vista antes considerado —art. 668, el *OBJECTUS IURIS*— centra el tema del th como título adquisitivo en su objeto, y al hablar del heredero como titular de un derecho sobre la herencia, comete un error global: la suposición de objeto.

Según este enfoque, que aquí no se acepta en absoluto, el th configuraría un *derecho* sobre un *objeto* que reuniría dos características muy peculiares: sería una *universitas* y una *res incorporalis*, una *universitas iuris*.

La tesis en cuestión incurre en una múltiple hipóstasis provocada por el intento, en definitiva fallido, de mantener el paralelo título de heredero/título adquisitivo a todos los efectos.

El enfoque objetivo asume injustificadamente:

1.º Que hay objetos de derecho: los del causante. Esa es una configuración parcial: ni se sucede en todo el patrimonio del *de cuius* ni se sucede sólo en el patrimonio¹⁹; el heredero

tiene una posición jurídica originaria. También es una configuración inexacta: como objeto de derechos, la herencia no sólo no tiene que tener ningún contenido determinado, sino que puede no tener contenido activo alguno (*inane nomen haeredis*).

2.º Que hay un objeto de derecho: la herencia en sentido objetivo. Es la idea de *successio in universum ius*. Basándose en ella, y por una sola vez, el patrimonio del causante quedaría unificado como objeto de un derecho, el derecho hereditario.

Pero con ello se incrementa transitoria y arbitrariamente el número de objetos de derecho. Transitoriamente porque la unidad de la herencia desaparece con la *confusio bonorum*²⁰. Y de modo arbitrario porque, como se señaló en una clásica monografía sobre el tema, la doctrina de la universalidad no tiene que ver con la creación de nuevos objetos, sino con la manera de considerar los ya existentes: la consideración *sub specie universitatis* no implica la creación de un nuevo objeto de derecho²¹.

Por eso, más que hablar de adquisición *in universum ius* hay que hacerlo, con la mejor doctrina, de adquisición *per universitatem*.

3.º Que hay un derecho y además un derecho sobre derechos. La existencia eventual de objetos de derecho patrimonial y la inexistencia absoluta de un solo objeto (arts. 1003 y 1531) hacen ya de por sí inútil la discusión sobre el *ius hereditatis*.

En cualquier caso, configurar el th como fuente de una titularidad autónoma defendida por una acción real específica (la acción de petición de herencia) no sería un camino correcto: el th no *refuerza* la posición jurídica del heredero por relación a la de su causante con una *titularidad real universal*²².

3. EL PUNTO DE VISTA DEL EFECTO: CARACTERIZACIÓN DEL TÍTULO DE HEREDERO A TRAVÉS DE LA DESIGNACIÓN DEL EFECTO JURÍDICO

A la hora de configurar positivamente el th, el enfoque preferible parece ser el del *efecto jurídico, la sucesión universal del art. 660*. En él se incluirán además los puntos de vista del *título en formación* (en el ámbito de la designación del efecto) y de la *cualidad personal del heredero* (considerado como efecto necesario del título²³).

Varias razones aconsejan centrar la cuestión desde el criterio de los efectos jurídicos. Quizá la fundamental deriva de que la ley configura el th como un título que se conforma primariamente de forma *negocial* y sólo subsidiariamente de forma legal (arg. ex arts. 658.1 y 912). El que entonces se defina en función de los *efectos jurídicos* parece obligado según la concepción actual de la autonomía privada: el acto negocial no es pura forma sino voluntad (declarada) dirigida específicamente a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas²⁴. Y ello es particularmente evidente en nuestro derecho para el caso del th, que se ha separado de la tradición romana originaria²⁵ al establecer que la institución de heredero se caracteriza exclusivamente por la alusión a la naturaleza de los efectos: por la *assignatio* y no por el *nomen* (arg. ex art. 668) como ha enseñado Vallet²⁶. Y, en tercer lugar, hay que señalar que, a diferencia de los títulos adquisitivos *inter vivos* del Código civil, el th y los demás títulos sucesorios no se identifican con el negocio. No hay ecuación título-tipo negocial, sino que en ellos el negocio es sólo vehículo formal, imprescindible, pero únicamente formal (arg. ex art. 687), y ello queda claro cuando se comprueba que los requisitos formales se predicen del negocio, pero no de la

declaración de voluntad por la que se instituye heredero: no hay forma de la institución sino forma del negocio jurídico en la que ésta puede contenerse.

Así pues, la distinción entre título y negocio y el criterio interpretativo básico del art. 668 nos permiten calificar inicialmente el th por sus efectos y separarlo de los títulos *inter vivos*. Sin embargo, el único efecto que puede prefigurar el testador es la constitución para después de su muerte, en favor de uno o más sujetos, de una *legitimación adquisitiva universal que no excluya además la sucesión en las deudas* (arg. ex art. 912.2), es decir, una legitimación para suceder en la totalidad de las relaciones transmisibles de las que no haya dispuesto específicamente. Con ello, separamos el th de los demás títulos *mortis causa*²⁷.

Ahora bien, muerto el testador, la declaración de voluntad testamentaria deviene negocio, pero el th sigue siendo un título en formación, pues en nuestro sistema el llamado a la herencia sólo tiene una legitimación adquisitiva universal que devendrá título únicamente tras la aceptación de la herencia. De ahí la necesidad de retomar el hilo del cuarto punto de vista antes citado: el th como título en formación en el art. 1009.

El art. 1009 nos pone en guardia sobre la existencia de ese título en formación, cuya eficacia es, en principio, la meramente legitimadora: el llamado capaz, en quien se concreta la vocación, tendrá sólo esa legitimación, el llamado *ius delationis*²⁸.

4. CARACTERIZACIÓN DEL EFECTO

4.1. La sucesión

La sucesión se define habitualmente como la modificación subjetiva en una relación jurídica o en un conjunto de ellas y se incluye, con cierta precipitación, en los modos de adquisición derivativos. Así, el *th* sería simplemente un título de *sucesión universal*.

Pero esta caracterización es inexacta: presupone un concepto de sucesión que no es cierto en el *th* y presupone, además, un género (la adquisición derivativa) del que serían especies la sucesión universal y la mal llamada sucesión particular²⁹. Conviene, con todo, advertir que no se trata aquí de volver a replantear el concepto dogmático de sucesión tal y como hizo Johannes Emil Kuntze³⁰ (el sujeto es algo perteneciente a la esencia del derecho y al cambiar aquél, cambia éste) pues su crítica es inaceptable por apriorística; la cuestión es de derecho positivo y depende de la solución adoptada por cada ordenamiento histórico. Se trata, en cambio, de matizar a la baja la réplica de Windscheid³¹ (para el sucesor en el derecho es verdadero lo que era verdadero para su antecesor): *lo que caracteriza a la sucesión universal mortis causa, frente a otros títulos, es la no creación de un nuevo título adquisitivo autónomo (para los derechos) y la ausencia de novación (para las deudas)*. De lo contrario, es decir, de no admitir esta restricción, surgen nuevas paradojas, las paradojas de la sucesión universal:

El causante no podía perder todos sus bienes (en un procedimiento de ejecución forzosa; arts. 1449 y ss. LEC que limitan el alcance del art. 1911 del Código civil) pero el heredero puede perder todos los bienes del causante y parte de los propios (respondiendo de las deudas hereditarias).

El causante podía tener un patrimonio activo neto, pero su sucesor universal puede recibir sólo un saldo pasivo que únicamente podría convertir en nulo si se somete a la carga del inventario (partiendo de la base de que la responsabilidad por los legados es *ultra vires*, arts. 1003, 1023 y 858³²).

El concepto genérico de sucesión resulta así poco expresivo a la hora de definir el th. De hecho, parece más que discutible que quepa construir un concepto tan amplio como el referido por Windscheid. Ello queda claro si comparamos sucesión y transferencia.

4.2. Sucesión y transferencia

La práctica antes aludida y común desde el pandectismo, consistente en estudiar genéricamente la sucesión como especie de la adquisición derivativa junto con la transferencia en la *Parte General*, dejando luego el estudio detallado del paradigma de la sucesión —la sucesión hereditaria— para el Derecho de Sucesiones, quizás ha contribuido a provocar una construcción borrosa de la *sucesión por título de heredero*, figura que presenta caracteres radicalmente contrapuestos a la *disposición de derechos por acto traslativo*.

El género «adquisición derivativa» se define a veces, con cierta inexactitud, señalando que en ella hay un vínculo de dependencia causal (un nexo de causalidad) entre la pérdida y la adquisición de las posiciones jurídicas subjetivas de que se trate, y de forma tal que ésta sería un *efecto* de aquélla.

Este criterio no es correcto³³ pues, incluso dejando de lado la metáfora, no es legítimo ver una relación causal entre la pérdida y la adquisición de la posición jurídica en cuestión: ambos son efectos del mismo supuesto de hecho en la transferencia, que es el paradigma de la adquisición derivativa³⁴.

En la *sucesión*, y con respecto a la *transferencia*, sólo cabe ver un vínculo *más tenue* en el *supuesto de hecho* pero, paradójicamente, *más fuerte* en las *consecuencias de derecho*³⁵.

i) *El vínculo entre la pérdida y la adquisición es más tenue en el supuesto de hecho* porque en la sucesión y, a diferencia de la transferencia, éste se escinde en varios actos o hechos constitutivos que nunca implican la creación de una relación jurídica entre causante y sucesor (arg. ex art. 991). Lo más que puede provocar el causante —y ello de forma absolutamente unilateral— es una legitimación adquisitiva en el llamado como sucesor (*ius delationis*). Por su parte, el llamado se limita a asumir con la aceptación (que no siempre es negocial, *cfr.* p. ej. arts. 1002 y 1005) esa legitimación perfeccionando el título sin posibilidad alguna de configurarlo (arg. ex arts. 670 y 756) fuera de lo relativo al ámbito de la responsabilidad (arts. 1003 y 1023)³⁶.

ii) *Pero es más fuerte en la consecuencia de derecho*. El título sucesorio es más fuerte en sus efectos que la transferencia, superando con mucho el campo de la adquisición. Así, los tres efectos más notables son que th:

- produce la asunción de deudas sin novación: tiene lugar el ingreso o la entrada del título en la relación jurídica y no sólo en la titularidad³⁷;

- produce la entrada del heredero en posiciones jurídicas intransferibles (compárense, en cambio, arts. 506, 642 y 643^{37 bis});

- produce el ingreso del titular en posiciones jurídicas cuya adquisición implica normalmente un «hecho» material o una aprehensión: la posesión civilísima (art. 440) que *sola legis statuti transfertur* (comp. art. 438)³⁸.

4.3. La falta de autonomía del título de heredero como título constitutivo

Con todo, la característica más notable —aparte la universalidad— del th es su falta de autonomía: a diferencia de otros títulos universales (donación universal, art. 634; sociedad universal, arts. 1671 y ss.) o particulares (legado, arts. 660 y 858 y ss.), el th no es autónomo, es decir, el heredero tiene un título potencialmente *adquisitivo* pero carece de un título *constitutivo*. El th no crea una justificación independiente de la adquisición, se limita a reproducir en el heredero la posición jurídica del causante: sus títulos.

El adquirente por cualquier otro título derivativo sucede a su transmitente o causante dentro del ámbito del efecto jurídico del título de éste último (y en ese sentido se entiende la regla *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. D. 50, 17,54), *sucede en la titularidad pero no en el título*.

Pero el heredero sucede en el título de su causante y, sólo a través de éste, en la titularidad.

Por eso la esencia de la figura en estudio en el Código civil está en su art. 1257, y no tanto en los arts. 659-660³⁹.

De lo anterior resultan dos consecuencias básicas:

i) Como el objeto del th son títulos y no (salvo *per relationem*) titularidades, no genera en el sucesor una pretensión autónoma fuera del reconocimiento de su propio título⁴⁰: el adquirente *inter vivos* o el legatario tienen en principio una pretensión autónoma (por débil que sea) derivada de su título. El heredero tiene, por así decirlo, sólo su título; el comprador puede no devenir poseedor legal y pacífico (arts. 1473 y 1475 y ss.) pero tiene una pretensión autónoma (arts. 1474 núm. 1 y 1475.2); el legatario la tiene también, todo lo limitada que se quiera (por legitimarios y acreedores hereditarios o incluso

por la falta de un contenido económico hereditario) pero el legado válidamente establecido no se limita a crear un título cuyo objeto sea otro título, sino directamente una titularidad⁴¹. El mal llamado sucesor particular, ni sucede en la relación ni sucede en el título: sucede en su caso en la titularidad o tendrá una nueva titularidad constituida por el causante.

Así (y poniendo por un momento entre paréntesis la adquisición de la calidad de heredero como efecto necesario de la sucesión), cabe decir que en el th resulta posible una distinción que es imposible para otros títulos: *ser titular* y *tener titularidades*.

ii) Robert Joseph Pothier (1699-1772) ya enseñó que el título *pro haerede no es un justo título autónomo* (en el sentido del art. 1952)⁴² aunque lo sea a efectos traslativos. La enseñanza de Pothier es válida todavía hoy, pues el th no crea por definición una justificación autónoma de la adquisición, sino que remite al título que eventualmente ya tenía el causante sobre el bien de que se trate.

Quien alega el th en la usucapación está por hipótesis asumiendo que carece de una justificación autónoma. Recuérdese que el testador no puede crear un título adquisitivo nuevo y simultáneamente y en virtud del mismo título hacer un heredero. Si lo hizo, es que dispuso de un legado (prelegado: art. 890.2 y, especialmente, art. 219 Comp. catalana). El heredero sucede en la usucapación pero no tiene un justo título autónomo (admitido nos llevaría en todo caso al título putativo). Lo que pasa es que el Código establece que se sucede en la posesión y en el justo título para la usucapación si lo había, mas no en los elementos subjetivos de la *possessio ad usucapionem* (art. 442). Esto explica el art. 1778, que es un precepto de relaciones internas, pero que excepciona no a la regla *nemo plus iuris*, sino a la del art. 1257⁴³.

Así pues, hay que distinguir los casos de sucesión en la titularidad (actur: transferencia); en la deuda (novación); en la relación jurídica y en el título y a través del título, en las titularidades. Con este último matiz puede calificarse al heredero como sucesor en relaciones. Pero el heredero en lo que precisamente no sucede es en las circunstancias personales que cualifican una situación jurídica (art. 442); en ese sentido NO sucede en la personalidad.

4.4. El título de heredero como título universal. Doble sentido de la universalidad

La universalidad del th como característica positiva del mismo implica dos cosas: i) *universalidad en cuanto al supuesto de hecho adquisitivo* y ii) *en cuanto al ámbito de la adquisición*.

El th es universal en cuanto incluye todo el supuesto de hecho adquisitivo (título y modo) y también lo es en cuanto al ámbito de la adquisición: define autónomamente un ámbito adquisitivo máximo (arg. ex arts. 440 y 660) y produce sucesión en las deudas (art. 661).

Existen títulos universales *inter vivos* (así, y dejando aparte la cuestión de los capítulos, arts. 634, 1532, 1673, 1674) pero, o lo son sólo en cuanto al efecto obligacional (arts. 1531 y 1673), o se mueven en un ámbito adquisitivo institucionalmente limitado (art. 634). Dicho de otro modo, o hay un solo título pero una exigencia de pluralidad de actos traditorios (art. 1531) o bien se limita al ámbito de la adquisición (art. 634). Tomemos así el caso extremo y más similar al th que es el de la donación universal del art. 634. Naturalmente, para quien prefiera configurarlo como contrato no habrá cuestión, pues la universalidad ni siquiera abarcaría al supues-

to de hecho adquisitivo, se requeriría título y modo (arg. ex art. 609). Pero incluso si se acepta la configuración tradicional de la donación como modo de adquirir, siempre se ha evitado la universalidad en el segundo sentido: el artículo 634 recoge el precedente de la Ley 69 de Toro (y del Fuero Real 3,12,7), que yendo más allá de la tradición romanista del derecho común (que había acogido P. 5, 4,1) prohibía no sólo —como en cambio hacía esta última— la donación de *todos* los bienes presentes y futuros, sino también la de todos los bienes presentes. Por eso el Código exige que el donante de bienes presentes limite la universalidad de la donación reservándose «... lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias»⁴⁴. Los títulos universales *inter vivos* del Código, cuando son lucrativos, no pueden referirse a todos los bienes presentes (art. 634); cuando son onerosos pueden hacerlo (art. 1532), pero no pueden, en cambio, crear un régimen jurídico para los bienes futuros que desvíe todas las adquisiciones al titular (art. 1674.2).

Lo anterior, en cuanto al ámbito posible de la adquisición, porque en cuanto al supuesto de hecho adquisitivo, la tradición ha de individualizarse: el título *inter vivos* puede ser universal pero no en el modo. Tampoco produce la sucesión en las deudas.

La consideración del ámbito de la adquisición nos lleva a un nuevo tema.

5. LA CUALIDAD DE HEREDERO COMO TÍTULO Y COMO EFECTO

Ante la falta de homogeneidad y la posible inexistencia de objetos materiales en la sucesión, la doctrina ha oscilado muchas veces haciendo girar el concepto de sucesión en torno

a alguno de los dos únicos elementos claves del proceso: el *causante* y el *heredero*.

5.1. La doctrina clásica hacía girar la esencia de la figura del heredero en la idea de que éste continuaba o representaba la persona del causante.

La afirmación no era muy perjudicial mientras se mantuviera en sus justos límites: La Glosa ya sostuvo a mediados del siglo XIII que eso era sólo una ficción: «*unam fingitur personam testatoris et haeredis*»⁴⁵, y la doctrina posterior señaló la limitación de esta tesis a los aspectos patrimoniales, excluyendo a la persona del difunto⁴⁶. Mas la cosa cambia cuando, como hizo un sector de la doctrina y la legislación del siglo pasado, la tesis se exagera haciéndose una verdadera *suposición de persona* al establecerse seriamente el principio de la *continuación por el heredero de la personalidad* del causante (*Persönlichkeitsfortsetzung*, parágrafo 547 del Código civil austríaco de 1811: ambos, causante y heredero, son considerados frente a tercero como una sola persona)⁴⁷, objeto justificado de las burlas de Ihering⁴⁸. Mas en España la tesis no es necesaria ni como ficción, ni siquiera como imagen o metáfora, pues incluso en este concepto sería inexacta: implicaría una grosera confusión entre persona y parte (art. 1257).

5.2. Una posición simétrica a la anterior la mantiene un sector de la doctrina moderna que se refiere a la cualidad de heredero

Ésta es una de las construcciones peor entendidas de la dogmática actual del derecho sucesorio. Tal vez una de las

razones de lo anterior radique en la propia ambigüedad de la expresión «cualidad de heredero». Los términos en cuestión designan alternativamente *el título de heredero*; un *efecto necesario del título*: la adquisición de posiciones jurídicas personalísimas pero en las que se sucede por *th y*, por último, y, sorprendentemente, para una opinión la cualidad de heredero no sería *ni título ni efecto del título*. Conviene analizar los tres *sentidos*.

i) El primer y tercer sentido: *La cualidad como título o como algo distinto al título y su efecto*. Ya hemos visto al inicio del epígrafe 1.3 que una de las presentaciones del *th* en el Código civil consistía en una referencia al *sujeto*, en artículos como los 1531 ó 999, ambos alusivos a la *cualidad de heredero*.

Fue una referencia similar en el art. 1545 del Código Civil Italiano de 1865 la que llevó a un sector doctrinal a hacer girar el concepto de heredero en torno a la cualidad de tal⁴⁹. Mas esta tesis no parece correcta ni tiene por qué ser recogida para el derecho del Código español: bastará al efecto con señalar que en su art. 1531 no se trata en forma alguna de una hipotética cualidad de heredero, sino que precisa de su título; cualidad es título en el art. 1531⁵⁰, como se ha indicado en el primer sentido de aquella expresión, ¿por qué se hace eso? Porque se puede tener el título sin tener ninguna titularidad transferible. Como ya hemos dicho (*supra*, epígrafe 4.3) cabe hacer, en relación al *th*, una distinción en principio insólita en un título adquisitivo normal: se puede, a efectos del art. 1531, ser *titular* sin tener *titularidades*. Indiscriminadamente colocada la herencia en el art. 609 como un título adquisitivo sin más, el art. 1531 contribuye a deshacer la confusión: pese a configurarse como un supuesto de hecho adquisitivo de titularidades patrimoniales, éstas no tienen por qué existir. Pero, por lo mismo, no cabe interponer la cualidad o *status* de

heredero entre el título y su eventual eficacia adquisitiva en el intento de buscar una posición que el ordenamiento tutele con independencia de los efectos que eventualmente pudieran derivar de ella: no se concibe un diafragma entre el título —el supuesto de hecho— y los efectos jurídicos⁵¹.

Así, la alternativa *se es heredero porque se adquiere* (art. 660) o *se adquiere porque se es heredero* (arts. 999 y 1531) estaría mal puesta: el primer término presupondría que el título es posterior a la adquisición y el segundo, que sin adquisición no hay título. En realidad, se es heredero porque se acepta una legitimación adquisitiva universal, aceptación que constituye el último elemento de la formación de un supuesto de hecho de conformación sucesiva, el th.

ii) El segundo sentido: *La cualidad como efecto*. Mas «cualidad» no sólo refiere al título, sino que también lo hace al efecto jurídico, a lo que tradicionalmente se considera como el único efecto adquisitivo *necesario* de la sucesión hereditaria.

En efecto, algunas de las posiciones jurídicas asumidas por el heredero son incedibles por actos *inter vivos* y, en ese sentido, se consideran comúnmente personalísimas suyas, como ya lo eran del causante (así las acciones de filiación que corresponden al heredero en los casos especificados por los arts. 130, 132, 133, 136, 137 y 141; las acciones de calumnia e injuria que el art. 466 CPE atribuye «a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto siempre que la calumnia o injuria trascendiera a ellos, y en todo caso al heredero»; determinados bienes de la personalidad, identidad, apellidos —203 y 207 RRC— réplica y rectificación por informaciones aparecidas en publicaciones periódicas, el denominado derecho moral del autor, etc.). Con relación a ellas, se ha tendido a pensar que no resulta del todo correcto hablar de una función del heredero como curador de la memoria del causante o de la tutela de sus intereses

patrimoniales, pues ello no sería más que un residuo de la vieja tesis que concebía al heredero como continuador en la personalidad o representante de la persona del difunto⁵².

El causante pierde todos sus derechos y bienes (incluidos los de la personalidad) con su muerte. El único titular de sus posiciones jurídicas personales pero transmisibles *mortis causa* es entonces, salvo disposición específica de la ley que las atribuya a otra persona o personas, el heredero. Se trataría entonces de titularidades del heredero incedibles *inter vivos* o *mortis causa a título particular* pero serían, desde luego, titularidades del heredero en cuanto tal, es decir, estarían vinculadas a un título de necesaria configuración patrimonial. Esa vinculación sería absoluta en supuestos como los del art. 130 y concordantes del Código civil: no parece admisible una institución de heredero en las solas posiciones personales y otra en el resto de los bienes, deudas y, en general, relaciones transmisibles. En la primera disposición no sería válida institución de heredero (carece de universalidad) ni, en el contexto tradicional del art. 130 del Código civil o del 466 CPE sería válida disposición particular (en cuanto las posiciones personales en cuestión, de transmitirse, lo hacen por vía hereditaria conforme dice la ley). Por lo mismo, el testador no podría evitar que el realmente instituido heredero sucediera en las mismas.

Mas este punto de vista ha sido razonadamente discutido por una opinión doctrinal según la cual no debe haber por lo general obstáculo para que el testador disponga a título particular —es decir, al margen de la institución de heredero— del destino de las posiciones jurídicas en cuestión. El testador podría perfectamente encomendar la defensa de, p. ej., su derecho moral de autor a una persona distinta de la que resulte instituida heredero (p. ej., al albacea). Incluso, se añade, en aquellos casos en los que la ley se refiere explícita-

mente al heredero —así, en los arts. 130 y concordantes CC o en el 466 CPE— podría defenderse que ello cabe entenderlo como una referencia genérica al *sucesor*, incluyéndose así el específicamente nombrado a tal efecto. Todo ello se razona apuntando a que la tradicional *indisponibilidad* de las facultades extrapatrimoniales en cuestión deriva de su «ineptitud para ser objeto de tráfico jurídico» pero no se refiere a que, muerto su titular originario, no puedan en ningún caso ser ejercitadas por la persona a quien haya considerado como más idónea para decidir sobre la cuestión aunque no sea su heredero⁵³. Consecuentemente, si el testador dispusiera a título particular de las facultades en cuestión, el heredero no sucedería en ellas⁵⁴. Esta doctrina se ha visto ahora legalmente revalidada por una disposición que afecta precisamente al núcleo central de las posiciones jurídicas personalísimas a las que se está haciendo referencia. *La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* establece en sus artículos 4.º y siguientes quiénes son los legitimados activamente para ejercitar las acciones de protección de los citados derechos de la personalidad. Se distinguen dos casos:

En el caso de que se trate de una *persona ya fallecida*, la acción corresponde, en primer lugar, «a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento» pudiendo tratarse de una persona física o jurídica (art. 4 núm. 1). La identificación del legitimado se hace así depender de una designación testamentaria específica («a tal efecto») al margen de la institución de heredero. Y ello hasta el punto de que, en defecto de esa designación específica (o por fallecimiento del nombrado), la ley no da entrada al heredero sino a «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento»⁵⁵ (art. 4 núm. 2). A falta de todos ellos está legitimado el

Ministerio Fiscal (art. 4 núm. 3). La ley configura la posición de la persona designada en el testamento como un puro curador de la memoria del causante que no va a lucrarse con el ejercicio de su función: la indemnización que, en su caso corresponda, se atribuye al cónyuge o/y parientes elencados en el art. 4.2 o a sus herederos —aquí sí, según determina la sentencia condenatoria del causante de la lesión (art. 8 núm. 4), pero no al nombrado por el causante⁵⁶ y sin que quepa disposición contraria de éste, pues, según la propia ley, de lo que no cabe disponer es del contenido económico de los derechos en cuestión: éstos son inalienables (art. 1.º núm. 2) y la indemnización corresponde en su caso sólo a las personas citadas por el art. 4 núm. 2 —al cónyuge y parientes— o a sus causahabientes y aún sólo «en la proporción en que la sentencia estime que ha sido afectado» (art. 8 núm. 4). El causante designa al eventual curador de su memoria, pero no al beneficiado por el ejercicio de las acciones correspondientes. Esto último lo hace genéricamente la propia ley y lo concreta la sentencia judicial. La decisión del causante se mueve así en el ámbito de la pura cualidad personal al margen de todo contenido económico. Estamos así en las antípodas de la institución de heredero.

El segundo supuesto es aquél en que el lesionado por la intromisión ilegítima *viva pero fallezca luego sin haber podido ejercitar* por sí o por su representante legal *las acciones* de que se trate, o bien cuando *muera una vez entablada la acción*. En este supuesto están legitimadas las mismas personas que en el caso anterior y por el orden allí establecido (art. 6 núms. 1 y 2). Pero a diferencia de lo antes expuesto, ahora el importe de la indemnización se integra en la herencia del lesionado (art. 8, núm. 4 *in fine*): el daño fue causado a él y no a su memoria y es él quien decide sobre el destino del eventual resarcimiento, sobre la indemnización que pudiera haberle

correspondido. Y, naturalmente, dispone de ello en favor de sus herederos o instituye un legado, a su elección: la ley dice que «la indemnización se entenderá comprendida *en la herencia* del perjudicado» (art. 8 núm. 4) y no que corresponden *a los herederos* del mismo. Por ello, puede disponer de aquélla a título de heredero o de legatario. Si en el primer caso era la cualidad personal la que se divorciaba del título de heredero, ahora es el *contenido económico* el que lo hace.

NOTAS

1. Hugonis Donelli, *Opera Omnia. Commentariorum de iure civili cum notis*. Osualdi Hilligeri. Romae, Typis Josephi Salviucci, 1828, Libro V, Cap. I para lo primero y Libro VI, Cap. I y ss. para lo segundo, estableciéndose el correspondiente paralelismo.

Igualmente Arnoldo Vinnio (Arnold Vinnen, 1588-1657), quien junto con el resto de la jurisprudencia elegante y anticuaria holandesa del siglo XVII recogerá la influencia de la escuela de Bourges (Cfr. Arnoldi Vinnii, *Partitionum Iuris Civilis Libri IV*. Roterdami. Ex Officina Arnoldi Leens 1664 Libro I y compárense Caps. XXXI y XXXII).

Incluso autores reacios a la sistemática tripartita de las *Instituta*, como Jean Domat (1625-1696) —para quien la partición básica se hace entre *engagemens* y *successions*— seguirá, pese a ello, considerando las sucesiones como modos de adquirir: «les manières dont les biens, les droits et les charges des personnes qui meurent, passent à d'autres personnes qui entrent en leur place» (*Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris. Chez Nyon, 1777 *Seconde Partie. Des Successions. Préface II*).

2. D. 29.2 *De Adquirenda vel omittende hereditate. Comentario a la Rúbrica*. Bartolus a Saxoferrato, *Im Primam Infortiati Partem*. Venetiis, 1590.
3. El Comentador se remite al texto citado atribuyéndoselo a Paulo (Cfr. D. 50, 17, 62 (63): «*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*». *Iulianus. Libro sexto digestorum*).

4. «Puedes entender por herencia, dice Bartolo, el derecho a suceder (*de iure succedendi*) mas éste se tiene antes de la aceptación y la herencia no.

En segundo lugar puedes entender que la herencia es la misma sucesión (*de ipsa successione*) pero entonces resultaría que no habría herencia antes que alguien aceptara y sucediera lo cual es manifiestamente falso.

En tercer lugar puedes entender que es el propio acto de suceder (*de ipso actu succedendi*), pero éste no es sino un cierto acto psicológico y no la herencia.



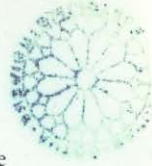
O, por último, entiendes que la herencia se manifiesta tras la sucesión (*post ipsam successionem*) mas entonces no hay herencia, pues tras la aceptación deja de ser tal y se confunde con el patrimonio del sucesor...» *Loc. cit.* n.º 1.

5. *Loc. cit.* n.º 1.
6. *Commentariorum* (n.º 1), VI, II, I. Los textos son también D. 50, 16, 24 y D. 50, 17 (62), 63.
7. *Ibidem.* VI, II, III. No vale el primero —*acto de suceder* (*actus succedendi*)— pues éste lo es del heredero y está fuera de la herencia. Tampoco el segundo —*derecho a suceder* (*ius succedendi*)— pues éste se tiene antes de aceptar la herencia y ésta la obtiene sólo tras la aceptación. Por último, tampoco es el tercero —*la cosa que por la sucesión se obtiene* (*res quae per successionem obtinetur*)— pues es obvio que la herencia existe antes de que nadie la haya aceptado. Para una crítica al concepto aceptado por Donelo véase la nota de Oswald Hilliger (1583-1619) al fragmento citado.
8. Para una exposición tradicional véase Federico (Christian Friedrich) Glück (1755-1831), *Commentario alle Pandette*, XXIX, 1 (traducción y notas de Pietro Bonfante, Milano, Società Editrice Libreria), 1907, parágrafos 1493 y ss.; Christian Friedrich Mühlenbruch (1785-1843), *Doctrina Pandectarum*. Bruxellis. Apud Haumann, 1838. Parágrafo 614. Para la síntesis del Pandentismo véase Bernhard Windscheid (1817-1892). *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Auflage unter vergleichende Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main, 1906. Aalen Scientia Verlag. III, Parágrafos 528, nota 4 y 605, nota 10. Para la doctrina contemporánea: Helmut Coing, «Erbrecht», En Ludwig Ennecerus - Theodor Kipp - Martin Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. V. 13 Bearbeitung. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978.
En la doctrina española véase la traducción y notas de José Luis Lacruz Berdejo a Julius Binder. *Derecho de Sucesiones*. (2.ª ed. alemana). Barcelona-Madrid-Buenos Aires. Río de Janeiro-México-Montevideo. Ed. Labor, 1953. Parágrafo 4, epígrafes I y II. Posteriormente: José Luis Lacruz Berdejo - Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Derecho de Sucesiones*, I, *Parte General. Sucesión voluntaria*, Barcelona, Librería Bosch, 1971, parágrafo 3, epígrafes 13 y 14 (pp. 25



y ss.), así como las sucesivas ediciones del manual académico de los autores citados elaborado a partir de esta obra (*Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Librería Bosch, 1981, par. 3, epígrafe 13 (pp. 23 y ss.)).

9. Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*. Neudruck der Ausgabe Berlín, 1840. Aalen. Scientia Verlag 1981. II, parágrafo 102. Savigny comenzaba constatando que, según la doctrina dominante de su época, la herencia yacente era aún considerada como una persona jurídica más («Nach des gewöhnlichen Lehre unsren Rechtslehrer soll auch eine noch unerworbene oder ruhende Erbschaft... unter die juristischen Personen gehören, folglich mit den Corporationen auf gleiche Linie zu stellen sein») opinión fundamentada en textos como D. 46, 1, 22 («Mortuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas»). (Florentinus, Libro octavo Institutionum). Discutía y rechazaba entonces tres interpretaciones de esta concepción (que, sin más se fingiera un dueño del patrimonio, la herencia misma; que se considerase establecido un curador de la herencia o, por último, que se entendiera a la herencia yacente como el patrimonio de un dueño por el momento desconocido) y, finalmente, concluía que los romanos habían establecido una ficción según la cual o bien la herencia misma se representaba como una persona (citaba: D. 46, 1, 22; D. 41, 3, 15; D. 43, 24, 13,5; D. 11, 1, 15; D. 41, 1, 61; D. 28, 5, 31, 1) o bien representa a la persona del difunto (I. 3, 17, pr.; I. 2, 14, 2; D. 41, 1, 34; D. 41, 1, 33, 2. Cfr. D. 46, 2, 24). Ambas son expresiones de la misma idea y a ella fueron movidos los juristas romanos para justificar para la herencia las adquisiciones hechas por los esclavos hereditarios. A este limitado efecto valía según Savigny la doctrina de la *hereditas* como *persona*. Rudolf von Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* 11. Auflage. Leipzig. Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel. Erster Brief (*Primera Carta*. Originariamente publicada en la revista denominada *Preussische Gerichtszeitung*, III, N.º 41, 16.6.1861). Über die juristische Konstruktion: «Die Erbschaft wird von vielen als das Recht an der Persönlichkeit des Verstorbenen definiert. Nun sollte man glauben, dass sie das in keinem Momente mehr wäre, als wenn der Erbe sie antritt, denn est jetzt entsteht ja dessen Recht an der Erbschaft. Nein, fehlgeschlossen! Jetzt hört die Persönlichkeit nach manchen auf —ähnlich der Wolke, die sich bei der Umarmung in nichts auflöst



während andere und namentlich auch Puchta so human sind, die Persönlichkeit des Erblassers in der des nächsten und aller folgenden Erben bis ans Ende der Welt fortleben zu lassen, womit die pythagorische Seelenwanderung oder, wenn man lieber will, die persönliche Unsterblichkeit vom juristischen Standpunkt aus verwirklicht sein möchte! Eine Person ist in die andere geschaltet, wie bei den Schachteln in Krämerladen schliesst eine die andere in sich. Jeder von uns birgt noch ein unendlich verdünntes erbrechtliches Stück von Adam in sich. Jeder ist ein civilistisches Atlas, der die ganze bisherige Menschheit erbrechtlich mitzutragen hat... Gegen den Gedanken, sich den Nachlass in ihm fortlebenden Erblasser zu denken, empfindet ein civilistisch geschulter Geist ungefähr dasselbe Grauen, wie eine religiöse Natur gegen den Gedanken, sich das Welt all ohne Gott vorzustellen...» (pp. 10-11).

Véase también Aloys Brinz (1820-1887). *Lehrbuch des Pandekten*. 2. Auflage. Erlangen 1886, III, parágrafo 357, nota 2 y ss.

Esta última construcción aparece hoy expuesta directamente sólo de forma ocasional pero, residual y colateralmente, se manifiesta todavía con cierto vigor en la concepción doctrinal contemporánea que interpone entre el *th* y sus efectos, *la adquisición de la cualidad personal de heredero*. Véase *infra* epígrafe 5.

10. I - II. Frankfurt — Leipzig. G. Mascov. 1759. Libro VI, inmediatamente antes del Derecho Público y del Internacional (Libro VIII) y tras los dedicados al individuo y al derecho patrimonial (III y ss.). Véase Andreas B. Schwarz «Zur Entstehung des modernen Pandektensystem» ZSS (R.A.) 42 (1921), 578 y ss. p. 603., trabajo de referencia sobre la cuestión. En la doctrina especializada en Derecho Sucesorio, véase la síntesis de Gustav Boehmer. *Staudinger Kommentar zum BGB*. 11. Auflage. V. *Erbecht*. 1. Teil. Berlin. Schweitzer. 1954. *Einleitung*. Parágrafo 1, III, núm. 4 y ss.
11. Manejamos la edición Venetiis. Pezzana. 1761.
12. *Institutionen des heutigen römischen Rechts*. Berlin. Mylius. 1789. Parágrafos 97 y ss.
13. *Grundriss eines Systems der gemeinen Civil Rechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*. Heildeberg. Mohr und Winter, 1819. p. 157 y ss.
14. Schwarz «Zur Entstehung» (n.º 10), 582 y ss.

15. De acuerdo Boehmer. Staudinger, *Erbrecht* (n.º 10) *Einleitung*. Parágrafo 1, III, epígrafe 6.
16. Así, para citar el ejemplo más ilustre, *cf.* Windscheid *Pandekten* (n.º 8), I, parágrafo 64.
- 16 bis Contra, y con razón, Pietro Bonfante (1864-1932). *Scritti giuridici varii. I. Famiglia e Successione*. Torino UTET, 1926. VI. *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto odierno* (Originariamente publicado en: *Bulletino dell'Instituto di diritto romano*. VII. 1894, p. 151 y ss.), p. 152 y ss. Véase en la romanística actual la síntesis de Max Kaser *Das Römische Privatrecht*. 2. Auflage. München. Beck. I. 1971. II. 1975. II, parágrafo 281.
17. Doctrinalmente los principales problemas que ha planteado la regulación del Código han sido tres: 1) *Los derivados de la designación del heredero (titular) y de naturaleza del título y su diferenciación con el legado*, es decir, del título universal y del (mal) llamado título de sucesión particular: casos del heredero en cosa cierta, legado parciario, legado universal, división de la herencia en legados y las cuestiones relativas a la innecesidad de institución de heredero o de uso del *nomen* de heredero, etc.
Luego están: 2) *Los derivados de la formación del título*, sobre todo, la cuestión de la aceptación de la herencia y 3) *Los relativos a los efectos del título*, especialmente, a la cuestión de la responsabilidad del heredero y su objeto.
La obra de Juan Vallet en esta materia abarca los tres ámbitos pero se ha centrado especial y decisivamente en el primero.
18. *Los actos de señor* de P. 6,6, 11. *Cfr.* arts. 829, *Proyecto de Código civil* de 1851 y 934 del *Codice civile italiano* de 1865.
19. Véase Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, *Panorama de Derecho de Sucesiones, I. Fundamentos*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1982, Capítulo II, epígrafes 16 y ss. pp. 45 y ss.
20. Con independencia de la cuestión relativa al supuesto de hecho de la confusión y al momento de su producción, *Cfr.* Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, I.N.E.J., 1967. Comp. Lacruz-Sancho. *Derecho de Sucesiones*. I. (n. 8), par. 19, epígrafe 104 y ss.

21. Domenico Barbero (1907-1963) *Le Università Patrimoniali*. Milano. Giuffrè, 1936, *passim*.
22. No se objete según la discutida acción de petición de herencia (Cfr. Antonio Gullón Ballesteros, «La acción de petición de herencia», *ADC*, XII, 1959, p. 199 y ss. Francisco de Asís Sancho Rebullida, «Las acciones de petición de herencia en el Derecho español», *RGLJ*, 1962, 1, p. 261 y ss.): Sólo indirecta y eventualmente cabe decir que el objeto de la acción sean titularidades. En su marco no se discute en principio más que sobre el *título* de heredero (o su ineficacia), que es el que justifica el enlace entre las posiciones jurídicas adquiridas por éste y las que, en su caso, eran del causante. La posición del accionante no es aquí sino la de quien tiene *legitimación* para alegar los títulos del causante contra quien le niega esta legitimación sin alegar un propio título adquisitivo *autónomo*. Como veremos, el th no genera una pretensión autónoma (como la compraventa o el legado, pongamos por caso) sino que se limita a remitir a los títulos del causante. En ese contexto, la acción de petición de herencia se detiene ante quien alegue un título adquisitivo autónomo. Se estará, además, en el ámbito de la *acción declarativa* cuando la acción no se dirija contra un poseedor sino contra quien se limita a negar el th. Esto último no implica la necesidad de hipostasiar una fantasmagórica cualidad de heredero (Cfr. art. 275 Comp. Cataluña) *que sea distinta a uno de los efectos del propio título* (Véase *infra*, epígrafe 5).
Tampoco se trata de que el th sea objeto de sí mismo: Sucede sólo que el heredero tiene el derecho a hacer valer su condición de tal. Ello tiene una doble justificación: El heredero como tal no tiene por qué tener titularidades patrimoniales actuales pero sí ha sido investido de una legitimación adquisitiva universal. Y, en segundo lugar, el heredero tiene, en todo caso, una serie de titularidades personalísimas: la llamada equívocamente cualidad de heredero.
23. El criterio del efecto es doblemente tenido en cuenta para describir el concepto de heredero como título sucesorio por Fernando Badosa Coll, Adiciones a la segunda edición española del *Derecho de Sucesiones de Theodor Kipp*. Ludwig, Ennecerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, V. 1, 11.ª revisión a cargo de Helmut Coing, Barcelona, Bosch, 1976. Notas de Ramón Roca Sastre y adiciones de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll: al párrafo 43.

24. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Das Rechtsgeschäft* 2. Auflage. Berlin. Heidelberg. New York. Springer, 1975. Parágrafo 4, epígrafe 5. Conviene recalcar la dirección a los efectos jurídicos de la voluntad.

Lo anterior, que está en la doctrina originaria sobre el negocio jurídico (Savigny. *System* (n. 9), III, parágrafo 104) fue contradicho durante el último tercio del siglo pasado por un sector minoritario de la doctrina alemana que elaboró la tesis de la voluntad de los efectos prácticos, sociales o económicos (resumen, citas y crítica *apud* Flume. *Ibidem*). Esta tesis ha influido en la doctrina española por mediación de la italiana en la que es dominante y, especialmente, por el prestigio de la obra de Federico de Castro (1903-1983), que la acogió en su monografía *El Negocio Jurídico* (Madrid, *INEJ*, 1967, parágrafo 27). Mas la voluntad ha de dirigirse a la producción del efecto jurídico, a que lo dicho o hecho tenga relevancia jurídica, establezca una regla y a los *efectos jurídicos típicos esenciales* del negocio de que se trate (lo que no se requiere es una alusión a los *naturalia negotii* ni a los elementos del supuesto negocial que no identifican la esencia de la figura de que se trate).

25. Anterior al siglo IV, como señala Coing (*Erbrecht* (n. 8), parágrafo 43, nota 2) con cita de C. 6, 23, 15.
26. *Panorama del Derecho de Sucesiones* (n. 19), I, parágrafos 27 y ss. y 70 y ss. Anteriormente véase la Segunda Parte de sus *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid. *Anuario de Derecho Civil*, 1955 (1.ª edición separada), p. 116 y ss.
27. Así, no cabe hacer heredero en las deudas (sólo en ellas) ni cabe hacerlo en el activo (únicamente en él; legado de parte alícuota cuando se establece por referencia al activo líquido). Lo primero porque la institución de heredero es disposición de bienes (arg. ex art. 668) sin la cual, sin la universalidad de la cual, se abre la sucesión intestada (art. 912.2) y lo segundo por el propio concepto de herencia del art. 659 (y otros: 1003, 1023, 1082, etc.). Ambos aspectos deben contemplarse, aunque el Código establece como suficiente y normal que el testador se refiera sólo a bienes (arts. 667 y 668). Ello se entiende sin exclusión de las deudas (no es preciso aludir a ellas para incluirlas pero sí lo es el no excluirlas). Esto no implica aceptar la concepción, justamente criticada por Vallet (*Panorama* (n. 19) I, parágrafo 66, letra c), del heredero como sucesor de los bienes del

difunto en su aspecto meramente económico (a ella puede dar pie una lectura apresurada del párrafo 2087. 1 BGB. Pero *cfr.* la obra clásica al respecto de Horst Bartholomeyczik, *Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein*. 5 Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht. Tübingen 1942).

Distinto a lo anterior es que quepa configurar una sucesión sin heredero (así, art. 891). Lo afirma con matices Vallet (*Apuntes* (n. 26), 121 y ss., 144, 166, 261; *Panorama* (n. 19), párrafo 36) y lo niega ahora Albadalejo (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales Tomo XII, Vol. 1.º, Artículos 858 a 891 del Código civil*. Madrid, Edersa, 1981, Comentario al art. 891, p. 395) violentando la letra del art. 912.2 en favor de lo que supone que es su espíritu (art. 912: «La sucesión legítima tendrá lugar: 1.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador». Según Albadalejo esto debe entenderse como si dijera: «Cuando el testador no nombró heredero. 2.º Cuando aun habiéndolo nombrado no dispuso (a favor de él o de legatario) de todos sus bienes». *Ibid.*).

28. Aunque el Código civil lo llama repetidamente «derecho» (1000 n.º 1; 1006) y nosotros hemos dicho que es para adquirir, la verdad es que —por más que diga el art. 988 (o el propio 1006)— la mera existencia de un título es formación ofrecida al llamado: a) *ni siempre es tal derecho* (Gestaltungsrecht). Como ya señalara Alois Brinz no todos los llamados tienen un mero *ius*. En definitiva, la adquisición será *obligada* para el Estado (*Lehrbuch der Pandekten* III (n. 9), párrafo 357).

La ley no obliga a que haya ese u otro heredero (o un liquidador). Ahora bien, si la existencia de un título de heredero —de un titular es obligada, no por ello es necesaria. El que haya de haber alguien que asuma el título de heredero es algo que la ley establece con carácter general (sin perjuicio de excepciones) sólo como algo obligatorio, pero no es un fenómeno jurídicamente necesario: es defendible que, prescrita la acción de petición de herencia, el Estado ya no pueda reclamar la herencia. Adquirirá, tal vez, por otro concepto, cosas hereditarias (inmuebles, p. ej.) pero no es impensable ni, sobre todo, inadmisibles que los bienes hereditarios devengan *res nullius*.

b) *Ni tiene la estructura de las demás legitimaciones adquisitivas* (derechos de opción o de legítima, p. ej.) en cuanto que, a diferencia de ellas, existe con independencia de un objeto o contenido concreto y, particularmente, con independencia de un contenido activo.

29. Ya Bonfante, *Il concetto dommatico dell'eredità* (n. 16 bis), 160 y ss. Cfr. Max Kaser, *Das römische Privatrecht* (n. 16), parágrafo 281.
30. *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts*. Leipzig. Mendelssohn. 1856.
31. Cfr. *Pandekten* (n. 8), I, parágrafo 64.
32. En contra un sector de la doctrina para la cual la responsabilidad del heredero por los legados es *intra vires* (Ramón M.^a Roca Sastre (1899-1979). Notas a la traducción española del *Derecho de Sucesiones* de Kipp (n. 23), nota II 2 al parágrafo 93), pero ello no obsta a lo sustancial del argumento sostenido en el texto.
33. Véase para esto Salvatore Pugliatti (1903-1976), Voz *Acquisto*, *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano. Giuffrè, 1958, 508 y ss.
34. Mas este concepto resulta estrecho para abarcar el fenómeno sucesorio en cuanto que se refiere al *th* pues, de entrada, éste es un supuesto de hecho de formación sucesiva.
35. Sobre el tema véase Luigi Ferri, *Successioni in generale. Art. 456-511 (Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca)*, Bologna-Roma. Nicola Zanichelli - Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, 1972. Titolo I, n.º 2, p. 3 y ss. Parto aquí de la enseñanza de mi maestro italiano.
36. Si la transferencia postula, cuando es voluntaria, la necesaria intervención del adquirente (arts. 1254 y 1261), la sucesión, en el polo opuesto, postula la absoluta unilateralidad (art. 670), la extinción de la personalidad (art. 991) y la aceptación en bloque (art. 990).
37. Incluso en el marco del derecho sucesorio esa diferencia opone heredero a legatario: Si el testador grava a los legatarios con modalidades, cargas o sublegados o les impone el pago de las deudas hereditarias, «... esa obligación de pago de deudas, tiene para los legatarios el sentido de una carga impuesta pero no les hace sucesores de aquella relación pasiva del causante. Por ello, los herederos no quedan liberados de su responsabilidad solidaria frente a los acreedores...» Vallet, *Apuntes* (n. 26), p. 302.
- 37 bis. Véase *infra* epígrafe 5.

38. Antonio Gómez (después de 1500 - antes de 1572). Cfr. Antonii Gomezii *ad Leges Tauri Commentarius*, Coloniae Allobrogorum, Apud Alexandrum Pernet 1616. Comentario a la Ley 45 de Toro n.º 1: «ipso iure transit utraque possessio tam civilis quam naturalis in sequentem successorem *sine aliquo actu vero vel ficto...*» (Con referencia a la sucesión en el mayorazgo). Véanse además los núms. 111 y ss.
39. Es más, el 660 sólo busca el punto común a dos especies heterogéneas de sucesión: la universal y la particular *mortis causa*. De ahí la crítica de Bonfante aludida *supra* en la nota 16 bis.
40. En relación a la posesión los discutía Antonio Gómez y la doctrina por él referida hablando de «nova et realiter distincta possessio» (*ad leges Tauri Commentarius* (n. 38), comentario a la Ley 45 de Toro, n.º 114) en cuanto la Ley de Toro ordenaba su adquisición aunque no poseyese el causante (segunda razón que ofrece Gómez para su tesis). Hoy, y por referencia al Código, se entiende ya que el art. 440 acoge la *successio possessionis* con los límites de los arts. 435 y 442 (Diego Espín Cánovas, «La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión» *RDP*, 1943, 593 y ss.) o, en otro sentido, que es un expediente para que el heredero pueda aprovecharse de los efectos de la posesión (Ramón M.ª Roca Sastre, «La adquisición hereditaria de la posesión» *RGLJ*, 1953, p. 333 y ss. Notas al *Derecho de Sucesiones de Kipp* (n. 23), parágrafo 86, I, 3), es decir, que se obtiene el *ius possidendi*. En contra de esto último, Vallet (*Apuntes* (n. 26), p. 290, nota 535), para quien el heredero tiene «posesión real y verdadera, aunque no material» (*ibidem*, en el texto). Roca llevó su tesis romanista al art. 98 de la Compilación catalana.
41. Es más, la validez del legado se limita en principio en el legado de cosa a la titularidad, art. 861.
42. «... la possession que l'héritier a des choses de la succession, n'étant pas une nouvelle possession de ces choses qui commence en sa personne, mais n'étant que la continuation de la possession que'avait le defunct... le titre *pro haerede* ne peut seul faire acquérir par prescription à l'héritier les choses que le defunct possédoit sans en être le propriétaire, s'il n'est joint à un autre juste titre d'où ait procédé la possession du defunct». *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, Parte I, Chapitre III, Article premier, par. II, épigrafe 63. En *Oeuvres*, Paris,

Dabo Jeune, Libraire, 1825, Tomo X. Para la —muy distinta— *usucapio pro haerede* romana y su evolución, *cfr.* Kaser, *Das römische Privatrecht* (n. 16), párrafos 25, III, 177 II y 293 II.

43. El Derecho Romano hacía hincapié en que en este caso la cosa no era *res furtiva* y que, por lo tanto, el heredero transmitía una posesión válida para la usucapición (D. 16, 3, 1, 47). Con Vallet habrá que afirmar que puede el depositante reclamar al depositario (acción personal por el precio) y/o reivindicar, ejercer la acción reivindicatoria («La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil», *ADC*, IX, 1956, 361 y ss. Trabajo luego recogido en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973, 409 y ss., p. 440 para la cuestión). Esta opinión no es indiscutida pero concuerda con la tradición histórica como ha demostrado cumplidamente José María Miquel González, *La posesión de bienes muebles (Estudio del Artículo 464, 1 del Código civil)*. Madrid. Montecorvo. 1979, p. 422 y ss., sin que alguna apasionada contradicción posterior haya aportado datos nuevos que justifiquen revisar este punto de vista: Manuel de la Cámara Álvarez, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles. (Nuevo estudio sobre el artículo 464-1 del Código civil)*, Madrid, Edersa, 1982, 109 y ss. En cualquier caso, si hay alguien que no puede alegar el art. 464 es el sucesor en la posesión (art. 440).
44. La doctrina clásica vio claramente la relación entre donación universal y título de heredero en esta sede: la prohibición de la Ley 69 de Toro («Ninguno pueda facer donación de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes») se entendía justificada, entre otras razones, «quia aufert liberam facultatem testandi» (Antonio Gómez, *Ad Leges Tauri Comentarios* (n. 38), Comentario a la Ley 69 n.º 1), pero vale la donación de todos los bienes presentes «si donator reservavit sibi aliquam rem vel quantitatem ex, qua testari possit dum tamen sit aliqua res vel quantitas notabilis» (*Ibidem* n.º 3). Discutido fue, en cambio, si valía la reserva de usufructo y si la donación que era inválida por la Ley 69 se convalidaba por juramento (*Cfr.* una síntesis en Sancho de Llamas y Molina, *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852. Reimpresión, Barcelona, Banchs Editor, 1974, Comentario a la Ley 69.
45. Glosa *unam quoddammodo* a la Novela 48 (*Authenticarum Collatio quinta Titulus II*). Edición Venetiis 1581.

46. Así enseñó Hugo Grocio (Huig de Groot, 1583-1645) que el heredero no representa en absoluto a la persona del difunto en sus méritos o deméritos, que son cualidades puramente personales, sino exclusivamente en sus bienes. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Trad. de Monsieur de Courtin, París Chez Arnould Sevieuze, 1687 (*De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*. 1.ª ed. 1623), II, 21, 19.
47. «Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für eine Person gehalten...». La doctrina austríaca abandonó hace ya mucho tiempo la tesis que resulta del entendimiento literal de la regla. Cfr. por todos Armin Ehrenzweig (1864-1935), *Sistem des österreichischen Privatrechts*, G. Auff. Wien. Manzsche Verlags und Universitäts — Buchhandlung, 1924, II, párrafo 480, III.
48. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (n. 9). *Zweiter Brief*, 17 y ss. Ihering se cebaba especialmente en las concepciones hegelianas del fenómeno sucesorio expuestas por autores como Eduard Gans (1798-1839) o Ferdinand Lasalle (1825-1864) y que tendían con absoluta seriedad a inmortalizar a los causantes.
49. Rosario Nicolò, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934 (Ahora en *Raccolta di Scritti*, Milano Giuffrè, 1980, I), pp. 109 y ss. Una exposición sintética de esta tesis en su trabajo posterior: voz Erede (dir. priv.), *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè XV, 1966, p. 196 y allí más citas.
50. No se objete que «cualidad» designa ahí el concepto «titularidad» porque precisamente el 1531 presupone que no tiene por qué transmitir titularidad alguna y que de ello no se responde. Menos se tratará de «titularidad intransferible» porque entonces la alusión del precepto no sólo carecería de objeto, sino que resultaría incorrecta: ¿Por qué responder de ella?
51. Piero Schlesinger, Voz *Successioni*. *Diritto Civile, Parte Generale. Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET. XVIII, 1971, p. 748 y ss. p. 751.
52. Cfr. Antonio Cicu (1879-1962), *Derecho de Sucesiones. Parte General*, traducción de la segunda edición italiana (1961) por José Manuel González Porras, Notas de Manuel Albaladejo y prólogo de Alfonso

García Valdecasas, Barcelona, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964. Parágrafos 6 y 7. Lacruz-Sancho, *Derecho de Sucesiones I* (n. 8), parágrafo 12 y, particularmente, nota 4.

53. Manuel Albaladejo, *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Volumen primero, *Parte General*, Barcelona, Librería Bosch, 1979. Parágrafo 2, n.º 4. (La cita entre comillas en p. 29). Más sintéticamente en su *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Librería Bosch, 1982. Parágrafo 2, n. 4. Igualmente: Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, *Comentario al art. 130 del Código civil*, en *Varii Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 965-966 (amparándose en la prevalencia de la voluntad del causante).
54. El causante puede así privar de la legitimación para interponer la acción de que se trate al que la tendría sólo por título de heredero, pero no si la tiene por otro título, concretamente, por mandato legal cuando la norma concede acción a quien tenga «interés legítimo» en ejercitarla y entre los interesados se incluya la persona heredera del causante. *Cfr.*, p. ej. en sede de filiación arts. 131.1 y 140. 1 y 2. En los casos de los arts. 130; 132.2; 133.2; 136.2 y 3; 137.3 y 141 el causante podrá, en cambio, excluir la legitimación de sus herederos para continuar en el ejercicio de la acción o para iniciarlo. Pero lo que a primera vista parece más arduo de defender es que además pueda nombrar un «sucesor particular» en esa legitimación que no sea, a la vez, el designado como heredero. Todos los artículos citados del Código hablan de «heredero» y desde luego sus redactores pensaron en la doctrina tradicional que asocia indefectiblemente esas posiciones personalísimas a la *cualidad* de heredero. Mas de la misma forma que el testador puede por medio de legados vaciar de contenido económico el título de heredero dejándole sólo los efectos personales que configuran tradicionalmente su cualidad en este sentido, debe poder hacer lo inverso; sobre todo cuando se trata de un ámbito en el que predomina la voluntad (arg. art. 675) con límites formales (art. 687) y eventualmente sustanciales en lo relativo a las legítimas (arts. 806 y ss.) pero nada más. Incluso en el marco de la ilicitud se trata de respetar en lo posible la disposición testamentaria (art. 767 y 792). Por otro lado, debe recordarse que el reconocimiento testamentario de la filiación (art. 120.1) está específicamente privilegiado por la ley (arts. 124.2 y 741) y resultaría incongruente con ello poner cortapisas a una

disposición también de carácter voluntario pero que ofrece por añadidura la garantía de articularse a través de un proceso. Por otro lado, la doctrina (véanse citas en la nota anterior) admite un entendimiento laxo de la expresión «heredero» en los arts. citados, vaciándolo en la práctica de todo contenido técnico (Característico Peña y Bernaldo de Quirós, *Comentario al art. 130* (n. 53), 966: «basta con que tengan el título de heredero, aunque lo sean en sentido menos pleno o impropio, por no ser, a la vez sucesores a título universal, como ocurre en los siguientes supuestos: heredero forzoso que recibe su parte en el patrimonio «por cualquier título» (*cf.* art. 815 C.c.); el cónyuge viudo (*cf.* arts. 807 y 1834 C.c.); heredero instituido en cosa cierta y determinada o en un cuerpo cierto de bienes (*cf.* arts. 768 y 983 C.C.)).

55. La exigencia legal de que las personas citadas *vivieran al tiempo del fallecimiento* de la persona cuya memoria ha sido ofendida es chusca con referencia a su *cónyuge y ascendientes*.
56. Salvo lo que le pueda corresponder si es uno de los parientes del art. 4 n.º 2.

CURRICULUM VITAE

DE

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

Nascut a Barcelona el 21 de febrer de 1917.
 Llicenciat en Dret l'any 1939 a la Universitat de Barcelona.
 Ingressa al Notariat l'any 1942, i en pren possessió a Torroella de Montgrí; Malgrat, 1944; Arucas, 1945; Logroño, 1947 i Madrid, 1949, per oposició.
 Ingressa com a Acadèmic de número a la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació el 1963.
 Doctor per la Universitat de Madrid el 1965.
 Vicepresident de la Unión Internacional del Notariado Latino de 1963 a 1965. President des de novembre de 1977 al 1979.
 Actualment, President Honorari.
 Representant de l'Institut d'Espanya al Consell Executiu del Consell Superior d'Investigacions Científiques.
 Secretari General de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació des de l'any 1977.
 Escollit «Correspondiente» de l'Institut d'Estudis Catalans a l'abril de 1974.
 «Correspondiente» de l'Instituto de Diritto Agrario de Florencia el 1978.
 Membre de la Mesa i Canceller de l'Institut d'Espanya des de 1977.
 Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Notarial Argentina, 1978.

Lista de publicaciones jurídicas:

- 1944 «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el derecho común y en el foral catalán», *R.D.P.*, 1944, p. 330 y ss.
- 1945 «El pacto de sobrevivencia en compras por cónyuges en común y proindiviso, en relación con la ley "hac edictali" y con edificación del solar por uno solo de los cónyuges», *La Notaria*, del Colegio Notarial de Barcelona, 1945.

- 1946 «Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia», *La Notaria*, 1946.
- 1946 «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores», *R.D.P.*, 1946, pp. 943-958.
- 1946 «Notas para la interpretación del art. 863 del *Código civil* en relación con la intención del testador», *Revista General de Derecho*, 1946, pp. 675-676 y 1947, pp. 2-6.
- 1946 «El derecho patrimonial familiar y sucesorio en el *Código civil* y en su aplicación práctica (Notas Breves)», *La Notaria*, 1946.
- 1947 «La concurrencia de varias profesiones sobre una misma cosa inmueble», *R.G.L.J.*, 1947, p. 545 y ss. y 679 y ss.
- 1948 «Imputación de Legados otorgados a favor de legitimarios», *R.D.P.*, 1948, p. 325-348.
- 1949 «Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada, con dinero que se confesó era parafernál», *A.D.C.*, 1949, pp. 654-664.
- 1949 «La responsabilidad personal de los socios en las compañías de responsabilidad limitada, frente a la sociedad y frente a terceros», *R.D.P.*, 1949, pp. 589-622.
- 1950 «La donación *mortis causa* en el *Código civil* español». *A.A.M.N.*, 1950.
- 1951 *La Hipoteca del Derecho Arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocios*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1951, Premio Jerónimo González 1952.
- 1951 «¿Es necesaria la institución de heredero para que exista testamento?», *A.D.C.*, 1951, pp. 1349-1358.
- 1951 «Los principios de la universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y su atenuación o derogación», *A.D.C.*, 1951, pp. 1358-1377.
- 1951 «La Institución de cosa cierta», *A.D.C.*, 1951 pp. 1377-1410.
- 1952 «La publicidad de la convocatoria de las Juntas Generales y las llamadas Juntas Universales, (Glosas a los arts. 53 y 55 de

- la *Ley de Régimen Jurídico de las sociedades anónimas*).
Revista de Derecho Mercantil, 1952, pp. 295-318.
- 1952 «La distinción entre Derechos reales y Derechos de crédito (Notas sobre un estudio de E. Tilocca)», *A.D.C.*, 1952.
- 1952 «El legado de parte alícuota», *A.D.C.*, 1952, pp. 835-888.
- 1952 «Donación, condición y conversión jurídica material», *A.D.C.*, 1952, pp. 1205-1325.
- 1953 «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión», *R.D.P.*, 1953, p. 493 y ss.
- 1953 «Pignus tabernae», *A.D.C.*, 1953, pp. 783-838.
- 1954 «División y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta», *R.J.C.*, 1954.
- 1954 «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición», *A.A.M.N.*, Vol. VIII, p. 9-140.
- 1954 «Computación, imputación, colación y reducción de donaciones», *A.D.C.*, 1954, p. 665 y ss. y 1031 y ss. y 1955, p. 269 y ss.
- 1954 «Contrato de compraventa a favor de persona por determinar». *Revista del Foro Canario*, 1954.
- 1955 «Esbozo de la Hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento (Ante la Ley de 15 de diciembre de 1954)», *Nuestro Tiempo*, abril 1955, año II, núm. 10.
- 1955 «La protección del poseedor en garantías mobiliarias convencionales sin desposesión (Recensión y notas a un libro de Michel Cabrillac)», *A.D.C.*, 1955.
- 1955 «Planteamiento y cuestiones generales de la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *Revista de Derecho Notarial*, 1955, p. 32 y ss. y en los *A.A.M.N.*, 1955, p. 43 y ss.
- 1955 «La ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *A.D.C.*, 1955, pp. 1227-1260.
- 1955 «Las compras con pacto de sobrevivencia en derecho catalán» *R.J.C.*, 1955, pp. 289-314.
- 1955 «Repercusión de la extinción del usufructo de los arrenda-


- mientos concertados por el usufructuario», *A.D.C.*, 1955.
- 1955 «Diferencias prácticas entre atribuir bienes a título de heredamiento o a título de legado», *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II, parte 6, Madrid *I.N.E.J.*, 1955, pp. 282-303.
- 1955 *Apuntes de Derecho Sucesorio*. Madrid, *I.N.E.J.*, 1955 (reimpreso en 1968).
- 1956 «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código civil», *A.D.C.*, 1956, pp. 361-431.
- 1956 «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho Histórico de Castilla y en el Código civil», *A.D.C.*, 1956, pp. 783-860.
- 1957 «El artículo 811 como norma a interpretar», *I.N.E.J.*, Vol. I, Madrid, 1957.
- 1957 «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», *R.D.P.*, 1957, pp. 391 y ss.
- 1957 «Observaciones a la resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones», *R.D.C.I.*, 1957, pp. 478-504.
- 1957 «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil», *A.D.C.*, 1957, p. 329 y ss.
- 1958 «El artículo 811 como norma a integrar», *I.N.E.J.*, Vol. II, Madrid, 1958.
- 1958 *Apariencia y realidad en las Sociedades mercantiles de Ralf Serick, y sus «Comentarios de derecho español» por José Puig Brutau*, Barcelona, Ed. Ariel, 1958, como Lección práctica de Metodología, *A.D.C.*, 1958, pp. 1173-1185.
- 1959 «El aval en documento separado en el Código de Comercio Español según la sentencia de 9 de junio de 1958», *Revista de Derecho Mercantil*, 1959.
- 1959 «El derecho de no decrecer de los herederos universales y sus diferencias del derecho de acrecer de los conjuntos», *A.D.C.*, 1959 pp. 1313-1323.
- 1959 «Un supuesto de acrecimiento por llamamiento Universal (Dictamen)», *A.D.C.*, 1959 pp. 1304-1313 y 1323.
- 1959 «Lo enunciativo y lo dispositivo en los testamentos, y lo

- referente a la sustancia de la disposición o a su ejecución, prestación o restitución», *A.D.C.*, 1959, pp. 1308-1312.
- 1960 «Los hijos puestos en condición en una sustitución recíproca *si sine liberis decesserit* ¿están llamados como sustitutos vulgares *in fideicomisso?*» *Revista Internacional del Notariado*, 1960, pp. 165-173.
- 1960 *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, 2, vol. I, Madrid *I.N.E. J.* 1957; Vol. II, Madrid, 1960.
- 1960 «La antítesis infracción-justicia», *R.I.N.*, 1960.
- 1961 «Valor de las notas autógrafas sin fecha ni firma», *A.D.C.*, 1961 pp. 253-258.
- 1961 «Notas para la interpretación del artículo 783, & 1, y 785, número primero del Código civil (Voluntad interpretadora y voluntad conjeturada)», *A.D.C.*, 1961, pp. 139-160.
- 1962 «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», *A.D.C.*, 1962, pp. 589-615.
- 1963 «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *A.D.C.*, 1963, pp. 282-344.
- 1964 «Cautelas de opción Compensatoria de la Legítima», publicado en los estudios de conmemoración del *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección III, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de España, 1964, pp. 399-708.
- 1964 «¿Cabe aplazar el goce de las legítimas? ¿Qué eficacia tiene tal disposición?», *R.N.*, 755, Buenos Aires.
- 1965 «Notas críticas de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima», *A.D.C.*, 1965, p. 5 y ss.
- 1965 «Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero», *A.A.M.N.*, Tomo XIV.
- 1965 «Institución *post mortem usufructuarii*», *R.C.D.I.*, 1965, pp. 1273-1275.
- 1965 «Circunstancias extrínsecas e interpretación de testamentos», *A.D.C.*, 1965, pp. 231 y 234.

- 1965 «Lo propiamente dispositivo y lo ejecutivo o particional ordenado por el testador. Su posible discrepancia», *A.D.C.*, 1965, pp. 245 y 251.
- 1965 «¿Cabe atribuir funciones interpretativas del testamento a los contadores-partidores? Sus límites», *A.D.C.*, 1965, pp. 242-245.
- 1966 «La conservación del *fundus instructus* como explotación familiar, tema básico de los derechos civiles forales o especiales españoles», *Rivista di Diritto Agrario*, Milano Guifrè, 1966.
- 1966 «Determinación de sustitutos *si sine liberis decesserit*. Interpretación del art. 769 Código civil (dictamen)», *A.D.C.*, 1966, pp. 849-858.
- 1967 «¿Cabe la desheredación parcial», *Revista de Derecho Notarial*, 1967, pp. 179-188.
- 1967 «¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?», *Revista de Derecho Notarial*, 1967, pp. 188-197.
- 1967 «El modo testamentario (Comentario a las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965)», *R.C.D.I.*, 1967, pp. 166-175.
- 1968 «El apartamiento y la desheredación», *A.D.C.*, 1968.
- 1968 «Clasificación de los sistemas legitimarios», *R.G. de L.J.*, diciembre 1968.
- 1968 «*Sociedad de masas y derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- 1968 «De la propiedad al capitalismo anónimo y a la propuesta de reforma de la empresa», *R.D.P.*, 1968, pp. 720-738.
- 1968 «Plenitud y equilibrada percepción sentencial en las antiguas fuentes del derecho», *A.D.A.*, XIV, 1968-1969.
- 1969 «Determinación a fideicomisario condicional, enajenación de bienes fideicomitidos *pendentem condicionem* (Dictamen)», *A.D.C.*, 1969, pp. 885-898.
- 1968 «Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral», *A.D.A.L.*, XIV, 1968-1969.
- 1969 «El método de interpretación e integración en la perspectiva de las fuentes del derecho, según el pensamiento de Castán Tobeñas», discurso pronunciado el 24 de junio de 1969, en la

- sesión solemne celebrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en homenaje a D. José Castán Tobeñas.
- 1970 «La esencia y principios del derecho civil foral», *R.J.C.*, 1970.
- 1970 «Designación del comisario. Facultad de mejorar y facultad de determinar la cosa objeto de la mejora (Notas para la interpretación del art. 830, en relación con el art. 1057 del C.c.)», *A.D.C.*, 1970, pp. 40-51.
- 1970 «Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña, antes y después de la Compilación» en *Estudios sobre la legítima catalana*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1970.
- 1972 «Derechos de garantía sobre el buque y las aeronaves», conferencia pronunciada en el Salón de Actos del Ilustrísimo Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España el día 12 de marzo de 1971, publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios en el volumen *Curso de Conferencias sobre el Registro Mercantil*, Madrid, 1972.
- 1971 «Aspecto cualitativo de las legítimas» en *A.D.C.*, 1971.
- 1972 «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», *A.D.C.*, 1982.
- 1972 «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas», *A.D.C.*, 1972.
- 1972 «La percepción sensorial y las fuentes del Derecho» en *A.R.A.J. y L.*, 1972.
- 1973 «Del legislar como *legere* al legislar como *facere*», *Verbo*, 1973, pp. 507-548.
- 1973 *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963¹ (2.ª edición, Ed. Bosch, 1973).
- 1973 «El Derecho Natural como Arte Jurídico», *El Derecho Natural Hispánico*, Esc. elicer, 1973, pp. 465-492.
- 1973 «La actio ad supplendam legitimas» (Del derecho romano a la Compilación catalana), *La Notaría*. Barcelona, 1973.
- 1973 «Los complementos de la legítima», *A.D.C.*, 1973.
- 1973 *Estudios sobre derecho de cosas*. Madrid, Montecorvo, 1973 (2.ª ed. aumentada en II volúmenes). I *Temas generales*. II *La reivindicación mobiliaria*, está en prensa.

- 1973 Estudios sobre garantías reales, Montecorvo, Madrid, 1973 (2.ª ed. 1984).
- 1974 «Las Legítimas según Claude Chifflet (1542-1580), jurista del franco-condado de Borgoña en el período español», *A.D.C.*, 1974.
- 1974 «Revolución, Historicismo y Tradición en el hallazgo, Conservación y Progreso del derecho», *Verbo*, 1974, pp. 1031-1061.
- 1974 «Algunas consideraciones acerca de la Ley y de la Jurisprudencia de los Tribunales como fuentes del derecho», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1974, pp. 21-45.
- 1974 *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer y las legítimas*, 2 volúmenes, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- 1975 «Las fuentes del derecho según santo Tomás de Aquino», *Anuario de Derecho Foral*, I, Pamplona, 1975, pp. 31-63.
- 1975 «La Ley Natural según Santo Tomás de Aquino» *Verbo*, 1975, pp. 641-679.
- 1975 «Observaciones de orden metodológico en torno a la concepción del Derecho Natural de Santo Tomás de Aquino», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1975, pp. 25-43.
- 1976 «La Jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 206-207, 1976, pp. 77-150.
- 1976 «La historia, Laboratorio para la comprobación del Orden Natural», *Verbo*, 1976, pp. 609-614.
- 1976 «Las fuentes del derecho según el *apparatus super constitutionibus curiarum generalium cathaloniae* de Tomás Mieres, *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Vol. II, Madrid, 1976, pp. 413-486.
- 1977 «Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario», *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1977, p. 41 y ss.

- 
- 1977 «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Univesidad Autónoma de Madrid en marzo de 1977.
- 1977 «Ley y ordenanza», Publicado en el *Alcázar* el 26 de enero de 1977.
- 1977 «La Ley ¿expresión de la voluntad del pueblo?» *El País*, 18 de agosto de 1977.
- 1977 «Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo xv, Tomás Mieres», *A.D.C.* 1977, pp. 3-33.
- 1977 «Estructuras y relaciones agrarias en la perspectiva de la historia de Cataluña», en Actos conmemorativos del 125 aniversario del Instituto Agrícola Catalán de Sant Isidre. Barcelona, 1977.
- 1978 «Jurisprudencia, principios generales y equidad en el pensamiento del profesor Elías de Tejada», *A.D.C.*, 1978, pp. 339-342
- 1978 «Incidencia práctica del *pactisme* en la teoría de las fuentes de derecho», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1978, pp. 15-31.
- 1978 *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978.
- 1979 «El Método Jurídico de Ramón María Sastre», *A.D.C.*, 1979, pp. 594-616.
- 1979 «El pactismo de ayer y los consensos de hoy», *Verbo*, 1979, pp. 685-698.
- 1980 «Valor Jurídico de las Leyes Paccionadas en el Principado de Cataluña», *El Pactismo en la historia de España*, Madrid, 1980, pp. 75-110.
- 1980 *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Montecorvo, Madrid, 1980.
- 1980 *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I. *El fenómeno sucesorio. Principales instituciones controvertidas*, Montecorvo, Madrid, 1980.
- 1980 «Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny», *R.J.C.*, 1980, p. 596 y ss.
- 1980 «El Método Clásico del Derecho Natural contrastado en su aplicación, a través de los juristas Catalanes», *Anales de la*



- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1980, pp. 95-142.
- 1980 «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de inmuebles». *R.D.N.* Abril-Junio, 1980.
- 1981 «La expresión *Fuentes del Derecho, y Ordenamiento Jurídico*», *A.D.C.*, 1981, pp. 825-901.
- 1981 *Comentarios a los artículos 968 a 980 del Código civil*, Tomo XIII, vol. II, EDERSA, 1981.
- 1981 «La reforma del Código civil en materia de sucesiones», en *R.D.N.*, Abril-Junio, 1981.
- 1981 *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. II. *Interpretación de testamentos. Cláusulas cautelares*, Montecorvo, Madrid, 1981.
- 1981 «La exclusión de la fideicomisaría como especie de sustitución», en *R.D.N.*, Julio-Diciembre, 1981.
- 1981 *Estudios de Derecho Sucesorio*. Vol III. *Estudios dispersos sobre legítimas*, Montecorvo, Madrid, 1981.
- 1982 *Comentarios a los artículos 806-857 del Código civil*, Tomo XI, EDERSA, 1978¹ (2.ª edición, EDERSA, 1982).
- 1982 *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*. Montecorvo, Madrid, 1983.
- 1982 *Estudios de Derecho Sucesorio*. Vol. IV. *Computación, imputación y reducción*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- 1982 «Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de Mayo de 1981» en *A.R.A. J. y L.* 1982.
- 1982 «La preterición después de la reforma de 13 de Mayo de 1981», *A.R.A.J.*, 1982.
- 1983 *Estudios de Derecho Sucesorio. La Reserva Clásica*, Volumen V, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.
- 1983 *Estudios de Derecho Sucesorio. La Reserva Clásica*, Volumen VI, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.
- 1983 *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo I (Ed. Civitas, Madrid, 1983).
- 1984 *Panorama del Derecho de Sucesiones. Perspectiva dinámica*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

EXCLÒS DEL PRÉSTEC



UAB DHC
17

Universitat Autònoma de Barcelona

Servei de Biblioteques

Reg. 132.401

Sig. 378.25(467.1)

Ref 12500

