



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1997

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

REVISTA
JURIDICA
— DEL —
NOTARIADO
ABRIL-JUNIO 1997

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

9

BERTZEL, Karl: "Lex est quodcumque notamus".

20

VARA GONZÁLEZ, José Manuel: "Comunidad hereditaria y enajenación de inmuebles".

Práctica jurídica

Derecho Notarial

36

— MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: "De las fórmulas instrumentales a las cláusulas negociales".

Actualidad jurídica

Notas bibliográficas

25

— PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio, estudios preliminares por él mismo y RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Los registros notariales de Madrid, 1441-1445", Madrid, Fundación Matriense del Notariado, 1995, 629 págs. Por Rafael Gibert.

LEX EST QUODCUMQUE NOTAMUS

Observaciones relativas a la historia de la divisa de la Unión Internacional del Notariado Latino y del emblema del “Gnomón” (*)

9

KARL BERTZEL

Vicepresidente del IHN

Antiguo alumno del Maximilianeum Royal

La redacción del “Gnomón” se ha interesado especialmente por el informe de Me BERTZEL, uno de los más eminentes representantes del notariado alemán. De nuevo nos demuestra sus extraordinarias aptitudes como jurista, historiador e investigador. Su lectura viene a confirmar, si fuera necesario, “el homenaje al Presidente Bertzel”, hecho por Michel JONQUET, en el número 42 de nuestra revista de marzo de 1985.

(*) Este informe ha sido dedicado al Príncipe Francisco de Baviera, por su 60º aniversario, el 14 de julio de 1993.

Cuando usted salga del metro en la estación de "Châtelet", inmediatamente le llamará la atención la gran casa de tres pisos que se ve enfrente.

Se trata de la Cámara de Notarios de París. Esta construcción, de gran rigor artístico, ha sido edificada en el sitio exacto en donde confluyen el bulevar Sebastopol, la calle Saint-Denis y la avenida Victoria, y que dan a la Plaza del Châtelet. Se trata, sin ninguna duda, de un lugar cargado de historia. En este lugar se construyó, en el antiguo régimen, el "Châtelet" (del latino *Castellum*), en el que estaban establecidos en otro tiempo, los diferentes servicios que cooperaban en la buena administración de la justicia, para la ciudad de París. En los edificios primitivos, los notarios de París, cuya cifra se limitaba a 60, disponían de una sala en la que cada uno de los que estaba sentado detrás de una mesa recibía a su clientela.

10 Por encima de la puerta de entrada del edificio, se podía observar una especie de escudo, con la cabeza de Medusa, en el que se leía el siguiente texto: *Lex est quodcumque notamus*, y en el medio se veía un reloj solar de muchas caras, parecido a los que se fabricaron en Augsbourg, en el Renacimiento.

El texto *Lex est quodcumque notamus* es hoy la divisa de la Unión Internacional del Notariado Latino, tanto ayer como hoy, junto con el emblema del reloj solar, que corresponde a la divisa de la Cámara de Notarios de París. La Unión Internacional del Notariado Latino ha conservado esta divisa desde su fundación en 1948, a propuesta de Me Jean CHAINE, Presidente de la delegación francesa y Vicepresidente del primer Consejo Permanente de la Unión.

La divisa *Lex est quodcumque notamus* junto con el emblema del reloj solar, fue empleada por primera vez en enero de 1676, como ficha de presencia de la Cámara de Notarios de París. En otro tiempo, en la Cámara de París, se utilizaba un cirio de cera para entregar a los participantes en las reuniones, en homenaje a los buenos y leales servi-

cios. Después, siguiendo el ejemplo de la Academia francesa, se decidió dar a cada participante una ficha de presencia en plata. La primera ficha de presencia en cuestión representaba, en el anverso, a Luis XIV, con el texto *Ludovicus Magnus XIII-1676*. En el reverso había una representación de un reloj solar, cuyo original se encuentra en el parque municipal de Bagneux, a 8 kilómetros de París, en el lado sur, y que antiguamente se llamaba "Parque Richelieu". En la ficha se lee *Lex est quodcumque notamus*, y en exergo "Consejeros Notarios Secretarios del Rey".

¿Es un problema digno de discusión saber quién es el autor de la divisa *Lex est quodcumque notamus*, así como el del emblema del reloj solar denominado Gnomón? (Nota del traductor: se sabe que los notarios parisinos tomaron como emblema un instrumento llamado Gnomón. La definición es la siguiente: instrumento que se compone de un estilete cualquiera, que hace sombra en una superficie plana y horizontal, para indicar, según la longitud de la sombra del estilete, la altura del sol o de la luna sobre el horizonte y su orientación, es decir, la hora). Se podría tener en cuenta a un jesuita, el Padre Claude-François MENESTRIER DE LYON, que vivió a continuación en París (1631-1705), y a otro jesuita, Jean Baptiste DE SANTEUL, entonces (1676) canónigo de la Abadía de San Víctor en París. En todo caso, hay una cosa segura, la Cámara de Notarios de París ordenó a SANTEUL (1630-1697) realizar los trabajos concernientes a la divisa.

Raymond JÉGADEN ha precisado en su artículo: *La comunidad de Notarios del Castillete de París*" (aparecido en 1951 en la revista histórica del Derecho francés y extranjero, páginas 366-367): "En el año 1676, el síndico J. Plastrier inscribió en sus cuentas de gastos la suma de 105 libras, pagada por dicho tributo, por valor de 100 fichas de plata de 21 soles cada una, que han sido entregados a Mr. DE SANTEUL, religioso de San Víctor, a ruego de los síndicos, en reconocimiento al esfuerzo realizado a la hora de hacer la divisa de dichas fichas".

JÉGADEN indica, por otra parte, que “492 libras fueron para François CHERON, grabador habitual del Rey, por grabar dichas fichas”.

El litigio entre MENESTRIER y SANTEUL, con el fin de saber cuál era el verdadero autor de la divisa *Lex est quodcumque notamus*, llegó a su punto culminante en 1686, cuando MENESTRIER, en su obra *La ciencia y el arte de las divisas*, mencionaba, páginas 13 y 14:

12 “Hace algunos años que los señores secretarios del Rey me pidieron que hiciera unas divisas para sus fichas. Para satisfacer sus demandas, consideré dos cosas: por un lado, que tienen el honor de tener al Rey como jefe de su comunidad, y por otro, que uno de sus trabajos principales es firmar las copias de los Edictos y de las Declaraciones del Rey para autorizarlas. Yo les di dos divisas sobre esto, en una de ellas era el Rey de las abejas con su enjambre y estas palabras: *Qui rex et dux est* (nuestro jefe es el Rey). El otro era uno de esos fanales de cristal de varias caras, sobre los que hay unas esferas y estas palabras *Lex est quodcumque notamus*. Porque la sombra, el estilete, las líneas y las horas de estas esferas sirven para distinguir y medir el tiempo de diversos actos públicos. Estas dos divisas se desecharon por razones en las que nunca he profundizado, pero tres o cuatro años después aparecieron y las bolsas de fichas se entregaron, con un presente considerable, a un hombre que no era más que el usurpador de esas divisas.”

Todo según MENESTRIER.

Teniendo en cuenta estas precisiones, ¿cómo fue posible que el pago lo hiciera el síndico de la Cámara de Notarios de París en 1676, al usurpador Jean DE SANTEUL, fraile de la Abadía de San Víctor, que había vendido a los notarios parisinos la divisa *Lex est quodcumque notamus*, todo junto con el Gnomón? En cuanto al Gnomón, ¿habría habido un trueque entre el reloj de pared solar de varias caras DE SANTEUL y otro que existe en Bagneux, como propone MENESTRIER?

Por otra parte, se plantea otra pregunta. ¿Por qué se convino esta divisa para el notariado?

El asunto tiene explicación para los secretarios del Rey, teniendo en cuenta las precisiones alegadas por MENESTRIER. El tercer punto de comparación entre la actividad de los secretarios del Rey y el papel del reloj solar, según MENESTRIER, cuya redacción de los edictos y ordenanzas presenta puntos comunes con el hecho de que el reloj de pared solar da carácter oficial al paso del tiempo.

El tercer punto de comparación entre el papel de un reloj de pared solar y la actividad de los notarios tampoco está claro. Respecto a este tema se han hecho ya comentarios. En 1853, podemos partir de los trabajos de la Academia de inscripciones y bellas artes, Instituto de Francia, con la observación siguiente (Gnomón, 1987, n.º 58, pp. 45-46): “Lo mismo que el Gnomón tiene autoridad para marcar las horas, lo mismo que la firma de los notarios proporciona en muchos de los casos, si no en todos, la fecha precisa de los actos, la redacción de las cláusulas y convenciones en las escrituras, hace la ley de las partes, como el reloj solar es la regla del tiempo en las costumbres de la vida”. En la divisa *Lex est quodcumque notamus* hay un juego de palabras para hacer alusión al nombre de la compañía de notarios *Notamus* y es necesario resaltar que el notario tiene aquí el sentido no de señalar, pero sí de escribir, de consignar derechos auténticos (*Lex est*).

Distintos autores, ante todo en Alemania, interpretaron el texto *Lex est quodcumque notamus* de la manera siguiente. Porque nosotros autentificamos un documento, este documento llega a ser ley. Esta interpretación es errónea, ya que en el texto *Lex est quodcumque notamus*, sea en Derecho francés o en Derecho alemán, queda sobrentendido que la autentificación notarial corresponde a una presunción de validez. Se puede considerar como otra prueba de la mala interpretación del texto *Lex est quodcumque notamus*, el hecho de que más de un comentarista ha permutado el sujeto

y el atributo en la frase. La palabra *Lex* es perfectamente el sujeto de la frase, entonces las palabras *Quodcumque notamus* constituyen el atributo. Es así como se llegará a decir “La ley permite al notario autenticar”. Si se permutan el sujeto y el atributo, se tiene entonces la impresión de que el documento que el notario autentifica, gracias a la autenticación, llega a ser ley. En medio de esta permutación, el sentido de la frase se cambia, y numerosos autores, ante todo en Alemania, pedirían este texto altivo. En resumen, según las enseñanzas de la Academia francesa del año pasado, se corre el riesgo de compartir esta impresión errónea de que, el notario, en medio de su propia firma, se encuentre como el verdadero creador de la “Ley del contrato”, cuando son las partes contratantes las que en realidad la crean.

14

En cuanto al sentido de la palabra *Lex*, se puede volver a las costumbres del Derecho romano. *Lex* significa no solamente una decisión, fuente de obligaciones jurídicas para una comunidad y que se impone a ella, sino también una convención, principio de las obligaciones en el cuadro de los informes jurídicos de Derecho privado y en el límite de la competencia de los informes contractuales. En este sentido, el Derecho romano evoca las palabras *Lex Contractus* 11 & 6 D. 16,3.

Se encuentran más lejos de locuciones de Derecho romano que se interpretan en este sentido:

Legem imponere alicui 17 & 8 D 24,1

Legemsuae rei dicere

Leges praediorum vendendorum 15 D 47,12

Leges locationis 177 D 17,2

Legem testamento dicere 114 D 28,1

Lex commissoria (en el marco de un embargo - Cambio de propiedad cuando hay prescripción sin pago). Paul 11 13,6 Rubr. 13 C 8,34.

Lo mismo ocurre si pensamos en los grabados de las sepulturas de Derecho romano. Por ejemplo, *Huic loco monumento haec lex in perpetuum dicitur*.

Se puede observar muy claramente en los estatutos de asociaciones (*lex collegii*). *Tu, qui novos in hoc collegio entrare voles, prius lege per legem et sic, intra, ne postmodum queraris aut heredi tuo controversiam relinquas. Lex*, significa entonces *Placuit universis, ut... etc.*

La palabra *Lex* significa, pues, en Derecho romano, no solamente una ley relevante de la competencia del Estado, sino también una decisión imperativa en el marco de los informes contractuales privados. En este sentido, la palabra *Lex* contenida en el marco de la divisa *Lex est quodcumque notamus*, significa que el notario comparece para autenticar documentos, dándoles un carácter imperativo. Todo esto se hace en los informes jurídicos privados. Esta manera de legislar es relevante en cualquier clase de forma autónoma.

No es necesario ir más lejos.

De esta manera, se puede interpretar mejor el papel del Gnomón, cuya aguja varía en función de la luz del sol y de la sombra, indicando el tiempo que pasa, sin que ese resultado se derive de su propia actividad. El tercer punto de comparación entre la actividad del notario y el Gnomón es al mismo tiempo el segundo punto de comparación. Se trata de una actitud de dependencia en los dos casos.

Pero, ¿cómo Jean DE SANTEUL podía conocer la significación de la palabra *Lex* en Derecho romano, si no era jurista? Más bien, podría ser calificado como poeta, muy interesado por el latín, en la Francia del siglo xvii. (Ver nueva biografía general, desde los tiempos más lejanos hasta nuestros días, Firmin DIDOT FRÈRES, París, 1864, p. 311). Se corre el peligro de que a los notarios de la época les ocurra lo mismo, sean de París, sean de la periferia. Ninguno era realmente jurista. Cotejando la lista de notarios de la Cámara de Notarios de París, el autor tomó nota de que en 1679 había en París 108 notarios y en la periferia de París, 21 notarios. Ninguno llevaba el título de Doctor en Derecho. Hemos de reconocer que la profesión de notario no gozaba entonces de mucha notoriedad en el plano social. No pare-

cía muy conveniente para un Doctor en Derecho llegar a ser notario. El notariado no estaba considerado más que como un “oficio”.

Respecto a este tema, son particularmente interesantes las revelaciones de Kléber VEYSSET, en su obra *Escudos y distintivos del Notariado*. París, 1979, p. 266.

Me VEYSSET nos subraya una curiosa anécdota. Durante una reunión de copropietarios de un inmueble parisino la asamblea pidió a un notario que les permitiera hacer desaparecer sus escudos, ya que con su presencia pretendían que el inmueble perdiera su naturaleza burguesa.

No está prohibido preguntarse en qué condiciones SANTEUL y el notario parisino de la época, pudieron concebir lo que la palabra *Lex* significaba en Derecho romano. Se puede responder de la manera siguiente. Se encuentra en el francés actual una curiosa locución, “Hacer la ley”. Así, en 1979, millares de francesas se manifestaron en París, en el Campo de Marte, para obtener una modificación de la ley sobre el aborto. Llevaban pancartas transparentes, en las que se leía: “El cuerpo de las mujeres no se dejará hacer la Ley”.

El 22 de mayo de 1979, el diario *Le Figaro*, p. 2, informaba, en el tema del Consejo de Europa: “Los grandes hacen la Ley”.

En el tomo 2 del Curso elemental de Derecho Civil francés de la obra de COLIN Y CAPITANT, tomo 2, edición de 1935, se precisaba que el contrato supone, en su esencia misma, voluntades independientes e iguales, que debaten con toda libertad las condiciones de su acuerdo. Ahora bien, una situación tal raramente se encuentra en la práctica. Incluso en los contratos entre dos partes solamente, casi siempre una de ellas se encuentra en una condición económica más fuerte que la otra, lo que hace “La ley del contrato”.

En el tomo 4 de la *Enciclopedia* de DIDEROT y de ALEMBERT, publicada en París en 1754, p. 124, se puede leer: “Antes de que un contrato no sea perfecto, las partes son libres de no hacerlo, pero en el caso de que esté hecho

no se permite más que a las propias partes deshacerse de él, el contrato hace su ley”.

En el diccionario *Le Robert*, edición 1973, p. 677, se observa bajo la palabra en exergo “Hacer”, la locución “Hacer una ley”.

En el *Grand Larousse de la Lengua Francesa* (1975) se da cuenta que bajo la palabra en exergo “Ley” la locución “Hacer una ley” se emplea desde principios del siglo xvii con su moderno significado.

LITTRÉ informa en su *Diccionario de la Lengua Francesa* (1957), bajo la palabra en exergo “Ley” que la locución “Hacer la ley” fue empleada por primera vez por MALHERBE (1555-1628), así como por CORNEILLE (1606-1684).

Se encuentran numerosos ejemplos de esta utilización en las obras de CORNEILLE.

Es necesario reseñar que MALHERBE era un jurista y su vida es prueba de ello. No solamente como poeta en la corte de Enrique IV, sino también como consejero de su viuda, María de Médicis. En cuanto a CORNEILLE, su padre era abogado y él mismo recibió una formación jurídica. Algunas veces compareció ante el Tribunal, pero se consagró rápidamente en el teatro.

Probablemente, la locución “Hacer la ley” apareció en la literatura francesa de los siglos xvi y xvii, ya que pasa enseguida al lenguaje común. Así, la divisa *Lex est quodcumque notamus*, vendida por SANTEUL al notariado parisino, lo mismo que la locución “Hacer la ley”, que pasa al lenguaje común, fueron comprendidas por los notarios en los dos sentidos que tiene. Es prácticamente imposible saber más respecto a los orígenes de la locución que proviene del Derecho romano desde el punto de vista de SANTEUL y del notariado parisino.

De todas formas, se puede decir que la divisa *Lex est quodcumque notamus* tiene la siguiente propiedad: su texto proviene de MENESTRIER, pero SANTEUL le dio un sentido nuevo que hasta entonces aún no tenía.

El original del Gnomón, que se representa en el reverso de la ficha de presencia, proviene de la Cámara de Notarios de París en 1676, y se encuentra en el parque municipal de la pequeña ciudad de Bagneux, a ocho kilómetros de París. La fecha de su erección, en cualquier caso antes de 1676, y quién era el artista, siguen siendo todavía desconocidos.

La relación entre el Gnomón de Bagneux y el del reverso de la ficha de presencia de 1676, apareció en el autor en 1975, y puede situarse en el artículo aparecido en la revista *Ventôse*, n.º 7 y 8 de 1977, pp. 52 y 53. El parque municipal se llamaba antiguamente "Parque de Richelieu". Formaba parte de una propiedad perteneciente a Mr. Benicourt, un favorito del cardenal de Richelieu. Esta propiedad fue edificada probablemente con los denarios del cardenal, para "Servir a coloquios secretos" (ver *La historia de la diócesis de París de Lebeuf*, París, 1757, p. 415).

18

Gracias a estas mismas fuentes, se sabe que existía un antiguo título de propiedad que consistía en una subasta judicial contra la herencia de Felipe, Marqués de Linoncourt. Esta subasta fue pronunciada el 6 de septiembre de 1665, a favor del señor Jean Gouppli, comerciante acomodado de París, llegando a ser Priorato de la Santa Oportunidad. SANTEUL debió de ver el original del Gnomón de Bagneux. No nos ha llegado ninguna reproducción de este reloj de pared solar. La más antigua reproducción que conoce el autor es la del frontispicio del primer tomo de la obra de Ferdinand BERTHOUD *Historia de la medida del tiempo por los relojes de pared*. París, 1802.

Probablemente, SANTEUL conoció personalmente al antiguo propietario, Jean Gouppli. El parque de Richelieu no era en otros tiempos un parque público, sino una propiedad privada y en estas condiciones no era accesible para cualquiera. Durante la Revolución Francesa podría haber aparecido en el momento de la demolición de la casa del cardenal, un pozo "de al menos 100 pies de profundidad, que tal vez sirviera de mazmorra, teniendo en cuenta que fueron descu-

biertos los huesos de 40 cadáveres, de un gran número de vestidos hechos jirones, relojes, joyas y monedas”. (Ver Eugenio TOULOUZE. *Historia de un pueblo ignorado*. Balneolum. París, 1898).

Teniendo en cuenta la gran importancia que tiene para el notariado en Francia la presencia del Gnomón en el parque de Bagneux, el autor ha solicitado permiso al Servicio de monumentos históricos para colocar dicho Gnomón bajo una protección de plexiglás, para poder conservarlo. Por otra parte, en 1698 (después de la muerte de SANTEUL en 1697), apareció una obra cuyo título es *Joannis Baptistae Santolii Vicrorini Operum Omnium, editio secunda, in qua reliqua opera nondum conjunctim edita reperiuntur*. En este trabajo se recuerdan los trabajos de SANTEUL. En la página 176, la siguiente observación nos llama la atención:

Divisa de la comunidad de notarios, un Gnomón que presenta la siguiente leyenda *Lex est quodcumque notamus*. Incluso en el *Pequeño Larousse* encontramos en la rúbrica “Locuciones latinas y extranjeras”, nuestra divisa, sin duda con un comentario más bien escaso. *Lex est quodcumque notamus* resulta ser la divisa de la Cámara de Notarios de París, cuyo autor, por añadidura, es SANTEUL. Tenemos que lamentar que SANTEUL, en el curso de su existencia, no tuviera, por razones comprensibles, una discusión abierta con MENISSIER, para determinar quién era realmente el autor de las palabras *Lex est quodcumque notamus*. En resumen, se puede deducir que Jean DE SANTEUL sustituyó el Gnomón de varias caras que MENESTRIER propuso a los secretarios del Rey por el Gnomón que proviene del Parque de Riche-lieu en Bagneux, y que dio a la divisa *Lex est quodcumque notamus* un nuevo contenido.

COMUNIDAD HEREDITARIA Y ENAJENACIÓN DE INMUEBLES

JOSÉ MANUEL VARA GONZÁLEZ

Notario

21

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. – Naturaleza jurídica. – Régimen jurídico. **III.** SUPUESTO SIMPLE: VENTA DESDE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. – Distinción de figuras afines. **IV.** REQUISITOS SUBJETIVOS. – Menores sujetos a patria potestad. – Emancipados. – Sujetos a tutela. – Incapacitados sujetos a curatela. – Cónyuges. – Apoderados. **V.** REQUISITOS OBJETIVOS. **VI.** REQUISITOS FORMALES. **1.** Liquidación fiscal. – *Consecuencias tributarias derivadas de la venta desde la comunidad hereditaria.* – *Ámbito de la calificación registral en cuanto a la liquidación del Impuesto de Sucesiones.* **2.** Escritura pública: Esquema del documento. **3.** Inscripción en el Registro de la Propiedad. – *La condición de tercero hipotecario de quien adquiere desde la comunidad hereditaria.*

VII. EFECTOS: **a)** Entre los coherederos: **1.** *Aceptación tácita de herencia:* – *Pérdida del beneficio de inventario.* **2.** *Respecto a la partición:* – *Posibilidad de la enajenación desde la comunidad hereditaria existiendo ejecutores testamentarios.* **b)** Frente al adquirente. **VIII. CONCURRENCIA CON ACREEDORES.** **a)** Acreedores hereditarios. **b)** Acreedores de los herederos. **IX. CONCURRENCIA CON LEGATARIOS.** **a)** Legados de cosa específica propia del testador. **b)** Legados de género o cantidad. **c)** Legados de rentas o pensiones periódicas. **d)** Legados de parte alícuota. **X. CONCURRENCIA CON LEGITIMARIOS.** **a)** Legitimarios que consienten la enajenación. **b)** Legitimarios que no consienten la enajenación. **XI. LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS.** – Albacea particular, con sólo las facultades legales. – Albacea particular facultado expresamente para vender los bienes. – Contador-partidor. – Albacea universal. – Facultades cuando existen legitimarios.

I. Introducción

La práctica de los despachos notariales ofrece con alguna frecuencia el siguiente caso: todos los herederos de un común causante se personan acompañados de otra persona, con quien tienen concertada la venta de alguna o de todas las fincas que en vida pertenecieron a aquél. No se ha otorgado escritura ni documento alguno de adjudicación o partición de herencia y las fincas siguen inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del fallecido. Lo que solicitan es la autorización de una escritura de compraventa, no la formalización de la herencia. Es decir, los herederos-vendedores lo que pretenden no es heredar para vender, sino directamente, vender por ser herederos.

Razones no ya de técnica documental, sino de Derecho Civil y Registral nos pueden llevar a considerar como imprescindible la previa escrituración de la adjudicación o partición hereditaria, siquiera parcial y su inscripción registral, previa liquidación del Impuesto de Sucesiones, y sólo desde ahí, la formalización de la transmisión al tercero (1). Podría, como mucho, admitirse el otorgamiento sucesivo de las dos escrituras, previamente advertido el adquirente de las consecuencias de la falta de previa inscripción, y en su caso de liquidación fiscal; sin embargo, en una primera aproximación al supuesto, la herencia previa a la enajenación parecería ineludible.

La cuestión, por tanto, es la siguiente: ¿no es posible que los herederos, actuando por unanimidad realicen actos dispositivos desde la comunidad hereditaria, plenamente eficaces frente al adquirente? O más bien, ¿es jurídicamente ineludible la partición?; ¿a quién puede perjudicar la venta directa?

23

La enajenación desde la comunidad hereditaria nos parece posible civilmente cuando el supuesto se plantea en su estado más simple. Deberemos encontrar apoyo en la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, y sortear dos inconvenientes que no parecen insuperables: la previa liquidación del Impuesto de Sucesiones, y la posible contravención del principio registral de tracto sucesivo.

Las dudas aparecen cuando el problema se entrelaza con otras instituciones: ¿Será posible si los herederos no actúan por unanimidad?; ¿implicará fraude para los derechos de los acreedores hereditarios?; ¿y si concurren legatarios?; ¿podrán los ejecutores testamentarios ejercitar estos mismos actos de disposición?; ¿qué ejecutores?; ¿y si hay legitimarios no con-

(1) Ésta es la posición de GARCÍA-BERNARDO LANDETA, quien rechaza la posibilidad de venta directa desde la comunidad hereditaria. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: "Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo", *RDN*, julio-diciembre 1965, págs. 83 y ss.

currentes?, y en todo caso, ¿podrá el adquirente acogerse a la protección del Registro en concepto de tercero?

Intentamos en las páginas que siguen plantear y, a ser posible resolver, algunos de los problemas anteriores. Utilizamos dos criterios básicos:

Uno, el enfoque práctico del estudio. Son abundantes en la doctrina las alusiones al supuesto que planteamos, y en su inmensa mayoría, favorables a la posibilidad que hemos avanzado; sin embargo, no es frecuente que vayan más allá de su formulación teórica. Nos interesa aquí no sólo el “qué”, sino también el “cómo”. La exposición de las posibles soluciones gira en este trabajo en torno a sus requisitos y efectos. Se propone también un esquema del texto de la escritura pública en que se documenten.

Otro, el principio de seguridad jurídica: las fórmulas legales, en tanto se materializan en soluciones formales, deben dar lugar a documentos con suficientes garantías de inatacabilidad. Sin renunciar a plantearlas, serán rechazadas las alternativas que no permitan ofrecer al adquirente de los bienes hereditarios una escritura con todas las garantías propias de la intervención notarial, incluida su idoneidad como título inscribible.

El estudio se limita al Derecho Común: el régimen de algunos Derechos Forales en cuestiones básicas como la naturaleza jurídica de la legítima, la inaplicabilidad de la posesión civilísima a la sucesión hereditaria, o la regulación del albaceazgo universal, arrojarían en este tema resultados muy distintos.

En cuanto a la transmisión cuya posibilidad se plantea, contemplamos como supuesto típico el de enajenación por título oneroso y mediante contrato de compraventa; por eso en el texto pueden aparecer indistintamente la referencias a enajenación, en abstracto, o a compraventa, en particular. La expresión “venta desde la comunidad hereditaria” no es del todo congruente con la tesis que defendemos sobre la naturaleza jurídica de tal comunidad; su reiteración en el texto responde más a su grafismo que a su rigor.

II. Naturaleza y régimen jurídicos de la comunidad hereditaria

— Naturaleza jurídica.

La comunidad hereditaria surge cuando, con ocasión de una sucesión mortis causa, la herencia ha sido adquirida por varios herederos mediante la aceptación, pero aún no se ha realizado la partición.

Los estudios doctrinales sobre la comunidad hereditaria han estado condicionados históricamente por dos factores: la pretendida insuficiencia normativa del Código civil, y su tratamiento en la legislación hipotecaria.

El C.c. no contiene una regulación completa de la fase intermedia entre la aceptación y la partición. Las pocas alusiones a la comunidad hereditaria o al derecho hereditario están dispersas en su articulado, a propósito de otras instituciones. Su análisis puede parecer desconcertante, pues las pocas normas que contemplan algunos de sus aspectos no parecen responder a una naturaleza unitaria.

En la actualidad el derecho hereditario se refleja en el Registro a través de un asiento provisional: la anotación preventiva que recoge el artículo 42,6 LH. Sin embargo, la legislación hipotecaria anterior a la reforma del 44-46, regulaba su registración mediante un asiento de inscripción. La validez de esta fórmula fue reconocida por una resolución de 25 de febrero de 1888, que contribuyó a su generalización, y fue refrendada por el Reglamento de 1915. En este régimen, cada coheredero podía, antes de la partición, solicitar mediante simple instancia privada, acompañada del testamento, la inscripción de su cuota sobre cualesquiera inmuebles que hubieran pertenecido a su causante. Esto creaba la falsa imagen de ser el coheredero titular no de una participación sobre el patrimonio hereditario que habría de concretarse en bienes mediante la partición, sino tener de presente la titularidad de una cuota indivisa sobre cada bien. La aplicación del principio de legitimación producía que el titular registral

pudiera disponer de esa misma cuota indivisa o serle embargada, sin que el Registro informara suficientemente acerca de que tal titularidad quedaba a expensas de la partición. Es decir, el Registro creaba la apariencia de que la cotitularidad sobre el patrimonio hereditario se resolvía en tantas comunidades romanas como bienes integraran la herencia.

Por su parte, la DGRN comenzó suscribiendo a propósito de la comunidad hereditaria la tesis de la comunidad romana, permitiendo la inscripción de cuotas sobre bienes hereditarios antes de la partición, en resoluciones de 16 de diciembre de 1876, 7 de octubre de 1880 y 25 de febrero de 1888, todas ellas anteriores al C.c. Tras el RH de 1915, el intento de armonizar su artículo 71 con la regulación del C.c. para la fase de herencia indivisa lleva al centro directivo a rechazar su anterior tesis en las resoluciones de 21 de febrero de 1923, 22 de septiembre de 1924, 29 de agosto de 1925, 6 de diciembre de 1926 (ésta, suscribiendo ya abiertamente la tesis de la comunidad en mancomún, con argumentos históricos discutibles) y 1 de diciembre de 1927, luego confirmadas por la de 3 de febrero de 1959. En fechas más próximas alude explícitamente a la idea de comunidad germánica en las resoluciones de 10 de enero de 1994 y 6 de febrero de 1995.

El tratamiento en la legislación registral del derecho hereditario y su repercusión en la jurisprudencia hipotecaria justifican, al menos en parte, que, hasta las reformas del 44-46, gran parte de los estudios sobre el tema tuvieran el siguiente común presupuesto básico:

Es de esencia a toda comunidad la concurrencia de una pluralidad de sujetos sobre un objeto. Para que un derecho pudiera recaer sobre un único objeto era necesario la identificación de ese objeto. Por ello, los esfuerzos doctrinales de la época se dirigieron esencialmente a la identificación del objeto único de la comunidad hereditaria, rompiendo el espejismo de la pluralidad de comunidades que creaba la regulación registral. Esta unificación objetiva se centró en el

concepto “patrimonio hereditario”, cuya naturaleza se pretendió buscar, según los autores (2) en la idea de “universitas”, o en la del patrimonio separado colectivo, o incluso aproximándola, como Jerónimo GONZÁLEZ, a la persona jurídica (3), tesis que asume el TS en Ss. de 30 de abril de 1935 y 17 de mayo de 1963.

Identificado el objeto, se aisló conceptualmente el derecho sobre el mismo, encontrándose en el llamado “derecho hereditario”, que con tal denominación aparece en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria del año 44 y en la STS de 11 de diciembre de 1964. Al derecho hereditario se le atribuye la entidad de derecho subjetivo pleno, e incluso encontrándose en él, según algunos autores, las notas propias del derecho real, y en especial, la absolutividad *erga omnes* y la inmediatividad al objeto. El planteamiento común a los estudios de esta época fue por tanto el siguiente: la comunidad hereditaria es la concurrencia de varios sujetos (los coherederos) que tienen un mismo derecho, con rango de derecho subjetivo (derecho hereditario en abstracto) sobre un único objeto (el patrimonio hereditario).

El régimen de la cotitularidad del derecho sobre el patrimonio pretendió explicarse a la luz de las dos fórmulas históricas de comunidad: la comunidad romana o por cuotas, que recoge, aunque no con absoluta fidelidad, el C.c. español en la regulación de la comunidad de bienes de los artículos 392 y ss.; y la comunidad germánica o *gesammte Hand*.

(2) La configuración de la herencia como *universitas iuris* procede del Derecho Romano clásico, pero sólo al efecto de justificar el carácter unitario del fenómeno sucesorio. Su aplicación a la herencia indivisa parece ser elaboración de los glosadores, según CHAMORRO, o bien de las escuelas iusnaturalistas del s. XIX según NÚÑEZ LAGOS. La aplicación de la teoría del patrimonio se debe a la influencia de los autores alemanes, en especial de VON THUR, LEHMANN y REGELSBERGER, sobre la doctrina española. La teoría de la persona jurídica pretendía poner el acento en la unificación subjetiva de la herencia, si bien la idea de organización estable, propia de la persona moral, era más difícilmente conciliable con la comunidad hereditaria, de vocación liquidatoria y particional, y en todo caso transitoria.

(3) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “La comunidad hereditaria”, *RCDI*, 1931, y también en *Estudios de derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

La fórmula de la comunidad romana era útil para explicar el régimen de la herencia indivisa en lo relativo al carácter esencial de la acción de división de la cosa común, que no es sino un trasunto de la naturaleza transitoria e incidental de estos tipos de comunidad. Sin embargo, la idea de cuota y, sobre todo, la plena disponibilidad de la cuota en el condominio ordinario, eran inconciliables con la naturaleza de la herencia indivisa, que debe permanecer cohesionada a las resultas de la partición. La eventualidad de que, en congruencia con esa tesis, cada heredero pudiese enajenar su cuota sobre cada bien hereditario, chocaba frontalmente con el régimen del C.c. sobre la herencia indivisa: la partición habría de realizarse entonces entre extraños, como permitía el Derecho Romano, y no sólo entre coherederos; los ejecutores testamentarios no podrían realizar su cometido; y la responsabilidad solidaria de los coherederos antes de la partición carecería de eficacia como garantía de los acreedores de la herencia.

Por ello, la fórmula de la comunidad germánica sedujo entonces a un sector de la doctrina, y todavía en fecha reciente a nuestra DG, pretendiendo descubrir en la herencia indivisa gran parte de sus características, especialmente la inexistencia de cuotas y la indisponibilidad de la posición de cada comunero en atención a una cualidad personal suya (la condición de heredero), que le vinculaba a tal comunidad.

Estas notas aparecen a partir de los años treinta en los estudios de CAMPUZANO (4), así como en los de ROMERO CERDEIRIÑA (5) y GARCÍA VALDECASAS (6), éstos ya posteriores a la reforma hipotecaria del 44-46. Estos autores obser-

(4) CAMPUZANO Y HORMA: *Elementos de Derecho Hipotecario*, vol. 1, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1931.

(5) ROMERO CERDEIRIÑA, Ángel: "En torno al concepto del derecho hereditario: la última moda", *AAMN*, V, 1950. *Vid.* también *El Derecho hereditario en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 1947.

(6) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: "La comunidad hereditaria", *RGLJ*, 1952. Es el texto de una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en marzo de 1949.

van en tal comunidad sobre la herencia, considerada como patrimonio separado colectivo, las notas características de la comunidad germánica, si bien, en especial el último citado, matizaba que tal comunidad sobre el patrimonio se proyectaba en tantas comunidades romanas como bienes integraran la herencia.

En este mismo grupo de estudios puede incluirse el de GARCÍA GRANERO (7), quien ve en la comunidad hereditaria notas de los tipos romano o por cuotas y germánico o *gesammte Hand*: las relaciones entre coherederos, a efectos del disfrute de los bienes hereditarios, estarían presididos por el concepto de cuota; en el régimen externo, a efectos de la garantía de los acreedores y de la realización de actos dispositivos, la inexistencia de cuotas acerca el supuesto a la comunidad germánica.

ROCA SASTRE (8) y PUIG BRUTAU (9), posteriormente, renuncian a la asimilación de la comunidad hereditaria a ninguno de los dos tipos reseñados, incidiendo en las diferencias respecto al régimen de la comunidad por cuotas contemplado en el C.c. como prototípico o supletorio. Sin embargo, los dos autores citados insisten en la idea de la unificación objetiva de la herencia indivisa, afirmando el primero su consideración como patrimonio y lamentando, el segundo, una falta de delimitación conceptual positiva que fije su naturaleza jurídica. La tesis de ROCA resuena con claridad en la S. de 6 de mayo de 1958, al identificar la cotitularidad sobre el patrimonio hereditario con la comunidad romana y la comunidad sobre cada bien hereditario con la mancomunidad.

(7) GARCÍA GRANERO, Juan: "Cotitularidad y comunidad *gesammte Hand* o comunidad en mano común", *RCDI*, 1946.

(8) ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho hipotecario*, edición de 1968 (sexta), Bosch. Y también "La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de la propiedad?", en *Estudios sobre sucesiones*, Instituto de España, 1981.

(9) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. VI, vol. I, reedición de 1990, Bosch.

Frente a las posiciones anteriores, otra tesis impugna su presupuesto básico: la unificación objetiva del derecho hereditario. VALLET (10) cita a ALGUER (11) como iniciador de este planteamiento. Aparece con nitidez en el profesor DE CASTRO (12), quien sin embargo opina que la titularidad sobre cada uno de los objetos del patrimonio hereditario está transitoriamente indeterminada hasta la partición, quedando adjudicados entre tanto los bienes y derechos hereditarios a los coherederos en régimen de titularidades preventivas e interinas.

Comparten el planteamiento que vamos a exponer CHAMORRO PIÑEIRO (13), SANZ FERNÁNDEZ (14), COSSÍO (15), NÚÑEZ LAGOS (16), FERRANDIS VILELLA (17), BELTRÁN DE HEREDIA (18) y Díez-PICAZO/GULLÓN (19).

Partiendo del rechazo de la comunidad hereditaria como posible objeto de derechos subjetivos, su naturaleza puede explicarse del siguiente modo:

La esencia de la sucesión hereditaria es un cambio de sujeto sin alteración del objeto. Aún más, se puede afirmar que el fundamento último del Derecho de Sucesiones consiste en el esfuerzo que hace el ordenamiento para que las

(10) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1982, vol. I, Fundamentos, pág. 694.

(11) La cita de VALLET creemos que se refiere concretamente a ALGUER, José: "Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1931.

(12) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Civitas, reedición facsimilar de 1984, t. I, pág. 584. La original fue editada por el Instituto de Estudios Políticos en 1949.

(13) CHAMORRO PIÑEIRO: "Los derechos hereditarios", *RGLJ*, abril, 1941.

(14) SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, 1945.

(15) COSSÍO, Alfonso: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945.

(16) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: "Comentarios Libres", *Información Jurídica*, enero, 1944.

(17) FERRANDIS VILELLA: *La comunidad hereditaria*, Barcelona, Bosch, 1954.

(18) BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, José: "La comunidad de bienes en el Derecho español", *RDP*, 1954.

(19) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1988.

relaciones jurídicas entre sujeto y objeto permanezcan inalterables no obstante la muerte del primero. En efecto, frente al sistema alemán de *adquisitio per universitatem*, en el Código civil rige el sistema del *successio in ius* (20) o sustitución del sujeto (659, 660, 668 y explícitamente 668 C.c.). Antes de la apertura de la herencia el patrimonio pertenece a su titular; tras la aceptación, pertenece al heredero, quien sucede al causante en esa titularidad. El cambio de sujeto no implica, no puede implicar, la creación de un objeto nuevo; por tanto, sólo de un modo figurado o instrumental cabe hablar de “derecho hereditario”. No tiene sentido considerarlo como objeto nuevo o distinto, con la exclusiva finalidad de explicar las relaciones entre un sujeto, que sucede a otro en su idéntica posición jurídica, y un objeto, que no cambia, salvo en su titularidad.

Podría contraargumentarse que la aplicación plena de las notas del concepto jurídico de “sucesión” a la sucesión hereditaria sólo es posible para el caso de heredero único, en que el sucesor ocupa idénticamente la posición jurídica del causante, pero no al supuesto de comunidad hereditaria, en que la alteración del objeto puede estar justificada por la concurrencia de titularidades. O sea, según la doctrina antes citada, la cuota de cada coheredero no es la expresión lógica de la participación sobre el todo, sino que es, en sí misma un objeto nuevo.

No parece que sea así: un derecho subjetivo no se transforma en otro derecho subjetivo distinto por la circunstancia de que su sujeto titular sea uno o varios. De hecho, ninguno de los tipos de comunidad, por cuotas o en mancomún, antes aludidos, produce ese mágico efecto sobre el objeto. Forman parte del derecho subjetivo las mismas e idénticas facultades, ya estén atribuidas a uno o a varios (*vid.* S. 21 de noviembre de 1929). Utilizando como ejemplo

(20) ROCA SASTRE, Ramón María: “Crítica institucional del Código civil”, *RCDI*, 1940.

la comunidad por cuotas del C.c., se observa que la cotitularidad implica que el ejercicio de las facultades se atribuyan, en la relación interna de los sujetos, bien a cada uno (posibilidad de uso o de defensa común), bien a todos, y en este caso, rigiendo el principio de mayoría (actos de administración) o de unanimidad (actos de disposición). O sea, las especialidades del régimen jurídico de cada tipo de comunidad afectan a la relación de los sujetos entre sí, pero no determinan la aparición de facultades cualitativamente distintas en la relación entre el sujeto y el objeto.

32

Si la comunidad hereditaria se contempla no desde la pluralidad de sujetos, sino desde la heterogeneidad del objeto —el patrimonio hereditario—, la conclusión debe ser la misma. El que la titularidad se proyecte sobre uno o varios objetos, sobre titularidades activas o pasivas, no puede alterar la naturaleza de los derechos subjetivos que se ostentan sobre cada uno de aquéllos. Es cierto, eso sí, que el patrimonio hereditario debe mantenerse cohesionado para permitir la ordenada realización de las operaciones particionales. La ley establece determinadas reglas en salvaguarda de los derechos de quienes pueden estar interesados en tal cohesión, ya sean copartícipes o terceros. Así, el artículo 1.082 C.c. autoriza a los acreedores a oponerse a que se lleve a cabo la partición hasta que se les pague o garantice; el 1.083 C.c. permite a los acreedores del heredero intervenir en la partición; la regulación hoy vigente de los juicios universales de testamentaría y abintestato establecen reglas en orden al mantenimiento de la unidad de la herencia durante su tramitación; la herencia aceptada a beneficio de inventario se considera en administración (art. 1.026 C.c.), pudiendo ordenar el juez que tal administración y custodia, aunque corresponda al heredero, se realice conforme las normas del juicio de testamentaría (art. 1.020 C.c.). Sin embargo, tal cohesión no alcanza la entidad suficiente como para justificar la configuración del derecho sobre la herencia indivisa como derecho subjetivo autónomo.

La conclusión es que el derecho hereditario abstracto no es un derecho subjetivo, ni por tanto, un derecho real. No existiendo como objeto, no tiene sentido la discusión sobre la naturaleza del derecho que pueda corresponder a los coherederos sobre tal objeto, o sea, sobre la comunidad hereditaria. Menos aún, el intento de reconducirlo a alguno de los tipos clásicos de comunidad. El derecho hereditario no es sino la cualidad de heredero, es decir, el título adquisitivo de la herencia. Este título se proyecta sobre las titularidades patrimoniales integradas en la herencia, según su respectiva naturaleza, así como sobre ciertas titularidades —los llamados derechos de la personalidad— pertenecientes al causante y que corresponden a los herederos como sucesores en esa misma personalidad.

Así entendida, la comunidad hereditaria no es romana ni germánica; no tiene de comunidad sino el nombre que arrastra por inercia de los estudios doctrinales. Se trata de un supuesto de cotitularidad provisional y limitada sobre el conjunto de derechos —no sólo patrimoniales— que integran la herencia. La provisionalidad deriva del carácter esencial e imprescriptible de la *actio familiae erciscundae*; la limitación se refiere al aspecto subjetivo (sólo entre los llamados como herederos a título universal) y objetivo (sólo las titularidades que en vida correspondieran al causante y las que sean consecuencia directa de su fallecimiento).

33

— Régimen jurídico.

El régimen jurídico de la comunidad hereditaria debe interpretarse en atención a su fundamento: mantener la cohesión del patrimonio hereditario en la medida necesaria para permitir su correcta partición conforme a las normas legales. Y ello, en interés tanto de coherederos (la adecuada formación de lotes), como de terceros (pago de acreedores de la herencia, de legítimas —aun cuando se pueda defender que el legitimario está en comunidad con el heredero—, de

legados, y garantía de acreedores de los herederos). La configuración de la herencia como “universitas” no es sino aplicación de esta idea: cada bien o derecho se determina no por su individualidad sino por su pertenencia al conjunto. Sólo en su consideración global podrá determinarse, por ejemplo, si el activo supera al pasivo, si los legados perjudican las legítimas, si la composición de lotes es homogénea, etc...

Por tanto, no hay en sentido estricto insuficiencia normativa del C.c. El régimen jurídico de la comunidad hereditaria estará integrado por lo siguiente:

1. Por las normas específicas de la legislación civil para el período intermedio entre la aceptación y la partición. El aspecto básico de esta fase es la acción de división de herencia prevista en el artículo 1.051, y aludida en el artículo 1.963 C.c. Lo esencial de la posición del que está en la comunidad hereditaria es el derecho a dejar de estarlo.

34

En las restantes normas no debe buscarse la proyección de un modelo u otro de comunidad. Nada hay de desconcertante en ellas, pues responden al fundamento enunciado: la salvaguarda, en la medida adecuada, de los derechos de terceros y de coherederos. Esta protección se articula en cada caso en función de una opción de política legislativa, pero no arbitraria o casuística, sino coherente con los principios de nuestro Derecho respectivamente aplicables. Veamos los preceptos que tradicionalmente se han señalado como reguladores de la comunidad hereditaria:

— Del artículo 1.084 C.c. se deduce, según la interpretación mayoritaria, la responsabilidad solidaria de los herederos aun antes de la partición. La regla general de la cotitularidad de derechos de crédito es la mancomunidad (art. 1.137 C.c.); pero aquí la presunción de mancomunidad quiebra en beneficio de los acreedores hereditarios. El legislador de la codificación optó inequívocamente por este sistema, frente al de división de las deudas entre los herederos, propia del sistema romano, del Código francés y del hoy adoptado en

las legislaciones forales catalana y navarra. Se trataba con ello de equiparar la posición del acreedor antes y después de la partición, momento en que claramente la responsabilidad es solidaria, según el tenor del mismo artículo 1.084. No se trata, por tanto, de una proyección del sistema de comunidad germánica.

—El artículo 1.514,2 C.c., regula el retracto convencional ejercitado por los coherederos del vendedor. De su tenor literal se deduce que sólo es aplicable al supuesto de que la partición se haya consumado, en cuyo caso, cada heredero sólo podrá “redimir la parte que hubiese adquirido”. Parece forzada la interpretación según la cual la adquisición de cada parte y con ello, el derecho a retraerla, se produce por la simple aceptación de herencia, aun en fase de indivisión. En todo caso, el fundamento decae en atención a otro superior cual es evitar los proindivisos. Por eso prevalece el derecho del comprador a exigir la unanimidad de los coherederos sobre el ejercicio del derecho de retracto (1.515 C.c.), con independencia del régimen de comunidad que de otro modo hubiera sido de aplicación.

—El artículo 1.517 C.c. regula el retracto convencional contra los coherederos del comprador estableciendo que si el comprador dejase varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos (párrafo 1.º). Pero si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción de retracto podrá intentarse contra él por el todo (párrafo 2.º).

Igual que el anterior, el artículo resulta más fácilmente comprensible si se entiende que no contempla la fase de comunidad hereditaria, sino distintas posibilidades de adjudicación de la finca tras la partición: una, proindiviso entre los herederos; otra, división material y adjudicación de las fincas resultantes; y una tercera, adjudicación unitaria a un coheredero. De otro modo no se comprende cómo es posi-

ble que la finca se haya “distribuido” entre los herederos al margen de que se haya “dividido la herencia”, o sea, de la partición.

Aunque se defienda que el párrafo primero contempla la fase de comunidad hereditaria, en rigor el artículo sólo soluciona un problema de legitimación pasiva, estableciendo, a contrario, que no puede prosperar la acción de retracto por el todo que sólo se interponga contra un coheredero, incluso en fase de indivisión. No es sino una aplicación de la norma según la cual para ejecutar un bien de la herencia no bastará dirigir la acción contra uno de los coherederos, sino que todos deberán ser codemandados en litisconsorcio necesario (S. 24 de junio de 1897 y 20 de noviembre de 1929). O sea, es manifestación de la regla procesal según la cual nadie debe ser condenado sin ser oído; ninguna conclusión cabe extraer sobre la naturaleza de la comunidad hereditaria.

36

— El artículo 1.860,2 y 3 C.c. contempla los supuestos de garantías reales —prendas e hipotecas—, en seguridad de deudas en los que concurren pluralidad de herederos del deudor o del acreedor. En el primer caso el heredero del deudor que pague aisladamente de los otros no puede pedir la cancelación parcial de la hipoteca o la devolución de la prenda hasta que la deuda no haya sido pagada por completo. En el segundo, se prohíbe al coheredero del acreedor que recibe un pago parcial cancelar la hipoteca o devolver la prenda en perjuicio de los demás acreedores que no hayan sido satisfechos.

La norma pretende distinguir los aspectos jurídico-reales de los obligacionales: cualquiera que sea el régimen de cotitularidad del crédito o de la deuda, cosa que no prejuzga el artículo, la realización de actos dispositivos, extintivos o de concreción o determinación de responsabilidad sobre los derechos reales de garantía, está sujeta el principio de unanimidad.

— El artículo 1.067 C.c. regula el retracto de coherederos. Carece de precedentes en el derecho histórico y apare-

ce por primera vez en el artículo 916 del proyecto de C.c. de 1851. Suele considerarse una manifestación del retracto de comuneros, si bien FERRANDIS VILELLA y GARCÍA-BERNARDO (21) citando a DEMOLOMBE, ven en él una manifestación de la ley anastasiana contraria a la negociabilidad de los créditos litigiosos o indeterminados. Sin embargo, su fundamento, aplicado a la herencia, es claro: simplificar la partición facilitando que se realice entre el menor número posible de coherederos, y evitar la entrada en la comunidad de extraños al título sucesorio original. No configura la participación hereditaria como un objeto autónomo de derecho, pues la venta de herencia, según la doctrina mayoritaria, es un negocio obligacional y no dispositivo, no transfiere la cualidad de heredero, y la efectiva transmisión jurídico real de los bienes hereditarios exige la formalización de los actos correspondientes a cada uno de los objetos transmitidos (22). (En contra, la S. de 5 de febrero de 1909, que no consideramos generalizable por tratarse de un caso en que la herencia estaba integrada tan sólo por la finca vendida).

37

—La acción de petición de herencia carece de regulación tanto en el C.c. como en las leyes procesales civiles de 1855 y 1881 (23). El C.c. la alude incidentalmente en los artículos 192 y 1.016. Su carácter de acción universal es esgrimida por los autores que defienden la unificación objetiva del derecho hereditario y por tanto, la existencia de uno u otro tipo de comunidad sobre la herencia indivisa. Sin embargo, no pensamos que quepa deducirse ninguna conclusión al respecto, pues la legitimación activa para su interposición se concede en atención a la cualidad de heredero, con inde-

(21) FERRANDIS: *La comunidad...*, o. c., y GARCÍA-BERNARDO: "Los derechos de cada coheredero...", o. c.

(22) ROCA SASTRE, Ramón María: *Problemas de la venta de herencia*. Es el texto de una conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander de 1950. Publicada como separata por Reus, 1953.

(23) Tampoco parece encontrarse en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil del Ministerio de Justicia de abril de 1997.

pendencia de que su ejercicio se traduzca en el simple reconocimiento de esa cualidad, o conlleve la reivindicación de cada uno de los bienes o derechos hereditarios.

— El artículo 42,5 LH regula la anotación preventiva del derecho hereditario, cuyo significado respecto a la naturaleza de la comunidad hereditaria es el antes comentado en contraste con la registración por medio de asiento de inscripción antes de la reforma del 44-46. El artículo 20,5 párrafos 2.º y 3.º LH contempla una cuestión ajena a la naturaleza de la comunidad hereditaria, pues no contiene sino modalizaciones al principio de tracto sucesivo, con la finalidad de evitar inscripciones formularias, pero sin prejuzgar, como veremos, la naturaleza de las transmisiones implícitas.

— El artículo 166 1.2 RH permite la anotación de embargo por deudas del heredero, sobre la anotación preventiva del derecho hereditario practicada a su vez sobre bienes que de momento constan inscritos a nombre del causante (o sea, se anota el embargo sobre la anotación del derecho hereditario). Sólo se permite sobre la misma participación del bien que corresponda a la proporción del heredero sobre el total de la herencia. No se trata tanto de un posicionamiento del legislador a favor de la idea de la comunidad por cuotas como de una aplicación del principio registral de especialidad, impidiendo el gravamen sobre el bien más allá de la previsible proporción del heredero en la adjudicación; la anotación, además de su carácter naturalmente provisional, está afecta a las resultas de la partición (art. 206,10 RH).

2. A falta de los anteriores, por las normas propias de la comunidad en función de la naturaleza del bien o derecho sobre el que recaiga. En concreto:

Las cotitularidades jurídico obligacionales activas quedan transitoriamente atribuidas entre los coherederos en régimen de mancomunidad, por la aplicación de la norma del 1.137 C.c. El fenómeno sucesorio es extraño al deudor, cuya posición no debe verse agravada por el fallecimiento de su acreedor.

Este principio se completa con la tesis jurisprudencial según la cual cada comunero puede accionar en beneficio de la comunidad, en cuyo caso los actos favorables benefician al conjunto, no perjudicándoles los desfavorables. La tesis fue formulada con carácter general por la S. de 4 de abril de 1921, respecto a la comunidad de bienes ordinaria, recogiendo decisiones anteriores, y es declarada aplicable a la comunidad hereditaria, al menos, desde la de 18 de diciembre de 1933, que invoca la anterior.

Respecto a las cotitularidades jurídico obligacionales pasivas, nos remitimos al punto VIII sobre concurrencia con acreedores.

Las cotitularidades jurídico reales deberán regirse por las normas de la comunidad de bienes, que el artículo 392 declara aplicables a todo supuesto de comunidad, a falta de disposiciones especiales. En particular, los actos de enajenación de bienes hereditarios concretos requerirán ineludiblemente la unanimidad de los herederos (art. 397). Tales actos de disposición serán admisibles en la medida en que no contravengan el fundamento de la comunidad hereditaria: la salvaguarda de la posición de coherederos y terceros respecto a la partición. Por ello, el principio de unanimidad se alza frente al de disponibilidad de la cuota, que de otro modo podría ampararse en el artículo 399 C.c. La explicación no debe buscarse en que el bien esté en mancomún; las cuotas existen no como objetos de derechos, sino como expresión lógica de la participación del coheredero incluso sobre cada bien, pero su disponibilidad separada está eliminada en atención al reseñado fundamento de la comunidad hereditaria.

Respecto al acto de disposición no unánime, LARRONDO LIZÁRRAGA (24) señala dos tendencias doctrinales y jurisprud-

(24) LARRONDO LIZÁRRAGA, J. M.: *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*. Tesis doctoral editada por el Colegio de Registradores, Madrid, 1994.

denciales: la que afirma la nulidad de pleno derecho por falta de poder de disposición, y la que admite su validez obligacional entre partes, como venta de cosa ajena, no perjudicando a los herederos no concurrentes al acto.

Las consideraciones anteriores nos llevan a un punto donde convergen la mayoría de las opiniones doctrinales, si bien esta conclusión se alcanza aquí por caminos distintos de los utilizados por un sector de la doctrina tradicional. Por lo tanto, no hay obstáculo teórico a que todos los coherederos puedan enajenar conjuntamente bienes del patrimonio hereditario sin haberse realizado la partición. Deberemos sin embargo, confrontar esta posibilidad con la posición de los demás interesados en la herencia.

III. Supuesto simple: venta desde la comunidad hereditaria

40

Admitida la posibilidad teórica de enajenación desde la comunidad hereditaria, se pretende en este punto aislar el problema central de los colaterales. Contemplamos aquí el supuesto en que todos los herederos actúan de común acuerdo, por unanimidad y simultáneamente, y pretenden transmitir a tercero recta vía, es decir, sin partición, un bien de la herencia. No hay deudas hereditarias, o están satisfechas; no hay legitimarios, o coinciden en los mismos transmitentes la condición de herederos y de legitimarios. El título de la sucesión no contiene legados, o las disposiciones que los ordenaban han devenido acreditadamente ineficaces.

Se incluye también la hipótesis de venta de varias fincas a una sola persona, por precio global, o por precio individual para cada una de ellas. El planteamiento también es aplicable al caso de varias operaciones sucesivas de venta de inmuebles hereditarios con distintos compradores, o con el mismo en distintos momentos, lo que implicaría en todos los casos la existencia de distintos contratos, y por tanto, la formalización de tantas escrituras como compraventas.

Es irrelevante a estos efectos cual sea el título sucesorio: testamentario, abintestato o mixto. La cuestión es que los transmitentes sean la totalidad de los herederos, es decir, que en su conjunto representen la totalidad de los sucesores a título universal del causante. El título de la sucesión influirá lógicamente, como veremos, en cuanto a los documentos que son necesarios para acreditar la condición de herederos.

Pues bien, la hipótesis de venta desde la comunidad hereditaria carece de regulación legal. A su favor cabe citar el artículo 209 RH, que la acepta al establecer que la cancelación de la anotación preventiva del derecho hereditario tendrá lugar cuando se haya practicado la partición de herencia en los términos expresados en el artículo 83 o “cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos” (25).

La jurisprudencia es contradictoria:

La S. de 25 de enero de 1943 se inclina por la negativa: “... la necesidad de partición no la determina el número ni la clase de los bienes a distribuir, sino el hecho de que exista más de un partícipe en la herencia, como además, el conjunto de las operaciones necesarias para fijar el activo y pasivo del caudal hereditario, el haber de cada partícipe, y la adjudicación en cantidad suficiente para el pago de estos haberes es lo que integra la partición, forzoso es admitir que ésta tiene carácter de operación complementaria de la

(25) Suele invocarse también el artículo 1.533 C.c., que contempla que el vendedor de la herencia “hubiere percibido alguna cosa de la herencia que vendiere”. El precepto parece más bien referirse a los rendimientos propios de la administración de la herencia, o a sus incrementos o accesiones, sin excluir supuestos de subrogación real distintos de la específica disposición onerosa de bienes desde la herencia. No nos parece argumento suficiente para entender que el C.c. admite con carácter general esta última posibilidad.

Podría alegarse asimismo como argumento de derecho positivo, el inciso final del artículo 80,1 C RH, que permite la inscripción de la adjudicación de sólo una parte del caudal hereditario por todos los interesados “cuando éste fuera de su libre disposición”. La libre disponibilidad parece referida en este inciso a la posibilidad de partir, no a la de enajenar.

transmisión y que es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad, sobre bienes determinados, como expresamente estatuye el tan repetido artículo 1.068”.

En el caso resuelto por la sentencia se trataba de solucionar el problema de la legitimación activa de varios coherederos para reclamar de un deudor un crédito constituido a favor de su común causante. Los demandantes pretendían ejercitar su acción individualmente para el cobro de la parte alícuota del crédito, por entender que al tratarse de efectivo, no tenía sentido considerarlo perteneciente a comunidad hereditaria y desde ella, repartirlo.

Las afirmaciones de esta sentencia no contradicen la posibilidad de venta desde la comunidad hereditaria, en la medida en que insinúan el carácter instrumental de las normas particionales para la correcta liquidación de la herencia y fijación de lotes. Es, sin embargo, discutible la última afirmación en sentido de que la partición es “indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad”. La partición puede ciertamente ser considerado como título adquisitivo, traslativo o declarativo, pero la afirmación llevada a sus últimas consecuencias implica que antes de la partición no hay atribución de la propiedad, o sea, que la titularidad de cada uno de los bienes hereditarios está transitoriamente indeterminada. Por el contrario, pensamos que los coherederos aceptantes son tan dueños de los bienes y derechos hereditarios antes como después de la partición, si bien en la fase de indivisión la propiedad no es exclusiva sino coparticipada, y que sus facultades dominicales están condicionadas por las normas sobre la partición.

La S. de 30 de abril de 1935 contempla un caso muy especial: los coherederos adjudicaban ciertas fincas hereditarias a un extraño en compensación por servicios prestados en vida a la causante. El Tribunal afirma que esta facultad de disposición conjunta desde la herencia está admitida “por la legislación y la jurisprudencia de la generalidad de los países”, y aunque su planteamiento teórico no parece gene-

ralizable, la cita de esta sentencia ha sido lugar común entre la doctrina favorable a esa posibilidad.

La Sentencia de 15 de febrero de 1947 se pronuncia abiertamente a favor: "la partición de herencia no es necesaria para la venta de un bien hereditario, cuando en el negocio intervienen todos los interesados que asumen la titularidad completa del derecho que se enajena". En la de 30 de junio de 1947 los coherederos habían vendido conjuntamente un bien hereditario en fase de herencia indivisa en documento privado, y el comprador exigió su elevación a público. El TS estimó la demanda, dando por sentada la tesis de la S. de 1935 antes citada, pero invocando explícitamente como fundamento teórico principal la doctrina de los actos propios. Consolidan esta jurisprudencia, entre otras, las STS de 19 de noviembre de 1956, 23 de octubre de 1957, 5 de mayo de 1972 y 14 de abril de 1986.

La DGRN ha enfocado el tema más bien desde el punto de vista de la aplicación del principio de tracto sucesivo. Puede citarse como precedente a favor la resolución de 12 de marzo de 1864. La resolución de 29 de agosto de 1925 interpretó el artículo 71 del RH de 1915, cuya literalidad permitía las adjudicaciones a los herederos de bienes hereditarios concretos sin previa partición; la resolución citada fue más allá al considerar admisible a su amparo no ya la inscripción de adjudicaciones a favor de herederos, sino la de los actos dispositivos de tales bienes realizadas por los coherederos a favor de extraños. El precedente sin embargo, no es claro, pues además de estar involucrada la liquidación de los gananciales, del texto de la resolución parece deducirse que lo que se enajenó fue realmente la herencia, si bien ésta estaba integrada tan sólo por el bien enajenado.

Parece contraria a la enajenación desde la herencia indivisa, la resolución de 1 de diciembre de 1927, que afirma que el principio de tracto sucesivo no admite más excepciones que las expresamente reguladas, y que en caso de

“embargarse y transmitirse bienes propios de la heredera, aunque no inscritos a su nombre, y por obligaciones suyas, (...) el tracto se interrumpiría de no exigirse la inscripción previamente a su venta” (cita a favor de dicha argumentación la resolución de 13 de noviembre de 1926). La solución es correcta, pues el recurso se basaba en solicitar la inscripción al amparo del entonces vigente párrafo 1 del artículo 20 LH que permitía la registración en régimen de tracto abreviado del testimonio de autos de adjudicación o escritura de venta verificada a nombre de los herederos del ejecutado, mientras que en este caso el deudor personal era el propio heredero y la ejecución se refería a bienes que al parecer le habían sido ya adjudicados en una partición no inscrita.

En la resolución de 6 de abril de 1957 se discute la inscripción de una escritura de compraventa de una finca adquirida por el marido durante el matrimonio, que después de su fallecimiento es enajenada por su hijo, único heredero, y su viuda, antes de haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales. Dice la DG que desde la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, “los bienes gananciales permanecen en estado de indivisión durante el cual el cónyuge supérstite y los herederos pueden realizar actos dispositivos en cuanto reúnen la plenitud de facultades sobre los mismos bienes”. Defiende el centro directivo la posibilidad de realizar actos dispositivos respecto a dos patrimonios no liquidados, el ganancial y el hereditario, con tal de que lo consientan quienes reúnen la totalidad del poder de disposición sobre los mismos. Pueden citarse como expresivas de esta misma doctrina las resoluciones de 30 de abril de 1908, de 9 de enero de 1915 (que contempla un supuesto de hecho idéntico, si bien la solución es menos clara, pues afirma la DG que el supérstite y los herederos del cónyuge premuerto “representan todos la integridad de los derechos pertenecientes a una sociedad en liquidación”), y 15 de marzo de 1945.

En el caso de la resolución de 9 de mayo de 1988 se pretendió la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa que otorgan los apoderados de los únicos herederos de los titulares registrales, marido y mujer, quienes realizaron la segregación y venta en vida, sin que se hubiera formalizado la partición de las herencias de éstos. La resolución confirma la calificación suspensiva considerando como defecto subsanable la falta de facultades representativas de los apoderados, pero de su texto se induce la posibilidad de actos dispositivos sobre bienes la herencia indivisa.

La resolución de 21 de enero de 1993 recoge un caso muy parecido a los resueltos por las resoluciones de 9 de enero de 1915 y 6 de abril de 1957 citadas, resolviéndolo en el mismo sentido favorable. Utilizaremos algunos de sus argumentos a lo largo de la exposición.

45

—Distinción de figuras afines.

La enajenación desde la comunidad hereditaria no debe confundirse con los siguientes supuestos:

—Venta de herencia: uno de los argumentos utilizados por los partidarios de la unificación objetiva del derecho hereditario es la posibilidad de venta de herencia o de cuota hereditaria. La herencia indivisa, considerada como “universitas”, admite su consideración unitaria al efecto de poder ser objeto de *negocios jurídicos*. Pero ello es compatible con que carezca de la entidad suficiente para poder ser objeto de derechos subjetivos. La distinción se aprecia con más claridad en el Derecho alemán, donde se distinguen como categorías independientes los negocios obligacionales de los negocios dispositivos. El coheredero puede obligarse unitariamente a la transmisión de un conjunto de bienes y derechos cuya conexión estriba en proceder de un mismo título adquisitivo. Pero su efectiva transmisión requerirá tantos actos dispositivos como bienes o derechos se entreguen, y cada

uno según su respectiva naturaleza. (Sin embargo, la S. de 24 de febrero de 1909 declara aplicable a la venta de herencia la transmisión instrumental). Por lo demás, la doctrina coincide en afirmar que la venta de herencia no comprende la transmisión de la cualidad de heredero, que, en tanto implica sucesión en la personalidad del causante, es personalísima; por ello la partición requerirá el concurso del cedente (26).

Frente a lo anterior, la S. de 13 de diciembre de 1986 considera que cuando la herencia está compuesta por un solo bien la cuota sobre el patrimonio se proyecta sobre el bien específico, reconociéndose eficacia dispositiva a la validez del acto de disposición aislado de cada coheredero respecto a su cuota sobre el bien concreto.

46

La cesión de derechos hereditarios aparece mencionada en el párrafo 4 del artículo 1.280 C.c. La venta de inmuebles concretos de la comunidad hereditaria exige escritura pública por aplicación del párrafo primero del mismo artículo.

— Venta de los bienes que puedan corresponder a un heredero en la partición. No se trata de una venta de cosa futura, ni tampoco de venta de cosa ajena; se trata de venta de un objeto indeterminado, con eficacia exclusivamente obligacional; la efectiva transmisión de los bienes adjudicados requerirá la determinación de los bienes posterior a la partición, y la entrega o tradición en cualquiera de sus modalidades. La indeterminación introduce un factor de incertidumbre, que no llega a conferir al contrato carácter aleatorio.

Supuesto distinto es el de venta de un bien hereditario por uno solo de los coherederos, antes de la partición. Si el bien se le adjudica en la partición, la venta produce sus efectos, si bien el adjudicatario sólo estará en condiciones de cumplir el requisito de la entrega tras la partición. Si el contrato se instrumentó en escritura pública, la resolución

(26) ROCA: *Problemas de la venta...*, o. c.

de 2 de septiembre de 1902 considera que no es necesario un nuevo consentimiento del vendedor; la escritura de venta de la cosa primitivamente ajena y sobrevenidamente propia sería directamente inscribible.

Si el bien no se le adjudica, o en la medida en que no lo sea, se tratará de una venta de cosa ajena. Cierta jurisprudencia, basándose en el carácter obligacional del contrato de compraventa, admite en general, la validez de la venta de cosa ajena, a partir de la S. de 20 de mayo de 1957, si bien el criterio es más restrictivo en cuanto a la venta de bienes hereditarios por el coheredero. La falta de entrega facultará al comprador para el ejercicio de la acción de resolución del 1.124 C.c.

— Elevación a públicos de documentos privados de compraventa otorgados por el causante como vendedor. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte (659 C.c.) y entre ellos, y por aplicación a los herederos de la doctrina de los actos propios, la obligación de elevar a públicos tales documentos firmados por el causante (1.279 C.c.). Se trata por ello, de contratos perfeccionados y consumados, en que han mediado título y modo, y respecto a los cuales los herederos se limitan a cumplir la obligación de llenar el requisito de la forma si les es exigido por la contraparte (res. de 30 de abril de 1908).

Esta formalización documental puede ser realizada por todos los coherederos, actuando por unanimidad, en fase de comunidad hereditaria, o bien mediante las llamadas “adjudicaciones hereditarias en vacío” (27) consistentes en adjudicar en la partición a un coheredero el bien que enajenó su causante, al exclusivo efecto de cumplir frente al adquirente la obligación de titulación.

(27) LARRONDO LIZÁRRAGA: *La eficacia del acto dispositivo no unánime...*, op. cit., pág. 263.

Tienen en común con nuestro supuesto el constituir asimismo una excepción al principio registral de tracto sucesivo, contemplada específicamente en el artículo 20,5,1.º LH. Así lo afirma la resolución de 9 de mayo de 1988.

Caso distinto, tanto del anterior como del objeto de este trabajo, es la elevación a públicos de documentos privados de compraventa en que el causante es el comprador. Es el supuesto de la resolución de 15 de noviembre de 1996, que resolvió que la escritura debía formalizarse a favor de la comunidad hereditaria, pues de hacerse recta vía a favor de los herederos, se estaría violentando la causa del negocio realmente celebrado, de gratuito (la herencia), a oneroso (la compra a quien vendió al causante), sustrayéndose el bien de las responsabilidades por las deudas del fallecido.

— Adjudicaciones para pago o en pago de deudas: en la adjudicación para pago el adjudicatario, ya sea coheredero o extraño, recibe los bienes en titularidad fiduciaria, con la finalidad de venderlos y pagar la deuda, pero no se altera la titularidad pasiva de la obligación, o sea, el régimen de corresponsabilidad de los herederos, que siguen siendo deudores solidarios frente al acreedor.

En la adjudicación en pago el adjudicatario adquiere la propiedad del bien. Implican una dación en pago con finalidad solutoria, de naturaleza claramente dispositiva.

Algunas de las conclusiones de este trabajo le son aplicables a este último supuesto, si bien se trata de una figura con caracteres específicos cuya finalidad instrumental respecto a la partición aflorará en la misma formalización del negocio.

— Respecto al caso de heredero único, tal hipótesis excluye por definición la existencia de comunidad hereditaria y por ello, escapa del objeto de este estudio. El artículo 15,3 LH proporciona suficiente argumento para defender que no es necesaria escritura de adjudicación hereditaria, al menos cuando las fincas estén previamente inmatriculadas. Sin embargo, las conclusiones de este trabajo le son aplicables en

cuanto implica excepción al principio de tracto sucesivo; como intentaremos demostrar, también en este caso puede inscribirse la finca directamente a nombre de quien adquiere del heredero, en régimen de tracto abreviado, haciéndose constar en un solo asiento la transmisión hereditaria y la que se verifica como consecuencia de la enajenación.

—Las enajenaciones forzosas, por ejemplo, como consecuencia de expropiación, sanción por incumplimiento de deberes urbanísticos, o en ejercicio de derechos de adquisición, voluntarios o legales a favor de terceros, constituidos antes de la apertura de la herencia. Estos actos son manifestaciones de la perspectiva dinámica del patrimonio hereditario indiviso. Sin embargo, no les son aplicables la mayor parte de las conclusiones de este trabajo, pues al no ser actos voluntarios, no cabe deducir consecuencia alguna respecto a la aceptación tácita de herencia o a la partición; tales actos en ningún caso tienen carácter particional y la contraprestación obtenida ocupará respecto a la comunidad hereditaria, por subrogación real, el lugar del bien transmitido forzosamente.

—El supuesto de la sociedad conyugal pendiente de liquidación aparece en ocasiones involucrado con la venta de la comunidad hereditaria. En caso de causante casado en régimen de gananciales será frecuente que cuando se intente la enajenación sin previa partición hereditaria, tampoco se haya liquidado la sociedad de gananciales. Es la cuestión relativa a la naturaleza de la comunidad posganancial, ajena a nuestro estudio. Debe recordarse, sin embargo, la remisión que el artículo 1.410 C.c. hace a “lo establecido para la partición y liquidación de herencia”, entre otros aspectos, en los relativos a “ventas de bienes”. La circunstancia de la falta de liquidación de los gananciales no será obstáculo a ninguna de las soluciones que se proponen en este estudio, ni desde el punto de vista civil, ni desde el de la aplicación de la legislación registral o fiscal.

IV. Requisitos subjetivos

Los vendedores deberán tener capacidad dispositiva y poder de disposición sobre los bienes enajenados. El poder de disposición sobre los bienes hereditarios deriva de la condición de haber sido instituidos herederos, de conformidad con la tesis antes expuesta sobre la naturaleza y régimen jurídico de la comunidad hereditaria, debiendo en consecuencia, actuar por unanimidad.

Este título de heredero, es decir, de sucesor universal del causante, resultará de haber sido instituido con tal carácter en el título sucesorio. Son por tanto de aplicación los criterios generales de interpretación —objetivo, subjetivo y mixto— para discernir los casos en que la disposición testamentaria contiene institución universal de herederos.

50

Respecto al instituido en cosa cierta, el artículo 768 C.c., le atribuye la consideración de legatario. VALLET (28) opina que la atribución particular unida a la designación como heredero implica la autorización del causante para que el legatario pueda posesionarse de la cosa legada, contra la regla general que exige entrega por el heredero (885 C.c.). Esta norma ya fue considerada por el TS como meramente dispositiva y no imperativa para el testador desde la S. de 26 de octubre de 1928. El que la interpretación global del testamento conduzca a considerar al instituido en cosa cierta como heredero en lugar de legatario, podrá afectar a su responsabilidad en cuanto al pasivo hereditario, pero no lo colocará en comunidad con los restantes coherederos, o con los demás instituidos en cosas ciertas, respecto al activo. No hay ningún impedimento dogmático a que no sea igual el régimen de cotitularidad del activo y del pasivo hereditario: así lo fue en el Derecho Romano (29) y así lo es hoy en cuanto al legatario de parte alicuota (*vid. infra*).

(28) VALLET: *Panorama...*, *op. cit.*, II, pág. 466.

(29) VALLET: *Panorama...*, *op. cit.*, II, pág. 685.

Desde este planteamiento podría defenderse que el beneficiario de la institución en cosa cierta pueda realizar actos dispositivos sobre la misma sin el concurso de los coherederos. En este caso, el instituido en cosa cierta no se encontraría en comunidad con los herederos (30), al no ser en rigor coheredero en cuanto al activo, con lo que no se plantea el supuesto concreto de vender sin partir.

Sin embargo, debe recordarse la posición de la DGRN contraria a la inscripción de las escrituras de toma de posesión de legados otorgadas por el propio legatario, sin que “se proceda a la liquidación del caudal o, en su defecto intervengan los herederos forzosos en la entrega” (res. 25 de mayo de 1971) (31). Por ello, el instituido en cosa cierta que concorra con coherederos carecerá, en el momento presente, de medio hábil para proporcionar a su adquirente un título inscribible si la partición no ha sido formalizada o no cuenta con el concurso de los coherederos.

51

En el caso de ser el único instituido, no obstante haberlo sido en cosa cierta, es más claro su carácter de sucesor a título universal, pero la inexistencia de coherederos excluye la situación de comunidad, por lo que le será aplicable lo expuesto en el punto anterior al distinguir las figuras afines a la de nuestro estudio. O sea, podrá realizar actos dispositivos sin adjudicación hereditaria, pudiendo inscribirse los bienes enajenados directamente a nombre del adquirente, en régimen de tracto abreviado.

En cuanto a la capacidad dispositiva, debe advertirse que, como luego veremos, la venta desde la comunidad hereditaria implica aceptación tácita de herencia, puede implicar la pérdida del beneficio de inventario y ser un acto implícitamente particional. Consideramos, por ello, que la capacidad

(30) Piensan que el heredero en cosa cierta sí está en comunidad LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, t. V.

(31) También en contra GARCÍA-BERNARDO LANDETA en “Los derechos de cada coheredero...”, o. c.

exigida debe ser no sólo la necesaria para realizar actos de disposición, sino también la exigida para aceptar la herencia y para realizar la partición, con los matices que exponemos a continuación.

— Menores sujetos a patria potestad.

Los padres titulares de la patria potestad pueden aceptar la herencia deferida a favor del hijo tanto pura y simplemente como a beneficio de inventario, sin necesidad de autorización judicial. El artículo 166,2 C.c. sólo la exige para la repudiación; y si el juez la deniega los padres pueden, o bien aceptarla a beneficio de inventario, o bien abstenerse de aceptar ni repudiar (según la doctrina mayoritaria la acción de petición de herencia dura treinta años). Se rechaza por tanto la tesis que parecía contener la redacción de este párrafo anterior a la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor, según cuyo tenor literal, la herencia se entendía aceptada “en todo caso” a beneficio de inventario, o sea, aun cuando los padres la aceptaran sin ese beneficio o lo perdieran posteriormente por no formalizarlo en tiempo y forma, o, en general, por infringir el rigor del inventario.

También pueden los padres realizar la partición de la herencia a que están llamados sus hijos, sin necesidad de autorización judicial (1.060 C.c.); no así, según parece, los actos dispositivos realizados con ocasión de la partición y en su seno.

Deberán, sin embargo, obtener autorización judicial para la venta de los bienes del menor (art. 166 C.c.). En consecuencia, para que los padres puedan vender bienes de la comunidad hereditaria en que sus hijos son partícipes, se requerirá tal autorización judicial, que deberá solicitarse y concederse para la concreta venta proyectada, y por tanto, sin necesidad de pública subasta (art. 2.015 LEC). Se requerirá audiencia del Ministerio Fiscal y previa acreditación de la utilidad o necesidad de la venta (art. 2.012,3), lo que

seguramente obligará a justificar el pasivo de la herencia en el expediente de jurisdicción voluntaria que se promueva.

La venta implicará aceptación tácita de la herencia y en general pura y simple, es decir, sin beneficio de inventario (*vid. infra*) por aplicación del artículo 1.024,2 C.c. Cabe, sin embargo, que en la misma escritura de venta el titular de la patria potestad manifieste con carácter previo a la enajenación que acepta la herencia en representación del hijo a beneficio de inventario. La sanción de la pérdida del beneficio prevista en el artículo 1.024,2 C.c. no es inexorable, como veremos, si concurre buena fe en el heredero en cuanto a la inexistencia de deudas, o al menos desconocimiento del posible perjuicio al acreedor como consecuencia de la enajenación.

Si el causante excluyó a los padres de la administración de los bienes que los hijos recibieran por el testamento (164,1 C.c.), el administrador designado necesitará la autorización judicial asimismo, aunque el disponente le autorizara para enajenar sin tal requisito. PAU (32) cita tres resoluciones del siglo pasado a favor de la enajenación sin autorización. Sin embargo, la de 5 de noviembre de 1887 se refiere a un caso de enajenación de bienes por el tutor, mientras que respecto a los menores sujetos a la patria potestad de sus padres, la resolución presupone la necesidad de autorización judicial (*vid. fundamentos 1.º, 3.º y 5.º de la providencia apelada, que es confirmada por la resolución*); y las de 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891 confirman la calificación negativa del registrador por no haberse cumplido tal trámite, que se considera de aplicación general no obstante la resolución antes citada y el margen que la primera de ellas concede a la posibilidad contraria se refiere a la cancelación de hipotecas basada en el cobro del crédito, lo cual no es sino un acto debido para el menor (*vid. hoy el 178,2 RH*).

(32) PAU PEDRÓN, Antonio: "La capacidad en los negocios sobre inmuebles", *RDCl*, mayo-junio 1996, pág. 749.

La posición de la DG en el momento presente parece ser más bien la contenida en la resolución de 1 de abril de 1993, en que en un caso en que el testador no había excluido expresamente la autorización, razonando de mayor a menor, la exige al administrador extraño puesto que “inspira mayor desconfianza y exige mayores cautelas quien con el menor no tiene una relación paternofilial”, y no parece que esa desconfianza legal desaparezca por la circunstancia de que el testador haya relevado expresamente de la obligación de solicitarla.

Si los dos padres tienen intereses opuestos al del hijo deberá proveerse el nombramiento de un defensor judicial (163 C.c.) quien a su vez deberá obtener autorización judicial sólo para la enajenación. No parece que necesite aprobación para la partición implícita, pues el nuevo párrafo 2 del artículo 1.060 parece aplicable sólo al defensor judicial que se nombre por conflicto de intereses del tutor, no de los padres.

54

Es discutible si el propio nombramiento de defensor a los solos efectos de sustanciar la venta implica asimismo la autorización para la misma, o si por el contrario nombramiento y autorización son actos con sustantividad procesal propia.

La supresión del párrafo 3 del artículo 163 parece postular en favor de la necesidad del doble e independiente pronunciamiento judicial: nombramiento y autorización. Este párrafo señalaba que el juez nombraría defensor “con las facultades que señale”, con lo que el señalamiento de facultades parecía consustancial al nombramiento.

No obstante, entendemos que la autorización para el acto concreto debe concederse siempre en la misma resolución en que se provea el nombramiento y que, por tanto, en el mismo expediente de jurisdicción voluntaria se deben apreciar la oposición de intereses y la utilidad o necesidad de la enajenación. Es absurdo que se nombre un cargo desprovisto de la única facultad que justifica el nombramiento: se

trataría de un órgano sin función. Del supuesto análogo del artículo 1.057 LEC para el caso de incompatibilidad en el juicio voluntario de testamentaría se deduce que las funciones del defensor son naturalmente las correspondientes al acto o actos que provocan el nombramiento, los cuales han debido ser objeto de consideración en la resolución judicial que lo provea.

Plantea dudas la interpretación de la expresión “interés opuesto”. Podría alegarse que cuando los padres y los hijos sujetos a la autoridad parental de los primeros concurren en la comunidad hereditaria como llamados por el título sucesorio a derechos homogéneos sobre los bienes hereditarios, la concurrencia de intereses no implica contraposición. Este será el supuesto normal cuando el testamento contenga institución universal de herederos a favor de padre e hijo, ya sean las cuotas iguales o desiguales. Los intereses serían paralelos, pero no opuestos; la decisión tomada por los padres respecto a sus propios derechos redundaría en el mismo beneficio o perjuicio que respecto a los de sus hijos. Sería una aplicación extensiva de la doctrina de las resoluciones de 27 de enero de 1987, 10 de enero de 1994, y 6 de febrero de 1995, que consideran que no hay conflicto de intereses en la partición cuando los padres se limitan, en representación de los hijos, a adjudicar proindiviso los bienes con arreglo a las cuotas ordenadas en el testamento.

Sin embargo, no parece aplicable esta misma tesis cuando el padre o los padres son llamados por el título sucesorio a derechos “heterogéneos”, sobre la universalidad del patrimonio hereditario o sobre bienes concretos, en caso de institución en cosa cierta (ej. padre usufructuario e hijo nudo propietario). La valoración del usufructo en función de la edad del usufructuario, no sólo a efectos fiscales, determina que el interés del titular del derecho de disfrute pueda ser el de precipitar la venta, y el de la propiedad residual, retenerla. Por tanto, existirá, en general, conflicto de intereses para la venta cuando concurren cónyuge viudo e

hijos, como herederos del esposo/a y padre, común causante. Además, la venta podría implicar conmutación de los derechos del usufructuario, convirtiéndose su derecho de disfrute en la plena titularidad de parte del precio obtenido.

— Emancipados.

56

Es en este punto donde se plantea con toda claridad el problema relativo a la distinta capacidad exigida para aceptar la herencia y para realizar la partición. El artículo 992,1 C.c. exige para la aceptación la libre disposición de los bienes. El artículo 1.058 establece que pueden realizar la partición “como tengan por conveniente”, “si los herederos fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes”. El fundamento de la distinción parece encontrarse en que la aceptación de herencia, cuando es pura y simple o cuando habiendo sido a beneficio de inventario se pierde el beneficio, puede generar la responsabilidad *ultra vires* del heredero, lo que justifica la exigencia de la máxima capacidad de obrar; mientras que la partición consiste en la concreción de cuota en bienes, sin implicar disposición alguna, por lo que habría de bastar la necesaria para realizar actos de administración. No obstante, lo resbaladizo de la frontera entre lo particional y lo dispositivo lleva a algunos autores a equiparar la capacidad exigida para uno y otro acto (33).

Por tanto, el menor emancipado necesitará el complemento de capacidad de sus padres titulares de la patria potestad o del curador, tanto para aceptar la herencia pura y simplemente, como para realizar cualquier acto voluntario del que se puede derivar la pérdida del beneficio de inventario. También la necesitará para realizar, con ocasión de la partición, actos de naturaleza dispositiva. La resolución de 27 de noviembre de 1986 la exige para consentir la adjudicación de

(33) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: “Elementos de Derecho Civil”, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 1988. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema...*, *op. cit.*

un bien a otro coheredero por indivisibilidad, percibiendo el emancipado en efectivo su defecto de adjudicación.

Respecto a la enajenación de bienes inmuebles, el artículo 323 C.c. exige que la voluntad del menor sea completada con el consentimiento de los padres o del curador. Si existe oposición de intereses, en los términos antes expuestos, es necesario el nombramiento de un defensor judicial, debiéndosele autorizar para la enajenación en el mismo expediente judicial en que sea nombrado. La necesidad del nombramiento en tal caso de conflicto la establece explícitamente respecto a los padres el inciso final del párrafo 1 del artículo 163; y lo mismo se deduce implícitamente del artículo 299 en cuanto al menor emancipado sujeto a curatela (la expresión “menor” de este artículo comprende lógicamente, lo mismo que la expresión “incapacitado” tanto los sujetos a tutela -222,1 C.c.- como los sujetos a curatela -286,1 C.c.-).

57

Si el conflicto existe respecto a uno sólo de los padres, el otro podrá complementar su consentimiento (163,2 C.c.).

En consecuencia, la disposición de inmuebles integrados en la comunidad hereditaria por los emancipados necesitará el complemento de capacidad de los padres, o del curador, no sólo por la exigencia del artículo 323 para los actos de enajenación, sino por la aplicación de la misma norma para la aceptación de herencia pura y simple, así como para realizar actos que excedan lo particional. La misma norma aplicable a los padres se deduce, en cuanto a los curadores de los emancipados, del artículo 288 C.c.

Si el menor está emancipado por matrimonio y el consorte es mayor de edad y plenamente capaz, siendo ambos coherederos y llamados a derechos homogéneos, el complemento de capacidad lo podrá prestar el consorte del emancipado, por aplicación del artículo 324 C.c., que habla sin más de bienes “comunes”.

Respecto a los **menores emancipables** (mayores de 16 años) no es necesaria la autorización judicial para la venta

desde la comunidad hereditaria, si los padres venden y el hijo coheredero consiente en documento público. El fundamento de la norma se encuentra en la conveniencia de evitar emancipaciones puramente instrumentales respecto a un acto concreto de enajenación, para eludir así la autorización judicial que sería necesaria respecto al menor no emancipado (34).

Antes hemos defendido que los padres podían aceptar la herencia deferida a favor de sus hijos menores pura y simplemente, o a beneficio de inventario, así como realizar su partición, sin necesidad de autorización judicial. Con mayor motivo, tratándose de menores emancipables, la venta de bienes de la comunidad hereditaria requerirá tan sólo el complemento de capacidad necesario para la venta, sin requisito alguno en cuanto a las operaciones implícitas de trascendencia sucesoria.

58

— Sujetos a tutela.

Respecto a la aceptación de herencia, el tutor sólo la puede aceptar sin autorización judicial a beneficio de inventario (271,4 C.c.); para aceptarla pura y simplemente necesita autorización judicial.

La Ley de Protección Jurídica del Menor suprime el párrafo 2 del artículo 992 C.c., del que podía deducirse que toda aceptación de herencia hecha por el tutor se entendía hecha a beneficio de inventario; o sea, que el pupilo gozaba del beneficio aunque el tutor aceptara la herencia pura y simplemente, o habiéndola aceptado con el beneficio lo perdiera posteriormente.

Que el control judicial de los actos que afectan a menores o incapacitados haya de ser anterior o posterior a su formalización responde a una opción de política legislativa.

(34) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Univ. Complutense, Madrid, 1989, pág. 537.

La intervención anterior plantea el riesgo de que entre el trámite judicial —en ocasiones lentísimo— y la formalización del negocio surjan elementos nuevos que hagan aconsejable no ya desistir del mismo, sino celebrarlo en términos distintos de los solicitados y autorizados; además se puede plantear el problema relativo al control del cumplimiento de la resolución judicial. La intervención posterior introduce un factor de incertidumbre que desequilibra la posición de la contraparte. La doble intervención entorpece y encarece la operación en perjuicio de ambas partes y del tráfico jurídico.

Pues bien, respecto a la partición, la LO 1/96 modifica el régimen anterior de intervención judicial. Durante la vigencia de la ley 13/83 se exigía autorización previa a la partición y aprobación posterior. En el derecho vigente, basta la “aprobación” judicial posterior. No hay obstáculo ya a la formalización de la escritura de partición siempre que en la misma el tutor manifieste que la aceptación del pupilo es a beneficio de inventario, y se advierta que está sujeta al trámite jurisdiccional posterior. La calificación registral alcanza a la acreditación de la aprobación judicial, pero no al mantenimiento del beneficio de inventario en el momento de la inscripción, ni a la concurrencia de alguna de las posibles causas de su pérdida (1.024,2 C.c.).

Tampoco vemos inconveniente en que con carácter previo se autorice judicialmente al tutor, no a realizar la partición, sin más, sino una específica partición, con arreglo a los datos completos que se faciliten al juez. O sea, la necesidad de aprobación posterior sólo la consideramos ineludible cuando al juez no se le proporcionan todos los datos necesarios para la completa ponderación del interés o conveniencia del sujeto a tutela. Si se somete a aprobación el proyecto de cuaderno particional, que luego se respeta íntegramente, el control del cumplimiento de la resolución judicial competará al notario autorizante y al registrador de la propiedad. La interpretación que luego daremos del párrafo 2 del artículo 1.060 apunta en la misma dirección.

La enajenación onerosa o gratuita de bienes del sujeto a tutela necesita “autorización judicial” (271,2 y 9 C.c.), por tanto, previa al acto. No puede suplirse por el consentimiento complementario del sujeto a tutela emancipable (mayor de 16 años), por no existir identidad de razón que permita la aplicación analógica del 166,3: la tutela trae su origen de la delación judicial y no del parentesco como la patria potestad, lo que justifica que deban ser mayores las restricciones de la capacidad de obrar del sujeto a tutela y los controles de la actuación de su representante legal.

En cuanto al requisito de la subasta, en la redacción anterior a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del C.c. en materia de tutela, la enajenación de inmuebles de los sujetos a tutela requería autorización del Consejo de Familia y pública subasta, con intervención del tutor. La citada Ley del 83 implica la sustitución del sistema de tutela de familia por tutela de autoridad, con lo que se estableció que la autorización para la enajenación debía proceder del juez (art. 271,2); respecto a los trámites, el artículo 273 C.c. sólo establecía la necesidad de audiencia al Ministerio fiscal, y al tutelado si fuese mayor de doce años, o se considerara oportuno, debiendo el juez recabar los informes que le fueran solicitados o que estimara pertinentes, pero suprimiéndose en la ley civil de toda mención a la subasta.

Sin embargo, la disposición adicional única de la Ley de 24 de octubre del 83 se remitía a las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción voluntaria en cuanto a “los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del C.c.”, o sea, que la remisión era al libro III de la LEC, en el que está incluido el título XI, “de la enajenación de bienes de menores e incapacitados...”.

La ley procesal a la que se efectúa la remisión decía entonces y sigue hoy diciendo en su artículo 2.015, respecto a la enajenación de bienes de menores e incapacitados, que “la autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo

avalúo" (el párr. 2 sólo excepciona las ventas hechas por los padres con patria potestad). Cabe afirmar que tras la supresión del requisito en el C.c., podría ser de aplicación la eficacia derogatoria del artículo 1.976 C.c. y en consecuencia considerar inaplicable el requisito de la subasta, que procede de la redacción originaria de la LEC de 1881. Sin embargo, la circunstancia de haberse modificado aquel artículo de la ley procesal con ocasión de la Ley 15/89 y por tanto, después de la reforma de tutela del año 83, parece ser indicativo de la mentalidad del legislador en favor de la subsistencia tras la reforma del requisito de la subasta con carácter general, tratándose, como parece, de un requisito puramente procedimental, y no sustantivo.

Otra cosa es que, como viene ocurriendo en ocasiones, la autorización judicial se solicite no para enajenar el bien, en general, sino para una operación de venta en particular. La concreción del comprador, precio y condiciones de la venta en la solicitud que se formule, permitirá al juez, con audiencia del fiscal y previos los informes oportunos, apreciar su interés para el sujeto a tutela, en comparación a los siempre inciertos resultados que le reportaría la subasta.

En conclusión, la venta de inmuebles desde la comunidad hereditaria en que estén interesados menores o incapacitados sujetos a tutela necesita tan sólo la autorización judicial previa a la venta, para la concreta enajenación proyectada, y, por tanto, sin necesidad de pública subasta. En el expediente judicial aflorará el título adquisitivo del menor o incapacitado, esto es, su condición de heredero, y el dato de que la herencia está indivisa. Ello permitirá al juez apreciar las repercusiones particionales de la venta, entendiéndose así cumplimentado el requisito de la aprobación judicial de la partición, en la medida en que pueda ser aplicable a nuestro supuesto. Parece necesario, aunque la resolución judicial no lo imponga, que el tutor manifieste en la escritura de compraventa que la aceptación implícita de la herencia se hace a beneficio de inventario: como veremos, la simple ena-

jenación de bienes hereditarios hecha de buena fe no implica por sí sola la pérdida del beneficio (1.024,2 C.c.).

Si hay conflicto de intereses entre el tutor y pupilo, el artículo 299 C.c. exige el nombramiento de defensor judicial. La resolución de 23 de julio de 1990 había sentado que la partición realizada por defensor nombrado a estos efectos no necesitaba aprobación judicial para su inscripción. La LO 1/96 introduce un segundo párrafo al artículo 1.060, desautorizando la opinión de la DGRN: “el defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

62

La “otra cosa” que el juez puede disponer consiste, a nuestro juicio, en dispensar absolutamente de la aprobación judicial, o también considerar que la aprobación judicial de la partición puede obtenerse con ocasión del mismo nombramiento, si al solicitar la autorización se solicita para una concreta partición, cuyas especificaciones consten en el expediente. Por tanto, si respecto a un defensor judicial, que, en tanto que sustituto del tutor debería merecer la máxima “desconfianza” legal, es dable incluso la remisión del requisito de la aprobación judicial de la partición, con mayor motivo será admisible que la aprobación de la que haya de realizar el propio tutor recaiga antes de la partición y no sólo necesariamente después, como parece exigir el artículo 272 C.c. en su redacción dada por la LO 1/90. Esto último es una dispensa de requisitos procedimentales potencialmente menos peligrosa para los intereses del representado.

Por lo demás, aunque el nuevo artículo 1.060,2 se refiere a “menores” o incapacitados, consideramos que el defensor judicial cuya partición debe ser aprobada es el nombrado en sustitución del tutor, no el que se nombre por incompatibilidad de los padres titulares de la patria potestad. Los requisitos exigibles al defensor deben ser los correspondientes al representante legal al que sustituye: los padres no necesitarían aprobación judicial de la partición que formalicen

de la herencia a la que están llamados sus hijos (1.060,1 C.c.); el tutor sí (272 C.c.); luego el defensor judicial que sustituye a los padres no la necesita, mientras el que sustituye al tutor, sí (1.060,2 C.c.).

— Incapacitados sujetos a curatela.

Si la sentencia de incapacitación o de modificación de la capacidad especifica la partición de herencia o la enajenación de inmuebles como acto para el cual el incapaz necesita el consentimiento complementario del curador, éste será ineludible en caso de venta desde la comunidad hereditaria, sin necesidad de aprobación judicial posterior.

Si la sentencia no especifica nada, también será necesaria: el artículo 288 establece que el complemento de capacidad será necesario para “los mismos actos en que los tutores necesitan según este Código, autorización judicial”. Respecto a la venta, la necesidad está clara a la vista del artículo 271,2; pero incluso respecto a la partición el artículo 272 lleva a la misma conclusión. El C.c. exige “aprobación”, no “autorización”: la diferencia consiste en el momento en que se realiza la actividad de control judicial, pero responde al mismo fundamento.

63

— Cónyuges.

Lo normal es que el título hereditario determine una adquisición privativa del cónyuge heredero (1.346,2 C.c.), salvo que los bienes hereditarios cuya enajenación se pretende hayan sido dejados en testamento a ambos cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, en cuyo caso la adquisición hereditaria será ganancial. En este último caso, la enajenación de bienes desde la comunidad hereditaria consentida por ambos implica aceptación de la herencia, sin reserva alguna, lo que determina la aplicación del artículo 1.353 C.c. Por ello, se aplicará a tal enajenación el

régimen general de codisposición de los gananciales (1.377 y 1.378 C.c.).

No parece aplicable con carácter general la necesidad del consentimiento complementario del consorte que prevé el artículo 1.320 C.c. para disponer de la vivienda habitual de la familia. No es descartable que la vivienda que se hereda constituya domicilio familiar, ya por serlo antes del fallecimiento del causante, ya por haber adquirido tal cualidad en fase de comunidad hereditaria. Si los únicos coherederos son los dos cónyuges, el consentimiento de ambos será ineludible, no por aplicación del régimen de codisposición de los gananciales (1.377 C.c.), sino por la aplicación prevalente del principio de unanimidad que rige durante la comunidad hereditaria (397 C.c.).

64

Si por el contrario, un cónyuge, respecto a su adquisición hereditaria privativa (1.346,2 C.c.) o ambos respecto a la adquisición ganancial (1.353 C.c.) o las respectivamente privativas –por mitad o en la proporción que sea–, concurren con otros coherederos, será aplicable la tesis de la resolución de 27 de junio de 1994, según la cual no es necesario el consentimiento de consorte cuando lo que se vende es una cuota, porque la condición de vivienda habitual de la familia “no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los dos partícipes”. A lo que añadimos que esto sólo será aplicable si de la escritura no se deduce que la situación posesoria no es la correspondiente al condominio, pues si la vivienda está ocupada por la familia de uno de los comuneros, la entrega de la posesión por el cónyuge requerirá, entonces sí, el consentimiento de su consorte: el artículo 1.320 habla de “disponer de derechos”, lo que en atención a su fundamento debe incluir la entrega de la posesión.

La venta por el cónyuge heredero sin el consentimiento del consorte, cuando la adquisición hereditaria sea privativa, implica en general, aceptación de herencia sin beneficio de inventario, por lo que los bienes gananciales no responderán de las deudas hereditarias (995 C.c.).

— Apoderados.

Se atenderá al criterio restrictivo que debe presidir la interpretación de los poderes y la necesidad de mandato expreso para la realización de actos de riguroso dominio (1.713 C.c.). En consecuencia, será suficiente un poder expreso para herencias y ventas, aunque la posibilidad de vender desde la comunidad hereditaria no haya sido recogida explícitamente.

Es más dudoso el caso del poder conferido para “vender los bienes procedentes de la herencia de ...”, que no contenga explícitamente la facultades relacionadas con la aceptación de herencia ni las operaciones particionales.

Según la resolución de 3 de noviembre de 1908, el poder para vender lo que al parecer era el único inmueble hereditario autoriza para “entender como aceptada la herencia” pero no autoriza para “realizar la liquidación de la sociedad conyugal, la división de la masa hereditaria y las adjudicaciones consiguientes”. Sin embargo, según la resolución de 17 de abril de 1970, el poder para vender “las participaciones indivisas (...) que correspondan a las poderdantes en la herencia de su tía carnal, Doña...” no permite realizar la constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio hereditario, si bien la DG admite explícitamente que con él se pueda aceptar la herencia, y no parece que rechace las operaciones divisorias conexas.

No es suficiente un poder para herencias, por muy amplias que sean sus facultades. En especial, no consideramos que baste la facultad para realizar, con ocasión de la partición, actos de naturaleza dispositiva, como adjudicaciones en pago de deudas, o adjudicaciones para pago de deudas hechas a extraños.

Es especialmente desaconsejable acudir a la fórmula del mandatario verbal, pues al riesgo general de que la escritura no sea ratificada se añade el que la manifestación de la voluntad de vender por parte de los demás herederos implicará, sólo respecto a ellos, la aceptación tácita de la herencia.

V. Requisitos objetivos

Dentro de los actos de disposición, hemos circunscrito nuestro estudio a los actos de enajenación, dejando al margen en general los de alteración, renuncia y gravamen. Entre los actos de enajenación, nos interesan especialmente los que se realizan por título oneroso, al efecto de defender la posibilidad del adquirente de acogerse a la protección registral en concepto de tercero hipotecario.

66 La enajenación requerirá en ocasiones los actos de alteración necesarios para la individualización civil y registral del inmueble que se transmite (segregación, agrupación, agregación o división material de fincas, o división horizontal de edificios); o para la adecuación del Registro a la realidad extrarregistral (declaración de plantación, declaración de obra respecto a edificios o construcciones realizadas por el causante y no declarados, deslindes, rectificación de cabidas y linderos...). A tales modificaciones hipotecarias, que pueden implicar actos de riguroso dominio, les son de aplicación las conclusiones que defendemos en cuanto a su posibilidad desde la herencia indivisa, siempre que los coherederos actúen unánimemente (*vid.* res. de 5 de abril de 1893, 22 de marzo de 1944 y 6 de marzo de 1978, en cuanto a los fraccionamientos, y 19 y 21 de febrero de 1969 en cuanto a la declaración de obra; *vid.*, sin embargo, a favor de la declaración hecha por el comunero aislado la de 19 de diciembre de 1917), y tengan la correspondiente capacidad dispositiva.

Sobre la distinción entre bienes muebles e inmuebles nos remitimos también a las normas generales, si bien es objeto preferente de este estudio la posibilidad de inscribir la adquisición correspondiente en el Registro de la Propiedad.

VI. Requisitos formales

1. Liquidación fiscal.

— *Consecuencias tributarias derivadas de la venta desde la comunidad hereditaria.*

La liquidación del impuesto es, sin duda, un aspecto sustantivo desde el punto de vista de la legislación fiscal. En este epígrafe se estudia esencialmente lo relativo a la justificación de la previa liquidación fiscal de la herencia, lo que explica que lo califiquemos como requisito formal en cuanto posible exigencia previa a la escrituración e inscripción de la venta desde la comunidad hereditaria.

Pues bien, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta desde la comunidad hereditaria exige la previa liquidación total del Impuesto de Sucesiones devengado por la aceptación implícita de la herencia. Desde la resolución de 25 de abril de 1944 del Tribunal Económico Administrativo Central, basta el fallecimiento del causante para que se devengue el impuesto, criterio que ha confirmado la posterior legislación fiscal y hoy refleja el artículo 47 del Reglamento vigente del Impuesto de Sucesiones (RIS) de 8 de noviembre de 1991.

Hay jurisprudencia contradictoria sobre si la simple autoliquidación y pago del impuesto implica aceptación de herencia. Ésta es una cuestión irrelevante para nuestro caso: los herederos aceptan la herencia total y tácitamente como consecuencia de la venta que escrituran, luego la liquidación del impuesto es consecuencia necesaria. La duda está en si esta liquidación ha de ser necesariamente previa a la escritura.

La liquidación fiscal de la herencia debe ser total (arts. 74,3 del RIS, en general, y 86,1 RIS en cuanto al sistema de autoliquidación), salvo excepciones que no son aplicables al supuesto que nos ocupa.

Desde el punto de vista de la actuación notarial, parece, sin embargo, obligada la autorización de la escritura de venta desde la comunidad hereditaria sin previa justificación de la liquidación fiscal de la herencia, si en tal caso los interesados, y especialmente el adquirente, insisten en ello después de advertidos de sus consecuencias.

La obligación de información a las autoridades tributarias que incumbe a los notarios está regulada con carácter general en el artículo 111,4 LGT, en su redacción dada por la Ley 25/95 de 20 de julio, y 52,2 RDL Texto Refundido de la Ley ITP y 114,2 RITP, en lo que afecta a los “documentos comprensivos de hechos imponible sujetos a ITP” (98,2 RITP). En cuanto a nuestro supuesto, esta obligación queda cumplida en todo caso con la comunicación de la enajenación formalizada. El índice que ha de remitirse trimestralmente a las haciendas autonómicas en cumplimiento de tal obligación no reflejarán la adjudicación hereditaria, sino una simple compraventa. Sin embargo, esa comunicación pondrá en conocimiento de Hacienda todos los datos necesarios para la liquidación del impuesto por razón de la herencia: fallecimiento del causante, aceptación de los herederos y la existencia de al menos, un bien integrante del caudal relictivo.

68

Adviértase que la obligación de comunicación no alcanza a otros documentos notariales de consecuencias fiscales indirectas, pero ciertas, como por ejemplo, la aceptación de herencia en documento sin cuantía. Además, ambas partes, y en especial la adquirente, pueden tener una evidencia razonable de que ha prescrito la acción tributaria, y dejar su justificación para un momento posterior.

En rigor lo único exigible civilmente es la acreditación del título que legitima para realizar el acto dispositivo y éste no es sino el documento del que deriva la titularidad de los transmitentes, o sea, la escritura de propiedad del causante, en la hipótesis más frecuente, y el título sucesorio, testamento, declaración judicial o notarial de herederos abintest-

tato, acompañado del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Además, la situación desde el punto de vista de la seguridad del comprador es idéntica en el nada infrecuente caso de escritura de compraventa inmediata a la de adjudicación hereditaria, o, incluso otorgándose en un momento posterior, mientras no haya sido cancelada la nota marginal de afectación fiscal regulada por el artículo 100,3 RIS. Esta nota debe extenderse en todo caso de autoliquidación así como en aquellos en que el impuesto correspondiente al acto inscrito esté pendiente de liquidación, provisional o definitiva. La nota dura cinco años desde su fecha, que es el plazo de prescripción de la acción tributaria para la liquidación —art. 25 de la Ley del Impuesto de Sucesiones—, salvo que antes se justifique el pago de las liquidaciones que garantizaba; produce a favor de la Hacienda pública la preferencia del artículo 73,1 de la LGT y la posible derivación de la acción tributaria sobre los bienes transmitidos, al encontrarse afectos por precepto legal al pago de la deuda tributaria (art. 41 LGT).

69

Deberá por tanto advertirse al comprador que su adquisición queda sujeta a la *afectación fiscal del bien al pago* del Impuesto de Sucesiones, lo cual no es sino una norma aplicable en todo caso, aunque se hubiera liquidado la herencia antes de la enajenación onerosa. También deberá advertirse expresamente que la escritura de compraventa no es inscribible en el Registro de la Propiedad, como veremos, mientras no se justifique la liquidación del Impuesto de Sucesiones.

Por lo demás, la venta desde la comunidad hereditaria constituye, lógicamente, hecho imponible sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en su concepto de transmisiones. Ambas partes contratantes quedarán expuestas a la posible aplicación de la llamada “ley de tasas”, en los casos de diferencia entre el valor declarado y el comprobado fiscalmente, en los términos que hoy contempla el artículo 14,7

del Texto Refundido de la Ley del ITP (RDL 1/93, de 24 de septiembre). De abrirse expediente tributario por tal concepto, la responsabilidad de los coherederos por la liquidación que pudiera girarse en concepto de transmisión lucrativa sería solidaria frente a Hacienda, cualquiera que sea la proporción en que hayan sido instituidos herederos, y ello en aplicación del artículo 11 del Reglamento General de Recaudación y 37,5 LGT.

En IRPF deberán tenerse en cuenta para los herederos-vendedores las consecuencias tributarias derivadas del incremento o disminución de patrimonio que aflora por razón de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de la enajenación del bien vendido. La fecha inicial del cómputo es el fallecimiento del causante, no la de la aceptación de los herederos (res. DGT 26 de abril de 1993), y la fecha final es la de la compraventa, ya sea la de la escritura pública, o la del documento privado liquidado o con fecha fehaciente (1.227 C.c.). Si entre ambas fechas ha transcurrido menos de un año, lo que será frecuente, el incremento de patrimonio tiene para la parte transmitente el tratamiento de renta regular (art. 59,1 a contrario LIRPF). Deben tenerse en consideración, sin embargo, las normas que han suavizado el tratamiento fiscal de los incrementos de patrimonio (RDL de 7 de junio de 1996 y Ley de Presupuestos para 1997).

Debe recordarse que el artículo 44,5,A de la LIRPF de 1991 suprimió la llamada “plusvalía del muerto”. Ahora bien, ¿quién debe soportar la repercusión en IRPF del incremento de patrimonio puesto de manifiesto con ocasión de la venta de la comunidad hereditaria?

En principio, quienes venden son los coherederos: la transmisión que se está documentando es una compraventa, en la que aquéllos prestan consentimiento a la enajenación y otorgan carta de pago del precio recibido. Por tanto, esos coherederos deben asumir las consecuencias del incremento de patrimonio en la misma proporción en que hayan sido

instituidos, dato que resultará del testamento. Si a la Administración no le consta esta proporción en forma fehaciente, los incrementos aflorados se considerarán atribuidos por partes iguales entre todos los coherederos-vendedores (art. 10 LIRPF).

Lo anterior parece correcto cuando la venta desde la comunidad hereditaria se realiza con finalidad de eludir la partición y los coherederos-vendedores se embolsan directamente el precio o contraprestación obtenido. Es posible, sin embargo, que la enajenación desde la herencia indivisa sea propiamente una operación particional, y que el precio obtenido ingrese en la comunidad hereditaria para integrarlo en la formación de los lotes. Sería paradigmático el caso de venta formalizada por los ejecutores testamentarios. En este supuesto puede plantearse que el sujeto pasivo del incremento patrimonial no sean los coherederos, sino la propia comunidad hereditaria, cuya condición de sujeto pasivo tributario está reconocida por el artículo 33 LGT y 11 LIRPF, que hablan sin embargo de “herencias yacentes”. El importe de la cuota tributaria satisfecha por razón del incremento sería en este caso “baja” del caudal, y, por tanto, a cargo de los herederos. Esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta a la hora de valorar la conveniencia de la operación desde el punto de vista económico.

En lo que afecta a la redacción de la escritura, la circunstancia de que la repercusión del posible incremento la deban soportar los coherederos o la propia comunidad hereditaria podrá ser tenida en consideración, no tanto en la cláusula de venta, como en un apartado dispositivo específico al efecto de hacer constar que la contraprestación se ingresa en la comunidad hereditaria. Sin embargo, aunque no se exprese tal circunstancia, los coherederos podrán justificar frente a Hacienda, si es el caso, que el incremento no se ha producido en sus propios patrimonios personales, demostrando que el precio obtenido se encuentra aún en la masa hereditaria pendiente de reparto, o en su caso, que ingresó

en esos propios patrimonios con posterioridad a la enajenación, esto es, en la partición. En tal caso, será ineludible la presentación de una declaración tributaria en que se reconozca la condición de sujeto pasivo de la herencia indivisa y la liquidación por razón del incremento aflorado a su respecto.

En el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la venta desde la comunidad hereditaria dará lugar a una doble liquidación: una por la aceptación de la herencia, computando el tiempo intermedio entre la adquisición por el causante y su fallecimiento, y otra por la venta computándolo desde el fallecimiento del causante (rcs. DGT antes citada de 26 de abril de 1993) hasta la enajenación. La condición de sujeto pasivo recae en los coherederos-vendedores en las dos transmisiones, o sea, en los adquirentes de la transmisión lucrativa y en los transmitentes de la onerosa (art. 107 Ley 39/88). Si el tiempo de permanencia del bien en el sujeto pasivo es inferior a un año, como será habitual en nuestro caso, el impuesto por razón de la segunda transmisión se devenga, pero no genera deuda tributaria alguna. La adjudicación al supérstite en pago de gananciales está exenta. La escritura de compraventa, en la que aparecerán testimoniados, referenciados o incorporados los datos relativos a la fecha del fallecimiento, deberán bastar para practicar las liquidaciones correspondientes.

— *Ámbito de la calificación registral en cuanto a la liquidación del Impuesto de Sucesiones.*

Se trata de la interpretación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Este artículo establece que “ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengase el acto o contrato que se pretende inscribir”.

La resolución de 21 de octubre de 1987 resume la doctrina de la DG sobre este punto: “El deber de comprobar el pago de los impuestos que devengue todo acto que pretenda su acceso al Registro queda cumplido si el documento tiene nota, firmada por el liquidador que acreditara su pago, prescripción o exención; no pudiendo suspender por error o deficiencia en la liquidación practicada, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de la Delegación de Hacienda” (cf. también sobre la materia las res. de 2 de mayo de 1916; 26 y 29 de diciembre de 1930, 8 de julio de 1940, 18 de julio de 1945, 5 de enero de 1959, 11 de diciembre de 1974, 16 de octubre y 17 de noviembre de 1980, y 4 de mayo de 1982).

Se trata de una materia en la que los criterios de calificación se han visto condicionados por las reformas de las normas tributarias de carácter formal o procedimental.

En su origen, la interpretación del requisito que hoy establece el artículo 254 LH es la que se deduce de la resolución de 2 de mayo de 1916: se trataba de una venta efectuada por los albaceas, con consentimiento de los herederos forzosos, a un tercero. El registrador alegó entre otros como motivo de suspensión la falta de acreditación del pago del Impuesto de Derechos Reales “por todos los conceptos en que se ha devengado”. Tratándose de una venta, la escritura sólo contenía los sellos de liquidación de la transmisión onerosa. La DG consideró inscribible la escritura, pues “estando extendidas al pie de las respectivas escrituras presentadas en el Registro las oportunas notas de liquidación y pago del impuesto, carecía de facultades el Registrador para determinar si debía devengarse por otros conceptos, por ser esta facultad privativa de las respectivas oficinas liquidadoras (...)”. No obstante, la liquidación del impuesto devengado por la herencia también constaba acreditada “por certificación obrante en el expediente, expedida por el Abogado del Estado”.

De las resoluciones de la DGRN se deduce, a partir de ahí, la siguiente evolución: hasta el año 80, la cuestión esta-

ba resuelta en atención al carácter común de la competencia y procedimientos recaudatorios respecto a los dos impuestos hoy denominados de Transmisiones Patrimoniales y de Sucesiones. Así, durante la vigencia del Decreto de 6 de abril de 1967, se permitía tener por justificados el pago de ambos impuestos si el documento presentado contenía nota genérica de pago, exención o prescripción extendida por la Delegación de Hacienda, aunque fuese patente la falta de liquidación o pago de uno u otro.

74

La Ley de 21 de julio de 1980 introduce el sistema de autoliquidación para las transmisiones patrimoniales onerosas, mientras que respecto a sucesiones, se mantiene la competencia liquidadora de los órganos gestores correspondientes de las comunidades autónomas y oficinas liquidadoras del partido. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de esa norma, la nota extendida en el documento acreditativo del ingreso de la cantidad de ITP según declaración-liquidación verificada por el sujeto pasivo, no permite deducir el pago del Impuesto de Sucesiones. El que un mismo organismo sea competente para extender la nota y para cobrar uno y otro impuesto no se considera argumento suficiente, dada la diversidad de procedimientos liquidatorios.

Se aduce, además, que no basta alegar que con el depósito en el organismo competente ya se han suministrado los elementos necesarios para su exacción, pues el artículo 254 LH exige la prueba del “pago”, y en cuanto al Impuesto de Sucesiones, ninguna norma excepciona el artículo en el sentido de considerar suficiente la sola presentación del documento gravado en la oficina correspondiente.

La introducción del sistema de autoliquidación, al menos voluntaria, para el Impuesto de Sucesiones por el Reglamento de 8 de noviembre de 1991 no ha hecho sino confirmar los argumentos anteriores: la nota de liquidación del Impuesto de Transmisiones no implica hoy no ya el pago, sino ni siquiera la liquidación fiscal de la herencia antecedente. Por lo demás, el registrador carece de medios para

apreciar y menos aún declarar si el impuesto está prescrito (res. de 21 de enero de 1993).

Frente a todo lo anterior, la resolución de 24 de mayo de 1995 establece que la no constancia en la escritura de la retención del precio por razón de la residencia fuera de España del vendedor (art. 19 LIRPF) no es motivo de suspensión de la inscripción, pues el artículo 254 debe interpretarse en sentido de exigirse la acreditación del pago del impuesto correspondiente al acto o contrato que se pretende inscribir. En ese caso, la venta sólo está directamente sujeta al ITP; el IRPF grava la obtención de renta; la compraventa puede ser generadora de renta sujeta al impuesto, pero no está directamente sujeta al mismo.

¿Puede aplicarse el mismo razonamiento a la venta desde la comunidad hereditaria? El artículo 100 del RIS parece excluirlo cuando ordena que se rechace la inscripción sin previa liquidación fiscal, de “ningún documento que contenga acto o contrato del que **resulte** la adquisición de un incremento de patrimonio a título lucrativo”. Si defendemos que la venta desde la comunidad hereditaria implica aceptación de herencia, la exteriorización del incremento lucrativo a sus resultas parece incuestionable.

Añadiremos una consideración. El sistema tributario español tiene como ejes básicos los impuestos sobre la renta, en cuanto a la imposición directa, y sobre el valor añadido, en cuanto a la indirecta. Los impuestos de sucesiones y transmisiones patrimoniales estaban llamados a desempeñar una función muy secundaria, no estrictamente recaudatoria, sino más bien de control, y, en su caso, residual de redistribución de rentas en cuanto a las sucesiones a favor colaterales y extraños. Sin embargo, la circunstancia de ser tributos cedidos a las comunidades autónomas ha dotado a la interpretación de su régimen jurídico de una extraordinaria rigidez, basada no tanto en su verdadera naturaleza y función en el sistema impositivo, como la muy deficiente solución que aún hoy padece la financiación de las autonomías.

En conclusión, la compraventa desde la comunidad hereditaria exige para su inscripción la previa liquidación total del Impuesto de Sucesiones, extremo al que alcanza la calificación registral.

2. Otorgamiento de escritura pública.

Tratándose de enajenación de bienes inmuebles, la exigencia de escritura pública deriva del artículo 1.280,1 C.c., conforme a las reglas generales. Proponemos a continuación un esquema de la escritura; sólo se mencionan las especialidades.

Encabezamiento: la escritura debe calificarse como “Compraventa”, sin alusión a la aceptación de herencia, pues el consentimiento explicitado en el instrumento será en general tan sólo el correspondiente a la enajenación.

76

Comparecencia: deberán reseñarse las circunstancias de identificación, de una parte como vendedores, de la totalidad de los herederos, y de otra, de la parte compradora.

Exposición: deberá contener, al menos, tres apartados expositivos:

— El relativo a la descripción de la finca que se enajena. Se encabezará diciendo que “D., D., y D...” (los coherederos), “como herederos de D.” (el causante) “son dueños, conjuntamente de la siguiente finca”. No debe especificarse la proporción en que son dueños, sino que bastará con que se deduzca que conjuntamente agotan la totalidad del poder dispositivo sobre la finca; la proporción resultará del título sucesorio.

La referencia catastral de las fincas urbanas se expresará conforme a las reglas generales. No afectará al juicio de identidad de la finca descrita con el documento catastral, la circunstancia que aparezca catastrada, como será habitual, a nombre del causante.

La reseña del título adquisitivo será el correspondiente al título por el cual el causante adquirió la finca.

En cuanto a los datos de inscripción, el ordinal de la inscripción será lógicamente, el correspondiente al título adquisitivo del causante.

El apartado de las cargas será el propio de una compraventa. Es necesaria, por tanto, la solicitud de información registral conforme al artículo 175 del Reglamento Notarial. En la petición de información al Registro deberán figurar como transmitentes los nombres de la totalidad de los herederos, especificando, “como causahabientes de...” (el causante, quien generalmente será titular registral). La información registral que se remita a la notaría por telecopia expresará lógicamente que el titular registral es aún el causante. Esta circunstancia es importante que se exprese en el apartado “cargas” de la escritura claramente, para advertencia del comprador de los exactos términos de la operación, y para que los vendedores no puedan alegar error como vicio del consentimiento en cuanto al dato de que vendían como herederos y, de que, por tanto, la venta implicaba aceptación de herencia.

77

— Otro apartado expositivo deberá referirse a la circunstancia del fallecimiento del causante, el título sucesorio testamentario o abintestato, y la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad. Es de aplicación el artículo 76 RH, tal como ha sido interpretado por la resolución de 4 de abril de 1995. Por tanto, tratándose de sucesión intestada, no es necesario testimoniar ni incorporar el auto judicial (si es el caso) a la escritura, ni presentarla en el Registro como documento complementario, basta con insertar en la misma un testimonio por exhibición.

Podría defenderse la conveniencia de que ese apartado expositivo figure antes que el anterior, pero tratándose de una compraventa, el primer apartado expositivo debe referirse a la reseña del objeto del contrato conforme a la práctica habitual. La consignación de las circunstancias de fallecimiento y título sucesorio antes de la descripción del objeto parece reproducir el contenido tradicional de las escrituras

de particiones hereditarias, comenzando con las “bases” y siguiendo con el “inventario”.

— Por su importancia, deberá reseñarse separadamente la situación de liquidación del Impuesto de Sucesiones correspondiente a la herencia tácitamente aceptada. Cabe que esté presentada a liquidación o autoliquidada con anterioridad, en cuyo caso la nota de liquidación será muy conveniente que se testimonie en la escritura, consiguiendo así un documento completo, y evitando la calificación registral desfavorable a la inscripción de la adquisición. De otro modo, deberá asesorarse expresa y detalladamente a ambas partes, y en especial al adquirente, sobre las responsabilidades que asume en el orden fiscal y registral, así como acerca de la posibilidad de autoliquidar el impuesto con ocasión de la transacción inmobiliaria que se pretende.

78

Clausulado dispositivo: la cláusula de venta expresará que “Don ..., don ... y don ..., en su calidad de herederos de don ..., venden y transmiten los derechos que respectivamente les corresponden, y conjuntamente el pleno dominio de la totalidad de la finca descrita en la parte expositiva, a don ... quien acepta y adquiere...”.

Se trata de una fórmula general que refleja suficientemente el poder global de disposición de los coherederos sobre el bien transmitido. Tan sólo cuando la complejidad del título sucesorio no permita deducir claramente la proporción en que son herederos, convendrá especificar esta proporción en la escritura, para evitar que por aplicación del artículo 10 LIRPF, sean considerados a efectos tributarios como titulares por partes iguales, no siéndolo realmente.

Cláusula de precio: “El precio de la presente compraventa es el de ... que los vendedores confiesan haber recibido conjuntamente de don ... por lo que otorgan la más completa y eficaz carta de pago ...”.

La naturaleza del negocio es la de una venta por precio global, por lo que no es imprescindible y puede ser desaconsejable el desglose de la cantidad que cobra cada cohe-

redero. La posibilidad de venta por precio global, no desglosado, no obstante la distinta naturaleza o proporción de los derechos de los vendedores o de la pluralidad de fincas vendidas, resulta de las resoluciones de 25 de enero de 1928, 6 de abril de 1957, 5 de abril de 1991 y 21 de enero de 1993, y de la STS de 15 de mayo de 1945.

Es aquí donde, a solicitud de los transmitentes, podrá incluirse una cláusula con el matiz más bien de declaración fiscal, alusiva a que, si así es el caso, el precio no lo cobran los coherederos, sino que se ingresa en la comunidad hereditaria al objeto de incluirlo en la partición (*cf. supra*).

En ocasiones puede ser recomendable que la aceptación de la herencia sea no tácita, sino expresa, sobre todo cuando la realizan representantes legales o voluntarios de alguno de los coherederos cuyas facultades para el acto de aceptación y particional implícito deben ser cuidadosamente analizadas. En tal caso, la cláusula de aceptación podrá figurar antes que la de compraventa.

Las advertencias deberán insistir en las repercusiones tributarias de la operación, no sólo las relativas al Impuesto de Transmisiones, sino también al de Sucesiones.

Por las razones que luego expondremos respecto a acreedores y legatarios, es muy recomendable la solicitud de presentación en el Registro de la Propiedad por telecopia.

3. Inscripción en el Registro de la Propiedad.

La presentación en el Registro de la escritura de compraventa desde la comunidad hereditaria puede dar lugar a algunas de las tres siguientes calificaciones:

— Denegar la inscripción por el defecto insubsanable de no figurar inscrito el derecho transmitido a nombre de los transmitentes (art. 20 LH), es decir, de los coherederos. Se mejante nota de calificación fue la que motivó el recurso

resuelto por la resolución de 9 de mayo de 1988, en los términos antes analizados.

— Suspende la inscripción por el mismo defecto, pero considerándolo como subsanable, en aplicación del artículo 103 RH, pudiendo tomarse anotación preventiva. Es claro que de la propia escritura de compraventa, con arreglo al esquema que hemos propuesto, resultará la alegación del transmitente de ser causahabiente del titular inscrito, lo que justifica la aplicación del artículo.

La documentación presentada en modo alguno puede dar lugar a una doble inscripción, una a favor de los herederos expresando su título adquisitivo hereditario (art. 14 LH) y otra reflejando la transmisión onerosa desde los coherederos al comprador. En cuanto a la primera, la aplicación del principio de especialidad exigiría la especificación de la porción ideal de cada coheredero sobre la finca con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (art. 54 RH), lo cual aparte de que en general no deba figurar en la escritura presentada, violenta radicalmente la naturaleza del negocio celebrado.

— A nuestro juicio, la escritura de compraventa desde la comunidad hereditaria debe dar lugar en el Registro a un solo asiento de inscripción, a favor del comprador. Es decir, la operación puede inscribirse en régimen de tracto abreviado, reflejando en el mismo asiento la transmisión explicitada en el título, o sea, la compraventa, y la implícita, esto es, la herencia. No hay en ello vulneración del pretendido carácter taxativo de las excepciones al principio de tracto, sino aplicación analógica de los párrafos del artículo 20 que lo modalizan en cuanto a las transmisiones hereditarias.

En apoyo de esta posibilidad deben citarse dos preceptos de la legislación hipotecaria:

El artículo 209 RH permite la cancelación de la anotación del derecho hereditario “cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos”. Luego aquí también hay excepción al principio de

tracto, pues el historial de la finca, una vez cancelada la anotación del derecho hereditario, sólo reflejará la inscripción a nombre del causante, y como subsiguiente, la correspondiente a quien adquirió de los coherederos. Si aceptamos que la anotación del derecho hereditario no es presupuesto de la legitimación de los coherederos para disponer desde la comunidad hereditaria, no habrá ninguna razón para no aplicar el régimen de tracto abreviado regulado en el artículo 209 RH a los casos en que tal derecho hereditario no esté anotado.

El artículo 213 RH permite que los herederos puedan cancelar “durante la proindivisión las inscripciones o anotaciones extendidas a favor de su causante, siempre que acrediten (...) el fallecimiento de aquél y su calidad de tales herederos”. Tratándose de hipotecas, si el crédito constituido a favor del causante lo cobró él mismo, antes de la apertura de la herencia, la cancelación es un acto debido para sus sucesores; pero si se ha cobrado en fase de comunidad hereditaria, las exigencias del tracto llevarían a considerar necesaria la previa inscripción de la adquisición del crédito hipotecario por los coherederos, que es lo que permite eludir el artículo; luego la transmisión hereditaria justifica aquí otra excepción al principio. Además, este artículo debe entenderse referido a toda clase de cancelaciones y no específicamente a las de hipotecas: su precedente se encuentra en la Real Orden de 20 de abril de 1867 que circunscribía tal posibilidad exclusivamente a las hipotecas, pero su redacción en los términos generales hoy vigentes, que justifican la interpretación amplia, proceden del artículo 184 del Reglamento de 1915.

La posibilidad de inscripción en régimen de tracto abreviado la confirma la DG en la resolución de 6 de abril de 1957, dictada en un caso de venta desde la comunidad hereditaria, en que, además, la finca era ganancial y la sociedad conyugal no estaba liquidada. Sobre la aplicación del principio de tracto, especifica el centro directivo que “la misma ley atenúa su rigor en algunos casos, al dispensar el

requisito de la previa inscripción a favor del transmitente, con el fin de evitar inscripciones que sean innecesarias o transitorias, y de simplificar los asientos cuando no interesen a terceros, ni obedezcan a ninguna exigencia". En la resolución de 21 de enero de 1993, resuelta en el mismo sentido, el registrador no alegó la falta de tracto como defecto.

En consecuencia, en el asiento deberán reseñarse las circunstancias del título del que resulta la legitimación para disponer de los vendedores, es decir, su condición de herederos. No es necesaria la expresión de la proporción en que los transmitentes son herederos, sino la circunstancia de reunir todos ellos, conjuntamente, la totalidad del poder de disposición sobre el inmueble. No hay vulneración del principio de especialidad pues la inscripción que se practique no refleja la titularidad de los herederos, sino la del comprador.

82

Respecto a los requisitos formales del asiento, la resolución de 9 de mayo de 1988 se desentiende expresamente de resolver el tema. Puede servir de guía el artículo 166,1 RH en cuanto a las circunstancias de las anotaciones preventivas de embargo sobre bienes hereditarios, ya por deudas del causante, ya del heredero. Deberá reseñarse, por tanto, la defunción del causante, las circunstancias del título sucesorio (testamento o declaración de herederos), la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad y las circunstancias personales de todos los herederos. El asiento reflejará que los transmitentes venden en su calidad de herederos del causante de quien figura como titular registral.

— *La condición de tercero hipotecario de quien adquiere desde la comunidad hereditaria.*

¿Está protegido por el principio de fe pública registral? Se plantea aquí el problema clásico, llevado a un supuesto límite, del momento en que debe estar inscrito el derecho del transmitente para que el adquirente quede protegido por el artículo 34 LH.

Sobre este tema, pueden distinguirse, en general, las siguientes posiciones:

A.— La posición mayoritaria en la doctrina (35) considera que el transmitente debe tener inscrito su derecho al tiempo de la transmisión, esto es, en el momento de la celebración del contrato. Por virtud del efecto de retroacción de la fecha de la inscripción a la fecha del asiento de presentación, bastará con que al tiempo de la transmisión esté presentado en el Registro el título del transmitente. Según esta tesis el fundamento del principio de fe pública descansa en la protección que merece quien realiza su adquisición confiando en la apariencia de titularidad de su transmitente que el registro publica; luego la fuerza legitimadora del registro sólo puede ser invocada con relación a sus pronunciamientos en el momento de la adquisición.

Esta tesis es suscrita, sin aparentes fisuras, por la jurisprudencia:

La STS de 11 de mayo de 1909 niega la consideración de tercero hipotecario al comprador de quien no tenía inscrito su título adquisitivo —una partición hereditaria— al tiempo de la venta.

La STS de 26 de febrero de 1949 mantiene en su adquisición al adquirente aunque después se anuló el derecho de su transmitente por virtud de una demanda de nulidad del título adquisitivo de éste, demanda que no constaba anotada al tiempo de la adquisición de aquél.

La STS de 20 de octubre de 1954 aplica el mismo criterio respecto a una permuta en la que el título del transferente no había sido inscrito.

(35) CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre derecho hipotecario*, Pons, Madrid, 1982.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Univ. Complutense, Madrid, 1982.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. 2, Civitas, Madrid, 1993.

Es importante la STS de 24 de abril de 1962: cierto causante era titular en vida de fincas inscritas y gravadas con fideicomiso a favor de sus hijos legítimos sobrevivientes. De su único matrimonio tuvo dos hijos. Posteriormente pasa a convivir maritalmente con otra mujer, a quien instituye heredera universal en su último testamento, afirmando en él, falsamente, estar casado con ella y carecer de descendientes. Esta última formaliza la herencia de su compañero, amparándose en este testamento, y sin esperar a su inscripción registral, vende, en concepto de libre, una de las fincas gravadas con el fideicomiso. La esposa verdadera impugna el testamento y la venta posterior. El TS, frente al criterio de la sentencia de primera instancia y la de la Audiencia, declara la nulidad de la venta, alegando que el comprador no tenía la condición de tercero hipotecario, no obstante su buena fe, por no constar inscrito el derecho de su transmitente al tiempo de la adquisición.

Tratándose en esencia de una colisión entre heredero real y adquirente del heredero aparente, la prevalencia de aquél podría haberse resuelto, pensamos, por la vía de la suspensión de efectos de la fe pública del artículo 28 LH, si se estaba dentro del plazo para ello.

La S. de 3 de octubre de 1963 aplica el mismo principio a una venta judicial en procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.

La S. de 22 de noviembre de 1963 niega eficacia legitimadora a la previa inscripción del transmitente porque en el momento de su transmisión estaba sujeta a la suspensión de efectos de la fe pública del artículo 207 por tratarse de una inmatriculación.

La de 12 de noviembre 1970 aplica la misma tesis a un supuesto de doble inmatriculación.

B.—SANZ FERNÁNDEZ (36) y MOLINA RAVELLO (37) sostienen que el transmitente debe tener inscrito su derecho en

(36) SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947.

(37) MOLINA RAVELLO: "Comprensión de la fe pública registral", *RCDI*, 1948.

el momento en que su acto o contrato de transferencia se inscribe. Encuentran su apoyo en el artículo 20 LH, aplicando la teoría de la convalecencia, propia del principio formal de tracto sucesivo, al principio sustantivo de fe pública. Así, SANZ FERNÁNDEZ entiende que aun cuando en el momento de realizar el acto de disposición el transmitente no haya inscrito su derecho, la inscripción posterior convalida retroactivamente las disposiciones realizadas, incluso a los efectos de protección del tercero.

MOLINA RAVELLO enfoca el problema desde una distinta concepción de sistema de constitución y transmisión de los derechos reales. Afirma que el derecho real se adquiere cuando se inscribe y que es en este momento, el de la inscripción del adquirente, cuando debe apreciarse si tiene o no la consideración de tercero.

LACRUZ Y SANCHO (38) ponen de manifiesto que no hay ningún precepto hipotecario que disponga que la falta de inscripción priva de protección al tercero. Respecto al fundamento de la apariencia legitimadora del registro, consideran debe bastar para proteger al tercero que el tercero confíe en la existencia de una situación como la que configura el registro. Citan como ejemplo el caso del heredero que sin previa inscripción de su adjudicación hereditaria, vende los bienes de su padre, no siendo realmente de éste, considerando que en este caso el tercero debe quedar protegido.

C.— En una posición intermedia se puede considerar a VALLET (39) cuando afirma: “el tercero que ha comprado en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente su adquisición ha de ser protegida por la fe pública, siempre que el título de dicho trans-

(38) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968.

(39) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962.

ferente llegue a ser inscrito, dando entrada al tercer adquirente. La base del derecho inscrito y el enlace sin obstáculos entre éste y el título del transferente, crean la fe del adquirente”.

DÍEZ-PICAZO (40) también ve argumentos de equidad en favor de una y otra tesis de las dos mencionadas anteriormente.

A nuestro juicio, quien adquiere de la comunidad hereditaria sí debe quedar plenamente protegido por la fe pública registral. Se trata de una cuestión nuclear en nuestro tema, que intentamos argumentar a continuación.

Hemos defendido hasta aquí la validez civil de la enajenación de bienes inmuebles desde la comunidad hereditaria. Para que el adquirente pudiera acogerse a la protección del sistema registral sería menester que los coherederos tuvieran su derecho registrado, para así de tal modo poder adquirir de quien en el Registro aparece, en el momento de la adquisición, con facultades para transmitir.

86

Pues bien, la legislación hipotecaria no ofrece sistema alguno de registración del derecho de los coherederos antes de la partición que proporcione al adquirente la publicidad necesaria para poder confiar en ella la inatacabilidad de su adquisición. En efecto, el artículo 42,6 LH permite la anotación preventiva del derecho hereditario. Pero, aun cuando conste anotado preventivamente tal derecho, que es el que civilmente legitima para disponer desde la comunidad hereditaria, el adquirente nunca podría quedar protegido por el artículo 34 LH. En la reforma hipotecaria de los años 44-46, ante la necesidad de modificar el sistema de registración del derecho hereditario, se abandonó deliberadamente la fórmula del asiento de inscripción porque se consideró perturbadora la existencia de una variante de inscripción con efectos tan limitados como los que debía tener la publicidad de la

(40) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1995.

comunidad hereditaria. Es comúnmente admitido en la doctrina hipotecarista que el principio de fe pública registral no se extiende a la anotación preventiva del derecho hereditario, debido a la inadaptabilidad de los principios hipotecarios de carácter sustantivo a tal materia (41): el concepto de finca no se puede extender ni al conjunto de la masa hereditaria ni a las cuotas de los coherederos; el principio de inscripción es inaplicable dada la posibilidad de que cada coheredero haga constar su derecho en fincas radicantes en distintos registros...

Por tanto, la necesaria coherencia sistemática del ordenamiento jurídico conduce a la idea de que la protección del tercero sólo puede articularse por la vía de excepcionar el artículo 34 LH en lo relativo al momento en que debe constar inscrito el derecho del transmitente. Si, como regla general debe ser el momento de la adquisición, en caso de venta desde la comunidad hereditaria sólo puede ser el momento de la inscripción del adquirente.

Lo que debe constar inscrito al tiempo de la adquisición es el derecho del causante cuyo fallecimiento da lugar a la comunidad hereditaria. No hay posible asiento posterior de enlace con la inscripción del adquirente; no lo hay a los efectos del tercero hipotecario. Es aquella apariencia lo que genera la confianza del comprador y esa debe ser la máxima diligencia exigible a quien pretende acogerse a la protección del Registro.

Obsérvese, en esta misma línea, que todo el régimen registral de las anotaciones preventivas a favor de los legatarios

(41) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, t. VI, Barcelona, 1995, págs. 493 y ss.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, págs. 369 y ss.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 116.

DE LA RICA, R.: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, primera parte, Madrid, 1948. Llega a calificar tal anotación como "una entealequia, en la pura aceptación del vocablo".

(arts. 47 y ss. LH), incluso de los de cosa específica, que indudablemente ostentan un derecho real sobre el bien legado, está organizado en torno al principio de que la anotación se practica sobre la última inscripción vigente a nombre del causante, sin que sea necesario que el registro publique el derecho de los herederos, los cuales son los sujetos pasivos de la acción del legatario. Se trata de otro caso más que demuestra que la publicidad registral de la herencia indivisa se realiza por referencia a la inscripción a nombre del causante, unida a la certeza de su fallecimiento.

De tal modo, el comprador adquiere, en efecto, de quienes en el momento de inscribirse su adquisición aparecen en el Registro con facultades para transmitir, si bien esa publicidad de las facultades dispositivas de los transmitentes no resulta del asiento anterior al que refleja la adquisición del tercero, sino del mismo asiento.

88 Por lo demás, tratándose de transmisiones de herederos no legitimarios se aplica a la inscripción del adquirente la suspensión de efectos de fe pública prevista en el artículo 28 LH. El comprador de la comunidad hereditaria, como adquirente del heredero aparente, no gozará de la protección registral respecto al heredero real o quienes traigan causa de él, en el plazo de dos años computados desde el fallecimiento del causante.

VII. Efectos

a) Entre los coherederos.

1. *Aceptación tácita de herencia.*

De conformidad con los precedentes históricos del Derecho Romano, las Partidas y el Proyecto de 1851, el C.c. admite la aceptación tácita de herencia en los artículos 999 y 1.000.

El párrafo 3 del artículo 999 C.c., interpretado por la S. de 27 de abril de 1955, establece los requisitos de la aceptación tácita: ha de tratarse de actos de cuya interpretación se deduzca inequívocamente la voluntad de aceptar, o cuya ejecución no pueda realizarse sin la cualidad de heredero.

La venta de inmuebles hereditarios implica la asunción de poder de disposición necesario para realizar su enajenación; es decir, se venden como propios, no como ajenos, bienes de los que se es dueño por ser heredero. Los herederos que venden alguno de los bienes hereditarios están tácitamente aceptando la herencia (res. de 21 de enero de 1993).

Un supuesto de algún modo similar estaba expresamente contemplado en las Partidas entre los casos de aceptación tácita. En la Partida 6.6.12, bajo el título “Cómo el fijo se otorga por heredero del padre por algunas cosas que faze, maguer non lo diga por palabra”, se incluye: “Si el fijo de algun ome que fuesse finado no quisiesse recibir la heredad de su padre, entendiendo que era mucho cargada de debdas, e maliciosamente comprase los bienes del padre, faziendo esta compra fazer a otri para sí...”.

89

Esta aceptación tácita produce los efectos propios de toda aceptación de herencia, extremo sobre el que deberá aseñorarse expresamente a los transmitentes a la hora de autorizar el documento correspondiente. Por tanto:

—La aceptación será total e indivisible, no referida, por supuesto, sólo al bien que se enajena (art. 990 C.c. y res. de 21 de enero de 1993).

—Pura y simple, es decir, sin condición ni término, aunque la compraventa contenga especificaciones de este tipo (art. 990 C.c.). La posterior resolución, convencional o legal de la enajenación, aunque haya sido prevista y regulada en el propio título y posteriormente se ejercite, no enervará los efectos de la aceptación tácita.

La circunstancia de que el comprador sea uno de los coherederos tampoco permitirá que el vendedor niegue el efecto de aceptación tácita.

Es más dudoso el supuesto en que todos o algunos de los coherederos vendan bajo la condición suspensiva de “aceptar la herencia”. Puesto que la aceptación de la herencia es, en general, un acto puramente voluntario (art. 988 C.c.), parece que el supuesto cae bajo la prohibición de las condiciones puramente potestativas que establecen los artículos 1.115 C.c. y 1.256 C.c., lo que afectará a la validez de la compraventa.

— Irrevocable: una vez prestado el consentimiento a la compraventa, no podrá el heredero-vendedor venir contra sus propios actos y considerar que la herencia no ha sido aceptada (art. 997 C.c.).

90

Los vicios del consentimiento que puedan afectar a la compraventa anularán asimismo el efecto de la aceptación tácita. No se plantea cuestión en cuanto a la violencia o dolo: el consentimiento prestado para la compraventa con tal vicio, caso de ejercitarse la acción de nulidad, no debe producir efecto alguno, ni respecto al negocio para el que directamente se emitió, ni para ninguna de sus restantes consecuencias. La declaración de voluntad se tiene por no emitida, la compraventa es anulada, y la aceptación de herencia se tiene por no hecha. La confirmación del negocio de compraventa expresa o tácita (1.311 C.c.) determinará que la aceptación de herencia despliegue sus efectos desde que el consentimiento fue emitido (1.313 C.c.).

Más dudoso es el caso de error: ¿podrá alegarse error respecto a la compraventa, por ignorar el vendedor que tal venta implicaba aceptación de herencia y todas sus consecuencias?; y ¿caso de admitirse la alegación, permitirá anular la compraventa y la aceptación, o sólo el efecto de aceptación tácita de herencia?

Al tratarse de un error de Derecho, podría invocarse en contra de tal alegación el principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes y condena de su ignorancia (art. 6,1 C.c.). Pero no parece que sea así: frente al proyecto de 1851, que establecía en el artículo 989 que el error de De-

recho no era causa de nulidad del contrato, el proyecto de 1882-1888 cambió radicalmente de criterio, admitiéndolo explícitamente como vicio del consentimiento. Ésta parece ser la opción del C.c., no obstante no recoger la distinción entre ambos tipos, y así lo ha confirmado la jurisprudencia.

La discusión se desplaza, por tanto, al carácter esencial del error y a su imputabilidad a quien lo padece. Sobre este punto, deberá valorarse especialmente la conducta del heredero-vendedor respecto a la contraprestación recibida, y la circunstancia de que la condición de heredero deberá figurar en la escritura de compraventa, como hemos propuesto, al menos en dos puntos: la alegación de tal condición como título adquisitivo que le legitima para disponer, y el relativo a la liquidación del Impuesto de Sucesiones. No parece excesivo que la advertencia sobre la aceptación tácita de la herencia pueda figurar explícitamente en la escritura.

El carácter restrictivo que preside el tratamiento del error como vicio del consentimiento, así como, en general, la regulación de los vicios del consentimiento negocial, y la circunstancia de que el comprador sea absolutamente ajeno a tal error, apoyan el rechazo a tal alegación.

91

— Pérdida del beneficio de inventario.

Otra consecuencia de la enajenación puede ser la pérdida del beneficio de inventario, caso de haberse aceptado la herencia en tal modalidad. El artículo 1.024,2 C.c. establece que “el heredero perderá el beneficio de inventario: (...) 2: Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización”.

Los precedentes históricos avalan la posibilidad de que el inventario se realice notarialmente, pero ante la duda, un notario de la autoridad doctrinal de VALLET opta por “sólo aconsejar lo que nos parece indiscutible tratándose de cues-

tiones estrictamente formales” (42). Lo normal, en el caso ya de por sí excepcional de aceptación a beneficio de inventario, es que éste se realice judicialmente.

Durante la tramitación del expediente judicial propio del beneficio de inventario sólo son posibles las enajenaciones de bienes hereditarios que prevé el artículo 1.030 C.c.: “cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios se realizará ésta en la forma establecida en la LEC respecto a los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa”.

Estas enajenaciones judiciales están reguladas en los artículos 1.030 a 1.032 LEC. El 1.030 LEC contempla como posibles las enajenaciones de bienes que puedan deteriorarse, los que sean de difícil y costosa conservación, los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas y los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras intenciones del abintestato. El 1.031 LEC exige propuesta del administrador de la herencia y audiencia de los herederos, pública subasta –que ha de ser judicial y no notarial (art. 1.021 LEC por remisión del art. 1.032)–, y previo avalúo por peritos.

Lo que interesa a nuestro tema es que el incumplimiento de las normas anteriores no afecta a la validez de la enajenación. O sea, no obstante la aceptación a beneficio de inventario por todos o alguno, los coherederos actuando por unanimidad podrán realizar válidamente actos dispositivos sobre inmuebles hereditarios sin respetar las normas procesales anteriores y sin contar con legatarios ni acreedores, sin perjuicio de lo que sobre las garantías a favor de éstos se dirá en el punto correspondiente.

Venimos defendiendo que en comunidad hereditaria, el poder de disposición está atribuido a los adquirentes de la herencia, es decir, a los herederos aceptantes. La aceptación

(42) VALLET: *Panorama...*, op. cit., II.

a beneficio de inventario en nada modifica lo anterior; las facultades dispositivas no quedan restringidas. Las consecuencias son otras:

a) Bien la pérdida del beneficio de inventario, es decir, la confusión del patrimonio hereditario con los patrimonios de los herederos, y la subsiguiente responsabilidad solidaria y *ultra vires*.

Respecto al alcance de la calificación registral sobre la pérdida del beneficio de inventario, la resolución de 26 de noviembre de 1930 rechaza la inscripción de la partición de una herencia que en la misma escritura se dice aceptada a beneficio de inventario, porque de la misma escritura resultaba el incumplimiento flagrante de los plazos y solemnidades del inventario, por lo demás practicado notarialmente, pero en su considerando 4.º no excluye que el título pudiera entenderse como aceptación pura y simple. En la venta desde la comunidad hereditaria, el posible efecto jurídico de la pérdida del inventario, que, por otra parte no es inexorable, no podrá ser apreciada por el registrador, y en todo caso, no obstará a la inscripción a favor del adquirente.

b) O bien, en los casos en que la enajenación no implique pérdida del beneficio y se mantenga la responsabilidad *intra vires*, la consecuencia consistirá en la simple circunstancia de que, en cuanto a los bienes enajenados, los herederos responderán no con ellos (*cum viribus*), sino hasta donde alcance su valor (*pro viribus*), y en cuanto a este valor, incluso con los suyos propios.

En efecto, la pérdida del beneficio de inventario es una sanción cuyo régimen debe interpretarse restrictivamente. Así, PEÑA (43) considera que no se pierde si el heredero enajenante actúa de buena fe, por ejemplo, si desconocía la existencia del acreedor, y que la presunción de buena fe desplaza la carga de la prueba al que pretenda aprovecharse de la confusión de patrimonios, dirigiéndose contra los bienes propios del heredero.

(43) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967.

Así parece deducirse del artículo 1.031 C.c.: “No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su encargo a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya”.

El artículo contempla entre otras la hipótesis de enajenaciones realizadas por el administrador nombrado durante el período de formación del inventario. El administrador puede ser, según el artículo 1.026 C.c., un extraño, pero también puede serlo un heredero o todos los coherederos. Si la administración se encomienda a un tercero, la responsabilidad del artículo 1.026 lc será exigible en los términos de todo administrador de bienes ajenos, siendo aplicable, respecto a su graduación, el artículo 1.726 C.c.

94

Sin embargo, si la administración la asumen todos los herederos, no parece que sea escindible su condición de administradores respecto a la de herederos. El juez les encomienda la administración en tanto que herederos y por serlo. Por tanto, la enajenación hecha sin observancia de las normas procesales, o en perjuicio de acreedores o legatarios, cuando no implique pérdida del beneficio de inventario, no altera su régimen de responsabilidad limitada o *intra vires*, sino que coloca a los herederos enajenantes en la obligación de indemnizar los “perjuicios causados a la herencia”. Tal perjuicio deberá estimarse por el valor de los bienes enajenados en el momento de la enajenación. Por ello, si los acreedores o legatarios perjudicados consiguen demostrar que se vendió por debajo de su valor real, del importe de la venta así como de la diferencia de valor responderán los herederos con sus propios bienes. Si en el tiempo intermedio entre la enajenación y la partición, la cosa aumentó de valor, por ejemplo, por recalificación urbanística, el plusvalor que de otro modo hubiera beneficiado a la herencia deberá ser compensado por los herederos enajenantes.

2. *Respecto a la partición.*

La enajenación desde la comunidad hereditaria puede ser compatible con una partición hereditaria anterior o posterior. O sea, es posible que como consecuencia de tales enajenaciones se agote el caudal hereditario o que por el contrario queden en la llamada comunidad hereditaria otros bienes del causante.

Si la partición es anterior a la enajenación, ello implica que los coherederos, deliberadamente o por olvido, han omitido incluir en el inventario la finca que posteriormente se enajena sin previa adjudicación. El bien que no se ha adjudicado permanece entre tanto en situación de comunidad hereditaria y sujeto al mismo régimen dispositivo que regiría si la partición del resto de los bienes no se hubiera efectuado.

No hay norma legal que prohíba la partición parcial; aunque lo presuponen, las normas del C.c. sobre partición no exigen que ésta haya de ser total. El mismo artículo 1.079 C.c. admite la interpretación de que la omisión de objetos de la herencia no haya sido involuntaria, sino deliberada y las SS. de 16 de junio de 1915, 17 de abril de 1932, 28 de marzo de 1943, 10 de octubre de 1958 y 13 de octubre de 1960 declaran que es indiferente que la omisión haya sido voluntaria o involuntaria. Además, el artículo 80,1,C del RH regula la inscripción de herencias en el supuesto de que “se adjudicare sólo una parte del caudal”. En el mismo sentido se manifestaba el artículo 71 del RH de 1915. Por otra parte, las resoluciones de 20 de enero de 1909, 29 de mayo de 1917 y 27 de enero de 1987 establecen que el registrador carece de facultades para exigir que se incluyan en la partición todos los bienes del causante. En la práctica, no es descartable que en particiones especialmente conflictivas se formalicen primero entre todos los herederos las adjudicaciones pacíficas y se posponga la del bien o la de la parte de la herencia problemática, cuando aquéllas no condicionan

el resultado total. Máxime cuando se trata de partición mixta. Por ejemplo, el testador ha ordenado algunas disposiciones particionales que no agotan el caudal hereditario, y en cuanto al resto no se llega a un acuerdo sobre la partición contractual entre coherederos.

El Reglamento del Impuesto de Sucesiones prohíbe, salvo excepciones, la liquidación parcial de la herencia; pero se trata de una norma fiscal cuya explicación está en que la progresividad de la tarifa excluye lógicamente la liquidación parcial, sin que ello prejuzgue ningún aspecto civil.

Por tanto, la venta directa de un bien hereditario no incluido en la partición antecedente, podría considerarse como un caso de omisión de algunos de los objetos de la herencia, previsto en el artículo 1.079 C.c. El mismo fundamento del *favor partitionis* que inspira ese precepto debe servir de apoyo, razonando de mayor a menor, para que el bien omitido pueda enajenarse directamente por los coherederos, sin necesidad siquiera de completar o adicionar la partición en que se omitió. En apoyo de esta idea puede citarse la S. de 2 de julio de 1908 que interpreta la expresión “objetos o valores” del artículo 1.079 en el sentido de que no es necesario que la adición a la partición incluya los mismos objetos omitidos, sino que puede adicionarse con los bienes o valores que los hayan sustituido.

Si venden los herederos, la enajenación puede tener una doble finalidad: incluir la contraprestación en la comunidad hereditaria, para facilitar las futuras operaciones de partición, o directamente, repartir el dinero.

En el primer caso, la actuación unánime de los herederos producirá el fenómeno de subrogación real entre el bien que sale del patrimonio y la contraprestación que ocupa su lugar. El metálico subrogado deberá incluirse en la partición. En su consideración unitaria, la herencia indivisa admite que le sea de aplicación tal principio sin que ello obligue a considerar el patrimonio hereditario como objeto autónomo de derechos. Contemplan la subrogación real aplicada a la he-

rencia indivisa las STS de 30 de abril de 1935, antes expuesta, y la de 6 de febrero de 1984.

Piénsese que tal enajenación previa puede ser un acto debido o ineludible para los herederos, cuando ciertas obligaciones o cargas hereditarias deben ser satisfechas en metálico y éste no existe en la herencia, no lo hay en la cuantía suficiente o tiene predeterminado su destino por disposición legal o testamentaria. Sirven como ejemplos la cuota del Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio en que fallece el causante; los legados en metálico que deben ser pagados en esta especie aunque no lo haya en la herencia (886,2 C.c.), o la imposibilidad de entregar la misma cosa legada, que se resuelve en la obligación de dar su estimación (886,1).

Cuando la finalidad de la venta es, directamente el reparto del dinero, podría pensarse que en tal caso no hay partición. O sea, no es que el precio se subroge en el lugar del bien y que la partición se realice —luego— sobre el precio, sino que cada coheredero cobra su parte del precio directamente del comprador.

Cuando el bien enajenado es el único activo hereditario y la herencia no tiene pasivo o se ha pagado previamente, la cuestión carece de mayor trascendencia civil (44). No es lo mismo cuando hay deudas o cargas hereditarias, o la venta está precedida o seguida de la partición de los demás bienes hereditarios. En estos casos, entendemos que la venta y el consiguiente cobro del precio por los coherederos es, en esencia, una operación particional. Hay partición, si bien sus trámites legales están no ya simplificados, sino omitidos y solapados por otro negocio jurídico oneroso entre vivos. Según los casos, esta absoluta omisión dará lugar a las pertinentes acciones de impugnación de los posibles perjudicados contra los herederos, si bien el adquirente podrá quedar inmune a tales acciones, en los términos que luego

(44) No así fiscal (*cf. supra*).

veremos al estudiar la posición de acreedores, legitimarios y legatarios.

La existencia de partición implícita aflorará, si por ejemplo, es errónea la proporción en que los herederos creyeron ser dueños, debido, por hipótesis, a una equivocada interpretación del testamento. Si uno de los coherederos recibió en la venta menos de lo que le correspondía por su participación en la herencia según el título sucesorio, el perjudicado deberá dirigirse contra sus coherederos, en ejercicio de la acción de rescisión de partición, que prevé el artículo 1.074 C.c. Se trata de una modalidad de acción rescisoria de los contratos, pero aquí el contrato que se pretende rescindir no es la compraventa explícita, sino la partición subyacente.

98

En consecuencia, la rescisión por lesión sólo procederá —de seguirse la interpretación “objetiva” del 1.074 C.c.— cuando ésta sea superior a la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. El coheredero demandado no tendrá la opción del artículo 1.077 C.c. relativa a indemnizar el daño o consentir en que se realice una nueva partición. La acción rescisoria en ningún caso podrá afectar a la adquisición del comprador, salvo mala fe (art. 1.295 C.c.), ni a los restantes coherederos que no hayan percibido más de lo justo (art. 1.077 C.c.). Por tanto, quien recibió más de lo justo estará obligado a indemnizar el perjuicio en efectivo, siendo deuda de valor, no de dinero, y atendido el valor de la cosa cuando se vendió.

No parece aplicable la norma del artículo 1.078 que prohíbe el ejercicio de la acción de rescisión por lesión cuando el heredero hubiera enajenado el todo o una parte considerable de los bienes enajenados. El fundamento de esta norma no está en la imposibilidad de rehacer la partición por haber salido de la disponibilidad de los herederos. Parece encontrarse más bien en la presunción de que el adjudicatario que enajena lo adjudicado está confirmando tácitamente la partición. Esta tácita confirmación no puede inducirse del acto en que coinciden partición y enajenación.

— *Posibilidad de la enajenación desde la comunidad hereditaria existiendo ejecutores testamentarios.*

La partición implícita en el acto de enajenación desde la comunidad hereditaria implica que los coherederos asumen su ejecución directa y personalmente. Se plantea así la posibilidad de que los herederos enajenen bienes de la comunidad hereditaria cuando se ha ordenado una partición no contractual, ya sea porque la ha hecho el testador por actos entre vivos o por última voluntad (1.056 C.c.), o porque ha encomendado a otro esta facultad (1.057 C.c.). Se trata de determinar si en estos dos casos las facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios les están sustraídas a los herederos.

Es pacífica en la doctrina y en la reciente jurisprudencia la posibilidad de que los herederos mayores de edad, actuando por unanimidad, realicen la partición prescindiendo de las disposiciones particionales o de la totalidad de la partición ordenada por el testador.

99

Respecto a la posibilidad de prescindir de la intervención del ejecutor testamentario con facultades particionales designado a tal fin, la cuestión es dudosa, sobre todo si el testamento no ha previsto que tal intervención sólo sea precisa a requerimiento de algunos de los interesados.

El principio básico en materia sucesoria según el cual la voluntad del testador es ley rectora de la sucesión, lleva, en principio, a negar esa posibilidad. Esa parece ser la opinión mayoritaria en la doctrina (45). Lo confirman las STS de 1 de febrero de 1906 y 18 de abril de 1928 y las resoluciones de 26 de noviembre de 1930 que rechazan que los herederos puedan prescindir de los albaceas en general, y

(45) COSSÍO, Alfonso: *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2, Madrid, 1975.

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. VI, vol. I, Bosch, 1990.

ROCA SASTRE, Ramón María: *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, II, págs. 215 y ss. Cita en contra de esa posibilidad el parágrafo 2211 del BGB.

PAU PEDRÓN, Antonio: "La capacidad...", *op. cit.*

las STS de 16 de febrero de 1962 y resolución de 28 de abril de 1945 que afirman lo mismo en cuanto al contador partidor, en particular. Resulta asimismo de la literalidad del artículo 1.058 C.c., que permite a los herederos practicar la partición como tengan por conveniente, sólo “cuando el testador no ha encomendado a otro esta facultad”, en contraste con las legislaciones navarra y catalana, que aceptan la posibilidad de que los herederos prescindan de los ejecutores, salvo que el testador lo haya prohibido. CÁMARA añade como fundamento el que la designación puede haber obedecido al propósito del testador de proteger a algún heredero, al que se le supone que pueda ser víctima de la prepotencia o habilidad de sus coherederos (46).

100

Sin embargo, a favor de tal posibilidad se alega que, siendo la de realizar la partición una facultad de ejecución testamentaria, puesto que ésta corresponde naturalmente a los herederos (911 C.c.), siempre sería posible que los herederos prescindieran de todo executor y por tanto, también del que tenga encomendada la partición. Así, ALBALADEJO (47) considera que los interesados, actuando unánimemente, pueden, luego de concluidas las funciones de ejecución, alterar todo lo hecho por el albacea, no sólo la partición; luego no tiene sentido que no puedan hacer recta vía lo que pueden hacer indirectamente. Este autor pone a favor de su tesis la jurisprudencia que permite que la invalidez del testamento pueda convalidarse por el acuerdo unánime de los interesados; añade que si los herederos pueden prescindir de la partición hecha por el causante, con mayor motivo podrán prescindir de la hecha por los ejecutores, cuyas facultades las ostentan por delegación. Además, añade, si los herederos pueden pactar la indivisión, no hay motivo para que se les pueda imponer la partición hecha por los contadores, a pesar de ese

(46) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Comentarios al C.c.*, Ministerio de Justicia.

(47) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentarios al C.c. y legislaciones forales*, t. XIII, ed. Rev. Dcho. Pvado.

acuerdo. A favor de que los herederos puedan prescindir de los ejecutores se manifiestan también con distintos matices LACRUZ-SANCHO (48), GONZÁLEZ PALOMINO (49), SECO CARO (50), MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (51) y GARCÍA GARCÍA (52).

Estos últimos argumentos parecen aplicables, con mayor razón, a la venta desde la comunidad hereditaria. Puede defenderse que las facultades particionales les estén sustraídas a los herederos en la misma medida en que les estén atribuidas a los ejecutores testamentarios, pero parece menos claro que el testador les pueda sustraer las facultades inequívocamente dispositivas, respecto a los bienes o derechos que, en tanto que integrados en la comunidad hereditaria, están en su disponibilidad. Si es aceptado que el heredero pueda disponer de su derecho hereditario, no obstante la existencia de contador partidor, también deberá aceptarse la enajenación de bienes hereditarios concretos, pero sin que ello prejuzgue necesariamente el que los herederos estén asumiendo para sí íntegramente las funciones de ejecución, desplazando al albacea o contador-partidor.

101

b) Frente al adquirente.

El efecto principalmente buscado en el supuesto que nos ocupa es la transmisión de la propiedad. De acuerdo con los principios de nuestro sistema la transmisión requerirá título y modo.

(48) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil...*, o. c.

(49) GONZÁLEZ PALOMINO, José: "Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar", *AAMN*, II, 1950, págs. 589 y ss. También en *Estudios de arte menor de derecho sucesorio*, Universidad de Navarra, III vols., Pamplona, 1964.

(50) SECO CARO, Enrique: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Bosch, Barcelona, 1960.

(51) MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE: "¿Pueden partir los herederos habiendo contador partidor?", *RDN*, 1970, págs. 153 y ss.

(52) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: "Inscripción de partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con la intervención de éstos a otros efectos", *RCDI*, 1987.

Lo mismo puede afirmarse respecto a los actos de gravamen que no impliquen desplazamiento de la posesión. Piénsese, por ejemplo, que la constitución de garantías reales sobre los bienes hereditarios puede ser el único medio de allegar efectivo para pagar deudas de la herencia, legados, o para efectuar compensaciones en metálico a favor de coherederos o de legitimarios; la constitución de una servidumbre sobre un bien hereditario a favor de terceros no coherederos puede ser conveniente o imprescindible para la formación de los lotes.

Respecto al título, admitida la posibilidad de actos dispositivos desde la comunidad hereditaria, son por lo demás aplicables las reglas generales, y podrá realizarse la enajenación o gravamen por cualquiera de los títulos reconocidos como válidos para producir tal efecto, aunque en este estudio consideremos especialmente la compraventa.

102 El problema puede plantearse respecto a la tradición o entrega, o sea, en cuanto al modo. En principio, para que los coherederos puedan cumplir el requisito de la entrega han de estar en posesión de los bienes hereditarios. Entre los autores es general la opinión según la cual la adquisición de la herencia se rige por el sistema romano de adquisición por la aceptación, y en cuanto a la adquisición de la posesión está vigente el sistema germánico y del derecho consuetudinario francés de la posesión civilísima, recogido en el artículo 440 C.c. (53).

La circunstancia de que los herederos no tengan la posesión material, y que no puedan invocar la presunción posesoria del artículo 38 LH por no tener las fincas inscritas a su nombre, no afectará a la eficacia traslativa de la compraventa en escritura pública, ni impedirá su inscripción registral. El requisito de la entrega quedará cumplido mediante el otorgamiento de la escritura, en la modalidad de tradición instrumental (1.462,2). En tal caso se entenderá trans-

(53) VALLET: *Panorama...*, II, *op. cit.*

mitido al adquirente, junto con el dominio, la legitimación para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Sólo se exceptúan de esta regla los supuestos en que de la propia escritura se deduzca que los contrantes están excluyendo el efecto traditorio, ya por aplazar la entrega a un momento posterior, ya por reconocer los transmitentes que no son poseedores. En tal caso la escritura no recogerá el complejo traslativo y en principio no deberá ser inscribible, salvo acudiendo a la fórmula de la condición suspensiva (en esta línea *vid.* res. de 19 de enero de 1994).

VIII. Concurrencia con acreedores

a) Acreedores hereditarios.

La existencia de deudas del causante, a diferencia de las demás “cargas” de la herencia (legítimas, legados, condiciones y modos testamentarios...), normalmente no se apreciará a la vista de la documentación aportada por los herederos-vendedores, salvo que en el mismo testamento se contenga un reconocimiento de deuda, incluso quizá con previsiones acerca de su pago, o legados en pago de deuda, o bien que tratándose de partición efectuada por el propio testador, él mismo haya previsto la formación de una hijuela especial para pago de deudas o haya establecido garantías sobre los mismos bienes hereditarios.

Es cuestión básica en este punto que la existencia de deudas hereditarias no elimina las facultades dispositivas de los herederos, de igual modo que las deudas no afectan por sí solas al poder de disposición del deudor. Nuestro Derecho Sucesorio no ha optado por un sistema de liquidación, como es el propio de las legislaciones de los países anglosajones (54).

(54) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos...*, *op. cit.*

BATISTA MONTERO-RÍOS, José: “Estudios sobre la ejecución testamentaria”, *RDP*, marzo 1970, págs. 215 y ss.

En éstos, el fallecimiento del causante determina la apertura de un proceso de depuración del pasivo a cargo de un liquidador cuyo nombramiento es normalmente de delación judicial, al efecto de entregar el remanente neto a los herederos que lleguen a serlo.

Además, en nuestro sistema, la liquidación efectiva de deudas no es esencial para la realización de la partición. El régimen de responsabilidad de los herederos después de la partición garantiza la posición de los acreedores. Este régimen se caracteriza por las notas de solidaridad e ilimitación:

— Solidaridad: la codificación optó por el sistema de responsabilidad solidaria, en contraste con el principio romano y el del Derecho francés de división de las deudas entre los herederos. Este efecto lo regula el artículo 1.084 C.c.: hecha la partición los herederos responden solidariamente, pues respecto a los acreedores la partición es *res inter alios acta*, que no les debe perjudicar. Lo confirma el artículo 1.974,2 C.c. que extiende a los herederos del deudor la norma aplicable a las obligaciones solidarias en general, según la cual la interrupción de la prescripción aprovecha por igual a todos los acreedores o deudores de esa clase.

— Ilimitación: salvo que se acepte a beneficio de inventario y se mantenga el beneficio, la responsabilidad del heredero por las deudas del causante es *ultra vires*, o sea, los acreedores pueden hacerla efectiva sobre los bienes propios del heredero. Este régimen de responsabilidad deriva de la confusión entre patrimonio hereditario y el del heredero.

Siendo la anterior la tesis clásica, no debemos dejar de señalar, sin embargo, la idea de PEÑA (55) suscrita por LACRUZ y ALBALADEJO, según la cual esta confusión no es una consecuencia necesaria del fenómeno sucesorio, sino una sanción impuesta al heredero por la infracción del rigor del inventario.

Nos interesa determinar cómo influye el régimen de responsabilidad de los herederos antes de la partición sobre el

(55) PEÑA: *La herencia y las deudas...*, o. c.

supuesto que planteamos, y en concreto, en qué casos pueden los herederos disponer de los bienes hereditarios sin que su responsabilidad por las deudas de la herencia afecte al adquirente.

Debemos partir del principio según el cual los acreedores del causante son preferentes tanto a legitimarios, como a legatarios, y a acreedores del heredero. Estos acreedores hereditarios pueden hacer valer su preferencia respecto a legitimarios y legatarios, por alguna de las siguientes vías:

a) Oponiéndose a que se lleve a cabo la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (1.082 C.c.).

Según GINOT LLOBATERAS (56) “este artículo permite a los acreedores de la herencia evitar que el derecho hereditario del heredero, embargado por sus acreedores particulares, pueda concretarse en bienes determinados”. Lo cual, a juicio de este autor, genera a favor de los acreedores de la herencia frente a los acreedores del heredero, la misma prioridad que los acreedores del titular de la cosa tienen frente a los acreedores del titular de una participación indivisa (405 en relación a 403 C.c.).

LACRUZ opina que el ejercicio de esta acción da lugar a que la herencia se ponga en administración, judicial o extrajudicial, pudiendo corresponder a los propios herederos. Con ocasión de la misma, los acreedores podrán pedir las medidas de aseguramiento correspondientes, que, caso de aprobarse judicialmente, podrán dar lugar a la anotación preventiva de prohibición de disponer del artículo 42,4 LH.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA (57), más allá, considera que la partición hecha no obstante la oposición formalmente interpuesta por los acreedores es nula “siendo nulo, por tanto,

(56) GINOT LLOBATERAS, Francisco: “La responsabilidad del heredero por deudas y legados en derecho común y foral”, *ADC*, 1950.

(57) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo”, *RDN*, julio-diciembre 1965, págs. 83 y ss. *Vid.* pág. 210.

el título de propiedad de los disponentes, con nulidad de pleno derecho”.

b) Reclamando el pago de sus créditos a través de la interposición de los juicios universales de testamentaría o abintestato. Les otorgan legitimación para ello los artículos 1.038,4 LEC (“cualquier acreedor siempre que presente un título escrito que justifique debidamente su crédito”) y 1.093 LEC. La complicación y el coste de tales procedimientos pueden disuadir a los acreedores de utilizarlos, pero, a contrario, la simple amenaza de su interposición puede representar una coacción a los herederos para que la partición no se haga en perjuicio de los derechos de aquéllos.

GARCÍA-BERNARDO (58) les niega tal legitimación por considerar en este punto que la LEC está derogada por aplicación de la disposición final del C.c. (art. 1.976) y que la inexistencia del beneficio de separación de patrimonios (que sí existe en los derechos catalán y navarro) determina la confusión entre el patrimonio hereditario y el del heredero (59).

106

La práctica, sin embargo, admite hoy día que los puedan interponer, no obstante la prohibición impuesta por el testador acerca de la intervención judicial en su herencia, pues esto sólo puede afectar a los beneficiarios de la misma, no a acreedores, los cuales tienen la consideración de terceros (1.039 y 1.040 LEC). Pueden hacerlo, aunque concurra un solo heredero, pues para los acreedores la finalidad del juicio es liquidatoria y no particional.

La tramitación de estos juicios universales parece la sede procesal adecuada para que los acreedores puedan solicitar la anotación preventiva del derecho hereditario, mediante la cual se refleja la titularidad de los herederos, y a su vez pedir sobre tal anotación, la anotación preventiva de sus

(58) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *La legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964. Vid. también “Crítica de un privilegio: el derecho de separación”, *RDN*, número 55, 1967.

(59) El Borrador de Anteproyecto de LEC elaborado por el Ministerio de Justicia en abril de 1997 les niega expresamente esa posibilidad en su artículo 779.3.

propios derechos como acreedores. El artículo 46 LH concede legitimación para solicitarla a quienes tengan derecho a promover el juicio de testamentaría, por tanto también los acreedores; a su vez el derecho hereditario anotado puede ser objeto de otra anotación. Confirma esta interpretación el artículo 146,4 RH.

Además, los acreedores pueden solicitar anotación preventiva de prohibición de disponer de todos o cualesquiera inmuebles hereditarios (art. 42,4 LH). La finalidad de esta anotación consiste en asegurar no sólo las resultas del juicio, en cuanto al cobro de los créditos, sino también la efectividad de las restricciones dispositivas que regula el artículo 1.093 LEC: “cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción”. Tal anotación impide la inscripción o anotación de los actos dispositivos realizados con posterioridad a la anotación (art. 145 RH).

Por tanto, si en el momento de pretender los herederos la enajenación desde la comunidad hereditaria no consta practicada la anotación preventiva, la posible acción rescisoria de la enajenación o partición realizada en contravención de esta norma no alcanzará a terceros protegidos por el principio de fe pública registral, como, según hemos defendido, puede estarlo el comprador desde la comunidad hereditaria.

c) Dirigiéndose contra un bien concreto de la herencia, fuera del juicio de testamentaría. El TS ha establecido que no es necesario acudir a los juicios de testamentaría o abintestato para efectuar la partición, pudiendo realizarse en trámites de ejecución de la sentencia que recaiga en juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía (S. de 14 de febrero de 1912, 4 de junio de 1959 y 23 de febrero de 1973). De igual modo, los derechos de los acreedores hereditarios a reclamar su cobro pueden hacerse valer fuera de

la liquidación patrimonial que implican los juicios universales. En esta línea apunta el Borrador de Anteproyecto de LEC de abril de 1997.

Cuando la deuda esté especialmente asegurada con garantía real, el fallecimiento del deudor no afectará al desenvolvimiento de tal garantía. En ese caso, el artículo 1.040 LEC les niega legitimación para interponer el juicio de testamentaría. La consulta al Registro advertirá al posible comprador de bienes hereditarios de la existencia de garantía real.

Respecto a los demás casos, o sea, en el supuesto en que el acreedor tenga que dirigirse por acción personal contra los herederos, como sucesores del deudor-causante, o bien en cuanto la parte de la deuda que no resulte satisfecha con el ejercicio de la garantía real, se discute cuál es el régimen de responsabilidad de los herederos antes de la partición.

La doctrina mayoritaria (60) considera que la responsabilidad de los herederos es solidaria, no sólo después, como claramente enuncia el artículo 1.084, sino incluso antes de la partición. Este artículo debe leerse como si dijera “aun hecha la partición...”. Podría pensarse que el fundamento de la responsabilidad solidaria de los herederos sólo se justifica después de la partición, para compensar así el debilitamiento de la posición del acreedor por la disgregación del patrimonio. No parece que sea así. Se trata de una opción que el legislador de la codificación adopta, rompiendo con la tradición histórica y los precedentes legislativos inmediatos, y en contra de la regla general de mancomunidad del artículo 1.137, en refuerzo de la posición del acreedor frente al fenómeno sucesorio. La solidaridad de los coherederos cumple una función de garantía; y no tiene sentido que

(60) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil común y foral*, t. VI, Reus, reed. 1989.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “La responsabilidad del heredero por deudas del causante antes de la partición”, *ADC*, 1967.

varíe su régimen como consecuencia de un acto ajeno al acreedor, como es la partición.

El TS apoya la tesis de la responsabilidad solidaria antes de la partición en Ss. de 9 de enero de 1901, 28 de enero de 1919 y 22 de junio de 1931. No obstante, la reclamación judicial de la deuda obligará al acreedor a demandar a todos los coherederos, en régimen de litisconsorcio pasivo necesario (S. de 29 de noviembre de 1929). Esa tesis jurisprudencial representa una variante a la facultad de emplazamiento, que, para después de la partición, regula el artículo 1.084,2 C.c.

La reclamación judicial podrá dar lugar al embargo del bien correspondiente. El artículo 166,1 párrafo primero del RH permite el embargo de los bienes que en el Registro aún figuren a nombre del causante, ya sea por no haberse aceptado la herencia, por no haberse realizado la partición, o por no haberse inscrito. Si la demanda se ha dirigido contra herederos ciertos y determinados, su identidad figurará en el mandamiento, y por tanto, en la anotación. Si la demanda se ha dirigido contra herederos indeterminados, la anotación podrá practicarse reseñando tan sólo el fallecimiento del deudor. Sólo podrá denegarse la práctica de la anotación si la finca no figura inscrita a nombre del causante deudor.

Por tanto, la anotación de embargo alertará a quien adquiere desde la comunidad hereditaria sobre la preferencia de los acreedores respecto a la adquisición proyectada. Se aplican, por lo demás, las reglas generales de colisión entre embargos y actos dispositivos.

d) Solicitando el concurso o quiebra de la herencia. Artículo 1.053 LEC: “las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o quiebra, en los casos en que así proceda respecto a particulares, y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios”.

Por tanto, el concurso y quiebra determinan la inhabilidad de los coherederos para realizar actos de disposición

sobre bienes hereditarios (1.914 C.c. y 878 C. de C.). Posiblemente es éste el caso en que se aprecia con más claridad el fundamento de la necesaria cohesión de la herencia antes de la partición, que justifica su tratamiento como unidad patrimonial. Tales facultades corresponden desde la declaración a los síndicos, actuando conjuntamente, quienes deberán enajenar los inmuebles en pública subasta (1.488 LEC por remisión del 1.246 LEC en cuanto al concurso, y 1.088 del C. de C. de 1829 por remisión del 1.319 LEC en cuanto a la quiebra).

Los actos realizados en contravención de la inhabilidad para disponer de los bienes de la herencia declarada en concurso o quiebra son nulos y no simplemente anulables. Si cuando la escritura de compraventa accede al Registro, consta registrada tal declaración y alcanza al momento en que se celebró el contrato, la calificación registral de aquélla deberá ser no suspensiva, sino denegatoria. Aunque en el Registro no conste tal circunstancia, la posterior declaración de quiebra de la herencia afectará al tercer adquirente, tanto si la escritura de compraventa se ha formalizado después de la resolución judicial, como si se ha hecho antes, pero dentro del período al que alcanza la retroacción de la quiebra, conforme a la interpretación hoy vigente del artículo 878,2 C. de C. Esto último no es sino una consecuencia más de la excepción que sufre el principio de fe pública registral por la interferencia de las normas sobre la quiebra.

e) Según VALLET (61) pueden asimismo los acreedores hereditarios interponer tercería de mejor derecho, demostrando el acreedor tercerista la insuficiencia del caudal relicto para el pago de su crédito, haberse hecho excusión de los bienes del heredero y no haber actuado el tercerista con negligencia para el cobro de su crédito. La tercería debería interponerse, al parecer, en el mismo procedimiento en que

(61) VALLET: *Panorama...*, op. cit., II, pág. 567.

el acreedor del heredero pretendiera reclamar el cobro de su crédito.

f) Si la compraventa desde la comunidad hereditaria se realiza en fraude de acreedores, éstos podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana, conforme a su régimen general. Si se demuestra la complicidad en el fraude del comprador, la acción le podrá afectar en los términos del artículo 37,4 LH.

g) Debe mencionarse por último la posibilidad de adjudicación de bienes inmuebles para pago de deudas hereditarias, al amparo de los artículos 45 LH y 172 RH. El supuesto escapa de nuestro tema pues tiene como premisa, en cuanto se refiere a herencias, una operación particional en que se adjudica un bien a un coheredero o a un extraño para pago de deudas al acreedor hereditario. El adjudicatario los recibe en cesión fiduciaria, no solutoria, y mediando convenio con el acreedor, da lugar a la anotación preventiva regulada en estos artículos, que produce una reserva de puesto a favor del crédito que motiva la anotación frente a cualquier acto dispositivo.

111

Por tanto, caso de constar practicada la anotación, durante su vigencia (un año) los restantes coherederos no podrán realizar actos dispositivos sobre el bien anotado con garantías de eficacia frente al adquirente, ni siquiera actuando por unanimidad.

b) Acreedores de los herederos.

Las facultades de los acreedores de los herederos antes de la partición están subordinadas a la preferencia que sobre ellos ostentan los acreedores hereditarios respecto a los bienes de la herencia. En la medida en que puedan afectar a quien adquiere de la comunidad hereditaria, se reseñan las siguientes:

Según el artículo 1.083 pueden “intervenir a su costa en la partición, para evitar que ésta se haga en fraude o per-

juicio de sus derechos". La facultad de intervención se aplica tanto a las particiones judiciales como a las extrajudiciales contractuales. Es dudoso, sin embargo, que al amparo de esta facultad de intervención los acreedores puedan solicitar la anotación preventiva de prohibición de disponer que antes hemos señalado respecto a los acreedores hereditarios.

En todo caso, el acreedor puede obtener también la anotación preventiva de embargo regulada en el artículo 166 regla primera, párrafo segundo, del RH. Sin embargo, según ROCA (62) la anotación de embargo requiere la previa anotación del derecho hereditario del heredero deudor, que puede ser instada por sus propios acreedores, como titulares de interés legítimo, al amparo del artículo 46,1 LH. Es decir, no se anota directamente el embargo sobre el bien, sino que la anotación de embargo recae sobre la anotación del derecho hereditario instada por el acreedor. Por ello, sólo puede practicarse sobre la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor. Confirman esta interpretación el artículo 206,10 RH, que establece que se cancelará la anotación si tras la partición el bien no resulta adjudicado al heredero "de las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado anotación preventiva del derecho hereditario"; así como la resolución de 1 de junio de 1943 al afirmar que "el embargo obtenido" (del derecho hereditario del deudor por razón de deudas propias de éste) "producirá sus efectos, con independencia de las inscripciones vigentes, en forma análoga a los embargos de derechos o bienes ajenos, en cierto modo, al Registro de la Propiedad".

En consecuencia, si el bien está libre de tales anotaciones en el momento de inscribirse la escritura de compraventa desde la comunidad hereditaria, las acciones del acreedor del heredero no podrán afectar al comprador.

El artículo 1.001 C.c. contempla la repudiación en perjuicio de los acreedores del heredero. Se trata de una hipóte-

(62) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 498.

sis ajena por completo a nuestro supuesto, pues hemos defendido que toda venta de inmuebles hereditarios implica aceptación de herencia.

La colisión entre acreedores del heredero y legatarios se estudia en el punto siguiente.

IX. Concurrencia con legatarios

Cuando la sucesión es testamentaria, el problema consiste en determinar si los herederos pueden disponer de los bienes hereditarios, antes o al margen de que los legados sean satisfechos. El peligro puede consistir en que como consecuencia de tales enajenaciones no queden bienes suficientes en la herencia para el pago de los legados.

Debe partirse del dato de que los legatarios, en tanto que beneficiarios de disposiciones a título particular, no están, en general, en comunidad con los herederos (se exceptúa el caso de legado en pago de legítima que se estudia en el punto siguiente). La comunidad hereditaria queda constituida exclusivamente entre los sucesores a título universal. En consecuencia, los herederos reúnen conjuntamente el poder dispositivo sobre los bienes integrantes de la comunidad hereditaria. La posición de los legatarios suscita un problema de garantías, pero su concurrencia no será precisa civilmente para la válida enajenación de bienes hereditarios.

A estos efectos, debemos distinguir los siguientes tipos de legados.

a) Legados de cosa específica propia del testador.

Se trata del legado *per vindicationem* del Derecho Romano, recogido en el artículo 882 C.c. El legatario adquiere la propiedad desde el fallecimiento del testador, sin necesidad de aceptación y sin perjuicio de su facultad de repudiarlo.

Su posesión le debe ser entregada por los herederos, pero según ROCA SASTRE (63), no por la razón de que los herederos la tengan en virtud de la posesión civilísima. Lo que tiene el heredero no es la posesión, sino la facultad de tomar por su propia autoridad la posesión que el testador dejó vacua al morir. La entrega no es una tradición, sino una simple puesta en posesión.

Los herederos carecen de facultades dispositivas respecto a esta clase de bienes, que están sustraídos de la comunidad. No es imaginable la pretensión de venderlos directamente, pues del título sucesorio se deducirá claramente su pertenencia al legatario.

Puede plantear problemas el caso en que los herederos interpreten que los actos del causante posteriores al otorgamiento del testamento impliquen “transformación de la cosa legada” determinante de la ineficacia del legado, y que, en consecuencia, el bien legado se ha integrado en la masa de la herencia. Es crítico el supuesto de finca que aparece reseñada o descrita en el título sucesorio con referencia a la calificación que tenía al tiempo de su otorgamiento (ej. “solar”), y se da la circunstancia de haber sido edificada con posterioridad al testamento, constando escriturada e inscrita la declaración de obra nueva cuando se ha de formalizar la partición. ALBALADEJO (64), frente el criterio contrario del Derecho histórico, considera que la edificación posterior al testamento implica revocación del legado. Sin embargo, este efecto revocatorio escapará en ocasiones al control de legalidad notarial y registral, por lo cual la prudencia deberá extremarse a la hora de autorizar e inscribir escrituras de enajenación de bienes que pudieran constituir el objeto de legados de cosa específica, aunque su descripción difiera de la consignada en el testamento.

(63) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, op. cit.

(64) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentarios al Código civil y legislaciones forales*, t. XII, vol. I. EDESA, 1981.

El legatario de cosa específica estará protegido por acción real, y puede pedir anotación preventiva de su derecho sobre el bien legado en cualquier tiempo (art. 47 LH). No obstante, la acción interpuesta en reclamación del bien enajenado no perjudicará al adquirente protegido por el principio de fe pública registral.

La existencia de estos legados no impedirá que los herederos puedan enajenar válidamente cualesquiera inmuebles hereditarios distintos de los que han sido legados específicamente, con independencia de que éstos estén o no anotados.

Los demás legados (*legatum per damnationem*) no atribuyen directamente al legatario dominio alguno sobre bienes de la herencia, sino que confieren la facultad de reclamarlos al heredero. Desde el punto de vista de la posición del adquirente, distinguiremos:

b) Legados de género o cantidad.

115

Si existen legados de género o cantidad, el legatario puede pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 42,7 LH. En cuanto a su tratamiento registral, se incluyen aquí virtualmente todos los legados que no sean de inmuebles específicos propiedad del testador (antes analizados), de rentas o pensiones periódicas o de parte alícuota (que veremos a continuación). Se pueden acoger a esta protección registral, por tanto, los legados de metálico, los de cosa genérica, los de cosa mueble específica (*vid.* Exposición de Motivos de la LH 1861) y los de cosa inmueble específica que no sea propia del testador.

Los artículos 48 y ss. de la LH establecen el régimen de protección de estos legados que resumimos a continuación en cuanto afecta a la seguridad de quien adquiere de los herederos durante la indivisión. Debe advertirse para su mejor comprensión, que las anotaciones de legados pueden practicarse no sólo por acuerdo entre herederos y legatarios, lo que haría absurdo o más bien fraudulento que los here-

deros pretendieran vender un bien hereditario después de haber consentido la preferencia del legatario sobre el mismo, sino que también pueden extenderse por mandato judicial, con simple audiencia de los interesados (art. 57 LH). De tal modo:

Si los legatarios piden la anotación dentro de los ciento ochenta días siguientes al fallecimiento del causante, podrán hacerlo sobre cualesquiera inmuebles pertenecientes al testador que basten para cubrir el importe del legado, salvo sobre los que hayan sido específicamente legados a otros. Esta anotación concede preferencia al legatario anotante sobre los adquirentes del heredero, con independencia de que la adquisición o su inscripción sean anteriores a la anotación del legatario.

116

En este plazo los herederos no podrán inscribir los bienes hereditarios a su nombre a menos que todos los legatarios renuncien en escritura pública a su derecho de anotación, o se les notifique judicialmente la intención del heredero de inscribir, para que puedan reaccionar oponiéndose a ello.

Transcurridos los ciento ochenta días, la anotación sólo pueden pedirla los legatarios sobre los bienes hereditarios que subsistan en poder del heredero. Esta anotación posterior no perjudicará a los que hayan adquirido bienes de los herederos, antes o después del transcurso del plazo de los ciento ochenta días, y ello aunque no hayan inscrito su adquisición antes de la anotación extemporánea del legatario. El artículo 52 LH habla de quien haya “adquirido o inscrito”, luego la preferencia es sustantiva, sin interferencia de prioridad formal alguna.

En consecuencia, si el título sucesorio contiene legados de las clases antes especificadas, la enajenación de cualquier inmueble hereditario será sumamente desaconsejable durante los ciento ochenta días contados desde el fallecimiento del testador, por el riesgo que el adquirente se vea sorprendido por la preferencia de una anotación de legado que en el momento de su adquisición no constaba en el Registro. Con

mayor motivo, será desaconsejable si cuando se presente formalizar la enajenación, el legado ya ha sido anotado sobre el bien concreto.

Estas anotaciones caducan al año de su fecha (art. 87 LH), pero si el legado “no fuera exigible a los diez meses se considerará subsistente la anotación hasta dos meses después de que pueda exigirse”. Es exigible el legado cuando pueda legalmente demandarse en juicio su inmediato pago o entrega (art. 152 RH), circunstancia que no siempre podrá deducirse claramente a la vista del título sucesorio, por lo que esta posible prórroga encubierta introduce un factor de inseguridad que desaconseja asimismo la enajenación de tales bienes mientras la anotación no sea efectivamente cancelada. Según la instrucción de la DG de 2 de diciembre de 1996, la nota simple por telefax que debe remitir el Registro en contestación a la solicitud de información registral debe expresar si existen cargas caducadas pendientes de cancelación, por lo que el contenido de tal nota será ilustrativo sobre la conveniencia o no de considerar la anotación caducada, y por tanto perdida la prioridad.

117

Transcurridos los ciento ochenta días sin que conste en el Registro anotación alguna de este tipo de legados, la existencia de tales legados y la posible reclamación del legatario no será obstáculo para que el bien hereditario no anotado en el momento de la enajenación pueda ser transmitido sin riesgo para el adquirente, quien en tal caso tendrá la consideración de tercero hipotecario.

Será muy conveniente en esta hipótesis presentar la escritura de enajenación por telecopia desde la notaría, para hacer valer la prioridad, indiscutiblemente, frente a una posible anotación posterior a la adquisición. Por la misma razón es aconsejable que la escritura de enajenación contenga por parte del adquirente, solicitud de que, caso de calificación desfavorable a la inscripción por defecto subsanable, sea practicada la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42,9 LH.

En consecuencia:

— Si el legatario pretende anotar después de los ciento ochenta días siguientes al fallecimiento del testador y después de la fecha del asiento de presentación (consolidado por la posterior presentación material e inscripción total) de la enajenación, la anotación deberá denegarse por el defecto insubsanable de no constar el bien enajenado inscrito a nombre del causante. No tiene sentido considerarlo falta subsanable, y tan sólo suspender la anotación, pues tal anotación ni siquiera podría concederle preferencia alguna frente a anotantes posteriores.

— Si la anotación se practica después de los ciento ochenta días desde el fallecimiento del testador, pero antes de que la escritura de enajenación sea presentada en el Registro, el adquirente deberá en su caso hacer valer su preferencia “civil” en el procedimiento judicial en que el legatario pretenda reclamar sus derechos.

118 Respecto al cauce procesal adecuado, podría plantearse que el adquirente pudiera invocar a su favor la tercería registral del artículo 38,1 LH, en tanto la reclamación del legatario diera lugar a embargo preventivo o a juicio ejecutivo. Sin embargo, parece que la apreciación de esta prioridad instrumental frente a la prioridad registral exigirá un procedimiento declarativo, con fase de cognición, lo que seguramente abocará al adquirente a una tercería de dominio, quizá larga y costosa (se sustancia por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía, 1.534 LEC, siendo la sentencia que recaiga en la tercería apelable en ambos efectos, según el 1.541 LEC).

Las ulteriores reclamaciones de los legatarios se ventilarán exclusivamente entre éstos y los herederos, con plena indemnidad para el adquirente en cuanto al bien inscrito a su nombre. No entramos aquí en si la responsabilidad de los herederos por los legados es *intra vires*, aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario (ROCA SASTRE; PUIG BRUTAU) o puede alcanzar a sus propios bienes (SÁNCHEZ-ROMÁN, MANRESA, DE DIEGO, VALVERDE, LACRUZ).

c) Legados de rentas o pensiones periódicas (art. 880 C.c., arts. 47 y 88 y ss. LH).

Este tipo de legado permite que el beneficiario pida anotación en el Registro, siempre que se den algunas circunstancias: que el testador no lo haya asegurado con carga real, la cual sería ya suficiente garantía; que no haya declarado personal la obligación de satisfacer la renta, lo que permitiría interpretar la voluntad del testador en el sentido de que no queden gravados ninguno de los bienes hereditarios; y que el pago se haya impuesto determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios.

Admite dos variantes:

— Que el testador haya impuesto la carga específicamente sobre un bien hereditario determinado propio del testador. En este caso, el legatario puede pedir la anotación en cualquier momento sobre el bien legado (art. 47 LH), que puede convertirse en hipoteca sobre el mismo bien en los términos del artículo 88 LH.

119

La situación es similar al supuesto de bienes inmuebles específicamente legados, por lo que las conclusiones respecto a nuestro tema son las mismas: no debe formalizarse escritura de enajenación del bien sobre el que se impone la carga de la pensión, con independencia de que esté o no anotado. Pueden enajenarse cualesquiera otros de la herencia.

— Que el testador no haya impuesto la carga sobre bien alguno o que la haya impuesto sobre bien que no es propio suyo. Puede plantear problemas interpretar un testamento en el sentido de que, no obstante la inconcreción, el causante quiera que quede asegurado el pago de la renta con garantía real. En todo caso, la situación del legatario desde el punto de vista de la protección del Registro es análoga a la del legatario de género o cantidad. Este supuesto no está regulado en la ley, pero se deduce de la interpretación conjunta del artículo 42,7 (todo legatario, salvo la excepción consignada, debe poder anotar); y 47 LH (sólo puede ano-

tarse un bien determinado en caso de ser el mismo objeto del legado o la garantía específica de las pensiones); luego hay que acudir al procedimiento residual o supletorio de anotación de legados.

En consecuencia, el beneficiario del legado puede pedir anotación sobre cualquier bien del testador que esté inscrito a su nombre, en el plazo de ciento ochenta días desde el fallecimiento; su anotación dura un año, prorrogable por dos meses más desde que sea exigible. En tal plazo podrá pedir que se convierta en hipoteca, siempre sobre bienes que “subsistan en poder del heredero, o se hayan adjudicado al heredero o legatario gravado” (art. 90 LH).

120 En este supuesto podrá enajenarse cualquier bien hereditario, no obstante la existencia del legado, transcurridos ciento ochenta días desde el fallecimiento, siempre que en el momento de la enajenación no se haya practicado la anotación sobre el bien que se transmite. Será también muy conveniente inscribir inmediatamente la adquisición. La anotación posterior a la adquisición (aunque ésta no esté inscrita) o la pretensión de convertir la anotación en hipoteca sobre bienes distintos del anotado en plazo (arts. 89,1, 90,1 LH) no podrá perjudicar al adquirente inscrito.

d) Legados de parte alícuota.

A los efectos de nuestro tema, interesa determinar si el legatario de parte alícuota es un simple acreedor de la herencia, o si por el contrario participa con los herederos de la cotitularidad jurídico-real de los bienes y derechos hereditarios. En el primer caso, durante la indivisión de la herencia los herederos tendrán íntegras facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, sin perjuicio de las garantías que el ordenamiento establezca en seguridad del legatario; en el segundo, el legatario parciario está en comunidad con los herederos, por lo que éstos necesitarán su concurso para la realización de actos dispositivos.

Seguimos en este punto a VALLET (65). En Derecho Romano el legado de parte alícuota era un legado damnatorio y otorgaba al legatario un derecho de crédito contra el heredero: no podía haber *reivindicatio* respecto a la totalidad de una cuota de un patrimonio.

En el derecho histórico de Castilla se produjo lo que VALLET llama un “fenómeno de transfusión entre la mejora y el legado de parte alícuota”. La mejora dispuesta en términos generales se entendía atribuida como legado de parte alícuota; a la inversa, cuando la Ley 20 de Toro, confirmada por el Ordenamiento de Alcalá, estableció que las mejoras se pagasen con bienes de la herencia, se extendió esta obligación a todo legado de parte alícuota.

El C.c. no regula este tipo de legado, y lo alude de forma poco precisa en el artículo 655. Su posibilidad se deduce de los artículos 1.038, 1.049, 1.055 y siguientes de la LEC, y del artículo 42,7 a contrario de LH, 146 y 152 RH, así como, según PEÑA, también del artículo 655 C.c. (66), habiendo sido admitida la figura con reiteración por la jurisprudencia y la DGRN. Su naturaleza debe ser coherente con los precedentes históricos mencionados. De ahí la posibilidad del legatario de parte alícuota de promover el juicio de testamentaría, procedimiento de naturaleza particional cuya legitimación le corresponde en su calidad de comunero.

El legatario parciario es, por tanto, cotitular del activo hereditario líquido, deducidas las deudas. Entran en comunidad con los herederos desde el momento de la adición hereditaria. Luego no pueden los herederos realizar actos dispositivos sobre los bienes hereditarios plenamente eficaces frente al adquirente, sin el consentimiento de los legatarios de parte alícuota.

(65) VALLET: *Panorama...*, op. cit., I, págs. 193 y ss.

(66) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “La naturaleza de la legítima”, *ADC*, octubre-diciembre 1985, págs. 891 y ss. Piensa que quien puede pedir la reducción de las donaciones inoficiosas no es el legatario de parte alícuota del testador, sino el del heredero forzoso cuya legítima se ve lesionada por la donación.

No obstante, la posesión civilísima de los bienes hereditarios corresponde exclusivamente a los herederos, no al legatario de parte alícuota, quien, desde el fallecimiento del causante adquiere la titularidad, sin necesidad de aceptación, pero no la posesión, salvo que lo sea en pago de legítima. Por tanto, los aspectos del negocio de enajenación desde la comunidad hereditaria que se refieran a la situación posesoria de los bienes deberán ser consentidos específicamente por los herederos. Inversamente, la responsabilidad derivada de la entrega de la posesión deberá serle exigida exclusivamente a éstos.

X. Concurrencia con legitimarios

122

a) Legitimarios que consienten la enajenación.

Respecto a la enajenación desde la comunidad hereditaria, no se plantea especialidad si todos los legitimarios han sido instituidos herederos. Tampoco debe haberla cuando, cualquiera que sea el título por el cual el testador ha dejado a salvo las legítimas, los legitimarios no instituidos prestan consentimiento a la venta, incluido, en su caso, el cónyuge viudo. Por ejemplo, cuando siendo beneficiarios de un legado en pago de su legítima, o imputable a la misma, prestan consentimiento a la venta de un bien hereditario, no al efecto de cobrar del comprador su parte del precio, sino para completar la capacidad dispositiva de los coherederos. La hipótesis no es absurda: cuanto los legitimarios son partícipes minoritarios de la herencia, es razonable plantear que, habiendo conformidad en las valoraciones, prefieran cobrar su parte en efectivo y por tanto, que quieran contribuir a que los bienes de la herencia se conviertan en dinero, en vez de quedar en una incómoda proindivisión con los coherederos mayoritarios.

Como hemos defendido anteriormente, el metálico obtenido por la compraventa puede integrarse en la comunidad hereditaria, subrogándose en la posición del bien enajenado. Si por el contrario, los coherederos se apoderan del precio cobrado en la proporción correspondiente a su participación en la herencia, tal acto es de naturaleza particional. Por lo tanto, la intervención del legitimario en la venta no equivale por sí solo a un consentimiento a la conmutación en metálico de su legítima. El consentimiento prestado a la compraventa dejará indemne el derecho a percibir su legítima *in natura* con cargo a los demás bienes hereditarios y con cargo al metálico subrogado, teniendo éste último a estos efectos el carácter de metálico hereditario. Es más dudoso el supuesto en que el legitimario se haya apropiado de la parte del metálico cobrado que se estime que le corresponde por razón de su legítima; atendidas las circunstancias, y en especial, el valor del bien enajenado respecto al conjunto de la herencia, la aplicación de la doctrina de los actos propios podrá llevar a la conclusión de que entonces sí ha consentido tal conmutación.

123

¿Qué sucede si con posterioridad a la venta resulta que como consecuencia directa de la misma los legitimarios no pueden llegar a percibir la parte que les correspondía? Piénsese en el supuesto en que el legitimario consintió la venta bajo la premisa de poder hacer efectivos sus derechos con cargo al resto de la herencia no enajenada, resultando luego que no es suficiente, por ejemplo, por errónea valoración de los bienes o de las deudas, o por considerar como hereditarios bienes cuya ajenidad se descubre posteriormente.

A nuestro juicio, la enajenación consentida por el legitimario tiene para él la naturaleza y los efectos propios de un acto particional. Tras la enajenación, podrá sin duda reclamar lo que le corresponda con cargo a los demás bienes no enajenados, que, por tanto, continúen en la comunidad hereditaria. Pero si con los restantes bienes no se cubren sus derechos legitimarios, sólo podrá ejercitar la ac-

ción de rescisión de la partición, y ello incluso, pensamos, en el caso de que el único bien hereditario sea, o termine siendo, el que se enajenó.

La conclusión es obligada porque no parece que tenga ya legitimación para ejercitar la acción de suplemento de legítima al no concurrir su supuesto de hecho básico, que es la circunstancia de que el testador le haya dejado menos de la legítima que le corresponde. Aquí su legítima está formalmente cubierta con la atribución testamentaria, y el perjuicio deriva de un acto imputable, al menos en parte, al propio legitimario.

124

Por tanto, el legitimario deberá acudir a la acción de rescisión regulada en los artículos 1.073 y ss. C.c. Por tratarse de una partición contractual, el éxito de la acción estará supeditado a que la lesión alcance o supere la cuarta parte de los derechos que debieran haber correspondido al legitimario, no bastando la mera existencia de lesión: la S. de 30 de marzo de 1968 restringe la posibilidad de rescisión por lesión de legítima inferior a la cuarta parte al caso de partición hecha por el testador, pero no a la hecha por contador-partidor, y en consecuencia y con mayor motivo tampoco procederá en las particiones contractuales, en las que el legitimario concurre en posición parigual a los herederos voluntarios y le es imputable mayor responsabilidad en la lesión padecida.

Más dudoso es el caso de ineficacia de la disposición testamentaria dispuesta en pago de sus derechos legitimarios (ineficacia del legado -869 C.c. 1 y 2- o destrucción de la cosa legada tras la apertura de la herencia sin culpa del heredero -869,3 C.c.-), que sólo es advertida después de haber consentido la enajenación. Pensamos que aquí el legitimario podría ejercitar la acción ex testamento en defensa de sus derechos si consigue demostrar que su legítima no quedaba cubierta exclusivamente por efecto de la ineficacia sobrevenida de la disposición ordenada en pago de la misma, con independencia de la enajenación de bienes hereditarios que

consintió. Sin embargo, si el perjuicio legitímario se deriva no de la ineficacia de la disposición, sino también por efecto de la enajenación, sólo podrá intentar la acción de rescisión.

Esta acción de rescisión podrá ejercitarse no obstante la regla del artículo 1.078 C.c. que niega legitimación al heredero que ha enajenado todo o parte considerable de los bienes hereditarios. Como hemos apuntado, aquí no juega el fundamento de la norma, que radica en interpretar la enajenación como una confirmación tácita de la partición. No puede haber confirmación tácita pues el acto particional es precisamente la enajenación.

En todo caso, la rescisión no perjudicará al adquirente de buena fe, aunque no haya inscrito su adquisición. El artículo 1.295 exige que la cosas se hallen en poder de “terceras personas” que no hayan procedido de mala fe. El adquirente no es tercero en el acto de enajenación, pero sí lo es en la partición implícita, o en la posterior que se haga de los restantes bienes hereditarios, de las que resulta la lesión. Además, el tercer adquirente no se aprovecha de la lesión del legitímario, y no debe verse afectado por la posterior acción de rescisión, pues no es la venta en sí lo que es rescindible.

125

b) Legitimarios que no consienten la enajenación.

El supuesto más problemático es aquél en que el legitímario no ha sido instituido heredero y no concurre a la venta desde la comunidad hereditaria. Nos interesa el caso en que la atribución de las legítimas por título particular resulte del testamento. Quedan fuera de nuestro supuesto los casos de preterición: ésta no siempre podrá ser apreciada a la vista del testamento y se producirán en su caso los mismos efectos que si la enajenación se produjera respecto a un bien adjudicado al heredero en la partición. De igual modo se regirán por las normas generales los casos de desheredación.

La legítima del heredero forzoso no instituido puede quedar cubierta por alguna de las siguientes disposiciones:

a) Legado en pago de legítima: en tal caso el legitimario no tiene la condición de heredero, no responde de las deudas de la herencia, y sólo puede ejercitar las acciones correspondientes a su cualidad de legatario, y solicitar, además, si es el caso, el complemento de la legítima. Otra cosa es que del testamento se deduzca la voluntad del causante de que el legado no se impute a la legítima, en cuyo caso podrá reclamar, cumulativamente, la legítima y la atribución particular. Lo que no puede, a nuestro juicio, es repudiar el legado y pretender reclamar la legítima como derivada de una delación legal forzosa y directa. Si renuncia al legado pierde también derecho a la legítima.

b) Disposición testamentaria dejando a salvo la legítima, sin especificar el carácter con que se atribuye. Esta disposición demuestra la voluntad del testador de acatar las normas legales, y por tanto, las vigentes en el momento de la apertura de la sucesión en materia de legítimas. Al tratarse de una remisión legal, las opiniones de los autores divergen en términos idénticos a las que se sostengan sobre la naturaleza jurídica de la legítima en el C.c.

PEÑA (67) considera que la legítima es un llamamiento legal forzoso a la herencia y que los legitimarios son herederos, es decir, sucesores del causante a título universal y por tanto, que responden del pasivo hereditario en los mismos términos que los demás herederos. En consecuencia, la disposición que simplemente deja a salvo la legítima implicará un llamamiento al legitimario a título de heredero, sucesor universal.

VALLET (68) considera que tal disposición implica un legado de parte alícuota, puesto que su legítima es un activo

(67) PEÑA: "La naturaleza de la legítima...", o. c. *Vid.* también: "La naturaleza de la legítima. Nota final", *ADC*, abril-junio 1986, págs. 572 y ss.

(68) VALLET: "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *ADC*, enero-marzo 1986, págs. 3 y ss.; "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *ADC*, julio-septiembre 1986, págs. 833 y ss. *Vid.* también *Las legítimas*, Madrid, 1974.

hereditario líquido. ROCA SASTRE (69) lo conceptúa como un legado de legítima, atribución a título particular, pero a pagar en bienes hereditarios *in natura*.

c) Disposición testamentaria ordenando que sean traídas a colación determinadas donaciones dispuestas en vida del causante, para imputarlas a la legítima. Es posible que el testador haya pretendido dar con aquellas donaciones por íntegramente cubiertas las legítimas de los donatarios, no designándoles beneficiarios por ninguna otra disposición. En tal caso, los donatarios no se encontrarán en comunidad con los coherederos, pues la computación del valor actualizado de tales donaciones en la masa partible es una operación puramente contable (art. 818,2 C.c.), que no incorpora los bienes donados a la universalidad de la herencia. Por ello, los herederos tendrán pleno poder de disposición sobre los bienes hereditarios, sin necesidad del concurso de los que recibieron su legítima en vida del testador. La acción de suplemento que en su caso puedan interponer los donatarios, por razón de sus legítimas parcialmente insatisfechas, tendrá carácter real, en el sentido de poder hacerse efectiva sobre los mismos bienes hereditarios (SSTS de 13 de julio de 1908 y 11 de octubre de 1943), pero no podrá perjudicar al tercer adquirente protegido por la fe pública registral, como pensamos que está quien adquiere desde la comunidad hereditaria.

127

Los supuestos a) y b) nos enfrentan al tema de la naturaleza jurídica de la legítima del Código civil. En lo que afecta a nuestro estudio, el problema radica en determinar si durante la fase anterior a la partición los legitimarios están o no en comunidad con los herederos. El planteamiento es el siguiente: si el legitimario es condómino, ya de todo el patrimonio hereditario y por tanto, corresponsable

(69) ROCA SASTRE, Ramón María: "Naturaleza jurídica de la legítima", *RDP*, 1944, págs. 13 y ss.

de las deudas –legítima *pars hereditatis*– (70), ya sólo del activo –legítima *pars bonorum*– (71), los coherederos sólo podrán disponer de bienes hereditarios con el consentimiento de aquél. Si por el contrario el legitimario es acreedor, ya de dinero –*pars valoris*–, ya de especie consistente en bienes hereditarios –*pars valoris bonorum*–, ya alternatively, los coherederos podrán disponer sin su concurso, si bien deberá analizarse la naturaleza de las garantías que el ordenamiento proporciona al legitimario en salvaguarda de sus derechos, y determinar si tales garantías pueden afectar al adquirente de bienes de la comunidad hereditaria.

Destacaremos los aspectos de cada una de las tesis sobre la naturaleza de la legítima que se relacionan con nuestro tema.

128

A. No profundizaremos en la concepción de la legítima como *pars hereditatis*, pues en cuanto al efecto que nos interesa, sus consecuencias son idénticas a las de la legítima *pars bonorum*. Ambas concepciones divergen en cuanto a la posición del legitimario respecto al pasivo hereditario, pero coinciden en afirmar que el legitimario participa de la cotitularidad del activo de la herencia. Por tanto, la enajenación de bienes desde la comunidad hereditaria requerirá su consentimiento, quedando de otro modo viciada de nulidad por falta de poder de disposición del transmitente.

B. La tesis de la legítima como *pars bonorum* es hoy la mayoritaria en la doctrina y la refrendada por la jurisprudencia, la cual reconoce legitimación al heredero forzoso para

(70) PEÑA: “La naturaleza de la legítima...”, *op. cit.*, quien cita como partidarios de esa tesis a FUENMAYOR, GARCÍA VALDECASAS, SANTOS BRIZ, ESPINAR, MENÉNDEZ VALDÉS Y ORTEGA PARDO.

(71) Opinión hoy posiblemente mayoritaria: VALLET: *Panorama...*, *op. cit.*; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, *op. cit.*; CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de Mayo de 1981”, *AAJL*, número 11, Madrid, 1983, págs. 127 y ss.

el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*. En consecuencia, el legitimario antes de la partición está en comunidad con el heredero. Ésta es la idea que resaltamos en lo que interesa a los objetivos de este estudio.

No podemos silenciar, sin embargo, la tendencia de un sector de la doctrina (72) a cuestionar los fundamentos del sistema legitimario del C.c. Deben replantearse, también a nuestro juicio, entre otros extremos, su vigencia (¿subsisten las circunstancias de 1889 que pretendidamente justificaron la articulación hoy en vigor?; ¿han actualizado la institución las reformas posteriores del Código?), su función social (¿actúa por igual como freno a la libertad de testar cualquiera que sea la importancia y composición del patrimonio del testador?) y su función económica (¿contribuye a la viabilidad de las explotaciones agrarias y de las empresas familiares?).

Respecto a la legítima como *pars bonorum*, sólo nos detendremos en los aspectos de esta tesis relacionados con la existencia de comunidad entre legitimarios y herederos antes de la partición. De su breve análisis resulta la coherencia de los razonamientos en que se apoya esta concepción, así como la debilidad de los argumentos que se han utilizado en contra.

—ROCA (73) afirma, criticando esta tesis, que entre legitimarios y herederos voluntarios no puede haber comunidad, pues no hay igualdad cualitativa de las participaciones o cuotas. Considera que la “legítima tiene un valor económico fijo, tasado, inmutable, no susceptible de aumento o disminución a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzcan en los elementos hereditarios”.

129

(72) CALATAYUD SIERRA, Adolfo: *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, Academia Sevillana del Notariado, t. IX, 1995, págs. 241-264.

(73) ROCA: “Naturaleza jurídica de la legítima”, *op. cit.*

Sin embargo, en esta afirmación hay una petición de principio. Si los legitimarios están en comunidad, deben compartir con los herederos los riesgos derivados de las diferencias de valoraciones de los bienes entre el momento de la apertura de la herencia y la partición. El artículo 818 C.c. tolera esta última interpretación si se entiende que en la obligación de valorar los bienes que quedaren a la muerte del testador, la expresión “que quedaren” se refiere a los bienes y no a su valor. En conclusión, mientras la legítima no esté individualizada en bienes concretos, puede válidamente defenderse que las variaciones afectan al legitimario. El criterio de valoración con referencia al momento de la partición lo confirman hoy los artículos 1.074, 1.045,1 y 847 C.c., en la redacción dada por la reforma del año 81.

— Se alega también que, siendo el juicio de testamentaría un procedimiento esencialmente particional, la circunstancia de que la LEC conceda legitimación para interponerlo al legitimario es sintomática de la situación de comunidad entre legitimarios y herederos. Sin embargo, el propio ROCA (74) reconoce en contra que “también a los simples acreedores se les faculta para ello (...)” y además, que el juicio de testamentaría tiene un contenido no exactamente idéntico al de un mero proceso de partición hereditaria.

Sin embargo, el contraargumento no es definitivo, pues ya hemos explicado que para los acreedores el juicio de testamentaría no es particional, sino liquidatorio. LACRUZ, por su parte, opina al respecto (75) que la legitimación procede de la LEC de 1881, anterior por tanto al C.c. y redactada en un momento en que se consideraba legitimario al heredero. La legitimación se le concede no por condueño, sino por coheredero, luego de la falta de legitimación, que viene siendo defendida por la doctrina moderna, y parecen confirmar los actuales trabajos legislativos sobre la reforma proce-

(74) ROCA: “Naturaleza jurídica de la legítima”, *op. cit.*

(75) LACRUZ: *Elementos...*, *op. cit.*

sal, no pueden deducirse conclusiones en cuanto a la situación de comunidad con los herederos.

C. La tesis de la legítima como simple derecho de crédito, no obstante haber sido adoptada para el Derecho catalán tras la ley 8/90 de 9 de abril, (76) no es aceptable en el sistema vigente del Derecho Común. El Código civil permite dejar la legítima por cualquier título (art. 815 C.c.). De acuerdo con los precedentes históricos del Derecho castellano, este artículo suprime la obligación, procedente del Derecho Justiniano, de instituir heredero al legitimario; en consecuencia, el legitimario no instituido pero favorecido con alguna atribución particular, carece de acción para impugnar el testamento mediante la querella de inoficiosidad, estando su legítima protegida mediante la acción de suplemento. Es respecto a la naturaleza de esta acción donde la falta de una regulación sistemática tanto sustantiva como procesal y registral, podrían dejar algún margen a la discusión.

131

Sin embargo, la supuesta naturaleza personal de las acciones de protección de la legítima choca hoy frontalmente con la literalidad del artículo 806 C.c. La tesis ha sido rechazada rotundamente por la jurisprudencia (Ss. de 13 de julio 1908 —que habla incluso de la existencia de una hipoteca tácita sobre todos los bienes de la herencia— y de 11 de octubre de 1943). Además, mientras que el acreedor personal sólo tiene derecho a los frutos desde la interpelación al deudor, la legítima los devenga desde el fallecimiento del causante (1.049 C.c., 847 C.c.) lo que parece ser indiciario de la situación de comunidad.

Se alega, además, en apoyo de esta tesis, que la jurisprudencia reconoce a los legitimarios la posibilidad de solicitar anotación preventiva de la demanda interpuesta en reclamación de su derecho de legítima, al amparo del ar-

(76) JOU MIRABENT, Lluís: "La legítima" comentarios a los artículos 250 y ss. del CS, en *Comentarios al Codi de Successions de Catalunya*, t. II, págs. 1187 y ss.

título 42,1 LH. Sin embargo, esta anotación se establece en seguridad de las resultas del juicio en el que se demanda la propiedad de bienes inmuebles, luego lo que garantiza es la futura titularidad real de tales bienes. Por eso esta protección registral postula más bien a favor de la naturaleza jurídico-real de los derechos de los legitimarios sobre los bienes hereditarios.

132

D. La tesis de la legítima del C.c. como *pars valoris bonorum* fue enunciada por ROCA SASTRE en 1944 (77) adhiriéndose a ella GARCÍA VALDECASAS (78). Según el primero, el legitimario ostenta un derecho de crédito contra los herederos, pero que grava con afección real todos los bienes integrantes del activo hereditario. Se trata, además, de un crédito que debe ser satisfecho en especie, o sea, en bienes hereditarios. Se trataría de un derecho real de realización de valor, distinguiéndose de la hipoteca en que en ésta el derecho de realización de valor es simple garantía del crédito, y por tanto tiene carácter accesorio del mismo, mientras que en la legítima la titularidad de los legitimarios sobre el valor de los bienes hereditarios surge de modo independiente o autónomo, siendo una figura asimilable a la deuda territorial o hipoteca independiente del derecho hipotecario alemán.

La aplicación de esta tesis a nuestro caso significa que el poder de disposición sobre los bienes hereditarios estaría atribuido en fase de indivisión de la herencia a los coherederos, quienes no necesitarían del concurso de los legitimarios para enajenarlos. Las adquisiciones de los terceros quedarían sin embargo condicionadas por la afección real de los bienes en seguridad del pago de las legítimas; del tal modo que las acciones de los legitimarios cuyos derechos no hu-

(77) ROCA: "Naturaleza jurídica de la legítima", *op. cit.*

(78) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: "La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor", *RDP*, 1963.

biesen sido satisfechos podrían dirigirse contra esos mismos bienes, no obstante haber sido transmitidos, sin perjuicio de la eventual protección de los adquirentes amparados por el principio de fe pública registral.

Esta concepción de la legítima fue más tarde duramente rebatida por SANZ FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ PALOMINO. Sin embargo, CÁMARA (79) en 1964 estudió los supuestos de pago en metálico de la legítima regulados entonces, defendiendo su posible generalización, al amparo esencialmente del artículo 829 C.c., a todos los casos en que el testador quisiera adjudicar los bienes hereditarios a algunos legitimarios, ordenando el pago de las legítimas de los demás en metálico extrahereditario. La redacción vigente de los artículos 841 y ss. tras su reforma de 13 de mayo del 81 ha confirmado de algún modo esta última visión, abriéndose camino la posibilidad de considerar en estos casos la naturaleza de la legítima de los perceptores del metálico como *pars valoris bonorum* (821 y 822; 829; 1.056,2; 841 y ss.). No obstante, la doctrina hoy mayoritaria (80) sigue considerando que se trata de excepciones al sistema general que no desvirtúan la tesis de la legítima como *pars bonorum*.

• 133

De estos supuestos mencionados nos detendremos por su conexión con nuestro tema, en los que regulan los artículos 1.056,2 y 841 y ss. del C.c.

(79) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, Centenario de la Ley del Notariado, Sección Tercera. Estudios jurídicos varios. Madrid, 1964.

(80) CÁMARA: "El pago en metálico...", *op. cit.*

VALLET: *Panorama...*

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentarios a los artículos 841 a 849 C.c." en *Comentarios de las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. II, Dykinson, Madrid, 1992.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La conmutación de la legítima*, Tecnos, Madrid, 1989.

— El primero de los artículos citados recoge la facultad de adjudicar a uno de los descendientes la explotación agrícola industrial o fabril ordenando que sea pagada en metálico la legítima de los demás. Este artículo puede parecer ajeno a nuestro estudio, pues su supuesto de hecho implica la voluntad del padre testador de “conservar” indivisa la explotación. Luego la venta desde la comunidad hereditaria implicaría la transgresión del fundamento de la adjudicación, y la facultad de los legitimarios de impugnarla y exigir la partición haciendo valer la intangibilidad cualitativa de sus legítimas individuales.

Sin embargo, no es descartable que la enajenación de algunos de los componentes sea objetivamente compatible con el mantenimiento de la explotación indivisa, entendida en su dimensión de empresa. Puede ser aplicable la distinción entre partes integrantes, pertenencias y accesorios, y considerar, con MARTÍNEZ SANCHIZ (81), los inmuebles, incluso todos, como accesorios de la explotación en los casos en que el sustrato físico inmobiliario no sea su núcleo esencial, y no conserve por tanto un vínculo de unión permanente con la empresa. Cabe, además, imaginar la enajenación de inmuebles de importancia muy reducida en proporción al total de la explotación.

Si en alguno de los supuestos anteriores, el heredero adjudicatario de la explotación intenta la enajenación de alguno de sus elementos, antes de la partición, ¿podrá el adquirente quedar a resguardo de la acción de los legitimarios?

Si la protección registral de los derechos del legitimario tuviera que articularse por la vía de la anotación preventiva, es evidente que la enajenación y en su caso su inscripción, anterior a la anotación dejaría al adquirente a salvo de posteriores reclamaciones. Sin embargo, tras la reforma

(81) MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, en “Casos dudosos de bienes privativos y bienes gananciales”, *AAMN*, t. XVI, págs. 359 y ss.

de la legislación hipotecaria del 44-46 parte de la doctrina (82), considera aplicable al supuesto del artículo 1.056,2 C.c. el régimen registral de publicidad de las legítimas del artículo 15 LH. De tal modo el heredero adjudicatario de la explotación podrá disponer de los inmuebles antes de la partición, si bien en la inscripción que se practique a favor del adquirente se deberán mencionar los derechos de los legitimarios. Esta solución parece ineludible, pues el cuerpo de la inscripción que refleja la enajenación publica asimismo el título adquisitivo del heredero-enajenante, lo que hace aplicable el párrafo 3 del artículo 15 LH que impone la práctica de la mal llamada mención legitimaria, "con los documentos en cuya virtud se inscriban los bienes a favor de los herederos".

De ese modo, durante los cinco primeros años de vigencia de la mención todos los bienes hereditarios, incluso el que se enajenó, quedarán solidariamente afectos al pago de las legítimas, si el legitimario no consintió la venta. La mención protege la efectividad de todas las legítimas insatisfechas, aunque el Registro no las individualice. El adquirente y quien traiga causa de él no podrán ampararse en la protección del Registro para defenderse de la acción del legitimario insatisfecho que pretenda hacer efectivos sus derechos con cargo al bien transmitido.

La simple concurrencia del legitimario a la venta no puede significar, salvo consentimiento explícito, renuncia de derechos legitimarios, ni menos aún el darse por cobrado, pero tampoco puede interpretarse en el sentido de completar la capacidad dispositiva del heredero, pues, al no estar la comunidad con el mismo, tal consentimiento no es necesario. Por ello, sugerimos que si el legitimario presta consentimiento a la venta, sin más, no podrá interpretarse su actitud sino como expresiva de su renuncia a la específica garantía de la mención legitimaria en cuanto a ese concreto bien y

(82) ROCA SASTRE - ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario...*, op. cit.

respecto a su legítima individual. De no existir más legitimarios, cuestión que el registrador deberá calificar a la vista del título sucesorio, el bien enajenado por el heredero adjudicatario podrá inscribirse libre de la mención a nombre del adquirente. En tal caso, quedará protegido en los términos del artículo 84 RH, que otorga la condición de tercero a quien adquiriere a título oneroso los bienes hereditarios sin que la mención legitimaria conste en el Registro (el artículo parece presuponer la previa partición, pero su tenor literal no distingue).

Los demás supuestos contemplados en el artículo 15 LH recogen la posibilidad de concreción de la garantía de las legítimas en bienes hereditarios específicos, o su asignación en pago de las mismas, haciéndose constar por nota al margen de la inscripción del bien afecto, y cancelándose las menciones legitimarias de los restantes bienes. Esta asignación o concreción se realizarán normalmente con ocasión o en el seno de una partición, lo que las aleja de nuestro estudio. Sin embargo, si la enajenación de bienes hereditarios se realiza en este caso transcurridos más de veinte años desde el fallecimiento del causante, aunque no haya habido partición en ese plazo, o no se incluyera el bien cuya enajenación se pretende, ésta podrá realizarse sin mención alguna de derechos legitimarios (art. 15 p. ult LH).

— La facultad de adjudicar los bienes hereditarios a determinados descendientes, ordenando que se pague en metálico la legítima de los demás, está contemplada en los artículos 841 y ss. C.c. tras la reforma del año 81. En el proceso de elaboración de la ley, lo que en el Borrador de la Comisión General de Codificación se contemplaba como derecho de los hijos matrimoniales de apartar de los bienes hereditarios a los hijos no matrimoniales, salvo disposición contraria del testador, acabó regulándose como una facultad del testador, contador-partidor o contador partididor dativo de conceder tal opción a determinados descendientes, con independencia de su clase de filiación. La redacción definitiva de

estos artículos se resiente de los muy dispares planteamientos que influyeron en su elaboración, haciéndolos irreductibles a cualquier interpretación unitaria y a la deducción de conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la legítima.

Nos interesan las garantías a favor del perceptor de la cantidad que están recogidas en el artículo 844 C.c. En su primer párrafo se menciona la posibilidad de solicitar la anotación preventiva propia del legatario de cantidad. En el segundo se le concede para el caso de que haya transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, la posibilidad de solicitar que se reparta la herencia con arreglo a las normas generales sobre la partición, y, por tanto, con respeto al principio de la intangibilidad de las legítimas y, en su caso, de igualdad cualitativa de los lotes.

La garantía regulada en el primer párrafo se apartaba de las directrices tanto del borrador de la Comisión como del proyecto del Gobierno, y se introdujo en las discusiones parlamentarias en el Congreso. Tal como fue regulada, admite la interpretación de que la legítima del no adjudicatario es, lo mismo que antes de la reforma lo era la de los hijos ilegítimos, un simple derecho de crédito contra los herederos.

La fórmula recogida en el párrafo segundo resurgió en la tramitación de la ley en el Senado, y significa la prevalencia de las directrices que, en este punto, emanaron de la Comisión General de Codificación, cuya ponencia había correspondido a CÁMARA. Esta garantía responde a la idea de que, en tanto no se haga efectivo el pago en metálico de las legítimas de los no adjudicatarios, y con su consentimiento, éstos están en comunidad con los herederos adjudicatarios, luego su legítima es, hasta entonces, porción de bienes hereditarios. La partición que se pueda formalizar e inscribir está sujeta a lo que se puede considerar como una condición suspensiva (83) consistente en el pago del metáli-

(83) VALLET: *Panorama...*, I, *op. cit.*, pág. 576.

co. La garantía de la anotación preventiva es inútil para el legitimario, pues su finalidad de gravar con afección real los bienes hereditarios se actúa de este otro modo haciéndoles copartícipes de los bienes hereditarios durante el período de indivisión.

Antes de la reforma del Reglamento Hipotecario del año 82, aún podría defenderse, no sin dificultad, que la comunicación por parte de los adjudicatarios de los bienes de su decisión de pagar a los restantes sus legítimas en metálico extrahereditario era el momento decisivo a partir del cual estos últimos dejaban de estar en comunidad y sus legítimas quedaban transmutadas en derecho de crédito contra los herederos, protegido, eso sí, con las garantías de la anotación preventiva del legatario de cantidad. Conforme a esta interpretación, para la práctica de esta anotación, sería imprescindible el consentimiento de los no adjudicatarios o la aprobación judicial, por el sencillo trámite del artículo 57 LH. El impago del crédito daría lugar a la rescisión de la partición, pudiendo los no adjudicatarios solicitar el pago de su cuota en bienes hereditarios, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos en el ínterin por terceros respecto a bienes sobre los cuales aquéllos no hubieran promovido oportunamente la anotación de sus derechos.

Sin embargo, el RH, tras la reforma citada, exige su artículo 80,2, para que los bienes puedan inscribirse a nombre de los adjudicatarios, el documento en que conste “la aceptación del adjudicatario y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial”, regulando en su párrafo último el modo de hacer constar el pago a los perceptores del metálico, “por nota marginal mediante el documento público que lo acredite”. Este artículo trasluce la intención del legislador de apuntalar, en sede reglamentaria, la tesis de la legítima como *pars bonorum* en el supuesto del artículo 841 y ss., lo que, a juicio de algunos de sus defensores, no había quedado suficientemente explicitado en la redacción definitiva de la ley de reforma del Código.

Esta misma regulación hace inviable, en la situación actual, que quien adquiere bienes del adjudicatario en el caso del 841 pueda obtener la protección registral de su adquisición en tanto las legítimas de los perceptores del metálico no estén satisfechas a su conformidad o mediando aprobación judicial. A la vista del artículo 80,2 RH la adquisición del tercero no será inscribible sin el consentimiento expreso de todos los legitimarios; o bien la inscripción reflejará su carácter claudicante, quedando sujeta a la acción de los perceptores del metálico insatisfechos para exigir la partición conforme a las normas generales, incluyéndose en ella el bien enajenado.

XI. Las facultades dispositivas de los ejecutores testamentarios

139

La figura del ejecutor testamentario parece responder, como pone de manifiesto ROCA, a una concepción económica del fenómeno sucesorio, concibiéndose como un cargo al que se le encomienda la liquidación del patrimonio hereditario. No encajaría en el sistema de raíz romana de *successio in ius*, en el cual las funciones de ejecución corresponden por naturaleza al heredero.

Su regulación en la mayoría de los fueros municipales se produce esencialmente por influencia del Derecho Canónico. A su amparo, podía encargarse al titular de la diócesis del domicilio del causante la ejecución de donaciones *mortis causa* o sobre todo, de las disposiciones testamentarias para fines piadosos, el llamado “quinto a favor del alma” (84). En esta fase las facultades de ejecución conferidas a los no herederos sólo eran posibles en la medida que lo permitía el estrecho margen de la libertad de testar.

(84) AZCÁRATE, Gumersindo: *Ensayo sobre historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, Madrid, 1879. Imp. Rev. Leg.

En estos términos aparece la figura en las Partidas. En el título 10 de la Sexta Partida se mencionan los ejecutores testamentarios, con la denominación de “fideicomisarios”. Sus facultades están limitadas a la ejecución de determinadas mandas testamentarias, entregar bienes a los pobres y demandar tales bienes en juicio y fuera de él; a falta de designación específica de albacea, la ejecución de la disposición de cosa cierta en favor del alma correspondía naturalmente al obispo.

En el momento de la codificación el nombramiento de ejecutores testamentarios se había generalizado, hasta el punto de afirmar GARCÍA GOYENA (85) en el comentario al artículo 729 del Proyecto de C.c. de 1851, “que no hay uno (testamento) sin nombramiento de albaceas” (*vid.* también el comentario al artículo 731). Sin embargo, tras reconocer lo oscuro de los precedentes históricos, se lamenta de la ausencia de regulación de las facultades del albacea en el Derecho entonces vigente, no obstante su uso general.

La influencia del Derecho Canónico respecto a la ejecución de las mandas pías en un momento histórico en que la parte de libre disposición era de un quinto de la herencia no parece explicación suficiente a esa generalización. El examen de los protocolos históricos notariales sugiere otra vía para resolver esa aparente contradicción. Al menos desde mediados del siglo XIX, la mayoría de las cláusulas de nombramiento de albaceas incluían sistemáticamente la prohibición de intervención judicial en la testamentaría del causante formando parte de una misma disposición; además, la amplitud de facultades del ejecutor solía ser proporcionada a la complejidad del testamento y a la previsible conflictividad de la partición.

La universalización de los mayorazgos a partir de la Ley 27 de Toro (86) representó un fuerte contrapeso a la apli-

(85) GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852.

(86) GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Estudios de arte menor de derecho sucesorio: El pseudousufructo testamentario*, o. c., vol. III, págs. 330 y ss.

cación del sistema legitimario castellano (87). Sin embargo, la legislación desamortizadora de 1820-1836 vigoriza la vigencia de dos principios del Derecho histórico castellano cuya aplicación conjunta debió generar un fortísimo factor de conflictividad en las transmisiones hereditarias: la intangibilidad de la legítima –unida a su extensión– con la consiguiente igualdad cualitativa de los lotes, de un lado, y el criterio de unanimidad de la partición, de otro.

Es preocupación constante del proceso codificador del siglo XIX respetar la tradición histórica en cuanto a la naturaleza de la legítima, reduciendo su extensión, y suavizando a la vez la rigidez del principio de unanimidad. El Proyecto de C.c. de 1851 responde a esta tendencia al pretender introducir el principio mayoritario en la partición, que finalmente no prosperó.

La LEC de 1855 en su artículo 407 establecía que “es necesario el juicio de testamentaría: ... 2.– Cuando los herederos son menores o están incapacitados, bien se hallen ausentes o presentes, **si el testador no hubiese dispuesto lo contrario**”. Fue posiblemente este margen concedido por la Ley de procedimiento de 1855 a la supremacía de la voluntad del causante, el que contribuyó a generalizar la práctica de incluir en los testamentos la prohibición de intervención judicial, la cual sólo podía tener eficacia asociada instrumentalmente a la designación de un cargo con facultades, más que particionales, cuasiarbitrales. La inusitada frecuencia con que los testadores, en especial los titulares de patrimonios importantes, disponían “lo contrario” en los testamentos anteriores a 1881 nos lleva a pensar que la finalidad de la designación no podía consistir sólo en resolver problemas de capacidad o ausencia, sino más bien prevenir los pleitos particionales.

(87) PACHECO, Joaquín Francisco: *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*. Editor Carlos Bailly Bailliere, Madrid, 1862. Continuación de José González Serrano, Madrid, 1876.

Por su parte, el artículo 1.045 de la LEC vigente desde 1881, vino a dar carta de naturaleza a esta práctica, permitiendo que el testador prohibiese válidamente la intervención judicial en su herencia vetando así la interposición del juicio de testamentaría con carácter general y no sólo para el supuesto de que estuviesen interesados menores o incapacitados. Esto es posible, según la Ley Procesal, siempre que el testador “haya nombrado una o más personas, facultándolas para que con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de testamentaría”. La jurisprudencia consolidó esta posibilidad con firmeza al menos desde la STS de 8 de mayo de 1926.

Cabe apuntar, por tanto, que la generalización de la figura del ejecutor testamentario se produjo, a impulsos de la práctica notarial, con la finalidad de contrarrestar la tendencia a judicializar las particiones hereditarias. La Ley Procesal de 1855 abrió brecha para que a su amparo, se solventasen extrajudicialmente problemas de capacidad o representación de los coherederos mediante la designación de comisarios o contadores. La de 1881 consagró lo que ya era práctica general: designar ejecutores para impedir desavenencias entre los coherederos, incluso en los supuestos en que la partición estuviera predeterminada en el título sucesorio.

Además, la doctrina de la DGRN, iniciada por la resolución de 7 de enero de 1875, y consolidada por las de 25 de agosto y 22 de octubre de 1879, 5 de octubre de 1880, 22 de enero de 1898 (88), 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 19 de junio de 1929, 15 de julio de 1943, 3 de agosto de 1944... confirmada por la jurisprudencia del

(88) El fundamento teórico de esta tesis, ciertamente discutible, está expuesto en la resolución de 22 enero 1898: No “hace falta la aceptación de los herederos porque este hecho constituye jurídicamente una condición suspensiva de la transmisión del dominio, cuyo cumplimiento se retrotrae a la fecha en que se verificó la transmisión, y con arreglo a los principios fundamentales sobre la inscripción, y lo dispuesto en el artículo 16 LH, son inscribibles los títulos transmisivos sujetos a condiciones suspensivas”.

TS, permitiendo la inscripción de las particiones formalizadas por contadores-partidores sin necesidad de acreditar la aceptación de los herederos, contribuyó de manera importante a solucionar extrajudicialmente problemas de capacidad, ausencia o disidencia entre los herederos, constituyendo así un fuerte estímulo a estas designaciones.

El C.c. acusa esta doble influencia al tratar de los ejecutores. La parquedad de la regulación del albacea en los artículos 892 y siguientes arrastra el lastre de la tradición histórica. Su régimen jurídico quiere tener así cierto carácter residual o subsidiario, declarando el último artículo de la Sección (art. 911), que las facultades de ejecución corresponden naturalmente a los sucesores a título universal. El erratismo de la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del albaceazgo (89) no es ajeno a esta idea. Por lo mismo, la existencia del albacea universal con plenas facultades de ejecución, sólo se comprende en el C.c. en los casos de institución de herederos indeterminados, sin personalidad jurídica, o a favor del alma, como en los casos de los artículos 747 y 749 C.c. Así lo había defendido la DG antes de la promulgación del Código (res. de 5 de septiembre de 1863, 7 de enero de 1875, 4 de febrero de 1880 y 26 de enero de 1889).

Por el contrario, la figura del contador-partidor aparece mencionada en el artículo 1.056 C.c., no por tanto en la sección de los albaceas, sino a propósito de la partición. Su párrafo tercero (segundo en la redacción originaria del C.c.), ilustra la obsesión del codificador porque sus facultades no se vieran entorpecidas por la menor edad o incapacidad de los herederos, coordinando así la norma civil con la de la ley procesal. Esta figura responde a un fundamento distinto del albaceazgo, como es el reseñado de contrarrestar la rigidez del principio de unanimidad en las particiones contrac-

(89) Puede verse un resumen de la jurisprudencia en ALBALADEJO, Manuel: *Comentarios al C.c.*, o. c.

tuales (90), y resolver extrajudicialmente problemas de capacidad y representación de los herederos. Su naturaleza jurídica puede por ello asimilarse a la figura del “arbitrador”: su función consiste no en solucionar una controversia, para lo cual serían indispensables facultades dispositivas, sino en completar una relación o negocio jurídico, la partición. No ejerce, por tanto, funciones delegadas o de representación, ni del causante, ni de los herederos, ni de la herencia, sino funciones propias, derivadas del nombramiento por el causante y de su aceptación y en cuyo ejercicio se encuentra tan sólo constreñido por la reseñada naturaleza de su cargo, y por las instrucciones impartidas por quien lo designó, en el marco de las disposiciones legales.

Ahora bien, el albacea de la tradición histórica, regulado en el C.c., puede ser a la vez contador-partidor, y lo natural es que lo sea. Así lo evidencia el artículo 908 que, no obstante la gratuidad del cargo, le permite cobrar lo que corresponda “por trabajos de partición”. A esta idea responde la tesis del Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de mayo de 1958: “el cargo de contador partidor es inherente al albaceazgo mientras no sea eliminado o excluido por voluntad del testador” (*vid.* también, la de 24 de febrero de 1905). La diferencia consiste en que respecto a la ejecución testamentaria en abstracto, la facultad de partir es lo excepcional, mientras que respecto a la partición extrajudicial encomendada al ejecutor, las facultades del contador constituyen la regla general y deben ser interpretadas conforme a su ratio propia, sin que a ese respecto deba ser de observancia criterio restrictivo alguno.

No obstante, la tendencia general ha sido la contraria, en el sentido de realizar la asimilación dogmática de ambas figuras sobre la base de proyectar sobre el contador-partidor

(90) GITRAMA, M.: *La administración de la herencia en derecho español*, Madrid, 1950, págs. 362 y ss. La introducción del contador-partidor dativo en la reforma de 13 de mayo de 1981 responde a la misma idea.

las tendencias restrictivas propias de la interpretación histórica del albaceazgo. Así, las SSTS de 4 de febrero de 1902, 24 de febrero de 1905, 23 de octubre de 1923, 3 de diciembre de 1931, 7 de enero de 1942, y las resoluciones de 14 de octubre de 1916, 12 de septiembre de 1974 (en contra de que los contadores puedan entregar legados) o 19 de marzo de 1986 (*id.* en cuanto a la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y la división de la cosa común).

En conclusión, según la interpretación que proponemos, todo albacea es, sin necesidad de expresa designación, contador-partidor y tiene por ello, naturalmente, las funciones particionales propias de tal cargo, sin que hayan tenido que serle conferidas expresamente. Pero, en atención al fundamento mencionado, no deberán serle aplicables, en tanto que contador-partidor, los criterios restrictivos aplicados tradicionalmente a la interpretación de las funciones del albacea.

145

Interesa a nuestro estudio destacar lo anterior para replantear desde ese punto de vista las facultades dispositivas de los albaceas. Entendemos que la regulación hoy vigente del C.c. en materia de ejecutores testamentarios admite una interpretación más acorde con los principios anteriores y con lo que pueden considerarse exigencias de la realidad social. En atención a estos criterios se exponen a continuación las posibilidades de los ejecutores testamentarios de realizar, con ocasión de su intervención, y por tanto, en fase de comunidad hereditaria, actos de disposición de bienes hereditarios respecto de terceros.

— Albacea particular, con sólo las facultades legales.

Por lo expuesto anteriormente, nos encontramos con un albacea que, además, es naturalmente contador-partidor. Tendrá, por tanto, las facultades legales del albacea, y también, todas las inherentes a la partición.

En consecuencia, puede vender los bienes, muebles o inmuebles, pero sólo si no hubiera dinero bastante en la herencia para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, exigiéndose en todo caso la “intervención de los herederos” (903 C.c.). Por no ser de aplicación las tesis restrictivas de las facultades del albacea, consideramos que tendrá facultad para vender, tanto si el legado grava la herencia como si grava a otro legatario.

Según el C.c., los legados en metálico son los únicos que el albacea particular puede entregar, aun sin necesidad de estar expresamente autorizado para ello (902,2), si bien necesita el conocimiento y beneplácito del heredero.

Tales legados en metálico son los siguientes:

— Los que estén expresamente ordenados como tales, habiendo metálico en la herencia (886,2 C.c.).

— Los que estén expresamente ordenados en metálico, aunque no exista en la herencia: según 886,2 los legados en dinero deberán ser pagados en esa especie “aunque no la haya en la herencia”.

— En caso de imposibilidad por parte del heredero de entregar la misma cosa legada, en cuyo caso, “cumple con dar su estimación” (886 a contrario). La imposibilidad del heredero, en caso de partición por contador, parece que podrá ser apreciada por éste, sin perjuicio de que pueda ser impugnada.

¿Quién vende, el heredero o el albacea?: MANRESA (91), LACRUZ (92), GONZÁLEZ PALOMINO (93), SÁENZ DE SANTAMARÍA (94) opinan que venden los herederos; el albacea se limita a tomar la iniciativa de la venta, constatada la ine-

(91) MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al C.c. español*, Madrid, Reus, 1921.

(92) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil...*, *op. cit.*

(93) GONZÁLEZ PALOMINO, José: “Una nueva cláusula de estilo...”, *op. cit.*

(94) SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE, Ignacio: “Facultades dispositivas de los albaceas”, *RD*, diciembre, 1958; págs. 1033 a 1047. *Id.* “Notas sobre los albaceas y contadores partidores”, *ADC*, t. IV, pág. 423.

xistencia de metálico y la negativa de los herederos a aportarlo. MUCIUS SCAEVOLA (95) considera que venden los albaceas, y asimila promover a vender.

La DG, desde las resoluciones de 7 de abril de 1896, 22 de septiembre de 1924, 29 de agosto de 1925 y 1 de diciembre de 1927 entiende que los herederos, mientras no se proceda a la partición y adjudicación de los bienes relictos, no tienen verdadero título de dominio sobre ellos y que el C.c. faculta excepcionalmente a los albaceas para venderlos. La DG contempla este supuesto como una excepción al principio de tracto sucesivo amparada en el artículo 20 LH. Los bienes se inscriben directamente a nombre del comprador, sin previa inscripción ni a favor de los herederos, ni de los albaceas, puesto que “ya ejercite facultades legales o conferidas por el testador en ninguno de los dos casos hay verdadera transmisión del dominio del causante al heredero” (res. de 29 de marzo de 1915 y 27 de mayo de 1915).

147

Según la tesis que hemos expuesto sobre la comunidad hereditaria, los herederos son dueños de los bienes hereditarios ya antes de la partición, desde la aceptación, lo que no obsta a que las facultades dispositivas estén atribuidas durante la indivisión de la herencia al albacea en el marco de sus funciones de arbitrador. La compraventa que formalice el albacea y su inscripción registral sí que refleja, a nuestro juicio, la adquisición de los herederos. La extinción del cargo de albacea hará aflorar esas facultades dispositivas de los herederos, contra quienes deberá dirigirse el comprador para exigir responsabilidad de saneamiento de la cosa vendida, o por cualesquiera vicios de la compraventa que no estén directamente relacionados con la prestación del consentimiento del albacea.

No está regulado el procedimiento para la intervención de los herederos: según la resolución de 28 de julio de

(95) MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código Civil comentado y concordado*, Madrid, 1944.

1932 puede tener lugar en el acto de la venta llevada a cabo por los albaceas en la misma escritura, o puede entenderse cumplido por el conocimiento dado con anterioridad a los herederos, en cualquier forma que se acredite ser auténtica. También puede promoverse en acto de jurisdicción voluntaria.

En lo que afecta al objeto de este estudio, la escritura requerirá la comparecencia del albacea, justificando la vigencia del cargo, y de los que resulten ser herederos a la vista del título sucesorio. Esta comparecencia excluirá cualquier calificación sobre si efectivamente hay o no metálico en la herencia y si los herederos no lo han aportado. Sin embargo, consideramos importante que la escritura refleje que la venta se realiza al amparo del artículo 903 C.c. De este modo, las facultades del albacea quedarán inequívocamente subsistentes, no obstante la intervención de los herederos en la venta, cuando de otro modo podría interpretarse que al ser la venta un acto implícitamente particional, la concurrencia de los herederos a la venta está transformando el conjunto de la partición en contractual, con la consiguiente aplicación de su régimen jurídico.

La parte expositiva de la escritura reflejará que los dueños son los herederos, justificando el título sucesorio; la cláusula dispositiva por el contrario, deberá redactarse expresando que el albacea, con consentimiento de los herederos vende... y otorga, en su caso, carta de pago. La circunstancia de que el precio recibido se integre en la comunidad hereditaria o que de facto se lo apropien los herederos producirá los efectos analizados anteriormente.

— Albacea particular facultado expresamente para vender los bienes.

Conforme a la tesis que venimos defendiendo, se trata de un albacea con facultades de contador-partidor, que podrá realizar actos de disposición no sólo con ocasión del

ejercicio de las funciones propias del albacea (las reguladas en el art. 902 y ss. del C.c.), sino también, y esto es lo que interesa destacar, con ocasión de la partición. Es decir, la interpretación lógica de la cláusula testamentaria en que se designe “albacea con facultades de disposición” implica asimismo la facultad de partir y de realizar actos particionales de naturaleza no estrictamente divisoria, sino dispositivos.

Esta facultad ha de conferirse expresamente, por analogía con las normas sobre el mandato para enajenar (1.713 C.c.); pero debe bastar que conferimiento de tal facultad no sea tácito ni presunto. La interpretación que sobre la concreta cláusula hagan los mismos albaceas del alcance de sus propias facultades dispositivas “debe prevalecer mientras no sea impugnada”. Las resoluciones de 12 de diciembre de 1912, 29 de abril de 1913, 9 de marzo de 1921, 23 de julio de 1925, 12 de diciembre de 1927, 11 de diciembre de 1929, 14 de septiembre de 1934, 15 de julio de 1943, 28 de marzo de 1944, 28 de abril de 1945, 18 de diciembre de 1951, 28 de diciembre de 1952, 17 de diciembre de 1955, 6 de abril de 1962, 14 de septiembre de 1964, 27 de diciembre de 1982 y la STS de 18 de mayo de 1933 confirman este alcance de las facultades de interpretación testamentaria de los albaceas.

Respecto al objeto, la facultad de disponer alcanza a los bienes expresamente reseñados (STS de 5 de julio de 1947; la res. de 8 de mayo de 1943 entiende que la facultad de “vender” abarca tanto a los muebles como a los inmuebles). A falta de designación, entendemos que la presunción debe estar a favor de que se entienda referida a todos los bienes hereditarios: siendo el albacea, por naturaleza, contador-partidor, y habiéndosele conferido las facultades dispositivas con carácter instrumental respecto a la partición, parece lógico interpretar que si las facultades particionales se refieren naturalmente a la partición de la totalidad del patrimonio, las facultades dispositivas, instrumentales de aquéllas, también deben referirse a todos los bienes hereditarios.

La facultad de vender no implica la obligación de hacerlo, aunque se haya conferido aquella facultad para finalidades específicas (res. de 26 de enero de 1910). Las condiciones concretas de la venta las concertará libremente el albacea, bajo su responsabilidad. Ya desde la S. de 17 de enero de 1866 el TS entendió derogado el requisito de la pública subasta que procedía de las Partidas para el caso de que el testador hubiera autorizado expresamente al albacea para la venta.

En este supuesto, ¿necesita el albacea el concurso de los herederos no legitimarios para realizar actos de disposición?

A favor de la necesidad de intervención se puede alegar que tal facultad debería regirse supletoriamente, a falta de expresión testamentaria, por los preceptos legales y, en consecuencia, debería ser necesaria la intervención en los mismos términos en que la ley lo impone al albacea que no esté expresamente facultado.

150

Sin embargo, esa interpretación hace inútil la previsión del testador, y responde al criterio restrictivo que consideramos infundamentado. La DGRN confirma que no es necesario en este caso el consentimiento de los herederos voluntarios en la resolución de 8 de mayo de 1943.

¿Con qué finalidad puede el albacea enajenar los bienes hereditarios, caso de habersele conferido esta facultad?

Cabe que el testador lo haya especificado, en cuyo caso la primacía de su voluntad como ley rectora de la sucesión deberá prevalecer. En consecuencia, el albacea carecerá de facultades dispositivas para finalidades distintas de las conferidas. El control de legalidad notarial y la calificación registral deberán entrar a considerar la adecuación del acto dispositivo a la finalidad pretendida, si bien en ocasiones la simple manifestación del albacea deberá ser suficiente, quedando comprometida, desde luego, su responsabilidad personal, como todo cargo que gestiona intereses ajenos. Así se deduce de la resolución de 28 de noviembre de 1905: si el albacea está facultado de modo absoluto para vender, sin

reserva ni limitación alguna, no puede el registrador exigir que se justifique que el precio de la venta se haya destinado a los fines determinados por la testadora.

Cabe así que el albacea haya sido autorizado explícitamente para la venta con algunas de las siguientes finalidades:

— Para pago de funerales y legados: la interpretación lógica de la cláusula conduce a entender que se le está dispensando de la necesidad del conocimiento y beneplácito del heredero, que de otro modo exigiría el artículo 902,3, y ello, aunque tal dispensa no se haya explicitado. O sea, cuando el testador autoriza al albacea para vender con la finalidad de pagar funerales y legados, éste puede hacerlo con dicha finalidad sin concurso del heredero, aunque esto último no se haya mencionado; si no se le ha facultado podrá hacerlo también, pero por aplicación supletoria del artículo 902,3 C.c. necesitará el beneplácito del heredero, en los términos antes expuestos.

151

— Para pago de las deudas: lo aceptan las resoluciones de 7 de abril de 1896, 22 de julio de 1939 y 15 de noviembre de 1972 (ésta para el pago del Impuesto de Sucesiones y gastos de testamentaría), así como la STS de 10 de marzo de 1917.

— Para pago de legados. Consideramos implícita esta facultad si se le ha autorizado para entregar legados, pues tal entrega deberá realizarse conforme a las normas del C.c., que obligan también a los herederos. Por tanto, los legados en metálico deberán pagarse en esa especie (886 C.c.), aunque no lo haya en la herencia, lo que implica la necesidad de vender bienes hereditarios. En tal caso el albacea deberá observar en cuanto a la venta el orden de preferencia del 903 C.c., o sea, primero los muebles y luego los inmuebles, pero sin necesidad de justificar la negativa de los herederos a afrontarlo de lo suyo. De igual modo estará facultado para la venta en caso de imposibilidad, apreciada por el mismo albacea, de entregar la misma cosa legada (886 C.c.).

— Para la más correcta formación de los lotes. Si se acepta la tesis de que el testador no está vinculado por el principio de igualdad cualitativa de los lotes (art. 1.061 C.c.), sino que puede realizar la partición como tenga por conveniente, en tanto no perjudique la legítima (art. 1.056 C.c.), tampoco debe estarlo el albacea que realiza la partición, con facultades para ello. Estas facultades las ostenta por virtud del nombramiento del testador, por lo que no debe estar sujeto a las limitaciones propias de la partición contractual.

Si el testador se ha limitado a conferir al albacea facultades para vender, sin especificar la finalidad, puede defenderse que la autorización alcanza a la totalidad de los bienes hereditarios, para cualesquiera de las finalidades antes mencionadas, aplicándose aquí el mismo argumento antes utilizado respecto al carácter naturalmente “total” de las facultades particionales.

152 Se exceptúa de lo anterior la venta con la finalidad de pagar en metálico la porción legitimaria de los descendientes no adjudicatarios, pues aparte de hallarse aquí involucradas las legítimas, el artículo 841 exige inequívocamente facultades expresas.

— Contador-partidor.

No es descartable que el testador haya querido circunscribir las facultades de los ejecutores testamentarios exclusivamente a los aspectos particionales, o sea, en la terminología del C.c., a la “simple facultad de hacer la partición”. Se trata de un supuesto de aplicación pura del artículo 1.056,1 y 3 C.c., y de toda la doctrina elaborada sobre la distinción entre actos dispositivos y particionales.

De tal modo, el simple contador-partidor puede liquidar la sociedad de gananciales, con intervención del cónyuge superviviente (res. de 29 de enero de 1908, 30 de junio de 1992...), formalizar adjudicaciones para pago de deudas hechas a coheredero, adjudicar bienes a los coherederos, formando lotes

al efecto, etc. Pero le estará vedado, por exceder de lo particional, sin consentimiento de todos los coherederos:

— Formalizar adjudicaciones para pago de deudas hechas a extraños: el adjudicatario no se hace dueño del bien, sino que recibe el encargo de venderlo, para con el precio, satisfacer el importe de la deuda.

— Formalizar adjudicaciones en pago con asunción de deudas hereditarias, ni a favor de extraños ni a favor de coherederos (el adjudicatario adquiere la propiedad del bien, y asume la obligación de pagar la deuda de que se trate). Implican una dación en pago con finalidad solutoria, o sea, una venta, claramente dispositiva. Ni siquiera puede cuando el acreedor sea un coheredero.

— Y lo que nos interesa, tampoco podrá vender bienes hereditarios.

— Albacea universal.

153

De acuerdo con los precedentes históricos, esta figura sólo sería concebible a falta de institución de herederos o caso de ser éstos indeterminados. Sin embargo, pensamos que la admisibilidad de un albacea con todas las facultades de ejecución testamentaria se puede apoyar en la propia normativa del C.c.:

— El artículo 894 C.c. admite la distinción albacea universal-particular, aunque no regula el primer supuesto, sino que se limita a permitir que tenga “todas las facultades que expresamente le haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes”.

— El artículo 907 prevé que el albacea pueda entregar los bienes a herederos determinados o “darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto”. Su precedente es el artículo 737 del proyecto de 1851, que decía “si fueran universales para la inversión o distribución de todos los bienes en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al juez”.

El artículo se refiere claramente el albaceazgo universal, aunque en la redacción definitiva del C.c. no utilice la expresión. Sin embargo, la supresión de la mención explícita no quiere decir que el Código rechace la figura, sino al contrario, que se amplía su ámbito. Es decir, en el Proyecto, la posibilidad de albaceazgo cuyas facultades comprendieran todos los bienes hereditarios se limitaba legalmente a “los casos permitidos por derecho”, lo que parecía contener una remisión a los supuestos de institución a favor del alma o de los pobres del lugar. Al desaparecer esta restricción en la redacción definitiva del Código sólo cabe interpretar que el albaceazgo universal será admisible en cualesquiera otros supuestos en que el testador lo ordene, más allá de los previstos legalmente, incluso por tanto, concurriendo con herederos individualmente designados. Por lo mismo, la finalidad del albaceazgo universal no ha de ser ya, como en el Proyecto del 51, tan sólo la inversión o distribución de los bienes (realización dineraria), sino que también puede ser la entrega de todo el remanente hereditario a los herederos.

— Los artículos 747 (institución a favor del alma) y 749 (a favor de los pobres) del C.c. recogen dos supuestos de albaceazgo universal de realización dineraria entroncados en la tradición histórica. Pero el C.c. no los denomina “universales”, a pesar de que sus facultades comprenden todo el caudal hereditario. Luego puede haber otros supuestos de albaceazgo universal distintos de los recogidos en este artículo, aunque existan herederos voluntarios individualmente determinados.

La jurisprudencia admite la existencia de albaceas universales concurriendo con herederos, en STS de 5 de julio de 1947 y 22 de marzo de 1984.

El problema consistirá en la interpretación de la cláusula testamentaria en que se designe. El criterio literal o subjetivo no será suficiente. No es frecuente en la práctica documental de los territorios de Derecho Común, la utilización de la expresión “albacea universal”, aunque la voluntad del

testador haya sido la de conferir íntegras facultades de ejecución testamentaria.

Hay que acudir, por tanto, a algunas de las variantes del criterio objetivo de designación. En lo relativo al alcance de las facultades, VALLET (96) pone de manifiesto la antigua práctica notarial de incluir en algunos testamentos una larga lista de facultades con la intención de contemplar las más completas posibilidades de actuación de los albaceas. Esta fórmula, aparte de poco práctica, parece insegura, dada la imposibilidad de mencionar todos los actos jurídicos a que puede dar lugar el ejercicio del albaceazgo. Parece preferible calificar la universalidad del nombramiento en atención al objeto, o más exactamente a la función. Así, cuando quepa interpretar que la voluntad del testador ha sido la de extender las funciones del albacea a toda la herencia, en su consideración unitaria, y a todas las funciones inherentes al fenómeno sucesorio, hasta dejar completado el tránsito del patrimonio del causante a los herederos, el nombramiento será universal. Insistimos en la idea antes expuesta relativa a que la interpretación del testamento, y por tanto, de lo relativo a la amplitud de las facultades de los ejecutores corresponde *prima facie* a los propios designados, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación.

155

En coherencia con la tesis que defendemos, la universalidad de su función debe comprender la facultad de enajenar todos los bienes hereditarios, sin intervención de los herederos, y cualquiera que sea su finalidad o justificación (97). Lo anterior es aplicable tanto al supuesto de albaceazgo universal de realización dineraria, como en los de entrega de remanente, existiendo herederos voluntarios específicamente determinados.

(96) VALLET: *Panorama...*, *op. cit.*

(97) Debe mencionarse, sin embargo, la S. de 5 julio de 1947 que niega que el albacea calificado como universal pueda vender sin expresa autorización.

— Respecto a todos los casos en que hasta aquí hemos defendido la posibilidad de que el albacea pueda vender bienes hereditarios, queda por resolver el tema de si la transmisión puede ser plenamente eficaz, desde el punto de vista de la entrega de la posesión al adquirente. Se trata de determinar si el albacea tiene la posesión de los bienes hereditarios o al menos, si está en condiciones de transmitirla.

El proyecto de 1851 en su artículo 728,3 decía expresamente que “a falta de herederos forzosos podrá el testador autorizar a los albaceas para que se apoderen de los bienes, mas para ejecutarlo, será siempre necesaria la intervención o citación en forma de los herederos”.

Esta norma no pasó al C.c., luego puede deducirse que los albaceas podrán posesionarse de los bienes hereditarios sin intervención de los herederos, ya por estar expresamente autorizados, ya por ser una consecuencia la universalidad de su función. ALBALADEJO (98) piensa, en esta línea, que siempre que el testador le haya conferido la posesión, la recibe civilísimamente, del mismo modo que los herederos, ex 440 C.c.

En todo caso, la transmisión por el albacea en escritura pública, ostentando aquél facultades bastantes, implicará la entrega en su modalidad de tradición instrumental (1.462,2) lo que permitirá al comprador inscribir su adquisición y acogerse a la protección del Registro.

— Facultades cuando existen legitimarios.

La cuestión relativa a las facultades dispositivas de los albaceas cuando concurren legitimarios ha atravesado la siguiente evolución:

El proyecto de 1851 en su artículo 728 decía expresamente que “existiendo herederos forzosos, no podrá el testador

(98) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *El albaceazgo en Derecho español (común y catalán)*, Madrid, 1969, *vid. también Comentarios al C.c., op. cit.*

autorizar a los albaceas para que se apoderen de los bienes". Esta norma parecía postular en contra de las facultades dispositivas de los albaceas, existiendo legitimarios.

Los proyectos de C.c. de 1881 y 1882 aludían al supuesto en términos restrictivos. Sin embargo, la redacción definitiva del Código sólo impone como límite a las funciones de los albaceas el no ser contrarias a la leyes (art. 901 C.c.).

Las decisiones de la DG contemporáneas a la publicación del C.c. son contradictorias: las resoluciones de 5 de noviembre de 1887; y las que siguen su doctrina (16 de septiembre de 1890; 5 de octubre de 1893) limitan la facultad de disponer a que sólo haya herederos voluntarios. Por el contrario, la de 10 de mayo de 1890 dice que a la facultad concedida al albacea de vender los bienes para pago de deudas, **haya o no herederos forzosos**, no debe ponerse otro límite que el que le haya puesto el testador.

La LH de 1909 exigió el consentimiento de los herederos forzosos para la inscripción de las enajenaciones de los albaceas. El artículo contenía no sólo la regulación formal de esta modalidad de tracto abreviado, sino también su reglamentación sustantiva. Sin embargo, ni siquiera durante la vigencia de la LH de 1909 la cuestión fue pacífica: la doctrina mayoritaria defendía la necesidad de la intervención de los legitimarios (CASTÁN, DE BUEN, MANRESA) frente a SÁNCHEZ ROMÁN (99) que era de la opinión contraria.

La LH, tras la reforma de 1944, suprimió del artículo 20 la mención a la necesaria intervención de los legitimarios, lo que abrió la polémica sobre si tal supresión en la ley formal (la que regula los asientos del Registro) implicaba su desaparición como exigencia sustantiva. Es decir, si implicaba el reconocimiento de que en el C.c. la facultad del albacea de vender sin consentimiento del legitimario es una de las facultades no contrarias a las leyes que se le pueden conferir.

(99) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de derecho civil*, t. VI, vol. II, pág. 1425.

SANZ FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ PALOMINO (100) defendieron esa posibilidad, que se vio truncada por la resolución de 19 de julio de 1952 (en recurso interpuesto por ROMERO VIEITEZ): “La LH de 1909, al regular en el párrafo 7 del artículo 20 una excepción al principio de tracto sucesivo, prescribió el consentimiento de los herederos forzosos, y las leyes de 30 de diciembre de 1944 y 8 de febrero de 1946, que ampliaron dicha excepción a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas... no reprodujeron el requisito del consentimiento, pero esta supresión no priva de valor a la jurisprudencia hipotecaria anterior a 1909, fundada en preceptos de derecho material, (...)”. Ésta parece ser la doctrina vigente al día de hoy.

158

Desde el punto de vista de la garantía de quien adquiere de la comunidad hereditaria, el albacea requerirá inexcusablemente el consentimiento de los herederos forzosos, cualquiera que sea el título por el que el testador haya dejado a salvo las legítimas. El fundamento de tal exigencia se encuentra de un lado, en el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y su concepción como *pars bonorum*, y de otro, en la interpretación restrictiva del régimen jurídico de los ejecutores testamentarios. Como hemos apuntado hasta aquí, se trata de dos temas sobre los cuales la discusión no está cerrada...

(100) GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Enajenación de bienes pseudo usufructuados...*, o. c.

**DE LAS FÓRMULAS INSTRUMENTALES
A LAS CLÁUSULAS NEGOCIALES (*)**

ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN

Notario

161

(*) Conferencia pronunciada el 8 de mayo de 1997 en la Universidad Externado de Colombia en Bogotá con motivo de la inauguración de la Cátedra en honor del profesor y notario Dr. Manuel Cubides Romero.

Asimismo la *Revista* agradece el acogimiento deparado a la misma conferencia por *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*, de Catalunya.

Mérito indudable de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS ha sido el haber distinguido en la cártula, epístola o escritura notarial, la función propia del *instrumentum* y la actividad peculiar del *actum* que cobija (1), separando, o mejor dicho, guardando la independencia que entre continente y contenido se mantuvo respetuosamente hasta el siglo XII, por cuanto, en la generalidad de los casos, el negocio convenido entre las gentes, al margen del derecho, hallaba su “solemnización” en el instrumento, cuya redacción o confección constituía el alfa y omega de la labor del notario.

162

Reliquia de ello, incluso en nuestro tiempo, es, como observaba el mismo NÚÑEZ LAGOS, en otra de sus geniales obras (2) “la forma litúrgica, que, si bien ha perdido el espectáculo ceremonioso, no, sin embargo, la liturgia de unas formas o palabras fijas, o en forma determinada”; pues, “el documento, como cosa corporal, es un ente real, pertinente a la esfera del ser”, que como tal, reúne las notas de “especialidad, temporalidad y causalidad”. Y añade, si bien “como cosa es en sí mismo indiferente”, dado que “el valor es un grado de perfección del ser. No son impresiones subjetivas, ni proyecciones sentimentales, sino determinaciones objetivas, fijadas en una escala de valores externa a nosotros. Para el jurista esta escala de valores la da el orden jurídico. Ningún legislador ha inventado los valores, como ningún gramático ha inventado el idioma”.

Con lo que NÚÑEZ LAGOS se inscribía en la corriente romanista, significada por Ulpiano en D.50.16.23. de que en la denominación de cosa, se comprenden tanto las causas como los derechos (*rei appellatione et causae et iura continentur*). Filosóficamente, se inserta en el pensamiento esco-

(1) “Esquemas conceptuales del instrumento público”. *RDNI* (1951), pp. 1 y sig.

(2) *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid, 1950, pp. 24 y 28.

lástico, que, al decir de HUBERUS (3) recababa para el ente “cosa” las cualidades de *quidquid existit, quidquid possibile est, quidquid mente concipitur*.

La separación de *actum* e *instrumentum* o “documento”, pese a que esta última denominación no se emplee en el medioevo, cual apuntaba CARLOS A. PELOSI (4) corresponden a una análoga etimología, según destacaba PAOLO GUIDI, documento, constituye un medio para lo que está fuera de él, cual denotan las expresiones de autores latinos, valga, por ejemplo, TITO LIVIO que hablaba de que “documento de prueba, es documento” (*documentum periculi, documentum esse*); o CICERÓN que refiere “ser documento de alguna cosa” (*alicuius rei documentum esse*).

Por otro lado *actus*, deriva de *ago* que implica idea de movimiento, de impulso hacia adelante: así, en CICERÓN, “obra al mismo tiempo la hazaña y la fuerza de la vida” (*eodem tempore et gestum et animam agere*) y SÉNECA concretará en él, como opera en el acto de morir (*in actu mori*).

163

Acto e instrumento implican dos momentos en tiempo distinto, el de actuar y el del recuerdo de lo actuado. El acto precede al instrumento y éste es consecuencia de aquél. Esta fractura o escisión se aprecia con diafanidad perdurante a lo largo de toda la alta Edad Media, en la que el notario únicamente ha de saber las “fórmulas instrumentales”; mientras que a partir del nacimiento de la Escuela de Bolonia y con incidencia acusada en la práctica, desde la recepción del *dolce stil nuovo*, que obliga al notario a penetrar en la entraña del acto o negocio, al que se subordina y sirve el documento, relegando al desván de San Alejo a las “fórmulas instrumentales” para reemplazarlas, no siempre con resultado feliz, por las “cláusulas negociales”.

(3) *El documento notarial*. Buenos Aires, 1980, p. 12.

(4) *Teoría jurídica del documento*. Miláno, 1950, pp. 12 y sig.

A la fase de las “fórmulas instrumentales”, quizá, no esté por demás recordar, siguiendo a MANUEL CUBIDES ROMERO (5) a la figura del *quipu-camáyoc* incaico, un instrumentador al igual que lo eran los monjes en esta etapa del notariado, sin pretender escudriñar más allá de su verdadero origen, con el intento de simbolizar en lo más ancestral lo más auténtico, cuando su aparición y presencia constatada no va más allá de la alborada del siglo VIII, cual muestra el testimonio de AVENTINO, el notorio historiador humanista, que sostiene que es desde entonces, cuando los documentos prestan el fundamento más seguro de la historia (*die sichersten Grundlagen der Geschichte*) relegando a las brumas de la imaginación “las historias fabulosas de los cronistas antañones”. En tal sentido, pienso con MARIO AMELOTI (6) que “la institución moderna del notariado, continúa, sin grandes diferencias, a la medieval, que era una formación original, desconocida por la antigüedad. Si se gustase rebuscar un precedente romano, no se encontraría individualizado en el *notarius*, apelación reservada a los taquígrafos, sino en *tabellio*”.

La oralidad de que hacían gala los actos jurídicos romanos, conllevó como secuela, la escasa importancia que se concedía a los escritores de un documento, incluso frente a la cada vez mayor constatación del analfabetismo, que constreñía a los más humildes y a las mujeres, a acudir a aquel que supiese escribir, sin reparar poco ni mucho en los conocimientos de técnica jurídica que poseyese, bastándoles con un copista (*librarii*) que, según TITO LIVIO, aireaba su trabajo para vanagloriarse haberlo hecho *sine iuris consulto*; y, en este orden de cosas, el propio LIVIO, relataba que había escrito su testamento sin intervención de jurisperito alguno

(5) *Derecho notarial colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992, p. 71.

(6) *Alle origini del Notariato italiano*. Consiglio Nazionale del Notariato. Roma, 1975, pp. 5, 9 y sig.

(*sine ullo iurisperito*), atendiendo más bien al dictado de su conciencia que a excesiva y escrupulosa diligencia (*rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentia*); y, añadía, que si algo hubiese efectuado no del todo conforme a la Ley o sin estar experimentado, la voluntad de un hombre de sano juicio se ha de tener por derecho legítimo (*et si minus aliquid legitime, minusve periti fecero, pro ipse iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*). Se recoge en D.31.88.17 el fragmento de SCAEVOLA del libro 3 *responsorum*.

Concordaba esto en que, por su parte, las clases acomodadas para cubrir el menester de la escritura se servían de un esclavo de su propia "familia", que como tal, según PLAUTO, en *Persa*, genéricamente se mencionaba, en los que prevalecía la rapidez y destreza en este menester, cual el Tíron, de CICERÓN, al que éste recitaba sus oraciones forenses que a la velocidad de la voz del retórico las recogía en signos convencionales, las famosas *notas tironianas*, verdadera profesión que los griegos llamaban *δημειογραφοι* —el que escribe con signos o señales— y los latinos *notarius*, el que escribe por medio de notas, a las que alude PAULO, libro 8 *ad Plautium*, en D.37.1.6.2, con referencia a Pedio, a las que el Edicto del pretor no les concede valor de escritura en el testamento, porque los signos tironianos, no son letras (*quia notas, literas non esse*).

La locución *notarius* se atisba, por primera vez, en la *Apocolocyntosis* del divino Claudio (9.2) donde refiere SÉNECA que "este-Jano-puesto que vive en el propio foro, pronunció un largo y elocuente parlamento que el Notario no pudo seguir; y por eso, no le transcribió, por no poner unas palabras distintas de las que él dijo". LORENZO RIBER (7) traduce *notarius* por estenógrafo. En MARCO VALERIO MARCIAL, *Epigrammata*, 51.2, "éste, que lleva su mano izquierda cargada de volúmenes, aprisionado, más que rodeado, por una

(7) LUCIO ANNEO SÉNECA. *Obras Completas*. Aguilar. Madrid, 1957, p. 775.

multitud imberbe de *notarius* –estenógrafos traduce MIGUEL DOLÇ- (8), que después de recibir de aquí y de allá codicillos y epístolas (*notariorum quem premit chorum levis / qui codicillis hinc et inde prolatis epistulisque*) presenta el aspecto de *gravitas* de un Catón, un Tullio y un Bruto, éste, Rufo, es incapaz, aun oprimido por las correas del potro, de articular en latín un ¡ola! (*hanc*) o en griego ¡salve! (*χαυπε*)”. Baste recordar también que QUINTILIANO en su *Institutio oratoria* 7.2.24. y PLINIO EL JOVEN, en *Epistolae* 3.5.7, 9.20.2 y 9.36.2, le asignan el mismo sentido.

ULPIANO, *libro 8 omnibus tribunalibus*, en D.50.13.1.6, equipara los maestros de escuela a los copistas de libros, a los *notarii* y a los contadores o tabularios; PAULO, *libro 11 responsorum*, en D.29.1.40. pr. cuenta de uno que dictaba su testamento al taquígrafo para escribirlo con notas (*notario suo testamentum scribendum notis dictavit*) y SCAEVOLA, *libro 4 responsorum*, en D.40.5.41.3, menciona que LUCIO TICIO, rogaba en su testamento la manumisión de *Stichum notarium*. Por último, las Constituciones de Justiniano del año 530 en C.7.7.1.5. y de 531 en C.6.43.3. pr. tasan la manumisión del esclavo estenógrafo, *sin autem notarius sit vel medicus, sive in masculis sive in femina, notarius quidem usque quinquaginta, medicus autem usque ad sexaginta*. Y es que, ayer como hoy, las mujeres estaban mejor dotadas para la taquigrafía. AMELOTI aporta el testimonio que brindan los epitafios en lápidas funerarias, cual uno hallado en Roma, en el que PITIOSUS, recuerda *dulcissime coniugi Hapateni, notariae graeca* que tan sólo vivió veinticinco años.

Sin embargo, MARCO TERENCIO VARRÓN, en *De lingua Latina* compuesta en torno al año 37 anterior a nuestra era, como el mismo MARCO TULIO CICERÓN, no emplean la voz *notarius*, por lo que no se encuentra en el lugar correspondiente del *Lexicon* de MERGUET, tanto de los escritos filosó-

(8) *Epigrammaton*, libro V-VII. Bernat Metge. Barcelona, 1952, p. 29.

ficos (9), como de las oraciones forenses (10) ni en la monografía de GASTON MARIE DE CAQUERAY (11), pese al lugar destacado de Tullius Tiro, nacido el año 104 y manumitido el 54 o 53 a. de C. del que decía MARCO TULIO, *qui primus notas commentus est* y al que elogia en una de sus epístolas familiares (16.4.3) *innumerabilia tua sunt in me officia domestica, forensia, urbana, provincialia, in re privata, in publica, in studis, in litteris nostris* y al que reputaba (*Noctae atticae*, 6.3.8) un taquígrafo de *ingenio homo eleganti* que aparte de su *arte scribendum* no era en absoluto, *rerum litterarumque veterum indoctus* (12).

Estadios que sintetiza ÁLVARO D'ORS PÉREZ-PEIX (13), "la palabra «notario» evidentemente de «nota», que, aunque de etimología desconocida, «nota» tiene como más genuina aceptación la de «mancha en la piel»; es decir, señal, ya sea natural, ya artificial, por marca o tatuaje, que sirve para distinguir una persona, un animal, un objeto cualquiera; en una acepción secundaria, «nota» es la señal de indignidad personal, la infamante *nota censoria*, o, simplemente, el signo gráfico, literario o musical. En especial, «nota» es la abreviatura estenográfica y *notarii* son los taquígrafos, que redactan las actas de determinados trámites, por ejemplo, las actas de los magistrados, pero también pueden ser de gentes particulares o privados. Estos *notarii*, muy frecuentemente esclavos, no son los que hoy entendemos por notarios".

La intuición de MANUEL CUBIDES ROMERO, esa *Anschaung* que recababa como esencial para cualquier jurista

(9) *Lexicon zu den philosophischen Schriften Cicero's mit Angabe sämtlicher Stelle*. Jena, 1892, r/a. Georg. Olms. Hildesheim, 1971, tom. II, p. 757, voz: nota, notatio.

(10) *Lexicon zu den Reden des Cicero mit Angabe sämtlicher Stelle*. Jena, 1882, r/a. Georg. Olms. Hildesheim, 1962, tom. III, p. 370, voz: nota, notatio.

(11) *Explication des passages de Droit privé contenus dans les oeuvres Ciceron*. París, 1857, r/a, Aalen, 1969.

(12) MARTÍN SCHANZ - CARL HOSIUS, *Geschichten der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, 4.^a ed. München, 1966 & 178, p. 547.

(13) "Documentos y notarios en Derecho romano postclásico". En: *Centenario de la ley del Notariado. Estudios históricos*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1964, p. 86.

que se precie de serlo SAVIGNY (14), le hace esbozar elegantemente a CUBIDES una velada crítica a los que en suntuosos tratados, a base de repetir lo que tiene más de adivinanza que de realidad histórica, dice, pretenden “rastrear los orígenes y el desarrollo de la institución notarial” respecto a los que se circunscribe a dejar constancia, sin demasiado convencimiento, y que por honradez intelectual se ve obligado a hacerlo, un tanto a regañadientes, “al carecer, además, de fuentes idóneas y suficientes para emprender tal labor” crítica y de rectificación (15), como ponía de manifiesto SCHLOSSER (16) en la puesta al día de la obra de MOLITOR, dada la seriedad y avances producidos en la Historia del Derecho y, singularmente, en la ciencia diplomática, o de estudio de los diplomas.

Si error rayante en el ridículo sería querer ver notarios, no ya en el occidente romano, sino en civilizaciones anteriores, que, ciertamente, aun en los más rudimentarios grados de cultura, necesitaban de personas que cuando menos supiesen escribir y conferir estabilidad y firmeza a la *traditio* sustentada oralmente y dotar de consistencia a las relaciones entre los hombres, cual estudiaron para el mundo musulmán y hebreo nuestros colegas ANDRÉ LAPEIRE y FRANÇOIS DE TINGUY DE POUËT, temeridad, sin mejor causa, sería sostener que, pese a la ruptura del equilibrio entre Roma y Bizancio, las Constituciones surgidas en Constantinopla y sin-

(14) DIETER NÖRR, “Savignys Anschauung und Kants Urteils kraft”. En: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. Feitschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag. München, 1982, pp. 615 y sig.

(15) *Derecho notarial colombiano*, cit. p. 7.

(16) MOLITOR - SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*. Barcelona, 1980, trad. castellana mía de: *Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte*. Karlsruhe, 1975.

gularmente la obra magna del *Corpus iuris civilis*, alcanzasen un conocimiento suficiente para animar a los círculos culturales, marginados de la vida pública; pues, el hecho simbólico de que el hérulo Odoacro, en el año 476, con acuerdo del Senado de Roma, proclamaban que un solo Emperador bastaba para todo el Imperio, y remitía a Bizancio las insignias imperiales, lo que iba a implicar la separación del Occidente respecto al Oriente, sumidos ambos mundos, no ya partes de un mismo todo, en una serie de problemas y dificultades marcadamente diferenciadas e independientes.

De aquí que, los que en base a narraciones y no en documentos, han desbordado el ámbito de aplicación de las normas bizantinas, para, a falta de una legislación notarial en los territorios del oeste del Imperio, intentar darles entrada en ellos, lo que aparte del desconocimiento de una realidad desvirtuada, que se acoge más a lo que conservaba la memoria que a la norma, dado que la superior cultura de Bizancio, heredera del esplendor de Roma, excedía en muchos estadios a las elementales relaciones de vida entre pueblos germánicos, godos, burgundios, francos, longobardos, suevos, vándalos y alanos, sumidos en una movilidad casi constante, y más inclinados a ver al vecino como enemigo que al, incluso para los que con FERDINAND LOT, reconocemos que la convivencia en las *limes*, durante largos años, conllevan la “barbarización de la romanidad” (17) fruto de la cual es la aparición del “monasterio, en el que se realiza, sobre esta tierra, la ciudad de Dios; mas, fuera de él, se extiende el reino de la violencia y del pecado, el siglo.”, alumbrando en sus sombras el “derecho romano vulgar”.

Por lo que, entiendo que la empresa de escribir la historia del documento y del notario alto-medieval con criterios emanados de la copiosa legislación bizantina, como hace mi

(17) *La fin du monde antique et le début du Moyen Age*. París, 1938, p. 464.

admirado amigo el profesor genovés GIORGIO COSTAMAGNA (18), debe tomarse con las adecuadas reservas, sin que guarde mayor importancia el que alguna que otra expresión, como la de "tabelio" se aplique indistintamente en los documentos al escritor occidental.

Pero hay que mencionar un hecho que destaca CAECILIO FIRMIANUS LACTANTIUS, discípulo de ARNOBIO, africano, nacido en Nicomedia (19) que, en los primeros años del siglo IV, formado retórica pero no jurídicamente por FLAVIO, en su *De opificio Dei* o *De opificio corporis humani* deja unas páginas elocuentes acerca del estado de extremada pobreza en que la avidez insaciable de los moradores romanos del Bajo Imperio, habían dejado a las Galias (20): "tan grande había alcanzado a ser la multitud de aquellos que recibían en comparación al número de los que debían pagar esa enormidad de impuestos, que consumían las fuerzas a los trabajadores, los campos quedaban desiertos y las tierras cultivables se convertían en bosques".

"No sé —prosigue LACTANCIO— cuántos empleados de empleados se precipitaban sobre cada provincia, sobre cada ciudad, como incontables *magistri*, *rationales* o vicarios de los prefectos. Todas aquellas paupérrimas gentes no conocían más que amenazas, proscripciones, exacciones; que, aunque no muy frecuentes, al ser perpetuas, constituían ultrajes y latrocinios insoportables. Mas la verdadera calamidad pública, el duelo universal, se produjo cuando el azote del censo se exacerbó en las provincias, ciudades y pueblos, porque sus exactores se desparramaban como mancha de aceite, por doquier, perturbando y arrasándolo todo, a modo de invasión enemiga, tomando en asalto incruento, no por ello menos doloroso, a villas y ciudades, a campos y a despoblados. Se medían las labores agrícolas por los terrones de tierra,

(18) "L'Alto Medioevo". En: *Alle origini del Notariato italiano*, cit. pp. 151 y sig.

(19) BRANDT, *Über das Leben des Lactantius*. Wiener, 1890, p. 5.

(20) MICHELET, *Le Moyen Age. Les livres I a XVII de l'Histoire de France*. París, 1981, p. 68.

se contaban y numeraban los árboles, las cepas de las viñas. Se tomaba nota de los animales, se empadronaban los hombres. No se conocía otra melodía que los chasquidos del látigo y los gritos desgarradores de la tortura. Se aplicaba el tormento al esclavo fiel para obtener la delación de su señor; a la mujer, para forzar al marido; al hijo, contra su padre; y a falta de persona a que imputar, para que se acusasen a sí mismos; y, si vencidos por el dolor, resquebrajados y rotos, física y moralmente se rendían, se escribía lo que no habían dicho, con tal que actuase en su perjuicio. Ningún privilegio para la vejez o la enfermedad agudizadas por las dolencias inferidas por el desamparo y la inopia. Mientras tanto los animales disminuían, los hombres morían depauperados por el hambre, por las enfermedades y la miseria, único camino expedito para librarse de tanta carga y gabela, ya que todavía, no se había llegado a pagar el impuesto por los muertos”.

171

Y es que, como escribía AGUSTÍN DE HIPONA (*De civitate Dei*, IV.4.), “desterrada la justicia, ¿qué son los reinos, sino magnos latrocinios? Y los mismos latrocinios, ¿qué son sino pequeños reinos? (*remota itaque iustitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia? quia et ipsa latrocinia quid sunt, nisi parva regne?*).

No menos abrumantemente desconsoladoras se muestran las páginas del *Cronicón de Hydatius* o Idacio, español de Ganzo de Limia, en Galicia, obispo de Agua Flavia, que abarca los sucesos de los años 379 al 467, prosiguiendo la crónica de *Eusebius-Hieronymus*, el cronicón de IOHANNES, Abad de Biclario y posterior obispo de Gerona (de 567 al 570) que narra los acontecimientos, *quae temporibus nostris acta sunt ex parte quod occulta fides pervidimus, et ex parte quae de relatis fidelium dicimus* y que ISIDORO DE SEVILLA, reputaba (*De viris illustribus*, 62) de *historico compositaque sermone valde utilem historiam*.

De forma singular el godo Jordanes, cuyo abuelo fue notario del duque alano Candac y que el propio Jordanes

ejerció de notario con Guthigis, hijo de la hermana de Candac, *ante conversionem meam notarius fui*, confiesa en su historia de los godos (Get. 266); que ya obispo de Crotona, en 551 veía la luz intitulada *De origine actibus Getarum*, en la que recoge los fragmentos conocidos en su tiempo de la *Historia Gothorum* o *Getarum* de FLAVIO AURELIO CASSIODORO (526-533), con una conexión tan perfecta entre ambas obras, que pudo decir CIPOLLA (21) que “la historia de los godos, hecha romana por Cassiodoro, se hizo mesiogótica por Jordanes”.

172

Si algún trazo común mantiene la unidad de acción de estos cronistas, es la presencia de la corruptela, del estrapa-lucio y el desconcierto, que transforma a los hombres libres, en colonos y cultivadores y de éstos una indiscriminada clase de esclavos, que, a manera de caballos desbocados, convierten sus instrumentos de trabajo en armas para sus algaradas y asaltos, cometidos por las temidas *bagaudes*, que arrasaban poblaciones, incendiaban las tierras de labor y devastaban los territorios con más cruel saña que la que habrían podido emplear los más perversos y despiadados de los bárbaros, hechos éstos que movían a preguntarse a SALVIANO e IDACIO: “¿cómo se han producido las *bagaudes*, si no es por nuestra tiranía, por la perversidad de los jueces y por sus proscripciones y por sus rapiñas?”.

En la conciencia de estos pueblos jóvenes se va engendrando una noción de fuerza aglutinada, para no dejarse arrebatar, hasta sucumbir por el terror y el odio. Es así, como se va haciendo visible el ideal germánico, encarnado en el *Sigur* escandinavo, en el *Siegfried* o el *Dietrich von Bern* de Alemania, en los que se aúna el instinto viajero y la fuerza heroica que los griegos simbolizaron en dos personajes, Aquiles y Ulises. Mas, aquí y ahora, este hombre osado y

(21) “Considerazioni sulle «Getica» de Jordanes e sulle loro relazioni colle «Historia Getarum» de Cassiodoro Senatore”. En: *Memorie Accademie scienze di Torino*, tom. 43 (1893), p. 99.

astuto, tan loado por los argivos, sufre la maldición del pérfido Hagen, el asesino de Siegfried; este Hagen, de rostro pálido, que únicamente tiene un ojo, que ha excavado las entrañas de la tierra, que sabiéndolo todo, su obra se reduce a sembrar el mal. Es el reinado de la fatalidad que integra la atmósfera en que se desenvuelven las *Eddas* y los *Nibelungos*. El oro que Sigur roba al dragón Fafuir ha de llevarle a su ruina, que a su vez se propaga a sus asesinos, envenenados en un banquete por el avaro Atila, que no es otro, más que el caudillo de los hunos, sinecura de un mito desdibujado, extraído de una historia decadente, en la que se le llama Etzel, etimológicamente equivalente a cosa desmesurada y poderosa, cual una montaña, un río, singularizado en el Volga, que contornea Asia de Europa. Se habría dudado de su existencia real como hombre, si todos los autores del siglo V no se hubiesen ocupado de él, llegando a más, por ejemplo, PRISCO, que narra aterrorizado que lo había visto cara a cara; e IDACIO, que atestigua que, cerca de Orleans, había dado muerte a más de doscientos mil godos.

173

En este panorama se requerían historiadores que dejaran marcada constancia de estos episodios para instrucción de la posteridad, siguiendo la doctrina de PAULO OSORIO y de SAN AGUSTÍN, del paulino *iustitia elevat gentes, miseros autem fecit populus peccatum*; y de poetas que insuflaren valor al espíritu para hacerlo transcender de tanta desolación y ruina, por lo que, poco o más bien nada, en este ambiente, tenían que hacer, evidentemente, notarios y filósofos. ¿Para qué se necesitaba el modelo del *tabelio* bizantino, funcionarizado, cual se desprende de la *notitia dignitatum*, que burocratizado, en gradaciones palaciegas, acaba por desaparecer, sumido en el desprestigio y en la parcialidad? Era una institución caduca, otoñal, que ningún atractivo guardaba para la eclosión primaveral de los pueblos jóvenes de la Romanía, perdido su valor de ejemplaridad, salvo el rescate del nombre de *tabeliones* para conferir empaque en una fingida traducción a los notarios carolingios, y, si se quiere, para poco más.

III

Este ambiente aniquilador, desolador, de escasez de recursos y de abrigada desconfianza, de resentimiento y de sospechas, de pobreza de medios y de relaciones asequibles, de sólo mirada libre para contemplar el horizonte, todo afán material de mejorar se precipita a su ocaso, salvo la fe en Dios, que anima la esperanza de alcanzar mejores tiempos. Lo ha escrito EDOUARD SALIN (22) que “en el siglo V la Iglesia vive profundamente ligada al Imperio, que se desmorona”.

Es, probablemente, en su seno en el que se crea la expresión “Romanía”, que según LABRIOLLE (23) “adquiere conciencia de su originalidad diferente, en la hora en que, de todas partes, se siente amenazada”. Con lo que, se confiere virtualidad al pensamiento de SAN AMBROSIO (24), que describía a los bárbaros entregados activamente a la erotomanía y a la rapiña, saliendo a su encuentro SAN JERÓNIMO (25) que compara la diferencia que hay entre el mundo romano y el mundo bárbaro, a la que existe entre el bruto mudo y el ser dotado de palabra.

En este mismo orden de ideas, continúa SALIN, el siglo VI se ha llamado “el siglo de las ermitas”, de los solitarios, que en consonancia con la soledad de la vida, en que se encuentran sus semejantes, se aíslan aún más, para vivir exclusivamente con Dios, cual San Basle, venido del Limousin, en Lorena; San Friard, que, acompañado por el Abad Sabandus, en otro tiempo *missus* del rey Clotario, y del diácono Secondallus, se retira cerca de Nantes, en la isla de Besue; San Caluppanis, que vive como troglodita en Méallet, en el Cantal; o, como una jovencita, que luego de experimentada una visión, pide a Santa Radegunda, “el favor

(22) *La civilisation mérovingienne. D'après les sépultures, les textes et le laboratoire. I. Les Idées et les faits.* París, 1949, pp. 73, 77, 79, 82.

(23) “L'Eglise et les Barbares”. En: *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours.* Dirigida por Fliche y Martin. IV. París, 1939, p. 355.

(24) *De officiis* II. 70-71; III, 84.

(25) *Epistolae*, 77.8.

de una celda”; Hospicio, que hacía transcurrir su existencia en una torre en Niza; y, finalmente, el diácono Walfroy, que, imitando a Simón de Antioquía, vivía como *stylita* años y más años, soportando el inhóspito clima de las Ardenas.

Hacia el 590, en tanto que *en Gaulle la flamme vacille*, desde el monasterio de Jona, sepultura de setenta reyes de Escocia, de *la mère des moines, l'oracle de l'Occident au VIIe. et VIIIe. siècle*, de la “isla de los Santos” parte el irlandés San Colomban, acompañado de Gallen, llamado a ser el “Apóstol de Alemania” y de once compañeros más. *L'homme de Dieu*, como las crónicas apelaban a Colomban, visitaba al rey Theudeberto, aconsejándole que venciese su arrogancia y presunción, para lo que debía hacerse clérigo, entrar en la Iglesia, sometido en su seno a la religión santa, a fin de que el miedo y zozobra a perder su reino temporal no le arrastrase a la pérdida también del de la vida eterna. La estruendosa carcajada de Theudeberto amplificada en su eco por la adúladora de sus cortesanos, fue la contestación a la insolencia de pretender nada menos que un merovingio abrazara el monacato. “Pues bien –terció Colomban– aunque desdeñe el honor de ser clérigo, ¡lo habrá de ser, mal que le pese!”. Los merovingios, *malgré tout* entran en la Iglesia, mientras que, los carolingios se precian de haberlo hecho volutaria y complacidamente. El tronco de los carolingios, Arnulfo, tiene a un hijo Obispo de Metz, ocupado después por Dorgón, hermano de Luis el Piadoso; también hermano de Arnulfo era el abad de Bobbio y su nieto Wandrille, alcanzaba los altares. Un hermano de Pipino el Breve, Carlomán, se hace monje en Montecasino, y otros dos ocupan la silla arzobispal de Rouen y la abacial de Saint-Denis. Los primos de Carlomagno, Adalhard, Wala y Bernard, son monjes benedictinos. Es la descripción que efectúa documentalmente CHRISTIAN COURTOIS (26).

(26) “Die Entwicklung des Mönchtums in Gallien von heiligen Martin bis zum heiligen Columban”. En: *Mönchtum und Gesellschaft im Frühmittelalter*. Dirigida por Friedrich Prinz. Darmstadt, 1976, pp. 13 y sig.

Para librarse de las temidas invasiones de los pueblos del norte, frisones, sajones, alamanes, se precipitaban hacia el Rhin, alucinados por las riquezas que se contaban de las Galias. Como instrumento adecuado a la conjuración del peligro, Carlos Martel, Pipino y el mismo Carlomagno, se sirven de los monjes; y así, Bonifacio y sus *peregrini gentes scotorum* (27) pacifican a estos belicosos pueblos por su conversión al catolicismo, penetrando en sus raíces culturales, como acredita la germanización de su nombre en Winfried y funda en el corazón de la barbarie el monasterio y la escuela de Fulda, llamada a ser la "luminaria de Occidente" (28).

Como escribía en otra ocasión "lo que con cierta impropiedad ha obtenido carta de naturaleza, el "renacimiento carolino" no es, propiamente, más que un nacimiento a la fe, a la cultura cristianizada, algo que paulatinamente iba suplantando a los conocimientos clásicos, incapaces por su grado de elevación para atender a las necesidades más perentorias recabadas por la escritura, el saber leer y escribir. El mismo Carlomagno aprendió a escribir cuando ya era rey de los francos y no dejó de ser más o menos encubiertamente censurado por los cronistas coetáneos que mostrase acusada predilección por los monjes extranjeros, destacando su elemento romano, siendo así que normalmente hablaba en alemán, queriendo hacer, como Chilperico, una gramática de esta lengua y su necesidad de contar con soldados germánicos para sus continuas empresas" (28 bis).

Al igual que a Colomban, su maestro, desde el año 610, Gallus o Gallen es apelado, *der Mann Gottes*, el hombre de Dios. Desde entonces da comienzo la actividad documental

(27) Vid: WILHELM LEVISON, "Die Iren und die Fränkische Kirche". En: *Mönchtum und Gesellschaft*, cit. p. 104.

(28) WILHELM ARDNT, "Leben des heiligen Bonifazius von Wilibald, der h. Lioba von Rudolf v. Fulda, des Abtes Sturmí von Gígil des h. Lebuin von Hucbald". En: *Die Geschichtschreiber der deutschen Vorzeit*. Berlín, 1863.

(28 bis.) "La actividad documental de los Monjes de Sankt Gallen en los siglos VIII al XII". *RDN*, núm. 137 (1987), pp. 247 y sig.

de los monjes de Sankt Gallen y de Reichenau, en sus monasterios surgidos en el entorno del lago de Constanza o Bodensee, en su pleno esplendor bajo los Abades Otmar y Walahfrid, respectivamente en uno y otro. La serie de documentos elaborados en esta abadía fueron recogidos en el *Urkundenbuch der Abtei Sanct Gallen* por HERMANN WARTMANN (29). Las bases fundamentales de los diplomas publicados en la recopilación, están constituidas por el *Codex Traditionum Sancti Galli* que contiene las donaciones y censos efectuados desde los tiempos más antiguos, las precarias y las permutas adicionadas con la relación de censatarios, las rentas del monasterio y la rodalia entre los años 700 al 1360. La *Sangallensis Farrago de Collegiis et Monasteriis Germaniae veteribus*, 1537, de JOACHIM VON WATT O VADIANUS, refiere que en un tiempo había en el monasterio más de 1.200 documentos de donaciones, que *paucis autem ob barbarorum characterem lectae aut intellecta sunt*; es decir, que por su extraña escritura, sólo muy pocos podían leerlas y alcanzarlas a entender, si bien, incendios y asaltos por revueltas de comarcanos, tomaron a su cargo, el liberar al lector del problema, por falta de esos documentos.

La vida cultural en la temprana Edad Media se irradiaba desde los monasterios benedictinos. Y en ellos también se recuerda a los reyes, duques, condes y señores feudales, la exigencia divina de aplicación de la Justicia. Cuando en el año 780 Carlomagno, de paso hacia Italia, visitaba Constanza con su esposa Hildegard, se entrevistaba con el obispo Johannes II, que entre 760 y 782 reunía en su persona la titularidad de las Abadías de Sankt Gallen y de Reichenau, recibiendo a los monjes de ambos cenobios. Las fuentes históricas contemporáneas silencian este hecho; pero la leyenda, lo da por supuesto: en la mansión en la que el

(29) *Urkundenbuch der Abtei Sanct Gallen. Auf Veranstaltung der Antiquarischen Gesellschaft in Zürich*. Vol. I (700-840); Zürich, 1863; vol. II (840-920), Zürich, 1866, vol. III (920-1360). St. Gallen, 1882.

monarca de la “Barba florida” se alojaba, en el torreón de la puerta de entrada hizo poner una campana, que debía tocar, para anunciarse, todo aquel que acudiese a demandarle justicia. Mientras comía tocó la campana y al acudir a abrir los servidores no vieron a nadie. Volvió a escucharse el tañido y fue entonces cuando los mismos servidores contemplaron asombrados que el visitante era una gran serpiente, enroscada a la cuerda que movía la aldaba. Anunciado el extraño huésped, el Rey no dudó en concederle paso para acceder a su presencia, ya que, pensaba, que también los animales tenían derecho a recibir justicia. En su *Richterstuhl* esperaba el desarrollo de los hechos: inclinó respetuosamente la serpiente su cabeza a Carlomagno, pidiéndole la siguiese hasta el bosque de los aledaños de la ciudad de Liminat, a fin de que comprobase cómo un sapo descomunal se comía los huevos depositados en su nido. El monarca condenaba a muerte al sapo felón. Días después, de nuevo hizo presencia la agradecida serpiente en la ocasional mansión regia y rodeando la mesa real, dejó posada en una de las copas una piedra preciosa, que Carlos regaló a Hildegard. La piedra atesoraba una propiedad secreta: su poseedora gozaría perpetuamente del amor y benevolencia del Rey. Inopinada y raudamente Carlomagno se sintió inflamado en amor por su esposa, cual hombre alguno con anterioridad lo había experimentado. Cuando Hildegard, apenas con veinticinco años moría, tuvo buen cuidado en ocultar la piedra debajo de su lengua para que, de este modo, jamás llegara su marido a dejarla caer en el olvido.

El “Renacimiento carolingio” es la obra intelectual de monjes y prelados, de santos y de sabios, atraídos por Carlos el Grande, como muestra la leyenda oral, expandida entre las más humildes gentes por los versos recitados por los juglares, recogidos en el poema de GUILLAUME FIÈREBRAU (30): “Todo lo excelso retorna a la «dolce France» /

(30) *Poètes et romanciers du Moyen Age*. Gallimard. París, 1952, p. 159.

El más grande de los reyes, se llama Carlomagno / El cielo contempla extasiado a la «dolce France» /: No hizo tierra Dios que no lo reconozca / Se acercan a él Baviera y Alemania / Y Normandía y Anjou y Toscana / y Lombardía, y Navarra y Bretaña”.

Observa KARL BOSL (31) que monacato y episcopado no aparecen ya como tema especial de una historia de la Iglesia en sentido estricto y tradicional, sino como aspecto peculiar de la historia de la constitución y de la sociedad. Lo cual no significa una “profanación” o desintegración de la Iglesia, sino el desenlace de una normativa, con autolimitaciones teológicamente conscientes para así poder penetrar en la vida de los hombres, de los grupos humanos organizados, en las corporaciones, e integrarse en ellos y dotarlos de operatividad.

IV

179

HARRY BRESSLAU (32) continuador de la mejor tradición de la ciencia de los diplomas, iniciada por el jesuita DANIEL PAPEBROCH (1628-1714) y por el benedictino JEAN MABILLON (1632-1707) monje de Saint Denis y luego de Saint Germain des Prés, que en 1681 daba a conocer su obra maestra, introductora de estos estudios, intitulada *De re diplomatica, libri IV* y en la que recuerda que cada documento, en un cierto tiempo, suele confeccionarse siempre de análoga forma, lo que establece la posibilidad del estudio separado de las dos partes que, casi de manera constante, lo integran. Una, la referente a las solemnidades propiamente documentales, que constituyen, por así decir, la identidad del docu-

(31) *Die Grundlagen der modernen Gesellschaft im Mittelalter. Eine deutsche Gesellschaftsgeschichte des Mittelalters.* Stuttgart, 1972, pp. 73 y sig.

(32) *Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien.* Tom. I. Leipzig, 1889, cap. III, p. 41.

mento y que se significan como fórmulas del protocolo; de las cuales, las que encabezan el diploma se designan “fórmulas de introducción” (*Eingangsformeln*), o bien protocolo, *stricto sensu* y las que lo terminan, se apelan, “fórmulas de cierre” (*Schlussformeln*) o estatocolo. La otra parte, que forma el cuerpo central o “contexto”, según BRESSLAU, corresponde al contenido del documento, por lo que, varía normalmente de un negocio instrumentado a otro. Por ello la variedad en su redacción, según los actos, implica una exigencia que ha de cumplir, en congruencia con las características del caso particular.

El libro de fórmulas *Baumgartenbergensis*, alude al contexto como *tenor specialis, qui ex proprietate ipsius materiae dinoscitur emanare* y señala al protocolo *generalis cuiusdam tenoris formulae*. Sin embargo, sería erróneo afirmar que no exista una interrelación entre “contexto” y “protocolo”, pues, de ser así, no se explicaría que algunas fórmulas tipificadoras de un concreto acto, se omitan y sean sustituidas por otras en actos de naturaleza diversa, sin que por ello se considere incompleto o mutilado el diploma.

Es lo que presenta esquematizado BRESSLAU:

a) *Fórmulas del protocolo inicial y del estatocolo.*

1. *Invocatio*.— Impetración del nombre de Dios en el encabezamiento del documento. Puede expresarse con palabras o por medio de signos simbólicos monogramáticos.

2. *Intitulatio*.— Indicación del nombre y título del autor, frecuentemente unida a la *formula devotionis* que expresa el agradecimiento que éste, por su rango terrenal, debe a la gracia de Dios.

3. *Inscriptio*.— Expresa la persona o personas a las que se dirige la declaración de voluntad contenida en el documento. Muchas veces se acompaña de una *formula salutationis*.

4. *Subscriptiones*.— Atañe a las firmas, sean o no de puño y letra. Normalmente se efectúan por este orden: testigos y confirmantes; requirente del documento y escritor o notario que lo extiende.

5. *Datatio*.— Fecha y lugar.

6. *Apprecatio*.— O ruego (*rogatio*) breve oración final para que se cumpla la voluntad alojada en el instrumento.

b) *Fórmulas del contexto*.

1. *Arenga*.— Motivación que origina el nacimiento del documento.

2. *Promulgatio*.— Publicación de la declaración de voluntad que inspira el documento a los destinatarios designados en la *inscriptio* o a la comunidad cristiana.

3. *Narratio*.— Relato de las circunstancias objetivas que han precedido, en el caso concreto, a la confección del documento.

4. *Dispositio*.— Efectividad traslativa de la voluntad del requirente de la confección.

5. *Sanctio*.— O *formula poenalis*. Amenaza de una multa para la vulneración del contenido instrumental, con referencia a males divinos y a veces, con la consignación de una promesa de recompensa para su observancia.

6. *Corroboratio*.— Indicación de los medios de credibilidad del instrumento.

181

V

OTTO POSSE inicia su introducción a la diplomática (33) refrescando la memoria, de que, ciertamente, el Derecho germánico de los más antiguos tiempos, no conocía la prueba documental sino únicamente la de testigos, producida, sin duda, por influjo del Derecho romano; sin embargo, en los derechos populares alamanes y bávaros, se dispone que sólo se puedan hacer las donaciones a las iglesias mediante documentos y que, asimismo, el patrimonio de la Iglesia tan sólo pueda mejorarse en base a un documento. Mas, aun

(33) *Die Lehre von der Privaturkunden*. Leipzig, 1887. r/a. Walter de Gruyter. Berlín, 1974, p. 62.

cuando el hecho de la “tradición” o entrega se ejercita por la declaración testifical cuya credibilidad se garantiza por la firma o el refrendo del donante, la de los testigos y la del escritor, no es menos cierto que el documento exonera a la Iglesia de cualquier otra prueba ante los Tribunales, por lo que de cuestionarse, por ejemplo, la donación mencionada en el instrumento, permanece inimpugnable. Únicamente si surgen discrepancias respecto a su alcance, en aquellas calendas en que al escritor no se le reconocía valor fedante alguno, se ha de acudir al juramento de los testigos, para lo cual, entonces, el documento ejerce la función de memoria de estos mismos testigos.

El estudio de KARL ZEUMER, recopilado en los *Monumenta Germaniae Historica* dirigidos por TEODORO MOMMSEN, las *Formulae Merowingici et Karolini aevi* (34) y las aportaciones de HARRY BRESSLAU (35), EUGÈNE DE ROZIERE (36), HEINRICH BRUNNER (37) y más recientemente de ALF UDDHOLM (38) permiten extraer una nota común: la de haberse generado en torno a los monasterios benedictinos. Son fórmulas monacales que sitúan al notariado latino —la denominación de *latinus* la aplica por primera vez BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, en sus *Commentaria in secundam Digesti partem*, fol. 4, núm. 3—, en sus orígenes, no en la pretendida sucesión de los funcionarios bizantinos, que incitaban a clamar a CESARE PAOLI (39), henchido de sentimientos romanistas, pero con notoria inexactitud, que “los tabeliones son los

(34) “Formulae Merowingici et Karolini Aevi. Accedent ordines Iudiciorum Dei”. *MGH. Legum. Sectio V. Hannoverae. MDCCCLXXXVI.*

(35) *Handbuch der Urkundenlehre*, cit. tom. I, cap. XI, pp. 608 y sig.

(36) *Recueil Général des Formules usitées dans l'Empire des Francs du Vème. aux Xème. siècle.* París, 1859.

(37) *Deutsche Rechtsgeschichte.* Tom. I, 3.^a ed. Berlín, 1906. r.a. Darmstadt, 1961. § 59. p. 575.

(38) *Marculfi Formularum libri duo. Collectio Scriptorum veterum upsaliensis.* Upsaliae MCMLXII.

(39) *Grundriss zu Vorlesungen über lateinische Paleographie und Urkundenlehre. III. Urkundenlehre.* Trad. it. Karl Lohmeyer. Innsbruck, 1899, cap. 12: *Das notariat*, p. 97.

adelantados de nuestros notarios”, haciendo de JUSTINIANO y sus muchachos, los patrocinadores de la ordenación del notariado, que ya había sustentado DURANDO (40); si bien, la exigua influencia que puedan haber ejercido aquellos funcionarios, tan apenas dejó huella de su paso en las cancillerías imperial y real, o si se quiere en aras a una mayor universalidad en la Pontificia, bastando los primeros embates para que, como sólo era superficial, se diese al traste con ella, al tiempo que seguía perviviendo con su luz propia el notario humilde, al que con su laborar sirvieron de modelo y de enseñanza los monjes. De aquí que el notariado actual esté más cerca de San Benito que de Justiniano. Y es merced a ello por lo que fue y sigue siendo vida y no historia. Fenómeno que explica GIULIO VISMARA (41) cuando escribe que “hay una transmisión de formularios –o sea, conjunto de fórmulas– notariales de región a región, de reino a reino. La difusión no es, sin embargo, el fruto inmediato de situaciones políticas o de autoridad de una escuela, que por virtud propia se arriesga a superar la esfera circunscrita al territorio en que opera: la propagación tiene lugar mediante organismos religiosos. Por este camino se explica, por ejemplo, la penetración aislada, en el territorio de GAETA de un formulario bastante difundido en la región de la Galia meridional y la presencia simultánea del mismo formulario, con las oportunas adaptaciones, en Inglaterra. Son los grandes monasterios, en el supuesto contemplado el de Cluny, los que han contribuido a diseminar las fórmulas instrumentales notariales con las ideas religiosas y políticas penetradas en ellos”.

En la lontananza de su cenobio iba a ser poco menos que imposible alcanzar a columbrar Benito de Nursia, ya en Subiaco o en Montecassino, que los monjes de su *dominici*

(40) *Il Tabellionato o Notariato nelle leggi romane, nelle leggi medioevali italiane e nelle posteriori specialmente piemontesi*. Turín, 1897, I, cap. 3, pp. 104 y sig.

(41) “Leggi e dottrina nella prassi notariale italiana dell’alto medioevo”. En: *Confluence des droits savans et de pratiques juridiques*. Actes du Colloque de Montpellier, 12-14 dec., 1977. Milano, 1979, p. 339.

schola servitii, sin salirse de sus *Regulae de regere animas et multorum servire moribus*, se verían precisados a alternar la reja del arado con la pluma, para roturar los papeles al igual que los terrenos, y hacer predios e ingenios cultivados, de lo que no eran más que yermos improductivos, aunque feraces. Labor de arado intelectual es la escritura del monje, cual rememora ISIDORO DE SEVILLA (Ethim.VI.9.2) “volvamos la reja del arado sobre la cera –del pergamino– y aremos con punto de hueso” (*vertamus vomerem, in cera, mucroneque aremus*).

184 Este magisterio de lo escrito, único medio atalantado para resistir los embates y acosos de estos tiempos rudos y errátiles, de labilidad y aislacionismo, al que aplica una parte de su actividad el clérigo y el monje, se recoge en un misal mozárabe de los siglos VIII o IX, conservado en Verona: “Aguijoneaba a los bueyes, araba los campos albos –el pergamino o el papel–, sostenía un arado álfico –la pluma– y sembraba una semilla negra –la escritura– (*se pareva boves, alba pratalia araba et albo versorio teneba et negro semen seminaba*). Análogamente, en el *Ackermann aus Böhmen* se refiere: “me llaman un labrador, de plumaje es mi arado” (*ich bin genannt ein Ackermann, Volgelwat ist mein pflug*), que ARTHUR HÜBNER glosa “la pluma es mi arado”.

La ausencia de valores retóricos en los documentos, la exigencia impuesta por su estilo forense, se avienen perfectamente con las enseñanzas prodigadas desde San Jerónimo acerca de la “parvitas” equiparada a la “rusticitas”, de las que se precian los monjes, cual reconocía MILÓN DE SAINT AMAND, mediado el siglo IX, en comentario al Eclesiastes VI.6. *rusticitate autem meae veniant date; necesse est, quia rusticatio, ut quidam ait, ab altissimo creata est*.

Una fuerza poderosa estimulaba al monje para dejar su nombre, lo más escueto posible a la “árida sobriedad de las frases documentales” (*ieiunae macies orationis cartularis*), dejando vestigios de la paternidad de su escrito, cual expresaba, con su antífrasis hebraica el famoso Rabi Sem Tob, co-

nocido por don SANTOS DE CARRIÓN, en sus *Proverbios morales* escritos a mediados del siglo XIV bajo el reinado de Pedro I el Cruel: (B.A.E. Rivadeneira, tom. 57. Madrid, 1952, p. 359, estrofas 444 a 453).

“La palabra a pueca / sazón es olvidada,
e la escriptura finca / para siempre guardada.
E la rrazon que puesta / non yaze en escryto,
tal es como saeta / que no llega al fyto.
Los unos de una guisa / dizen, los otros de otra;
nunca de su pesquisa / viene çierta obra:
de los guy estobieron, / pocos se acordarán
de como lo oyeron / e non conçertaran.
Sy quien bravva, quier mansa / la palabra estal
como sombra que pasa / e non dexe señal.
Non a lança que falze / todas las armaduras,
nin que tanto trespase / como las escripturas.
Que la saeta lança / fasta un cierto fyto,
e la letra alcança / de Burgos a Aibto (-Egipto-,
según don Pedro José Pidal)
E la saeta fyere / al byvo que se syente
e la letra conquiere / en vida e en muerte”.

185

Es el santo y seña del monje y el clérigo. Frente al menosprecio de los laudes encomiásticos de sabor mundano, buscan eludir el protagonismo que pueda conllevar la aparición de su nombre. Lo que no sucede en la escritura notarial del documento, en donde al no entrar en juego razones retóricas o meramente estilísticas, sin rebozo alguno, acreditan su presencia, por primar en ella el servicio prestado a los demás, su contribución a facilitar la regulación de las normas de convivencia entre las gentes, sin que con ello, según JULIUS SCHWIETERING (42) extender el documento, no podía significar vanidad alguna, recordando las enseñanzas de

(42) *Die Demutsformel mittelhochdeutscher Dichter*. Berlín, 1921, p. 3.

Jesús, transmitidas en el Evangelio de Lucas (14.11) *quia omnis qui se exaltat, humiliabitur; et qui se humiliat, exaltabitur*; motivo por el que acostumbran agregar a su nombre las *formulae humilitatis vel indignitatis* al estilo de San Pablo, que se reputaba, *servus Iesu Christi, vocatus apostolus* (Rom. 1.1.); *vinctus Christi Iesu* (Phil.1.1.); *servus Dei* (Titum 1.1.); y *minimus apostolorum, qui non sum dignus vocari apostolus* (1 Cor.11.30).

VI

En los dilatados márgenes de esta atrición ascética, MARCULFO, en el siglo VIII iniciará sus *formulae*, intitulándose *ultimus ac vilissimus omnium monachorum*, con más de setenta años cumplidos (*cum fere septuaginta aut amplius annos*), la mano trémula, imposibilitada para escribir (*et nec iam tremula ad scribendum manus est apta*), ojos oscurecidos, debilitados para ver (*nec ad videndum nihi oculi sufficiunt caligantes*), sin disposición del entendimiento para pensar (*nec ad excogitandum sensus sufficit habitudo*), por lo que, al no poder hacerlo esmeradamente como quise, lo hice como pude (*propterea, eliganter facere non potui, ut volui; feci ut potui*), para ejercitar a los jóvenes iniciados (*sed ad exercenda initia puerorum*) para cuyo propósito bastaba que escribiera simple y llanamente (*aperte et simpliciter scripsi*).

No está por demás advertir, que, aún en nuestros días, mantiene una cierta actualidad el hecho de querer significar como trazo genuino de la historia del notariado, el tratar de escribirla sobre los impropiamente llamados “formularios”, que son reproducciones de escrituras, puestos de moda en los siglos de plomo del notariado, cuando por ser oficios enajenados había que recubrir la ignorancia copiando por las buenas modelos más aptos para las papeleras que para figurar en los anaqueles; siendo así, que las *formulae* jamás las llamaron sus coetáneos “formularios”, pues como destaca HEINZ

ZATSCHEK (43) son “colecciones de fórmulas” (*Formelnsammlungen*) frente a las auténticas fuentes documentales que según EDMUND STENGEL (44) se designan “libro” o “cartulario”.

Sobre *formulae* aprenden los escolares a redactar los documentos que entran o salen de su monasterio; en ellas ejercitan su escritura y asimilan el esquema aplicable al instrumento que ha de salir de sus manos, gustando de esteriorizar su pericia transmutando la colocación de las palabras, singularmente los adjetivos y el verbo, como delineando un estilo personal, que rompe la monotonía del anonimato. Las *formulae* sólo conservan valor de precedente, de orientación o guía, en un momento determinado, si se carece de una tradición instrumental o si merced a la creación de un nuevo cenobio, los monjes bisoños, se las llevan bajo el brazo para con ellas dar los primeros pasos instrumentales en su nuevo asentamiento. Ésta es, quizá, la explicación de Vismara.

187

En este orden de ideas conviene destacar que el documento o diploma, cualquiera que sea la denominación que se le aplique, “epístola”, “carta”, no trasluce indicio alguno de ser la copia de otro, por cuanto más bien delata haberse redactado a viva voz, como muestran la confusión de las labiales (*-pietas* = *bietas*; *prespiter* = *presbiter*); las alteraciones de oclusivas; la reiteración de las sibilantes, cual a modo de nuestras muletillas, que algunas veces, trascienden a la fórmula o bien dejan huella de su confección, que no ha reparado en suprimir o borrar el coleccionador, cual sucede, *verbi gratia*, en la Fórmula 22 de las *Formulae Salicae Bignonianae*; *publiciter in anno 15 regnante*; en la Fórmula 32 de las *Cartae Senonicae* en vez de omitir con *illi* el lugar, indica: *in honore Sancta Maria el Sancti Petri et Sancti*

(43) *Die Benutzung der Formulae Marculfi und anderer Formularsammlungen in der Privaturkunden des 8 bis. 10 Iharhundert*. Mitteilungen des osterreichisten Institut, sin fecha, p. 165.

(44) *Urkundenbuch des Klosters Fulda. Die Zeit der Abte Sturmi und Bangulf*. Marburg, 1958.

Pauli, Gaico monasterio, constructo in pago Wastinense; en la Fórmula 6 de las *Formulae Bituricensis, anno 14 regni domini gloriosissime regis* (Pipino el Breve); en la Fórmula 15 de las *Sangallenses Miscelaneae, notavi diem Martis 2 Kal. Febr. annum K. imperatoris 6, Adalbertum comitem*; y, finalmente, en la Fórmula 22 de la *Collectio Sangallensis Salomonis III tempore conscripta, notavi diem dominicum Kal. Martii tertio anno regnante K iuniore* (Kalori III) *sub Adalpertus comite*. Para el escritor del instrumento que copia la fórmula 15 de las *Miscelaneae*, el conde es Adalbertum; mientras que el monje del que se copia la fórmula 22 de la *Collectio*, por oído ha escrito Adalpertus, en congruencia con lo que precedentemente expongo.

Hay una fórmula que, por su candor, resulta conmovedora. Aparece en el *Urkundenbuch* de la compilación de Wartmann, W. 702 del 13 de mayo de 896, en la que el monje-notario, se identifica así: *Ego, Engilbret servus servorum Sancti Galli vice Peronis prepositi, scripsi et subscripsi*. Es cierto que el δοῦλος θεοῦ (esclavo de Dios) sirve de fundamento y referencia al *servus Iesu Christi* paulino, según San Mateo (20.27) “el que quisiere ser el primero entre vosotros, que sea vuestro esclavo” (καὶ ὃς ἂν θελήῃ ἐν ὑμῖν εἶναι πρῶτος, ἔσται ὑμῶν δοῦλος). Mas no sería afortunado acogerse a estos precedentes para justificar a ENGILBRET, que posiblemente quedaría impresionado al leer algún diploma pontificio, con el *servus servorum Dei*, utilizado como *formula humilitatis* por el Papa, análogamente a como en la Form. 17 de las *Salicae Lindebrogianae* lo hacía un obispo, *acsi indignus peccator, ultimus omnium servorum Dei servus*, o en la Form. 11 de las *Senonienses Recentiores* que un abad se intitula *ultimus omnium servorum Dei servus*. Dicho está que, la ponderación de semejantes expresiones enfervorizó el pensamiento de ENGILBRET, y en paragon a la autoridad universal del Papa, o la territorial de un obispo debía mantenerse sin traspasar los muros de su monasterio y, en consecuencia, dejar constancia de su humildad de *servus servo-*

rum Sancti Galli. Y como curiosidad, en el W. 703, escrito por ENGILBRET el mismo día, simplemente se califica de *humilis monachus atque diaconus*, sin que ya vuelva a aplicarse en documento alguno posterior; pese a que unos cincuenta años antes, en W. 644 de 16 de mayo de 844, ROUADKERUS había intentado disimular el tratamiento con el de *indignissimus servorum Sancti Galli*.

Por último, para que pueda verse cómo la fórmula no era un aditamento estereotipado y hierático, sino que se pretendía insuflarle vitalidad, en W. 722, ELOLF, el monje escritor se designa *subdiaconus cucullariorum* y en el W. 729 se adjetiva *indignus subdiaconus et Sancti Galli cucullariorum* para, no sin ciertas dosis humorísticas, dar lugar al equívoco que la locución *cucullarius* entraña, pues, si en su acepción normal significa “monje de cogulla o de capilla” como tropo designa a los holgazanes o perezosos. Quedaba a criterio del intérprete, darle el juego que mejor quisiera.

189

VII

Las fórmulas instrumentales altomedievales, cobijan en ellas todos los actos de transcendencia religiosa, moral o jurídica. El acuerdo, convención o contrato, el acto o hecho de que se trate, se ha producido o tenido lugar ya extradocumentalmente. Por lo que, hay que tomar buena cuenta, que la “epístola”, la “cartula” o “carta” y en general el diploma, no intervienen en su creación, respecto a la que permanecen ajenos, sino que lo fortalecen *a posteriori* al actuar como recordatorio de la memoria, cual rimaba el RABÍ SEM TOB, a manera de medio de prueba privilegiado, cuando no acreditan el cumplimiento de las fases previas o el tracto sucesivo en su ejecución, pasando a ser complemento del negocio antecedentemente efectuado, cuya vigencia reflejan. No se está, por tanto, en presencia de una *renovatio negotii* sino de una reiteración referida a la causa que lo motivó, me-

dante una abstracción, que en caso de incumplimiento, está dotado de fuerza ejecutiva en virtud de la *stipulatione sub-nixa*, que, precisamente, correspondía a la *stipulatio Aquiliana* que posibilitaba la conversión en dinero de las obligaciones pendientes, a tenor del contenido del documento.

De la pluralidad de fórmulas instrumentales, tantas como se iban poniendo de manifiesto por exigencias del desarrollo de las cada vez mayores relaciones de convivencia, merecen especial atención, las más generalizadas, sobre las cuales se cimenta la persistencia estable de los moradores que se agolpan en torno al monasterio, primero; y, a la ciudad, surgida a su imagen y semejanza, después. Son, fundamentalmente las ventas y donaciones y los precarios con sus *precaria*, *prestaria*, *comandatia* o *commendatitiae*.

I. Ventas y donaciones

Propiamente no se habla, ni puede hablarse de compra, porque el que requiere el documento es siempre unilateralmente el vendedor –lo mismo el donante respecto a la donación– dado que con anterioridad a tal requerimiento ya ha vendido y percibido el precio, sin que el comprador que pagó tenga más prueba que la testifical. Es un reconocimiento de deuda para cuyo finiquito únicamente le falta “desposesión” del vendedor, para que pase la posesión, como relación de hecho con la cosa, al que compró.

Sobre estas breves consideraciones, se aprecian las siguientes variantes en las diferentes fórmulas:

a) FORMULAE ANDECAVENSES.

Form. 21.–Incipit venditio.

“En efecto, yo (fulano). Me consta que vendiese y así vendí aquel campito que mide tantos modios –medida de 120 pies cuadrados– que está en el *terratuturium* (DU CANGE:

territorio. *Glossarium*, tom. VIII, p. 75) de San X, en la villa— y linda por un lado con el campo de (zutano) por el precio tasado, que me convino de tantos sueldos para que en todo caso, desde el día de hoy en ese campo hagas lo que quisieses, sin perjuicio del Santo X al que la tierra pertenece, y tengas en todo la más libre potestad.”

“Y, si yo mismo, o cualquiera de mis herederos, o cualquier persona extraña, pretendiese actuar en contra de esta *vindición* que de buena voluntad rogué que se hiciese, entre a ti y al agente del Santo X pague el doble, no pueda repetir lo que entregó y esta *vindicio* como de mi voluntad se mantenga perpetuamente firme.”

Form. 27.—Incipit vinditio proprietate.

“Señor venerable y en Cristo padre (fulano) Abad. Yo W y mi mujer Z. Nos consta que os vendimos y de esta manera os vendemos una tierra propiedad de nuestro (¿comunidad de bienes entre los cónyuges?) en el lugar llamado —por lo cual recibí de vos el precio que nos complació; esto es, tantos sueldos de plata, para que de esa tierra de nuestra propiedad, que de buena voluntad os vendimos (*venomdammus*) hagáis lo que queráis y en todo tengáis libre potestad.”

“Y si quier de nosotros mismos o de nuestros propincuos (parientes más próximos) o cualquier persona extraña quisiese actuar contra esta *vindicione* pague entre vos y el fisco y deba componer con tantos sueldos, sin poder vindicar lo que entregó y la *vindicio* permanezca firme por tiempo perenne con *stibulatione subnixa*.”

b) FORMULAE TURONENSES.

For. 5.—Vinditio.

“Magnifico hermano (fulano). Yo E. Me consta te vendiese y así te vendí la cosa propiedad mía sita en el pago --- con sus tierras, edificios, *accolabus* (DU CANGE, *mansus*,

casa de labor. *Glossarium*, tom. I, p. 47) esclavos, libertos, viñas, selvas, prados, pastizales, aguas y cursos de agua, muebles e inmuebles, todo e íntegramente (*totum et ad integrum*) con todos sus agregados, tal como por mí, al tiempo presente, se entiende que poseo, lo llevo de mi derecho a tu poder y dominación, por cuanto recibí de ti el precio que justamente me complace, estando presentes aquellos que abajo figuran insertos, valiendo tantos sueldos, para que así, desde el día de hoy, por tal motivo, tengas libre potestad para hacer todo lo que quieras.”

“Y si yo mismo, u otro de mis herederos, o cualquier otra persona, se presumiese generase alguna calumnia o reclamación contra esta *vinditionem*, no vindique lo que entregó y si promoviese litigio con tantos sueldos componga y esta *vinditio* permanezca firme.”

Form. 2.—Vinditione de res.

“Ilustre señor (fulano). Yo W, requiero la razón y la costumbre, por la que entre comprador y vendedor se confirma la venta por la escritura, para que así, ni vendiendo me vuelva atrás ni cualquiera considere estar temeroso de la adquisición. Por esto, sin autoridad que me coaccione, ni obligado por el poder judicial, sino por el arbitrio de mi propia y espontánea voluntad, acepto en efecto el precio en que me consta vendiese y me entregase, por lo que vendiendo de este modo, de presente hago entrega de las cosas de mi propiedad en el pago --- recibido de ti el precio que por ello me satisface plenamente, es decir, tanto en dinero como en *amac-tum* (DU CANGE: *amictus, vestimenta nostra*, vestidos. *Glossarium*, tom. I, p. 224) que únicamente vale tantos sueldos.”

“Y las supraescritas cosas, que por esta venta públicamente te las entrego, para que desde el presente día, todo lo que quieras hacer, tengas libre y firmísima potestad de hacerlo.”

d) FORMULAE SALICAE LINDENBROGIANAE.

Form. 6.— Traditio, cuique tradere voluerit.

“Los autores de las leyes sancionaron que el que por su propio derecho quisiere entregar alguna cosa a otro, lo haga ante varios testigos, firmemente obligado, seguido de escrituras, para que valga a perpetuidad sin riesgo de despojársela.”

“Por lo cual, en el nombre de Dios, W, al venerable varón (fulano). Supuesto que te dono por esta carta de entrega (*cartula traditionis*) sea por *festuca* (vara de madera) y *andelangum* (DU CANGE: *andelangus*, *andelago*, *andilago*, *andalagus*, *anlagus*, con arreglo a su etimología, de *ander* ajena y *land* tierra, se refiere a la entrega de algo simbólico que no pertenecía propiamente a la tierra. *Glossarium*, tom. I, p. 246) aquella cosa mía en el pago —en el lugar llamado—, sobre el río --- o todo lo que en tal lugar se entiende ser mía la posesión o *dominatio*, con esta condición, para que desde este día lo hayas, tengas y poseas y en todo lo que a continuación quieras hacer, disfrutes de libre potestad.”

“Y si alguien después, lo que en el futuro no creo, si yo mismo, que no deseo, o uno cualquiera de mis herederos, o cualquier persona extraña, contra esta tradición espontáneamente hecha por mí, pretendiese generar alguna “calumnia” (acción civil) se le haga cumplir por el doble de cuanto en este tiempo se conozca que vale esta cosa; y lo que entregó, en modo alguno, tenga preferencia para vindicar, ya que antes bien, esta presente carta, tanto por mi mano como por las de otros *bonorum hominum* roborada, el nombre de los cuales *infra* se inserta permanezca firme y estable con *stipulatione interposita* y por largo tiempo se mantenga in-conmovible.”

e) FORMULAE SALICAE MERKELIANAE.

Form. 10.—Item venditio.

“W no pierde si se acomoda con el precio que recibe en compensación. Así pues, yo, en el nombre de Dios W, no por un derecho imaginario, ni forzado por mandato de otro, sino de mi plenísima e íntegra voluntad y arbitrio, me consta vender y así he vendido al magnífico varón (fulano) mi villa en el lugar llamado ---, en el pago, ---, en la centena --- que por parte de mi padre obtuve por las leyes, tanto en tierras, casas *et cetera* que tasado vale el precio de tantos sueldos, el cual justamente me complace o acomoda.”

194 “Y porque el precio justamente me complace o me ha acomodado, que al presente, de manos del comprador recibo en las mías, vendí públicamente la preindicada villa ante los testigos junto con la *carta venditionis* que firmé, para que, con posterioridad a este día, lo recuerde el comprador (*memoratus emptor*), que pagado su precio legalmente me compró; a fin de que desde este día la haya, tenga, posea y para que después de su muerte la posean sus herederos, o quien el quisiere y todo lo que por tal motivo hicieren, tengan la libre y firmísima potestad de hacerlo.”

f) MARCULFI FORMULARUM: CARTIS PAGENSIS.

Form. 21.—Vindicio de campo.

“Señor hermano (fulano). «W». Me consta te vendiese y así te vendo el campo de mi derecho, sito en el *terraturio* ---, que más o menos tiene tanto (de superficie), que linda por un lado con ---, por otro lado con ---, por un frente con --- y por el otro frente con ---; y recibí de vos en precio, según lo que me complace, tantos sueldos de oro y el propio campo que al presente entrego en posesión (*tradedi possedendum*) para haber, tener y poseer con libre potestad de hacer todo lo que por este motivo quisieses.”

“Sí, ciertamente, *et cetera*.”

g) FORMULAE DE ROZIÈRE AD IUS PRIVATUM SPECTANTES.

Form. CCVI.—*Item venditio.*

“Como la nobleza conviene a los antiguos insignes, en la manera contenida en la vieja norma, en el Evangelio, justamente se ha dignado prometer el Señor que el que por causa de su nombre la cosa o lo que dejare por la muerte de sus padres, recibirá el céntuplo y además la vida eterna (Math. 19.29.).”

“Por consiguiente, yo, en el nombre de Dios, declaro dar y haber dado a la basílica de San ---, en donde (fulano) presbítero se reputa al presente día ser su custodio, la cosa mía, en el lugar llamado ---, en el pago ---, en la centena ---, que por parte de mi padre en otro tiempo obtuve legalmente; y es, en la cosa ya dicha, tanto en tierras, casas *et cetera*; todo lo que al presente día en la cosa antes descrita se entiende ser de nuestra posesión o *dominatio* que para la indicada basílica del Santo --- plenamente roboramos.”

Advierte ROZIÈRE (45) que, con frecuencia, se encuentran actos calificados a la vez de *vente* y de *donation*, sea porque participaron en realidad de la naturaleza de estos dos contratos, sea porque los vendedores, tratando con la Iglesia, querían dar a sus tratos la apariencia de una liberalidad piadosa. En la duda, parece natural colocar entre las donaciones aquellos actos en los que no se estipula un precio o se alude genéricamente a él sin concreción de cantidad alguna.

Mayor incertidumbre o vacilación se produce, pese a figurar consignado un precio, en la transmisión a un monasterio, causa la impresión que con él se pretende evitar impugnaciones de la donación realmente efectuada, por parte de los herederos o parientes propincuos del fingido vendedor, que, sin interrupción se apresura a rogar al Padre Abad la concesión del terreno o cosa tradida a título de precario,

(45) *Recueil Général de Formules*, cit. p. 246.

un tanto *sui generis* ya que, si deja de satisfacer el canon establecido, por motivos calificados de “descuido o negligencia” no por ello se origina la pérdida o extinción de la precaria. Y es que, aunque las apariencias hablen de venta, realmente se está en presencia del tratamiento que se dispensa a las donaciones y no a las ventas.

II. Prestaria, precaria, comandatia, commendatitiae

196 Si una figura jurídica puede aportar el viejo medioevo como peculiar, es, sin género de duda alguna, la interconexión de la carta de tradición, causada por venta o donación, con el reconocimiento de derechos a su favor por la precaria o prestaria, que podrían centrarse en un usufructo amplio del que se ha desposesionado de sus bienes para volver a recuperar la posesión temporal que comporta, mediante el pago de un canon o pensión anual.

Pienso que la precaria, constituye la génesis de la sustitución fideicomisaria, surgida en los aledaños del siglo VI, en méritos a la transmisión del precario, plasmado en la carta precaria, a los sucesivos descendientes, sin tener que remontarse al *fideicommissum familiae relictum* romano, dando generalidad a un supuesto muy limitado.

La evolución del precario, que inicialmente se acoge con no disimulada desconfianza, circunscribe la relación, a manera de *intuitu personae* entre el transmitente, precarista y concedente de la carta precaria, por períodos de tiempo renovables cada cinco años, que el transcurso del tiempo, singularmente en transmisiones universales o de elevada cuantía, se introdujo la costumbre de concederlo por durante la vida del tradente, para en un momento posterior hacerla extensiva a la mujer y en un estadio subsiguiente a la vida de uno de los hijos; y abierta la puerta, entran por último todos los hijos legítimos, no a los colaterales, que se excluyen frente a la descendencia de grado posterior, con la obli-

gación de satisfacer puntualmente el canon convenido y con derecho de redención.

El tit. XXXV de la *lex romana burgundionum*, establece que para que la venta tenga plenos efectos, es preciso que la tradición de la tierra sea hecha siguiendo las formas requeridas y que el nuevo adquirente sea puesto en posesión; transcurridos algunos días, o meses, de este acto, se solía realizar la petición de la concesión en precario por el transmitente que normalmente obtenía la posesión precaria. (*Si vero post possessionem dierum aut mensium precaria fuerit subsecuta ut ille iterum qui vendidit rem videatur possidere, documenti professio firmitatem praecariae possessionis obtineat*).

La *lex romana wisigothorum* o Breviario de Alarico, del año 506, en su artículo 9 sostiene que aunque el precario puede constituirse *per epistolam* no es requisito imprescindible, con tal que el propietario no pueda dar algún signo exterior de su voluntad (*nullo voluntatis indicio*), ya que posee en precario todo aquel que posee por tolerancia del dueño (*patiente tamen domino, possidet*).

197

En el ámbito eclesiástico, se ocupa por primera vez de la concesión precaria el Concilio de Ayde del 506, que recoge en uno de sus cánones, *res ecclesiae ... clericis, salvo iure ecclesiae, in usum praestari permittimus*, en el que *salvo iure ecclesiae* se reputa referido al precario, en cuanto que deja intacto el derecho del propietario e impide la prescripción, en la que abunda el Concilio de Orleans de 511, pues si el Obispo por mera bondad (*humanitatis intuitus*) ha concedido viñas o tierras a clérigos o monjes, para que las posean temporalmente (*excolendas vel pro tempore tenendas*), aunque esta concesión se prolongara un gran número de años (*etiamsi longa transisse annorum spatia comprobantur*), los derechos de la Iglesia sobre estos bienes no deben sufrir perjuicio alguno, ni le pueda ser opuesta la ley profana de la prescripción que prive de alguna cosa a la Iglesia (*nec saeculare lege praescriptio quae ecclesiae aliquid impediat, opponatur*).

La naturaleza de la *precaria* queda señalada en un Concilio de Epaone, del año 517, en el Delfinado. Cierta clérigo que ha regentado una iglesia, se promueve al episcopado en otra iglesia distinta. En la primera diócesis conservará los bienes que por acto regular hubiese adquirido en propiedad o en usufructo; pero los que hubiese obtenido *municipientia ecclesiae* que posee como un simple don (*quod dono accepit*) tendrá que devolverlos. Con mayor precisión el Concilio de Lyon de 567 declara que las precarias no confieren más que un derecho de uso: *quascumque munificentias de rebus ecclesiae ... in usum dederit*.

CAMILLE JULIAN (46) advierte que la palabra *precarium* se emplea en los textos de los siglos VII, VIII y IX; si bien, aparece también aplicada la locución “*precaria*”, que, dice, difiere de *precarium*, análogamente a como se diferencia un adjetivo de un sustantivo; por lo que, integran facetas de un único acto. Y así, se acostumbraba hablar de “*epístola precaria*” o *epistola precatoria* al igual que “*epístola rogatoria*”.

La “*precaria*” o carta de ruego, de deprecación, según CAMILLE JULIAN, se remitía por el precarista al propietario concedente, para que la guardase y así obtuviese protección de sus derechos dominicales; mas, posiblemente sea más vez lo contrario: el abad o el monasterio, conserva la carta de tradición, bien sea por venta o donación, o por concambio o permuta, en la que, en la generalidad de los casos, suele figurar el ruego de devolución en precario con los requisitos y condiciones, que a modo de promesa unilateral quiere el peticionario que se consignen en la carta de concesión y que, en consecuencia, se reproduzcan por el abad, íntegra e invariadamente, en la “*carta precaria*”. Por lo que, en buena lógica, la *carta traditionis* con la firma de traden-

(46) “Les origines du Système féodal. Le benefice et le patronat pensant l’époque mérovingienne”. En: *Histoire des Institutions politiques de l’Ancienne France de Fustel de Coulanges*. Hachette, París, 6.^a ed., p. 120.

te y testigos en la que aparece el esquema de plazos, canon anual, prórrogas y redenciones, se guarde en los archivos del monasterio. Ahora bien, la “epístola” o “carta precaria” o *precatoria*, en la que se reproduce *ad pedem literae* la petición, tal como la ha formulado el rogante, que únicamente cuenta con la firma del abad y el testimonio de siete monjes, por lo menos, la persona que acredita un interés legítimo en su conservación, es, sin duda, el precarista.

La prodigación y proliferación de precarios y precarias era tan notoria en los siglos que van del VI al XII, que trascienden a la poesía y así Fortunato, que ha recibido de Gregorio de Tours la concesión de un *ager*, debe reconocerlo escribiendo una epístola, que intitula *precatoria*, en unos no muy bien concertados versos. (*Carmina VIII.20*):

“*Cuando repositur, vestris, reddit usibus aruum,
Et domino proprio restituemus agrum.*”

Es decir, “cuando se reclama, se os devuelve el uso de vuestro campo labrado; y al propio señor restituimos el campo”.

Cierto es, que en sus inicios la carta precaria sólo tenía una vigencia de cinco años, requiriéndose al vencimiento una nueva prórroga expresa por idéntico período.

Un caso curioso, difícilmente comprensible para el que no tenga una concepción definida de la solidaridad mantenida en esta época de penuria de vida y de carencia de medios de producción, lo ofrece la FÓRMULA II. 41 DE MARCULFO: *Si quis aliquis rem alterius, quam excolit, ad proprietate sacire vult et non potest et postea eam precat* correspondiente a la FÓRMULA CCCXXV DE ROZIÈRE:

“Un precarista, empieza confesando que *per malorum hominum consilium*, la tierra que cultivaba, intentó arrancarla al propietario, lo que no debería hacer por no mediar razón alguna para ello; y, en consecuencia, el dueño o sus agentes, le revocaron la concesión, expulsándolo seguidamente de ella. Sin embargo, luego *ad petitione bonorum hominum* se volvía a entregar para que la cultivase; y a resultas de lo expuesto formalizaba la «preca-

ria», obligándose a mejorarla por su laboreo para que no experimente perjuicio alguno, como lo hacen los restantes cultivadores, que promete cumplir (*spondemus*), cual si con esto se hubiese tratado de una prórroga expresa, renovada por cinco años.”

La FÓRMULA WISIGÓTICA XXXVI (47) dirige la carta precaria “al siempre mi señor” (*Domino semper meo*), al que refiere que “dado que de día en día sufría indigencia, sin encontrar medio alguno para trabajar, me veo precisado a recurrir al dominio de vuestra piedad sugiriéndoos que te sirvas darme en derecho de precario para su cultivo, en vuestro lugar, llamado, para que, con vuestra anuencia, tenga efecto mi petición; y que las tierras, en el indicado lugar, de tantos modios, te dignes darme por derecho de precario”. Asimismo propone y promete satisfacer la décima de la producción o la *exenia* (DU CANGE, *praestatio vel tributum sub nomine doni. Glossarium*, tom. II, p. 358). No fija plazo, por lo que parece queda a la libre determinación del concedente, salvo que al aludir a observar la costumbre existente, se entienda que le corresponde el de cinco años. IOANNES GODOFREDUS OTTO BIEDENWEG (48) en base al canon 5 del Concilio VI de Toledo aplica la costumbre *ac si semper per quinquennium renovata fuisset*; mas, en cuanto al *exenium* dice que carece de elementos para precisar su contenido, si bien considera que debía tratarse de unos “tributos”, al tiempo que la décima recae sobre los frutos, desde la época de TÁCITO (*Germania*, cap. 25) que la expone como una costumbre *Germanorum consuetudinem clarius testatur*.

Las “CARTAE SEMONICAE”, muestran en la *Formula* 32, *precariam ad casa Dei*, la particularidad de que es una mu-

(47) EUGÈNE DE ROZIÈRE, *Formules wisigothiques inédites publiées d'après un manuscrit de la Bibliothèque de Madrid*. París, 1856, p. 25.

(48) *Commentatio ad Formulas Visigothicas novissime repertas: Dissertatio inauguralis quam consensu et auctoritate illustris Iureconsultorum ordinis in alma litterarum Universitate Friderica Guilelma pro summis in utroque iure honoribus. Rite Capessendis. Dic. II. M. Augusti. A. MDCCCLVI. Berolono*, 1856, p. 68.

jer la que encomienda a la abadesa del monasterio Gaico, construido en el pago Wastinense -*Le Gatinois*, diócesis Senonensis-, en honor de Santa María y de San Pedro y San Pablo, príncipes de los Apóstoles, que preside la ilustre abadesa con varias esclavas del Señor bajo la misma regla: "En tanto que no puede desconocerse, por ser a muchos manifiesto, que yo, por *epistolam donationis* he dado a ese vuestro monasterio, las cosas de mi propiedad, en el lugar --- por esta razón, os pedí, sin que denegáseis mi petición, tener en uso por beneficio vuestro las mismas cosas, mientras me quede un soplo de vida y en tanto no tenga facultad por autoridad pontificia para enajenar esas cosas; y producido mi fallecimiento, vuelvan las cosas mejoradas al propio monasterio, sin necesidad de tradición alguna; y así, como otras precarias se renuevan de quinquenio en quinquenio, ésta, ciertamente, no tenga necesidad de renovarse, sino que por sí misma y en todo tiempo obtenga firmeza *cum stipulatione subnixa*.

201

Un supuesto de precaria *ad tempus* contiene la *Formula 2, praecaria* de las FORMULAE BITURICENSES, estableciéndola por una duración de treinta años, a tenor de lo que reza la petición siguiente: "y porque no se ha de ignorar, que nuestro padre permanecía en cosa reconocida vuestra, por haberos hecho petición de precaria, que nosotros análogamente renovamos y firmamos, para que, así mismo, vuestra piedad nos permita mantenerla, humildemente postulamos, sin que nuestra posesión a vos y a vuestros herederos se infiera perjuicio ... y si esta precaria no fuese oportunamente renovada, por espacio de treinta años, sin más, obtenga íntegra firmeza, *stipulatione subnixa*".

En las FORMULAE SALICAE BIONONIANAE, aparecen conca- tenadas las *Formulas 20 Vendictio ad monasterio*, la *Formula 21. Precaria* y la *Formula 22. Comandatia*. El estudio meditado de todas ellas ofrece para el jurista una duda, la de si, pese a las afirmaciones de tratarse de una venta, se está ante una donación oculta, presentada simuladamente como

venta. Bajo este prisma, quizá, no esté por demás, dar un vistazo a estas fórmulas.

Formula 21. Venditio ad monasterio.—“Me consta, no por derecho imaginario, ni por ninguna imposición coactiva, sino de mi propia voluntad y arbitrio, os vendí para vuestro monasterio, lo que de esta manera vendo al presente día --- que obtuve de parte de mis padres y como legítima --- o todo lo que allí, en el presente día es de mi dominio, *totum et integrum* de mi derecho por esta venta lo entrego para poseerlos en vuestro dominio. Y de vosotros recibo el precio fijado, según fue ajustado y convenido, de tanto número de sueldos, admitidos y examinados, tantos; para que así, desde el indicado día todo lo que con arreglo a las leyes comprasteis, lo hayáis, tengáis y poseáis, tanto vos, cuanto vuestros sucesores, libres y firmísimamente, permanezcan en vuestra potestad.”

202

Como puede verse, en la reputada de *vendictio*, para nada se alude a la petición de los bienes en concepto de precario. Razones que abundan la presencia de una donación simulada de venta. Por lo que, se extreman las precauciones para que la venta se exteriorice sin conexión alguna.

A completarla se encamina la *Formula 21. Precaria*: “Yo, en el nombre de Dios W. pecador, me allego a vos, para que la cosa --- que por título de venta, por el precio dado por San --- o por vuestro monasterio, confirmo ---; pero con posterioridad os suplicábamos que esta porción deberíais prestarme en beneficio y permitirme su recuperación para el uso del cultivo, mientras tuviera aliento, lo que así hicisteis. Por lo cual, emitimos esta precaria firmada de propia mano y de las de hombres buenos, para que cada año haga dar y cumplir el censo de tantos denarios para la luminaria del Santo y la décima de todos los frutos, que pudiésemos alcanzar de esa cosa, cuando advenga la fiesta de este Santo.”

La fórmula que sigue, tiene singular relevancia para afianzar el convencimiento de la donación disimulada: “Y si en

opinión vuestra este censo apareciese incumplido negligente-mente o con retardo, en virtud de vuestra fe la tenga y usufructue por vuestro beneficio, mientras vivo, a condición de que no las pueda vender, donar, enajenar ni transmitir a otras casas de Dios, ni *in naufragium ponere* (DU CANGE, *in naufragium ponere* = *disperdere* - consumir-, *dissipare* disipar. *Glossarium*, tom. IV, p. 578) ni a las propias *sacire* (DU CANGE: *formula solemnisi precariae* = *positum fuerit pro sociare*, asociar, agarrar. *Glossarium*, tom. VI, p. 256), ni dejar en alodio a mis herederos, no teniendo facultad para actuar por derecho pontificio, salvo que luego de mi fallecimiento, la cosa mejorada, sin mayor contradicción, vuelva a pasar a vuestro dominio.”

El ciclo lo cierra la concesión del abad del monasterio con el consentimiento de los monjes, tal como refleja la redacción de la *Formula 22. Comandatia*. (DU CANGE: *comanda, census qui propter tutelam seu protectionem alicui praestatur*. *Glossarium*, tom. II, p. 420): “En tanto que tu mismo, con anterioridad a estos días por título de venta, pagado el precio, nos vendiste; más, con posterioridad nos suplicaste que estas porciones deberíamos prestarte en beneficio para cultivarlo mientras vivas, lo que así hizimos.”

“Por esta causa, esta *comandatia* (entrega a censo) os la damos para esto firmada de mano nuestra para que, en todo caso, sobre la misma tierra puedas *conlaborare* (DU CANGE: *conlaboratio, administratio*, *Glossarium*, tom. III, p. 508) con tanto de censo y la décima de todos los frutos que deberás satisfacer cuando acontezca la fiesta del santo.”

“Y si negligeses lo demorases lo convenido acerca de este censo, prestes fianza por ello; y tengas la cosa en beneficio por mientras vivas; pero con la condición de que a ninguno la vendas, ni dones, ni enajenes, ni la transmitas a otras casas de Dios, ni asociar a la cosa (*sacire*), ni dejarla en alodio a tus herederos, ni consumirla (*in naufragio ponere*) lo que no tengas potestad de hacer, salvo que después de tu muerte la hagas volver a nuestro dominio.”

Análoga orientación siguen las FORMULAE SALICAE MERKELIANAE, que consagra a la precaria su *Formula 5*, que principia: "Señor y en Cristo venerable padre Abad del monasterio y de toda la congregación en el mismo establecida. Yo, pecador, en el nombre de Dios a vos acudo, con arreglo a la petición que os hice y vuestra voluntad y la de vuestros hermanos decretó, para que aquella cosa vuestra en --- que con anterioridad a estos años, cierto hombre llamado --- transmitió para remedio de su alma a la basílica de San ---, para que por beneficio vuestro me habéis dejado para usufructuarla y para cultivarla mientras viviese, lo que así hicisteis. Y os prometimos (*spondimus*) por este precario, un censo anual al llegar la festividad del Santo --- esforzándome en daros tantos denarios; y, si del mismo, apareciese negligente o moroso, por tal causa os lo afiance o *transolv*va (DU CANGE, *transolvere*, *transsolvere*, *idem quod solvere*. *Glossarium*, tom. VIII, p. 157); y esta cosa, en tanto viviese, no la pierda ni a cualquier otro venda, done o consuma, sin tener derecho pontificio alguno para hacerlo, salvo lo que corresponde al uso legítimo. Y luego de nuestro fallecimiento la cosa, mejorada o añadida, os sirváis recibir en vuestro dominio. Pero esta *precaria* renovada sin quinquenio alguno, permanezca firme."

Se trata de una *precaria* de tierras donadas al monasterio por otra persona, que se concede para mejorar el cultivo y el rendimiento de los campos, por resultarle más conveniente a los monjes darlo a un labrador, que no llevarlo directamente, cual permite aventurar el hecho de que la *carta precaria* del Abad no oculta que, lo que interesa, es la percepción del censo anual, por lo que no por pura casualidad, la *Formula 28 Merkeliana* la intitula *Commendatitiae*, esto es, confiada o entregada para percibir un censo. finalizando que *esta commendatitiae* de nuestra propia mano, abajo firmamos y con nuestros hermanos acordamos corroborar."

Entre las FORMULAE SALICAE LINDEBROGIANAE, la peculiaridad de las *Formula 3. Precaria ad casa Dei* y de la *For-*

mula 4. Prestaria de casa Dei, radica en que el donante, en la *carta donationis* suplica la concesión “por los días de mi vida, por vuestro beneficio me prestéis, para tenerla como usufructuario” obligándose a pagar anualmente cierta cantidad de denarios en la festividad del Santo bajo cuya advocación está construido el monasterio, con las consabidas prohibiciones de venderla, cederla o donarla, aplicarla al uso acostumbrado y mejorarla. Mas, amplía el ruego, de que su hijo N. deba ser mantenido en la precaria y en el censo; y luego de sus días, reviertan al monasterio, sin contradicción alguna, sin perjuicio de que, durante la vida de ambos, se efectúen las renovaciones quinquenales. *La Formula 4, prestaria*, reproduce los extremos pedidos “porque así nos complace y conviene” accediendo a mantenerla por la vida de los dos, cerrándole con la *stipulatione interposita*.

Se constata que las *formulae* precedentes, se caracterizan por su *intuitu personae* respecto al precarista, prestatario o censualista, sin que la concesión, producida su muerte, transcienda a una tercera persona, ni aun de las que integran el círculo de la familia extricta, introduciéndose la regla excepcional en las precedentes *Formulae* 23 y 24 de las *Lindenbergianae*, que la extiende al hijo, si bien, no de forma automática, sino a juicio del abad, que, a fin de cuentas, es el que puede condescender con la renovación quinquenal, a la que, es de suponer, ha de ir ligada la revisión del canon o censo.

Esta excepción adquiere rango de norma general en los *precarios* efectuados por los monasterios de la comarca del Bodensee o Lago de Constanza con arreglo a las fórmulas del monasterio de Reichenau, en Augia, conocidas como *FORMULAE AUGIENSES*, del siglo IX denominadas colecciones A (con 23 fórmulas), B (con 43 fórmulas) y C (con 26 fórmulas); y, las más importantes y difundidas del monasterio hermano de Sanct Gallen, en sus dos colecciones, la de *FORMULAE SANGALLENSIS MISCELLANAE* y la *COLLECTIO SANGALLENSIS SALOMONIS III TEMPORE CONSCRIPTA*, que continuamente estudiamos.

De las FORMULAE AUGIENSES COLLECTIO B:

Formula 6.- Carta traditionis quam facit homo, et vult, ut infante eius habeant post se cum censu.

“Yo, en el nombre de Dios (N): Me complace en el ánimo, tener que dar alguna de mis cosas en remedio de mi alma, lo que así hago. Y esto es lo que entrego: En el pago llamado --- todas mis cosas, que al morir me dejó mi padre, contra mis hermanos, o contra mis coherederos, en la partición que se contiene en la suerte de legítima; o que con posterioridad, pude aumentar por cualesquiera trabajos, en su integridad, con todos sus accesorios y agregados, transmito a la Iglesia, construida en honor del Santo (N) en el monasterio llamado (N) donde el Abad (N) con regularidad preside la grey de Dios.”

206

“Con esta condición, para que en tanto viva se me confieran corporalmente las cosas mencionadas, recibíéndolas de vos en beneficio, para uso fructuario, y satisfaga el censo debido; esto es, tanto.”

“Y si mi hijo me sobrevive, tenga las mismas cosas solamente por los días de su vida y pague el indicado censo. Y si Dios me diere un hijo de mujer legítima, únicamente las tenga durante su vida; y producido su óbito, las cosas todas con sus mejoras, retornen a vuestra parte, o a los sucesores vuestros, para retenerlas perpetuamente.” Contiene la fórmula penal, al doble.

A la petición del precario, corresponde la *carta precaria* de la *Fórmula 7*, que en su parte dispositiva expresa: “Pero con posterioridad postulaste, lo que es congruente para nosotros, cederte las mismas para que las tengas en uso fructuario, por el censo anual de tanto, sin que temporalmente incurras en negligencia. Y si Dios te diere un hijo de mujer legítima, tenga la propia cosa únicamente por los días de su vida sin ser negligente en el indicado caso. Y análogamente, el hijo que ahora tienes, lo haga por su vida, luego de cuyo óbito, todas las cosas revertirán perpetuamente a nos y a nuestros sucesores. Por cual, si la procreación de hijos en

modo alguno tuviese lugar, inmediatamente a tu muerte, sin perjuicio de que por surgir controversia reviertan a los actores o a los defensores de la mentada iglesia.”

En relación a la *Formula 7* se ofrecen estas variantes. *Formula 8. Quod omnis posteritas habere debet*, “y mis hijos después de mi muerte paguen el censo anual, así como toda la posteridad que por ellos fuere procreada, hasta la eternidad” (*sempiternum*); *Formula 9. Quod homo per semet ipsum redimere voluerit*, “si yo mismo, dentro de tantos años, quisiere redimirlas, con tantos y tantos sueldos las redima, y retornen a mi propiedad; y, mientras esto sucede, las tenga en censo”; *Formula 10. Quod infantes eius redimere post obitum eius debeat*, “y mis hijos, después de mi óbito, tengan licencia para redimirlas en tanto y tanto, volviéndolas a su propiedad”; *Formula 11. Quod homo tradit contra victum et vestitum*, “para que durante los días de mi vida me procuréis lo que pertenece al sustento y vestido en mis necesidades de alimentos y abrigo”.

207

Las FORMULAE AUGIENSE COLLECTIO B muestran una culminación del desenvolvimiento de la “carta precaria”, acentuando su carácter de retrocesión en usufructo al transmitente del pleno dominio al monasterio; persiguiendo la finalidad de que, tras las sucesivas donaciones o ventas, la escasez de mano de obra las deje improductivas, consiguiendo por este procedimiento el cultivo adecuado, al que se asocian los monjes y participan con una retribución censuaria, que, paulatinamente, deja de ser establecida en un número de sueldos o denarios, para ir concretándose, en la generalidad de los casos, en la décima de los frutos, para acabar siendo, en las “precarias” más pobres, un mero trámite de reconocimiento del dominio eminente por la entrega de un gallo, de unas cuantas gallinas, de un cerdo, cual se describe en los documentos sangallenses, que estudié hace unos años (49).

(49) *Monjos i clergues a la recerca del Notariat. Estudi dels documents llatins de l'abadia de Sankt Gallen (segles VIII-XII)*. Vol. I. Barcelona, 1992.

La salida natural de la “precaria”, al reconocerse la posibilidad de que la concesión haga tránsito a la cónyuge y a uno de los hijos; después, a los descendientes de este hijo, dando con ello nacimiento a la sustitución fideicomisaria, en la que la renovación quinquenal, que en un principio la condicionaba, desaparece, con lo que adquiere estabilidad el patrimonio familiar, asentado en torno a una casa campesina, que conserva una tradición religiosa por sus vínculos con el monasterio, cuya sombra, en otros tiempos, les brindó cobijo; y, finalmente, al dispensar el abad y los monjes la facultad de redimir el censo, retornando a la propiedad libre, se engendran nuevas formas de la compleja relación enfiteútica, que nada o casi nada, para no irritar a los destractores, tiene que ver con su análoga romana.

Este mecanismo lo hace ostentoriamente observable las FORMULAE SANGALLENSIS MISCELLANEA que le dedica las *Fórmulas 14 y 15* por un lado y las *22 y 23* por otro; al igual que la *Fórmula 21* de la COLLECTIO SANGALLENSIS SALOMONIS III TEMPORE CONSCRIPTA.

Formula Sangallensis 14.—Precarium.

In Dei nomine. Yo (N) pensando en la inestabilidad de las cosas presentes y deseando alcanzar los premios futuros, entrego al Monasterio de San --- donde al presente se conoce como abad el venerable --- todo aquello que tengo en propiedad actual en el lugar --- por legítima y paterna herencia, excepto lo adquirido por mí, tanto en casas como los demás beneficios, tierras, campos, prados, selvas, caminos, aguas y cursos de agua, cultivos y yermos y todo lo que puede decirse o nombrarse, todo integrante *tradita atque delegata* quiero que sea del predicho monasterio; con esta condición, que yo y mi cónyuge, volvamos a recibir estas mismas cosas para que las poseamos por el tiempo de nuestra vida y además una *hoba* (DU CANGE, *Huba*, *Hoba*, *Hova*, *Hobunna*, terreno con habitación para los colonos. *Glossarium*, tom. IV, p. 256) del propio monasterio igualmente recibamos en beneficio por el tiempo de nuestras vidas; esto

es, la mía y de mi cónyuge, para poseerlas como usufructuarios. Después de mi fallecimiento, ciertamente, y luego del de mi cónyuge, ambas cosas vuelvan al monasterio, para que sin contradicción alguna, perpetuamente las posea”.

Formula Sangallensis 15. Carta precaria.

“Cristo, pues, mostrando clemencia (N) Abad del monasterio de San ---. Conviene, por tanto, a nos en uno, con el consentimiento de los hermanos nuestros llamados ---, que las cosas que --- nos entregó le represtemos de nuevo por esta precaria, lo que hacemos.”

Repite la relación de los bienes tradidos al monasterio y las circunstancias de la transmisión y añade el padre abad: “con esta condición, para que el propio --- y su cónyuge, que han de recibir las mismas cosas, las posean por el tiempo de su vida y además una *hoba* del monasterio recojan en beneficio; por el tiempo de su vida y de su cónyuge, las posean como usufructuarios. Mas, luego de su óbito y el de su cónyuge, ambas cosas devuelvan al monasterio de San --- para que las posea perpetuamente sin contradicción”.

Merece recordarse, por ser enormemente descriptiva, la fórmula de suscripción de Sanct Gallen: “Hecho en --- y en --- públicamente, presentes aquellos, cuyos signos se contienen: Signum --- Abad y del --- abogado, que esta precaria dispusieron hacer. Signo de --- decano. Signo de --- prepósito. Signo --- *sacratarii*. Signo --- dispensero. Signo --- portero. Signos de otros testigos que allí estuvieron presentes. (Escribe aquí aquellos testigos que en la carta anterior has escrito y primero pon a aquel que hizo la tradición y después el abogado.) Y yo la escribí y suscribí. Anoté el día martes 2 de las calendas de febrero, año K del Emperador, 6 Adalberto, conde.”

Formula Sangallensis 22. Carta traditionis.—Versa sobre la transmisión de *mancipia* (DU CANGE, *mancipia non casata*, siervos de las posesiones rurales no condenados. *Glossarium*, tom. V, p. 208) cuyos nombres especifica; y además, un *Servus empticius* (adquirido por compra), “con esta condición;

a saber, para que los tenga el tiempo de su vida y pague un censo cada año, de tanto; y si quiere redimirlos, los redima por tanto precio. Después de mi óbito, si antes no los redimiese, vuelva todo al ya dicho monasterio para poseerlo perpetuamente”.

En cuanto a la fórmula sancionadora remite, para determinar la cuantía de la *conposición* a la *lege Alamannorum*.

La *Formula Sangallensis* 23. *Carta precaria*, como correspondiente a la anterior *carta traditionis* por la que los *mancipia* transmitidos al monasterio, nuevamente al tradente *per precarium reprecstaremus* con las condiciones solicitadas.

FORMULA 21 DE LA COLLECTIO SANGALLENSIS III TEMPORE CONSCRIPTA. La *carta traditionis* al monasterio la suscribe una mujer casada, que pide la concesión del usufructo para ella y su cónyuge y si les sobrevive algún hijo, a él o a ellos pase, mediante el pago de un censo de 10 siclas de cerveza (DU CANGE, *sicla*, medida para los líquidos entre los alamanes, *siclas*, *siglas*, *seglas*, *Glossarium*, tom. VII, p. 469), 20 panes y una *friskingam saiga valentem* (DU CANGE, *friskinga* o *friscinga*, *frincinka*, *frischenga*, *frisgunga*, voces en las antiguas cartas, empleadas no sólo por los alamanes, sino por los francos de origen, germánico, que VALDIANUS asigna a la *scrofam adultam*, o sea una *cerda paridera*, *Glossarium*, tom. III, p. 640; así mismo DU CANGE, *saiga*, en la *lex Alamannorum* es *quarta pars tremissis*, es decir, un denario. *Glossarium*, tom. VII, p. 273); se les concede a cada uno de los transmitentes el libre derecho, a su elección, de redimir los bienes, *cum tertia parte weregeldi*. (DU CANGE, *Weregeldum*, *Weregildum*, *idem quod Wera*, voz sajona, de *weve*, hombre y *geld*, dinero, equivale a *pretium redentionis servi*. *Glossarium*, tom. VIII, pp. 412 y 413).

Continúa la carta con la *formula sanationis*, con la multa de 3 onzas —doceava parte del as— de oro y 5 pesos de plata a pagar al fisco, “y no obstante esta tradición permanezca firme y estable”. En la fórmula de suscripción *actum in loco publice*, el escritor o notario, conmina con maldicio-

nes el que ignore su carta, de la que dice ZEUMER que “las maldiciones de este género no se aplican en la suscripción de las cartas: *Ego ita qui imperitus et humillibus Dei acolitus, scripsi et subscripsi hanc traditionis firmitatem et constantiam, ut si quis hanc cartula traditionis impediens affectu legerit, priusquam finem kartule legendo incurrat, oculis privatus appareat*. Esto es, “yo, de tal modo, imperito y humildísimo acólito de Dios, que escribí esta firmeza y constancia de la tradición, para que si el que leyese esta carta de tradición impidiendo su deseo, antes de que leyendo venga a parar al final de la carta, aparezca privado de los ojos” (*oculis privatus appareat*).

VIII

Realizado el acto de venta o de donación, así como convenida la retrocesión de la posesión para beneficiarse el tradente de sus frutos mediante la satisfacción de un canon, pensión o censo, normalmente anual a un determinado monasterio el día de la festividad de su santo patrono, se llega al momento de su instrumentación. Es un procedimiento de estabilidad y perdurabilidad en el tiempo, que sirve de rememoración a requirente y testigos mientras viven y de confirmación cuando por su desaparición sólo resta el recuerdo de su firma o sello.

Frente al formalismo que tiende a la abstracción de los actos obligacionales romanos, significados genéricamente en la *stipulatio* que requiere una congruencia solemne, quasacramental, en el empleo del mismo verbo en la pregunta y en la respuesta, basado en la oralidad, los derechos altomedievales se aplican al simbolismo y a la concreción, en los que no juega la vista y el oído, como en los negocios romanos, sino la vista y el tacto. Para llevar a cabo el acto dispositivo basta el acuerdo de voluntades, que como escribía San Isidoro (Eth. 4.24), se plasmaba en la *stipulatio*, que

es *quasi promissio o sponsio* a manera de promesa o fianza, por lo que los promitentes se llamaban estipuladores; y, la *stipulatio*, derivada de *stipula*, tenía para los *veteres* la significación de *firmum*, firmeza.

En tal sentido recuerdan JÖRS-KUNKEL (50) que ya en la época republicana devino usual la incorporación de la estipulación concluida a un documento (*cautio*), porque al no exigir el negocio la intervención de testigos, si aparte de no contar con ellos, no se redactaba un documento, quedaba lo convenido sin prueba, por lo que, al constituir solamente un medio accesorio de prueba, si se demostraba que el acto formal –*stipulatio*–, no se había realizado, el documento carecía de valor y el negocio no se consideraba existente. Por lo que puntualiza KASER (51) que esta prueba documental (*Beweisurkunde*) por medio de “*testatio*” o “*chirographum*” no se requería para la validez del negocio y no podía sustituir al acto oral.

212

El mismo resultado se pretendía obtener, cuando en una venta o donación, por ejemplo, para preservarse de cualquier causa de nulidad, se consignaba al final del documento que el contenido del mismo se había prometido con anterioridad por *stipulatio*, dando origen con ello a la fórmula de la *stipulatione subnixa*, en la que, como negocio solemne y abstracto se causalizaba al contrato. Pues el que convenía una venta, no vendía, como en su sencilla concepción denotan los formularios, produciéndose en toda su literalidad lo que apuntaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ, de que el que vende, no vende una cosa, sino una obligación de entregar. Hasta aquí alcanzaba la cobertura del acto negocial convenido. El vendedor se había limitado su facultad dispositiva y el comprador, por el pago del precio, no había adquirido

(50) *Römisches Recht*. 3.^a ed. Berlín-Heidelberg, 1978, § 56, p. 97. La 2.^a ed. trad. española de Leonardo Prieto Castro, Madrid, 1937, § 56, p. 139.

(51) *Das Römische Privatrecht. II. Die Nachklassischen Entwicklungen*. 2.^a ed. München, 1975, § 263, p. 375.

más que una expectativa jurídica, que en caso de incumplimiento originaba la correspondiente obligación resarcitoria.

Para que el comprador deviniera dueño de la cosa comprada, era requisito insoslayable que el vendedor se despojase o desprendiese de su posesión, haciéndolo constar unilateralmente como tal vendedor o donante, en el instrumento de investidura posesoria al adquirente. Y esta desposesión instrumental, se sustancia en lo que se llama *cartam levare*.

Aparte de las acepciones de *levare* que recoge en número de veinticinco CAROLO DU FRESNE, señor DU CANGE (52), el primer estudio, que sepamos, acerca de *cartam levare* fue el efectuado por HEINRICH BRUNNER (53), en torno al *Cartularium Langobardicum* que posibilita la distinción de la tradición documental de francos, alamanos, bávaros, burgundios y visigodos, lo que no sucede con los longobardos y romanos.

La característica de los documentos germanos, excluidos los longobardos, se centra en la ceremonia del *levare, allevare cartam*, consistente en colocar en el suelo, frente a la puerta del monasterio, general y usualmente, un tintero y una pluma y junto a ellos arrojar el pergamino en blanco, sobre el cual se han depositado los signos de investidura, una ramita y el cuchillo, el carbón y una vara o un guante.

Delante de todos, *coram populo*, para lo que era costumbre aprovechar un domingo o una fiesta religiosa, antes de entrar o después de salir de misa, puestas las expresadas cosas en tierra, el vendedor o donante se agachaba y recogía del suelo todos los instrumentos, “levantaba la carta” y la entregaba al notario —así se llama aunque fuese un monje—, para que con la tinta y la pluma escribiese el pergamino. De forma que, mientras que en los diplomas lon-

(52) *Glossarium Mediae et infimae latinitatis. Auctum a Monachis Ordinis S. Benedicti*. Tom. V. r/a. Graz, 1954. De la ed. 1883-1887, pp. 71 y sig.

(53) *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*. Tom. I. Berlín, 1880, p. 104.

gobardos, se configuraba la fórmula de rogación, *N. notarium scribere rogavi*; sin embargo, en los que tiene lugar la *levatio cartae*, por ser más compleja la fórmula, se redactaba *et bergamena cum atramentario de terra levavi et N. notario scribere rogavi*, o sea, y el pergamino con la tinta negra levanté de tierra y rogué al notario que escribiera; o bien, la análoga *pergamina levavi et N. notarium ad scribendum dedi atque rogavi*.

Como realizada la ceremonia de la *levatio* se entrega el pergamino al notario, la creación y entrega de la carta sería creación y entrega por medio de un tercero, del notario. Como es el notario el que la entrega por sí mismo, responde del negocio documentado por él.

El *levare cartam* constituye una forma característica de la *rogatio* de los documentos germanos no longobardos, incluso en Italia, que se cerraba, por lo general, en la corroboración de algunos de los presentes como testigos, *in qua subter confirmans testibusque obtuli roborandum*. Una vez escrita la carta y firmada por el que rogó hacerla y por los testigos, el notario, que ha recogido del suelo, la autoriza (*complevi*) y la entrega al comprador, donatario o en general adquirente, cual muestra el texto de la fórmula de ejecución: *Ego, N. notarius rogatus ab E anc cartolam scripsi, post tradita complevi et dedi*.

Sin embargo, las donaciones a las iglesias o monasterios, en los derechos populares alemanes y bávaros, requieren que el pergamino, el tintero y la pluma, se pongan sobre el altar de la iglesia a la que se dona, como, disponía la *Lex Baiowariorum* (1.1), en vez de arrojarlas al suelo, siguiéndose las ceremonias anteriores, con la salvedad de que en este caso han de estar presentes los monjes, *qui ad eandem ecclesiam deservit*.

Cartam levare originariamente se limitaba a la transmisión de inmuebles; si bien, con posterioridad, se hizo extensiva a cualesquiera negocios jurídicos consignados por escrito. En sus inicios debía acompañarse la carta escrita de la investi-

dura real, como que el gasón de tierra se hubiese tomado de la heredad, que el carbón o la rama procedieran del mismo predio; mas, es cierto, que, con el transcurso del tiempo la *carta levata* compendia en sí el símbolo, lo que posibilitaba prescindir de la materialidad de la *festuca*, con lo que se sitúa en la carta, la génesis de lo que se conoce como tradición instrumental.

El estudio del *cartam levare* cuenta la magnífica aportación de KARL ZEUMER, en una monografía (54) en la que completa y rectifica el estudio de BRUNNER, en base a los documentos sangallenses, W. 105, W. 120, W. 376, W. 456, W. 621, W. 639, W. 684 y W. 780, de los que en otra ocasión (55) me ocupé.

La fantasía también ha hecho su aparición entre las brumas un tanto misteriosas del *cartam levare*. A ello se ha aplicado, más con mentalidad de Herodoto que de Tucídides, EMIL GOLDMANN (56), que para la puesta en escena se cuestiona el cómo explicar el origen de esta peregrina costumbre, y “¿de qué parte del mundo conocido accedió a los germanos la peculiar idea de arrojar a la tierra el documento, para después levantarlo de ella, en presencia del pueblo?, *coram populo*. Para GOLDMANN, no se está ante una ceremonia jurídica, sino en presencia de una práctica mágica, para que el pergamino en contacto con la tierra madre adquiriera la cualidad de perdurabilidad e indestructibilidad (*die Eigenschaft der Dauerhaftigkeit und Unverwüstlichkeit zu verleihen*).

Y en corroboración de su teoría aduce una etopeya nordgermánica, acerca del juramento, que según el *Gulabingsbok* 30, “se debe efectuar ante la puerta de la Iglesia, poniendo el libro en el umbral y levantándolo seguidamen-

(54) “*Cartam levare*” in *Sancti Gallen Urkunde*. ZSS. Germ. 4 (1883), p. 113.

(55) “La actividad documental de los monjes de Sant Gallen en los siglos VIII al XII”. Conferencia Univ. de Génova 20 nov. 1982. RDN 1987, pp. 280 y sig.

(56) *Cartam levare*. *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*. XXXV. Innsbruck, 1914, pp. 1 y sig.

te". Era un procedimiento para acrecentar la fuerza mágica del juramento, por la energía telúrica que surge de la puerta de la iglesia.

216 Arropa a este argumento la costumbre sueca, referida por LUCCENIUS, respecto a cómo se practicaba en el círculo de la nobleza la entrega de la *Morgengabe*, o cómo designan las fuentes romanas *ex dono matutino*. Los más próximos parientes arrojan a los pies de los esposos una lanza adornada con ataduras de seda. La levantan del suelo los esposos, al tiempo que los testigos escriben sus nombres en el pergamino, como signo de la donación convenida (*in signum donationis contracta*) y recitada una breve oración ritual se echa a la calle desde una ventana de la casa nupcial, disputándose los criados quién es el primero que se hace con ella para presentarla a la esposa y percibir de ella el rescate prometido, consistente en unas cuantas monedas de oro o de plata. Los que en latín se designan *testes*, testigos, el derecho sueco los llama *fastar* que en su raíz, viene a significar el testimonio que presta con su lanza (*maep skapt*) y el que aporta con su firma (*maep fastum*). Parece como si la fuerza para la roboración se transmitiese desde el suelo por medio de la lanza de roble a los testigos y de ellos por la estampación de su signo o firma al pergamino. Es así, según GOLDMANN, como la unión se fortalece y se hace perdurable e indestructible. (*Dauerhaftigkeit, Unverwüsthlichkeit*).

Como tuve oportunidad de decir en otro lugar, la teoría desarrollada por GOLDMANN no puede dejar de calificarse como ocurrente, cuando no de paradógica, ya que, en presencia de los monjes, se pretende que sea la madre tierra la que fecunde, con la perdurabilidad e incorruptibilidad, al pergamino, que levantado del suelo, el monje ha de escribir. En su misma erudición radica su irrealidad.

IX

Las fórmulas que habían posibilitado la sustentación de un notariado estable, iban a entrar en decadencia, llevándose tras sí los mermados conocimientos jurídicos, sin que, los conocimientos nuevos, de una mayor complejidad y entidad hubiesen logrado dispersarse lo suficiente para encontrar adecuado reflejo en los instrumentos. La sabiduría jurídica de los notarios, monjes, de la cancillería real o de las nobiliarias, los de las incipientes ciudades, se circunscribía al contenido de las fórmulas instrumentales. El pergamino, sustituido por el papel, deja de ser un reflejo del acto jurídico con anterioridad celebrado para constituir la esencia y plasmación del acto mismo. El instrumento deviene continente y contenido, forma y fondo.

La razón de este diferente sistema, según HERMANN FITTING (57) se encuentra “en que, en los primeros tiempos de la Edad Media, a lo largo de los siglos, el Derecho romano y la legislación de Justiniano no habían llegado a ser totalmente desconocidos. Fue en el siglo XII, bajo el Emperador Lotario II cuando, ocasionalmente, se alcanzaba a tener cumplida cuenta, merced a la conquista de Amalfi, ciudad en la que el Pisano en 1135 encontraba un texto de las Pandectas, que trasladaba a Pisa, y que actualmente se guarda en Florencia”. En tal sentido lo narra también GUIDO PANZIROLUS (+ 1591) en *De claris legum interpretibus*, Venecia, 1637, que asimismo informa que en una vieja biblioteca de Ravenna se hallaron los libros jurídicos de Justiniano, o por lo menos el *Codex*; al par que sostiene que, con anterioridad a Irnerio, que moría en Bolonia el 1190, había enseñado en el Estudio de esta ciudad, Pepo, con escaso acogimiento dispensado al Derecho romano, a testimonio de Odofredus que lo reputa como el iniciador de los estudios de la jurisprudencia romana, de la que no quedó

(57) *Die Anfänge der Rechtschule zu Bologna*. Berlin und Leipzig, 1888, p. 5.

rastró escrito alguno, salvo una glosa al D.1.6.4.3 que Azón le atribuye, *sic in domino Peppo* y la mención que se hace de *Peppo vel Pepone legis doctore* en un documento de Siena de 1076.

SAVIGNY (58) estudia con delectación las escuelas de Ravenna y de Bolonia antes de Irnerio, acudiendo, en cuanto a la primera, a la obra de SAN PEDRO DAMIANO, intitulada *De parentela gradibus*, en la que censura a sus maestros que computaban los grados de parentesco con arreglo al Derecho romano y no según el canónico. Disconforme con su actitud, en la que persistía, abandonaba Ravenna y se encaminaba a Bolonia, en la que propiamente no podía hablarse de la existencia de una escuela, pese a que en el siglo XI se presente un *Dominicus legis doctor*.

218 Discrepa un tanto FITTING (59) del maestro SAVIGNY, al atribuir una valoración relevante a la narración de Odofredus, que afirmaba que ya con anterioridad a Irnerio funcionaba un *Studium in artibus* que, en verdad, culminaba su nombradía con Irnerio, *qui fuit apud nos lucerna iuris, id est, primus qui docuit in civitate ista*. Este calificado de *magister artibus* —no jurista—, como tal aparece en un documento de la Duquesa Matilde de Toscana de primero de mayo de 1118 con la grafía de *Warnerius*, *Wernerius*, italianizados en *Germerius*; y entre los escritores del siglo XII bajo las formas italianizantes de *Guarnerius* y *Garnerius*, que desde finales del expresado siglo, se sustituyen por las de *Irnerius* e *Yrnerius*.

A juicio de WIEACKER (60) Irnerius, con su *glossa* incorporada por los glosadores posteriores a la *Glossa ordinaria*, que hizo de Bolonia la *nutrix legum*, muestra el acusado influjo de la Escolástica, en la línea apreciable en los razo-

(58) *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg, 1815. Utilizo la trad. italiana de Emmanelle Bollati, vol. II. Roma, 1972, cap. XXVI, p. 15.

(59) *Die Anfänge der Rechtsschule*, cit. p. 79.

(60) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2.^a ed. Göttingen, 1967, p. 62.

namientos de los contemporáneos BERTHOLDUS DE CONSTANZA (+ 1100), IVO DE CHARTRES (+ 1116) y ABELARDO en su *Sic et non* de 1121.

La atracción de Bolonia explica la serie de generaciones de juristas que en ella se dan cita. Antes de coronar el medio siglo XII, adquirirían nombradía los *quattuor doctores* BULGARUS, MARTINUS, HUGO y IACOBUS a los que alegóricamente, en el siglo siguiente, se apelarán *lilia iuris*. Nombres que se ampliaban con los de PLACENTINUS (+ 1192), AZON (antes + de 1235) con su reconocida *Summa in Codicem* para culminar, cerrando el ciclo, con la *Magna Glossa* de ACCURSIUS (1185-1263 ?). Como dato curioso, hacer constar que IRNERIO escribía un *Formularium tabellionum* que rápidamente se perdió.

Mas las *glossae* no transcendían del ambiente de la escuela, *studium*, *accademia* o *gymnasio* para repercutir en la sociedad. Se evidenciaba una disociación entre los escolares —así se llamaba a los estudiantes— que, desde diversos lugares de Europa acudían a empaparse de doctrina romanista y que henchidos de ella, de vuelta a su país de origen, tenían que poner pies en polvorosa, ante la irritación de sus conciudadanos, que los denostaban de deformadores y depredadores de sus costumbres jurídicas e importadores de unos conocimientos extraños.

Es significativo, al respecto, en cuanto traza un cuadro enormemente sugerente, el episodio que ha inmortalizado GOETHE, en su *Götz von Berlichingen mit der eisernen Hand*, incluido en su acto primero, en una escena que sitúa en el refertorio del palacio episcopal de Bamberg y en la que intervienen el Obispo de Bamberg, el Abad de Fulda, Olearius, Liebertraut, que es un cortesano y los servidores.

«Obispo.— ¿Estudian ahora muchos nobles alemanes en Bolonia?

Olearius.— De la nobleza y de la burguesía. Y sin vana gloria de informar, se granjean las mayores alabanzas por ello. En la Academia se acude a un refrán para decir: “Tan

aplicado como un noble alemán” (*So fleissig wie ein Deutscher von Adel*). Pues en tanto que los burgueses se entregan a una aplicación jactanciosa, para suplir con su talento la falta del nacimiento; aquéllos, con encomiástica emulación, se esfuerzan por incrementar con destacados méritos su dignidad innata.

Abad.— ¡Vaya por ellos!

Liebertraut.— ¿Habrased visto cosa igual? “Tan aplicado como un noble alemán”. ¡Nunca lo había oído decir en mi vida!

Olearius.— Sí, son la admiración de toda la Academia. Muy pronto algunos de los más antiguos y persistentes regresarán de doctores. El Emperador será feliz al poder proveer con ellos los primeros puestos.

Obispo.— No puede ser por menos.

Abad.— ¿No conocéis, por ejemplo, un noble ...? Es de Hessen.

Olearius.— Hay tantos allí de Hessen.

Abad.— Se llama ... es ... ¿no lo sabe ninguno de vosotros? Su madre era de ... ¡ya caigo! Su padre era tuerto y era mariscal.

Liebertraut.— ¿Von Wildenholz?

Abad.— ¡Justo! Von Wildenholz.

Olearius.— ¡Por supuesto que lo conozco! Un joven caballero de mucho talento. Especialmente enaltecido por su fuerza en la discusión.

Abad.— Lo tiene de su madre.

Liebertraut.— Nunca quería dejar hablar a su marido.

Obispo.— ¿Cómo decís que se llama el Emperador que ha escrito vuestro *Corpus iuris*?

Olearius.— Justiniano.

Obispo.— ¡Un hombre excelente! Él debe vivir.

Olearius.— ¡Su recuerdo! (*Beben*)

Abad.— Debe de ser un hermoso libro.

Olearius.— Se podría muy bien llamar un libro de todos los libros; una compilación de todas las leyes; con cada caso

se dispone la sentencia; y para lo que todavía sería deficiente u oscuro, suplen las faltas las glosas, con las que los más sabios varones han aderezado la admirable obra.

Abad.— ¡Una recopilación de todas las leyes! ¡Caramba! ¡Deben estar en ella, por descontado, los diez mandamientos!

Olearius.— Por supuesto que implícita, no explícitamente.

Abad.— Así lo pienso yo también, en principio, sin más explicación.

Obispo.— Y lo que es más hermoso, pues como decís, un reino podría vivir en la más firme tranquilidad y paz, si totalmente adoptase esas leyes y adecuadamente las aplicara.

Olearius.— Indiscutible.

Obispo.— Todos *Doctores iuris*.

Olearius.— Querría poderlo celebrar (*Beben*): ¡Pluguiese a Dios que se hablase así en mi patria!

Abad.— ¿Pues de dónde sois, erudito señor?

Olearius.— De Frankfurt del Main, para servir a Su Emi-
nencia.

Obispo.— ¿Acaso no estáis empadronado allí, señor? ¿Cómo es eso?

Olearius.— Bastante extraño. Fui allá a recoger la herencia de mi padre: el populacho quiso apedrearme al oír que era un jurista.

Abad.— ¡Bendito sea Dios!

Olearius.— Mas la causa de ello se encuentra en la silla de los escabinos, que en todo aquel contorno goza de un gran predicamento, está tan solo ocupada por gentes que ignoran el Derecho romano. Se cree que bastaría con la edad y la experiencia para adquirir un conocimiento suficiente del interior y exterior de la ciudad. Así se juzga con arreglo a las viejas tradiciones y unos pocos Estatutos a los burgueses y a la vecindad.

Abad.— Lo cual está muy bien.

Olearius.— Pero, ni con mucho es bastante. La vida de los hombres es corta y en una generación no se presentan todos los casos. Una compilación de tales casos de muchos si-

glos es nuestro Código. Pues la voluntad y la opinión de los hombres es fluctuante; a lo que hoy se considera justo, la mañana siguiente se reprueba; y, por ello, es inevitable la perplejidad y la injusticia. Todo lo cual establecen las leyes y las leyes son inmutables.

Abad.—Lo cual, está claro, es mejor.

Olearius.—El populacho no lo reconoce así. Él, que se muestra tan codicioso de novedades, detesta en grado sumo lo nuevo, porque quiere conducirse por su camino, aunque se mejorase muy mucho con ello. Consideran tan perniciosos a los juristas, como a un alborotador del Estado, un saltador de caminos; y se ponen como locos, si uno piensa establecerse allí.

Liebertraut.—¿Sois de Frankfurt? Yo soy bien conocido allí. Con la coronación del Emperador Maximiliano tuvimos un opíparo banquete de señor novio. ¿Vuestro nombre es Olearius? No conozco a ningún otro de vuestro nombre.

222

Olearius.—Mi padre se llamaba "*Öhlmann* (aceitero). Sólo para eludir la anomalía en el título de mis escritos latinos, me llamo Olearius, siguiendo el ejemplo y el consejo de los más respetables jurisconsultos".

Comenta STAMMLER (61) que GÖETZ lucha por la idea del Derecho y esto es lo más grande para él, para lo que se valía de los medios de su época, que eran más toscos que los actuales. Abogaba de la misma manera por el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cual en el comercio de Colonia, como también respecto al resarcimiento de los perjuicios injustificados, que le causó al Obispo de Bamberg. Y lo antepone ante todo cuando ve el Derecho maltratado por el poder arbitrario.

La panorámica visionada por GOETHE encarnada en Olearius, no corresponde a una concepción literaria del *Sturm und Drang* o de los tiempos del *Aufklärung*, sino la repro-

(61) *Götz von Berlichingen in Fehde und von Gericht*. (1505-1540), tom. I, pp. 53 y sig.

ducción del fenómeno que se produce cuando el viejo Derecho consuetudinario, que ya por su misma carencia de elasticidad se va momificando paulatinamente hasta actuar como paralizador de las actividades, al tiempo que las nuevas ideas, con su virulencia, por estar entrañada en los jóvenes eruditos, pese llamadas a triunfar, fuera de las universidades, en las que los escolares se han ejercitado entusiásticamente en ellas, resultan anodinas y atentatorias a las costumbres tradicionales. Se abre la lucha entre escabinos y juristas, entre los viejos estatutos ciudadanos y los que a partir de CINO DE PISTOIA, BÁRTOLO y BALDO introductores en el campo del derecho del *dolce stil nuovo* que impusieron en la literatura DANTE, PETRARCA y BOCCACCIO, que ocasionaba el relegamiento del “derecho romano vulgar” para acabar con el rango superior del *ius commune*.

CINO SIGHIBULDI DE PISTORIA o de BRANA, nacía, según la opinión generalizada, en 1270 —algunos la adelantan al 1265—, y fallecía en 1336. Sus sedes, como “lector” fueron, en su edad juvenil, Bolonia y ya en la madurez, Siena, Perugia, Nápoles, y casi con toda seguridad Florencia y más dudosamente, finalmente, en Bolonia (62). Coetáneo de DANTE, florentino como él, a los que unía una entrañable amistad, cual acredita el soneto que en 1283 le dirige a DANTE, en correspondencia al primer soneto de la *Vita nova*.

BÁRTOLO DE SAXOFERRATO (1314-1357) que sólo llegó a vivir cuarenta y tres años, formado en la escuela de CINO, cuenta CALASSO (63) que solía confiar a su escolar BALDO DE UBALDI, que la “lectura” de CINO al Código *suum fabricabat ingenium*; si bien, alcanzó a volar más alto que su maestro, al enseñorearse de todas las partes del *Corpus iuris* sobre las que dejó bastantes comentarios, trabajos monográficos, opiniones legales, en número tal que la publicación de

(62) Gennaro Maria Monti. *Cino da Pistoia giurista. Con bibliografia e tre Appendici di documenti inediti*. Citta di Castello MCMXXIV, p. 72.

(63) *Medio evo del Diritto. I. Le fonti*. Milano, 1954, p. 576.

su *opera omnia* ocupaba diez volúmenes en folio, lo que parece poco menos que imposible para un hombre que vivió tan poco tiempo. Consolida BÁRTOLO el método dialéctico, que impuso en su escuela, como orientación dominante, a la que todos se rendían, según el popular adagio *nullus bonus iurista, nisi sit bartolista*, que inspiró la convicción de que BÁRTOLO, y no CINO, fuese el iniciador de la nueva orientación científica.

En un trabajo posterior, magistral como todos los suyos, precisa CALASSO (64) que, el siglo de BÁRTOLO, *il Trecento italiano* no tiene una significación tipificada, en contraposición al *Quattrocento* o del “Humanismo”; del *Cinquecento* o del “Renacimiento”; del *Seicento* o del “Barroco” y del *Settecento* o del “Iluminismo”. Un siglo éste, el *Trecento* que tuvo un ambiente determinado, quizá, porque en él había una pluralidad de hombres, de tal grandeza, que difícilmente podían plegarse a una calificación escolástica: son todos ellos innovadores, luchadores, precursores. En el mundo de la poesía, DANTE, PETRARCA y BOCCACCIO; en el de las artes figurativas, GIOTTO, NICOLA PISANO y ARNOLFO DE CAMBIO; en el del Derecho, CINO DE PISTOIA, BÁRTOLO DE SAXOFERRATO y BALDO DE UBALDI.

Baste recordar, a manera de síntesis obligada, que mientras el Común de Florencia instauraba una cátedra estable, intitulada de *lectura Dantis* que inauguraba BOCCACCIO en la Iglesia de la Badia, el *Studio paduano* daba cobijo también a una dedicada a la *lectura Glossae et Bartoli*, para que, como refería BEROIUS (*Consilium II*, núm. 17), *et sic ex communi opinioni glossarum et doctorum, quae vim legis habere et ius facere dicitur, quod es in iudicando et consulendo servandum*.

Y sin embargo, en la formación intelectual de BÁRTOLO, el Derecho no se concebía sin ser *utriusque ius*, canónico y

(64) “L’eredita di Bartolo”. En: *Studi e documenti per le VI centenario*. Università degli Studi di Perugia. Milano, 1962, tom. I, pp. 3 a 21.

civil, cual reconocía el adagio *civilista sine iure canonico parum valet, canonista sine iure civili nihil* ya que sobre un fundamento teológico se asentaba su ciencia jurídica, pues en su biblioteca privada que, según DIPLOVATACCIO se componía de 64 volúmenes, de los cuales 34 eran de Teología y 30 de Derecho civil y canónico (65).

El triunvirato jurídico del *Trecento* se cierra con la figura de BALDO, que nació en Perugia en 1327 y moría en Pavía en el 1400. Mientras que su maestro BÁRTOLO moría con 43 años, él alcanzaba los 73, de los que 56 los dedicó a la enseñanza: un año en Bolonia y en Pisa; treinta y tres en Perugia; seis en Florencia; cuatro en Padua; y los últimos diez años de su vida en Pavía. Sus escolares proclamaban *sententia tamen Baldi sequenda est propter eius auctoritatem*. Según CALASSO (66), su temperamento filosófico le hace elevarse a la razón de la norma con una fuerza de abstracción que no halla parangón alguno entre los demás juristas. SAVIGNY (67) escribe de él, que junto con BÁRTOLO consolidaron la nueva metodología en la jurisprudencia, si bien equiparados ambos, fue reputado BALDO de mayor memoria y sutileza, pero de menos agudeza que BÁRTOLO en la penetración de la esencia de las cosas.

Pese a la autoridad indiscutible del pensamiento de SAVIGNY, no era pura elucubración que una nueva concepción de las actividades jurídicas se enseñoreaba en el panorama del *Trecento*, que no constituía consecuencia de unos principios teóricos, sino que respondía a exigencias de la propia convivencia: la aparición de las ciudades, que imponía un estilo de vida nuevo. Los juristas, a uno y a otro lado de los Alpes, van desplazando a la rutina administrativa, para implantar la nueva fórmula de que *die Luft der Stadt macht*

(65) FORCHIELLI, GIUSEPPE. "Bartolo Canonista?" En: *Studi e documenti*, cit. tom. II, p. 238.

(66) *Medio evo del Diritto*, cit. p. 578.

(67) *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Trad. it. cit. cap. IV, p. 672.

frei, el aire de la ciudad, hace libre; y es en este entonces, cuando los notarios dejan de ser escritores de instrumentos para pasar a ser documentadores, en los que no se plasman sino que crean los actos jurídicos que en ellos se contienen. Y aquí tampoco aparecen relegados los notarios a un papel secundario, pues como recuerda STINZING (68) los escolares fracasados de regreso a su país, no se privan de presumir de “seudodoctores” (*Halbgehlerten*), a lo que incita la carta de una madre de Frankfurt a su hijo escolar en Wittenberg, para que se esfuerce para obtener como sea el título de doctor, al que si lo acompaña de ciencia le dará nombradía y honores; y, si está ayuno de ella, le servirá para acomodarse como un respetado burgués y ser notario. Como irónicamente escribía SEBASTIAN BRANT en el prólogo del “Espejo de los laicos” (*Layenspiegel*) “bastaría para ser notario que sepa leer este libro”.

226 Es en este período, según STINZING, cuando los escabinos son desplazados del pueblo por los jueces y juristas eruditos, que acusan a aquéllos con diatribas análogas y dicterios semejantes a los que aplicaban a rabulistas, abogaduchos y notarios y a la incultura de los picapleitos, reducidos realmente al ostracismo por la acción renovadora y regeneracionista de Peter von Andlow, Friedrich von Laudscron y Melanchthon que ponen de relieve que, en los aledaños de antaño, había que situar la causa de la decadencia.

Con ello también el viento de la modernidad arramblaba con las viejas fórmulas instrumentales, para reemplazarlas, relegándolas al olvido, por las cláusulas negociales. Pero da la coincidencia, que los viejos notarios —el *Schreiber* para los alemanes— memorizaban las fórmulas, entre las que se manejaban con desenvoltura y seguridad, al tiempo que se las veían y deseaban, debatiéndose a duras penas por las nuevas concepciones negociales, para las que no contaban con

(68) *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, Leipzig, 1867, pp. 30 y sig.

preparación suficiente, por lo que se encontraban obligados a llevar a sus documentos lo que copiaban de algún que otro libro, ocasionalmente llegado a sus manos, o se les entregaba en las minutas, que raramente salían de *consiliatores sapientes*, sino de zurupetos más o menos experimentados, los “eruditos a la violeta” o *Halbgehlerten* que hacían afluir a los documentos notariales un semillero de inexactitudes, cuando no un verdadero campo de Agramante, a elección, del más osado de los contratantes o de los profesionales del pleito, sin dejar en el desván de San Alejo o los antiguos y ahora remozados *heredipetas* o cazadores de herencias romanos.

Esto explica el grabado en madera que reproduce HANS LIERMANN, del *Kaiserliche Notar* o notario imperial, que al igual que los de las ciudades, mantenía su oficina, una a modo de garita, adosada a un muro exterior del palacio imperial, abierta al público, dando la impresión, que los otorgantes, de pie en la calle, *coram populo* daban a conocer sus voluntades, semejando a lo que en nuestra época son los quioscos de periódicos (69).

La ciudad que surge a la sombra de los monasterios, que de hecho ha dado la libertad al liberarlos de gabelas a sus acogidos, necesitaba disponer de un articulado sistema de leyes en que amparar y salvaguardar los derechos de sus moradores. Este ideal se plasma en los *Statuta* de las ciudades italianas, en vertiginoso y rápido crecimiento, en los “Fueros municipales” castellanos, en las “Cartas de población y franquicia” catalanes, en las “Reformaciones” alemanas y en las “Costumbres” francesas.

Como recuerda DIONISIO FUSTEL DE COULANGES (70) las leyes se formularon siempre como brevísimas sentencias, que pueden compararse a los versículos del libro de MOISÉS o a

(69) Richter, *Schreiber, Advokaten*. München, 1957, p. 29.

(70) *La cité antique*. París, 1864. Trad. española Carlos A. Martín. Barcelona, 1987, p. 232.

las *eslocas* del libro de MANÚ. Existen considerables indicios de que las palabras de la ley estaban rimadas. ARISTÓTELES dice que antes de la época en que se escribieron las leyes, se mantenían vivas por ser cantadas. De ello han quedado vestigios en la lengua: los romanos llamaban a las leyes *carmina*, o sea versos; y los griegos *nomos*, esto es, cantos. Con ello se facilitaba su transmisión real, las costumbres, que cristalizaban en leyes, que se producen formando un cuerpo armónico, los estatutos.

Cada ciudad tiene los suyos, que defiende como trazos de su propia identidad, por lo que el problema se presenta cuando en el comercio, en el matrimonio, en los bienes inmuebles, en la herencia, los elementos personales que intervienen están dispersos en ciudades diferentes con estatutos distintos. Valga citar, por ejemplo, los de Padua de 1285 y de 1420 recogidos en el *Liber Statutorum Paduae*, Venecia 1557; de Milán, se conocen los de 1216, como *Liber Consuetudinum*, los de 1351 conocidos como *Statuta iurisdictionem Mediolani*, y los de 1498, en *Statuta ducatus Mediolanensis*, Frankfurt 1611; y, finalmente los de Bolonia de 1250, 1282 y 1290 recogidos en *Monumenta istorica. Serie I. Statuti* dirigidos por Gaudenzi, Bolonia 1888.

La problemática planteada por esta multiplicidad y variedad de estatutos, la exponía con diafanidad CINO DE PISTOIA, que escribía que luego que era costumbre o estatuto de Bolonia de que el testamento no valga, a no ser que estén presentes diez testigos, mientras que en Florencia se aplicaba el *ius commune*, se producía el hecho de que, cierta persona, teniendo bienes tanto en Bolonia como en Florencia, había hecho su testamento en esta última ciudad ante siete testigos e instituía heredero a Ticio, que, marchó a Bolonia para reclamar a los poseedores los bienes que allí tenía el testador, oponiéndole aquéllos que tal testamento carecía de valor, por cuanto faltaban tres testigos.

Cabía preguntar qué estatuto debía prevalecer en su aplicación a este caso. Lógicamente, según CINO, hay que des-

cartar el lugar del contrato, porque las locuciones “gestionado” y “contraído” no encajan en el derecho de testar, como indica la ley *verba contraxerunt, gesserunt ff. de verborum significatione*, D.50.16.20: *verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi ius*.

A manera de respuesta, añadía CINO que JACOBO DE RAVENNA, pensaba que en este caso el heredero instituido adquirirá los bienes sitos en Florencia; pero, los que están en Bolonia, corresponderán al heredero intestado, fundado en que en todo caso, se ha de tener en cuenta la costumbre del lugar en que están radicadas las cosas.

A lo que advierte CINO que “nuestro derecho no permite que en los bienes rústicos no se pueda a la vez morir testado e intestado”; si bien, para que la proposición sea veraz, debe atemperarse a la consideración de que si, efectivamente, el Derecho escrito es uniforme; sin embargo, se permitiría por el Derecho consuetudinario o estatutario, que no es uniforme, pues varía según los distintos lugares. Y por la misma variación podría morir con dos testamentos, uno hecho según la costumbre de Florencia y otro con arreglo a la costumbre o estatutos de la ciudad de Bolonia.

Finaliza CINO DE PISTOIA haciendo suya la opción de PETRUS DE BELLAPERTICA, de que cuando en una ciudad su costumbre sea contraria a la de otra y en una de ellas se conserve o aplique el *ius commune*, será éste el llamado a regir los bienes existentes en uno y otro lugar. Y, en esto, a juicio de CINO, radica la verdad (71).

Esta prolija legislación, circunstancial y localista, un auténtico mosaico de heterogéneos preceptos, plantea la cuestión de cómo dotar de elasticidad y de una cierta universalidad

(71) *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi, id est Digesti veteris, doctissima Commentaria, nunc Summariis amplius tertia partis auctis, infinitaque mendis sublatis et Additionibus in margine adiectis multo diligentius et emendatius, quam antea excusa*. Francoforti ad Moenum. Impensis Segismundi Feyerabendt. MDLXXVIII, fol. 2, núm. 9, rubrica: *De Summa Trinitate et de fide Catholica: lex cunctos populos*. C. 1.1.1.

a las escrituras notariales, estableciendo un lenguaje jurídico convencional que posibilite el entendimiento de que lo que se dice en un instrumento redactado en Cremona o Bérgamo sea perfectamente reconocible en Ferrara, en Florencia, en Pavía o en Modena. Ello es obra de las cláusulas negociales, que se multiplican fabulosamente, alcanzando un número inusitado, por cuanto los notarios, ante el temor de que sus documentos adolezcan de inexactitud o de nulidad por omisión de requisitos, no vacilan en resguardarse insertando una cláusula detrás de otra, “valgan por lo que valieren” y no como alguien, con un cierto desconocimiento de los hechos, en una ocasión, más provista de dogmatismo jurídico que de valoración diplomática, ha reconducido todo a la pervivencia de la oralidad romana.

Es a partir del siglo XIII cuando el Derecho cabalga sobre las escrituras notariales. ¿Qué legislación se aplica para interpretar las cláusulas contractuales entre un comerciante de Brescia y un agricultor de Parma? Hemos visto el planteamiento que respecto al testamento hace CINO DE PISTOIA. Mas esta interrogante trae de la mano a esta otra: ¿Quién o quiénes conocen el *ius commune*? La respuesta es muy simple: los maestros que explican el Derecho romano y canónico, el civil y pontificio, que como *utriusque iuris Doctores* están familiarizados en sus *lecturae* con el *ius commune*.

A ellos acuden las gentes, obligándoles a desdoblar sus enseñanzas, en las *lecturae* para instruir a sus escolares y en los *consilia* para que los hechos cuestionados dejen de serlo por obra de su razonamiento y autoridad. Consecuencia de esta temática, es que, la actividad docente, desarrollada en las tradicionales “prelecciones y relecciones”, que venían a equivaler a los esquemas expuestos en las lecciones de cátedra, debidamente sedimentadas y revisadas se integraban en *Tractatus*, que a diferencia de la concepción que tenemos nosotros, no eran necesariamente voluminosos tomos, pues el *Tractatus de tabellionibus* de BÁRTOLO, tan sólo ocupa tres folios.

El repliegue de la enseñanza académica o escolar va acompañada del apogeo de los *consilia*, en los que aparecen aplicados los principios teóricos para hallar soluciones armónicas en la práctica jurídica, que hacen del jurisconsulto el verdadero *defensor civitatis*, en el sentido agustiniano, y que, según el recuento de MARIO ASCHERI (72), sólo las colecciones de *consilia* italianas se calculan por él entre cuatrocientas y quinientas, cifra que a mi entender, podría muy bien situarse en torno a las ochocientas, incluidos los alemanes, españoles y franceses.

El material de investigación para estos dictámenes lo constituyen las escrituras notariales, sobre las que se cimenta el Derecho común de la más reciente Edad Media, en rara fusión de la ignorancia de los notarios con la sabiduría de los doctores. Por eso, frente a la nominación genérica y amorfa de “postglosadores” con que los bautizara SAVIGNY, ofrecen esa doble faceta, en su actividad académica de *commentatores* con que los apeló KOSCHAKER y en la de jurisconsultos prácticos de *consiliatores* popularizada por WIEACKER.

Con estos precedentes, queda, al menos, pergeñado el marco en que los notarios aplican sus propias cláusulas negociales.

X

Un 19 de diciembre de 1546, con la perspectiva de dos siglos de experiencia, finalizaba BARTHOLOMAEUS BERTAZUOLO, jurisconsulto de Ferrara, su *Tractatus clausularum instrumentalium* que veía la luz en 1598 y conocía una segunda edición, que es la que utilizo, en Venecia 1601 (73). Sin em-

(72) “Konsiliensammlungen. A. Allgemeine Charakterisierung”. En: HELMUT COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Tom. II. München, 1976, p. 1198.

(73) Bartholomaeus Bertazuolo, Ferrariensis. Iurisconsulti celeberrime et Serenissimorum quondam Ferrariae Ducum secretioris Consiliarii, Patroni, Causarum famosissimi. *Tractatus clausularum instrumentalium. Opus profecto cunctis Iurium alumni ut*

bargo, BERTAZOULO, moría antes de ver su publicación, ya que en la dedicatoria a Clemente VIII, así lo hace constar su hermano Ioannes Baptista.

En el *Proemium. In Domino solum confido* inicia su exposición, con arreglo al método usual en los escritos jurídicos, el escolástico-tomista, bajo cuyas coordenadas ha de interpretarse. Para dar cumplida cuenta, procedo a transcribirlo respetuosamente. Escribe así:

Núm. 1.—“Los notarios que en los instrumentos agregan cláusulas, que no entienden, son como la urraca y el papagayo, que están en el Palacio de los señores hablando sin entendimiento.” (*Notarii qui in Instrumentis apponunt clausulas, quas non intelligunt, sunt sicut pica et psittacus gallus, stantes in Palatio Dominorum loquentes sine intellectu.*)

Y en su desenvolvimiento prosigue:

232

“Los notarios son semejantes a los cantores que cantan bien por la práctica acumulada, pero no por la razón de saber música. El notario no tiene obligación de ser doctor ni diligentemente saber de derecho. Debería bastarle con conocer lo que se describe en la *Summa Notariae* y demás libros pertenecientes a su oficio. Los errores que por negligencia o impericia ocasiona responde por el interés lesionado a la parte. Cometiendo frecuentemente errores por impericia y por ignorancia del sentido de las palabras irrogan grandes daños. La impericia de los notarios destruye el mundo” (*Ex notariorum imperitia Mundus destruitur*).

La metáfora de la “urraca y el papagayo” (*pica et psittacus*) aparece, por ejemplo en el *num. 4. del Consilium 26* de NICOLAS EVERHARDUS DE MITTELBURGO, que así mismo refiere que *notarii sunt ut pica et psittacus, quid stand in pa-*

utile sic Advocatis ac potissimum Tabellionibus publicis summe proficuum, quotidiana-eque praxi eorundem forensi graviter exercendae maxime necessarium. Ad S.N.D. Clementem VIII. Pont. Max. Cum licentia superiorum et privilegiis. Secunda editio. Venetiis MDCL. Apud Floravantem Pratum, fol. 2.

latiis dominorum, loquentes sine intellectu" (74) y que al decir de un buen número de *consiliatores* alcanzó el rango de aforismo popular.

Según BERTAZUOLO un documento requiere para su confección reunir diez requisitos para su solemnidad intrínseca y cuatro para la extrínseca. Los que afectan a la solemnidad intrínseca son: uno, la invocación del nombre del Señor; dos, el año del mismo; tres, la indicción, o espacio de tiempo que le corresponde en uno de los tres quinquenios; cuatro, el día y el mes del contrato; cinco, el nombre del Emperador y del Papa; seis, el lugar del contrato; siete, los testigos; ocho, el nombre del notario; nueve, su signo; diez, los hechos que agregan los doctores.

En lo que atañe a las extrínsecas, señala: uno, que el que escriba fuese notario legítimo; dos, que fuese hábil; tres, que estuviese rogado; cuatro, que se diese lectura al instrumento.

233

Como es obvio, BERTAZUOLO, únicamente considera las cláusulas en los negocios *inter vivos*. Así, en la *Clausula III, Glossa XXIII* define las cláusulas diciendo que:

"Son lo que los griegos llaman *periodon*, o sea, una sentencia breve que contiene la conclusión, según los gramáticos y respecto a las que, en la duda, se entiende rogado el notario para que en el instrumento agregue las acostumbradas (*consuetas*), de modo que, si no figuran puestas, se tienen por colocadas."

Y en la *Glossa XXIV* sigue precisando que:

"el notario no se presume rogado para poner las cláusulas acostumbradas (*consuetas*) que se tienen por colocadas, excepto el juramento. El notario puede añadir cláusulas, mientras el acto está *in fieri*, pero no si está celebrado y vulgarizado, o sea, dado a conocer al pueblo."

(74) *Consilia sive Responsa*. --- *Accesit insuper eorum, quae partem Gallica, partem Flandrica et Bravantica lingua, passim iisdem Consiliis inserta (nec in hac tamen editione omissa) sunt. Latina versio in gratiam earundem linguarum imperitorum elaborata*. Francofurti MDLXXII. *Consilium XXVI*, fol. 91.

Sólo en materia de contratos, en cuyo estudio se concentra, en sus “glosas” comenta cuarenta y tres cláusulas diferentes.

No puede dejar de producir una cierta curiosidad, que, precisamente, el introductor del *dolce stil nuovo* en el ámbito jurídico, el jurisconsulto poeta, amigo dilecto de DANTE, que había hecho norte y guía de su magisterio en unos versos: *Saepe nocet, qui multo docet, quae vis retinentur* (con frecuencia daña, el que enseña muchas cosas, que a la fuerza se han de retener) *exoritur quicquid rapitur, dum pauca docentur* (se hace propicio en todo caso el que arrebató, con tal que enseñe pocas cosas) que figuraban en una obra juvenil, el *Tractatus de successione ab intestato*. Pues bien, ni en su *Lectura in Codicem*, ni en las *Additionem ius Codicem*, ni en la *Lectura in Digestum Vetus*, ni en las *Lecturae in infortiatum et in digestum novum*, ni en las *Glossae* y *Quaestiones*, porque el exiguo número de sus *Consilia* no los he tenido a mano, en todas ellas que he procurado examinar con meticulosidad, más con afán de erudito provinciano que de jurista, no me ha sido concedido encontrar ni una sola alusión o referencia a las fórmulas instrumentales ni a las cláusulas negociales.

Este proceso experimenta una inversión profunda en sus inmediatos discípulos BÁRTOLO y BALDO y en todos sus seguidores o “secuaces” de su escuela, cual se les llama en los textos.

BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, menciona y estudia en sus obras, con indicación individualizada de cada una de ellas, de su número globalizado:

a) *Commentaria in Primam Digesti veteris partem* (75): Incluye 16.

(75) BARTOLI, *Commentaria in Primam Digesti veteris partem, doctissimi viri D. Petri Pauli Parisii, Cardinalis admodum reverendi non paucis additionibus super illustrata ac curateque castigata*. “De forti dulcedo”. Lugduni, 1547. (Comprende hasta D.6.1. de reivindicacione).

b) *In secundam Digestum vetum parte, Commentaria* (76): Comprende 14.

c) *Commentaria in primam Infortiati partem* (77): Contiene 14.

d) *Commentaria in secundam Infortiati partem* (78): Abarca 38.

e) *In primam Digesti novi partem Commentaria* (79): Refiere 11.

f) *In secundam Digesti novi partem Commentaria* (80): Menciona 27.

g) *In primam Codicis partem Commentaria* (81): Indica 16.

h) *In secundam Codicis partem Commentaria* (82): Encuadra 5.

(76) BARTOLI A SAXOFERRATO, *In secundam Digestum vetum partem, Commentaria. Quibus praeter Alexander Barbatius, Seiffell, Pom. Nicelli et aliorum Adnotationes et contrarietatum Conciliationes. Accesserunt novissime Excellentissimorum virorum Cassiani Putei, primi in Pedemontano Senatu Praesidis, Guidonis Pancirolis et Berbar-di Trotti in Taurisensi Academia hora vespertina ex ordine iura enodantium fertilissime lucubrationis: quarum ope, non modo quaenam sint receptiores sententiae quisque facile intelliget, sed minimo labore quidquid in unaquaque materia utile ac necessarium fuerit, tanquam in refertissima penu, repositum inveniet. Hec novissima Taurinensis editio. --- Cum Summi Pontifici Caesareae Maiestatis Galliarum et Hispaniarum Regis Privilegiis. "Nec ingrata Diis". Augustae Taurinorum 1589. (Comprende desde D.6.2. de publiciana in rem actione a D.24.2. de divortiis et repudiis).*

(77) BARTOLI, *Commentaria in primam Infortiati partem. Doctissimi viri Domini Petri Pauli Parissi. --- "De forte dulcedo".* Lugduni, 1547. (Comprende desde D.24.3. soluto matrimonio quemadmodum dos petatur a D.29.7. de iure codicillorum).

(78) BARTOLI, *Commentaria in secundam Infortiati partem. Doctissimi viri Petri Pauli Parissi --- "De forti dulcedo".* Lugduni, 1547. (Comprende desde D.30. de legatis et fideicommissis 1, a D.36.1. ad senatusconsultum Trebellianum).

(79) BARTOLI A SAXOFERRATO, *In primam Digesti novi partem Commentaria --- "Nec ingrata Diis".* Augustae Taurinorum, 1589. (Comprende desde D.36.2. quando dies legatorum a D.44.7 de obligationibus et actionibus).

(80) BARTOLI A SAXOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem Commentaria. --- Augustae Taurinorum, 1589. (Comprende desde D.45.1. de verborum obligationibus a D.50.17 de diversis regulis iuris).*

(81) BARTOLI A SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem Commentaria. --- Augustae Taurinorum, 1589. (Comprende hasta el libro 5.º).*

(82) BARTOLI A SAXOFERRATO, *In secundam Codicis partem Commentaria. --- Augustae Taurinorum, 1589. (De los libros 6.º al 9.º).*

i) *In tres posteriores Codicis libros Commentaria* (83): Ninguna.

j) *Super Authenticis et Institutionis Commentaria* (84): Añota 3.

k) *Consilia, Quaestiones et Tractatus* (85): Engloba 9.

Inserta en total BARTOLO 153 cláusulas negociales, que afectan a toda clase de ramas del *ius civile* devenido *ius commune*.

BALDO DE UBALDI, para facilitar la investigación, según se dice, se complementa su obra, en la edición de Venecia de 1586, con un suntuoso *Index locupletissimus* que acredita la vigencia del aforismo de que “de buenas intenciones están empedrados los infiernos”, por cuanto se encuentra plagado de errores que inducen a confusión y hacen ilocalizables sus referencias numéricas, por lo que no se puede dudar al calificarlo de plenamente inservible (86).

a) *In primam Digesti veteris partem Commentaria* (87): 14.

b) *In secundam Digesti veteris partem Commentaria* (88): 5.

236

(83) BARTOLI A SAXOFERRATO, *In tres posteriores Codicis libros Commentaria*. --- Augustae Taurinorum, 1589. (De los libros 10.º al 12).

(84) BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super Authenticis et Institutionis Commentaria*. --- Augustae Taurinorum, 1589.

(85) BARTOLI A SAXOFERRATO, *Consilia, quaestiones et Tractatus Domini Bartoli a Saxoferrato iureconsultorum facile principis nunc diligentiori cura quam antehac castigati et in suum pristinum splendorem feliciter restituti*. “De forti dulcedo”. Lugduni, 1547.

(86) *Index locupletissimus rerum omnium ac sententiarum memorabilium quae in Baldi Ubaldi Commentariis ad Libros Digestorum, Codicis et Institutionum nec non in Tractatu de Pactis et Constituto continentur. Serie alphabetica ita in studiosorum gratiam accurate dispositus et repurgatus ut nihil supra desiderari queat. Cum Pauli Lanceloti Iuria utrisque Consulti Perusini Apologia in ipsius Baldi detractores composita*. Venetiis. Apud Iunctas MDLXXXVI.

(87) BALDI UBALDI, PERUSINI, *Iurisconsulti omnium suae tempestatis celeberrime, ingenio accutissimi, sensuque profundissimi. In primam Digesti veteris partem Commentaria. Doctissimorum hominum aliis omnibus hactenus impressis Adnotationibus illustrata*. --- Venetiis. Apud Iunctas MDLXXXVI.

(88) BALDI UBALDI, PERUSINI, *Iurisconsulti omnium suae tempestatis celeberrime, ingenio accutissimi, sensuque profundissimi. In secundam Digesti veteris partem Commentaria. Doctissimorum hominum aliis omnibus hactenus impressis Adnotationibus illustrata*. --- Venetiis MDLXXXVI.

c) *Commentaria in primam et secundam Infortiati partes* (89): 18.

d) *Super Digesto novo Lectura* (90): 2.

e) *Praelectiones in quatuor Institutionum libros* (91): 7.

f) *In Primum, Secundum et Tertium Codicis libros Commentarium* (92): 5.

g) *In Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria* (93): 3.

h) *In Sextum Codicis librum Commentaria* (94): 15.

Reproduce un total de 69 cláusulas diferentes, que contrastan, en algún modo, con las más del doble que significaba BARTOLO. La motivación puede encontrarse si se considera que mientras que BARTOLO se dedicó a la enseñanza menos de veinte años y únicamente en Perugia; BALDUS, con sus setenta y tres años, consagraba a sus escolares, cincuenta y seis, por lo que su actividad en la práctica hubo de alcanzar, necesariamente, más reducidas proporciones.

Con todo, el jurisconsulto que culmina su inclinación preferente a la práctica, en la que su laborar puede tildarse de modélico, es IACOBO MENOCHIVS, el más célebre civilista del

237

(89) BALDI UBALDI, PERUSINI, Iurisconsulti clarissimi. *Commentaria in primam et secundam Infortiati parte. Summo studio et labore collatis vetustissimis exemplaribus innumeris prope mendis purgata. Hac postrema editione omnia sunt suis locis reposita aditio Tractatus de pactis et de constituto. "Mi coelestis origo".* Augustae Taurinorum. Apud haeredes Nicolai Bevilacqua MDLXXVI.

(90) BALDUS, *Super Digesto novo Lectura*. Excellentissimi utriusque iuris doctoris domini Baldi de Ubaldi de Perusio super Digesto novo --- Lugduni MDXLI.

(91) BALDI UBALDI, PERUSINI, Iurisconsulti. *Praelectiones in quatuor Institutionum libros. Nunc postremo nonnullorum vetustissimorum Codicum ope diligentius quam antea emendatae.* --- Venetiis MDLXXXVI.

(92) BALDI UBALDI, PERUSINI, Iurisconsulti omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio accuratissimi, sensuque profundissimi. *In Primum, Secundum et tertium Codicis libris Commentarium. Alexander Imolensis, Andreae Barbatus, Celsi Philippique Decii Annotationibus illustrata.* --- Venetiis MDLXXXVI.

(93) BALDI UBALDI, PERUSINI, Iurisconsulti omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio accuratissimi, sensuque profundissimi. *In Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria.* --- Venetiis MCLXXXVI.

(94) BALDI UBALDI, PERUSINI, Iurisconsulti omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio accuratissimi, sensuque profundissimi. *In Sextum Codicis librum Commentaria.* --- Venetiis MDLXXXVI.

cinquecento a juicio de CALASSO (95), gigante entre la pléyade de juristas prácticos que a lo largo de su vida “no supo poner por escrito otra cosa que no fuere *consilia*”. De aquí que haya que destacar la transcendencia que guarda en la consignación de las cláusulas negociales figuradas en las escrituras notariales extraídas en sus 1001 *consilia*, recopilados en diez volúmenes (96) y que llegan a ser trescientas cuarenta y dos, que a la hora de instrumentar un negocio o acto jurídico debían pesar como losa en las espaldas del notario.

La distribución de las cláusulas es la siguiente:

Liber primus: 93.— *Liber secundus*: 49.— *Liber tertius*: 32.— *Liber quartus*: 48.— *Liber quintus*: 26.— *Liber sextus*: 28.— *Liber septimus*: 14.— *Liber octavus*: 16.— *Liber nonus*: 17.— *Liber decimus*: 19.

238

Conservar en la memoria alrededor de unas cuatrocientas cláusulas para insertarlas adecuadamente las que corresponden a las distintas especies de documentos salidos de las manos del notario, no era menos que empresa fantasmagórica, por lo que, bastaba con que se consignasen las palabras enunciativas con las cuales se daban por puestas, teniendo buen cuidado de que figurase a seguido de ellas la expresión “etcétera” generando así las *consuetas clausulae et caeteratae* que, aunque inicialmente figuran en la *imbrevisatura* o matriz, que obra en poder del notario y que forma el protocolo; sin que, por eso, extrañe que la locución “etcétera” aparezca más de lo debido en las copias, bien porque el notario ignoraba su desarrollo completo, o no tenía libro o

(95) *Medio evo del Diritto. I. Le Fonti*, cit. p. 592.

(96) IACOBUS MENOCHIUS, Papiensis. Divini atque humani iuris peritissimi. Et in nobilissimi longeque omnium florentissimi Gymnasii Patavini matutina sedis Iure caesariis. *Consiliorum sive Responsorum. Liber* (primus ac decimus). *Opus rerum amonea tractatione iucundum et decisionum iudiciosa gravitate fructuosum scholis denique et foro discentibus atque docentibus utile et necessarium. Nunc primum in Germania. “Disciti iustitiam moniti”*. Francofurti. Haeredum Andreae Wecheli et Ioan Gymnici. MDXCIV. Cum gratia et privilegio S. Caes. Maiestatis ad sexenium.

papeles de donde copiarla, o por lo que tantas veces se le imputa, por negligencia o impericia.

Valgan a título de ejemplo, algunas de ellas:

a) Cláusula *in divisione posita*.—*Renuncians omni exceptioni etc.* Que desarrollada es así: *Renuncians omni exceptioni, conditioni indebiti, sine causa et doli mali.* MENOCHIUS (*Cons.* 91, núm. 54).

b) *Ex certa scientia etc.*—Completada: *ex certa scientia, sponte, non dolo et vi* que según ROMA (*Cons.* 176, núm. 6) diariamente se incluye por los notarios en sus instrumentos; si bien, en todo caso dice MENOCHIUS (*Cons.* 37, núm. 132) se entiende puesta por voluntad de las partes y no por *stylo notarii*. En virtud de ella no se puede alegar propio error e ignorancia. Sin embargo, si ignoraba lo que hacía, puede no consentir. Y las palabras del notario, indica BALDO, son palabras de los contratantes, por lo que la impericia o la ignorancia del notario perjudica a los contratantes, pues se considera que es la voluntad de ellos. Por lo que, no es cierta la opinión de los que entienden que, no habría renunciado la mujer al Senado consulto Veleyano, si interrogado el notario acerca de ella, ignora responder que era una cautela, por lo que no tiene facultad el notario *ex post facto* de perjudicar con su manifestación a los contratantes, cual piensa MENOCHIUS (*Cons.* 37, núm. 145).

La cláusula *ex certa scientia* no opera en el caso en que se lesione el derecho de un tercero. ARETINUS (*Cons.* 15, núm. 6), CURTIUS IUNIOR (*Cons.* 142, núm. 8), PARISIUS (*Cons.* 11, núm. 12); cuya fuerza es tanta como la de la cláusula *motu proprio* según PARISIUS (*Cons.* 3, núm. 57), ya que puede suplir sólo los elementos jurídicos, pero no los de hecho, PARISIUS (*Cons.* 1, núm. 81); pues para MENOCHIUS (*Cons.* 2, núm. 328) se presume que los hechos son ignorados por el Príncipe. Finalmente, el propio Cardenal PARISIUS (*Cons.* 20, núm. 80) sostiene que la cláusula *ex certa scientia* es accesoria en cuanto a la sustancia del acto y por consiguiente, sólo sana el defecto, pero no infunde sustancia nueva.

c) *Omni meliori modo etc.*—Corresponde a *omni meliori modo, iure, via, causa et forma*. Constituye una aplicación del aforismo *utile per inutiler non vitiatur, sed inutilis vitiato, autem remanet utilis*, salvándose por ella el acto, que se sostiene por el medio que mejor se pueda “o.m.m.” CARDENAL DE LUCA (*Disc. XLII*, núm. 88. tom. IX), ALEXANDER (*Cons. 113*, núm. 3), ALCIATUS (*Respons. 562*, núm. 3) y MENOCHIVS (*Cons. 10*, núm. 12) si el testador instituye heredero universal y legase a su mujer *relinquo uxorem meam dominam, maiorem et usufructuariam* y figurase la cláusula “o.m.m.” opera, en la duda, entendiendo que la mujer ha sido dejada propietaria. Añade ALCIATO (*Ad titulum “si certum petatur, commentaria”*. Tom. III, fol. 698, núm. 43) que si se prestase juramento se origina una presunción muy fuerte de que el que juraba quería que valiese el documento sostenido *omni meliori modo etc.*

d) *Ad habendum etc.*—Es la cláusula *ad habendum, tenendum et quicquid placuerit faciendum* puesta en un documento de ejecución del instrumento de división hecha entre hermanos no concede facultad para enajenar el fideicomiso, porque se entiende puesta más *ex stylo notarii* que por consentimiento de las partes, MENOCHIVS (*Cons. 37*, núm. 156).

e) *Derogans etc.*—Se formula *derogans, cassans, revocans, irritam et annullans omne aliud testamentum omnemque eius ultimam voluntatem per eam hactenus conditum vel conditam, praeter hoc et hanc*, según la redacción de FRANCISCUS BRUSETUS (*Cons. 47*). Sin embargo, por lo general, esta cláusula se presenta condicionada en las escrituras, ya que, mediante ella, por un procedimiento indirecto, se intenta fortalecer la voluntad del testador, por lo que observa BENEDICTUS CAPRA (*Cons. 30*, núm. 15) que el primer testamento se revoca por el segundo, aunque en el primero figurase condicionada la cláusula revocatoria; es decir, que no quería revocar aquel testamento por el siguiente, si no escribiese en él la oración del “Ave María”; si bien, por el paso del tiempo y de los años el testador insertó el “Padre nuestro”, deducía CAPRA

que era voluntad del testador revocar el primer testamento.

f) *Tunc et eo casu etc.*— Se significa en la introducción de la cláusula, *et si contigerit aliquod alium testamentum a me in posterum fieri, volo non valere et tunc et eo casu volo et intelligi haberi ac si mortuum essem intestatus.*

Este desarrollo ofrece otra variante: *Et si contigerit aliquod alium testamentum fieri, vel instrumentum donationis causa mortis, dicta testatrix voluit non valere, et tunc et eo casu voluit intelligi et haberi quod ipsa mortua sit ab intestato.*

MENOCHIVS (*Cons. 170*, núms. 10 a 17) sostiene que puede producirse una triple interpretación:

1) Como si dijere “quiero que esa mi segunda voluntad tenga fuerza de institución para los llamados *ab intestato* y por ella se derogue éste mi primer testamento”.

2) Como si con estas palabras quisiese decir el testador o la testadora, “si hiciera otro testamento, quiero morir totalmente intestado, tanto en cuanto al primer testamento, como al segundo”. Interpretación, que según MENOCHIO hay que rechazar en su misma formulación.

3) Como si quisiese decir: “quiero morir intestado respecto al segundo testamento, ya que no quiero que valga y no pueda revocar este primero confeccionado por mí”. Esta es la interpretación adecuada para MENOCHIVS, porque la cláusula *et si contigerit etc* se orienta a incrementar y fortalecer el primero de estos testamentos, con el fin de que valga en cualquier caso. Luego no debe operar la disminución, que se ocasionaría, si se sostuviese, que si el testador desistiese del segundo testamento, ni uno ni otro valdrían. Por ende, la cláusula *et si contigerit* está puesta en favor del primer testamento, para corroborarlo y ayudarlo lo mejor que pudiere. Porque es más verosímil que esta testadora quería morir con testamento que *ab intestato*, máxime cuando se presume que nadie quiere disponer frustradamente, por lo que es preferible la conservación del acto, a que perezca.

g) *Codicillaris.*—*Quam valere voluit iure testamenti etc.* Se conserva todavía por costumbre en los testamentos catalanes, en los que se encuentra redactada en estos o parecidos términos: “Es mi voluntad que este testamento valga como tal y si como tal no vale o en cualquier tiempo no valiese, se mantenga al menos como codicilo” de la que me ocupé no ha mucho (97).

Asimismo, es muy frecuente prevenir los defectos en el acto de confección del testamento y los surgidos después, mediante las palabras en tiempo presente y futuro *et si non valet vel non valebit etc.*

La formulación más completa, que a la vez da idea de su complejidad, es la que califica de completísima ALBERICUS DE ROSATE (98):

“Pues esto quiero que sea mi último testamento y la ordenación de mi última voluntad que quiero que valga como testamento; y si por el derecho de testamento no vale, o no valiese por causa de preterición y de desheredación, de agnación del póstumo, o por defecto de alguna otra solemnidad, o por cualquier otro, valga como codicilo, o epístola, o donación *causa mortis*, o *inter-vivos*, o *ad pias causas*, o por derecho de distribución u ordenación hecha entre los hijos, o por cualquier derecho de última voluntad aun menos solemne, o por derecho de fideicomiso, y por todo otro modo y derecho que mejor pudiere valer; por el cual, ruego a todos los llamados a mi herencia, por testamento o *ab intestato*, o por cualquier otra forma o derecho, para que se sirvan contentar restituyendo así mismo la herencia por fideicomiso al heredero instituido.”

(97) *Testamentos, codicilos y cláusula codicilar.* Discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Barcelona, 1995.

(98) ALBERICUS DE ROSATE, BERGOMENSIS, *Secunda Alberici super Codice. Commentationum iuris utriusque summi practici.* --- Lugduni, 1545, fol. 53 vto., núm. 33.

El *ius commune* ha surgido de la interdependencia de los instrumentos notariales y del dictamen de las cuestiones suscitados en ellos por los juristas. Y es que los *consilia* desplazan totalmente a las sentencias, porque, en primer lugar, el *consilium* en sí y por sí ya era una sentencia, al sentir de ANDREAS ALCIATUS (*Cons.* 22), que dice, “sabido es, que los consejos de los doctores, que dan en las causas, no son otra cosa que testimonios jurídicos y los mismos doctores son llamados testigos del derecho” (*sciendum est, quod consilia doctorum, quae in causae dantur, nihil aliud sunt quam testimonia iuris et doctores ipsi dicuntur testes iuris*); y, en segundo lugar, por cuanto las *allegationes* en favor de una y de otra parte, permiten ponderar los razonamientos más ajustados a la realidad; o como los doctores, por su formación escolástica, refieren a la veracidad, siguiendo el adagio *argumentum a veritate vincit argumentum ab autoritate*; o como dice DECIUS (*Cons.* 456, núm. 8), “y no obstante la común opinión debe tenerse en cuenta la opinión contraria, que está formulada en razones mejores (*et non obstante communi opinioni attendi debet contraria opinio, quae melioribus rationibus fundata est*); y, finalmente, como traslucía GÖTZ VON BERLINCHINGEN, los juristas como tales desplazan a los escabinos de su silla y por su superior formación jurídica emanan dictámenes, que si no son propias sentencias, merecen serlo, pues según LUCAS DE PENNA, por muy manifiesta que sea una ley, no hay que descuidar la interpretación, ya que no puede subsistir el Derecho sin que haya algún jurisperito, que con su interpretación produzca lo mejor de aquélla (*et quamvis manifestissima sit lex, non est tamen interpretatio negligenda; stari enim non potest ius, si non sit aliquis iuris peritus, qui illud per interpretationem suam producat in melius*).

Camino erizado de dificultades para los notarios, respecto a los que sus deficiencias casi insalvables de formación,

se refleja en sus escritos como en un espejo. Ciertamente que en el siglo XIII, en su década inicial, nació en Bolonia ROLANDINO RODULPHINI FIORETTAE, que tomaba por apellidos los nombres de su padre Rodolfino y de su madre Fioretta, ordinariamente conocido por ROLANDINO PASSAGERIO que llena casi el siglo, pues fallecía en el 1300; que en 1234 ya era notario y con posterioridad, doctor en Derecho, ejerciendo de *lector artis notariae* aunque nunca fue lector de *ius civile* y al que SAVIGNY tributa los mayores elogios (99). Su obra *Summa totius artis notariae*, reproducción anastática maravillosa y primorosamente editada por el Consejo Nacional del Notariado italiano (100) me fue regalada en recuerdo a la memoria de mi entrañable amigo PIETRO MICHELI, continuador en Parma de la dinastía notarial de su familia sin interrupción desde el siglo XIV, proseguida a su muerte por su hijo e hija y su hermano.

Sin embargo, la *Summa artis notariae* ofrece una evidente paradoja: la de requerir para su inteligencia y comprensión una cumplida formación jurídica, que desgraciadamente, como era de esperar, en la generalidad de los notarios desperdigados, acá y acullá, no era posible encontrar, sin que modifique el panorama, el hecho de sus continuadas ediciones, que al margen del reducido ámbito de las escuelas jurídicas, poco frecuentadas por los notarios, si algo muestra su aparente difusión es la facilidad, por su nombradía, para honrar los anaqueles de los notarios provincianos y no por falta de ganas de utilizarla, sino porque en su plumbeo lenguaje, su excesivo escolasticismo y su ausencia de valores literarios, no sólo que le restaban valores estilísticos, sino que

(99) *Geschichte des römischen Rechts*, tr. it. cit. cap. XLV, pp. 503 sig.

(100) *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphini Bononiensis viri praestantissimi in eandem summam loculentissimus apparatus qui Aurora per excellentia dicitur, ita exacte, mature et eleganter pertractans, quicquid ad tabellionatus artem pertineat, ut nihil iam sit amplius desiderandum. Flos testamentorum sive ultimarum voluntatum. De iudicis et ordine iudiciorum. Notularum Tractatus. De officio tabellionatus in villis vel castris operando*. Venetiis. Apud Iuntas. MDXLVI.

la hacen un tanto indigerible. Por lo que, más que de estímulo, sirvió de antídoto, como las uvas de la zorra, que no estaban maduras. Ensalzando a ROLANDINO, se han fulminado los mayores dicterios contra los pobres notarios. Fácil empresa, la de mostrar los valores de uno solo para ridiculizar, poniendo en evidencia, la ausencia de conocimientos de los demás.

XII

Abiertamente y sin rebozo alguno, se decanta por los notarios el jurista más afamado en la aplicación del Derecho, JACOBO MENOCHIVS, por las razones acumuladas de su conocimiento de la realidad diaria, a la que tan entrañablemente se consagraba en el *Consilium 18* (núm. 1) glosando la máxima *notarius sunt personae vilis conditionis* destaca lo inadecuado de su formulación.

245

Su discurso es paladinamente diáfano: "Propuesta esta consulta jurídica, en verdad no sencilla, por lo que no deja de producir dudas. Pues no puede suscitar más que dudas si los hijos del Conde Carlos habidos con doña Lucrecia, se consideran legitimados por el subsiguiente matrimonio entre ellos, dado que se afirma que la indicada doña Lucrecia era persona vil y de condición impar respecto a don Carlos."

Y, ciertamente, enjuicia MENOCHIVS, que a simple vista parece que en cuanto a la posesión de los bienes no produce efecto la legitimación respecto a los hijos. Pues es jurídicamente claro que doña Lucrecia fuese persona vil, tanto se considere su propia persona y condición, como la de su padre. En lo que atañe a su persona, se entiende vil, porque desdichadamente se rumoreaba que ya, con anterioridad a don Carlos, había convivido con otros y que luego permaneció muchos años en concubinato con él, por lo cual, parecía adccuado darle el nombre de meretriz, y en consecuencia, persona vil y menos honesta. Asimismo, la condi-

ción de vil se apreciaba en la persona de su padre, que era un simple notario e hijo de un labrador, como se lee en la *Glossa* y los doctores en el comentario a la ley *universos C. de decurionibus*, C. 10. 31. (32) 15. “queremos que todos los decuriones se abstengan de las funciones de los notarios”, siendo de este tenor ANGELUS (*Cons.* 284, núm. 1), OLDRADUS (*Cons.* 75, núm. 2), GUIDO PAPE (*quaestio* 90), CRAVETTA (*Cons.* 163, núm. 1) y ROLANDUS A VALLE (*Cons.* 66, núm. 39).

Sucede, continúa MENOCHIUS, que la *maior communis opinio* consideraba que el notario, padre de doña Lucrecia, era ignorante e imperito, que tan apenas hacía al año cuatro documentos entre los rústicos, lo que contribuía a aumentar su ignorancia por la falta de experiencia, por lo que se manifestaba como hombre vil opuesto a la virtud.

246 Para alcanzar cumplida cuenta de calificar a una persona de “rústica y vil” nada más idónea que acudir al significado que tenía para los sabios de la época y a este efecto nadie mejor que ERASMO DE ROTTERDAM (101) que indicaba que “por groseros o rústicos se llama a los hombres incultos, en los que ninguna virtud florece, como azote devastador, carente de ciencia, rudos, agrestes, incultos y brutos”, a los que tilda de *simia barbata seu caudata*, que no valen para otro uso que para aquel que han nacido, a manera de ovejas, que no custodian las casas como los perros, ni se aprestan a la carga, como los caballos.

MENOCHIUS, no se adhiere a esta doctrina, mostrándose propicio a la posición contraria. Empieza por poner en tela de juicio la calificación de meretriz de doña Lucrecia, ya que para él, meretriz es una persona vil y de deplorable condición, respecto a la que el Derecho canónico permite que cualquiera pueda hacerla su mujer, obra ésta que se encuentra entre las de caridad, con lo que se le redime de

(101) *Adagiorum Chiliades iuxta locos commune digestae*. Aurelia Allobrogum. Sumptibus Caldorianae Societatis. MDCVI. Fol. 382 y 1670.

su anterior torpeza, cual sostiene IOANNES DE TURRE CREMATA, de que merced a eso se salva su alma, según la profecía de Ezequiel (18.4), *omnes animae meae sunt: anima quae peccaverit, ipsa morietur*; por lo que Oseas (4.14) diagnosticó que los hijos de Israel se casarían con mujeres meretrices y fornicarias. Lo que rectamente puntualiza DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure* (libr. II, quaest. 3, art. 8) “aquellas que eran meretrices antes del matrimonio, ya no lo son en el matrimonio”.

Clarificados estos extremos, libre de obstáculos, piensa MENOCHIUS que “doña Lucrecia no podía reputarse persona vil y adjecta aunque no fuese de igual condición y nobleza del Conde. Es suficiente, pues, que no fuese hija de varón innoble, que, ciertamente, no lo fue, en tanto que, su padre era tenido entre los nobles, por ser notario, que eran nobles por *communis opinio doctores* según ALCIATO, que por uso recepcionado eran nobles y se ennumeraban entre la nobleza. Era lo que se afirmaba por BÁRTOLO, LUCAS DE PENNA, RIPA y esta dignidad la conceden a su *officium* ALEXANDER (*Cons.* 80) y RUINUS (*Cons.* 35) (102).

Y es que, aún pueden resonar en nuestros oídos, como un eco, cuando preguntado el Licenciado Vidriera por qué diciendo mal de muchos oficios, jamás lo había hecho de los escribanos o notarios, replicó que “como el músico primero murmura que canta, así los maldicientes, por donde comienzan a mostrar la malignidad de sus lenguas es por decir mal de los escribanos y alguaciles y de los otros ministros de la justicia, siendo un oficio el de notario sin el cual andaría la verdad por el mundo a la sombra de tejados, corrida y maltratada”. Así lo dejaba escrito en 1604, un año antes de la publicación de la primera parte del *Quijote*, mi paisano don MIGUEL DE CERVANTES.

(102) ANDREA ALCIATUS, MEDIOLANENSIS. *Operum in sex tomos Digestorum. Index rerum ac vocum memorialibus quadrigeminus fideli opera collectus cuius usum ex sequenti praefatione plenissime cognosces*. Basileae. Apud Thomam Guarinum. MDLXXI. Tom. IV. *Tractatus de praesumptionibus. Praesumptio XIII*, fol. 744.

“Los registros notariales de Madrid, 1441-1445”, edición por Rogelio PÉREZ BUSTAMANTE; estudios preliminares por él mismo y Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1995. 629 págs.

La vocación histórica del notariado español se acredita de nuevo con este monumental y elegante libro de derecho antiguo, debido a una erudita y competente colaboración. Lo pone de relieve el culto actual decano del Colegio Notarial de Madrid, don ANTONIO PÉREZ SANZ, quien aprovecha la ocasión para definir el carácter público pero no estatal, que a veces los confunden, de su oficio, en esto semejante al universitario. En efecto, el notario, como tampoco el catedrático, son funcionarios del Estado, sino que ejercen funciones, aquél, dice, al servicio de la sociedad, éste al de la verdad, en la medida en que es alcanzable por el conocimiento, aunque uno y otro sometidos a ciertos servicios y sevicias de parte del poder. Además nos otorga algunos beneficios. Pondera el señor SANZ en su presentación, justamente, el valor jurídico e histórico de los archivos notariales, y además sintetiza con segura mano lo esencial de las aportaciones científicas ejecutadas por un titular de Historia del Derecho y las Instituciones, de amplia y copiosa labor, y un notario al que se debe, entre otras investigaciones, el estudio más completo y acabado en torno a la fundacional pragmática de 1503, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo* VII, 1988, 517-813.

Mi reseña tendría que limitarse a una sucinta copia de sus páginas, excepto que me obliga a manifestar un leve disenso, cuando califica de estrambótica la concesión del señorío de la villa al rey en el exilio León V de Armenia. El juicio le denuncia como jurista actual, estatalista y nacionalista. No se trataba sólo de un quebrantamiento del vínculo entre la villa y la corona, como fue reconocido y restablecido a su tiempo. Precisamente un mérito de mi eminente colega ha sido detenerse en dicha concesión (pp. 53-56), que tenía una dimensión internacional y sobre todo que respondía a la índole familiar de la monarquía y a la finalidad de liberar, mediante la cruzada, una tierra y un pueblo cristianos, caídos bajo el dominio musulmán. El fracaso de la empresa afecta a la historia política, militar y eclesiástica, pero no la hace estrambótica, sino perfectamente acomodable a sus objetivos específicos y desde luego la deja indemne como cuestión jurídica, del derecho público europeo y universal. Interesan todavía el estudio de MAGDALENA SÁEZ POMÉS, 1947, y los anónimos *Apuntes* de 1893, que no pude

consultar para mi *Concejo de Madrid*, 1949, p. 100. El prologuista ha subrayado, de las conclusiones, aquella tendencia que se marcaría, desde muy atrás, a hacer de Madrid la capital del reino, que antes se atribuía a la gobernación de Cisneros, y sólo con Felipe II, en 1556, tuvo carácter formal, es decir, jurídico. Conforme al cariño que inspiran los errores propios, remito al tópico *capitalidad*, de mi HGDE (1968). El resumen que hace el decano de la tarea desarrollada por su compañero es perfecto y relativamente exhaustivo; sintetizarlo más sería desnaturalizarlo. Desde el punto de vista de la historia general del derecho, aparte la noticia y caracterización de un libro de derecho, que esto es esencialmente un registro notarial, importa la evidencia de la aplicación práctica del Fuero Real y las Siete Partidas, así como la precisa definición del sistema doble instrumental que el libro revela: la contratación ante el escribano era oral; él redactaba la nota de lo acordado, nota que quedaba en su poder, y sobre la misma, si lo pedían los otorgantes, escribía la carta en pública forma, con su signo, firma y rúbrica. La carta era el documento destinado al tráfico y a servir de prueba ante los tribunales. Su entrega a los otorgantes quedaba señalada en la propia nota. Éste que ahora ve la luz, reitera el decano, es un libro de notas, y lo pone en relación con los conocidos formularios, publicados por GALO SÁNCHEZ, GRANERO y LUISA CUESTA, y con el libro clásico, llamado *Notas del Relator*, aunque es, al parecer, un formulario, completo y sistematizado. Por último, el decano manifiesta su satisfacción en cuanto madrileño, lo que corresponde a la actual regionalización de la asignatura. Después de todo, Madrid y su tierra también consisten en nación, o gente.

El estudio de PÉREZ BUSTAMANTE da más de lo que podía esperarse de un historiador del derecho, aun con el complemento actual y la carga de las instituciones; es la obra de un historiador, general, por supuesto, y aun podría decirse que responde, si yo no me equivoco, y si me equivoco, más a mi favor, a las exigencias de la historia total. Nos interesa en primer término la historia del derecho y en este punto señalo la generosidad y la buena memoria que revela al poner su labor en conexión con la de sus predecesores, no adepto al uso de borrar las huellas. Superar lo que se ignora constituye una forma de barbarie ilustrada. Pero ante todo ha cumplido la primera etapa en el tratamiento de las fuentes: la transcripción del texto. Revela una aptitud tradicionalmente exigida en la provisión de nuestras cátedras. Sin duda, ha obtenido el primer fruto de una atenta lectura, y su resultado se proyecta en el estudio histórico. Cabe preguntarse si una conducta así, además de admirable, se puede proponer como un camino a seguir por las nuevas promociones. La paleografía es una ciencia independiente, que tiene propios cultivadores. La vida es breve, y la división del trabajo un positivo adelanto, incluso del científico. Necesita su tiempo no sólo para su sustantiva acumulación de noticias y su ordenada colocación, sino también para pulir su estilo, brillante, por ejemplo, en su inédita novela que tiene como fondo la corte de los Reyes Católicos. Ahora deseamos que el paso de la esfera de lo inédito, con su prestigio singular, de este

Registro, a la banalizada de lo publicado no haga desmerecer a tan importante fuente, puesta a disposición de todos.

La historia de Madrid se remonta a los tiempos primitivos, mejor dicho, a la prehistoria, que por definición caería fuera de nuestro interés, de no ser porque lo primitivo es más que una etapa, una constante. Y los datos geográficos, el clima, la orografía, la topografía, la hidrografía, con ligeras variantes, han llegado a nuestros días y seguirán ejerciendo su efecto en el futuro. No faltan colectores y cazadores del Paleolítico, ni comunidades agrícolas y ganaderas, convertidas en tribus, luego urbanas, al llegar el Neolítico. Los carpetanos, nuestros antepasados y nosotros mismos somos celtíberos, como le gustaba llamarse a JOSÉ ORTEGA Y GASSET, cuando estaba en Marburgo. No parece que haya existido un poblado romano ni visigótico, pero el territorio fue cruzado por las vías de comunicación, como en la actualidad, y es posible identificar alguna mansión o apeadero: Titulcia. Madrid es una fundación musulmana, su fecha, situada entre 860 y 886 por Abderramán III, fortaleza frente a los avances de Ordoño (850-866) y Ramiro II (931-950), que llegó a Talavera. Esta es la visión de las crónicas cristianas. En cambio, un cronista musulmán atribuye a Madrid la calidad de bastión de la resistencia muladí a Córdoba. El árabe Magerit puede proceder del latino Matrice (de aguas). El territorio conserva topónimos árabes, románicos, célticos, ligures e híbridos, junto a otros, de origen patronímico. A diferencia de Roma, Madrid se asienta sobre dos colinas: la Alcazaba o Alcázar y la Medina, en las Vistillas, separadas por un barranco, la calle de Segovia. El castillo y la ciudad. El lugar creció como *ribat* o campamento de voluntarios concentrados para la guerra. Construyeron una muralla, y junto a la mezquita se elevó una iglesia mozárabe. Entre 1083 y 1085 debió de producirse la ocupación por Alfonso VI, conquistador de Toledo en la última fecha; bajo su dominio continuó la función defensiva. Tal vez el Alcázar resistió la invasión almorávide. Alfonso VII reorganizó el reino y bajo su imperio Madrid recibió pobladores del norte. Entre los confirmantes del Fuero de Toledo hay dieciséis moradores de Madrid. Los sucesivos reyes y los arzobispos de Toledo han ido dejando su marca histórica hasta la época del Registro notarial y un poco más allá hasta el reinado de Isabel y Fernando, límite medieval convencionalmente admitido. Destaca un personaje, San Isidro Labrador (1082-1172), nacido poco antes de la primera conquista, y su mujer María de la Cabeza, cuya leyenda dorada, con todo acierto, incorpora BUSTAMANTE a la historia, teniendo en cuenta su culto inmemorial, oficial desde 1622, al ser canonizado como patrono de Madrid y de los labradores de toda España. Un núcleo de repoblación monástica, el priorato de San Martín, dependiente de la abadía de Silos, realizada conforme al Fuero de Sahagún, se mantuvo a través de los siglos, con su régimen señorial, junto a la repoblación concejil. MARÍA ANTONIA VARONA GARCÍA ha publicado en *Historia Instituciones Documentos* 14 (1987) 275-290, de la Universidad de Sevilla, un sustancioso estudio sobre esta repoblación y su fuero, en 1126, bajo el título de *Diploma fundacional del monasterio de San Martín de Ma-*

drid. Respecto al fuero municipal, o de la villa, su edición y estudios de 1932, por MILLARES, GALO SÁNCHEZ y LAPESA, actualizados en 1963, modelo de colaboración histórico-jurídica, por el Ayuntamiento de Madrid, conservan su vigencia; LAPESA rehizo totalmente su aportación filológica. También le ha escapado una lección del mismo GALO SÁNCHEZ "En torno al Fuero de Madrid", en el primer curso de la cátedra de Madrid, 1954. Es el inconveniente de la historia total. El acervo de la documentación medieval y de las investigaciones consiguientes, que han experimentado en los últimos años un productivo florecimiento, conduce y adensa la exposición histórica, enriquecida con nuevos datos extraídos de las notas y encuadrada en la época, nacional y extranjera. También el estudio institucional, con atención especial a la configuración urbana y la ordenación territorial, se ha lucrado del atento análisis de la nueva documentación. El proceso de índole señorial queda particularmente esclarecido. La demografía y la sociedad, con los grupos de mudéjares y judíos, y la historia económica con pleno desarrollo, dan paso al estudio del derecho y las instituciones, igualmente renovado sobre la base del Registro y también de documentos obtenidos en los archivos locales y nacional. Las instituciones religiosas son descritas en toda su amplitud y en su trascendencia sobre la sociedad, vencido el tradicional y anacrónico laicismo de la literatura decimonónica. La reseña bibliográfica antigua y actual es sumamente rica, aunque con las inevitables omisiones indicadas.

No es la primera vez que BUSTAMANTE requiere la colaboración de un notario historiador para el estudio interno de los registros notariales (este Anuario LV, 1985, 926-929). Veo aquí confirmada la distinción e íntima relación entre historia general del derecho e historias especiales, que proclamó en 1983 la VIª Semana. Del sustancioso estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS aprendemos que una tercera parte de las notas tienen un contenido de derecho público, reflejan actos de naturaleza gubernativa y aun política; la persecución criminal, homicidios, lesiones y más que nada daños, referencias a los concejos de la villa y las aldeas, a los que sí dedica un apartado. Pero lo que recogen sobre todo las notas es derecho procesal, las sucesivas fases del procedimiento. Advierte el autor que es la materia procesal lo más interesante del libro. Por su parte, se limita al derecho privado, pero lo agota. El método seguro consiste en desmenuzar las escrituras hasta reducirlas literalmente a polvo y presentar luego la panorámica de la contratación: compraventa de inmuebles, fincas rústicas y urbanas, muebles y semovientes, objetos mercantiles; arrendamiento rústico, también de animales, y urbano; préstamo de dinero y tres figuras singulares: la complantación, el poder en cosa propia, sobre el cual se remite a un gran estudio de BONO HUERTA, el gran historiador del derecho notarial, "que podrá ahora basarse en mayores datos", lo que puede decirse de toda la literatura pertinente, y el pacto de ejecución extrajudicial de la hipoteca. Pero el objeto propio del estudio es el documento mismo, no su contenido material. En primer término, el derecho aplicado, conforme al orden de prelación de fuentes de Alcalá, 1348, vigente hasta el Código civil de 1889. Referencias al fuero y al derecho,

han de entenderse respectivamente al Real y a las Partidas, por excepción, al fuero local y a ordenamientos del concejo, éstos sobre la guarda de cultivos. Autores de los documentos son los escribanos del concejo, públicos, de número, diferentes de otros que el autor ve pulular en la vida económica y jurídica de Madrid; entre aquéllos se singulariza, pero mucho más tarde, el escribano propio del concejo, al que corresponderá redactar las actas de sus reuniones y un ámbito de competencia, como abastecimientos, y en primer término el nombramiento de oficiales y la recepción de sus juramentos. Para la época de las notas, confirma el autor que el concejo llamaba a uno de los escribanos públicos (p. 174), lo que le revela como atento lector no sólo de las fuentes sino de la literatura pertinente. La fecha de las notas se indica aquí mediante una rúbrica común a todas las de un mismo día; el lugar suele ser la villa y los domingos las aldeas, principalmente Getafe, y en concreto el auditorio de los alcaldes o la cámara de la claustra de la iglesia de San Salvador, sede de las reuniones del concejo. Se limita la fecha crónica al día, mes y año; la exigencia de FReal 2,9,3 de consignar la hora no fue aceptada ni en los testamentos. Los epónimos son raros. La era hispánica había sido abolida por Juan I en 1383. Los testigos, en número de tres, conforme al Fuero Real, a diferencia de los dos de Partidas, son simplemente designados, no firman, y a veces se remite a su presencia en nota anterior. Este procedimiento tenía que ser raro en cuanto al contenido negocial de la nota. Modelo común es el poder general para pleitos, frente a la preferencia legal por los poderes especiales; añádese “para sustituir”, “relevólo” u “obligó sus bienes” con el significado, respectivamente, de poder nombrarlo, eximir de la fianza o asumir la *satisfactio iudicatum solvi*, recibida en Partidas III,14; todo lo cual se expresaba por extenso en la carta y algunas veces aparece ya en las notas. Esta simplificación se presenta de modo más complicado en la compraventa, y es igualmente dilucidada por el autor con referencia a las figuras de derecho romano recibidas en Partidas y aplicadas en la práctica. La experiencia de notario y el atento examen de las notas llevan al autor a la conclusión de que aquéllas se redactaban con posterioridad al otorgamiento del negocio ante el escribano, especialmente saca partido de los blancos, las tachaduras y aun las notas en blanco (!), y la deducción más importante, según la cual la contratación fue originalmente oral, la persistencia de cuyo tópico ha venido a ser el tema de su reciente discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación (1996). La preceptiva lectura del texto no era, pues, posible, pues como recuerda que observó el Abad Panormitano (CJE, p. 112) no lo es leer lo que no está escrito. Examinada la cuestión a la luz de los monumentos legales y doctrinales de la época, advierte el autor acerca del error difundido de intentar una interpretación unitaria, integradora de los diversos textos alfonsinos. El Registro de Madrid, que se ajusta generalmente al Fuero Real, registra, sin embargo, la recepción de las Partidas o el desarrollo paralelo de la práctica. El Espéculo viene a aclarar el proceso cuando ordena el absurdo de “romper la nota y hacer la carta” (IV,12,8),

que evidentemente se refería a un posible apunte privado de un acto oral que no tenía el carácter formal de nota, por lo que era lo más natural prescindir del mismo. De este modo la historia especial del derecho nutre a la historia general y coloca en su sitio los libros de derecho. Hay otra observación de la lectura: la frecuencia de la cláusula relativa al reconocimiento de deuda, motivada por el propósito de dar carácter ejecutivo al documento, insuficientemente estudiado, dice el autor, lo que no es preciso detallar, tratándose de la autónoma y suficiente historia del derecho propiamente dicho, que tradicionalmente se consideró como apéndice, además suprimido de nuestra asignatura. El sustancioso estudio, que deja, como es lógico, abierto un ancho campo de trabajo, al cual se aporta un copioso índice de materias de privado, concluye con una feliz identificación del autor de tan espléndido libro de derecho realmente aplicado (cuestión a la que viene aplicando desde su cátedra de Jaén nuestro reciente colega JUAN SÁINZ GUERRA), que debió de ser ALONSO GONZÁLEZ, notario y escribano público, uno entre los trece que actuaban a la sazón en la villa que, curiosamente, aparecen en el Registro como otorgantes o testigos, funciones incompatibles con la función notarial. En cambio, éste sólo una vez y al final pone su nombre sobre su obra; nombre que por otra parte era relativamente frecuente, para evitar la confusión se procuraba siempre dar alguna indicación de que se trataba de otro, como en el famoso caso de "Franco, asesino", y acerca de cuya identificación se limpian las últimas sombras. Solamente la resurrección de un autor suplantado, que a su vez demostrase su mejor derecho, podría arrebatarse a ALONSO GONZÁLEZ la gloria que deriva de un oficio notarial eficazmente servido durante cuarenta años. También son reconocidos dos hijos del notario, Pedro y Juan González de Madrid, que le sucedieron en el cargo, mediante la previsora renuncia en su favor; conocíamos a éste por casualidad, cuando en 1477 acompañaba a su padre en la escribanía del concejo; fallecido aquél en 1481, ya al año siguiente el nuevo titular se ayudaba de un sobrino, Alfonso de Ávila, que también hacía escrituras. Documentos seleccionados por los autores nos muestran ser usual esta sucesión hereditaria en el oficio ya en 1416, como el apellido De Madrid en 1435. Deben completar el capítulo correspondiente de mi *Concejo de Madrid*, pp. 232-239. La familia. Ahora aquel ALFONSO GONZÁLEZ resucita por la sagaz investigación de RODRÍGUEZ ADRADOS, que añade esta dimensión humana a la estructura jurídica, demostrando la vitalidad de una historia del derecho como historia de juristas y de sus obras, especialmente sus libros. Pues en definitiva lo que dicho notario compuso, día a día, fue un libro del derecho, del cual ahora poseemos un fragmento inicial, entre 1441 y 1445, mientras el archivo conserva todavía el resto de la misma y de sus sucesores en los Registros hasta 1548. Queda, pues, abierto un amplio campo de trabajo, si nuestra asignatura ha de cumplir su finalidad de mostrar cómo nuestro derecho ha llegado a ser como es.