

El derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*

por

LAURA ZUMAQUERO GIL
Doctora en Derecho
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.
- II. EL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *MORTIS CAUSA* Y SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*.
- III. LA ADMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*:
 1. DOCTRINA CONTRARIA A LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*.
 2. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL INSTITUTO:
 - 2.1. *Posibles vías de admisión*:
 - a) La vía legal como modo de extensión del derecho de acrecer a los negocios *inter vivos*.
 - b) El principio de autonomía de la voluntad como fundamento del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.
 - 2.2. *Diferencias en torno a su operatividad en atención al momento de producción de la vacante*:
 - a) Acrecimiento anterior a la adquisición.
 - b) Acrecimiento posterior a la adquisición.
 3. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE INCREMENTACIÓN QUE TIENEN LUGAR EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*:
 - 3.1. *El derecho de acrecer en caso de renuncia de uno de los comuneros*.
 - 3.2. *El derecho de acrecer en la renta vitalicia*.

3.3. *La cláusula de acrecimiento entre coadquirentes. El caso de la compra-venta con pacto de supervivencia.*

4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE ACRECIMIENTO *EX LEGE*:

4.1. *El derecho de acrecer entre cousesuarios.*

4.2. *El derecho de acrecer en las donaciones hechas a varias personas conjuntamente:*

a) El derecho de acrecer en caso de vacante previa a la adquisición.

b) El derecho de acrecer en caso de vacante posterior a la adquisición.

4.3. *El supuesto especial de las donaciones por razón de matrimonio.*

IV. CONCLUSIONES.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Señala LACRUZ, al intentar definir las distintas clases de sucesión, que la diferencia esencial entre la sucesión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa* consiste en que mientras en esta el fenómeno sucesorio gravita más sobre el sucesor que sobre la persona del precedente titular, dirigiéndose la transmisión no ya a disolver una relación sujeto-objeto a fin de operar el subingresso de otro sujeto, sino a garantizar sin más a otro sujeto el subentrar en una relación precedente ya disuelta; en aquella, los dos momentos en que conceptualmente puede escindirse la transferencia, refiriéndose el autor a la dimisión del derecho por el titular y su adhesión a un nuevo sujeto, forman una unidad jurídica que surge conjuntamente al ejercitarse la facultad de disposición (1). A pesar de las diferencias estructurales existentes entre ambas clases de sucesión, la doctrina se plantea la posibilidad de que el derecho de acrecer opere también en los negocios *inter vivos*, con carácter general, o, en su caso, respecto a determinados negocios que por su naturaleza resulten compatibles con la configuración técnico-jurídica del instituto.

La doctrina, por regla general, conocedora de que el fenómeno del acrecimiento tiene su sede natural en el Derecho de sucesiones, como consecuencia de los principios sucesorios que regían en el Derecho romano (2), se ha limitado a negar su operatividad en la sucesión *inter vivos*. No obstante, algunos autores se han pronunciado en un sentido favorable a su admisibilidad, al considerar que es posible que se realice el efecto del acrecimiento mediante acuerdo expreso de las partes o por mandato legal, puesto que nuestro Código Civil únicamente

(1) *Derecho de Sucesiones (parte general)*, Barcelona, 1961, págs. 9 y 10.

(2) Concretamente, el principio de universalidad de la institución de heredero y el principio de incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada.

hace referencia a dicho fenómeno en la donación (3) y en el usufructo (4), no pudiendo hablarse de un acrecimiento *ex lege* generalizado en sede de negocios *inter vivos*.

En una primera aproximación al estudio de este fenómeno jurídico, parece razonable pensar que no es sino a través de la posibilidad o imposibilidad de extrapolar al fenómeno de incrementación que tiene lugar en los negocios *inter vivos* la ratio de esta figura, así como los presupuestos establecidos por el Código para el derecho de acrecer en la sucesión *mortis causa*, lo que nos permitirá llegar a una conclusión acertada sobre la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de sucesión.

Si partimos de la conceptualización del derecho de acrecer en los negocios *mortis causa* como aquel aumento que experimenta la porción del coheredero llamado solidariamente con otros a una misma herencia o porción de ella, para el caso de que alguno de los llamados no llegue a suceder, podemos señalar como presupuestos esenciales para la operatividad del derecho de acrecer: la existencia de una pluralidad de sujetos, la solidaridad en el llamamiento y la necesidad de que exista una vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados. La cuestión se complica cuando tratamos de extrapolar estos presupuestos al fenómeno de expansión que tiene lugar en los negocios *inter vivos*. Las claras diferencias estructurales existentes entre la sucesión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa* llevan a priori a considerar inadmisibile en términos generales el derecho de acrecer en esta clase de sucesión. De hecho, nuestro legislador no ha establecido una regulación propia del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, sino que se ha limitado a prever un efecto de incrementación en negocios jurídicos concretos, tal y como más adelante expondremos. Por otra parte, la dificultad de aportar una teoría unitaria al respecto, puesto que son diversos y de muy diferente naturaleza los negocios *inter vivos* sobre los que se puede producir el efecto de expansión, complica aún más la búsqueda de respuestas en torno a la admisibilidad del derecho de acrecer en esta clase de negocios. Todo ello nos hace reflexionar acerca de la necesidad de un estudio pormenorizado de las diferentes hipótesis de acrecimiento o incrementación que tienen lugar en la sucesión *inter vivos* como mecanismo que nos permita llegar a una conclusión acertada sobre la admisibilidad o no de este fenómeno jurídico, ya que de querer construir una teoría unitaria sobre el derecho de acrecer se corre el riesgo de elaborar una tesis que realmente no recoja supuestos de acrecimiento, sino meros casos de incrementación que nada tengan que ver con el derecho de acrecer en sentido técnico.

Sobre todas estas cuestiones nos referiremos a lo largo de este trabajo, a través del cual intentaremos desentrañar la esencia de esta figura y su posible

(3) Artículo 637 del Código Civil.

(4) Artículo 521 del Código Civil.

extrapolación a los negocios *inter vivos*. En este sentido, comenzaremos nuestro estudio realizando algunas reflexiones sobre los inconvenientes de construir una teoría del acrecimiento en los negocios *inter vivos*. Seguidamente, procederemos a analizar algunos supuestos de incrementación que tienen lugar en los negocios *inter vivos*, con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica de estos negocios y su relación con el acrecimiento sucesorio.

II. EL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *MORTIS CAUSA* Y SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre el mecanismo de funcionamiento del derecho de acrecer en los negocios *mortis causa*, vamos a referirnos a aquellos aspectos que son propios de este fenómeno jurídico y que, a nuestro juicio, deben ser tenidos en cuenta a la hora de iniciar cualquier estudio sobre la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

La doctrina más moderna define el derecho de acrecer en los negocios *mortis causa* como aquel efecto de incrementación que se produce como consecuencia del llamamiento solidario de una pluralidad de sujetos a una misma herencia o porción de ella, y por el que cada uno de los llamados adquiere, en caso de vacante, el todo o una cuota superior a la que resultaría del concurso entre los llamados, si todos aceptasen (5). Este efecto tiene su fundamento en la voluntad del testador, de manera que la ley presume que de haber conocido este la existencia de la vacante, su voluntad habría sido la de acrecer al resto de llamados antes que proceder a la apertura de la sucesión abintestato (6). Partien-

(5) RICCI, F., *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, vol. III, *Delle Successioni*, Torino, 1886, pág. 558; DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo III, Madrid, 1932, págs. 408 y 409; NICOLÒ, R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, 1934, pág. 214; BARASSI, L., *Le Successioni per causa di morte*, Milano, 1944, págs. 418 y 421; CARNEVALE, V., «La fattispecie costitutiva del diritto di accrescimento», en *Diritto e giurisprudenza*, 1954, pág. 161; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer (negocios inter vivos y mortis causa)*, Madrid, 1956, págs. 58, 67 y 72; CARIOTA-FERRARA, L., *Le Successioni per causa di morte*, vol. I, *parte general*, Napoli, 1962, pág. 98; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El acrecimiento en la mejora», en *Estudios de arte menor*, vol. II, Pamplona, 1964, págs. 240 y 242; DE CUPIS, A., *Istituzione di Diritto Privato*, Milano, 1983, pág. 587; BOSCH CAPDEVILA, E., *L'accreixement en el dret successori català*, 7, Barcelona, 2002, pág. 81.

(6) Son seguidores de la tesis subjetiva o tradicional: LACAL, P., «El derecho de acrecer entre herederos forzosos», en *RCDI*, 1931, pág. 261; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 61 y 63; OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 323; BONET CORREA, J., *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1965, pág. 202; ALBALADEJO, M., «La delación solidaria», en *RJC*, 1975, págs. 450-452.

Por su parte, de las sentencias del Tribunal Supremo se extrae que la teoría subjetiva es la que mejor explica el fundamento del derecho de acrecer. En esta línea, la STS de 27 de noviembre de 1905, *Jurisprudencia Civil*, tomo 112, Madrid, 1921, pág. 703; STS

do de la configuración técnico-jurídica del derecho de acrecer como un efecto de la vocación solidaria, se pueden encontrar ciertas dificultades a la hora de adaptar los presupuestos del derecho de acrecer en materia hereditaria al fenómeno de expansión que se produce en determinadas situaciones de cotitularidad que tienen lugar en la sucesión *inter vivos*. En relación al primer presupuesto necesario para la operatividad del derecho de acrecer, es decir, la existencia de un llamamiento plural, es evidente que aunque esta situación de pluralidad de sujetos, titulares de un mismo objeto, puede tener lugar en los negocios *inter vivos*, sin embargo, este llamamiento plural opera en el derecho de acrecer de un modo diferente a las situaciones de comunidad que pueden tener lugar en la sucesión *inter vivos*. No se puede afirmar que la pluralidad de sujetos a que hace referencia el Código deba ser entendida en el sentido de cotitularidad simple. La comunidad supone, en todo caso, la adquisición del derecho en comunión, lo cual no sucede en el derecho de acrecer, en el que existe un efecto de incrementación fruto del llamamiento *ab initio* de todos al todo.

El segundo presupuesto para la operatividad del derecho de acrecer es el llamamiento solidario, entendido como el llamamiento al entero, de manera que si no se produce la adquisición por parte de alguno de los llamados, el resto acrecerá automáticamente su porción, quedando únicamente limitado su derecho a una parte por efecto del concurso. La solidaridad en el llamamiento crea una expectativa entre los llamados a recibir el todo en caso de vacante, produciéndose, en su caso, la adquisición de manera automática. Partiendo de esta premisa, resulta complicado encajar en los negocios *inter vivos* este segundo presupuesto, puesto que propiamente no se produce en esta clase de negocios un llamamiento solidario, tal y como se entiende para el derecho de acrecer sucesorio. Imaginemos un contrato de compraventa en el que el vendedor acuerda con los compradores que en caso de no querer adquirir finalmente alguno de ellos su parte en la compra, dicha parte acrezca al resto, quienes deberán pagar un precio mayor al que inicialmente les correspondía. Realmente, parece difícil entender que dicho efecto convencional sea fruto de una vocación solidaria, puesto que, en caso de que alguno de los sujetos decida no prestar su consentimiento, simplemente dicho sujeto no habrá quedado vinculado contractualmente y, por tanto, no se habrá perfeccionado el contrato con respecto a su persona. Ello sucederá en los casos de caducidad de la oferta porque haya transcurrido el tiempo que el oferente ha fijado en la declaración de oferta para la aceptación, o, también, en los supuestos de rechazo de la oferta, produciéndose la pérdida

de 13 de noviembre de 1914, *Jurisprudencia Civil*, tomo 131, Madrid, 1915, págs. 688 y 689; STS de 5 de junio de 1917, *Alcubilla*, 1917, pág. 684; STS de 2 de marzo de 1926, *Jurisprudencia Civil*, tomo 170, Madrid, 1928, págs. 16-27; STS de 6 de marzo de 1944 [RJ 1944/303]; STS de 6 de noviembre de 1962 [RJ 1962/4192]; STS de 8 de mayo de 1979 [RJ 1979/1762].

de eficacia de la misma mediante el disentimiento del destinatario de la oferta respecto de ella (7).

Mayores dificultades, si cabe, plantea extrapolar a los negocios *inter vivos* el tercer presupuesto contemplado por el Código. Nos referimos a la vacante de cuota o porción. Se entiende por vacante, a los efectos del derecho de acrecer, la situación que se produce cuando alguno de los llamados no puede o no quiere aceptar su parte en la herencia. Si extrapolamos este requisito a los negocios *inter vivos* no podría más que tratarse de una imposibilidad de aceptación o de un rechazo de la oferta por la otra parte contratante, lo que finalmente impediría el perfeccionamiento del contrato. Si uno de los adquirentes no acepta, no parece que pueda hablarse de vacante en el sentido utilizado por el Código, ya que esa parte seguirá siendo de titularidad del disponente, creándose entonces, en su caso, una situación de cotitularidad entre vendedor y compradores. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y este supone la concurrencia de la oferta y la aceptación. Ello quiere decir que mientras no tengan lugar ambos momentos el acto no surge a la vida jurídica, y la titularidad sigue perteneciendo al transmitente (8). De este modo, tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA en los actos *inter vivos* no puede darse una verdadera y propia vacante de cuota, ya que «*si no acepta no produce vacante porque esta queda en poder del disponente, y si acepta, no puede decirse que exista vacante en sentido técnico, ya que su cuota pasa a los herederos*» (9).

(7) Sobre esta cuestión, vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del Contrato*, vol. 1, Madrid, 2007, pág. 341.

(8) Sobre esta cuestión, vid. los trabajos de MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentarios al artículo 1258 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1907, pág. 618; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 395-422; ROCA GUILLAMÓN, J., «Comentario al artículo 1258», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART), tomo XII, vol. 1-A, Madrid, 1993, págs. 420-437; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Madrid, 2003, págs. 49 y 57.

(9) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 167. En este sentido, SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951, pág. 11; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., pág. 205; *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 167. En esta línea se ha pronunciado también PALMIERI, aunque respecto del contrato de donación. PALMIERI pone como ejemplo el supuesto en el cual Mevio dona un fundo a Tizio y a Caio. Señala este autor que, en caso de que Tizio sea incapaz en el momento en el cual es hecha la oferta, no podemos absolutamente concebir que la parte de Tizio no aceptada pueda por derecho de acrecer pertenecer a Caio. La cuota de Tizio no puede entenderse vacante cuando el dominio no le ha sido transferido, como en todos los contratos que tienen por objeto derechos reales. Es necesario el consentimiento de ambos contratantes y, por tanto, la declaración de aceptación para el perfeccionamiento del acto; «*Il diritto di accrescimento nelle donazioni*», en *Rivista di diritto civile*, Milano, 1928, págs. 14 y 15.

Con objeto de salvar el obstáculo que supone hablar de vacante en los negocios *inter vivos*, algunos autores han utilizado la expresión «cuota fallida», en lugar de vacante, e incluso han hablado de vacante en la aceptación y no en la sucesión, para evitar la afirmación de que esta, si se tratara de un negocio *inter vivos*, no se produciría (10). Sin embargo, es claro que, ya se denomine «cuota fallida» o «vacante» a esta falta de adquisición, esta situación no resulta en ningún caso asimilable a aquella que prevé nuestro Código Civil en materia de acrecimiento. Por otra parte, si intentamos aplicar a cualquier negocio *inter vivos* los supuestos de vacante aplicables al derecho de acrecer sucesorio, comprobamos que más que dar lugar al derecho de acrecer, lo que produce son situaciones de nulidad, anulabilidad o incluso de reversión en el derecho, lo que complica aún más la identificación de este efecto con el derecho de acrecer.

Algunos autores, en su afán de defender la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, han admitido incluso su operatividad cuando la vacante se ha producido con posterioridad a la aceptación por cada uno de los sujetos. Lo cierto es que nuestro Código no responde claramente a esta cuestión o, al menos, no lo hace en un sentido favorable. El Código se refiere, al regular el derecho de acrecer, a supuestos de vacancia que propiamente van a tener lugar de forma previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados, de lo que se deduce la imposibilidad de hablar de un acrecimiento posterior a la adquisición, salvo que existiera una previsión legal al respecto. Así, si los sujetos han adquirido su parte, ya no puede decirse que técnicamente se haya producido una vacante. Por tanto, el derecho de acrecer propiamente dicho, actúa en vistas de una comunidad en formación, es decir, en los casos en que un derecho deferido no llegue a ser adquirido (11).

Por otra parte, tampoco los efectos del derecho de acrecer son asimilables, en todo caso, a los supuestos de expansión que tienen lugar en la sucesión *inter vivos*. De hecho, si pensamos en el caso de la accesión como el fenómeno que comporta modificaciones en la composición de las cosas, y que supone una ampliación de la base objetiva del propio derecho mediante una unión a la cosa de manera inseparable, podemos llegar a la conclusión de que no existe una correspondencia exacta entre ventaja patrimonial y derecho de acrecer, de manera que no toda ventaja patrimonial supone un acrecimiento en sentido propio (12).

(10) En este sentido, GÓMEZ CORRALIZA, B., «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* incluidos los onerosos», en *RDP*, 1999, págs. 830 y 832.

(11) ROCA SASTRE, R. M., «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho Sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1948, pág. 251.

(12) Sobre el concepto de accesión, vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Código Civil*, Madrid, 1949, págs. 524-532; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 2, Barcelona, 1966, pág. 227; BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en *RGLJ*, 1971, pág. 103; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Comenta-*

Sí podemos quizá encontrar una cierta correspondencia en relación a la finalidad que se persigue con la aplicación de esta figura en los negocios *inter vivos*, ya que esta no puede ser otra que la voluntad del disponente de cambiar la trayectoria de determinados bienes, vía expansión automática de la cuota vacante al resto de los sujetos llamados solidariamente a un mismo objeto o derecho.

No cabe duda que estos problemas de adaptación del derecho de acrecer sucesorio a los negocios *inter vivos* tienen su origen en la distinta función y estructura de los actos *inter vivos* y *mortis causa*, diferencias que, tal y como a continuación pondremos de manifiesto, complican enormemente la extensión del fenómeno acrecitivo a esta clase de negocios.

III. LA ADMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Aunque es claro para un sector de la doctrina científica que la operatividad del derecho de acrecer no puede ser negada de manera rotunda en los negocios *inter vivos*, puesto que nuestro Código Civil recoge este fenómeno en el usufructo y en la donación conjunta entre cónyuges (13), sin embargo, no resulta tan clara la cuestión, al menos desde una perspectiva general, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad. A pesar de que la doctrina no es unánime a la hora de ofrecer respuesta a esta cuestión, existiendo opiniones contradictorias, no son pocos los autores que consideran admisible la operatividad del derecho de acrecer con fundamento en el citado principio. Vamos a proceder, por tanto, a analizar todos y cada uno de los argumentos que la

rios al Código Civil español, tomo III, Madrid, 1976, págs. 238-241; ALONSO PÉREZ, M., «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo V, vol. 1.º, 1980, págs. 192-200; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2.º, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 347-349; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Madrid, 1995, págs. 241-248; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 2001, págs. 219-221.

(13) Se planteaba la doctrina italiana, vigente el Código Civil de 1865, si el derecho de acrecer podía tener lugar en los negocios *inter vivos*. Al no existir referencia alguna al derecho de acrecer en esta clase de negocios, ni tampoco precepto que contemplase este fenómeno en negocios jurídicos concretos, la doctrina mayoritaria se limitaba a negar la operatividad del derecho de acrecer. No fue sino a partir de la regulación que sobre esta materia se introdujo en el nuevo Código Civil italiano de 1942, cuando se produjo un cambio en la línea de pensamiento, hasta el momento mayoritaria, en el sentido de admitir la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, si bien no de manera generalizada, al menos en determinadas situaciones de cotitularidad. Este cambio de orientación trae causa en la nueva regulación que el Código Civil italiano realiza del derecho de acrecer, al reconocer este fenómeno en las donaciones y en la renta vitalicia.

doctrina científica arguye a favor y en contra de la operatividad de esta figura, con objeto de poder ofrecer respuestas a esta concreta cuestión.

1. DOCTRINA CONTRARIA A LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Los autores que niegan la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* se apoyan, principalmente, en la estrecha conexión que el derecho de acrecer presenta con los negocios *mortis causa*, desde su origen en el Derecho romano, hasta tal punto que de las fuentes romanas no puede extraerse argumento alguno a favor de la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de sucesión (14). Pero no solo se apoyan estos autores en los antecedentes históricos para negar de manera generalizada la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, sino también en la falta de previsión legislativa que existe sobre esta cuestión. Para estos autores esta falta de previsión tiene su razón de ser en la imposibilidad de construir una teoría del derecho de acrecer aplicable a los negocios *inter vivos*, por resultar contraria a su naturaleza, teniendo en cuenta las diferencias estructurales, a las que ya nos hemos referido previamente, y que existen entre una clase de sucesión y otra (15). Para ROCA SASTRE es evidente que «*el derecho de acrecer, propia-*

(14) En este sentido, ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., págs. 251; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 166; PALMIERI, L., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 11. En un sentido opuesto, algunos autores parecen encontrar excepciones a la operatividad del acrecimiento. Al respecto, afirma SENIN que aunque debe insistirse en la idea de que el derecho de acrecer es un instituto que aparece unido desde su origen a la sucesión *mortis causa*, siendo este un principio comúnmente admitido por la doctrina, sin embargo, debe admitirse como excepción aquella introducida por Constantino en materia de donaciones *inter vivos*, cuando esta había sido realizada por el emperador a varias personas, ya que en este caso existía a favor de cualquiera de ellas un derecho de acrecer recíproco para el supuesto de que uno de los donatarios premuriese sin dejar descendencia; *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., págs. 205 y 206. A este supuesto añade ROBBE el caso del siervo en copropiedad. Afirma este autor que en los casos en que existía una situación de comunidad sobre un esclavo y este era manumitido por un único condómino, el manumitente perdía su propiedad sobre el esclavo, pero el esclavo no quedaba liberado ni totalmente, ni parcialmente, sino que la cuota del condominio que había liberado al esclavo acrecía automáticamente al resto, en proporción a sus cuotas. Este supuesto demuestra para ROBBE, sin lugar a dudas, la operatividad del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos*. No obstante, no nos parece que sea este un argumento decisivo para poder afirmar el reconocimiento generalizado de la operatividad de la institución en los negocios *inter vivos*. De hecho, a lo largo del Derecho intermedio, persiste la idea generalizada de que el derecho de acrecer es una institución extraña al campo de los negocios *inter vivos* y, especialmente, a los contratos onerosos; *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel Diritto Romano Classico*, Milano, 1953, págs. 78-81.

(15) En este sentido, PALMIERI, L., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 25 y 42.

mente dicho, no puede operar fuera del ámbito sucesorio, puesto que es en él donde precisamente puede hablarse de delaciones, vocaciones o llamamientos, terminología que se encuentra directamente conectada con la figura del derecho de acrecer» (16). Para este autor, a pesar de que puedan existir en los negocios *inter vivos* incrementaciones a favor del resto de sujetos cotitulares de asignaciones de bienes, sin embargo, no siempre puede hablarse de derecho de acrecer en sentido técnico (17). ROCA SASTRE pone como ejemplo de incrementaciones que tienen lugar en los negocios *inter vivos* el caso de la renuncia de uno de los comuneros a su cuota o el caso del usufructo conjunto (18). De esta opinión es BELTRÁN DE HEREDIA, para quien a pesar de la similitud de este fenómeno en ambas clases de sucesión, sin embargo, no es posible admitir el derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, al menos con carácter general, debido al derecho positivo y a la realidad jurídica, que establece grandes diferencias estructurales y funcionales entre ambas clases de sucesión, lo que impide extrapolar los presupuestos del derecho de acrecer sucesorio a los negocios *inter vivos* (19). Para defender su tesis este autor da el siguiente argumento: «Piénsese, sobre todo, en los actos a título oneroso, en los cuales a la prestación de una de las partes debe corresponder la contraprestación de la otra. Si un sujeto dispone a título oneroso frente a otros varios conjuntamente, será necesaria la aceptación de todos estos para que surja el negocio, y si uno no acepta, este no surge si su aceptación es esencial para la perfección del mismo, o bien surge por partes con respecto a los que aceptan, o, por último se constituye por la totalidad, pero debiendo aumentar la contraprestación los que aceptan para cubrir al que no acepta, no verificándose en ningún caso el derecho de acrecer, como fácilmente se comprende» (20).

Por otra parte, señalan los detractores del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* que al traer causa el acrecimiento en el venir a menos del adquirente, ya sea tras la adquisición por la renuncia al derecho ya adquirido, ya sea previamente por la falta de aceptación, estas situaciones no pueden dar lugar a una incrementación del derecho o del objeto por derecho de acrecer en sentido propio, ya que incluso ni tan siquiera puede hablarse en estos casos de vacante propiamente dicha (21). Estos concretos problemas de aplicación son los que han llevado a un sector de la doctrina al rechazo en términos generales de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

(16) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251.

(17) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251.

(18) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., págs. 251 y 252.

(19) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 166.

(20) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 168.

(21) SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 11; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 167.

2. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Los autores partidarios de la operatividad del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos* fundamentan su tesis en la necesidad de entender que las diferencias estructurales existentes entre ambas clases de sucesión no son un obstáculo irremontable que impida la actuación de este fenómeno, al permanecer inalterable no solo su estructura, sino también su función y sus efectos (22). Añaden estos autores como un argumento más a favor del derecho de acrecer, la expresa mención que realiza nuestro Código Civil sobre esta figura, al reconocer su operatividad en el supuesto de donación conjunta entre cónyuges y en el usufructo. En este sentido, consideran que el Código parece reafirmar la tesis favorable al acrecimiento, estableciendo una estrecha analogía entre el acrecimiento hereditario y el acrecimiento en los negocios *inter vivos*.

Para GÓMEZ CORRALIZA, defensor de esta tesis, no se plantean problemas en relación a la aplicación de los presupuestos del derecho de acrecer, ni tan siquiera en relación al problema tantas veces apuntado por los detractores de esta tesis acerca de la inexistencia de una cuota vacante que requiera la búsqueda de un destino. En este sentido, señala GÓMEZ CORRALIZA que al ser la vacante en la aceptación, y no en la sucesión, no parece que existan razones estructurales que impidan el acrecimiento, al poder tener lugar en ambas clases de negocios (23).

No obstante, siguen existiendo discrepancias entre los propios autores en cuanto a la extensión de esta figura de una manera generalizada a toda clase de negocios *inter vivos*. Los autores partidarios de dicha extensión ven en el principio de libertad contractual, tal y como a continuación expondremos, el único modo de admitir de una manera generalizada, con la regulación actual, el derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

(22) BUTERA, A., *Il patto di accrescimento nelle donazioni*, Giurisprudenza civile e commerciale, 1927, págs. 1098 y 1099; CHOL, J., *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, Lyon, 1933, pág. 7; SENIN, A., *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., págs. 229; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 47, 210 y 228; LUCINI CASALES, A., «El derecho de acrecer en los negocios jurídicos *inter vivos*», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, tomo II, 1976, págs. 239 y 240; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades», en *RCDI*, 1979, pág. 4; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 835-860; CAPOZZI, G., «Il diritto di accrescimento», en *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano, 2002, pág. 536; BOSCH CAPDEVILA, E., «El concepto de derecho de acrecer», en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, Murcia, 2004, págs. 676-679.

(23) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 830 y 832.

2.1. Posibles vías de admisión

La doctrina partidaria de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* hace referencia, como mecanismos que permiten la operatividad de este fenómeno jurídico en la sucesión *inter vivos*: la regulación legal del instituto y el principio de autonomía de la voluntad.

a) La vía legal como modo de extensión del derecho de acrecer a los negocios *inter vivos*

Uno de los argumentos que propone la doctrina a favor de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* es la previsión por parte de nuestro legislador del derecho de acrecer en esta clase de negocios, a través de su regulación en materia de donaciones y usufructo (24). Establece el artículo 521 del Código Civil, en materia de usufructo, que: «*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere*». Para este sector doctrinal nuestro legislador ha regulado, a través de este precepto, un caso claro de acrecimiento, al optar por la no extinción del usufructo hasta la muerte del último usufructuario, en lugar de establecer la consolidación de dicha parte con la nuda propiedad.

En materia de donaciones, la doctrina hace referencia al artículo 637 del Código Civil, como supuesto de derecho de acrecer, refiriéndose al caso de la donación hecha a varios conjuntamente. Señala el precepto que: «*Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiera dispuesto otra cosa*». Continúa el precepto señalando que: «*Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario*». A juicio de estos autores, el legislador establece como regla general en la donación la inoperatividad del derecho de acrecer, salvo voluntad contraria del donante. Ya en el segundo párrafo se establece, como excepción, su operatividad para las donaciones hechas conjuntamente a los cónyuges. A estos supuestos nos referiremos más detenidamente al estudiar los posibles casos de acrecimiento en los negocios *inter vivos*.

(24) En el Derecho italiano ha sido la previsión legal de este fenómeno jurídico en determinados negocios *inter vivos* lo que ha llevado a gran parte de la doctrina a acabar admitiendo la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de negocios. Su regulación en materia de donaciones y de renta vitalicia ha sido el argumento principal apuntado por sus partidarios (arts. 773.2 y 1874).

b) El principio de autonomía de la voluntad como fundamento del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*

La doctrina partidaria del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* ha querido ver en el principio de autonomía de la voluntad la única vía posible para admitir de manera generalizada la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de negocios. Teniendo en cuenta, tal y como señala GALGANO, que la autonomía contractual significa, en sentido positivo, que las partes pueden, entre otras cosas, determinar, dentro de los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato (25), los partidarios del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* no ven problema alguno en admitir este fenómeno con fundamento en el citado principio (26). Para GÓMEZ CORRALIZA: «*si partimos de la afirmación de que el derecho de acrecer tiene como justificación última el asegurar una determinada trayectoria a los bienes hereditarios, esta misma finalidad puede encontrarse en los negocios inter vivos a través del principio de autonomía de la voluntad, por lo que no debe entenderse que las razones históricas o las diferencias estructurales entre ambas clases de sucesión supongan un obstáculo irremontable como para afirmar la exclusividad sucesoria del derecho de acrecer y negar que este instituto pueda ser trasplantado por vía convencional al ámbito de los negocios inter vivos*» (27).

Los autores partidarios del derecho de acrecer convencional han distinguido a los efectos de admitir la operatividad de este fenómeno, los negocios a título gratuito, de los negocios a título oneroso, pronunciándose unánimemente a favor de su admisión en los negocios a título gratuito, dada su naturaleza asimilable a la sucesión *mortis causa*. Complicada se plantea la cuestión en los negocios a título oneroso. La propia naturaleza de esta clase de negocios parece impedir su operatividad, planteándose problemas de incompatibilidad, puesto que tratándose de negocios jurídicos bilaterales, en los que la prestación de una parte se corresponde con la contraprestación de otra, el negocio no queda perfeccionado hasta que no se produzca la aceptación de la oferta realizada por una de las partes. De este modo, si son varios los que deben aceptar y uno de ellos no

(25) *El negocio jurídico* (trad.: BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA), Valencia, 1992, pág. 67. Sobre este particular, vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1978, págs. 5-9; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, págs. 11-18; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 3, Madrid, 1992, págs. 524-528; BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, págs. 43-54; FLUME, W., *El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil*, tomo II (trad.: Miquel GONZÁLEZ y GÓMEZ CALLE), Madrid, 1998, págs. 23-48.

(26) SENIN, A., *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., pág. 208; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 217 y 218; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 217 y 218; también en Voz «Accrescimento», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo I, 1958, pág. 328.

(27) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 830, 831 y 835.

llega a hacerlo, no parece que pueda hablarse propiamente de vacante, puesto que la titularidad no ha dejado en ningún caso de ser del oferente (28).

Para GÓMEZ CORRALIZA, defensor de la operatividad del acrecimiento en los negocios de carácter oneroso, la única diferencia que existe entre el derecho de acrecer en los negocios gratuitos y onerosos es que en estos últimos igual que es onerosa la adquisición, ha de serlo también la cuota acrecida, requiriendo la correspondiente contraprestación (29). Para salvar el posible problema de adaptabilidad que plantean algunos autores, distingue GÓMEZ CORRALIZA entre oferta fija y oferta expansiva. Define este autor la oferta fija como «*aquella en la que la cuota de cada destinatario permanece invariable cualesquiera que sean las vicisitudes de las cuotas restantes*». En cuanto a la oferta expansiva, la define como «*aquella en la que la cuota de cada destinatario puede variar en función de la aceptación o no de las cuotas restantes*». En este sentido, el derecho de acrecer podrá tener lugar en aquellos negocios que permitan que exista un determinado lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación, puesto que al existir una oferta condicional, ello puede provocar la existencia de una cuota fallida por la falta de aceptación de alguno de los sujetos. Debiendo, por tanto, dar un destino a dicha cuota, el problema quedaría resuelto con la oferta expansiva o acrescitiva (30).

A nuestro juicio, esta tesis parece chocar con la letra del artículo 1262 del Código Civil, ya que a pesar de que pueda existir un proceso previo de formación del contrato, sin embargo, la exteriorización de la voluntad es simultánea o en un solo acto (31). La necesidad de que se produzca una concurrencia de voluntades, es decir, el concurso entre la oferta y la aceptación para que el contrato nazca a la vida jurídica (32), parece eliminar la posibilidad de acrecimiento,

(28) En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 166-169. Respecto al Derecho italiano, señala SCOGNAMIGLIO que en los negocios a título oneroso, si es necesaria la aceptación de cada uno de los sujetos a los que se ha realizado la oferta y alguna aceptación no se produce, tendremos que entender que no nace el contrato a la vida jurídica; puede ser también que, si no es necesaria la aceptación de todos y cada uno de los destinatarios de la oferta se constituya el contrato por partes. En ambos casos resulta inoperante el acrecimiento. Podrá existir un aumento de la cuota de cada uno de los contratantes supérstites, pero en ningún caso la naturaleza de dicha incrementación resultará asimilable al acrecimiento en sentido técnico; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., pág. 16; ROBBE, U., Voz «accrescimento», cit., pág. 175.

(29) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 842.

(30) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 843-854.

(31) MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Código Civil*, cit., pág. 661.

(32) PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil español*, tomo III, Barcelona, 1966, pág. 461; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., págs. 173-180.

Señala LALAGUNA que el artículo 1258 del Código Civil se refiere exclusivamente a los contratos consensuales y no a los contratos reales o formales. No obstante, estas categorías de contrato exigen otros requisitos distintos del consentimiento, lo que no quita la necesidad del consentimiento; «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», cit., págs. 396

puesto que, simplemente, el contrato desplegaría su eficacia respecto de los sujetos aceptantes (33). Aunque es cierto que dicho pacto no atentaría contra la ley, la moral o el orden público, ello no supone que ya de por sí debamos identificar sus efectos con los del acrecimiento en sentido propio. Para CLEMENTE DE DIEGO la solución dependerá de la voluntad de las partes. Se plantea así este autor, al estudiar el modo de perfección de los contratos, qué sucedería si la oferta fuese dirigida a varios sujetos, y de estos solo aceptasen algunos: «*La contestación depende de la intención que tuvieron los contratantes. Si su intención fue formar un contrato único y complejo entre todos los aceptantes y oferentes, entonces la aceptación de algunos no produce consecuencias jurídicas y el contrato no se forma; pero si eran ofertas y aceptaciones individuales y separadas, de modo que su intención presumible era formar contratos independientes, entonces valdrán las aceptaciones realizadas por algunos para formar tantos contratos*» (34).

Hay que pensar que la libertad contractual no es un poder absoluto del particular para determinar arbitrariamente el contenido de sus relaciones jurídicas, sino que se trata simplemente de la libertad del sujeto para escoger una alternativa entre las diversas opciones que el Derecho le permite. Es evidente que, aunque las partes pueden pactar aquello que deseen siempre que lo estipulado no contravenga lo expresamente prohibido por el legislador, el tipo contractual no deja de tener su propia ley sobre la que no puede incidir la autonomía privada (35). Es el caso de las normas que regulan la perfección del contrato.

2.2. Diferencias en torno a su operatividad en atención al momento de producción de la vacante

La doctrina partidaria del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos* ha tomado en consideración, para admitir la operatividad de este fenómeno, no solo la naturaleza del negocio celebrado, sino también el momento de producción de la vacante. De este modo, dependiendo de cuando se produzca dicha circuns-

y 397. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 3, Madrid, 1992, págs. 715-717; PELLICER, J., Voz «Oferta», en *NEJ*, Barcelona, 1986, pág. 366; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, 1998, págs. 240 y 242.

(33) Sobre este particular, BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 676.

(34) *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4.º, Madrid, 1920, pág. 268.

(35) MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo XX, Madrid, 1958, págs. 559 y 560; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al artículo 1255*, tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1950, pág. 287; REVERTE NAVARRO, A., «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 1.º-A, pág. 240.

tancia los autores acaban admitiendo o negando la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

La mayoría de autores que se han dedicado al estudio del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* han distinguido dos supuestos claramente diferenciados en orden a admitir la operatividad de este fenómeno: el supuesto de vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados y el caso de vacante posterior a dicha adquisición (36). Dependiendo del momento en que tenga lugar la vacante, y del negocio de que se trate, los autores se pronuncian a favor o en contra del derecho de acrecer. Para BELTRÁN DE HEREDIA las diferencias existentes entre ambos momentos son evidentes. Mientras que la vacante anterior a la adquisición no es seguro que se produzca, ya que todos los cotitulares pueden querer y poder aceptar, sin embargo, sí es seguro que tal vacante se produzca en algún momento posterior a la adquisición. En este sentido, mientras el acrecimiento anterior a la adquisición solo tendría lugar cuando la ley lo estableciese, o el sujeto que dispone conjuntamente a favor de varios estipulase que si uno no quiere o no puede aceptar, su cuota acrezca a los demás; en cambio, el acrecimiento posterior tendría lugar cuando un sujeto dispusiese conjuntamente a favor de varios, insertándose en su disposición la obligación legal o convencional de acrecer, comprensiva de que la parte adquirida por cada uno de ellos vaya transmitiéndose a los supervivientes. En este último caso, el acrecimiento opera en el sentido de que tal cuota, ya adquirida por un cotitular, al faltar este, no se transmite a sus herederos sino a los coadquirientes supérstites (37).

a) Acrecimiento anterior a la adquisición

Se habla de acrecimiento anterior a la adquisición cuando el efecto de incrementación se produce con anterioridad a la aceptación de todos y cada uno de los sujetos que han sido llamados conjuntamente a un mismo objeto o derecho. Aunque en estos casos la doctrina coincide en que la falta de adquisición por alguno de los sujetos tiene como efecto la adquisición de la *cuota vacante* por el resto de los llamados, no obstante, la doctrina partidaria del derecho de acrecer anterior a la adquisición hace depender su operatividad del tipo de negocio celebrado. Así, para ROCA SASTRE el acrecimiento previo a la adquisición por todos y cada uno de los llamados únicamente opera en materia de donaciones. Explica este autor que adquiriéndose por cada codonatario el todo (donación que se hace del entero a varias personas, en cuyo caso, faltando un aceptante

(36) Es el caso de SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 15 y 47.

(37) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 172-173. En este sentido, LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 248.

los otros adquirirían su parte), su derecho se expande por venir a menos el derecho de los otros codonatarios. En opinión de este autor el fundamento de esta afirmación tiene su razón de ser en la naturaleza de la donación, ya que el ámbito del derecho sucesorio y el de las donaciones tienen contactos entre ellos, dada la nota común de liberalidad (38). Para BELTRÁN DE HEREDIA el fundamento de esta afirmación se encuentra en que los demás actos distintos a la donación no implican el empobrecimiento del donante y el consiguiente enriquecimiento del donatario, sino que se limitan a reconocer una determinada ventaja, sin necesidad de que haya que realizar ninguna contraprestación, cuestionándose así el sentido del acrecimiento en otros negocios como el comodato o en el mutuo, cuando, en definitiva, en tales negocios cada uno de los sujetos tiene que devolver cuanto recibió, y en consecuencia, cuanto más reciba más tiene que restituir (39).

Aunque la mayoría de la doctrina favorable al acrecimiento anterior a la adquisición defiende su operatividad únicamente en materia de donaciones, algunos autores se han pronunciado a favor de su admisión en los negocios jurídicos onerosos (40). LUCINI CASALES pone como ejemplo las estipulaciones a favor de tercero, la renta vitalicia conjunta y los derechos reales de adquisición.

Sobre la estipulación a favor de terceros, señala el artículo 1257, en su párrafo segundo, que «*si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*». Para LUCINI CASALES aunque el artículo 1257 del Código Civil contempla la hipótesis de un contrato en el que solo una parte del contenido es destinada al tercero, no parece existir inconveniente en superar la literalidad del artículo 1257 del Código Civil y admitir un contrato en el que todo su contenido verse sobre una prestación definitiva, destinada íntegramente a ser recibida por varias personas conjuntamente, conjunción que puede articularse solidariamente, supuesto este último que constituye un marco adecuado en el que desenvolverse el fenómeno

(38) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251. En este sentido, SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., págs. 15-17; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit. págs. 169 y 170; ROBBE, U., Voz «*accrescimento*», cit., pág. 15.

(39) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 169 y 170. Para GAZZARA en estos negocios distintos de la donación es evidente la expansión del derecho del beneficiario que, aunque sea temporalmente, consigue por entero el objeto de la prestación a otra parte, que estaba destinada a sufrir el concurso de los destinatarios. El beneficiario simplemente deberá restituir cuanto ha recibido, consiguiendo así el derecho por entero aunque sea temporalmente; *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 46, 217 y 218.

(40) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 842. En este sentido, GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 218 y 219; CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, cit., pág. 537. En contra se manifiestan SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., pág. 16; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 167-168.

acrescitivo. De este modo, y con base en el principio de libertad contractual, esta estipulación a favor de varios beneficiarios se estructuraría como un llamamiento solidario que se traduciría en la existencia de una voluntad de adquisición de dicha parte por el resto, en caso de que alguno no llegase a aceptar la prestación (41). Entre sus requisitos podemos señalar: la existencia de una estipulación a favor de varios beneficiarios, por partes iguales y con alguna conexión interna entre ellos, debiendo entenderse excluidos los supuestos de mancomunidad (42). El fundamento del derecho de acrecer lo sitúa el autor en la libertad de pacto entre las partes.

En el caso de los derechos reales de adquisición, LUCINI CASALES defiende la operatividad del derecho de acrecer con fundamento nuevamente en la autonomía privada (43). Cuando se habla de derechos reales de adquisición se está haciendo referencia a los derechos que otorgan a su titular el poder de hacer suya, abonando su valor, la cosa ajena sobre la que recae el derecho. Incluye LUCINI CASALES, dentro de esta categoría, los derechos de tanteo y retracto, y el derecho de opción. En el derecho de tanteo y retracto, cuyo nacimiento se produce como consecuencia de la enajenación de una cosa, mediante venta u otro negocio traslativo y faculta a su titular para sustituir al adquirente de aquella o subrogarse en su posición, pagando su precio (44), es complicado entender que pueda operar el mecanismo del acrecimiento. Por lo que se refiere al derecho de retracto, la cosa se complica a raíz de la regulación contenida en el artículo 1514 del Código Civil, el cual parece impedir el juego del acrecimiento. Señala el artículo 1514 que: «*Cuando varios, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva*». De este modo, el artículo 1514 en ningún caso permite contemplar un supuesto de llamamiento solidario, entendido como llamamiento de cada uno de los titulares al derecho por entero, requisito necesario para la operatividad del acrecimiento. LUCINI CASALES intenta defender la posibilidad de que el retracto convencional pueda ser ejercitado por cualquiera de los vendedores, de tal modo que fuera eficaz por el todo frente al comprador retraído. En el caso de pluralidad de sujetos en la parte vendedora, y con fundamento en la autonomía contractual, podría acordarse, a su juicio, que solo lo ejerzan alguno o algunos de ellos; que recaiga sobre la totalidad de la cosa o simplemente sobre una parte. Esta solución no deja de ser un tanto artificial o cuanto menos difícilmente catalogable de acrecimiento. Para GARCÍA CANTERO ante la pasividad de alguno de los contrayentes pueden

(41) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 257 y 258.

(42) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 259.

(43) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 262.

(44) LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, Madrid, 2004, pág. 329; CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001, pág. 178.

los demás ejercitar la acción de retracto por el todo en nombre de los demás, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que hayan sido anticipados, lo cual no atentaría contra lo dispuesto en el artículo 1514 del Código Civil, al ser, no en provecho propio, sino en beneficio de los demás (45). Sin embargo, nada dice respecto a que dicho efecto tenga lugar por derecho de acrecer, pareciendo, más bien, que no puede hablarse ni tan siquiera de una incrementación en beneficio del resto, ya que se trata simplemente de una acción que repercuete en beneficio o provecho de todos.

Por lo que respecta al tanteo, entendido como la preferencia que por disposición de la ley o por virtud del acto o negocio jurídico, tiene su titular para la adquisición de una cosa cuando su propietario se dispone a enajenarla (46), no parece lógico entender que la falta de ejercicio del tanteo por alguno de sus titulares permita al resto adquirir mayor porcentaje por derecho de acrecer, a pesar del posible carácter consensual del tanteo. No parece que un potencial incremento de la prestación que hubiese de ser satisfecho en el momento de ejercitar el tanteo por vacante de alguno de los llamados, lo que se traduce lógicamente en un aumento de la participación en el derecho al que todos son llamados, deba entenderse como un caso de acrecimiento.

Lo mismo debemos decir del derecho de opción, entendido como el derecho que una de las partes (concedente) atribuye a otra (beneficiario de la opción) mediante el cual esta última puede decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato (47). Los autores se plantean si es posible pactar que el ejercicio por alguno de los titulares de este derecho pueda ser en la totalidad, con la consecuencia tanto de liberarle de un condominio como de incrementación de la cuota al resto, para el caso de que alguno de los titulares no quiera o no pueda ejercitar el derecho de opción (48). En principio, parece difícil también aquí entender que en el caso del derecho de opción el no ejercicio del derecho por alguno de los titulares pueda dar lugar a una incrementación a favor del resto por efecto del derecho de acrecer.

(45) «Comentario a los artículos 1513 a 1517», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XIX, 1991, págs. 594 y 595.

(46) WOLFF, M., *Derecho de cosas* (trad.: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER), vol. 2, Barcelona, 1937, pág. 132; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 764; FELIU REY, M. I., *El tanteo convencional*, Madrid, 1997, pág. 19.

(47) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, III-3, Barcelona, 1974, págs. 500 y 501; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., págs. 409 y 410. Sobre el concepto de opción, vid. los estudios de MENGUAL, J. M., «La opción como derecho y como contrato», en *RGLJ*, 1936, págs. 131-146; MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, 1951, núm. 273, págs. 73-94; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 757; CAÑIZARES LASO, A., «Arrendamiento con opción de compra: cesión del derecho a favor de uno de los titulares (comentario a la STS de 6 de noviembre de 1989)», en *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, pág. 77.

(48) A favor, LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 263 y 264.

Aunque pueda ser válido dicho pacto, sin embargo, no se dan los presupuestos del acrecimiento, puesto que no puede hablarse de llamamiento solidario, sino de una simple cotitularidad en el derecho; tampoco puede hablarse de vacante que permita la operatividad del derecho de acrecer, ya que simplemente, aquel que no ejercite el derecho de opción habrá mostrado su deseo de no adquirir finalmente el objeto determinado señalado en el precontrato (49). Como señala PUIG BRUTAU, la consecuencia del fallecimiento del optante, dentro del plazo para optar, no puede ser otra que la no extinción del derecho de opción y su inclusión como parte de los derechos transmisibles que integran el patrimonio hereditario del optante (50).

Tal y como puede observarse, las opiniones, aun favorables al acrecimiento anterior a la adquisición, son contradictorias a la hora de señalar los concretos negocios en los que puede operar este fenómeno jurídico.

b) Acrecimiento posterior a la adquisición

Entiende la doctrina por acrecimiento posterior a la adquisición, el efecto de incrementación que tiene lugar cuando existe una disposición conjunta a favor de varios sujetos y se establece que la parte adquirida por cada uno de ellos vaya transmitiéndose a los supérstites a medida que falten el resto de sujetos, de modo que todo el derecho se concentre en el último que sobreviva. Se trata, por tanto, de una incrementación que tiene lugar después de haberse producido la aceptación por parte de todos los destinatarios de la oferta o delación. Los adquirentes, a su fallecimiento, no transmiten la cuota a sus herederos, sino que esta es automáticamente absorbida por los coadquirentes sobrevivientes, hasta llegar al último, el cual reúne por entero la titularidad inicialmente transmitida en concurrencia con los demás. En este sentido, el acrecimiento posterior a la adquisición se configura como un mecanismo de transmisión sucesiva, que presenta una evidente similitud con la sustitución fideicomisaria (51), si bien con la diferencia de que en el caso del acrecimiento no resultaría necesaria una

(49) Tal y como afirma la profesora CAÑIZARES LASO, transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho potestativo de opción, este simplemente caduca: «Prescripción y caducidad: la opción de compra, un ejemplo de derecho potestativo», en *Sepin*, núm. 5, 2010, pág. 34.

(50) *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, Barcelona, 1994, pág. 326.

(51) Es tal la similitud que, al prohibir el Derecho italiano en el viejo Código las sustituciones fideicomisarias, los autores veían en el derecho de acrecer un mecanismo para vulnerar dicha prohibición. SCOGNAMIGLIO, contrario a esta tesis, afirmaba que no podía dejar de admitirse el acrecimiento posterior a la adquisición por su evidente semejanza con la sustitución fideicomisaria, puesto que se trata de dos figuras distintas. Mientras en la sustitución fideicomisaria existe una doble llamada, en el derecho de acrecer existe una única llamada simplemente limitada por efecto del concurso; mientras en la sustitución se produce un orden sucesivo, en el acrecimiento lo que se produce es una única llamada; mientras en

nueva aceptación para sucesivas adquisiciones de las cuotas de los cotitulares que vayan faltando (52).

La doctrina partidaria del acrecimiento posterior a la adquisición pone como ejemplo de acrecimiento sucesivo, el usufructo y la renuncia liberatoria de un comunero a su cuota en la comunidad. En el primer caso la doctrina fundamenta su operatividad en la redacción del artículo 521 del Código Civil, que establece la posibilidad de no extinción del usufructo hasta la muerte de la última persona que sobreviviere. Señalan algunos autores que la decisión del legislador en este sentido trae causa en la naturaleza temporal del usufructo, lo que hace a este negocio perfectamente compatible con un pacto de acrecimiento (53), siempre y cuando se den los presupuestos del derecho de acrecer. En el segundo caso la doctrina fundamenta su postura en el siguiente sentido: si la renuncia supone un incremento proporcional de las obligaciones de los comuneros que han de suplir al que renunció, también debe llevar consigo una expansión o incremento correlativo y proporcional de la cuota de los que permanecen en la comunidad a costa de la del renunciante.

La admisibilidad de esta tesis plantea, a nuestro juicio, ciertos problemas de adaptación a lo que sería la propia configuración de la institución del acrecimiento. El primer problema que plantea la extensión del derecho de acrecer a esta clase de negocios es la necesidad de entender que la vacante apta para producir el efecto del acrecimiento pueda tener lugar con posterioridad a la aceptación de todos y cada uno de los llamados, situación que, en principio, no parece tener cabida en nuestro Código Civil, ya que, en materia hereditaria, el Código Civil establece la necesidad de que se produzca una vacante previa a la adquisición por cada uno de los llamados (54).

Un segundo problema que se plantea es la supuesta restricción a la libertad dispositiva de cada coadquirente, lo que aparece muy ligado al tema de las prohibiciones de disponer, puesto que el acrecimiento sucesivo implicaría —según algunos autores— una restricción a la libertad de disposición de cada coadquirente, debiendo ser interpretadas restrictivamente (55), y estar supeditadas a una causa motivadora justa (56). Al ser la libre circulación de bienes

la sustitución fideicomisaria existe una obligación de conservar y restituir, no es esto lo que sucede en el acrecimiento; *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 57-62.

(52) GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit. pág. 855.

(53) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 175; LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 266; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 859.

(54) Artículo 982 del Código Civil.

(55) Sobre los criterios necesarios para la validez de las prohibiciones de disponer, véanse las SSTs de 25 de junio de 1945 [*RJ* 1945/722], 13 de diciembre de 1991 [*RJ* 1991/9713], 14 de octubre de 1996 [*RJ* 1996/7107] y 11 de diciembre de 2001 [*RJ* 2001/9996].

(56) GONZÁLEZ, J., «Prohibiciones de disponer», en *RCDI*, 1925, págs. 659-686; MARTÍNEZ SARRIÓN, A., «Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer», en

un principio general del tráfico, esta no puede quedar entorpecida fuera de los casos determinados expresamente. No obstante, la admisión o no de las prohibiciones de disponer variará dependiendo de si se encuentra inserta en un negocio *mortis causa* o *inter vivos*, y en este último caso, dependiendo de si se trata de un negocio a título gratuito u oneroso, lo que afectará de un modo diverso al tema que aquí tratamos. Debemos tener en cuenta que únicamente las prohibiciones establecidas en los actos a título gratuito son prohibiciones de disponer genuinas, mientras que aquellas establecidas en los actos a título oneroso son obligaciones de no disponer (57), por lo que algunos autores se muestran contrarios a admitir las prohibiciones de disponer en este último supuesto, salvo la excepción contenida en el artículo 521 del Código Civil para el caso del usufructo sucesivo (58). Pero, ¿nos encontramos realmente en este caso ante una prohibición de disponer? ¿Existe realmente en estos supuestos una obligación de conservar y restituir la cosa cuando no hay mención expresa al respecto? Lo cierto es que esta cláusula conlleva que el donatario que adquiere no pueda disponer de la cuota ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*, lo que resultaría contrario al principio de la libertad de disponer y de enajenar, resultando dudoso que el principio de libertad contractual permita un pacto que choca con la realidad jurídica.

Un tercer problema que se plantea es el relativo a los derechos sucesorios del difunto. Es claro que con este pacto los posibles herederos ven frustrados sus derechos sucesorios, al impedir la apertura de la sucesión; o, simplemente, una supuesta presunción de voluntad favorable al acrecimiento derivada de la interpretación de una cláusula del contrato, que impide a los herederos suceder en su parte, solución que a priori resulta por lo menos discutible.

En virtud de lo expuesto, no parece admisible catalogar dicho efecto de incrementación de acrecimiento en sentido técnico. Son tantas las diferencias estructurales existentes que incluso los propios autores partidarios del derecho de acrecer sucesivo dudan de su operatividad en determinados negocios (59).

RDP, 1964, págs. 89-107; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derechos de adquisición preferente», en ADC, 1965, págs. 953-988; MONTÉS PENADÉS, V., «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en ADC, 1974, pág. 324; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, vol. 1.º, Barcelona, 1983, pág. 286; DE BUEN, D., *Notas a Colin y Capitant*, Madrid, 1984, pág. 291; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 324; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en ADC, 1991, págs. 1479-1484; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2, vol. 1, Madrid, 1992, pág. 255; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992, págs. 60 y 61; ALPAÑES, E., «Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer», en RGLJ, 1998, pág. 74.

(57) CAÑIZARES LASO, A., *Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias*, cit., pág. 1454.

(58) CAÑIZARES LASO, A., Voz «prohibiciones de disponer», en EJB, 1995, pág. 5270.

(59) Un ejemplo de ello lo encontramos en las afirmaciones que realiza GÓMEZ CORRALIZA, para quien la solución va a depender de la naturaleza del negocio celebrado, ya

3. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE INCREMENTACIÓN QUE TIENEN LUGAR EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Ya hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores las dificultades de elaborar una teoría unitaria acerca de la operatividad del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos*, dadas las diferencias estructurales que existen entre los distintos tipos de negocio jurídico en los que tiene lugar un cierto efecto de incrementación de cuota. En este sentido, parece, por tanto, necesario analizar de manera individualizada algunos supuestos de incrementación que tienen lugar en los negocios *inter vivos*, con objeto de profundizar en la posible operatividad de este fenómeno en la sucesión *inter vivos*. Desde esta perspectiva, vamos a referirnos a tres supuestos distintos en los que se produce dicho efecto: la renuncia de un comunero a su cuota en situaciones de comunidad, el fallecimiento de uno de los pensionistas cuando se ha constituido una renta a favor de varias personas conjuntamente y la compraventa con pacto de acrecimiento.

3.1. *El derecho de acrecer en caso de renuncia de uno de los comuneros*

El artículo 395 del Código Civil prevé como derecho del comunero la renuncia a la parte que le corresponde en el condominio: «*Todo copropietario tendrá derecho, para obligar a los partícipes, a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Solo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio*». A pesar de que el artículo 395 permite al comunero renunciar a su parte en el condominio, sin embargo, no hace referencia alguna a cuál deba ser el destino de la porción renunciada. Esta imprevisión ha originado un debate en la doctrina, existiendo

que si el negocio es gratuito resultará válido el acrecimiento sucesivo, lo que no sucederá si el negocio es oneroso, al resultar prohibitivo, tal y como sucede con las prohibiciones de disponer; *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 859-860. En contra, se manifiesta MOLLEDA, para quien, aunque podría hablarse de acrecimiento, sin embargo, no tendría nada que ver con el derecho de acrecer propio del derecho de sucesiones porque no es necesario un llamamiento solidario previo al cusufructo, y porque su fundamento se encuentra en la propia situación estática de cotitularidad. Así, según este autor, si se opta por el criterio de la expansión, no se puede hacer por razón del hipotético llamamiento conjunto o solidario que pudo dar lugar a la situación de comunidad o cotitularidad, por lo que resulta improcedente unificar en el mismo esquema conceptual la expansión en las situaciones de comunidad y el derecho a acrecer en los llamamientos conjuntos; «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 537-538. De la misma opinión es ROCA SASTRE, ya que, a su juicio, no estamos ante un supuesto de derecho de acrecer propiamente dicho, puesto que se trata de una comunidad ya consumada, en la que no se da ningún supuesto de llamamiento, vocación o delación, no debiendo confundirse la incrementación propia de toda comunidad en marcha con el verdadero derecho de acrecer; *El llamado derecho de acrecer...*, cit. págs. 252 y 253.

opiniones enfrentadas entre aquellos que consideran que el abandono del comunero produce como efecto que dicha parte deba ser adquirida por ocupación, y aquellos que entienden que se produce un verdadero acrecimiento de las otras partes que permanecen en comunidad.

Aunque la doctrina mayoritaria considera que esta renuncia expande el derecho del resto de comuneros, solo algunos autores relacionan esta expansión con el derecho de acrecer en sentido técnico (60). Los argumentos que aportan a favor del derecho de acrecer son los siguientes: en primer lugar, que la cuota representa, no ya el objeto del derecho correspondiente a cada condómino, sino la razón o proporción según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o a cargo de los partícipes, afectando el derecho de cada uno al total de la cosa; en segundo lugar, la analogía que existe con el caso de la sucesión, al compartir igual razón, puesto que la proindivisión de la cosa hace que la parte renunciada vaya a aquellos que tienen igual derecho que el renunciante; en tercer lugar, la equidad, ya que existe una justa compensación en pro de los demás condueños porque sobre ellos recae el cumplimiento de la obligación de que se ha librado el que renunció; en cuarto lugar, la parte renunciada incrementa al resto de comuneros automáticamente, al no ser necesario, según estos autores, la aceptación de la renuncia por el resto; en quinto lugar, la interpretación del propio contexto del artículo 395, del cual se deduce claramente que la renuncia se hace en favor de la comunidad que soportó todos los gastos de conservación. De esta última opinión es BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, quien ve como consecuencia importantísima de esta renuncia, la expansión correlativa del derecho de los demás copartícipes que acrecen aquella porción, entendiendo que aunque el Código Civil no lo recoge expresamente en el artículo 395 del Código Civil, se puede deducir de su contexto porque la renuncia se hace a favor de la comunidad, que soportó todos los gastos de conservación (61).

(60) En un sentido favorable, CASTÁN TOBEÑAS, J., «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, 1929, pág. 233; MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo VII, Madrid, 1943, págs. 324 y 325; BONET CORREA, J., *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del comunero*, Madrid, 1961, págs. 28-31; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 258 y 327; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, cit., pág. 298; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1976, pág. 536; MIQUEL, J. M., «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo V, vol. 2, Madrid, 1985, págs. 120 y 121; también en «Comentarios al artículo 395», en *Comentarios del Código Civil*, Madrid, 1993, pág. 1081; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2, Madrid, 2004, pág. 361; BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 677; VÁZQUEZ BARROS, S., *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Barcelona, 2005, págs. 107 y 151.

(61) *La comunidad de bienes en Derecho español*, cit., págs. 257-258.

Los autores contrarios a que esta incrementación pueda tener lugar por efecto del derecho de acrecer consideran que dicha porción, al ser *res nullius*, se adquiere por el resto de comuneros por ocupación, puesto que cada copropietario no tiene más que un derecho a una parte ideal, existiendo cuotas distintas (62). A este argumento podría objetarse que el artículo 395 del Código Civil se refiere en todo momento a la renuncia, y no al abandono, lo que nos hace presuponer que el legislador no estaba pensando precisamente en la ocupación (63).

Para un tercer grupo de autores, ni estamos ante un caso derecho de acrecer en sentido propio, ni tampoco de ocupación. Señalan estos autores que al encontrarnos simplemente ante diferentes fragmentos de la propiedad total, el hecho de abandonarse o renunciarse una cuota de participación supone que dicho pedazo quede absorbido en el todo, reconstruyéndose en su plenitud el derecho por el simple hecho de la renuncia, adquiriendo de este modo un fundamento distinto del derecho de acrecer en sentido propio. En este sentido, afirman que el artículo 399 establece una idea de partes que propiamente excluye la posibilidad de titularidad solidaria y, por tanto, de acrecimiento (64).

A nuestro juicio, parece difícil considerar que dicha incrementación pueda asemejarse al derecho de acrecer sucesorio. Aunque los antecedentes históricos no ayudan a ofrecer una solución en uno u otro sentido, no obstante, hay que tener en cuenta que, si bien el Derecho romano clásico acogió esta teoría en materia de comunidad, no está tan claro que en el Derecho justiniano se siguiese

(62) En este sentido, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, II-4, Valladolid, 1936, pág. 241, nota 4; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El acrecimiento en la mejora», en *AAMN*, 1950, pág. 575.

(63) De hecho hay que tener en cuenta, tal y como afirma BONET CORREA, que los derechos no se abandonan, se renuncian; mientras que las cosas y bienes se abandonan; *La renuncia exonerativa...*, cit., pág. 20.

(64) GONZÁLEZ, J., «La renuncia en el Derecho Inmobiliario», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo 2, Madrid, 1948, pág. 41; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario», en *RDP*, 1955, págs. 1117 y 1118; ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251; ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», en *ADC*, 1957, pág. 106. Para LUCINI CASALES se trataría de un acrecimiento aunque no en sentido propio; *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 267. En contra BONET, quien afirma que: «Cuando el 399 dice que “todo condueño tendrá derecho a la plena propiedad de su parte”, este efecto “estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”, lo que supone que no se trata de una “parte” con el fin de alejar toda idea de solidaridad, sino que se propone el considerarla en vista de un resultado, es decir, respecto del momento en que esa titularidad conjunta se desintegra. Por eso, cuando el artículo 395 del Código Civil habla de renuncia a la parte que le pertenece en el dominio, no se refiere a esa parte material y concreta del momento de la división, sino a la cuota ideal que indica la medida de participación dentro de la cotitularidad como propietario, según la concepción romanista del condominio. Por tanto, tenemos que concluir que la frase “por mitad” o “por partes iguales” u otras que aunque designen partes alícuotas, como sucede en el artículo 395, no excluirán el derecho de acrecer, según el propio criterio del párrafo segundo del artículo 983»; *La renuncia exonerativa...*, cit., págs. 28-30.

esta tesis. De este modo, el supuesto de acrecimiento en el caso de la manumisión parcial del siervo común constituyó una aplicación especial del derecho de acrecer, hasta tal punto que el abandono de la cuota en el condominio tenía como efecto normalmente la adquisición por ocupación (65). Pero, dejando atrás este argumento, el mayor problema que plantea su admisibilidad sigue siendo el de la imposibilidad de aplicar los presupuestos del derecho de acrecer al caso de renuncia de uno de los comuneros. El problema que se plantea a la hora de admitir la operatividad de este fenómeno en situaciones de comunidad es la aplicación de los presupuestos del instituto al caso de la comunidad de bienes y, en concreto, la imposibilidad de ver en la renuncia del comunero una vacante apta para la operatividad del derecho de acrecer. Nuestro Código Civil establece como presupuesto para la operatividad del derecho de acrecer la existencia de una vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados. En el caso de renuncia de un comunero no parece ni tan siquiera que pueda hablarse de vacante propiamente dicha. En este caso se trata de una comunidad ya formada en la que el comunero renuncia con posterioridad a la creación de la situación de comunidad. Ello impide que se pueda cumplir con el presupuesto de vacante, puesto que la adquisición por todos y cada uno de los comuneros ya se ha producido. Tampoco parece que pueda verse en esta incrementación la existencia de una vocación solidaria a una pluralidad de sujetos, de modo que se entiendan llamados cada uno de ellos eventualmente al todo desde el principio. La doctrina favorable al derecho de acrecer en caso de renuncia del comunero viene a identificar el llamamiento solidario con las situaciones de cotitularidad. La comunidad, como forma de cotitularidad, requiere la presencia de varios sujetos individuales, creándose una serie de relaciones jurídicas que nacen de la coparticipación, formando una sola titularidad conjunta (66). Ni siquiera este presupuesto puede verse contemplado en las situaciones de comunidad, puesto que la comunidad requiere inevitablemente un ligamen más o menos estrecho entre los titulares que en el derecho de acrecer no se da (67).

Si nos fijamos en los efectos del derecho de acrecer, tampoco estos presentan una similitud tal que permita identificar estas situaciones de renuncia con el derecho de acrecer. Para MIQUEL en el caso de renuncia por parte de uno de los comuneros no parece acertado optar por la solución defendida por algunos autores de la adquisición automática. Las posibles sorpresas en torno a su contribución a

(65) El Derecho romano clásico parece acoger el acrecimiento en materia de comunidad para los casos de manumisión parcial del siervo común. No obstante, el acrecimiento operaba en contados casos, ya que normalmente el abandono de la cuota en el condominio tenía como efecto la adquisición por ocupación. Sobre esta cuestión, vid. BONFANTE, P., *El ius adcrescendi nel condominio*, cit., págs. 434 y 440.

(66) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad...*, cit., págs. 19-30.

(67) En este sentido, ROBBE, U., *Voz «accrescimento»*, cit., pág. 163.

los gastos de conservación por posibles incumplimientos hacen más lógico pensar en la conveniencia del carácter recepticio de la renuncia (68).

Por todo ello, y teniendo en cuenta que nuestro Código no se pronuncia a favor de la operatividad del derecho de acrecer en el supuesto de vacante posterior a la adquisición, parece difícil ver en la renuncia del comunero la operatividad del derecho de acrecer, tal y como tiene lugar en la sucesión *mortis causa*, tratándose más bien de un aumento que disminuye uno de los términos de la proporción, sin que ello suponga para los demás una adquisición de un derecho nuevo ni una mayor extensión del propio, sino una mayor medida en cuanto a los efectos divisibles del condominio.

3.2. El derecho de acrecer en la renta vitalicia

Define BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO la renta vitalicia con carácter general como «*la relación obligatoria duradera por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada “vida contemplada”*» (69). Tal y como establece el artículo 1802 del Código Civil, el deudor se obliga a pagar una pensión durante la vida de una o varias personas determinadas a cambio de la adquisición en propiedad de determinado bien, mueble o inmueble. La parte acreedora de esta relación puede estar compuesta por una pluralidad de sujetos, en cuyo caso se plantea si la premoriencia de una de ellas podría, en virtud de un acuerdo entre las partes, incrementar el derecho del resto sobre la cuantía total de la pensión. En ese caso, de ser varias personas, solo la muerte de la última de ellas determinará la extinción de la relación jurídica. En este sentido, afirma CABANILLAS que «*cuando la renta se constituye a favor de varias personas conjuntamente, a menos que el contrato prevea lo contrario, la renta se paga íntegra hasta el fallecimiento del último de los pensionistas, acreciendo a los supervivientes la parte de los premorientes*» (70).

En un principio, al no existir regulación alguna al respecto, habría que pensar que únicamente un acuerdo entre las partes contratantes podría hacer operar el acrecimiento, lo que tendría su fundamento en el principio de autonomía de

(68) «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), Madrid, 1985, pág. 115.

(69) *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 13. Define BADENAS CARPIO la renta vitalicia, siguiendo a la DGRN en Resolución de 1 de marzo de 1939, como «la transmisión en pleno dominio de un capital, en bienes muebles o inmuebles, a la persona a la que toma a su cargo la obligación del pago de la pensión sin que en ningún caso tal obligación por sí misma tenga o haya tenido carácter real»; *La renta vitalicia onerosa*, Navarra, 1995, pág. 101.

(70) Voz «renta vitalicia», en *Enciclopedia Jurídica*, vol. IV, Madrid, 1995, pág. 5792.

la voluntad. En este sentido —señala LUCINI CASALES—, es perfectamente posible su articulación por vía convencional, ya que además de ser compatible con el derecho de acrecer por su naturaleza, estructura y función, encuentra apoyo analógico en el artículo 521 del Código Civil (71). Afirma GAZZARA que si existe un pacto al respecto no parece que haya problemas para admitir el derecho de acrecer. Señala este autor que en el supuesto que las partes nada digan sobre esta cuestión, habrá que atender a si la vacante se produce en el lado activo o pasivo. Si se produce en el lado pasivo, deberá buscarse su sucesor legal, siempre que no haya desaparecido la persona cuya vida se contempló en el contrato. Si se trata del lado activo, habrá que ver si nos encontramos ante un supuesto de mancomunidad simple, en el que no cabrá el acrecimiento porque las partes son independientes; o de solidaridad, siendo así que, si es solidaria y no hay pacto, podría plantearse la operatividad del derecho de acrecer (72).

Nosotros nos preguntamos si es suficiente el principio de libertad contractual para provocar este efecto, y nuestra conclusión sigue siendo la misma: la dificultad de extrapolar los presupuestos del derecho de acrecer sucesorio a la situación que se produce en caso de premoriencia de alguno de los acreedores impide claramente su operatividad. ¿Podemos hablar realmente aquí de una vocación al todo equiparable a la vocación propia del derecho de acrecer sucesorio, que nos permita incrementar las pensiones de los beneficiarios en caso de premoriencia de alguno de ellos? ¿Se puede hablar de vacante, tal y como se configura para el derecho de acrecer sucesorio? Obviamente ni podemos hablar de presunciones de voluntad, sino de acuerdos expresos; ni podemos hablar de vacante anterior a la adquisición, puesto que en este caso el contrato, al ser consensual (73), no habría quedado perfeccionado. ¿Podría tener lugar en caso de vacante posterior a la adquisición? El Código Civil no admite dicho supuesto. Si la vacante se produce con posterioridad a la constitución del contrato de renta vitalicia, se trataría de un supuesto de incrementación posterior a la adquisición, y, como tal, difícil de admitir, puesto que, como sabemos, el derecho de acrecer opera con anterioridad a la adquisición de los llamados. Ello se desprende de la redacción otorgada por nuestro legislador al artículo 982 del Código Civil (74).

(71) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 268 y 269. A favor del acrecimiento, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La renta vitalicia*, cit., pág. 96. Para ROBBE la solución es diferente si nos encontramos ante un supuesto de renta vitalicia constituida a título oneroso, en cuyo caso no podrá admitirse el acrecimiento; voz «accrescimento», cit., pág. 178.

(72) *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 211-215; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 77-85.

(73) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1999, pág. 423.

(74) La doctrina ha venido equiparando esta situación a la que tiene lugar en el usufructo sucesivo. En este sentido, GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 834; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 84 y 85.

La doctrina científica, favorable a la operatividad del derecho de acrecer en la renta vitalicia, toma como punto de referencia la regulación de esta cuestión en el derecho italiano, concretamente en el artículo 1874 del Código Civil, que admite su operatividad: «*se la rendita è costituita a favore di più persone, la parte spettante al creditore premorto si accresce a favore degli altri, salvo patto contrario*». Se trata de un claro caso de incrementación posterior a la adquisición, que el legislador califica de acrecimiento. De querer extrapolar esta regulación a nuestro derecho, el problema de fondo que se plantea es la propia aplicación de los presupuestos del acrecimiento, ya que habría que acudir al régimen general del derecho de acrecer sucesorio. Resulta arriesgado afirmar que la vocación solidaria a que se refieren tanto la doctrina como la jurisprudencia, al interpretar los artículos 982 y 983 del Código Civil, tenga su equivalencia en el acuerdo firmado por las partes en orden al incremento de pensión al resto de supervivientes en caso de premoriencia. Hablar aquí de una voluntad presunta como ratio de este fenómeno jurídico equiparable al que tiene lugar en el derecho de acrecer sucesorio, no parece razonable. Ya advertía SENIN del error que supone presumir que una llamada conjunta puede traducirse en todo caso en una voluntad de hacer operar el acrecimiento en sentido técnico (75). A ello se añade el problema al que nos hemos referido previamente de la inexistencia de vacante apta para la operatividad del acrecimiento.

Debemos entender que aunque es posible que tenga lugar dicho pacto, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, dicho aumento de participación de los beneficiarios de la renta en ningún caso podría equipararse al derecho de acrecer en sentido técnico. Son manifiestas las diferencias que existen entre ambos fenómenos jurídicos. La finalidad y la propia esencia de esta figura no puede ser la misma que la que hay detrás de este pacto. En el momento que se recurre al acuerdo, nos alejamos de la propia esencia del acrecimiento, que aunque se encuentra también, en último término, es la autonomía de la voluntad, y comparte una misma finalidad, es decir, dar un destino a una porción que ha quedado sin titular, sin embargo no presenta la misma identidad.

3.3. *La cláusula de acrecimiento entre coadquirentes. El caso de la compraventa con pacto de supervivencia*

Es posible que en un contrato de compraventa, en el que exista una pluralidad de sujetos en la parte compradora, se acuerde entre ellos incluir en el contrato una «cláusula de acrecimiento», mediante la cual los adquirentes se aseguren dar un determinado destino al bien, a favor de aquel que sobreviva a los otros,

(75) *Il diritto di accrescimento...*, cit. pág. 208.

convirtiéndose este en el único y definitivo propietario desde la compra del mismo. El objeto de esta «cláusula de acrecimiento» consiste en pactar la compra de un objeto por varios adquirentes que desean disfrutarlo en común hasta su respectivo fallecimiento, manifestando la voluntad de que aquel que sobreviva a los otros sea el único y definitivo propietario (76). Podemos entender, por tanto, que nos encontramos ante este tipo de cláusula cuando detectamos los siguientes elementos identificativos: en primer lugar, la compra de un objeto mueble o inmueble por varios sujetos; en segundo lugar, el pago por cada coadquirente de su parte del precio; en tercer lugar, el disfrute en común por los adquirentes del objeto adquirido. Entre sus efectos: la muerte de alguno se traduce en la expansión del derecho de los otros; la parte del precio de la adquisición pagada por el premuerto beneficia al resto; el último que sobreviva será considerado desde el inicio como el único propietario del objeto adquirido; la no disposición por cada uno de los adquirentes sin consentimiento del resto (77).

Al realizar el análisis de la cláusula de acrecimiento en el contrato de compraventa observamos que uno de los problemas que plantea este pacto es que contempla una situación de comunidad ya formada, en la cual el fallecimiento de uno de los copropietarios se produce con posterioridad a la adquisición de una parte del objeto por todos y cada uno de los sujetos compradores. En este caso se plantea el mismo problema que planteábamos al hablar de la renuncia liberatoria del comunero. A pesar de que pueda admitirse la validez de este pacto, ello no supone que automáticamente pueda hablarse de derecho de acrecer, puesto que no se produce una vacante apta para la operatividad del acrecimiento, lo que se traduce, en último término, en la necesidad de hablar en estos supuestos de mera expansión o incrementación en el derecho, pero en ningún caso de derecho de acrecer en sentido propio. Un segundo problema aparece relacionado con la no concurrencia de llamamiento solidario, ya que la adquisición del sobreviviente no proviene precisamente de un llamamiento solidario que trata de llenar un posible vacío de titularidad, para el caso de que alguno de los adquirentes no llegue a adquirir, sino que se trata de llenar un vacío de titularidad ya consolidada, respecto de la cuota ya adquirida, cuyo destino sería integrar su herencia y que, sin embargo, acrece al sobreviviente conforme a lo pactado y a la ley.

Los autores partidarios de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios onerosos fundamentan su tesis en la posibilidad de que las partes contratantes, con base en el principio de autonomía de la voluntad y de libertad convencional, pacten la operatividad del derecho de acrecer, dando lugar a un acrecimiento contractual. En principio, no existe inconveniente alguno en que las partes acuerden los pactos que tengan por conveniente siempre que no sean

(76) CHOL, J., *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, Lyon, 1933, págs. 7, 8 y 9.

(77) CHOL, J., *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, cit., pág. 9.

contrarios a la ley, la moral o el orden público (78). De hecho, tal y como señala DE CASTRO, el poder de la persona para dictar reglas y para dárselas a sí mismo, es decir, la autonomía, es la médula del negocio (79). Tal es así, que el artículo 1255 del Código Civil recoge el principio de autonomía privada en materia de contratos desde dos vertientes: la libertad de contratar y la libertad contractual, refiriéndose la segunda a la determinación libre del contenido del contrato y a la fijación negocial de la regla que ordenará las conductas de las partes contratantes (80). Sin embargo, la libertad contractual no se configura como un poder absoluto del particular para determinar arbitrariamente el contenido de sus relaciones jurídicas. Como afirma DE CASTRO, la autonomía privada es un «*poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a la actuación en la vida social*» (81). Pero, ¿puede llevarnos esta libertad contractual a denominar «derecho de acrecer» a un determinado efecto jurídico únicamente porque las partes así lo hayan determinado? ¿Es irrelevante que este efecto no resulte asimilable al fenómeno jurídico denominado «derecho de acrecer» por nuestro Código? ¿Es indiferente que no compartan los mismos presupuestos? ¿Puede en definitiva hablarse de acrecimiento convencional, tal y como lo entendemos en materia sucesoria?

Si pensamos en la operatividad del derecho de acrecer incardinado en un contrato consensual, como es la compraventa, a priori la viabilidad de este pacto parece difícil si atendemos al modo de perfección de los contratos, perfección entendida como «*la aptitud completa del acto para producir las consecuencias jurídicas cuyas propias derivadas de la voluntad de los interesados o que dependan de la ley*» (82). El artículo 1258 del Código Civil establece que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento [...]*», consentimiento que se manifiesta mediante el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Cuando junto a la declaración de voluntad concurren los demás requisitos esenciales, el negocio jurídico queda perfeccionado y toma existencia. De este modo, en el caso del contrato de compraventa, este quedará perfeccionado desde el mismo momento en que las partes

(78) Realmente, tal y como señala FERRI, cuando se habla de libertad dentro de este marco se está haciendo referencia no tanto a la libertad jurídica, cuanto a la manifestación de la autonomía privada contractual; *La autonomía privada* (trad.: SANCHEZ MENDIZÁBAL), Madrid, 1968, págs. 248 y 249.

(79) *El negocio jurídico*, cit., pág. 31.

(80) REVERTE NAVARRO, A., «Comentarios al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, Madrid, 1993, págs. 114 y 115.

(81) *El negocio jurídico*, cit., pág. 12.

(82) STOLFI, G., *Teoría del negocio jurídico* (trad.: SANTOS BRIZ), Madrid, 1959, pág. 36.

prestan su consentimiento respecto al objeto de la compraventa y el precio (83), no exigiéndose forma especial alguna. Mientras la declaración de voluntad no sea emitida, el contrato no podrá entenderse perfeccionado, y, por tanto, originador de obligaciones y derechos, al menos con el sujeto no aceptante. Ello nos lleva a la conclusión de que existiendo pluralidad de sujetos en la parte compradora, si alguno de ellos no llega a emitir la declaración de aceptación, no parece que pueda entenderse que se haya producido una vacante y que, por tanto, su cuota pueda acrecer al resto de compradores. Simplemente, habrá que entender que el contrato se ha perfeccionado entre el vendedor y el resto de compradores, quienes pasarían a ser copropietarios del bien cuando tuviera lugar la tradición. La oferta realizada a uno de los sujetos se extinguirá como consecuencia del rechazo por su destinatario, pero también por caducidad debido al paso del tiempo sin haber existido respuesta alguna por parte del destinatario, o por la muerte o la incapacidad sobrevenida del oferente-aceptante antes de producirse la perfección del contrato. Todas estas situaciones impiden la perfección del contrato y, por tanto, en caso de pluralidad de receptores de la oferta, la no aceptación por uno de ellos supondría simplemente su exclusión de la relación jurídica. Por otra parte, tampoco parece que pueda hablarse de vacante posterior al concurso de voluntades, puesto que el contrato ya es perfecto, lo que, unido a la tradición, habría convertido a los compradores irreversiblemente en propietarios (84).

Desde otra perspectiva, se discute la validez de este pacto al considerar que esta cláusula evita claramente la aplicación de las normas sucesorias relativas a los herederos del que premuere, teniendo como efecto el mantenimiento de la indivisión hasta la supervivencia del último sobreviviente, sin posibilidad de partición e implicando un pacto de indivisión de duración indeterminada, puesto que llegará a su fin cuando fallezca el último copropietario. La doctrina se plantea si estamos en este caso ante un típico pacto sucesorio, que tiene por objeto una herencia futura, pacto que caería bajo la prohibición del artículo 1271 del Código Civil. En contra VALLET, para quien ello no sería así por dos motivos básicos: el primero, porque la muerte de uno de los compradores solo representa el cumplimiento de la condición puesta a su adquisición de una mitad indivisa a favor del sobreviviente; en segundo lugar, porque la prohibición no alcanza a este supuesto si el contrato se refiere a bienes conocidos y determinados cuando el compromiso se otorgó, y no a la universalidad de la herencia (85).

(83) Artículo 1450 del Código Civil.

DE BUEN, D., *Notas a Colín y Capitant*, tomo 4, Madrid, 1981, págs. 13 y 15; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo IV, Madrid, 1993, págs. 64-67; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2, Barcelona, 1994, págs. 352, 361 y 362.

(84) BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 676.

(85) *La compraventa por mitades indivisas...*, cit., págs. 721 y 722.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado el principio de autonomía de la voluntad permite claramente la celebración de estos pactos. En la Resolución de 19 de mayo de 1917, la Dirección General consideró válido el pacto de acrecimiento celebrado entre las partes contratantes, mediante el cual los compradores convenían que aquel que sobreviviera adquiriera la mitad de la finca correspondiente al premuerto, de tal modo que el sobreviviente quedase dueño de la totalidad (86). Sin embargo, posteriormente, la Dirección General, en la Resolución de 5 de mayo de 1932, consideró nulo el pacto de acrecimiento en un supuesto similar, aunque en esta ocasión entre cónyuges. Se trataba de un supuesto de adquisición de un inmueble por dos cónyuges, en cuya escritura se establecía la siguiente cláusula: «*Manifiestan los compradores que al fallecimiento de uno de ellos ha de pasar al sobreviviente la parte que el premuerto adquiere en esta escritura*». La Dirección General consideró que al tratarse de una adquisición ganancial e implicar la validez del pacto una modificación en el régimen económico del matrimonio no podía considerarse válido (87).

El Código de Familias catalán hace referencia a esta cuestión en materia de Derecho de Familia, al regular las compraventas con pacto de supervivencia. Establece el artículo 44 del Código de Familia que: «*Los cónyuges que, en régimen económico de separación, compren bienes conjuntamente y por mitades pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos el sobreviviente resulte único titular de la totalidad*» (88). La doctrina discrepa respecto a la naturaleza de este pacto, configurándolo algunos autores como donación *mortis causa*, y otros como fideicomiso condicional, sucesión contractual, compraventa más pacto aleatorio y oneroso de la supervivencia o negocio unitario de configuración de la titularidad tras la adquisición en mano común; sin embargo, en ningún caso como derecho de acrecer (89). Se discute la naturaleza de esta cláusula en atención a la unidad o pluralidad de negocios jurídicos que incorpora. Mientras para un sector de la doctrina nos enfrentamos ante un único contrato inescindible; para otro sector, se trata de dos negocios jurídicos independientes: la compraventa y la cláusula de supervivencia. Para VALLET es evidente que se trata de un único contrato oneroso, que no tiene ni naturaleza de contrato de sociedad, puesto que no existe una finalidad de lucro o una ganancia común, ni un contrato aleatorio,

(86) *Anuario de la Dirección General de los Registros*, año 1917, Madrid, 1918, págs. 191-195.

(87) *Anuario de la Dirección General de los Registros*, año 1932, Madrid, 1933, págs. 174-178.

(88) Ley 9/1998, de 15 de julio, que aprueba el Código de Familia de Cataluña (vigente hasta el 1 de enero de 2011. Derogación y posterior regulación mediante Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña: art. 231-15).

(89) Hace un estudio de esta cuestión, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer...*, cit., págs. 105 y 106.

a pesar de que la prestación de cada parte depende del hecho futuro e incierto del riesgo de la sobrevivencia. A su juicio, se trataría más bien de una compraventa por mitades indivisas que permite la adquisición de la totalidad de manera automática, una vez premuerto un comprador (90). Para VALLET intentar ver en este pacto la figura del *ius adcrescendi* es querer elaborar figuras jurídicas nuevas para explicar un fenómeno que puede explicarse de forma más sencilla a través de otras soluciones jurídicas más razonables (91), como, por ejemplo, entender que estamos simplemente ante una adquisición de mitad indivisa con condición resolutoria de premoriencia, y la otra mitad pendiente de la condición suspensiva de supervivencia (92).

A nuestro juicio, siguiendo a LUCINI CASALES, tampoco en este caso podemos hablar de una adquisición por derecho de acrecer derivado del llamamiento solidario de los cónyuges, sino que se trata simplemente de una incrementación que llena un vacío de titularidad ya consolidada, respecto de la cuota ya adquirida, por hipótesis, del premuerto (93).

4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE ACRECIMIENTO *EX LEGE*

Tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, el Código Civil no contiene una regulación unitaria del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos*. Sin embargo, sí hace referencia, en artículos concretos, al efecto de incrementación que tiene lugar cuando alguno de los sujetos, cotitulares de un derecho, no adquiere su parte o fallece, habiendo ya adquirido su titularidad respecto del citado derecho. La doctrina científica ha querido ver en este efecto de incrementación que tiene lugar en el artículo 637 del Código Civil, en materia de donaciones; y en el artículo 521 del Código Civil, referido al usufructo conjunto, la operatividad del derecho de acrecer en sentido propio.

4.1. *El derecho de acrecer entre cusufructuarios*

Señala el artículo 521 del Código Civil que: «*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere*». Este precepto contempla un

(90) «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de supervivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho Común y en el Foral catalán», en RDP, 1944, págs. 714 y 715.

(91) *La compraventa por mitades indivisas...*, cit., págs. 716 y 717.

(92) *La compraventa por mitades indivisas...*, cit., pág. 718.

(93) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 267 y 268.

supuesto de usufructo conjunto ya constituido, en el que existe una situación estática y de comunidad, que permite que, en caso de fallecimiento de alguno de los usufructuarios, su parte incremente al resto. Esta solución a favor de la incrementación que recoge el precepto descarta toda idea de consolidación, probablemente por considerar el legislador que ello sería contrario a su naturaleza indivisible y a su carácter personal.

La doctrina ha querido ver en este efecto de incrementación la aplicación del derecho de acrecer sucesorio, entendiendo que se trata de un supuesto de acrecimiento sucesivo por efecto del desarrollo natural y potencial del derecho conferido por el título originario de adquisición (94). Entre los presupuestos necesarios para su operatividad se señalan: la situación de comunidad en el usufructo, adquirida y plenamente consolidada; la extinción sobrevenida de la titularidad de algunos de los usufructuarios conjuntos; la subsistencia de usufructuarios que conservan su titularidad.

A pesar de ser esta la opinión mayoritaria, parece difícil que pueda identificarse este efecto con el derecho de acrecer en sentido técnico. Además de no existir conexión alguna con la idea de llamamiento solidario, puesto que no puede decirse que los usufructuarios hayan sido llamados solidariamente al entero derecho de usufructo (95), tampoco se puede hablar de una vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los usufructuarios, al tratarse de una situación de comunidad ya consumada donde la adquisición del derecho se ha producido con anterioridad al fallecimiento de alguno de ellos (96). Aunque propiamente existe

(94) VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación* (anot.: CASTÁN TOBEÑAS), Madrid, 1928, págs. 360-367; SENIN, A., *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., págs. 222-229; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 225-229; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentarios al artículo 521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1972, pág. 662; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 659; LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 266; MOLLEDA FERNÁNDEZ, «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 540 y 541; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 834, 859 y 860; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 175. Estos autores coinciden en la necesidad de que el usufructo no esté constituido por títulos independientes sobre diversas cuotas, sino que se trate de un solo usufructo que suponga una atribución en bloque a varios sujetos. En caso contrario, existiría una comunidad, pero en ningún caso se daría el derecho de acrecer. En contra, ROCA SASTRE, R. M., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 252 y 253; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades. La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», en *RCDI*, 1979, págs. 1288-1290. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Usufructo sucesivo de cónyuges y cousufructo», en *RDN*, 1967, págs. 105 y 106.

(95) Para los autores partidarios del derecho de acrecer en el usufructo sucesivo, aunque ciertamente no pueda hablarse de llamamiento solidario, sin embargo, ven una cierta asimilación entre el llamamiento solidario y el derecho que tiene cada uno de los comuneros a no ver reducida la propia posición cuando no existe una determinación de cuotas.

(96) En este sentido, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario al artículo 521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO),

una incrementación de cuotas en virtud de la integración de la porción vacante, sin embargo, no puede identificarse este aumento con el derecho de acrecer, puesto que mientras el derecho de acrecer en sentido propio se contempla en el momento de constituirse el derecho, en el supuesto del 521 la adquisición de derechos se produjo al constituirse el usufructo (97). De este modo, cuando el usufructuario muera, el derecho de usufructo simplemente se reducirá, y quedará liberado en esa parte el dominio.

Algunos autores han querido encontrar una fundamentación viable a la operatividad del derecho de acrecer en el usufructo basándose en el contenido del artículo 987 del Código Civil (98). Señala este precepto que: «*El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos*». Aunque algunos autores quieren ver en este precepto la fundamentación jurídica para admitir el derecho de acrecer entre cousufructuarios, hay que tener en cuenta que este precepto recoge un supuesto diferente de aquel regulado en el artículo 521 del Código Civil. Así, mientras el artículo 987 del Código Civil se refiere al supuesto de derecho de acrecer en la sucesión *mortis causa*, el artículo 521 del Código Civil recoge un supuesto propio de los negocios *inter vivos*. Por otra parte, mientras el artículo 987 del Código Civil contempla un supuesto de vacante previa a la adquisición del usufructo por todos y cada uno de los usufructuarios, el artículo 521 del Código Civil se refiere a un supuesto de comunidad en el usufructo, en el cual la vacante tiene lugar con posterioridad a la adquisición por todos y cada uno de los usufructuarios. A su vez, el supuesto contemplado en el artículo 987 del Código Civil requiere de la existencia de un llamamiento solidario previo para que pueda tener lugar el derecho de acrecer; el artículo 521 del Código Civil únicamente contempla una situación de cotitularidad en el derecho, distinta de la situación de solidaridad que requiere el derecho de acrecer sucesorio. A ello se une que el

tomo VII, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 578 y 579. Para PUIG PEÑA la clave de que no haya derecho de acrecer está en que no hay porción vacante, sino que se trata de una comunidad ya en funciones, en la cual la titularidad de los que sobreviven va incrementándose sucesivamente de volumen, a medida que por la muerte de los demás desaparece la limitación; *Compendio de Derecho Civil español*, tomo 2, cit., págs. 442 y 443.

(97) En este sentido, MORENO QUESADA, B., «Comentarios al artículo 521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1379. Para GONZÁLEZ PALOMINO quizá debiera denominarse este supuesto «usufructo mixto con sustitución fideicomisaria», o menos acertadamente, «usufructo tontinario o acrecimiento originario y acrecimiento sucesivo», no existiendo derecho de acrecer en sentido propio en este caso, habiendo adquirido ya el premuerto su derecho; *El acrecimiento en la mejora*, cit., pág. 571.

(98) La doctrina italiana se plantea si es posible que opere el derecho de acrecer en el usufructo a través de un pacto entre las partes, de tal modo que se pueda extrapolar al usufructo sucesivo la ratio que preside el precepto dedicado a la regulación del acrecimiento en el legado de usufructo. Sobre este particular, SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 78; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., pág. 227.

artículo 987 del Código Civil se refiere expresamente al «derecho de acrecer» en el usufructo, mientras que el artículo 521 del Código Civil no utiliza ni siquiera el término «acrece».

Ciertamente, la regulación que realiza nuestro Código Civil del derecho de acrecer en materia sucesoria y, más concretamente, en el legado de usufructo, dista mucho de encontrar alguna conexión con el contenido del artículo 521 del Código Civil, impidiendo de este modo cualquier tipo de argumentación favorable al acrecimiento en este sentido. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido la existencia de un derecho de acrecer especialísimo en el usufructo conjunto, en atención a cuál fue la voluntad del testador. En el caso de la sentencia de 9 de marzo de 1905, el testador legaba el usufructo vitalicio del remanente de sus bienes por partes iguales a sus hermanas, pudiendo disfrutar de todo el usufructo la hermana que sobreviviere, siendo así que solo después de fallecer la última, podía pasar el pleno dominio de la totalidad de los bienes a los hijos de ambas. Fallecida una de las hermanas, se plantea el problema de la posible extinción del usufructo, favoreciendo con ello a los nietos del testador, que adquirirían la plena propiedad de los bienes usufructuados.

El Tribunal Supremo, a pesar de considerar que no es aplicable al caso planteado el régimen jurídico del derecho de acrecer, al tratarse de un caso de vacante posterior al fallecimiento del testador, falla a favor de la incrementación del usufructo a la otra hermana, en atención a la interpretación de la voluntad del testador:

«Considerando que la cuestión del actual pleito no se resuelve por los principios que regulan el derecho de acrecer, ya porque este derecho carece de aplicación tratándose de legatarias que sobreviviesen al testador, ya porque la cláusula del testamento del Marqués del Puente de la Virgen, según la que legaba el usufructo vitalicio del remanente de sus bienes por partes iguales a sus hermanas doña Teresa y doña Joaquina Samaniego, no excluye la posibilidad legal de que, fallecido el testador y determinadas estas partes, las legatarias usufructuaran exclusivamente la que les correspondiese con extinción del respectivo usufructo al fallecimiento de cada una de ellas, consistiendo, por lo tanto, la cuestión del pleito y del recurso en interpretar la voluntad del testador para resolver si conforme a ella debe continuar la Marquesa de Caracena en el usufructo de la parte que correspondió a la Condesa de Torrejón en virtud del fallecimiento de esta, o si por razón de tal fallecimiento ha pasado el pleno dominio de los bienes que constituyen dicho usufructo a los hijos de aquella, a tenor de lo dispuesto por el testador [...]» (99).

(99) *Jurisprudencia Civil*, tomo 100, Madrid, 1920, págs. 697-704.

El Tribunal Supremo aplica, en cierta medida, los presupuestos del derecho de acrecer para poder interpretar la voluntad del testador, tal y como puede verse en el Considerando segundo, puesto que hace referencia al tipo de llamamiento hecho por el testador clarificador de su voluntad presunta:

«Considerando que, tanto por la manera como fueron llamadas las expresadas hermanas al usufructo vitalicio del remanente de la herencia del Marqués del Puente de la Virgen, a tenor de lo antes expuesto, como porque al ordenar a su albaceas, facultándoles para ello, que formasen dos lotes o partes iguales de dicho remanente de sus bienes que habían o han de usufructuar las susodichas hermanas, según expresión literal de esta parte de la cláusula, se infiere racionalmente que la voluntad del testador fue la de que ambas dos o cualquiera de ellas que sobreviviese a la otra había de disfrutarle en usufructo, y consiguientemente que solo después de fallecer la última podía pasar el pleno dominio de la totalidad del referido remanente a los hijos de ellas por aquel llamados, no constituyendo esta separación de partes sino una previsión del testador para el arreglo del usufructo total durante la vida de las dos hermanas».

Tal y como puede observarse, y a pesar de referirse someramente al artículo 521 del Código Civil, el Tribunal Supremo no aplica el citado precepto para resolver este caso, a pesar de concurrir el supuesto de hecho de la norma.

En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en una sentencia posterior, de fecha 8 de marzo de 1954, a pesar de reconocer que no concurre el requisito de vacante contemplado en el artículo 982.2 del Código Civil. Para el TS es la voluntad del testador favorable al derecho de acrecer lo que permite su operatividad (100):

CONSIDERANDO: «Que aun cuando en el caso actual no concurre el requisito exigido por el número 2.º del artículo 982 del Código Civil para que pueda tener lugar el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, ya que sobrevivieron a la testadora los dos herederos usufructuarios, entre los que se estableció ese derecho, es indudable que partiendo de la interpretación dada por el Tribunal de instancia a la cláusula testamentaria sobre institución de herederos usufructuarios, no resulta violado el citado precepto ni aplicados indebidamente los artículos 984 y 987 del mismo Código, al estimar el acrecimiento del derecho de usufructo, entre los herederos en tal concepto instituidos, por la muerte de uno de ellos ocurrida tres años después del

(100) RJ 1954/719.

fallecimiento de la testadora; debiendo en consecuencia desestimar el primer motivo del recurso».

En este caso, el Tribunal Supremo ni tan siquiera hace referencia a la posible aplicación del artículo 521 del Código Civil.

Es en la sentencia de 24 de abril de 1976, donde el Tribunal Supremo se refiere por primera vez a la existencia de un derecho de acrecer especialísimo como consecuencia de la aplicación del artículo 521 del Código Civil. En este caso se trataba de determinar el destino del usufructo tras el fallecimiento de dos de los usufructuarios, teniendo en cuenta que el testador había dejado a los cuatro hijos de su sobrina el citado usufructo (101):

CONSIDERANDO SEGUNDO: «Que frente a tal decisión se alza el primer motivo del recurso que, fundado en el número 1.º del artículo 1692 de la LECiv, denuncia la violación del artículo 675 en relación con el 982, 983 y 521, todos del Código Civil, motivo que debe ser estimado porque de los términos en que se produce la disposición testamentaria, resulta claro que la testadora, al llamar al usufructo de los bienes inmuebles de su herencia a los hijos de su citada sobrina, lo hizo, no constituyendo tantos usufructos distintos o independientes como fuesen los hijos de esta sino un solo usufructo para todos ellos conjuntamente y por partes iguales, y al ser ello así, es llano, que se da el supuesto del artículo 982, número 1.º, en relación con el 983, párrafo 2.º, y si bien los dos usufructuarios fallecidos murieron después que la testadora, y no antes que ella, como previene el indicado artículo 982, número 2.º, tal circunstancia no obsta a que tenga lugar el derecho de acrecer en beneficio de los dos usufructuarios sobrevivientes porque entre usufructuarios existe, además, un derecho de acrecer especialísimo, y es el establecido en el artículo 521, precepto que, aunque parece referirse exclusivamente al usufructo simultáneo, es indudable que se refiere también al sucesivo, ya que en esta especie de usufructo el segundo usufructuario no entra en el disfrute hasta la muerte del primero, y es evidente que al morir el último llamado se extingue el usufructo, que es precisamente lo que ordena dicho artículo, de todo lo cual se sigue, que al fallecimiento de aquellos dos usufructuarios, su derecho de usufructo no debía refundirse con la nuda propiedad perteneciente a los nietos de doña Modesta R. E., sino acrecer en beneficio de los otros dos usufructuarios sobrevivientes ya que por ende, estos últimos tenían ese derecho, que correctamente

(101) RJ 1976/1924.

ejercitaron e hicieron efectivo en la escritura pública de 10 de mayo de 1966» (102).

En este supuesto se aprecia claramente cómo el Tribunal Supremo distingue perfectamente el derecho de acrecer en sentido propio (el cual considera no se da en este supuesto al no concurrir sus presupuestos, puesto que la vacante es posterior a la adquisición), del derecho de acrecer que tiene lugar en el artículo 521, el cual caracteriza de especialísimo.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado son los antecedentes históricos los que permiten admitir actualmente la operatividad del acrecimiento sucesivo (103). La Dirección General de los Registros fundamenta su decisión en el artículo 987 del Código Civil, sin hacer más referencia que la genérica al artículo 521 del Código Civil, verdaderamente aplicable al caso. En esta ocasión se planteaba si extinguido un usufructo por muerte de uno de sus titulares sin descendencia, tenía lugar el acrecimiento a favor del otro cotitular nacido después de la muerte del testador, o si se produce la consolidación parcial del dominio pleno en los nudos propietarios designados por el testador. La Dirección General fundamenta su pronunciamiento del siguiente modo:

«Considerando que ya el Derecho romano percibió la peculiar característica que ofrecía el problema del acrecimiento en el legado conjunto de usufructo, pues no solo nos proporcionó una rica variedad de textos relativos al mismo, sino que en uno famoso (Ulp. D. 7.2.1) construyó la primera justificación técnica de lo que había de ser después dogmáticamente estimado como nota específica de este tipo de acrecimiento, es decir, la de que el derecho de acrecer surge en este caso no solo cuando no existe adquisición por el co-legatario, sino también en el supuesto de que con posterioridad a dicha adquisición una de las cotitularidades del derecho cese por muerte de uno de los usufructuarios; nota peculiar que se contrapone a lo exigido por nuestro artículo 982 en todos los casos de legados o instituciones en propiedad».

«Considerando que esta peculiaridad del acrecimiento en caso de usufructo conjunto, formulada en las fuentes romanas, ha sido constantemente aceptada en el Derecho intermedio, recogida en las obras francesas prerrevolucionarias, aceptada en la más moderna de las legislaciones civiles latinas y además justificado dogmáticamente (al superar la explicación de que el usufructo se constituía y se legaba

(102) A favor del acrecimiento sucesivo se ha pronunciado la AP de Tarragona, en sentencias de 21 de marzo de 1995 [AC 1995/601] y de 18 de junio de 2004 [AC 2004/1399].

(103) Resolución de 1 de diciembre de 1960, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1960, págs. 82-88.

diariamente cotidie constituitur et legatur...) como una manifestación más del derecho de acrecer que existe, en teoría general, en todo llamamiento conjunto y solidario o como un supuesto normal de la fuerza expansiva de las cotitularidades en los derechos absolutos».

«Considerando que en esta línea hay que situar nuestros precedentes legislativos, puesto que el Código de 1851 expresamente reconocía en su artículo 819 que se daba el derecho de acrecer “entre los llamados conjuntamente a un usufructo... aunque haya aceptado el legado”, decisión que su más autorizado comentarista admitía “porque es muy conforme a la naturaleza del usufructo” y porque el testador da a entender “con esto su voluntad de que solo por la muerte o renuncia de todos (los usufructuarios) tuviese lugar la consolidación”, sin que en contra de esta evolución pueda alegarse el artículo 987 de nuestro Código actual, que solo se limitó a refundir los artículos 818 y 819 del Código de 1851, antecedentes legislativos que superan una interpretación rigurosamente gramatical y que es de máxima virtualidad en cuanto sirve para hacer prevalecer y cumplir la voluntad del causante, norma soberana en la sucesión».

«Considerando que, reconocida la posibilidad de acrecimiento, no puede plantearse el problema de la existencia de un nuevo llamamiento, a los efectos del artículo 781 del Código Civil, ya que al tratarse de un legado conjunto de usufructo estamos en presencia de una vocación única y solidaria que subsiste y de la que surge, precisamente en el momento del acrecimiento, una nueva delación que, por así decir, renace cada vez que se produzca una causa de acrecer, que comprende en nuestro caso concreto los bienes anteriormente usufructuados por el colegatario fallecido, sin que signifique ni entrañe un nuevo llamamiento sucesorio».

Más recientemente se ha referido la Dirección General, en Resolución de 22 de mayo de 2000 (104), a favor del acrecimiento en el usufructo, distinguiendo dos supuestos bien diferenciados: por una parte, la constitución a favor de varias personas, simultáneamente, del derecho de usufructo sobre un mismo bien, concretando en una cuota para cada uno; por otra parte, una situación de cotitularidad en el usufructo sin concreción de cuota. En este último supuesto, aplicable al caso objeto de litigio, la Dirección General considera que puede operar el acrecimiento previsto en los artículos 521 y 982 del Código Civil. De su argumentación se desprende cómo la Dirección General considera que el acrecimiento previsto en el artículo 521 es un supuesto de derecho de acrecer

(104) RJ 2000/7323.

en sentido propio, siempre y cuando sean aplicables al caso los presupuestos establecidos en el artículo 982.

4.2. *El derecho de acrecer en las donaciones hechas a varias personas conjuntamente*

El Código Civil, en su artículo 637 del Código Civil, se refiere al «derecho de acrecer» en el ámbito de los negocios *inter vivos*, al establecer que en caso de donación hecha a varias personas conjuntamente no tendrá lugar el derecho de acrecer, a menos que el donante hubiese dispuesto lo contrario. La redacción otorgada a este precepto plantea en principio dos cuestiones de interés con relación al tema objeto de estudio: la primera cuestión gira en torno a qué deba entenderse por donación conjunta, puesto que, lógicamente, para poder considerar admisible el derecho de acrecer en materia de donaciones es necesario tener claro cuando, a juicio de nuestro legislador, una donación ha sido realizada conjuntamente; la segunda cuestión versa sobre la operatividad del derecho de acrecer en el contrato de donación, y si podemos hablar en estos casos de derecho de acrecer en sentido técnico o más bien de una mera incrementación a favor del resto de donatarios, en cuyo caso nuestro legislador habría utilizado impropriamente el término «derecho de acrecer».

En relación a la primera cuestión, el propio Código nos da la solución, al establecer que «*cuando la donación hubiera sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales*» (105). La donación conjunta tendrá lugar cuando a una pluralidad de sujetos se dona una misma cosa, o un mismo conjunto de cosas, sin designación de partes determinadas ni indivisas» (106). En este sentido, realizada una donación conjuntamente a favor de una pluralidad de sujetos, sin que el donante haya procedido a la atribución de partes, deberá entenderse que el donante ha querido beneficiar a todos los donatarios sin distinción. En el supuesto que el donante nada haya dispuesto sobre esta concreta cuestión, la donación se presumirá hecha por partes iguales.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, en principio debemos entender admisible el derecho de acrecer en este tipo de negocio, siempre que lo disponga el donante, puesto que el artículo 637 del Código Civil así lo establece. La mayoría de la doctrina se muestra partidaria del derecho de acrecer en las donaciones, sobre todo, a raíz de su regulación legal. Los autores partidarios del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* consideran que es precisamente en materia de donaciones donde tiene más sentido hablar de derecho de acrecer, no solo por su

(105) Artículo 637.1 del Código Civil.

(106) MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, tomo V, Madrid, 1910, pág. 137.

naturaleza de gratuidad asimilable a la sucesión, sino también porque únicamente en el campo de las donaciones podemos encontrar principios compatibles con este fenómeno sucesorio, principios que en otro tipo de negocios se presentan antitéticos al derecho de acrecer, impidiendo así su operatividad (107).

A pesar de la naturaleza asimilable entre donaciones y sucesiones, se plantean también aquí problemas de compatibilidad entre el derecho de acrecer y las donaciones, debido a su propia estructura y su funcionamiento. Estas diferencias nos hace plantearnos distintas cuestiones: en primer lugar, el modo de perfección de la donación y su repercusión en el derecho de acrecer; en segundo lugar, si es posible que concurren los presupuestos del derecho de acrecer; en tercer lugar, el problema de la operatividad del derecho de acrecer desde la perspectiva del momento de producción de la vacante necesaria para la operatividad del acrecimiento. Los autores contrarios a la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones han señalado como argumentos en contra: en primer lugar, la falta de perfección del negocio si no acepta algún donatario, lo que supone que no pueda hablarse de vacante, requisito imprescindible para la operatividad del derecho de acrecer; en segundo lugar, y respecto al supuesto de vacante posterior, la imposibilidad de hablar de acrecimiento, tratándose más bien de una sustitución fideicomisaria o, en algunos supuestos, de reversión del bien donado, revocación de la donación, donación condicional o pacto sobre sucesión futura (108).

Con objeto de poder ofrecer respuesta a estas cuestiones, de cara a extraer una conclusión acertada acerca de la operatividad del acrecimiento, vamos a proceder a analizarlas desde el punto de vista del momento de producción de la *vacante*, y en relación al momento de perfección y posterior adquisición del objeto donado.

a) El derecho de acrecer en caso de vacante previa a la adquisición

El principal problema que plantea la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones, cuando aún no se ha producido la aceptación por todos y cada uno de los donatarios, se reduce a si realmente se puede hablar en este caso de una vacante que permita la operatividad del derecho de acrecer. Para responder

(107) ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 169 y 170; DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, págs. 266-271. En el Derecho italiano, SENIN, A., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 214; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 15-17.

(108) ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1617. En contra GAZZARA, quien señala que ni puede entenderse que existe una sustitución fideicomisaria porque se produce un llamamiento al todo desde el principio, ni que existe una reversión o una revocación de la donación, ya que el bien no aceptado por algún donatario beneficiaría al resto y no al donante; *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 220-225.

a esta cuestión es importante detenerse, aunque sea brevemente, en el momento de perfección del contrato. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que consideran que la donación es un contrato bilateral (109), y, por tanto, que requiere para su perfección la aceptación del donatario; y aquellos que entienden que la donación es claramente un contrato unilateral, bastando así la voluntad del donante (110).

Por otra parte, se plantea también el problema de si el contrato queda perfeccionado cuando el donante conoce de la aceptación del donatario o antes. Nuestro Código Civil se refiere a esta cuestión en los artículos 623 y 629 del Código Civil. Señala el artículo 623 del Código Civil que: «*La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*». Se establece así el conocimiento de la aceptación por parte del donante como momento claro de perfección del contrato (111). Es el artículo 629 del Código Civil el que establece la disciplina general en materia de perfección del contrato de donación, al señalar que: «*La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación*». De este modo, para que la donación tenga eficacia y efectividad es necesario que el donatario la acepte (112). Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (113). Por tanto, el artículo 623 del Código Civil ha de entenderse en el siguiente sentido: desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz desde la aceptación. Aunque pudiera parecer que existe una contradicción entre ambos preceptos, tal y como afirma ALBALADEJO, no es que el artículo 623 se contradiga con el 629, y por ende, con la aceptación como modo de perfección del contrato, sino que lo

(109) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1939, pág. 185; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 3, vol. 2, 1966, pág. 656; DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, pág. 819.

(110) DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C., *Curso elemental...*, cit., pág. 45; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, tomo 3, Valladolid, 1937, pág. 440; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, págs. 286-288; XIRAU, J. R., «Estudios sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho Privado», en *RGLJ*, 1971, tomo 143, págs. 320 y 321.

(111) Para la mayoría de la doctrina debe imperar el contenido del 623 del Código Civil sobre el contenido del artículo 629 del Código Civil. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4, cit., pág. 243; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II-2.º, cit., págs. 85 y 86.

(112) ALBALADEJO, M., «Comentario a los artículos 623 y 629», en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1587.

(113) STS de 27 de junio de 1914, *Jurisprudencia Civil*, tomo 130, Madrid, 1915, págs. 777-787; STS de 5 noviembre de 1956 [*RJ* 1956/4114], STS de 9 diciembre de 1959 [*RJ* 1959, 4492], STS de 14 mayo de 1966 [*RJ* 1966/2425], STS de 22 de abril de 1970 [*RJ* 1970, 2029], 2 de enero de 1978 [*RJ* 1978, 3], 10 de febrero de 1984 [*RJ* 1984/586], 17 de abril de 1998 [*RJ* 1998/2983], 31 de marzo de 2001 [*RJ* 2001, 3990]. En este sentido, la RDGRN de 1 de julio de 2003 [*RJ* 2003/6082].

que quiere decir es que la donación ya existe desde la aceptación del donatario y que deja de ser revocable por el donante cuando este la conoce (114). Ello supondría que no puede hablarse de vacante apta para la operatividad del acrecimiento si alguno de los donatarios no llega a aceptar la donación, sino más bien de un negocio que no se ha perfeccionado respecto al sujeto no aceptante (115).

La única forma de admitir que puede operar el derecho de acrecer en este supuesto es considerar que los donatarios, en virtud de la cláusula de acrecimiento incluida en el contrato por el donante, han sido llamados al todo desde el principio, de manera que en caso de no aceptación por alguno de estos, se entienden beneficiarios del entero objeto de la donación, siendo así que la aceptación de uno solo de los donatarios permitiría la perfección del contrato y, por ende, el acrecimiento. Ello permitiría entender que se cumple con el presupuesto del llamamiento solidario. Para LUCINI CASALES claramente el derecho de acrecer opera en caso de vacante previa a la adquisición, siempre y cuando la donación sea solidaria, es decir, que se trate de cuotas o porciones indivisas iguales y produzca, a su vez, un llamamiento de todos los donatarios a toda la cosa o derecho, y que entre la oferta de donación y la aceptación de los donatarios, o al menos de alguno, medie un lapso de tiempo que permita se produzca la falta de aceptación por alguno de los llamados (116). Para LUCINI CASALES es precisamente la operatividad del derecho de acrecer cuando la donación es solidaria lo que excluye la posibilidad de que el donante pueda revocar la donación e impedir así el acrecimiento (117).

Aunque podamos admitir que es factible este efecto de incrementación, ¿estamos realmente ante un caso de acrecimiento, o simplemente los donatarios cabrían a más porque el negocio no se ha perfeccionado respecto al donatario no

(114) «Comentario a los artículos 623 y 629 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, cit., pág. 1589. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentarios a los artículos 623 y 629 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1910, págs. 103-107; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1983, págs. 593 y 594; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los artículos 623 y 629 del Código Civil...*, cit., pág. 280.

Para PUIG BRUTAU cada artículo tiene su campo de aplicación: el 623 se aplicaría al contrato obligacional de donación, el 629 a la donación que consista en un negocio traslativo, en el que ha de bastar la voluntad de transmitir y de adquirir; *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2, Barcelona, 1994, pág. 337.

(115) De seguirse la teoría del 623 no podría hablarse de vacante si el donante no llega a conocer la aceptación por parte del donatario, sino de falta de perfección del contrato.

(116) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 252; ASCOLI, A., *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, págs. 234 y 235; ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 833 y 834; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las comunidades...*, cit., págs. 1271-1273; CAPOZZI, G., *L'accrescimento*, cit., pág. 537 BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 677.

(117) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 253.

aceptante? Nosotros nos decantamos por esta segunda solución. Si no podemos hablar propiamente de vacante, no parece lógico ver en este efecto la figura del acrecimiento en sentido propio, aunque así parezca desprenderse de nuestra regulación legal. Si no se produce la aceptación por parte del algún donatario, no parece que pueda hablarse propiamente de vacante que permita la operatividad del acrecimiento, ya que la aceptación es necesaria para el perfeccionamiento del negocio jurídico. A nuestro entender, los autores partidarios del derecho de acrecer simplemente se limitan a aplicar sus presupuestos, al considerar que la donación tiene una naturaleza asimilable a la sucesión *mortis causa*, circunstancia que, unida, para algunos, al argumento del principio de autonomía de la voluntad, parece justificar sin más la operatividad del derecho de acrecer. Pero no solo es importante que la naturaleza del negocio sea compatible con el derecho de acrecer, sino también que lo sea el propio funcionamiento y la propia estructura de la donación, puesto que de no ser así poco sentido tiene insistir en la extrapolación de una figura a los negocios *inter vivos* cuando además tiene su sede natural en la sucesión *mortis causa*.

b) El derecho de acrecer en caso de vacante posterior a la adquisición

Uno de los problemas que plantea la admisibilidad del derecho de acrecer en el supuesto de vacante posterior a la aceptación por todos y cada uno de los donatarios es la imposibilidad de que se cumpla con el requisito de la vacante propia del derecho de acrecer, dada la adquisición definitiva que supone la aceptación de la donación. La aceptación por el donatario provoca que la cuota expectante para los llamados conjuntamente entre a formar parte de sus respectivos patrimonios, lo que supone que, en caso de fallecimiento de alguno de los donatarios, dicha parte se transmita a los herederos (118). De este modo, parece poco factible hablar de derecho de acrecer en la donación cuando ya se ha producido una adquisición definitiva, puesto que no concurre el presupuesto básico del acrecimiento. En este sentido, se ha pronunciado BELTRÁN DE HEREDIA, quien niega la operatividad del derecho de acrecer en la donación tras la aceptación por todos y cada uno de los donatarios, ya que para este autor el acrecimiento posterior a la adquisición quedaría desplazado al operar otras figuras como la reversión, la donación condicionada o la sustitución fideicomisaria (119). Aunque es posible que la donación se establezca

(118) GIANNATTASIO, C., «Comentario al artículo 773 del Código Civil», en *Commentario del Codice Civile*, Libro II, tomo III, Torino, 1980, págs. 222 y 223; PALMIERI, L., *Il diritto d'accrescimento nelle donazioni*, cit., págs. 1-25.

(119) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 174. En esta línea, LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 254 y 255. Para BUTERA realmente no puede hablarse de reversión en este supuesto, ya que la reversión supone el retorno de los bienes al originario

a favor de terceros, en la mayoría de los casos la reversión se utiliza como un pacto de retorno a favor del donante. Por otra parte, si nos fijamos en el supuesto de reversión a favor de terceros, tal y como señala DE LOS MOZOS, en estos casos no puede hablarse de una verdadera reversión, sino más bien de una sustitución del donatario (120). De ahí que el precepto establezca como límite aquel recogido para las sustituciones fideicomisarias. Estaríamos, por tanto, ante la figura de la sustitución más que, ante un derecho de acrecer, con un toque de situación condicional. Se trataría simplemente, tal y como sucede en el fideicomiso, de un llamamiento al beneficiario de la reversión (en este caso el resto de donatarios) si se produce determinado suceso (el fallecimiento de alguno de los donatarios) (121). Tampoco puede identificarse este supuesto con la sustitución fideicomisaria, ya que son evidentes las diferencias que existen entre una figura y otra. No es posible argumentar que la sustitución fideicomisaria impide el acrecimiento posterior, sino que simplemente no se dan los presupuestos del derecho de acrecer.

La doctrina se ha planteado si sería distinta la solución de encontrarnos ante un supuesto de usufructo constituido por donación. Así algunos autores se apoyan en el artículo 521 del Código Civil para acabar admitiendo el acrecimiento en este supuesto (122). Sin embargo, ello no parece tener mucho sentido. De hecho, el artículo 637 en ningún caso está contemplando un supuesto de vacante posterior a la adquisición, sino en todo caso anterior (123); mientras el 521 regula un supuesto de acrecimiento especialísimo, puesto que se refiere a un usufructo ya constituido a favor de varias personas que ya han adquirido el derecho. En este sentido, señala DE LOS MOZOS que: «*lo único que tienen en común ambas normas es el carácter presuntivo con que están formuladas, tratándose de figuras distintas. Así, mientras el 637 resuelve el problema de la porción que ha quedado vacante en las donaciones conjuntas por medio*

titular, cosa que aquí no sucede, puesto que la adquieren el resto de donatarios. Para BUTERA lo que se produce es el llamamiento virtual del supérstite desde el principio al entero bajo la condición de que los otros le premueran. Tampoco puede hablarse —según este autor— de sustitución fideicomisaria, puesto que la eficacia retroactiva de la condición resolutoria supone que el beneficiario supérstite sucede directamente al donante por acto de donación, y no al primer adquirente, no existiendo dos traspasos *mortis causa* sino solo un traspaso *inter vivos*; «Il patto di accrescimento nelle donazioni», en *Il foro italiano*, 1927, pág. 1095. Para SENIN no podemos ver en esta clase de acrecimiento un pacto de sustitución fideicomisaria, puesto que existe una propiedad en comunión y no existe la obligación de conservación para restituir, propia de la sustitución fideicomisaria; *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., pág. 220.

(120) *La donación en el Código Civil...*, cit., pág. 310.

(121) Resulta interesante el estudio que realiza SIRVENT sobre las relaciones entre la falta de aceptación de la donación por parte del donatario y la figura de la sustitución; *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000, págs. 45-48.

(122) DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil...*, cit., págs. 268 y 269.

(123) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al artículo 637 del Código Civil*, cit., págs. 138 y 139.

del acrecimiento, el artículo 521 resuelve el problema de la pervivencia de la comunidad surgida de la institución, por más que en estos casos de hable de acrecimiento impropiaamente» (124).

4.3. *El supuesto especial de las donaciones por razón de matrimonio*

El artículo 637 del Código Civil, en su párrafo segundo, dedica una regulación específica al derecho de acrecer en las donaciones entre esposos, estableciendo un régimen especial para este supuesto, el cual difiere del general previsto en materia de donaciones. Este precepto establece una presunción de voluntad del donante favorable al acrecimiento en las donaciones conjuntas hechas a favor de ambos cónyuges, señalando que tendrá lugar el derecho de acrecer siempre que el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Sobre esta cuestión, resulta interesante detenerse en el contenido del artículo 1339 del Código Civil, relativo a las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges. Señala el precepto que: *«los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa»*. Ante este supuesto debemos preguntarnos qué sucedería si la donación hubiera sido hecha conjuntamente y, por tanto, por partes iguales, en el caso en que uno de los esposos no quisiera aceptar la donación. El artículo 637, en su párrafo segundo, parece responder a esta cuestión, al señalar que en caso de donación hecha conjuntamente a marido y mujer tendrá lugar el derecho de acrecer, salvo que el donante hubiera dispuesto lo contrario. Se plantean así las mismas cuestiones que referíamos al analizar la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*: en primer lugar, si realmente podemos hablar de derecho de acrecer en sentido técnico. Respecto a esta cuestión nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior sobre la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones. En segundo lugar, se plantea el problema del régimen jurídico aplicable a las donaciones por razón de matrimonio. Algunos autores se han planteado si es posible entender que, a pesar de que no exista una declaración del donante a favor del derecho de acrecer en las donaciones por razón de matrimonio, les alcanza la presunción de acrecimiento del párrafo segundo del artículo 637, o estarían incluidas en la regla general contraria al acrecimiento del artículo 637, en su párrafo primero.

Define el Código Civil las donaciones por razón de matrimonio como aquellas que cualquier persona realiza, antes de celebrarse el matrimonio, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos (125). En este contexto, afirma MARTÍN LEÓN que la solución se presenta de modo diverso dependiendo

(124) *La donación en el Código Civil...*, cit., págs. 268 y 269.

(125) Artículo 1336 del Código Civil.

de si nos referimos a un supuesto anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981 o posterior. El antiguo artículo 1330 del Código Civil establecía que la falta de aceptación por uno de los esposos no invalidaba la donación nupcial. Al no ser necesaria la aceptación para la validez de la donación, la doctrina entendía que no podía ser de aplicación el artículo 637 del Código Civil, puesto que si las donaciones se presumían aceptadas por el simple hecho de la unión, era difícil hablar de vacante que permitiera la operatividad del derecho de acrecer. Con la regulación actual, conforme a la cual las donaciones deben ser aceptadas para entenderse perfeccionadas, parece más factible, a juicio de MARTÍN LEÓN, hablar de vacante apta para la operatividad del acrecimiento (126). Sin embargo, la doctrina no es unánime al respecto, pronunciándose tanto a favor como en contra del derecho de acrecer. Los autores partidarios del derecho de acrecer no solo se apoyan en la regulación legal para defender su tesis, sino también en los antecedentes históricos del precepto y en razones finalistas, tales como la no frustración de la función de las donaciones nupciales o la identidad de razón entre la donación *propter nuptias* y *post nuptias* (127). Los autores contrarios al derecho de acrecer se apoyan únicamente en el argumento literal, ya que para ellos el artículo 1339 del Código Civil se refiere a las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, no aplicándose en ningún caso esta regulación a la donación antenupcial, en cuyo caso, no tendrá lugar el acrecimiento por orden del artículo 637, en su párrafo primero. Al guardar silencio el precepto respecto a las donaciones hechas a futuros esposos, resultará de aplicación las reglas ordinarias de las donaciones, y en este caso el artículo 637, en su párrafo primero, que niega la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones hechas conjuntamente, salvo disposición del donante en un sentido opuesto (128).

Aunque ciertamente la interpretación literal del artículo 637 del Código Civil llevaría a la exclusión del derecho de acrecer en el supuesto de donaciones hechas

(126) *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Navarra, 2002, págs. 196-201. También en «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada, 2000, págs. 1080-1084.

Para MARTÍN LEÓN toda esta confusión se debe al mantenimiento de determinadas normas en el Código Civil, como es el artículo 637.2, que resultan incoherentes tras la derogación de otras como el antiguo 1330. Esta problemática ha llevado a este autor a considerar lógica la operatividad del derecho de acrecer o por aplicación analógica a este caso del 637.2, o por una interpretación del precepto que atienda a su espíritu y finalidad; *Las donaciones por razón de matrimonio...*, cit., pág. 201.

(127) GÓMEZ CORRALIZA, B., «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Actualidad Civil*, 1991-3, págs. 497-506; SIRVENT GARCÍA, J., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Valencia, 2003, pág. 40.

Resulta interesante, al respecto, la sentencia de la AP de Madrid, de 5 de mayo de 1999 [RJ 1999/7674], en la cual se admite la operatividad del derecho de acrecer en un supuesto de fallecimiento del marido cuando ha existido una donación conjunta por razón de matrimonio efectuada por el padre del esposo, en aplicación del artículo 637 del Código Civil.

(128) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F., *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pág. 209.

por razón de matrimonio, ya que se refiere a donaciones conjuntas hechas a marido y mujer, y no a futuros esposos, sin embargo, para ALBALADEJO al existir una cierta identidad de fundamento propiciadora de igual trato sobre este punto respecto a la donación conjunta, sea hecha por razón de matrimonio, o lo sea a los ya casados, se debe llegar a la conclusión de que el artículo 637.2 alcanza a las donaciones por razón de matrimonio, de tal modo que, sin necesidad de establecerlo, tendrían los futuros esposos derecho de acrecer (129).

Independientemente de que se considere aplicable el artículo 637, en su párrafo primero, o en su párrafo segundo, a las donaciones por razón de matrimonio, el problema gira más bien en torno a si realmente podemos hablar de una vacante que tenga como efecto la operatividad del acrecimiento en sentido técnico, para el caso de no aceptación de la donación por alguno de los cónyuges o futuros esposos. A nuestro juicio, aunque ciertamente pueda producirse una incrementación en la cuantía a recibir a favor del otro esposo o futuro esposo, ya sea a través de una manifestación expresa, ya sea porque nuestro Código Civil recoja una presunción favorable a dicho incremento, en ningún caso podemos hablar de derecho de acrecer en sentido técnico, ya que ni los presupuestos ni la esencia de este fenómeno sucesorio concurren en este supuesto.

IV. CONCLUSIONES

Cuando se trata de analizar la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, resulta difícil ofrecer una teoría general favorable a su admisibilidad, puesto que su campo de actuación no solo va a depender de la naturaleza del negocio, sino también de su propio funcionamiento y estructura. Ello dificulta sobremanera las posibilidades de admitir el derecho de acrecer de manera generalizada en toda clase de negocios, al chocar en muchos casos la figura del acrecimiento con la propia configuración del negocio. En este sentido, analizar caso por caso los supuestos de incrementación que tienen lugar en los negocios *inter vivos*, para poder llegar a una solución individualizada en relación a su operatividad, resulta una tarea ardua y compleja.

En términos generales, teniendo en cuenta que no existe una regulación específica sobre la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, no parece que pueda admitirse de manera generalizada ni siquiera con base en el principio de libertad contractual, dados los problemas de incompatibilidad que se producen a la hora de aplicar los presupuestos del acrecimiento sucesorio. En la mayoría de los casos su propia naturaleza o funcionamiento no permiten que concurren los presupuestos de la institución.

(129) «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1617.

En relación a negocios concretos, tampoco parece acertado asimilar al acrecimiento los casos de incrementación que tienen lugar en la sucesión *inter vivos*. Aunque ciertamente existen casos de incrementación, producidos en una situación de cotitularidad de un determinado derecho, dada la no adquisición o el fallecimiento *a posteriori* de alguno de los titulares, no creemos que dichos supuestos sean asimilables al derecho de acrecer en sentido técnico. De hecho, tras analizar los supuestos de incrementación como la renuncia liberatoria del comunero, el fallecimiento de alguno de los pensionistas en el contrato de renta vitalicia o el pacto de supervivencia en la compraventa; o supuestos más claros de incrementación por aparecer regulados en nuestro Código Civil, concretamente en los artículos 521 y 637 del Código Civil, no podemos entender que en dichos preceptos se esté haciendo referencia al derecho de acrecer. Esta conclusión se extrae del propio funcionamiento de estos negocios, que por su propia naturaleza no admiten la aplicación del derecho de acrecer, resultando inoperante de todo punto, al ser inviable la extrapolación de los presupuestos del derecho de acrecer.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: «La delación solidaria», en *RJC*, 1975, págs. 449-482.
— *Derecho Civil, III*, vol. 1.º, Barcelona, 1983.
— «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1615-1617.
AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Prohibición contractual de disponer y derechos de adquisición preferente», en *ADC*, 1965, págs. 953-968.
BADENAS CARPIO: *La renta vitalicia onerosa*, Navarra, 1995.
BARASSI, L.: *Le Successioni per causa di morte*, Milano, 1944.
BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954.
— *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario», en *RDP*, 1955, págs. 1101-1129.
— *El derecho de acrecer (negocios inter vivos y mortis causa)*, Madrid, 1956.
BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.
BONET BONET, F. V.: «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», en *RGLJ*, 1971, págs. 103-128.
BONET CORREA, J.: *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del comunero*, Madrid, 1961, págs. 241-296.
— *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1965.
BOSCH CAPDEVILA, E.: *L'accreixement en el Dret Successori català*, 7, Barcelona, 2002.
— «El concepto de derecho de acrecer», en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, Murcia, 2004, págs. 637-692.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: Voz «renta vitalicia», en *Enciclopedia Jurídica*, vol. IV, Madrid, 1995, págs. 5791-5793.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *Le Successioni per causa di morte*, vol. I, parte general, Napoli, 1962.
- CARNEVALE, V.: «La fattispecie costitutiva del diritto di accrescimento», en *Diritto e giurisprudenza*, 1954, págs. 161-169.
- CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.
- «Arrendamiento con opción de compra: cesión del derecho a favor de uno de los titulares (comentario a la STS de 6 de noviembre de 1989)», en *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, págs. 75-84.
- «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC*, 1991, págs. 1453-1528.
- Voz «prohibiciones de disponer», en *EJB*, 1995, págs. 5270-5273.
- «Prescripción y caducidad: la opción de compra, un ejemplo de derecho potestativo», en *Sepin*, núm. 5, 2010, págs. 29-35.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2.º, vol. 1.º, Madrid, 1992.
- *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 3.º, vol. 1.º, Madrid, 1992.
- *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4.º, Madrid, 1993.
- «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, 1929, págs. 226-241.
- CHOL, J.: *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, Lyon, 1933.
- DE BUEN, D.: *Notas a Colin y Capitant*, Madrid, 1984.
- *Notas a Colin y Capitant*, tomo 4, Madrid, 1981.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DE CUPIS, A.: *Istituzione di Diritto Privato*, Milano, 1983.
- DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C.: *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4.º, Madrid, 1920.
- *Instituciones de Derecho Civil español*, tomo III, Madrid, 1932.
- DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, págs. 803-821.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Madrid, 1995.
- *Sistema de Derecho Civil, II*, Madrid, 1999.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, Madrid, 2007.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: «Comentario al artículo 521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo VII, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 571-583.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1983.
- FELIU REY, M. I.: *El tanteo convencional*, Madrid, 1997.
- FERRI, L.: *La autonomía privada* (trad.: SANCHO MENDIZÁBAL), Madrid, 1968.
- FLUME, W.: *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*, tomo II (trad.: Miquel GONZÁLEZ y GÓMEZ CALLE), Madrid, 1998.

- GALGANO: *El negocio jurídico* (trad.: BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA), Valencia, 1992.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: «Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo», en *RDN*, 1967, págs. 61-111.
- GAZZARA, G.: Voz «Accrescimento», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo I, 1958, págs. 321-330.
- *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956.
- GÓMEZ CORRALIZA, B.: «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* incluidos los onerosos», en *RDP*, 1999, págs. 827-862.
- «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Actualidad Civil*, 1991-3, págs. 497-508.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ, J.: «La renuncia en el Derecho Inmobiliario», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo 2, Madrid, 1948, págs. 2-45.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «El acrecimiento en la mejora», en *Estudios de arte menor*, vol. II, Pamplona, 1964, págs. 207-286.
- «El acrecimiento en la mejora», en *AAMN*, 1950, págs. 517-588.
- LACAL, P.: «El derecho de acrecer entre herederos forzosos», en *RCDI*, 1931, págs. 260-263.
- LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2, Madrid, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y ALBALADEJO, M.: *Derecho de Sucesiones (parte general)*, Barcelona, 1961.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, Madrid, 2004.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 395-422.
- «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, págs. 275-299.
- LUCINI CASALES, A.: «El derecho de acrecer en los negocios jurídicos *inter vivos*», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, tomo II, 1976, págs. 237-272.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil Español*, tomo III, Madrid, 1976, págs. 238-241.
- «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1976, págs. 527-536.
- «Comentarios a los artículos 623 y 629 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1910, págs. 159-162 y 177-182.
- «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, tomo V, Madrid, 1910, págs. 217-220.
- «Comentarios al artículo 1258 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1907, págs. 617-621.
- MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Navarra, 2002.
- «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada, 2000, págs. 1075-1084.

- MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: «Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer», en *RD*, 1964, págs. 89-107.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Pamplona, 1998.
- MENGUAL, J. M.: «La opción como derecho y como contrato», en *RGLJ*, 1936, págs. 131-219.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, 1951, núm. 273, págs. 257-279.
- MIQUEL, J. M.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo V, vol. 2, Madrid, 1985, págs. 102-121.
- «Comentarios al artículo 395», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1078-1081.
- MOLLEDA FERNÁNDEZ: «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 325-380.
- MONTÉS PENADÉS, V.: «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *ADC*, 1974, págs. 301-340.
- MORENO QUESADA, B.: «Comentarios al artículo 521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1378-1380.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo VI, Madrid, 1949, págs. 524-532.
- «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo VII, Madrid, 1943, págs. 321-325.
- «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo XX, Madrid, 1958, págs. 559-590.
- «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo XX, Madrid, 1958, págs. 658-666.
- NICOLÒ, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, 1934.
- OSSORIO MORALES, J.: *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957.
- PALMIERI, L.: «Il diritto di accrescimento nelle donazioni», en *Rivista di diritto civile*, Milano, 1928, págs. 1-61.
- PELLICER, J.: voz «Oferta», en *NEJ*, Barcelona, 1986, págs. 365-405.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 2001.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, III-3, Barcelona, 1974.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1978.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil*, tomo 2, Barcelona, 1966.
- *Compendio de Derecho Civil*, tomo 3, Barcelona, 1966.
- REVERTE NAVARRO, A.: «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 1.º-A, págs. 100-296.
- RICCI, F.: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, vol. III, *Delle Successioni*, Torino, 1886.
- ROBBE, U.: *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel Diritto Romano Classico*, Milano, 1953.
- ROCA JUAN, J.: «La renuncia liberatoria del comunero», en *ADC*, 1957, págs. 91-126.

- ROCA SASTRE, R. M.: «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho Sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1948, págs. 217-257.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades», en *RCDI*, 1979, págs. 1269-1334.
- SCOGNAMIGLIO, R.: *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951.
- SENIN, A.: «Il diritto di accrescimento contrattuale», en *RDC*, 1938, págs. 205-229.
- SIRVENT: *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000.
- SIRVENT GARCÍA, J.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Valencia, 2003.
- STOLFI, G.: *Teoría del negocio jurídico* (trad.: SANTOS BRIZ), Madrid, 1959.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «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», en *RDP*, 1944, págs. 709-728.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II-4, Valladolid, 1936.
- *Tratado de Derecho Civil español*, tomo 3, Valladolid, 1937.
- VÁZQUEZ BARROS, S.: *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Barcelona, 2005.
- VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación* (anot.: CASTÁN TOBEÑAS), Madrid, 1928.
- WOLFF, M.: *Derecho de cosas* (trad.: PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER), vol. 2, Barcelona, 1937.
- XIRAU, J. R.: «Estudios sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho Privado», en *RGLJ*, 1971, tomo 143, págs. 297-385.

RESUMEN

DERECHO DE ACRECER SUCESIÓN MORTIS CAUSA

El derecho de acrecer es un fenómeno jurídico que tiene su sede natural en la sucesión mortis causa, lo que unido a la complejidad que supone la traslación a los negocios inter vivos de los presupuestos que conforman el derecho de acrecer, así como la diferente configuración, estructura y funcionamiento de esta clase de negocios, hacen inviable todo intento de construcción de una teoría general del acrecimiento en los negocios inter vivos.

ABSTRACT

RIGHT OF ACCRETION SUCCESSION MORTIS CAUSA

The is a legal phenomenon that has its natural place in the succession mortis causa, which together with the complexity of the transfer inter vivos businesses budgets that comprise the right of accretion, and the different configuration, structure and operation of this kind of business, make impracticable any attempt to construct a general theory of accretion in business inter vivos.

(Trabajo recibido el 20-12-2010 y aceptado para su publicación el 1-2-2012)