

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2008

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 67, julio-septiembre 2008

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 67, julio-septiembre 2008

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

L.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Víctor Manuel Garrido de Palma

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: “El testamento mancomunado. Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica en Derecho civil común” (Segunda parte)	9
ESPEJO RUIZ, Manuel: “Los problemas que plantea el artículo 1.062 del Código Civil en la partición. Criterios del Tribunal Supremo y de la doctrina”	97
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “Las sociedades profesionales: reflexiones en torno a la Ley 2/2007, de 15 de marzo”	109
IRURZUN GOICOA, Domingo: “Nociones sobre los cauces sucesorios y sus diferencias”	167
JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción y JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel: “La escritura en el testamento ológrafo. Particular referencia al Derecho francés”	207
ORELLANA CALDERÓN, Raúl: “La <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII al XX. Hacia el texto crítico de los títulos XVIII-XX de la <i>Tercera Partida</i> ” (Parte 4. ^a)	297
POU AMPUERO, Felipe: “Ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad”	495

	<u>Pág.</u>
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)”	517
ROMERO PAREJA, Agustín: “El derecho a la reproducción asistida” (II)	531
SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La comunidad conyugal en liquidación” (III)	547
PRÁCTICA NOTARIAL	
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “Al opositor a notarías”	707
PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: “Parcelaciones fraudulentas y función notarial [Artículo 17.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS) vs. artículo 66.2 de la Ley de Ordenación y Urbanismo de Andalucía (LOUA)]”	717
ACTUALIDAD JURÍDICA	
<i>Notas bibliográficas</i>	
MARCOS, Francisco: “El Coste de la Muerte. Competencia y Consumo en el Mercado de Servicios Funerarios”, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), 2006. Prólogo de Aníbal Sánchez Andrés. Por José María Caballero Lozano	737

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica en Derecho civil común (Segunda parte) (*)

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

(*) Completamos en este número de la Revista la publicación de este trabajo (epígrafes V, VI, VII y bibliografía), cuya primera parte publicamos en el número anterior (RJN núm. 66, abril-junio 2008, pp. 51 a 125).

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

- A) UNIDAD DE NEGOCIO.
- B) UNIDAD DE INSTRUMENTO.
- C) ES UN MODO SINGULAR DE DISPONER LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*, NO UNA FORMA ESPECIAL DE TESTAR.
- D) ES UN TESTAMENTO, NO UN CONTRATO SUCESORIO.

II. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS

II.1. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA: EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LOS MISMOS.

- A) Que contraviene la unilateralidad propia de todo testamento.
- B) Que contraviene el carácter personalísimo propio de todo negocio testamentario.
- C) Que presenta un grave riesgo de captación de la voluntad de uno de los otorgantes por el otro.
- D) Que incentiva las uniones desiguales, sin otro fin que el reprochable de un grosero interés: el de apropiarse un testador (se piensa normalmente en cónyuges) del patrimonio del otro.
- E) Que introduce un grado de incertidumbre excesivo y jurídicamente inasumible.
- F) Que exige limitar o excluir la facultad de disposición por actos *inter vivos* que en principio todo sujeto debe tener sobre sus propios bienes, siendo ésta una medida que en el caso no resulta justificada.
- G) Que plantea un conflicto insalvable entre la libre revocabilidad, que es nota esencial de todo testamento, y la irrevocabilidad que en el testamento mancomunado se hace preciso imponer, para impedir que las legítimas expectativas depositadas en él por el co-testador se vean defraudadas.

II.2. LAS RAZONES A FAVOR DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.

III. PERSONAS LEGITIMADAS PARA OTORGAR TESTAMENTOS MANCOMUNADOS

IV. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPONER A TRAVÉS DE ACTOS *INTER VIVOS*

- IV.1.** SOBRE LA POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE LIMITAR LA FACULTAD PARA DISPONER DE SUS BIENES POR ACTOS *INTER VIVOS* A QUIENES HAN OTORGADO PREVIAMENTE TESTAMENTO MANCOMUNADO.
- IV.2.** SOBRE EL VALOR DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN *INTER VIVOS* NO PERMITIDOS, PERO AUN ASÍ REALIZADOS, Y LAS MEDIDAS PARA IMPUGNARLOS.

V. TESTAMENTO MANCOMUNADO Y REVOCACIÓN

- V.1.** SOBRE LA POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD, LÓGICA Y JURÍDICA, DE CONCILIAR LAS NOCIONES DE TESTAMENTO MANCOMUNADO Y REVOCACIÓN.
- V.2.** SOBRE LOS SUPUESTOS, LA FORMA Y LOS REQUISITOS EN QUE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS ES POSIBLE.
 - A)** Conjunta, por ambos testadores.
 - B)** Unilateral, por uno solo de los testadores.
 - B.1.** *Unilateral, pero en vida de ambos testadores.*
 - a)** El acto revocatorio y su forma.
 - b)** El conocimiento, por parte del co-testador, del acto revocatorio otorgado unilateralmente por el otro testador, como requisito de eficacia del mismo. La notificación al co-testador.
 - * Objeto de la notificación.
 - * Contenido de la notificación.
 - * Forma de realizar la notificación.
 - * Plazo para notificar y consecuencias de no practicar oportunamente la notificación.
 - B.2.** *Unilateral, pero habiendo muerto ya uno de los testadores.*
 - a)** Regla.
 - b)** Excepciones a la regla (que realmente no son tales).
 - C)** Particular consideración de la revocación, cuando el testamento mancomunado ha sido otorgado por cónyuges, en los casos de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio).
- V.3.** ALCANCE DE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.

VI. LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DEL DERECHO INTER-REGIONAL ESPAÑOL

- A) PLANTEAMIENTO.**
- B) TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN: CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO, NORMAS DE CONFLICTO Y PUNTOS DE CONEXIÓN.**
- C) HIPÓTESIS QUE SE PUEDEN PLANTEAR.**
- D) LEY DEL TESTAMENTO Y LEY DE LA SUCESIÓN.**

VII. SOBRE LA OPERATIVIDAD PRÁCTICA REAL QUE TENDRÍAN LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS EN DERECHO CIVIL COMÚN, SI SE ADMITIERAN. REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS Y EL RÉGIMEN DE LIBERTAD DISPOSITIVA *MORTIS CAUSA*

BIBLIOGRAFÍA

V. TESTAMENTO MANCOMUNADO Y REVOCACIÓN

Nos ocupamos aquí del aspecto que tradicionalmente ha sido más polémico –y sigue siéndolo también hoy, sin duda– en relación con los testamentos mancomunados: si pueden o no revocarse estos testamentos, al modo en que está establecido y pacíficamente admitido en relación con los testamentos individuales. En otras palabras: si, una vez otorgados, puede luego uno solo de los co-testadores, sin contar con el otro, revocar unilateralmente tal testamento, al menos en lo tocante a sus disposiciones.

Éste, como ya quedó apuntado en su momento (137), es uno de los temas clave en relación con la figura que estudiamos, que desde siempre ha concitado en mayor medida la atención de los autores y que ha constituido también desde siempre el principal obstáculo contra los testamentos mancomunados. Entonces dijimos que, a nuestro entender, no supone un obstáculo insalvable en orden a la admisión de esta figura, pero lo hicimos simplemente a modo de avance, remitiendo el tratamiento del mismo para más adelante. Ahora es llegado el momento de ocuparnos de este tema con detenimiento.

Para lo cual creemos que es conveniente distinguir dos enfoques de la cuestión.

Uno, primero en el tiempo, es el que la plantea de forma más radical y absoluta, en términos de dilucidar si la idea de revocabilidad, aplicada a la figura de los testamentos mancomunados, es o no un imposible lógico y, por tanto, también jurídico.

El otro enfoque, más actual, es el que, partiendo de la premisa de que es posible conciliar, lógica y jurídicamente, las nociones de testamento mancomunado y revocación, se centra en establecer las situaciones y los límites en que ello puede y debe hacerse.

Esto dicho, lo apuntado sobre los términos en que se encuentra modernamente planteada la cuestión permite tal vez pensar que no es necesario detenerse en el primer enfoque de la misma, dándolo por superado. Creemos, sin embargo, que en este trabajo es necesario que nos ocupemos de la cuestión desde todas las perspectivas, a fin de tener una visión completa del tema. También, por tanto, desde aquel enfoque radical y tajante señalado en primer lugar, aunque parezca hoy (relativamente) superado. De este primer enfoque nos ocupamos a continuación.

(137) Capítulo II.- G) de este trabajo.

V.1. Sobre la posibilidad o imposibilidad, lógica y jurídica, de conciliar las nociones de testamento mancomunado y revocación

Se trata, como ya se ha avanzado, de una cuestión que tradicionalmente ha sido controvertida en grado sumo, hasta tal punto que no resulta exagerado afirmar que en su momento –hoy menos, y además menos tajantes (138), aunque todavía quedan ecos de la misma– fue tomada como piedra de toque de la que dependía la admisión o rechazo de los testamentos mancomunados.

De hecho, la respuesta negativa que a esa cuestión se dio entonces fue la principal razón que llevó a la mayor parte de los codificadores del siglo XIX –entre ellos el nuestro– a rechazar y negar carta de naturaleza a esta figura en los Códigos civiles. En este sentido, y simplemente a modo de ejemplo, podemos apuntar cómo un jurista tan ilustre e influyente en su tiempo como GARCÍA GOYENA condensaba los términos en que la cuestión se planteaba en la época, diciendo que los testamentos mancomunados eran una figura “incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos”, pues “permitir la revocación era violar la fe de la reciprocidad”, y “declarar irrevocable el testamento era cambiar su naturaleza y convertirlo, de acto de última voluntad, en rigurosamente contractual” (139).

Situación, ésa, de imposibilidad lógica y jurídica –a juicio de quienes así pensaban, o piensan–, que se puede desglosar separando los elementos (pretendidamente incompatibles) que componen el referido binomio.

Uno es la burla o fraude que la revocación se entiende supone para el co-testador no revocante, por cuanto significa que la ordenación sucesoria que en su día fue establecida de consuno por ambos testadores queda después deshecha por voluntad de uno solo de ellos. Lo cual, se concluye entonces de modo tajante, es un resultado inaceptable, al que sólo cabe dar respuesta –según se piensa– excluyendo la facultad de revocación del testamento mancomunado, una vez que el mismo ha sido otorgado. Esto, ahora bien, traslada la dificultad al segundo elemento del binomio referido.

Segundo elemento, que viene dado por la creencia que se tiene de que la libre revocabilidad de los testamentos, de todos los testamentos, hasta

(138) Por todos, a modo de ejemplo, *vid.* ALBALADEJO: *op. cit.*, pp. 108-109.

(139) *Op. cit.*, artículo 557, p. 14. *Vid.* también GUTIÉRREZ, Benito: *op. cit.*, pp. 164-166, y GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 13 edición, Madrid, 1881, tomo II, pp. 23-25. En la jurisprudencia de la época, y participando del parecer doctrinal dominante, *vid.* STS de 22-4-1878, STS de 27-3-1888, STS de 24-6-1892, STS de 1-3-1905. Cita de sentencias anteriores en GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *op. cit.*, p. 24, nota 1.

el último instante de la vida de los testadores, es nota consustancial a los mismos. *Ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae exitum*, es el tradicional aforismo que recoge esta idea, que además se encuentra hoy positivizada entre nosotros en el artículo 737 CC, que establece que “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables...”.

Esas –que la revocación individual del testamento mancomunado supone, siempre y necesariamente, fraude a las legítimas expectativas del co-testador, y que la unilateral y libre revocabilidad es nota esencial de todo testamento– son las premisas sobre las que la cuestión expuesta se planteó inicialmente. Que la llevaban a una situación sin salida, y que por consecuencia desembocaron en la afirmación de que los testamentos mancomunados son un imposible lógico y jurídico, por lo que deben quedar excluidos de nuestro Ordenamiento.

Ahora bien, ¿es eso efectivamente así? Desde luego, si los términos de la ecuación son tal como se han formulado, la consecuencia resulta inexorable. Pero la pregunta que nosotros formulamos ahora es la siguiente: ¿es, el expuesto, un planteamiento correcto de las cosas? ¿Se trata de una dificultad realmente insuperable, y que fuerza por tanto a desembocar, irremisiblemente, en la conclusión dicha? Tal como ya dijimos en su momento, nuestro parecer al respecto es negativo.

Veámoslo. Pero, antes de entrar en consideraciones de fondo, nos parece interesante hacer las siguientes precisiones.

Una, que la objeción denunciada –que la revocación de los testamentos mancomunados por voluntad de uno solo de los co-testadores supone, siempre y necesariamente, fraude o burla a intereses y expectativas legítimos del co-testador no revocante–, aun si se admitiera, en todo caso no tendría vigencia para toda la categoría de los testamentos mancomunados, sino sólo para un tipo de ellos: los correspectivos. Pues sólo en este tipo las disposiciones de cada co-testador se hacen en contemplación y consideración a las disposiciones del otro, por lo que sólo entonces podría haber fraude y burla. No ocurre lo mismo, en cambio, en el caso de los testamentos mancomunados recíprocos pero no correspectivos, y mucho menos en los meramente simultáneos, ya que en ellos no hay vinculación causal entre las disposiciones de los testadores, aunque estén recogidas en un mismo instrumento. El fraude o la burla, por tanto, en estos casos no puede existir, por hipótesis (140). Por ello hacemos aquí esta precisión: para destacar el alcance no general sino limitado que la objeción ahora considerada tendría, en el supuesto de que se diese por buena. Y además

(140) Así lo advierten también TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 119-120, y CUADRADO: *op. cit.*, pp. 1110-1111.

para insistir nuevamente en que, aunque esos tres tipos sean considerados hoy como testamentos mancomunados, el régimen aplicable no puede, sin embargo, ser el mismo para todos. Lo ahora dicho es una prueba más de ello. En todo caso, puesto que a nuestro juicio los testamentos mancomunados auténticos son los correspondientes, advertimos que las reflexiones que hagamos en las páginas siguientes van a estar referidas fundamentalmente a ellos.

En segundo lugar, podemos además precisar aquí un dato que nos parece relevante en orden a poner en cuestión la valoración de las cosas sostenida en este punto por la doctrina tradicional y dominante. Ese dato viene dado por la constatación de que existen Ordenamientos jurídicos que admiten esta figura, y no uno ni dos; fuera de España: Derecho alemán, Derecho austríaco; dentro de España: Derecho foral aragonés, navarro, vasco, gallego; en Derecho civil común: Ley de 24 de diciembre de 1981, Reguladora de la Explotación Familiar Agraria. Lo cual pone de manifiesto que no existe la imposibilidad lógica ni jurídica que antes veíamos se quería presentar, pues de ser así todos esos Ordenamientos jurídicos no habrían podido admitirla.

Con lo cual podría tal vez pensarse que basta para dar por zanjada, desde una perspectiva pragmática, esta cuestión. Creemos, sin embargo, que no es así, y que en este trabajo no es suficiente con destacar ese hecho, sino que es menester además buscarle explicación. Para lo cual es conveniente considerar y valorar por separado cada uno de los términos del polémico binomio antes visto.

Y así, con respecto al primero de ellos –que la revocación unilateral por parte de uno de los co-testadores, sin contar con el otro, supone fraude y burla a los intereses y a las expectativas legítimas que ese último hubiera depositado en la ordenación sucesoria previamente establecida por ellos mismos de consuno–, hemos de decir que reconocemos también nosotros la atendibilidad de este reparo denunciado por la doctrina tradicional, y que reconocemos por tanto que es merecedor de ser tenido muy presente. Pues, en efecto, no es admisible sostener la validez y operatividad de los testamentos mancomunados si luego su régimen permite que cualquiera de los otorgantes pueda burlar, vía revocación unilateral, la eficacia de los mismos.

Se trata de una consideración sustancialmente semejante a la que hicimos páginas más arriba, cuando estudiamos el poder de disposición por actos *inter vivos* que debe reconocerse a los sujetos después de haber otorgado este tipo de testamento. Semejanza que se justifica por la identidad de razón que desde esta perspectiva hay entre un caso y otro.

Por esta causa, y tal como entonces, debemos reiterar aquí que, al ser cierto el peligro denunciado, resulta absolutamente necesario ponerle re-

medio, ya que de otro modo la defensa de la atendibilidad y conveniencia de los testamentos mancomunados quedaría muy malparada.

Ese remedio, ahora bien, como es evidente, pasa necesariamente por recortar la revocabilidad unilateral y libre de los testamentos mancomunados. ¿Es esto posible?

Este es el segundo término del binomio apuntado, y en el que hemos de centrarnos. En este sentido, hemos visto que la doctrina tradicional y dominante afirma, como nota esencial de todo testamento, su revocabilidad en cualquier momento, hasta el último instante y al libre albedrío de cada testador. ¿Es correcta esta afirmación? A nuestro entender, no, al menos en los términos tajantes y absolutos en que se formula, sino que puede, y debe, ser matizada.

De entrada, y habida cuenta de la intención con que se utiliza en este ámbito, a esa afirmación se le puede objetar que resulta tautológica, ya que hace, de la cuestión considerada –si el testamento mancomunado se puede revocar o no–, supuesto. Pues eso es, precisamente, lo que estamos tratando de dilucidar. Y se le puede objetar también que la tajante afirmación del artículo 737 CC –en cuya letra encuentran, quienes así dicen, fácil apoyo– tal vez sólo pueda predicarse de los testamentos individuales, ya que son los únicos en que el Código Civil pensaba cuando dictó tal norma.

No basta, por tanto, para proceder en este punto, con plantear la afirmación antes dicha en tono de axioma, sino que hay que demostrarla cumplidamente, y con específica referencia a la figura que nos ocupa, cosa que no hacen quienes sostienen tal afirmación. Pero, una vez dicho eso, nos preguntamos entonces: ¿qué argumentos positivos tenemos nosotros en apoyo de la tesis que pretendemos?

¿Es realmente posible concebir un testamento que no sea siempre y libremente revocable? ¿Es admisible un testamento con revocación excluida o limitada, o estamos ante una *contradictio in terminis*? La limitación o exclusión de la revocabilidad, ¿no convierte al testamento en contrato sucesorio?

Se trata de cuestiones que desde el siglo XIX (e incluso antes) han venido atormentando a la doctrina. Para resolver las cuales hay que ocuparse de la naturaleza jurídica de la figura estudiada en este trabajo. Pues en efecto, la naturaleza de los testamentos mancomunados es el factor clave, del que depende la respuesta que se haya de dar a la cuestión que ahora nos ocupa, mientras que la fijación del concreto régimen de revocabilidad o irrevocabilidad de los mismos no es sino la consecuencia.

Y ¿cuál es la naturaleza jurídica de los testamentos mancomunados? Para responder a esta pregunta, el mejor camino creemos que pasa por confrontar los testamentos mancomunados con los contratos sucesorios y

con los testamentos individuales, con los que comparte el hecho de ser todos negocios *mortis causa* (141). Los datos para proceder a ese contraste quedaron expuestos en el capítulo I del trabajo, cuando nos ocupamos de fijar el concepto de testamento mancomunado y las notas que lo caracterizan. De ello nos servimos ahora.

Y así, de entrada, empezamos recordando que los testamentos mancomunados son testamentos, no contratos sucesorios.

A este respecto, dijimos en su momento que contrato sucesorio es el pacto o convenio celebrado entre dos sujetos, por medio del cual se regula y organiza la sucesión futura de uno de ellos a favor del otro. Este concepto nos vale para poner de relieve los parecidos, y también las diferencias, que existen entre los testamentos mancomunados y los contratos sucesorios.

Así, por un lado, tenemos que ambos constituyen negocios que tienen como finalidad ordenar voluntariamente la sucesión *mortis causa*, y además que en ambos intervienen dos sujetos. Desde esta perspectiva, no se aprecian diferencias entre uno y otro. Pero por otro lado tenemos que en el contrato sucesorio sólo uno de los intervinientes (el heredante) dispone su sucesión por causa de muerte; el otro (el heredero) no dispone nada con respecto a la suya, sino que básicamente se limita a aceptar la disposición establecida en su favor por aquél. Mientras que en el testamento mancomunado todos los otorgantes disponen sobre la sucesión propia de cada uno. Por esto, el contrato sucesorio es un negocio en que los intervinientes adoptan posturas contrapuestas, cosa que no ocurre en el testamento mancomunado.

Pues bien, esto dicho, y en relación con la cuestión que aquí nos interesa –la revocabilidad o irrevocabilidad–, nos parece a nosotros cabe afirmar que los contratos sucesorios deben tener un grado de vinculación mayor, esto es, un régimen revocatorio más restrictivo (impeditivo, excluyente) que los testamentos, sean éstos del tipo que sean (142). Pues esta

(141) Aunque en nuestro Derecho civil común los pactos sucesorios estén prohibidos como regla general, no ocurre lo mismo en otros sistemas civiles, incluso dentro de España, por lo que el argumento que extraigamos de este razonamiento puede sernos válido y útil, en la línea teórica y conceptual en que nos estamos aquí moviendo.

(142) A este respecto, *vid.* Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, artículos 79-80 y 185-186; Ley 2/2006, de Derecho Civil Foral de Galicia, artículos 217, 218 y 222; Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, de 1999, artículos 86 y ss.; Fuero Nuevo navarro, Leyes 178 y 182; Código Civil, artículos 826, 827 y 1341.2; Ley Reguladora de la Explotación Familiar Agraria, de 24 de diciembre de 1981, artículos 16 y ss. Lo dicho no quita, en todo caso, para que, al igual que ocurre con los contratos que se hacen sin contemplación de la muerte, puedan también, en el caso de los pactos sucesorios, existir excepciones a la regla de la vinculación.

solución se ajusta a lo que es regla general en los negocios contractuales: *pacta sunt servanda*, que es aplicable aquí, ya que el contrato sucesorio, aun siendo un negocio *mortis causa*, en todo caso no deja de ser un convenio entre partes con intereses contrapuestos.

Mientras que los testamentos mancomunados, aunque por propia naturaleza demanden recortar la omnímoda libertad revocatoria propia de los testamentos individuales, no deben llegar al nivel de vinculación propio de los contratos (143). Pues aunque constituyen un negocio obra de dos personas, no contienen, sin embargo, voluntades e intereses contrapuestos, sino que son una conjunción de voluntades coincidentes que se aúnan para, desde un mismo lado, alcanzar un fin compartido por ambas (144).

Esto dicho, pasamos entonces a contrastar los testamentos mancomu-

(143) En otras palabras: aunque su revocabilidad pueda tener limitaciones y excepciones, eso no obsta para reconocer también que esa idea debe estar presente en la medida de lo posible, pues la idea que late en nuestra sociedad y en nuestro sistema –y no sólo de Derecho civil común, sino también los forales–, es que se debe procurar preservar la libertad del hombre para decidir su sucesión *mortis causa*, o para cambiarla si ya la ha dispuesto. *Ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae exitum*, es el conocidísimo apotegma clásico que recoge tal idea.

(144) En este punto el discurso, y aunque sea en nota, queremos aquí recordar una cuestión que ya fue apuntada al inicio del trabajo, pero cuya resolución quedó entonces simplemente apuntada. Esa cuestión se centra en el hecho de que el criterio expuesto en el texto, para distinguir entre el testamento mancomunado y el contrato sucesorio, es útil y eficaz en la gran mayoría de los casos. Pero no en todos, pues existe un caso, que en la vida real es además uno de los más frecuentes e importantes, en el que el criterio discriminador apuntado no resulta eficaz. Es aquél en que dos personas (normalmente cónyuges) se instituyen mutuamente, en un mismo acto, herederos el uno del otro. ¿Qué hay ahí: un testamento mancomunado, en el que ambos se instituyen recíprocamente herederos, o dos contratos sucesorios, uno de cada uno para con el otro? La respuesta, como ya se dijo en su momento, no es fácil. ¿Cómo podemos resolver el dilema? Dijimos entonces que, si los intervinientes han manifestado claramente su voluntad en uno u otro sentido, a ello desde luego habrá que estar. Pero, ¿y si no ha sido así? Avanzamos en aquellos primeros compases del trabajo que, a nuestro entender, la respuesta sólo podía hallarse como derivación de la concepción que previamente se adoptara en tema de revocabilidad o irrevocabilidad del testamento mancomunado y del contrato sucesorio. Pues si, como ya hemos dicho, tanto el testamento mancomunado como el contrato sucesorio son negocios *mortis causa* otorgados por dos sujetos, de modo que este criterio no sirve para distinguir entre ellos, y si tanto en uno como en otro el contenido de las disposiciones, en el preciso caso que ahora estamos viendo, no permite tampoco la distinción, el único criterio posible para ello –y alguno ha de haber, pues evidentemente son negocios distintos– pasa por el dato de su mayor o menor revocabilidad. Y entonces, en caso de duda, creemos que la respuesta al concreto supuesto planteado debe orientarse en sentido contrario a la mayor atadura o vinculación, esto es, desestimando la opción del contrato sucesorio y decantándose a favor del testamento mancomunado. Pues, aunque no absoluto, no cabe tampoco ignorar que un principio muy importante que subyace en Derecho civil –y no sólo en Derecho civil común, sino también en los forales– y, más aún, una idea que late en nuestra sociedad es la de preservar, en la mayor medida posible, la libertad del hombre para decidir, o para cambiarla si ya la ha dispuesto, su sucesión *mortis causa*. Esta solución creemos que queda ahora más justificada con lo dicho en el texto.

nados con los testamentos individuales. ¿Son ambos, en lo esencial, testamentos del mismo tipo? En las consideraciones que en los primeros compases del trabajo dejamos hechas, al tratar de fijar el concepto y las notas propias del testamento mancomunado, vimos que, partiendo de la denominada “unidad instrumental” –nota que refleja la idea del testamento mancomunado como negocio que se recoge en un único instrumento–, era luego necesario volver a distinguir, según que lo determinante en este sentido fuera simplemente el dato formal –que en un mismo instrumento se recogieran las ordenaciones sucesorias de dos sujetos–, o, presuponiendo eso pero dando un paso más, que importara también el contenido de las ordenaciones testamentarias que en ese único instrumento se contuvieran, esto es, que hubiera o no conexión entre ellas.

Para la doctrina mayoritaria, y con apoyo en la letra del artículo 669 CC, la concepción que mejor encaja en nuestro sistema es la más amplia y simple, esto es, la que cifra la esencia de los testamentos mancomunados en la unidad de instrumento, de modo que bajo tal término da cabida a todas las modalidades posibles –testamento mancomunado correspectivo, recíproco y meramente simultáneo.

Pero vimos también entonces que existe un sector minoritario discrepante en este sentido, que sostiene que no cabe hablar con propiedad de testamento mancomunado si no hay un cierto grado de conexión entre las varias ordenaciones sucesorias recogidas en el mismo instrumento. Este sector minoritario es de la opinión de que, para poder hablar de testamento mancomunado verdadero, es preciso algo más que la mera concurrencia formal de varias voluntades y ordenaciones sucesorias en un mismo instrumento: es necesaria una cierta conexión, vinculación o dependencia entre unas voluntades y otras.

Por nuestra parte, ya dijimos en su momento que nos parece necesario aquí distinguir un doble plano.

De lege lata, admitimos que no carece de base positiva la tesis de la doctrina mayoritaria. Pero, en una consideración de la cuestión menos apegada a la letra de los preceptos, nos parece que resulta más acertada la tesis minoritaria. Pues –desde esta perspectiva, repetimos– resulta mucho más atendible entender que el dato formal del instrumento único en que se recogen varias voluntades testamentarias, aunque sea necesario, no es, sin embargo, suficiente por sí solo para apreciar la existencia de un verdadero testamento mancomunado, sino que ha de existir además una cierta vinculación, conexión o dependencia entre esas voluntades. Ya que de otro modo el testamento mancomunado queda reducido a una simple yuxtaposición de dos testamentos individuales, y esto, por las razones que en su momento quedaron dichas, no parece acertado. Es preciso

que haya algo más. Algo más que viene dado por la conexión o vinculación de las dos voluntades testamentarias en presencia. Sólo entonces creemos que cabe decir con propiedad que estamos ante un testamento mancomunado.

Pues sólo así nos encontraremos ante un negocio realmente distinto en su sustancia, y distinto también en su operatividad, a los testamentos individuales. Porque el resultado que se obtiene con los testamentos mancomunados así concebidos –la ordenación mutuamente vinculada de las sucesiones *mortis causa* de dos sujetos– es cosa que no se puede alcanzar con dos testamentos individuales, ni aun cuando el contenido de las disposiciones de cada uno fuera igual al que tendrían en el seno de un testamento mancomunado, ya que seguiría faltándoles la mutua vinculación, que es donde a nuestro juicio radica, como ya hemos dicho, la esencia de aquéllos. Lo que caracteriza a los verdaderos testamentos mancomunados, por tanto, es que en ellos se establece una ordenación armónica de las varias sucesiones que en un mismo instrumento se regulan, una unidad de trazado entre las varias regulaciones que lo integran, disponiendo entre ellas una conjunción y una recíproca y correspectiva implicación.

Si admitimos lo dicho, resulta entonces que el individual y el mancomunado son tipos distintos de testamento, con naturaleza jurídica también distinta. En otras palabras: el testamento mancomunado verdadero y propio, esto es, el correspectivo, es una figura intermedia entre el testamento individual y el pacto sucesorio, un *tertium genus* distinto de cada uno de ellos.

Pues bien, eso, en relación con el tema de la revocación que aquí estudiamos, permite a su vez considerar justificado adoptar una solución en el caso de los testamentos individuales y otra distinta en el caso de los testamentos mancomunados (145).

(145) En una línea concordante, afirma GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 699 y s.) que el actual testamento mancomunado, a pesar de su larga evolución histórica, conserva todavía huellas de su origen remoto –donaciones entre cónyuges con cláusula *reservato usufructo* e irrevocables–, entre ellas la de que, no obstante su actual naturaleza de acto *mortis causa*, produzcan ya en vida de los co-testadores ciertos efectos, como por ejemplo los condicionamientos a la facultad de revocar. En este mismo sentido, pone repetidamente de manifiesto en su estudio GARCÍA-GRANERO (pp. 708 y 788 y ss.) que la concepción de los testamentos mancomunados como simple yuxtaposición de dos testamentos individuales, negándoles por tanto un contenido negocial propio y distinto –corolario de lo cual es el sostenimiento de su libre revocabilidad–, es una corriente que tuvo su origen en la Recepción medieval del Derecho romano, y que desde entonces ha convivido con la corriente contraria, llegando en algunos momentos a prevalecer: esto es lo que ocurrió, entre otros Ordenamientos, en nuestro Derecho civil común. En el mismo sentido, SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL habla del “carácter complejo” de este testamento, “que se funda en una bilateralidad que no se admite en los testamentos de Derecho Común” (*op. cit.*, pp. 187-188).

Esas soluciones son las siguientes: revocabilidad absoluta, *ad nutum*, en el caso de los testamentos individuales, y revocabilidad con limitaciones en el caso de los testamentos mancomunados (146).

En definitiva, que en el caso de los testamentos mancomunados, si bien no puede excluirse totalmente su revocabilidad como en los pactos sucesorios, no puede tampoco ser omnímoda como en los testamentos individuales, sino que ha de estar recortada y supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos. Esto es, con un nivel de vinculación mayor que en los testamentos individuales pero menor que en los contratos sucesorios (147).

La naturaleza de los verdaderos testamentos mancomunados, sin negar su proximidad con los contratos sucesorios y con los testamentos individuales, presenta también diferencias importantes desde este punto de vista, que justifican suficientemente la solución dicha, que no resulta por tanto un absurdo lógico ni una *contradictio in terminis*.

Distinto, en cambio, es el caso de los testamentos mancomunados meramente simultáneos y de los recíprocos, en relación con los cuales no hay inconveniente en aceptar la idea de su libre revocación unilateral por cualquiera de los testadores y en cualquier momento. Pues su naturaleza jurídica, como también ya quedó dicho, es radicalmente distinta.

(146) A esta idea parece que responde además el Fuero Nuevo navarro, cuya Ley 208, bajo la rúbrica “Revocabilidad del testamento”, dice que “las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, excepto lo establecido para el testamento de hermandad”. Y la Ley aragonesa 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte, cuyo artículo 91 contrapone el testamento unipersonal y el mancomunado diciendo que el primero “es un acto *esencialmente* revocable, mientras que el segundo es un acto *naturalmente* revocable”. Abundando en esto, dice GARCÍA-GRANERO (p. 787) que en el testamento mancomunado “no es que falte la nota de esencialidad en la libre revocación unilateral, sino que, más bien, ofrece como algo esencial o institucional la necesidad de que, en mayor o menor grado, la revocación se halle condicionada o restringida”. “El desconocimiento –sigue diciendo en p. 788–, inconsciente o voluntario, de esa diferencia institucional entre ambas especies de testamentos ha impedido a gran parte de la doctrina entender la naturaleza de los testamentos mancomunados, y en consecuencia ha sido causa de muchos errores.”

(147) Así lo dice también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 710 y ss. La argumentación en contrario de VITORIA (*El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado*, RGLJ, 1927, pp. 466-467), sustentada en la idea de que la revocabilidad del testamento mancomunado es medio necesario para lograr uno de los fines principales de estos testamentos –“asegurar la tranquilidad del hogar, el respeto al cónyuge sobreviviente, y la continuidad de la familia”–, además de poco acorde con la realidad social actual, no nos convence, ni siquiera en el plano teórico.

V.2. Sobre los supuestos, la forma y los requisitos en que la revocación de los testamentos mancomunados es posible

Llegados aquí es tiempo entonces de concretar el régimen revocatorio que resulta adecuado en relación con los testamentos mancomunados (148).

Para lo cual hay que distinguir, según que esa revocación sea hecha conjuntamente por todos los sujetos que en su momento otorgaron tal testamento, o unilateralmente por uno solo de ellos, sin contar con el consentimiento del otro. Se trata de una distinción clásica y absolutamente compartida por la doctrina, pues son supuestos netamente distintos, cuyo tratamiento debe ser también, por consecuencia, sustancialmente diferente.

A) Conjunta, por ambos testadores.

Este primer supuesto, en el que los mismos sujetos que antes otorgaron testamento mancomunado deciden luego revocarlo, es simple en su planteamiento y no ha suscitado nunca dificultades en cuanto a su admisión (149). Lo cual es lógico, pues tan conjuntamente como en su día lo hicieron, deben poder más tarde deshacerlo.

Y no cabe aquí plantear siquiera el peligro de burla o fraude a los intereses de nadie, ya que, en este caso, los que fueron antes otorgantes de ese testamento, ahora quieren revocarlo, y lo hacen con el consentimiento de todos. En puridad, se trata de un supuesto que bien podría calificarse de mutuo disenso. Ninguna dificultad debe haber, por tanto, para su admisión (150).

Lo único que cabe entonces plantear es el tema de las formas en que ese acto de revocación conjunta puede llevarse a cabo.

Desde luego, es claro que puede hacerse a través de un nuevo testamento mancomunado, modificativo del anterior o de contenido simple y llanamente revocatorio de aquél. En este último caso, los intervinientes quedarán en adelante libres para disponer nuevamente su sucesión por causa de muerte como mejor consideren, incluyendo la vía del testamento individual, pues ya no están atados por testamento mancomunado ninguno.

(148) Una exposición de distintas posibilidades puede verse en GARCÍA VICENTE: *op. cit.*, pp. 296-297.

(149) Así, es admitida en Aragón (Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte: art. 106.1); en el País Vasco (Ley de Derecho Foral de 1992: arts. 50 –Vizcaya– y 175 –Guipúzcoa–); en Galicia (Ley 4/1995, de Derecho Civil Foral: art. 138; Ley 2/2006: art. 190); en Navarra [Fuero Nuevo: Ley 201.a)1]; en la Ley de 24 de diciembre de 1981, Reguladora de la Explotación Familiar Agraria (art. 22.2); en Alemania (§ 2271.1 BGB).

(150) Cuestión distinta es la posible ineficacia del acto revocatorio por defectos de capacidad de los otorgantes o por vicios de su voluntad. Se trata, ahora bien, de un problema que no es específico de nuestra figura, por lo que se resolverá aplicando las reglas generales.

¿Cablen otras formas? Si lo determinante en este sentido es que en el acto revocatorio intervengan todos los que en su día concurrieron al otorgamiento del testamento que luego se quiere revocar, cabe ciertamente pensar en otras posibilidades.

Una de ellas son los contratos sucesorios (151).

Otra posibilidad son las capitulaciones matrimoniales, siempre que en el caso se den, en quienes quieren revocar el testamento que en su día hicieron en mancomún, las cualidades necesarias para el otorgamiento de aquéllas.

E incluso, si se admitiera el testamento mancomunado cerrado, por destrucción o invalidación del mismo, con arreglo a lo previsto en el artículo 742 CC, siempre que sea producida por todos los otorgantes conjuntamente. Esta última es una hipótesis absolutamente teórica o académica, dada la forma normal de otorgar testamentos que actualmente existe en España (152).

Se trata aquí, en todo caso, de una cuestión de política legislativa, por lo que la solución que se adopte dependerá de cada Ordenamiento concreto. Así se pone claramente de relieve con sólo atender al Derecho Comparado (153).

(151) Aunque en zona de Derecho civil común esta posibilidad tendría hoy una operatividad práctica muy reducida, dado el rechazo que en términos generales se tiene de los mismos (art. 1.271.2 CC).

(152) Como excepción, *vid.* Ley 1/1999 de Aragón, de Sucesiones por Causa de Muerte (art. 95).

(153) Así, el artículo 22.3 de la Ley Reguladora de la Explotación Familiar Agraria, de 24-12-1981, decía que “la revocación y modificación del testamento [mancomunado] habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquél se otorgó”. Esto es, con otro testamento mancomunado. Aunque luego esto resulta cuestionable, habida cuenta que el artículo 16 de esa misma Ley permitía ordenar la sucesión *mortis causa* de la explotación familiar agraria a través de contrato sucesorio, que es un negocio dispositivo por causa de muerte del mismo rango que el testamento mancomunado, y en el que también intervienen los dos sujetos (así lo destaca CUADRADO: *op. cit.*, p. 1115). La Ley de Derecho Civil Foral vasco, en cambio, admite que la revocación se pueda hacer con otro testamento mancomunado o con un pacto sucesorio (arts. 50 y 175). En Galicia no hay previsión normativa explícita al respecto (art. 190 de la Ley 2/2006; tampoco lo había bajo la Ley 4/1995), si bien afirma LETE DEL RÍO (*op. cit.*, p. 1053), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 138 de su Ley de Derecho Civil Foral de 1995 –“la revocación o modificación del testamento mancomunado podrán hacerla ambos cónyuges de forma mancomunada...” (el art. 190 de la Ley 2/2006 es sustancialmente semejante)–, que “el precepto legal requiere textualmente la forma mancomunada, pero no establece que necesariamente... haya de hacerse mediante otro testamento... por consiguiente, la expresión legal *de forma mancomunada* no se identifica con testamento mancomunado, sino que quiere decir que ambos cónyuges deberán proceder a realizarlo *conjuntamente y de común acuerdo*, o... *en un mismo acto u otorgamiento*”. Lo que a su juicio da cabida a los pactos sucesorios de mejora y de apartación (sobre estas figuras, *vid.* BELLO JANEIRO: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Madrid, 2001, espec. caps. II y IV). El razonamiento hecho por LETE DEL RÍO puede ser aplicado también al vigente Derecho civil aragonés (Ley 1/1999), cuyo ar-

B) Unilateral, por uno solo de los testadores.

En este punto, y sobre la base de que no se trata de una revocación conjunta, sino unilateral, podemos empezar diciendo que la opinión común, tanto en la doctrina como en las legislaciones de nuestro entorno, sostiene que ese acto revocatorio unilateral ha de ser de naturaleza testamentaria. Lo cual resulta absolutamente lógico, puesto que con ese acto revocatorio se está también de algún modo ordenando la sucesión del sujeto revocante —ya sea disponiendo un nuevo destino con respecto a sus bienes, ya sea simplemente dejando sin efecto lo hasta ese momento dispuesto en el testamento mancomunado, y sometiéndolos por tanto a las reglas de la sucesión legal—, y todo acto unipersonal de disposición *mortis causa* tiene naturaleza testamentaria. Nada tenemos nosotros que objetar a esto; antes bien, lo suscribimos plenamente.

Cosa distinta son los límites concretos dentro de los cuales esta revocación, que antes hemos defendido como posible a nivel teórico y general, haya de jugar. En este sentido, ya hemos dicho que lo que juega como límite al propósito de revocar de uno de los testadores es el interés del otro testador a no ver burlada la confianza o las expectativas legítimamente depositadas por él en la ordenación sucesoria que en su día estableció junto con aquel primero, al otorgar testamento mancomunado. Pero, en concreto, ¿cuáles son esos límites?

Un buen método de trabajo en este sentido es atender a los distintos Ordenamientos de nuestro entorno que admiten los testamentos mancomunados. Y entonces la pregunta es: ¿cómo han hecho, esos Ordenamientos, para dar solución a la cuestión señalada, que componga adecuadamente los intereses en presencia —el del testador que quiere revocar, a hacerlo; y el del otro testador, a no ver burlado el sentido de la ordenación sucesoria que en su día estableció, junto con el otro, al otorgar testamento mancomunado—, y que sea además conforme con la naturaleza de la figura?

Sin perjuicio de diferencias entre cada uno de esos Ordenamientos a la hora de concretar la solución, todos ellos presentan en este punto un denominador común: lo que hacen es limitar la revocabilidad unilateral de los testamentos mancomunados, de forma que la misma no es absolutamente libre, sino que queda restringida, supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos. Requisitos que fundamentalmente giran en torno a que se dé conocimiento, al otro testador, de la revocación practicada a instan-

título 106.1 dice que “el testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento”, sin mayores precisiones. Más aún en Navarra, cuya Ley 201 habla sólo de “revocar conjuntamente” (en este sentido amplio se pronuncia también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 842 y ss.).

cia de uno solo de ellos, a fin de que, teniendo aquél conocimiento de la nueva situación, no se vea luego sorprendido en su confianza ni burlado en sus expectativas, y pueda además obrar en consecuencia.

En efecto, la burla dicha se evita procurando conocimiento de esa revocación al no revocante, que podrá además entonces obrar en consecuencia, cambiando su última voluntad si así lo quiere.

Esa puesta en conocimiento del no revocante, así pues, es la piedra de toque en esta cuestión. Por lo cual se hace preciso entonces distinguir, según que esta revocación unilateral se pretenda hacer en vida de ambos testadores, o habiendo muerto ya uno de ellos.

Esta distinción es absolutamente compartida por la doctrina. Lo que es fácil de entender, pues si el dato clave en este sentido es el conocimiento que de esa revocación se dé al otro, el hecho de que todos los testadores estén o no vivos todavía al tiempo en que esa revocación unilateral se produce, se revela entonces como un dato de trascendencia decisiva. Precisamente por ello, el tratamiento de uno y otro caso es sustancialmente distinto.

Así, aunque con requisitos y limitaciones, si el otro testador todavía vive, la revocación por uno solo de los otorgantes es ampliamente admitida en los Ordenamientos de nuestro entorno. Pues aquí existe, al menos en principio, la posibilidad de poner esa revocación en conocimiento del co-testador no revocante.

Mientras que si ha muerto, la postura dominante es la contraria. Esto es: como regla, y salvo excepciones, se rechaza la revocación. Pues aquí la comunicación y puesta de ese hecho en conocimiento del otro ya no es posible.

A continuación procedemos al estudio detenido de esto, separando uno y otro caso.

B.1. *Unilateral, pero en vida de ambos testadores.*

Al ocuparnos de este primer supuesto debemos distinguir dos cuestiones: una, atinente a la forma del acto revocatorio; y otra, al conocimiento de ese acto por parte del otro testador, como requisito de eficacia de la revocación.

a) El acto revocatorio y su forma.

Partimos de la premisa, ya sentada, de que los actos revocatorios unipersonales son de naturaleza testamentaria. Y entonces, la primera cuestión a considerar es la relativa a la forma que ese testamento puede adoptar.

La tesis más extendida en los Ordenamientos de nuestro entorno es la que exige que ese testamento unipersonal revocatorio de uno anterior mancomunado se acomode necesariamente a la forma notarial abierta, no permitiendo otra (154).

Pero es destacable también la corriente doctrinal –surgida básicamente en aquellos Ordenamientos que no se pronuncian con rotundidad en este punto (155)– que defiende la adopción de un criterio más abierto, en el sentido de dar cabida aquí no sólo a la forma notarial abierta, sino a cualquier otra que la ley permita en general para los testamentos individuales (156). Lo que se justifica aduciendo razones tanto de orden práctico como lógico.

De orden práctico, porque de no ser así, en muchos supuestos, especialmente en los casos para los que están previstas las formas especiales de testar, podría verse impedida la facultad de revocar (157).

Y de orden lógico, porque no existen razones que justifiquen limitar sólo a una la forma de otorgar ese testamento. Más aún: se puede añadir incluso que resulta chocante el rechazo en este sentido del testamento cerrado, pues su nota distintiva –que su contenido no se revele al notario y personas que han de autorizarlo– no resulta trascendente a los efectos que aquí importan.

Estos argumentos, y la solución amplia que esta tesis defiende en este punto con respecto a la forma, entendemos que merecen ser compartidos. Sin que quepa alegar en contrario que la forma para revocar debe ser la misma que para otorgar, pues si bien en relación con el otorgamiento de testamento mancomunado la exigencia de una forma concreta puede tener explicación plausible, por el alcance y trascendencia vinculatoria de ese acto, no cabe, sin embargo, decir lo mismo en el caso que ahora consideramos, cuya virtualidad es simplemente la de deshacer lo antes hecho.

Lo dicho no implica desconocer los inconvenientes propios de esas otras formas testamentarias, sobre todo las especiales, inconvenientes re-

(154) Así ocurre hoy en Aragón (Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte: art. 106.4; igual bajo la Compilación de 1967: art. 97.2); en Galicia (Ley 4/1995, de Derecho Civil Foral gallego: art. 139; Ley 2/2006: art. 192.1); en el País Vasco (Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral: explícitamente en Guipúzcoa –art. 175.2–, en Vizcaya no resuelve con igual claridad gramatical –art. 51–, pero, por coherencia, la solución parece que ha de ser la misma); en zona de Derecho civil común, Ley de 24-12-1981, Reguladora del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria (art. 22.3).

(155) Navarra, Fuero Nuevo: Ley 201.

(156) Así lo sostiene también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 849; en contra, CUADRADO: *op. cit.*, p. 1114.

(157) Aunque cabe apuntar, en el caso de los testamentos otorgados ante funcionario diplomático o consular, que éstos ejercen ahí funciones notariales.

lativos tanto al propio hecho del otorgamiento como, luego, a su necesaria notificación al testador no revocante. Pero, aunque efectivamente sea así, hay que reconocer que se trata simplemente de dificultades, no de imposibilidad, por lo que, al menos en un plano teórico, podrían ser admitidas. En todo caso, se trata de una cuestión de política legislativa.

b) El conocimiento, por parte del co-testador, del acto revocatorio otorgado unilateralmente por el otro testador, como requisito de eficacia del mismo. La notificación al co-testador.

Tal como ha quedado dicho más arriba, la única forma de evitar en este caso el fraude o la burla a las legítimas expectativas depositadas en el testamento mancomunado previamente otorgado pasa por supeditar la eficacia de su revocación unilateral al conocimiento de la misma por el testador no revocante, a fin de que sepa la nueva situación y pueda así luego, sobre esa base, actuar como considere más conveniente. Así se tiene entendido también en la mayoría de los Ordenamientos de nuestro entorno que admiten la figura, sin perjuicio de que luego existan diferencias importantes entre ellos (158).

Esa revocación ha de ser, por tanto, una declaración de voluntad recepticia. Cuyo conocimiento por su destinatario constituye un requisito de eficacia al que se encuentra sometido el acto de revocación unilateral de los testamentos mancomunados (159). Es decir, si no se pone en conocimiento del otro testador, esta revocación no resulta eficaz ni operativa.

Requisito de eficacia que no puede ser calificado propiamente como condición, pues ello sería tanto como considerarlo elemento accidental del negocio, añadido por voluntad de los sujetos que los otorgan y, por

(158) Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, de 1992 (arts. 51 –Fuero de Vizcaya– y 175 –Fuero de Guipúzcoa–). Fuero Nuevo navarro (Ley 201). En zona de Derecho civil común, Ley de 24 de diciembre de 1981, Reguladora de la Explotación Familiar Agraria (art. 22). En Alemania, § 2271 y 2296 BGB. Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 (art. 139), hoy ya no vigente [la actualmente vigente Ley 2/2006 plantea duda en este punto, pues por un lado dispone en su art. 192.2 que “la revocación habrá de ser notificada a los otros otorgantes”, pero que “en todo caso la falta de notificación no afectará a la validez de la revocación”, y luego añade (art. 192.3) que “para que produzca efectos, la revocación de las disposiciones correspondientes (que según el art. 187.2 sólo pueden darse entre cónyuges) habrá de ser notificada al otro cónyuge”].

(159) Disparatado e incoherente resulta, por tanto, el criterio sostenido en este punto en el Derecho aragonés. Tanto en la Compilación de 1967, cuyo artículo 97.2 iniciaba diciendo que “la revocación o modificación deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge”, para luego añadir que “sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación”. Como en la vigente Ley de Sucesiones de 1999, cuyo artículo 106.4 es del mismo tenor.

ende, contingente (160). Esto, según se desprende de lo ya dicho, no es aceptable, pues se trata de un requisito cuya exigencia y necesidad resulta consustancial a la propia naturaleza de los testamentos mancomunados. La calificación correcta del mismo es, por tanto, la de “*conditio iuris*” (161).

Ahora bien, aunque su necesidad vaya implícita en la propia naturaleza del testamento mancomunado, eso no significa que no sea conveniente su señalamiento claro y su regulación detallada en las normas positivas que en su caso se dicten para regular la figura, pues son muchas las cuestiones relativas a la misma que hay que tratar. En especial las atinentes al acto de notificación a través del cual se ponga en conocimiento del co-testador la revocación unilateralmente otorgada.

En todo caso, dicho lo anterior es muy importante subrayar aquí que, aunque en la realidad, en la inmensa mayoría de los supuestos ese conocimiento se logre a través de la notificación que haga el revocante, lo verdaderamente determinante en este tema no es el medio empleado sino el resultado, esto es, el conocimiento que el co-testador tenga de esa revocación, venga ese conocimiento de donde venga. Apuntamos esto porque en la práctica, tal como destaca GARCÍA-GRANERO (162), es muy frecuente –tanto en los autores como en las legislaciones (163)– confundir una cosa (el medio) y otra (el fin).

Lo que no debe ser, y no sólo por hablar con propiedad, sino porque de ello se derivan consecuencias prácticas trascendentes. En este sentido

(160) En este punto, algunos autores (*vid.* TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 134 y s.) se plantean si el derecho a ser notificado puede ser renunciado *a priori*. A nuestro juicio, no, pues esa notificación no constituye propiamente un derecho subjetivo de los co-testadores en mancomún, sino una exigencia jurídica subordinadamente necesaria a la naturaleza de la figura.

(161) Por esta razón, no compartimos las palabras de GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 836 y ss.) cuando afirma, aunque con referencia al Derecho navarro, que, dado el esencial carácter dispositivo de sus leyes, “los otorgantes de un testamento de hermandad pueden siempre convenir, para la revocación, unos supuestos, formalidades y requisitos distintos de los que, como régimen legal supletorio, se hallan determinados en el Fuero Nuevo. Podrán, pues –concluye–, relajar el criterio de irrevocabilidad o, inversamente, intensificar o acentuar ese mismo principio”. A nuestro juicio, no se puede aquí hablar de normas legales meramente dispositivas y supletorias, ni de prevalencia de la normación privada que en este punto se pueda disponer. Pues son normas subordinadamente necesarias, que resultan de la propia naturaleza de la figura, y que ni los particulares ni las normas legales positivas pueden variar en lo sustancial, so pena de desnaturalizar la figura. El mismo GARCÍA-GRANERO, inmediatamente después de lo anterior, se ve forzado a reconocer que “tal potestad de configuración no es omnímoda, sino que tendrá límites: los que cabría calificar de orden público..., o sea, los que resultan de la propia naturaleza institucional del testamento de hermandad”.

(162) *Op. cit.*, pp. 849-850 y 861.

(163) Así en Aragón (Ley 1/1999, art. 106.4), y en Galicia, bajo el imperio de la Ley 4/1995 (art. 139.2). En el País Vasco se emplea una expresión más amplia, y por tanto se concreta un poco menos, al exigirse sólo que la notificación se haga en forma auténtica y fehaciente (Ley 3/1992: arts. 51 y 175.2). En Galicia, hoy, bajo la Ley 2/2006 (art. 192.3), la cuestión parece que se ha inclinado más (aunque literalmente la fórmula siga sin ser óptima) en el sentido correcto.

resultan muy ilustradores los esfuerzos que ha tenido que hacer la jurisprudencia, forzando e incluso contraviniendo el claro tenor literal de textos legales positivos que exigían la notificación formal del acto revocatorio unilateral (164), para dar una solución aceptable en Justicia y equidad a casos en que esa notificación formal no se había producido en cuanto tal, pero el otro testador efectivamente había tenido conocimiento, por distintos medios, de la revocación producida (165). Forzamiento, ése, que como hemos dicho no debe ser, porque no es necesario. Pues lo determinante en este sentido, repetimos, es el resultado, no el medio empleado para ello (otra cosa será la prueba del conocimiento en esos casos, ya que éste no se presumirá; por ello, la revocación conocida pero no notificada fehacientemente precisará, para ser eficaz, quedar acreditada por otros medios).

Por tanto, si el legislador se decidiera a modificar el Código y admitir los testamentos mancomunados en Derecho civil común, debe cuidar de precisar bien esto: que el requisito de eficacia en este sentido lo constituye el conocimiento, por parte del testador no revocante, del acto de revocación unilateral llevado a cabo por el otro testador (166).

(164) Así, v. gr., el Apéndice de Derecho civil de Aragón de 1925, cuyo artículo 19 establecía que “el testamento otorgado de mancomún puede ser revocado... también por voluntad de uno de [los cónyuges], con tal que antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de Notario al otro cónyuge...”.

(165) Así, la STS de 26-11-1929, en relación con la notificación notarial previa que como requisito *sine qua non* exigía en ese sentido el artículo 19 del Apéndice aragonés de 1925, afirmó que ese requisito debía “ser interpretado con el criterio amplio que exigen los principios básicos de libertad de testar y revocabilidad de toda disposición testamentaria, de tal modo que cuando un cónyuge sabe por el mismo Notario, aun sin notificación solemne, que el otro consorte iba a testar nuevamente, hay que estimar que se ha cumplido, y más si el notificado, al otorgar un testamento individual posterior, revela estar enterado. (...) Lo contrario equivaldría a proclamar la necesidad de subordinar a la apreciación rigorista de requisitos representativos de una mayor o menor solemnidad la realización del fin supremo de justicia a que la disposición legal debe responder”. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20-2-1948, que en relación a un testamento individual otorgado ante párroco, por hombre casado que tiempo antes había otorgado testamento mancomunado, no estimó la impugnación planteada contra el mismo en base a la falta de notificación notarial de la intención de revocar, por entender que ese requisito, en el caso, se podía estimar cumplido en cierto modo, ya que la esposa de aquél (co-testadora en el mancomunado) estuvo presente cuando el testamento individual (y revocatorio) se otorgó. Igualmente –según reseña de TEIXEIRA: *op. cit.*, nota 46– la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Calatayud de 16-2-1955, que resolvió un caso de cónyuges que testaron en mancomún y que más tarde, sin notificación previa ninguna, otorgaron sendos testamentos individuales, ante el mismo notario, el mismo día, con veinte minutos de intervalo y números de protocolo sucesivos, y ante los mismos testigos –más aún: cada cónyuge estuvo presente como testigo en el otorgamiento del otro–, declarando válidos esos testamentos individuales revocatorios del mancomunado anterior, a pesar de la falta de notificación formal, pues ambos testadores tuvieron conocimiento del acto del otro.

(166) Es la solución del Derecho navarro, en el que el requisito en este sentido se cifra en que el conocimiento de los notificados conste de forma fehaciente, sin hacer una lista cerrada

El acto de notificación es importante en cuanto que, en la gran mayoría de los casos, constituye el medio a través del cual se procura ese conocimiento. De ahí que su tratamiento deba ser preciso y detallado. Pero siempre dándole su sitio y valor propios: no es fin en sí mismo, sino instrumento al servicio de ese fin, siendo así además que ese medio o instrumento no es el único, ya que pueden existir otros.

En cualquier caso, eso dicho, no podemos desconocer la importancia que el acto de notificación tiene, en razón de su práctica reiterada y constante. Esto pide y justifica que hagamos aquí un tratamiento detenido de ese acto, a fin de fijar los términos en que, llegado el caso, debería ser regulado en Derecho civil común.

En concreto, las cuestiones que esa notificación plantea son las siguientes: objeto, contenido, forma y plazo. Nos ocupamos de ellas a continuación.

* Objeto de la notificación.

En este punto, dos son las soluciones posibles, y ambas se han dado a nivel positivo y se han defendido a nivel doctrinal.

Una primera solución es la que sostiene que la notificación debe ser anterior a la revocación propiamente dicha, y por tanto que su objeto será, no la revocación ya realizada, sino el propósito de revocar de uno de los testadores, que se hace llegar al otro como requisito para, después, poder llevar efectivamente a cabo la revocación (167).

La otra solución sostiene que el objeto de esta notificación no puede ser una mera intención o propósito, sino que ha de ser el propio acto unilateral de revocación ya realizado.

Esta segunda tesis es la mayoritariamente seguida en los Ordenamientos de nuestro entorno (168), al considerarse que las razones en que se

de medios hábiles a ese fin (Fuero Nuevo, Ley 201.2). Se sigue así la línea iniciada –y que supuso en este tema un antes y un después, pues hasta entonces en Navarra el testamento de hermandad había sido irrevocable unilateralmente– por la Ley 41 de las Cortes del Reino de Navarra celebradas en Pamplona los años de 1765-1766, en la que se disponía: *“hagasse como el Reyno lo pide [realmente, sin embargo, no era esto lo que las Cortes habían pedido, por lo que la ley resultante supuso un cambio con respecto a tales peticiones], con que pueda qualquiera de los cónyuges en vida de ambos, revocar el testamento de hermandad en sus propios bienes, con noticia, y sabiduría del otro cónyuge, por considerarse en lo contrario algunos inconvenientes, y parecer esto más conforme a la libertad de las últimas voluntades”*.

(167) Esta tesis ha sido seguida, en España, en el Apéndice aragonés de 1925 (art. 19).

(168) Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, de 1992 (arts. 51 y 175); Ley de Derecho Civil de Galicia (art. 139.2 de la de 1995; art. 192 de la de 2006); Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, de 1999 (art. 106.4); Fuero Nuevo navarro (Ley 201); Ley de 24-12-1981, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria (art. 22.2).

sustenta aquella primera no resisten un análisis serio, mientras que sus inconvenientes, por el contrario, son reales y relevantes. Veámoslo.

En primer lugar, se dice, y con razón, que supeditar el otorgamiento del acto revocatorio unilateral a la previa notificación del propósito de hacerlo comporta dilaciones, que en algunos casos pueden llegar a frustrar tal propósito, sobre todo cuando el que quiere revocar se encuentra en peligro de muerte (169).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el propósito de revocar no es más que eso, un propósito, una intención, que luego puede sin embargo no traducirse en hechos concretos, si no se lleva a cabo la revocación anunciada. Pues nada obliga a ese sujeto a llevar a efecto su inicial propósito, si luego de formulada y comunicada su intención, pero antes de realizarse efectivamente, cambia de parecer. ¿En qué situación quedan entonces las cosas? ¿Sigue estando vigente el testamento mancomunado cuya intención de revocar unilateralmente se ha notificado? ¿En qué situación queda el testador al que el otro testador notificó su propósito de revocar, pero que no sabe luego si efectivamente lo ha hecho así o no? ¿Sigue vinculado por el testamento mancomunado, de modo que si quiere a su vez revocar su última voluntad debe también comunicarlo al otro, o puede proceder directamente a otorgar nuevo testamento (unilateral)? Son, todas éstas, cuestiones que no encuentran respuesta fácil si se sigue la tesis que estamos viendo –y criticando– ahora (170).

Por último, pero no menos importante, hay que destacar además que no existe razón ninguna de peso que sustente la notificación previa, que no se pueda alcanzar con la notificación *a posteriori*. Pues si la finalidad que con la notificación se pretende es impedir que la revocación unilateral pueda hacerse ocultamente y con ignorancia del otro testador, con la consiguiente burla o fraude a las legítimas expectativas depositadas por éste en la ordenación sucesoria previamente otorgada de mancomún, hay que decir entonces que ese resultado se consigue igualmente supeditando la eficacia de la revocación ya otorgada a la notificación efectiva de la misma, aunque sea *a posteriori*. Se logran así los mismos resultados, y no se incurre sin embargo en los inconvenientes de la notificación previa, antes denunciados.

A la vista de lo cual concluimos nosotros inclinándonos en este punto a favor de la notificación *a posteriori*, cuyo objeto es la revocación unilateral ya efectivamente otorgada.

Sólo queda entonces plantear si, no obstante lo dicho, sería posible también una notificación previa. A nuestro modo de ver, la respuesta es

(169) Vid. MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 133, y GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*; p. 855.

(170) Vid. TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 134, y GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 855-856.

simple: nada impide que el interesado pueda practicar una notificación anticipada en la que comunique al co-testador su propósito de revocar, pero siempre teniendo muy claro que ésta no sustituye a la notificación *a posteriori*, que seguirá siendo la verdaderamente necesaria y trascendente en este sentido. El valor de aquella primera, como afirma GARCÍA-GRANERO (171), será el de simple comunicación al otro, para calibrar si es posible una revocación conjunta y en su caso proceder a ello, pero nada más.

* Contenido de la notificación.

Para resolver cuál haya de ser el contenido del acto de notificación hay que partir de la base de que nuestro sistema no confiere publicidad al contenido de los testamentos, al menos en vida de sus otorgantes (172).

(171) *Op. cit.*, p. 858.

(172) Tema conexo, aunque distinto, es el secreto de las disposiciones establecidas en un testamento mancomunado. En este sentido, el artículo 226 del Reglamento Notarial establece que: “*En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial podrán obtener copia del testamento. Fallecido el testador, tendrán derecho a copia los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores-partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad. Las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante...*”. Se trata de un precepto claramente orientado a procurar que la voluntad sucesoria de las personas no sea conocida por otras, si el testador no lo quiere, mientras no llegue el momento de su efectividad, y en este caso sólo por quienes se pudieran ver concernidos por ella. Ahora bien, esa norma, dictada con carácter general, en el caso del testamento mancomunado tiene que ser adaptada, ya que en un mismo instrumento se recogen las voluntades sucesorias de dos (o más) personas. Para ello, a la hora de expedir copias de ese testamento, a petición de aquéllos a quienes corresponda, hay que tener presente el artículo 237.2 del mismo Reglamento Notarial, que establece que “*se omitirá cuanto no interese al peticionario, ...; y en los testamentos mancomunados cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva*”. En esta línea, la Ley 1/1999 de Aragón, de Sucesiones por Causa de Muerte, establece en su artículo 103 que “*al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma. Los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento, que sin embargo no podrá incluir las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador*”. Y la reciente Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, dispone en su artículo 195 que “*fallecido uno de los otorgantes, los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento mancomunado. La copia sólo podrá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta*”. La idea, por tanto, es clara (cosa distinta es que esa distinción y separación de disposiciones, en la práctica, pueda en muchos casos ser difícil). La cuestión, en todo caso, no opera sólo tras la muerte de uno de los testadores. En vida de los testadores mancomunados, el secreto debe igualmente mantenerse. Por ello, en vida del otro, cada testador en mancomún debe también guardar secreto de las disposiciones de su co-testador, manifestando a terceros, si quiere, sólo las suyas. Esto último, ahora bien, hay que reconocer que en su efectividad real hay que confiarlo más a la honestidad personal de cada uno de los testadores que a otra cosa (sin perjuicio de que, en caso de desvelarlas, pueda exigírsele responsabilidad por daños y perjuicios), dado que cada uno de los testadores conoce el testamento íntegro, incluidas ahí, por tanto, las disposiciones del otro.

De donde se deriva, como consecuencia inexorable, que el contenido de los actos de notificación que aquí estamos viendo no puede comprender a su vez, al menos con carácter necesario, el contenido del acto de revocación en sí mismo considerado (173), ni indicación por tanto del nuevo régimen –ya sea voluntario, ya sea legal– al que la sucesión por causa de muerte del revocante queda sometido. El contenido necesario de esa notificación se limita simple y escuetamente a dar noticia del hecho de la revocación unilateralmente producida (174).

Otra cosa es que, si el revocante así lo quiere, se pueda precisar en esa notificación el alcance de la revocación, o el contenido concreto de la nueva ordenación sucesoria que con ocasión de esa revocación haya establecido con respecto a sus bienes.

Pues cabe pensar que ello puede ser determinante de la reacción que el testador no revocante tenga, tras ser informado de la revocación unilateral llevada a cabo por el otro. Esto, sin embargo, es cosa que hay que poner en conexión con los efectos que la revocación unilateral, una vez notificada, tenga sobre el testamento mancomunado inicialmente otorgado; en concreto, si las disposiciones del no revocante devienen automáticamente ineficaces, o si por el contrario mantienen su eficacia en tanto que no se revoquen. No es éste, ahora bien, el momento de desarrollar esta cuestión; basta con apuntarla, remitiendo su tratamiento para un poco más adelante (175).

A la vista de lo cual concluimos entonces insistiendo en que el contenido necesario del acto de notificación se circunscribe a poner en conocimiento del otro testador la revocación unilateral que se ha llevado a efecto por uno de ellos, aunque también apuntamos que nada obsta a que a instancia del revocante pueda darse conocimiento del concreto contenido y alcance de la revocación operada.

* Forma de realizar la notificación.

Se trata de una cuestión procedimental o adjetiva, que por tanto queda, en cuanto a su concreción, en manos de cada Ordenamiento. Esto no obstante, algo sí podemos decir.

Y así, debemos empezar distinguiendo dos posibilidades, según que la notificación pueda hacerse o no personalmente al otro testador. Pues

(173) Que, como sabemos, puede ser de sustitución de las anteriores disposiciones sucesorias por otras nuevas, o simplemente derogatorio de aquellas primeras, dejando la regulación del fenómeno sucesorio a lo que establezcan las leyes en ese sentido.

(174) Muy claramente en este sentido, la Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte de 1999, cuyo artículo 106.4 habla de notificar “el mero hecho del nuevo otorgamiento”.

(175) *Infra* V.3.

la cuestión cambia sustancialmente en un caso y en otro. A continuación, pero de forma separada, nos ocupamos de cada una de esas posibilidades.

— Notificación personal: en este punto, la razón y el Derecho exigen que la preeminencia absoluta en este sentido la tenga la notificación personal al testador no revocante. Por ser esto algo evidente, no resulta necesario insistir en ello.

Sí podemos, sin embargo, añadir que esta notificación no supone forzosamente que su práctica haya de ser directa a su destinatario, sino que, cuando ésta no sea posible en sentido estricto, a ella se equipara la notificación a persona que se encuentre en el domicilio de aquél, a vecino o a portero del edificio. Pues en estos supuestos es perfectamente aplicable la doctrina que equipara el conocimiento efectivo por parte del sujeto en cuestión con el desconocimiento culpable e imputable al mismo, cuando el acto notificado ha llegado a su esfera de poder (176).

Dicho lo cual debemos entonces atender al medio o medios concretos a través de los cuales practicar esa notificación. Y aquí hemos de centrarnos en la notificación notarial, pues de la observación de los sistemas de nuestro entorno que admiten los testamentos mancomunados se desprende, sin discusión ninguna, que ésa es la forma absolutamente preeminente de notificación en este sentido. Lo que por otra parte es lógico, por las razones siguientes:

Primero, porque teniendo el acto revocatorio unilateral naturaleza testamentaria, según ya quedó dicho en su momento, y siendo así que la práctica totalidad de los testamentos que entre nosotros se otorgan hoy son ante notario, resulta entonces fácilmente entendible que la notificación se haga también por vía notarial, como continuación natural —aunque técnicamente el acto de notificación sea distinto— del acto revocatorio unilateral cuya realización se comunica.

Y segundo, porque, habida cuenta de la trascendencia que el conocimiento tiene en orden a la eficacia de la revocación realizada unilateralmente, a nadie se escapa entonces la importancia práctica de procurarse un medio que permita la prueba fehaciente de ese hecho, de su realización y de su fecha. Y eso se consigue, fácil y plenamente, practicando esa notificación por medio de notario, de la que resultará la subsiguiente acta, con su correspondiente valor probatorio.

En cuanto a los requisitos concretos de su práctica, basta aquí con decir que se acomodarán a lo que a ese respecto se establezca en la legislación notarial (177).

(176) Así lo entiende también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 866-867.

(177) Sobre esto, *vid.* GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 866.

Por su parte, el lugar en que esa notificación debe ser realizada será, naturalmente, el domicilio del co-testador no revocante. Para lo cual se atenderá, o bien al domicilio señalado en su día al otorgar testamento mancomunado, o bien, si hubiera cambiado, al que señale el testador revocante (178). Esto último es perfectamente posible, pues lo decisivo aquí es que la notificación se haga en el domicilio real del no revocante (se trata de una obligación de resultado), ya que de su realización efectiva depende la eficacia de la revocación unilateral (179). Por lo dicho, resulta entonces que ninguno de los domicilios referidos tiene carácter exclusivo o preferente (180). Y nada impide tampoco que el revocante, al requerir al notario para que practique la notificación, le indique varios lugares posibles (181).

(178) Así se establece en el Derecho Civil gallego (Ley 4/1995: art. 139.2; Ley 2/2006: art. 192). *Vid.* también artículo 106.4 de la Ley 1/1999, de Aragón.

(179) No nos parece adecuada, pues, en términos generales –sí, como mal menor, para el Derecho aragonés–, la postura sostenida en este punto por GARCÍA VICENTE (“El testamento mancomunado”, en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza 1994, p. 21, *cit.*, por AFONSO: *op. cit.*, p. 391), quien entiende que, en caso de que no fuera posible practicar la notificación, porque el revocante indicara a ese efecto un domicilio equivocado del no revocante, la respuesta del Ordenamiento pasa por aplicar lo dispuesto en el artículo 674 CC –esto es, privar del derecho a heredar al que con dolo, fraude o violencia impide a alguien, de quien sea heredero, otorgar libremente su última voluntad (en este caso, modificarla)–, o en el artículo 756, números 5 y 6, CC –esto es, considerar incapaces para suceder por causa de indignidad a quien con amenaza, fraude o violencia impide a otro hacer testamento o revocar el que ya hubiera hecho–. El condicionar la eficacia de la revocación unilateral a su conocimiento por el otro testador, nos parece una solución mucho mejor en este sentido.

(180) LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1063.

(181) Lo dicho vale para todo testamento notarial, tanto abierto como cerrado (si se admite esta última modalidad a efectos de articular la revocación unilateral de un testamento mancomunado anterior). Pero, ¿y en el caso de los testamentos especiales (supuesto aquí, de nuevo, que se consideren válidos a estos efectos)? La respuesta exige distinguir. Si se trata de testamento otorgado en el extranjero, ante funcionario diplomático o consular de España, las funciones notariales que éstos tienen atribuidas en este sentido (*vid.* art. 734 CC) permiten proponer, en lo sustancial, la misma solución que ya ha quedado dicha en relación con el testamento notarial otorgado en España. Igual si el testamento revocatorio se otorga ante notario o funcionario extranjero. En todos estos casos la solución no es difícil a nivel teórico, sin perjuicio de las mayores dificultades que sin duda tendrá en orden a su práctica –esa notificación se hará, lógicamente, a través de notario español radicado en el lugar que en el caso proceda–, pero ésta es, simplemente, una cuestión de hecho (así lo dice también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 862-863). Si se trata, en cambio, de testamento militar o marítimo, la respuesta es más compleja. Posiblemente, la mejor solución sea la que propone GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 863). Esto es, previo paso por el oficial o autoridad correspondiente, recurrir a la notificación judicial, por medio del juez a quien tal testamento haya sido remitido (arts. 718 y 726 CC) (en el supuesto del art. 725 CC, la solución puede reconducirse a la ya dicha para el testamento otorgado en el extranjero). En ambos casos, y a efecto de hacer posible esto, el revocante, al otorgar su testamento unilateral revocatorio, deberá manifestar el alcance revocatorio del mismo en relación con un testamento mancomunado anterior, y formular requerimiento a quien proceda para que practique tal notificación.

— Notificación por edictos: esta alternativa a la modalidad de notificación que acabamos de exponer es una posibilidad reservada única y exclusivamente para los supuestos en que la notificación personal no es posible.

Supuestos que siempre han existido, pero que en los últimos tiempos están alcanzando un grado de generalización, o de habitualidad, importante. Lo que es debido tanto a las nuevas circunstancias socioeconómicas de la humanidad, con frecuentes y fáciles desplazamientos a cualquier punto del mundo y estancias en ellos no puntuales sino prolongadas, como a los nuevos patrones de comportamiento existentes en un ámbito tan significativo a efectos de los testamentos mancomunados como es el matrimonio, con frecuentes separaciones —de derecho y de hecho— y divorcios, a resultas de los cuales los miembros del mismo continúan sus vidas de forma totalmente independiente y en muchas ocasiones con absoluto desconocimiento del nuevo paradero del otro.

Estas circunstancias hacen imposible en muchos casos la notificación personal. ¿Impide eso la revocación unilateral? No parece que deba ser así. Pues la imposibilidad de proceder a una notificación personal, sea por causas voluntarias o involuntarias, pero en todo caso imputables a aquél a quien tal notificación se quiere hacer, no debe constituirse en obstáculo insalvable en este sentido (182). Lo que fuerza es a recurrir a otros mecanismos, que el Derecho equipare a la notificación personal desde el punto de vista de los efectos.

El mecanismo alternativo que prevén algunos de los Ordenamientos de nuestro entorno que admiten los testamentos mancomunados es la notificación a través de edictos (183). Que efectivamente constituye una solución sustitutiva que nuestro Derecho civil común también conoce —evidentemente no en relación con testamentos mancomunados, pero sí en otros supuestos—, y que podría por tanto establecerse como subsidiaria.

Se trata, ahora bien, de una opción no utilizable libremente, sino como último recurso, cuando la notificación personal resulte imposible. ¿Cuándo será esto? El Derecho y la doctrina navarros —los que con mayor dete-

(182) En sentido contrario respondía a esto el Colegio Notarial de Pamplona en su Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1930, proponiendo por ello (y por otras razones) la supresión de los testamentos mancomunados. También lo rechaza LORENTE SANZ, porque esto —dice— “pugna con el secreto consustancial a estos otorgamientos” (*op. cit.*, p. 53).

(183) Navarra: Ley 201.2 del Fuero Nuevo. En Galicia, la Ley 4/1995 contemplaba también esta posibilidad (art. 139.2), que sin embargo ha desaparecido en la actualmente vigente Ley 2/2006. No se contiene precisión ninguna a este respecto en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, ni en la vigente Ley aragonesa de Sucesiones (Ley 1/1999), lo que, tal como dice GARCÍA-GRANERO, constituye “una importante laguna legislativa frente a la realidad actual” (*op. cit.*, p. 870). En la doctrina se pronunciaba a favor de esta solución, hace ya más de sesenta años, SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 190.

nimiento se han ocupado de esto, por razones obvias, ya que está regulado en su Fuero Nuevo de forma expresa y detallada (184)– proponen en este sentido exigir, con carácter previo, la tramitación de un acta de notoriedad (o información *ad perpetuam memoriam*) que acredite fehacientemente el desconocimiento del paradero del co-testador no revocante, de tal modo que no resulte posible por consecuencia notificarle personalmente la revocación otorgada por el otro testador. Por nuestra parte, nos parece acertada esta solución, y por tanto la suscribimos (185).

En cuanto al modo concreto de practicar la notificación a través de edictos, sólo se ocupa de ello el Derecho foral navarro, cuya Ley 201.2 dispone a este respecto que “los edictos deberán publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*, en el de la Provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación del último domicilio conocido” (186).

Se trata de una medida razonable y adecuada al fin que se pretende alcanzar, por lo que podría ser trasladada, en su caso, al Derecho civil común (187). Aunque debemos aquí en todo caso dejar claro que se trata de una cuestión de Derecho positivo, y por tanto que será cada Ordenamiento el que deba establecer sus concretos requisitos. Queda, pues, en manos del legislador –si se decidiera a reformar la ley, para así dar entrada a los testamentos mancomunados– la regulación concreta de este tema. Lo único que podemos decir aquí es que la regulación y los requisitos

(184) Ley 201.2: “Cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, justificándose previamente esa situación mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*”.

(185) Conviene aquí precisar que la exigencia dicha no se puede identificar con las figuras –legalmente contempladas en el Código Civil: arts. 181 y ss.– de la desaparición de hecho o de la ausencia legalmente declarada. No es necesario, por tanto, para poder proceder a la notificación por edictos que estamos viendo, que esas otras situaciones se hayan promovido o establecido. Pues, aunque indudablemente relacionadas, no pueden, sin embargo, identificarse plenamente, ya que cada una responde a fines distintos y tienen también, por tanto, regímenes distintos. Abundando en lo dicho, considérese que no es trascendente en este sentido el nombramiento de un defensor del desaparecido o de un representante del ausente, ya que éstos no tienen, entre sus facultades, la de recibir la notificación hecha al desaparecido o ausente (arts. 181, 185 y 186 CC).

(186) En Galicia, aunque bajo la Ley 4/1995 estaba legalmente prevista la notificación por edictos, no se desarrollaba cómo habían de practicarse.

(187) A este respecto, entiende, sin embargo, GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 871) que constituyen, ésas, un mínimo, que puede por tanto ser ampliado por el notario concreto, añadiendo otras diligencias que supongan mayor publicidad, si así lo estima conveniente. Aunque la finalidad puede ser plausible, no estamos nosotros muy convencidos de ello, por el factor de subjetividad que supone y la inseguridad (relativa) que introduce (así también lo entiende LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1064). Por ello, aun sin negar que los requisitos en este sentido pueden ser mayores que los recogidos en el texto –v. gr., publicación también en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del último domicilio conocido–, creemos en todo caso que deberían fijarse por ley en una lista cerrada.

que se establezcan deben resultar adecuados a la finalidad que se pretende conseguir: que, aunque sea por vía indirecta, pueda llegar a conocimiento del otro testador la revocación realizada por uno solo de ellos. Los requisitos, los trámites y las exigencias de publicidad en este sentido deberán, por tanto, ser adecuados para estimar suficientemente procurado ese resultado.

* Plazo para notificar y consecuencias de no practicar oportunamente la notificación.

Habiendo ya determinado cuál es el objeto de la notificación, es fácil entender entonces que el tiempo para practicarla empezará a correr cuando el acto revocatorio unilateral se haya otorgado. Pero, si ese es su término inicial, ¿cuál es su plazo? Más aún: ¿es conveniente señalar uno?

En algunos Ordenamientos se fija un plazo para la práctica de esta notificación, e incluso se habla de la responsabilidad que se puede generar en caso de que no se haga dentro del mismo (188).

Por nuestra parte creemos que, antes de tratar cuestiones concretas a este respecto, es necesario reflexionar acerca de la naturaleza y el valor de ese plazo. ¿Cuáles son?

Desde luego, y aunque así pueda parecerlo a primera vista, ese plazo no puede en modo alguno considerarse como intervalo de tiempo en que la notificación haya de hacerse, so pena de no resultar válida y eficaz más allá del mismo.

Y esto no por causa de las dificultades que en orden al cumplimiento de ese plazo puedan existir, por la mayor o menor brevedad del mismo. Pues eso es cuestión meramente cuantitativa, mientras que el verdadero obstáculo en este sentido es de índole conceptual. Y que es fácil de entender: que, siendo esa notificación requisito necesario para la eficacia de la revocación unilateral –nada menos, pero también nada más–, lo determinante es que la misma se produzca o no, no el momento en que se produzca.

De modo que esa notificación, en tanto que el co-testador no revocante viva y conserve sus facultades mentales, será posible siempre y en cualquier momento. Ni siquiera es obstáculo que la notificación se practique después de fallecido el revocante, pues este hecho no es relevante a estos efectos (189).

(188) Así ocurre en Aragón: ocho días (art. 106.4 Ley 1/1999). Y, bajo la Ley 4/1995, también ocurría en Galicia: diez días siguientes a la revocación (art. 139.2).

(189) Así lo entiende también GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 860), quien para evidenciar lo plausible de esta solución dice que basta “pensar en los testamentos revocatorios otorgados

No hay, ni debe haber, pues, plazo en este sentido. Por lo demás, la mera circunstancia de que la eficacia de la revocación unilateral dependa de la notificación, con toda seguridad resultará incentivo suficiente para que aquél a quien interesa –el revocante– la practique cuanto antes.

Dicho lo cual, debemos entonces hacer otra reflexión. Hemos apuntado que la notificación será válida y eficaz siempre que se produzca antes de que el testador no revocante muera o pierda sus facultades mentales. El límite de la muerte es claro, y no necesita por ello comentario ninguno. Nos detenemos, ahora, en el límite determinado por la pérdida de sus facultades mentales por parte del testador a quien se dirige esta notificación. ¿Qué justificación, alcance y excepciones tiene esto?

La justificación es clara. Si el requisito al que se supedita la eficacia de la revocación unilateral es que el testador no revocante tenga conocimiento de la misma, a fin de que pueda actuar en consecuencia, es fácil entender entonces que aquel conocimiento no se alcanzará, y por tanto que la notificación no podrá ser eficaz, si al tiempo de realizarla su destinatario ya no tiene capacidad para comprender el alcance de lo que se le notifica ni para actuar en consecuencia. La notificación hecha en esas circunstancias, a los efectos que aquí interesan, es equiparable a la que se hiciera a persona no viva (190). Por esta razón, la pérdida de la capacidad de obrar en este sentido, por parte del testador no revocante, constituye un límite temporal del acto de notificación (no es requisito en este sentido que esa incapacidad esté judicialmente declarada; basta la incapacidad como situación de hecho –otra cosa serán las cuestiones de prueba).

Algunos autores, sin embargo, se plantean la oportunidad de establecer excepciones al respecto. Por ejemplo, si el destinatario muere antes de haber recibido la notificación, pero después de que el testador revocante haya requerido al notario para su práctica (191). Por nuestra parte, no estamos conformes con esto. Pues tal excepción no resulta respetuosa con el interés que aquí está en juego, y que se trata de garantizar: el del no revocante a que no pueda revocarse sin su intervención, o al menos sin su conocimiento, la ordenación sucesoria previamente establecida de mancomún, con la consiguiente burla de sus legítimos intereses en ese sentido.

en extrema gravedad, especialmente en todos aquellos casos en que, por necesidad material, la notificación requiere el transcurso de un cierto lapso de tiempo: notificación por edictos... o... cuando [el testador no revocante] resida en el extranjero o en otro lugar lejano (... o...) cuando el testamento revocatorio haya sido autorizado por agente diplomático o consular de España en el extranjero”.

(190) Así lo dicen también MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 135-136; y TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 133. En sentido semejante GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 848.

(191) Así, MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 136, y MARTÍNEZ GARCÍA: cit. por LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1065.

Así pues, aun cuando en este supuesto el revocante haya hecho ya todo cuanto a él correspondía cuando sobreviene la muerte al no revocante, entendemos que ese interés debe ceder en todo caso ante el otro interés apuntado, que debe siempre considerarse preferente en este sentido.

A la vista de lo dicho, tenemos entonces que el plazo que estamos viendo no puede referirse propiamente a la notificación en sí misma considerada, sino que ha de referirse a otra cosa. ¿Cuál es ésta? Para responder a ello es oportuno recordar que la notificación, ya sea personal, ya sea edictal, se hace a través de funcionario público –notario o juez, en el caso de algunos testamentos especiales–, esto es, de persona distinta del propio interesado (el testador revocante). Sobre tal premisa, creemos que el plazo y la responsabilidad de que se hace mención han de referirse a esos funcionarios. Es a éstos, en efecto, a quienes hay que entender que se les señala el plazo en que deben realizar cuanto a ellos corresponda en orden a practicar tal notificación, así como la responsabilidad en que podrían incurrir en caso de incumplimiento o de retraso, si cuando la llevan a efecto resulta ineficaz, porque el destinatario de la misma ha muerto o ha devenido incapaz (192).

¿Qué deben hacer, las personas a quienes corresponda, para tener por cumplido ese deber? Partimos de la base de que el revocante debe poner en conocimiento del notario ante quien se otorgue (u oficial o autoridad, en el caso de algunos testamentos especiales) el alcance revocatorio que ese testamento tiene con respecto a uno anterior mancomunado (dando aquí por supuesta la obligación a cargo del notario de hacer previamente la oportuna indagación en ese sentido). Hecho esto, surgirá para el notario, *ope legis* (no resulta por tanto estrictamente necesario que el revocante formule requerimiento expreso en ese sentido al notario), la obligación de practicar la notificación (de nuevo, previa indagación, al propio revocante, del domicilio o lugar en que debe practicarla). Y entonces la obligación que estamos considerando se deberá entender cumplida si, en el plazo que legalmente se establezca, el notario se persona en el domicilio señalado al efecto de practicar la notificación (aunque no tenga éxito, por no hallarse allí la persona destinataria, ni otra –portero, vecino...– con quien realizar esta diligencia), o si inicia las diligencias para la notificación por correo y hace salir de su despacho la cédula de notificación, o si inicia los trámites para proceder a la notificación por edictos, cuando éste sea el caso.

En cuanto a la responsabilidad que surja, en los casos de incumplimiento de la obligación de notificación dicha, la justificación de la misma se deriva de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 705 CC (este último como

(192) Así lo entiende también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 859.

norma de concreción o modalización del primero). Las premisas para que proceda la reclamación de esa responsabilidad son las siguientes:

— Que el testamento unilateral revocatorio resulte ineficaz, por no haberse observado en el mismo los requisitos y formalidades legalmente establecidos. En el caso que ahora estamos contemplando, esos requisitos y formalidades incumplidos vendrían dados por la falta de notificación, en tiempo o en forma, por parte del funcionario correspondiente (notario o juez).

— Que ese incumplimiento sea debido a culpa o negligencia *-a fortiori*, si se trata de dolo— del funcionario en cuestión. Circunstancia, ésta, que será fácil de acreditar, si la obligación de practicar la notificación y el tiempo y forma en que la misma han de hacerse vienen claramente establecidos a nivel positivo.

— Que se haya causado daño o perjuicio a alguien. Lo que en el caso resultará con evidencia, considerando la cuestión desde el punto de vista del sujeto cuya voluntad de revocar el anterior testamento mancomunado y de disponer una nueva ordenación sucesoria se ve frustrada. Pero no sólo desde esa perspectiva, sino también, en su caso *-v. gr., si el que intentó revocar ya ha muerto—*, desde el punto de vista de quienes fueran beneficiarios de las nuevas disposiciones sucesorias y, sin embargo, por ineficacia de las mismas, no puedan recibirlas efectivamente.

— Que exista nexo causal entre la ineficacia del testamento unilateral revocatorio y el daño producido.

Legitimados activamente para pedir esta responsabilidad están, en primer lugar, el testador revocante, y además, en caso de no existir ya éste, aquellos a quienes con arreglo a la ordenación sucesoria resultante del testamento unilateral revocatorio *-fuera aquélla voluntaria, fuera legal—* hubiera correspondido algo en la sucesión de ese sujeto.

Legitimado pasivamente en este sentido lo está el funcionario (notario o juez) incumplidor. No quienes sean beneficiarios de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado que se intentó revocar infructuosamente, pues aquí no se discute la subsistencia del mismo, sino la responsabilidad derivada de la ineficacia del testamento unilateral revocatorio posterior (193).

La cuantía de la indemnización entendemos que estará en función del importe económico de las disposiciones cuyo destino se haya querido cam-

(193) LETE DEL RÍO (*op. cit.*, pp. 1067 y s.), sin embargo, resuelve considerando que la legitimación pasiva la tienen quienes fueran beneficiarios de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado.

biar infructuosamente, o de lo que a quien ejercite la acción de reclamación de responsabilidad hubiera correspondido, en caso de haber resultado eficaz el testamento unilateral revocatorio.

En cuanto al plazo para exigir esta responsabilidad, entendemos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.968 CC, que será el de un año, a contar desde que se tuvo conocimiento de la ineficacia por esa causa del testamento unilateral revocatorio, y en todo caso desde la fecha de la muerte del sujeto que pretendió –sin éxito– revocar (194).

Llegados aquí, nos preguntamos nosotros: ¿sería oportuno, si en Derecho civil común se regularan los testamentos mancomunados, fijar un plazo en ese sentido? Por la claridad y simplificación que introduce en esta materia, tanto en relación con la tramitación de la notificación como en orden a una eventual reclamación de responsabilidad por retraso o incumplimiento, entendemos que posiblemente sea oportuno establecerlo. Otra cosa es la medida del mismo, que debe ser adecuada, ni excesiva ni escasa. Esto queda en manos del legislador, que deberá recabar la información necesaria para ello (195).

B.2. *Unilateral, pero habiendo muerto ya uno de los testadores.*

Nos ocupamos aquí del último de los supuestos posibles en este sentido. Que constituye sin duda la hipótesis más extrema, a efectos de admitir o no la revocabilidad de los testamentos mancomunados que estamos estudiando.

Lo cual es fácil de entender, por la propia índole del supuesto. Pues la eventualidad de la revocación se plantea, en este caso, en un tiempo en que la notificación de la misma al no revocante no es posible, por haber fallecido con anterioridad. ¿Cuál debe ser la postura a adoptar?

a) Regla.

La respuesta creemos que se ha de extraer del que en repetidas ocasiones hemos dicho ya que constituye el principio rector en este punto: proteger las legítimas expectativas que en la ordenación sucesoria contenida en los testamentos mancomunados hubieran depositado sus autores

(194) LETE DEL RÍO (*op. cit.*, pp. 1068-1069), sin embargo, se muestra a favor del plazo de quince años, considerando que se trata de una acción personal que no tiene señalado término especial. A nuestro modo de ver, esa solución hace más referencia a la impugnación del testamento que a la reclamación de indemnización por ineficacia del testamento unilateral revocatorio imputable al notario.

(195) En Aragón ya hemos dicho que son hoy ocho días, y en Galicia, bajo el imperio de la Ley 4/1995, diez días (*vid.* nota 188).

–todos y cada uno de ellos, también, por tanto, el no revocante–. Lo que se traduce en proscribir toda actuación que pueda suponer fraude o burla a los mismos.

Esta idea es además la misma que ha guiado la solución que hemos propuesto en los casos ya vistos de revocación: conjunta por todos los otorgantes, y unilateral pero en vida del otro testador. Que se ha traducido en admitir esa revocación, sin limitaciones sustanciales en el primer caso, y supeditada al conocimiento de la misma por parte del no revocante, para que así pueda reaccionar como considere, en el segundo.

En el supuesto que ahora contemplamos –revocación unilateral de un testador, pero habiendo muerto ya el otro–, la respuesta, sin embargo, creemos que debe ser radicalmente distinta.

Pues, si aquí se admitiera la revocación unilateral, resultaría imposible entender que se salvaguardan la confianza y las expectativas que en esa ordenación sucesoria ha depositado el testador premuerto. Ya que esa ordenación se vería modificada sin su consentimiento, y además sin poder siquiera responder a esa modificación sobrevenida, como en cambio puede hacerlo si está vivo y se le notifica la revocación unilateral del otro. La burla o el fraude resultarían aquí, por consecuencia, inevitables (196).

Creemos por tanto que, en este caso, la revocación debe quedar excluida, o prohibida (197).

Esta es, además, la idea que inspira, en general, los Ordenamientos de nuestro entorno que admiten los testamentos mancomunados. En ellos, la regla es la irrevocabilidad de estos testamentos por acto unilateral de uno de los testadores, cuando el otro ha fallecido (198).

(196) Con lo dicho creemos que puede responderse a la pregunta que en este sentido se hace CUADRADO (*op. cit.*, p. 1111): “¿por qué no puede el cónyuge sobreviviente modificar el testamento cuando no exista fraude?”. Y también a las reflexiones que hace LACRUZ sobre el artículo 19 del Apéndice aragonés de 1925 (“Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge, y viudedad universal, *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XII, 1963-1964, pp. 352 y ss.).

(197) Así lo sostiene también GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 875), afirmando que se trata “de una irrevocabilidad sustancial surgida del carácter contractual que históricamente definía al testamento de hermandad y que, en cierta medida, sigue conservando en la actualidad”.

(198) Así, en la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral vasco, el artículo 177 (Fuero de Guipúzcoa) establece que “fallecido uno de los cónyuges, el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiere otorgado sobre su propia herencia...”; en el Fuero de Vizcaya no hay norma explícita en este sentido, por lo cual debe entenderse sigue la misma línea (el art. 52 de esa Ley, por su parte, contiene una norma que constituye una reliquia histórica, hoy sin sentido, por lo que no resulta relevante aquí). En Galicia, su Ley 4/1995 establecía, en el artículo 139.1, que “la revocación o modificación unilateral sólo podrá hacerla un cónyuge en vida del otro...”, y en el artículo 140, que “fallecido un cónyuge, el testamento se convierte en irrevocable...”; y la actualmente vigente Ley 2/2006, en su artículo 191.1, establece que “la revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspondientes sólo podrá hacerse en vida de los cónyuges”.

Dicho lo cual, debemos prevenir entonces contra el expediente que permite esa revocación unilateral, aunque supeditándola a la previa repudiación por parte del testador supérstite, que luego pretende revocar unilateralmente sus propias disposiciones, de cuanto el testador premuerto hubiera dejado a su favor.

Esta idea, de origen alemán (199), se ha introducido en España en algún Ordenamiento foral (200) y goza de cierto predicamento entre algunos autores.

No estamos nosotros, sin embargo, conformes con ella, y creemos por tanto que debe rechazarse de plano. La razón es la misma que ya ha quedado establecida: el criterio rector en materia de revocación es impedir todas aquellas actuaciones que supongan burla o fraude a las legítimas expectativas que en el testamento mancomunado haya podido depositar el testador premuerto. Esto es lo que funciona como límite en este senti-

y en el número 2 de ese mismo precepto añade que “fallecido uno de los cónyuges..., las disposiciones correspectivas se convierten en irrevocables”. En Navarra, la Ley 202 del Fuero Nuevo dispone que “fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable...” (este era además el sentido de la regulación contenida en la norma histórica que en este punto nos parece más acertada: el Fuero General de Navarra, cuya Ley del libro II, título IV, capítulo IV, decía así: “*Et si marido et muger fazen destin en uno et enquara cerran aqueyll destin, si el uno deylos mories, el otro non puede desfazer el destin...*”). En Aragón, la Ley 1/1999 contiene en su artículo 106.3 un precepto cuya literalidad, a primera vista, da impresión de que contempla una revocación unilateral más amplia de la que verdaderamente permite, como veremos en el texto en las páginas que siguen (en la Compilación aragonesa de 1967, su art. 97.3 establecía que “muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor”). En Derecho civil común, la Ley de 24-12-1981, reguladora de la Explotación Familiar Agraria, que admitía los testamentos mancomunados (aunque con un ámbito de operatividad reducido), procedía también en este punto con un criterio restrictivo: así, su artículo 22 establecía que “el testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges (...)”.

(199) § 2271.2 BGB: “El derecho a la revocación se extingue con la muerte del otro cónyuge; el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido” (“*Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten; der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt*”).

(200) Así el aragonés, en su Apéndice de 1925, cuyo artículo 19 establecía que “después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente a los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado. La aceptación por el supérstite de liberalidad a su favor, contenida en el otorgamiento mancomunado, hace irrevocablemente obligatorias para él todas las condiciones y disposiciones del testamento que sean originariamente lícitas”. LACRUZ explicaba en este punto que esa aceptación “sienta, al menos a los efectos de la revocación, una presunción de correspectividad”, de modo que “aceptando el cónyuge supérstite la liberalidad testamentaria otorgada a su favor, se entienden correspectivas, y por consiguiente inmodificables, todas las disposiciones otorgadas por él en el testamento mancomunado” (Anotaciones al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER: *op. cit.*, p. 125). A nuestro entender, sin embargo, esa cualificación de las disposiciones –si son correspectivas o no– no es posible hacerla *a posteriori*, por una cuestión temporal y de pura lógica. En todo caso, sea de ello lo que sea, el hecho es que hoy no se sigue esa idea, al menos explícitamente, en ningún Derecho foral.

do, y lo que determina la revocabilidad o irrevocabilidad del testamento mancomunado previamente otorgado.

Pues bien, esto dicho, tenemos entonces que, en el supuesto que ahora estamos considerando –sí a la revocación unilateral *post mortem alterius testatoris*, si es con previa repudiación de las atribuciones que en dicho testamento hubiera hecho éste a favor del supérstite que luego quiere revocar–, la efectividad de la ordenación sucesoria previamente otorgada de mancomún no se mantiene, sino que se deshace unilateralmente, y sin posibilidad de reacción para el testador no revocante, porque ya ha muerto en ese momento.

Este es el dato clave en este sentido. Que no se ve desvirtuado porque el revocante no llegue a adquirir –porque no acepte– las atribuciones ordenadas en ese testamento en su favor por el testador premuerto [*a fortiori*, si no se trata de una verdadera y propia repudiación, sino de una renuncia de esos derechos, pasado ya un tiempo desde su adquisición, que es una posibilidad que algunos autores también defienden (201)]. Pues el hecho decisivo es que esas atribuciones no se establecieron aisladamente, sino en corresponsividad de otras disposiciones del testador supérstite, que ahora se quieren revocar (y esto dicho, hacemos notar aquí que corresponsividad no significa reciprocidad, por lo que ese fraude o burla se darán aunque las disposiciones que el testador supérstite quiere luego revocar no tuvieran por destinatario al testador premuerto, sino un tercero).

Así pues, si en tal caso se permite la revocación, el resultado será que, aun con repudiación por parte del supérstite de las atribuciones hechas en su favor, la ordenación sucesoria otorgada de mancomún se verá burlada. Lo que, como ya hemos dicho, no puede admitirse (202). Pues el interés que debe prevalecer es garantizar las legítimas expectativas depositadas en el testamento mancomunado por el no revocante, lo que en este caso exige que ese testamento sea mantenido, dado que el no revocante ya ha muerto, y no puede por tanto reaccionar de ningún modo a ese cambio pretendido.

Por tanto, si así lo quiere el testador sobreviviente, podrá repudiar o renunciar a las atribuciones establecidas en su favor en el testamento mancomunado por el testador premuerto, pero sin que ello le confiera la posibilidad de revocar sus propias disposiciones corresponsivas. El interés del testador supérstite a revocar sus disposiciones, aunque pueda considerarse como no caprichoso, debe en todo caso ceder aquí ante el que acabamos de exponer.

(201) TEIXEIRA (*op. cit.*, p. 140), si bien no lo defiende abiertamente, sí lo plantea como dudoso, al menos *de lege ferenda*.

(202) Así también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 881-882.

b) Excepciones a la regla (que realmente no son tales).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos aquí señalar que en varios Ordenamientos de nuestro entorno, y tanto a nivel positivo como doctrinal, se contemplan una serie de supuestos que se consideran excepciones en este sentido.

A nuestro entender, ahora bien, tales supuestos, aunque efectivamente puedan parecerlo a primera vista, no constituyen verdaderas excepciones a la regla dicha, que se puede y debe por tanto mantener incólume.

La justificación de nuestro parecer exige, no obstante, alguna explicación, para lo cual es conveniente exponer antes las distintas “excepciones” a que se ha hecho alusión. A ello nos dedicamos a continuación, para luego, una vez hayan quedado vistas, apuntar nuestra valoración al respecto.

Esas “excepciones” son las siguientes:

b') Autorización explícita de los co-testadores, en el propio testamento mancomunado (203). A modo de ejemplo en este sentido, se señala el caso del testamento otorgado por cónyuges sin descendientes, con institución hereditaria mutua, pero con ulterior llamamiento fideicomisario de residuo a favor de los respectivos parientes del marido y la mujer (normalmente por mitades). En tal caso, se dice que es relativamente frecuente que los otorgantes se faculden mutuamente para revocar las disposiciones propias de cada uno de ellos, incluso después de la muerte del otro, en cuanto a la mitad que en su día constituirá su herencia (204).

b'') Incapacidad, indignidad, o premoriencia del designado beneficiario en el testamento mancomunado por parte del testador sobreviviente, sin perjuicio de las disposiciones sobre sustitución vulgar contenidas en el mismo testamento, o de los derechos de representación y de acrecer que en el caso procedan (205). Otra pretendida “excepción” es por incurrir en

(203) Así se establece en la Ley 202 del Fuero Nuevo navarro, que dice que “fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable salvo que en él se hubiere establecido otra cosa”. Igual resulta también hoy en Aragón, de la combinación de lo dispuesto en los artículos 106.3 y 86.1.a) de la Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte.

(204) Un caso singular en este sentido es el que apunta GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 884 y nota 182): testamento de hermandad otorgado por tres o más personas (generalmente, dice, hermanos solteros que conviven y tienen una economía común), cuya voluntad es permitir que, después de fallecido uno de ellos, los restantes puedan todavía revocar, de mancomún o incluso unilateralmente con notificación a los demás todavía vivos, y así sucesivamente hasta que los sobrevivientes sean sólo dos, en cuyo caso la situación se reconduce al supuesto normal y a la solución señalada como regla en el texto.

(205) Consideran favorablemente estos supuestos de revocación, entre otros, CUADRADO: *op. cit.*, p. 1111; y TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 151 y s. También a nivel positivo en los Ordenamientos

causa de desheredación el instituido como beneficiario en las disposiciones –ya otorgadas– del testador superviviente (206).

b'') Institución hereditaria plena y mutua entre los testadores, sin llamamiento o disposición ulterior ninguna (207).

b''') Disposiciones que no tengan su causa en las del testador premuerto (208). Dentro de este grupo se incluyen, típicamente, disposiciones tales como las de nombramiento de albacea, contador-partidor o tutor (209), y las relativas a entierros, funerales y sufragios (estos últimos, siem-

de nuestro entorno. Así, rotundamente, el Fuero Nuevo navarro (Ley 202), que dice que “podrán excepcionalmente revocarse y ordenarse de nuevo por el sobreviviente: 1. En todo caso, las disposiciones a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar”. También la vigente Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, cuyo artículo 106.3 –en sede de testamento mancomunado– se remite en este punto al artículo 86.1.c) –en sede de contrato sucesorio–, el cual contempla el caso de “haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación”; *vid.* también artículo 122. Y hoy la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, que en su artículo 191.2 dispone que “excepcionalmente, el sobreviviente podrá revocar las [disposiciones correspondientes] otorgadas a favor de persona que fuera declarada incapaz para suceder al otro cónyuge, o que estuviera incurso en causa de incapacidad para sucederlo, o que hubiera premuerto”. Se ha solucionado con ello el problema planteado por la Ley anterior (4/1995), que establecía (art. 140) que el testamento mancomunado era irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones “que se hubiesen otorgado a favor de persona incapaz de heredar”. Lo cual fue unánimemente criticado en la doctrina (*vid.*, por todos, LETE DEL RÍO: *op. cit.*, pp. 1075 y ss.), hasta el punto de haberse sostenido que se trataba de una errata, y que, saltando por encima de la letra del precepto, la norma debía entenderse en sentido totalmente contrario. También sorprendente en este sentido era el tenor con que seguía el precepto dicho (art. 140 de la Ley gallega 4/1995): “la misma irrevocación se producirá con respecto a aquellos que muriesen antes y dejasen hijos supervivientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de representación y acrecentamiento”. Previsión, ésta, que concitó críticas semejantes a las que se acaban de reseñar (*vid.* LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1077).

(206) Así el BGB: § 2271.2 y 2294. Lo sostiene también TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 150, quien en apoyo de lo dicho acude a lo dispuesto en el artículo 648 CC sobre causas de revocación de donaciones, destacando que éstas son aplicables por analogía a los contratos sucesorios, con los que los testamentos mancomunados guardan una estrecha relación.

(207) *Vid.* GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 883.

(208) Así el Fuero Nuevo navarro, en su Ley 202, que literalmente dice que “podrán excepcionalmente revocarse (...). 2. Las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores”. También la vigente Ley de Derecho Civil Foral vasco, en su artículo 177.1 (Fuero de Guipúzcoa); en el Fuero de Vizcaya no hay previsión alguna en este sentido, por lo que se puede estimar aplicable la misma solución. Comparten la solución dicha también el vigente Derecho Civil Foral gallego, en el artículo 190 de su Ley 2/2006 (antes, en el art. 140 de su Ley 4/1995); y el aragonés: Ley 1/1999 (art. 106.2). En este mismo sentido también el BGB, cuyos § 2270 y 2271 parecen limitar las restricciones que en este supuesto aplica a la revocación unilateral, a aquellos casos en que hay correspondencia entre las disposiciones.

(209) GARCÍA-GRANERO, sin embargo, considera el caso del tutor que luego muere o deviene incapaz como de revocabilidad por ineficacia sobrevenida (*op. cit.*, p. 886), lo que también puede ser, si fue designado en su día de consuno por ambos testadores.

pre que no supongan una carga excesiva en relación con el patrimonio del fallecido). Son fundamentalmente, como puede verse, disposiciones de carácter no patrimonial, sino personal (210).

Llegados aquí han quedado expuestas las habitualmente consideradas, y denominadas, excepciones en este sentido. Es tiempo entonces de que apuntemos nuestra valoración al respecto y expliquemos por qué no constituyen, en verdad, excepciones a la regla dicha de irrevocabilidad unilateral *post mortem unius testatoris*.

En el caso de las disposiciones que no tienen causa en las del otro testador, la explicación es sencilla: al no haber tal vinculación o correspectividad entre unas disposiciones y otras, la mancomunidad es puramente formal, no una verdadera y propia mancomunidad –recuérdese lo que a lo largo del trabajo hemos dicho a este respecto–, por lo que no se dan las razones que imponen la exclusión de la libre revocación de que aquí estamos hablando. No constituye, por tanto, verdadera excepción en este sentido (211). Lo único que cabe entonces apuntar aquí es la dificultad práctica que puede existir para identificar tales disposiciones no correspectivas, cuando se encuentren dentro de un testamento mancomunado correspectivo en líneas generales. La cuidada redacción de estos testamentos, y el señalamiento explícito del carácter no correspectivo de esas disposiciones singulares (una o varias), será de gran utilidad, y evitadora de litigios, en estos casos.

En el caso de que haya autorización expresa de los testadores en el propio testamento mancomunado, la razón es que en él no hay, al menos en sentido propio y estricto, revocación unilateral. Hablamos aquí de revocación unilateral haciendo referencia a aquellos casos en que con posterioridad a su otorgamiento, y exclusivamente por obra de la voluntad de uno de los testadores, se priva de eficacia a un testamento; esto es, una ineficacia sobrevenida por causa externa al propio negocio testamentario previamente otorgado. En la “excepción” aquí contemplada, ahora bien, lo que se produce no tiene una causa externa al propio testamento. Pues lo que ahí acontece, aunque es obra de uno solo de los testadores, en realidad no es sino un acto de ejercicio de una potestad o de una facultad de

(210) Así lo destacan también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 887-888, y TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 153-154.

(211) Esta idea nos parece que hubiera bastado para sacar a algunos autores (v. gr., MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 136-137) del conflicto interno en que se encontraban por causa de la irrevocabilidad que en este sentido establecían las normas sobre las que operaban (v. gr., el art. 97.3 de la Compilación aragonesa de 1967), razón por la cual pretendían atenuar su alcance destacando que la ley no prohibía en absoluto la revocación *post mortem*, sino sólo de las disposiciones correspectivas.

configuración que el propio testamento le había otorgado previamente. Es decir, de una potestad –o de un derecho, si así quiere decirse, entendido ése en sentido amplio– cuya concesión a uno de ellos, para su libre ejercicio en tiempo posterior a la muerte del otro, ya fue tomada en cuenta al otorgarse ese testamento. Ningún problema, por tanto, se produce en este sentido, ya que realmente no puede haber ahí burla ni fraude a expectativas legítimas del testador premuerto, pues éste ya contaba con esa posibilidad, que él mismo otorgó. Cosa distinta es la configuración que se pretenda hacer de esas “autorizaciones”, en cada caso concreto. Hay aquí que tener presente que esa facultad de modificación unilateral posterior debe ser compatible con la esencia propia de los testamentos mancomunados, no pudiendo por tanto llegar al punto de desnaturalizar la figura. Decimos esto para prevenir contra afirmaciones que en ocasiones se hacen, y que se quieren sustentar en principios tales como los de autonomía privada, libertad civil (212) o *standum est chartae* (213), sosteniendo que sería válido que en el propio testamento mancomunado se facultara a los otorgantes, de forma libre y omnímoda, para su revocación unilateral *post mortem unius testatoris* (214). A nuestro juicio, esto no es posible. Y no porque las normas existentes en este punto sean imperativas, sino porque se trata de una exigencia subordinadamente necesaria, por la propia naturaleza de la figura. En este sentido, ya tenemos dicho en repetidas ocasiones que el testamento mancomunado, si verdaderamente lo es, exige una cierta vinculación de todos los testadores a la ordenación sucesoria conjunta contenida en él. No cabe entonces, ni siquiera por voluntad de las partes, disminuir tal vinculación o ligamen hasta el punto de hacerlo desaparecer (215). O mejor dicho, podrá hacerse, pero asumiendo que ya no estaremos entonces ante un verdadero y propio testamento mancomunado, esto es, correspectivo. Estaremos, simplemente, ante un testamento mancomunado de los llamados simultáneos, o lo que es lo mismo, ante dos testamentos unilaterales yuxtapuestos.

Y finalmente, en los casos de incapacidad, indignidad, premoriencia o causa de desheredación, así como en los de institución mutua entre los testadores, la explicación pasa por no contemplarlos como hechos sobrevenidos y externos en sentido propio y estricto, sino como supuestos que la ley considera interpretando la voluntad que los testadores habrán tenido sin duda al otorgar estos testamentos, aunque no la explicitaran al re-

(212) GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 883.

(213) MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 137.

(214) TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 138-139 y 152-153.

(215) Así lo entiende también LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1075.

dactarlos (216). Pues en efecto, en tales casos no es razonable considerar –salvo disposición clara en ese sentido de los testadores– que fuera su voluntad dejar que tales disposiciones resultaran inoperativas en la práctica, y por consecuencia que se abriera en ese punto el régimen de la sucesión legal o intestada. Las normas positivas que se ocupan de tales supuestos, permitiendo que el testador supérstite pueda modificar por esas causas sus disposiciones, son, a nuestro juicio, normas meramente interpretadoras de unas declaraciones de voluntad negocial no suficientemente explicitadas, y no constituyen por tanto verdaderas excepciones en este sentido. Este es, creemos, el verdadero alcance de esas normas, lo que impide poder calificarlas como verdaderas excepciones en este sentido (217). Lo que no quita que sea conveniente que tales supuestos aparezcan positivamente contemplados, por la mayor claridad que ello establece; sólo sugerimos aquí que la redacción que se dé a tales normas sea más precisa, a fin de evitar la idea, relativamente difundida, pero que ya hemos dicho es inexacta, de que constituyen excepciones auténticas a la regla de la irrevocabilidad unilateral *post mortem unius testatoris*.

Así pues, a la vista de lo dicho, creemos puede concluirse que las pretendidas excepciones apuntadas no son verdaderamente tales.

El único supuesto que tal vez constituya una excepción verdadera en este sentido –esto es, un auténtico caso de revocación unilateral *post mortem unius testatoris*– es el propuesto por TEIXEIRA (218): sobreveniencia o supervivencia de hijos del testador supérstite. Pues aunque seguramente, aplicando las normas sobre preterición (art. 814 CC), se le podría dar respuesta adecuada en muchos casos, tal vez no sea así en todos. Sería necesario, entonces, acudir a la idea de revocación (219). Para lo cual, TEIXEIRA, partiendo de la relativa proximidad existente entre los testamentos mancomunados y los contratos sucesorios, y de la aplicación analógica que a estos últimos puede hacerse (en parte) del régimen de las donaciones, entiende que cabría también aplicar a los testamentos mancomunados la revocación por sobreveniencia o supervivencia de hijos (art. 644.1 CC) del testador supérstite. Se trata, ciertamente, de una hipótesis muy plausible.

(216) No compartimos, pues, la opinión de GARCÍA-GRANERO en este punto (*op. cit.*, p. 885), quien justifica en este caso la posibilidad de modificación por el testador supérstite sobre la base de entender que se trata de disposiciones no válidas ni eficaces, por las circunstancias sobrevenidas dichas.

(217) Así lo afirma también GARCÍA-GRANERO en p. 886, pese a lo antes dicho en p. 885 (*vid. nota anterior*).

(218) *Op. cit.*, p. 151.

(219) Aunque cabría también darle la misma explicación que acabamos de dar para los casos de incapacidad, indignidad, etc.

C) Particular consideración de la revocación, cuando el testamento mancomunado ha sido otorgado por cónyuges, en los casos de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio).

La cuestión que aquí se plantea, dicha simple y llanamente, es si el testamento mancomunado que ha sido otorgado por cónyuges se ve o no afectado si con posterioridad a su otorgamiento se producen entre los cónyuges situaciones de crisis: nulidad, separación o divorcio.

Así apuntada, la cuestión parece clara. Otra cosa es el método para su tratamiento. A nuestro modo de ver, el estudio autónomo y separado de la misma no resulta justificado. Esto no obstante, vamos aquí a ceder a la corriente dominante que existe en este punto, y a prestar por ende una cierta consideración particularizada a los supuestos a que se ha hecho alusión. Lo que se explica solamente por razón de la especial atención que los mismos han concitado en Derecho Comparado, tanto a nivel positivo como doctrinal.

Esto dicho, la cuestión queda entonces planteada en los siguientes términos: ¿afectan, esas situaciones de crisis matrimonial, a la validez y eficacia de los testamentos mancomunados? Y en caso de respuesta afirmativa a esa primera pregunta, de ella se derivan otras. ¿Cómo les afectará? ¿En qué medida?

Para formarnos una idea cabal en este sentido, parece conveniente empezar exponiendo el panorama existente a nivel positivo en Derecho Comparado. A este respecto, y resumiendo aquí a grandes rasgos, podemos decir que son dos las posturas básicas existentes.

Una es la que, al acaecimiento de situaciones de crisis matrimonial *entre cónyuges que previamente han otorgado testamento en mancomún*, anuda automáticamente la ineficacia del mismo, ya sea de la totalidad de su contenido, ya sea, en una concepción un poco más restringida, de sus disposiciones recíprocas y correspectivas: en esto varían las posiciones, según el Ordenamiento de que se trate (220).

(220) En Navarra, la Ley 201 de su Fuero Nuevo establece que “si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación, produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tengan su causa en las disposiciones del otro”. En el Derecho Civil del País Vasco, su Ley 3/1992, en su artículo 174 –Fuero de Guipúzcoa–, establece que: “1. Las sentencias de nulidad del matrimonio, de divorcio y de separación, harán ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieren concedido en el testamento mancomunado. 2. También provocarán la ineficacia de las disposiciones que cualquiera de los consortes hubiere realizado sobre su propia herencia, siempre que tuvieren su causa en las disposiciones del otro”. En el Fuero de Vizcaya no hay previsión ninguna a este respecto, aunque precisamente por eso cabe pensar que la solución será la misma, habida cuenta de su proximi-

La otra postura es la de los sistemas que no conceden especial relevancia en este sentido a esas eventuales situaciones de crisis matrimonial, no anudando por tanto a las mismas ninguna consecuencia especial, esto es, no determinando la ineficacia automática del testamento (221).

La tesis dominante, como fácilmente ha podido comprobarse viendo las notas a pie de página, es la primera. ¿Debemos nosotros entonces propugnar su asunción o inclusión, como norma a seguir en Derecho civil común, en el supuesto de que éste se reforme para dar entrada a los testamentos mancomunados?

Para responder a esto debemos antes ponderar si constituye o no, la tesis dominante dicha, una solución satisfactoria. Cuestión, ésta, a la cual

dad jurídica y de que la premisa de partida —que el testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges— también lo es (AFONSO —*op. cit.*, nota 166—, sin embargo, valora ese silencio legal reconduciéndolo al régimen minoritario al que hacemos referencia a continuación en el texto). En Aragón —cuyo Derecho foral fue el primero que en España consideró la cuestión: Apéndice de 1925—, su hoy vigente Ley de Sucesiones, de 1999, establece en su artículo 123 que “salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin”. Este es el Derecho actualmente vigente en Aragón. Sin embargo, por ser, como hemos dicho, el Ordenamiento que desde más antiguo se ha ocupado en España de este tema, y haber constituido su regulación modelo y guía para las demás, nos parece conveniente transcribir aquí las siguientes normas aragonesas, aun cuando no estén hoy en vigor. Apéndice foral de 1925 (art. 18): “El testamento mancomunado perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio, se decreta la separación conyugal o se entabla demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor su cónyuge al morir”. Compilación de 1967 (art. 98, en redacción dada por Ley 3/1985): “1. Las sentencias de nulidad del matrimonio, de divorcio y de separación, hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas. 2. A estos efectos, podrá continuarse el proceso por los herederos del cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades”. Esta idea la toma el Derecho foral aragonés del Derecho alemán, introduciéndola en España. En concreto, del § 2268 BGB, que dice que “un testamento mancomunado es ineficaz en todo su contenido en los casos del § 2077. / Si el matrimonio es disuelto antes de la muerte de uno de los cónyuges, o si se dan los presupuestos del § 2077, párrafo 1.º, inciso 2.º, quedan eficaces las disposiciones en tanto que haya de entenderse que también habrían sido adoptadas para este caso”. Esos casos a que se hace alusión, contenidos en el § 2077 BGB, son: nulidad o disolución del matrimonio antes de la muerte del causante, o que éste, al tiempo de su muerte, esté facultado para interponer acción de divorcio por culpa del otro cónyuge, y la hubiese interpuesto.

(221) Así, en Derecho civil común, la Ley de 24 de diciembre de 1981, reguladora de la Explotación familiar agraria, cuyo artículo 22.2 era del siguiente tenor literal: “Este testamento sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. / Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge”. También hay que incluir aquí, por razón de su absoluto silencio en este punto, el Derecho civil gallego, tanto en la Ley 4/1995 como en la actual 2/2006.

podemos decir, ya en este momento, que a nuestro juicio no. Para justificar esto, reseñamos a continuación los principales inconvenientes y dificultades con los que la misma choca.

Antes, no obstante, conviene advertir –aunque esto, más que una objeción es una observación– que aceptar esa tesis parece que supone asumir, en buena medida, que los testamentos mancomunados sólo pueden ser otorgados por cónyuges (222). Premisa que ya hemos dicho nosotros en su momento que no compartimos, por considerarla injustificadamente restrictiva. Pues aunque ciertamente, en la gran mayoría de los casos, los que así testen estarán casados entre sí –ya que para ordenar dos personas su sucesión por causa de muerte de forma conjunta, parece natural que tengan antes una unidad de vida e intereses, lo cual es algo que la institución del matrimonio propicia–, nada impide que puedan darse casos en que no sea así. Y en tales casos, aunque estadísticamente sean muchos menos, no debe impedirse a los sujetos testar en mancomún solamente por eso. El vínculo matrimonial no constituye, pues, condición ni *conditio iuris* para poder testar en mancomún. Y si eso es así, las eventuales situaciones de crisis que con posterioridad puedan sobrevenir al mismo no deben tampoco tener una repercusión directa en la vigencia de tal testamento (223).

Es verdad, no obstante lo dicho, que esa tesis se podría tratar de sustentar aduciendo una voluntad implícita en ese sentido de los cónyuges al tiempo de otorgar este testamento. Pero, aunque eso sea así, no se pueden tampoco ignorar las dificultades inherentes a un recurso de naturaleza tan subjetiva como el dicho. Sobre todo cuando hay, como luego veremos, una salida mucho más fácil y segura.

Dicho lo anterior, pasamos a señalar los inconvenientes en sentido propio a que la tesis dominante se enfrenta.

a) Un primer inconveniente, es lo inoportuno e inadecuado del resultado a que se llega con tal tesis si, tras producirse la situación de crisis conyugal, esos sujetos mueren sin haber testado nuevamente. Ese resul-

(222) KIPP expone así el sistema alemán, de especial interés en este sentido por ser el origen de la regulación de este tema en España: “El matrimonio –dice– debe existir en el momento de otorgar el testamento. Pero su validez depende también de su ulterior subsistencia. El testamento mancomunado es ineficaz en cuanto a su contenido entero, si el matrimonio de los cónyuges que han testado en común ha sido declarado nulo o ha sido disuelto antes de la muerte de uno de ellos, § 2268, ap. 1. (...) Sin embargo, las disposiciones siguen válidas, a menos que el matrimonio sea nulo, siempre que haya de admitirse que también se hubieran otorgado en estos casos, § 2268, ap. 2. Así, la ulterior disolución del matrimonio no siempre priva de validez al testamento” (*op. cit.*, p. 357). En sentido semejante también TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 67, y GARCÍA VICENTE: *op. cit.*, p. 296.

(223) Así lo dice también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 778-779.

tado es someter la sucesión por causa de muerte de los mismos a las reglas de la sucesión legal o intestada. Lo cual es inevitable –desde la perspectiva de la tesis que estamos viendo y criticando–, pues aquel primer testamento que otorgaron (el mancomunado), por virtud de la situación de crisis matrimonial sobrevenida, habrá perdido su vigencia y habrá devenido automáticamente ineficaz, *ope legis*. ¿Es esto razonable? Creemos que no, al menos si no hay una voluntad clara contraria a la efectividad de tal testamento.

b) La segunda dificultad en este sentido es la siguiente: ¿cuál es el hecho al que se ha de anudar la ineficacia, *ope legis* y automática, de los testamentos mancomunados? Del análisis del panorama comparado vemos que se desprenden varias posibilidades: que ese hecho venga dado por la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio; que se trate de la sentencia ya dictada, aunque no sea todavía firme; o, en la posición menos exigente, simplemente que se haya entablado demanda con cualquiera de esas pretensiones.

Las dos primeras opciones, ahora bien, adolecen de dificultades. Pues exigir que haya habido sentencia –mucho más si ha de ser firme (224)– supone demorar en el tiempo la producción del hecho al que se anuda el efecto considerado –la ineficacia del testamento–, con el consiguiente peligro de que sobrevenga la muerte a uno o a los dos testadores. Lo cual repercutiría fatalmente en tal proceso e impediría llegar al punto querido, ya que el artículo 88 CC establece que “la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges...” (y esta norma, aunque dictada propiamente para el caso de divorcio, es trasladable a los de separación y nulidad). Se trata, sin embargo, de un resultado que no parece justificado. Para evitarlo, se han ideado fórmulas como permitir que los herederos del cónyuge fallecido puedan continuar tales procesos a estos efectos, quedando entretanto en suspenso la efectividad de las disposiciones y liberalidades contenidas en el testamento, hasta que no recaiga sentencia (225). Pero esto, aunque plausible en su finalidad, constituye una solución forzada, antinatural (226), y sobre todo carente de justificación (227).

(224) Son partidarios de exigir que la sentencia sea firme LORENTE: *op. cit.*, p. 50; TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 68, y GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 781.

(225) Así lo establecía la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, artículo 98.2.

(226) GARCÍA-GRANERO, sin embargo, la califica como “acertada doctrina” (*op. cit.*, p. 782).

(227) Aparte están los problemas prácticos que tal situación supone: ¿a quién corresponderá tener los bienes en ese ínterin de tiempo? ¿Quién, cómo y en qué momento, tributará fiscalmente por tal herencia? ¿Qué actos podrán realizarse sobre tales bienes durante ese período? Considera también estas dificultades –aunque para él no son impeditivas de esta solución– MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 146 ss.

Y es que, en realidad –y con esto vamos al fondo de esta objeción–, poco o nada añade en este sentido que haya una sentencia –sea firme o no–, cuando la situación de crisis matrimonial se ha producido y la voluntad de los afectados es clara en el sentido de poner fin a la vida conyugal normal (lo cual queda evidenciado por el mero hecho de haber presentado la demanda). En tales casos, no parece lógico que se impida llegar al resultado considerado –la ineficacia del testamento mancomunado– porque uno de los cónyuges muera antes de que haya recaído sentencia, ya que esa demora es imputable sólo a cuestiones materiales de la Administración de Justicia. Así pues, en el supuesto de que se siga esta solución –cosa que nosotros no hacemos–, el efecto considerado debería anudarse a la mera presentación de demanda en tal sentido. Máxime en la situación resultante tras la regulación dada a los temas de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que deja a la decisión absolutamente libre de cualquiera de los cónyuges, y sin necesidad de aducir causa ninguna para ello aparte de su voluntad, la posibilidad de pedir y obtener –el resultado de tal proceso está asegurado, al no supeditarse a requisitos objetivos ningunos– la separación o el divorcio.

Lo dicho forzaría entonces a acudir a la tercera posibilidad apuntada: anudar la ineficacia del testamento mancomunado al simple hecho de interponer demanda (228). Pero esta solución, aunque escapa a los inconvenientes vistos, no resulta tampoco absolutamente exenta de otros. En particular, porque supone excluir los supuestos de separación de hecho. En estos casos, que constituyen un fenómeno cada día más frecuente, ¿debe ser mantenido como eficaz el testamento mancomunado previamente otorgado, aunque la voluntad de separación y de poner fin a la vida matrimonial normal sea clara e inequívoca? La tesis que ahora estamos viendo lleva a responder que sí. Pero eso no resulta lógico. Pues si logra probarse la separación –el problema de la prueba, que no existe cuando se cuenta con una sentencia, o que es menor si se ha presentado demanda, en todo caso es una cuestión meramente fáctica, no obstativa en este sentido–, la situación de base es la misma que si existe sentencia. Y entonces, la solución debería ser la misma (229).

Aunque, si eso se admitiera, y se diera por tanto relevancia a estos efectos, además de a la demanda, también a la separación de hecho, la so-

(228) Así lo hacía ya el Apéndice de Derecho civil foral aragonés de 1925 (art. 18), y lo hace hoy la Ley aragonesa, de 1999, de Sucesiones por Causa de Muerte (art. 123) (antes transcritos en nota 216).

(229) Así lo entiende también CUADRADO: *op. cit.*, p. 1114. En contra, GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 780-781), quien considera que la separación de hecho, a estos efectos, es “absolutamente irrelevante”. Igual TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 67.

lución resultante tampoco sería perfecta. Para evidenciarlo, basta pensar en los casos de cónyuges que, después de estar un tiempo separados –judicialmente o de hecho–, se reconcilian. En tales casos, si el vínculo matrimonial ha seguido existiendo, aunque en suspenso, y ahora se reactiva, ¿no seguirá valiendo el testamento mancomunado otorgado en su día? (230). A nuestro juicio, indudablemente sí (231). Sin embargo, si se sigue la tesis que hemos visto, la situación de separación anteriormente habida lleva a la solución contraria.

Llegados aquí, han quedado puestos de manifiesto los inconvenientes y dificultades inherentes a la solución dicha de la ineficacia automática y *ope legis* de los testamentos mancomunados, por causa de la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges que previamente lo otorgaron. Inconvenientes y dificultades que nos hacen mirar con recelo, cuando menos, la solución dicha.

Sobre todo cuando se constata además que tal solución no supone ventaja ninguna que no se alcance a través del sistema que proponemos. Este sistema, coincidente en lo sustancial con la tesis minoritaria más arriba reseñada, es el siguiente.

Se trata, en los casos de testamentos mancomunados otorgados por cónyuges, de no atribuir especial relevancia a las situaciones de crisis matrimonial –nulidad, separación o divorcio– que con posterioridad puedan sobrevenir a aquéllos, de modo que no determinen su ineficacia.

Lo cual no significa pretender que el acaecimiento de tales supuestos sea algo inane en este sentido. En absoluto. Somos conscientes de que no es así. De hecho, damos por supuesto que, en esos casos, lo usual será que la ruptura o suspensión de la vida en común proyecte sus efectos negativos y destructores no sólo al plano personal, sino también al patrimonial, de tal forma que en la mayoría de los casos los sujetos afectados querrán deshacer todo lo hasta ese momento realizado en común, y querrán recobrar cada uno su libertad, también en el tema de la ordenación de su sucesión por causa de muerte, desvinculándose del testamento que previamente hayan otorgado de consuno.

Lo que ocurre es que, para dar salida a esa situación, creemos que basta con la posibilidad de revocar ese testamento que los testadores en mancomún ya hemos visto tienen, tanto conjunta como unilateralmente, con los requisitos y condicionamientos también ya vistos (232).

(230) Esta misma consideración la apunta también MERINO: *op. cit.*, p. 143. En contra, TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 70, si la separación ha sido judicialmente decretada.

(231) Lo mismo cabría decir, *mutatis mutandis*, si después de divorciados, los excónyuges vuelven a contraer matrimonio entre sí.

(232) En este grupo se incluye el caso del sistema establecido en Derecho civil común por la Ley de 24 de diciembre de 1981, reguladora de la Explotación Familiar Agraria, que par-

Con esta solución queda asegurada la posibilidad de respuesta, por parte de los cónyuges testadores en mancomún, a tales situaciones de crisis matrimonial. Pero sin necesidad de adoptar esa medida tan drástica, y en ocasiones inoportuna, como es la ineficacia automática y *ope legis* del testamento mancomunado.

Se trata, en definitiva, de separar lo que son conflictos en el plano personal (las crisis matrimoniales) y lo que es un tema patrimonial (la ordenación sucesoria por causa de muerte).

Pues si bien por lo general aquéllos tendrán repercusión en éste, no necesariamente ha de ser así, sin embargo. En efecto, aunque en el plano de la estadística la pretensión de deshacer lo anteriormente hecho en común sea lo usual, eso, al menos en el terreno de la teoría, debe tomarse solamente como una posibilidad. Ya que nada impide que en tales casos los sujetos puedan querer seguir manteniendo lo dispuesto en tal testamento (piénsese, v. gr., en el caso de cónyuges con hijos comunes, que se divorcian, y cuyo testamento contenía disposiciones correspectivamente vinculadas, pero destinadas únicamente en favor de esos hijos). Imponer en tales casos la ineficacia automática del testamento mancomunado, simplemente por razón de la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges testadores, e imponerles por consecuencia la necesidad de otorgar nuevo testamento so pena de morir intestados, y con un resultado que además ya no será igual, al tratarse luego de dos testamentos individuales e independientes, resulta injustificado si los propios testadores, a pesar de sus problemas conyugales, quieren mantener la ordenación sucesoria previamente otorgada de consuno (233).

La solución sostenida por nosotros, en cambio, resulta satisfactoria a los efectos aquí pretendidos, y no incurre en defectos tan gruesos e innecesarios como los denunciados en relación con la tesis mayoritaria.

En efecto, la tesis que hemos propuesto, en la inmensa mayoría de los casos es satisfactoria. Únicamente podrían plantear dificultad los casos en

tiendo de una postura general contraria a la revocabilidad unilateral de los testamentos mancomunados, la admite, sin embargo, en estos casos, como medida excepcional justificada por el acaecimiento de tales situaciones de crisis. También pensamos que se ha de incluir en este grupo –por su falta de regulación en otro sentido– el Derecho foral gallego. Esta solución es calificada, sin embargo, por CUADRADO, de “sorprendente y paradójica” (*op. cit.*, p. 1101). GARCÍA-GRANERO, por su parte, parece que piensa (*op. cit.*, pp. 779-780) que, cuando el testamento es otorgado constante matrimonio, la validez y subsistencia del matrimonio pasa a ser, en estos casos, *conditio iuris* o presupuesto institucional de los testamentos mancomunados. Igualmente SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 194. También LETE DEL RÍO (*op. cit.*, p. 1070), que con referencia al Derecho foral gallego afirma, que “se echa de menos una norma semejante” a la defendida por la corriente mayoritaria.

(233) Así lo entiende también VITORIA: “El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado”, RGLJ, 1927, p. 464.

que la muerte sobreviniera a los cónyuges o excónyuges –a los dos o a uno solo– con tal inmediatez a la situación de crisis matrimonial, que no tuvieran tiempo para proceder a su revocación. ¿Debe, en este caso, establecerse la ineficacia automática del testamento mancomunado? Aunque a primera vista pueda parecer otra cosa, la respuesta a esa pregunta entendemos que debe seguir siendo negativa, por razón de los mayores inconvenientes que ello comportaría, en comparación con las ventajas –hipotéticas además, no absolutamente seguras y constatadas– que podría suponer. Por lo pronto está la dificultad para determinar cuán corto habría de ser el intervalo de tiempo en que la muerte debería producirse, para que entre en juego esta solución. Pero además, y sobre todo, es que el resultado a que esta solución conduce es al sometimiento de la sucesión de esa persona al régimen legal o de *abintestato*, que es fácil suponer no sería el querido. Mientras que la voluntad de no quedar sometido a lo dispuesto en su día en el testamento mancomunado no es más que una hipótesis. Téngase en cuenta además que, aunque la muerte le haya sorprendido al poco de la interposición de demanda de nulidad, separación o divorcio, las desavenencias matrimoniales motivadoras de la misma con toda seguridad existirían desde tiempo antes, y sin embargo ese sujeto, pudiendo ya entonces revocar, no lo hizo (234).

Por lo cual, y aun reconociendo que es el caso más difícil, la solución creemos que debe ser la misma: no a la ineficacia automática y *ope legis*. Lo que en esos casos debe haber es una simple posibilidad de revocar.

V.3. Alcance de la revocación de los testamentos mancomunados

Llegados a este punto, han quedado ya vistos cuáles son los supuestos en que a nuestro juicio es posible revocar válidamente un testamento

(234) Esto permite además situar en sus debidos términos, y dar oportuna respuesta, al supuesto, considerado por algunos autores, del matrimonio putativo, esto es, aquel cuya nulidad se decreta posteriormente, pero que en su momento fue contraído de buena fe (por uno o por ambos cónyuges). La regulación de este supuesto clásico se contiene hoy en el artículo 79 CC, que establece que tal declaración de nulidad “no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”. Sobre esta base, se ha planteado si, declarada la nulidad después de fallecidos los cónyuges –los dos o uno solo–, el mantenimiento de lo dispuesto en el testamento mancomunado previamente otorgado podría o no cobijarse bajo tal norma (*vid.* AFONSO: *op. cit.*, nota 166; CUADRADO: *op. cit.*, pp. 1113-1114, y TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 73-74). A nuestro entender, ese resultado –el mantenimiento de lo dispuesto en ese testamento– es perfectamente posible y lógico, pero no por la explicación apuntada por esos autores, sino por la que hemos nosotros dado en el texto: si los que otorgaron ese testamento lo mantuvieron hasta el final de sus días sin revocarlo, pudiendo haberlo hecho, ninguna trascendencia a estos efectos debe tener que su matrimonio sea declarado nulo.

mancomunado previamente otorgado. Toca, ahora, determinar cuáles sean las consecuencias que de tales actos revocatorios se deriven. En otras palabras: se trata aquí de precisar cuál sea el alcance de esos actos de revocación, en los casos en que sean realizados válidamente.

Para ello creemos que es necesario empezar diferenciando, según que la revocación sea hecha de forma conjunta por todos los que en su día otorgaron el testamento mancomunado, o unilateralmente por uno solo de ellos (cumpliendo, claro es, los requisitos en ese sentido ya vistos en su momento). Pues las consecuencias de una y otra son distintas.

a) Revocación hecha de forma conjunta por todos los testadores.

Según la corriente doctrinal dominante –entre los escasos autores que se han ocupado de este tema–, la consecuencia de la revocación en este caso es la pérdida de eficacia del testamento mancomunado en su integridad. En realidad, se trata de la misma solución que esos autores sostienen para el caso de que la revocación tenga lugar por acto unilateral, que luego veremos.

A nuestro modo de ver, sin embargo, ni ese tratamiento igualitario entre un supuesto –la revocación conjunta– y otro –la revocación unilateral– es posible (235), ni la solución que se propone es correcta. La justificación del diferente tratamiento que la revocación debe tener en un caso y otro la dejamos para unas líneas más abajo. Ahora nos ocupamos sólo de exponer por qué consideramos que la solución dicha –ineficacia del testamento mancomunado en su integridad– no es correcta.

Y no lo es, por lo siguiente. Porque, al tratarse aquí de una revocación realizada de forma conjunta por todos los que en su día otorgaron el testamento en cuestión, entendemos que esos sujetos pueden dar a esa revocación el alcance que de común acuerdo consideren, no teniendo que ser necesariamente revocatorio y destructor de todas las disposiciones contenidas en el primitivo testamento mancomunado. Dicho de otro modo: a nuestro parecer, es perfectamente posible en estos casos una revocación parcial, modificativa sólo de parte del testamento originario, manteniendo el resto (236).

Lo cual es cosa perfectamente lógica, que no sólo no choca, sino que encuentra incluso cierto respaldo a nivel positivo, en Derecho civil co-

(235) Esta identidad de tratamiento se ve en el Fuero Nuevo navarro (Leyes 201.2 y 210) y en GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 845-846.

(236) Aunque no con tanta rotundidad, así lo sostiene también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 845 y s.

mún. Así resulta, en efecto, del artículo 739.1 CC, que si bien principia diciendo que “el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto”, a continuación añade que eso será “si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”. Esta última salvedad es la que aquí nos interesa, siendo así que hoy es cosa pacíficamente admitida que esa voluntad en contrario, además de expresa y explícita, puede también ser tácita y derivarse del contenido propio del nuevo testamento. Lo dicho creemos que constituye sustento positivo indudable a lo afirmado en relación con el alcance de esta revocación. Pues aunque ese precepto esté formulado pensando en los testamentos individuales, su norma es plenamente aplicable a los testamentos mancomunados, ya que identidad de razón hay en este punto entre un caso y otro.

Y a la misma conclusión se llega si se atiende a la naturaleza propia de los testamentos mancomunados. En este sentido, dijimos en su momento que son negocios jurídicos colectivos, fruto de la conjunción de varias voluntades, todas ellas animadas por un mismo y común interés. Sobre esta base, parece entonces perfectamente posible aplicarles el régimen de los negocios jurídicos, en concreto las normas que permiten, a quienes han sido parte en un negocio, modificarlo después sólo parcialmente, sin destruirlo totalmente y sustituirlo enteramente por uno nuevo (*vid.* arts. 1.203 y 1.204 CC). Sin que sea obstáculo en este sentido que esos preceptos se encuentren situados en sede de contratos, pues el régimen de los negocios jurídicos se ha construido básicamente extrayéndolo de las normas reguladoras de aquéllos. Más aún si consideramos que, si bien los testamentos mancomunados no pueden hoy calificarse como contratos, en tiempos medievales sí tuvieron esa naturaleza, o al menos una muy cercana. Y si eso es así, como efectivamente es, no parece entonces ningún disparate pensar que de esa naturaleza originaria se hayan conservado retazos, entre ellos éste.

En definitiva: creemos plenamente justificado concluir afirmando que la revocación de un testamento mancomunado, cuando esa revocación es hecha conjuntamente por todos los sujetos que en su día lo otorgaron, tendrá el alcance revocatorio que esos mismos sujetos le den. Lo que significa que el efecto de la misma puede ser total, pero que no necesariamente ha de ser así, sino que puede también ser parcial.

La determinación de ese alcance en cada caso concreto es cosa que habrá de resolverse atendiendo a lo que en el acto revocatorio hayan dispuesto, si lo han hecho de forma explícita, o por vía de interpretación, en otro caso.

b) Revocación hecha unilateralmente, por uno solo de los testadores.

Aquí las cosas son distintas. En todo caso, antes de entrar a fondo en la cuestión, es conveniente hacer una precisión. Es la siguiente: que, cuando se habla aquí de determinar el alcance de los actos de revocación de un testamento mancomunado, no se está pensando en las disposiciones de ese testamento que fueron otorgadas por quien luego lo revoca, pues éstas es evidente que perderán su eficacia, ya que ése es el significado y la operatividad más propia e inmediata de todo acto de revocación. Las disposiciones que se van a considerar aquí son las que han sido ordenadas por quien luego no revoca el testamento mancomunado en que las mismas se contienen. De éstas, y sólo de éstas, es de las que aquí nos ocupamos. Y entonces la pregunta es: ¿cómo se ven afectadas por ese acto revocatorio que se ha producido, pero del que no ha sido autor el testador de quien tales disposiciones proceden?

En este punto las cosas, debemos empezar considerando la tesis sostenida por algunos autores, que pretenden que, en caso de revocación unilateral, las disposiciones del no revocante conservan su validez, si éste a su vez no las revoca luego (237).

A nuestro entender, esta tesis no puede admitirse (238). Es cierto, tal como se dice de contrario, que si no se admite esa solución, en tal caso el no revocante puede morir intestado, si no vuelve a otorgar nuevo testamento. Pero, aun siendo eso así, creemos que ello no constituye argumento suficiente sobre el que sustentar esta tesis, y por tanto que la solución apuntada no puede admitirse. Por las siguientes razones:

La primera, porque la esencia propia de los testamentos mancomunados pide –hablamos aquí de los testamentos mancomunados verdaderos, esto es, aquéllos con disposiciones correspectivas– que las disposiciones de un testador no se mantengan si el otro revoca las suyas. Ya que aquéllas (y éstas) se hicieron en su día en correspondencia, o, si quiere decirse así, en dependencia unas de otras: valgan y sean mantenidas mis disposiciones, en tanto que sean mantenidas las tuyas, es frase con la que se podría resumir la naturaleza de esta figura. Y entonces, si las disposiciones de uno de los testadores no se mantienen, porque son revocadas unilateralmente por él, no cabe pretender que las disposiciones del otro sean mantenidas en tanto que no las revoque. Las propias voluntades de los que en su día testaron en mancomún así lo exigen, aunque no lo manifestaran explícitamente al redactar ese testamento. Pues es algo que va implícito en la esencia misma de estos testamentos.

(237) Así lo sostienen TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 132-133, y SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 200.

(238) La rechaza también LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1058.

Más aún: precisamente por lo dicho, no cabe tampoco plantear la posibilidad –aunque así se haya hecho por algunas normas y por algunos autores (239)– de que, en el propio testamento mancomunado, uno de los testadores establezca que sus disposiciones valgan aunque el otro revoque las suyas. Esto no es posible (240). O mejor dicho: es posible, pero asumiendo entonces que ya no estaremos ante un verdadero y propio testamento mancomunado –pues la esencia del mismo, repetimos, son las disposiciones correspectivas, esto es, aquellas que dependen en su existencia del mantenimiento de otras, y en este caso tales disposiciones no existirían–, sino ante un testamento meramente simultáneo, esto es, ante dos testamentos, uno de cada otorgante y cada uno con sus disposiciones propias e independientes, aunque yuxtapuestos en un mismo instrumento.

La segunda razón es que, si el no revocante, sabiendo de la revocación unilateralmente operada por su co-testador –recuérdese que ese conocimiento es *conditio iuris* de eficacia de la revocación–, y sabiendo de la ineficacia sobrevenida por esa causa a sus propias disposiciones, no vuelve a ordenar voluntariamente su sucesión *mortis causa* otorgando nuevo testamento, no es ningún dislate aplicarle el régimen de la sucesión intestada. Ningún motivo de escándalo, en efecto, es que ese resultado pueda producirse.

Sólo podría plantearse alguna dificultad en caso de que el no revocante muriera tan inmediatamente al momento de tener noticia de la revocación unilateralmente operada por el otro testador, que no tuviera tiempo para reaccionar y volver a testar (dando aquí además por supuesto que ésa fuera su voluntad). Pero se trata de un supuesto tan extremo, de libro e irreal, que no puede valer para hacer cambiar lo dicho.

Llegados aquí, resulta entonces que la única consecuencia válida que cabe anudar a estos casos de revocación unilateral es decretar la ineficacia sobrevenida y automática de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado, y no ya sólo las propias del testador revocante –esto es evidente, pues ése es, precisamente, el significado más directo e inmediato de la revocación–, sino también las del no revocante.

Sin que resulte posible introducir distinciones según que la modificación unilateralmente operada sea de mayor o menor calado, ya que esto es una cuestión en buena medida de índole subjetiva, que no puede por tanto traducirse en criterios concretos establecidos con carácter genérico y apriorístico.

(239) En el plano legislativo, *vid.* el Fuero Nuevo navarro, Ley 201.2; y la Ley aragonesa de Sucesiones de 1999, artículo 106.3. En la doctrina, GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 872-873, y MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 131, este último con base en el principio de libertad civil (*standum est chartae*) que informa las instituciones forales aragonesas.

(240) Así lo entiende también LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1059.

Por otra parte, aquí no cabe tampoco, a diferencia de lo que hemos dicho ocurre si la revocación es conjunta, dejar el alcance de los efectos de la revocación en manos de los sujetos intervinientes. Pues aquí el que revoca es uno solo. El tratamiento de la cuestión debe, pues, ser distinto en un caso y en otro (241).

En la revocación conjunta, precisamente porque es conjunta, no hay peligro de fraude, burla o lesión a los intereses de ninguno de los testadores, por lo que no hay obstáculo para que puedan ellos dar a esa revocación el alcance que consideren.

Todo lo contrario ocurre, en cambio, si la revocación es unilateral. Cuyos efectos, por tanto, no pueden dejarse en manos del testador único revocante. En el caso de la revocación unilateral, las consecuencias de la misma deben ser concretadas y explicitadas por la ley, y *a priori*.

Pues bien, conforme a lo visto, esas consecuencias no pueden ser más que las ya dichas: decretar la ineficacia sobrevenida y automática de las disposiciones contenidas en ese testamento mancomunado, y no ya sólo las propias del testador revocante, sino también las del no revocante. Pues así se deriva de la propia esencia de la figura.

En la idea apuntada coinciden además todos los Ordenamientos que admiten los testamentos mancomunados. La discusión se reduce entonces a precisar el alcance de esa ineficacia sobrevenida. Las soluciones que a este respecto se proponen en el panorama comparado –en la ley y en la doctrina, aunque esta última no se ha ocupado con especial detenimiento de este punto– oscilan fundamentalmente entre tres tesis. Una sostiene que la revocación válidamente realizada de un testamento mancomunado lleva aparejada siempre, como consecuencia inexorable, la ineficacia –la pérdida sobrevenida de eficacia– de todas las disposiciones del testador no revocante que se contengan en ese testamento. Otra reduce el alcance de esa ineficacia a las disposiciones correspondientes que en tal testamento hubiera, y a las que contengan atribuciones a favor del testador revocante. La tercera tesis, por su parte, circunscribe el alcance de esa ineficacia sólo a las disposiciones correspondientes.

¿Cuál, entre esas tres opciones, es la solución más adecuada?

A nuestro juicio, en línea teórica o de principio, resulta más acertada la que propugna una revocación limitada sólo a las disposiciones conte-

(241) Así parece presuponerlo también la Ley de Derecho Civil Foral vasco, cuyo artículo 176 –Fuero de Guipúzcoa (el Fuero de Vizcaya no contiene previsión ninguna en este sentido)– prevé las consecuencias de la revocación sólo para el caso de que ésta sea unilateral –esas consecuencias son que “devendrán ineficaces todas las [disposiciones] que sean correspondientes”–, lo que permite inducir que la solución no ha de ser la misma, sino distinta, si la revocación es conjunta. Igual razonamiento cabe aplicar a la Ley de Derecho Civil Foral gallego (*vid.* art. 191 de la Ley 2/2006). Y a la Ley aragonesa de Sucesiones de 1999 (art. 106.3).

nidas en el testamento en cuestión, que hayan sido otorgadas por el testador no revocante y que tengan carácter correspectivo. Pues sólo ellas han sido otorgadas causalizadas y vinculadas a otras, y en dependencia del mantenimiento de éstas (242).

Cualesquiera otras disposiciones que pueda haber en esos testamentos –sean atribuciones a favor del co-testador revocante, sean otras distintas–, no deberían perder automáticamente su eficacia, por el mero hecho de que el otro testador haya revocado unilateralmente las disposiciones suyas que se encuentran recogidas en tal testamento. Pues, al no participar de la nota de correspectividad, su validez no está sustentada en la validez y eficacia de ningunas otras disposiciones, sino que radica en sí mismas. Podrán por tanto ser revocadas, y perderán entonces su validez, del mismo modo que puede ocurrir con cualquier disposición contenida en un testamento individual, pero no como consecuencia automática de la revocación unilateral de sus disposiciones operada por un co-testador. Pues con respecto a ellas, el testamento mancomunado es sólo continente (243).

Lo dicho es así, a nuestro juicio. Cosa distinta puede ser en el terreno de la realidad práctica, en el que en muchos casos sin duda será difícil distinguir, cuando dentro de un mismo testamento mancomunado co-existan disposiciones que sean correspectivas y otras que no lo sean, con

(242) Así lo establece claramente la Ley aragonesa de Sucesiones de 1999, cuyo artículo 106.3 dice que tal revocación de uno solo de los testadores “producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro” (igual se establecía ya antes, en la Compilación de Derecho foral de Aragón de 1967, art. 97.1). Otro tanto puede decirse de la Ley 2/2006, de Derecho Civil Foral de Galicia, cuyo artículo 191.1 afirma que la revocación unilateral “producirá la ineficacia de todas las [disposiciones] recíprocamente condicionadas” (igual en la Ley 4/1995: art. 139.1). En este mismo sentido, LORENTE SANZ: *op. cit.*, p. 54. También la Ley de Derecho Civil Foral vasco, cuyo artículo 176 –Fuero de Guipúzcoa– dice que en tal caso “devendrán ineficaces todas las [disposiciones] que sean igualmente correspectivas”; distinta es sin embargo la solución adoptada en esa misma Ley en su artículo 51.2 –Fuero de Vizcaya–, criticable por su carácter indiscriminado (“la revocación unilateral del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones”). El Fuero Nuevo navarro, por su parte, en su Ley 201.2, establece que “en cualquier caso, la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento...”. Lo cual, si bien resulta excesivo tomado literalmente, realmente no lo es tanto, pues en el Derecho navarro los testamentos de hermandad están inspirados, como regla, en el principio de interdependencia o correlación de las disposiciones. Sigue también la línea general expuesta el BGB, cuyo § 2270.1 establece que “si los cónyuges han adoptado en un testamento mancomunado disposiciones de las cuales ha de deducirse que la disposición de uno no se habría adoptado sin la disposición del otro..., la revocación de una disposición tiene como consecuencia la ineficacia de la otra”.

(243) Así lo entiende también LORENTE SANZ: *op. cit.*, p. 52. Y hoy se encuentra claramente establecido en la Ley aragonesa de Sucesiones de 1999, cuyo artículo 106.2, en sede de testamento mancomunado, establece que “puede cada testador revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas”. Y también en la Ley de Derecho Civil Foral de Galicia 2/2006, artículo 190.

las consecuencias que de ello se derivan. La solución a esto está en función de los criterios que previamente se hayan adoptado en este sentido en relación con las disposiciones que se contengan en un testamento mancomunado (244) y del cuidado que se ponga en la redacción del mismo. Pero, esto dicho, lo que en todo caso queda claro es que se trata de una dificultad práctica, que no puede por tanto, por sí sola, invalidar las conclusiones a que antes hemos llegado.

VI. LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DEL DERECHO INTER-REGIONAL ESPAÑOL

A) Planteamiento

Llegados a este punto, ha quedado acreditada suficientemente la viabilidad de la figura estudiada, y no sólo desde el punto de vista teórico o de principio, sino también de su operatividad práctica (forma de estos testamentos, posibilidades de revocarlos, limitaciones que su otorgamiento supone para sus autores en orden a realizar actos de disposición *inter vivos*, etc.).

Sin perjuicio de lo cual, es menester que nos ocupemos ahora de la cuestión enunciada en la rúbrica de este capítulo. Pues siendo estos testamentos negocios obra de dos (o más) personas, es perfectamente posible que no estén ambas sometidas al mismo Ordenamiento jurídico.

Es más, se trata de una hipótesis que no sólo es posible sino que, por razón del sentido en que la sociedad va evolucionando, se va haciendo habitual, planteando por consecuencia el tema dicho de una forma cada vez más apremiante. Lo que se explica muy fácilmente, con sólo prestar atención a las uniones de personas de diferente procedencia, geográfica y jurídica, que caracterizan a la sociedad en los últimos tiempos (245). Todo lo cual, además, es absolutamente razonable prever que irá a más.

(244) *Vid. supra* capítulo I.

(245) En relación con las uniones de personas que más habitualmente (aunque no siempre ni necesariamente) propician el otorgamiento de estos testamentos –los matrimonios–, la reforma del artículo 14.1 CC por la Ley 11/1990 ha acentuado esta hipótesis, al determinar que el matrimonio no altera automáticamente, por el mero hecho de contraerlo, la vecindad civil de los cónyuges, de modo que pueden cada uno tener una vecindad civil distinta, estando por tanto sometidos a sistemas civiles también distintos.

Surgen entonces, de modo inmediato, las preguntas. ¿Pueden, las personas sometidas a Ordenamientos jurídicos distintos, otorgar testamentos mancomunados? ¿Cuál será su régimen? ¿Es suficiente, para conseguir dar entrada en Derecho civil común a los testamentos mancomunados, pero no sólo de forma teórica, sino real y efectiva, con reformar el artículo 669 del Código Civil?

Las cuestiones apuntadas creemos que justifican dediquemos este punto al estudio –aunque sea breve y somero– de los problemas y dificultades que los testamentos mancomunados pueden plantear en estos casos.

Problemas y dificultades que, por otra parte, en modo alguno puede decirse sean nuevos, si bien, como ya hemos apuntado, las circunstancias de la sociedad en los últimos tiempos los hacen más acuciantes que antaño.

B) Tratamiento de la cuestión: calificación del supuesto, normas de conflicto y puntos de conexión

En todo caso, sea cual sea la estadística de su incidencia práctica, es menester dar solución a las cuestiones planteadas.

Las respuestas clásicas a este asunto oscilan entre dos criterios alternativos: aplicación de la *lex loci* o aplicación de la *lex personae*. Se trata de soluciones muy distintas, en su ser y en sus consecuencias.

Ante esa contraposición, y para poder resolver con fundamento, vamos nosotros aquí a recurrir a las técnicas e instrumentos propios del Derecho internacional privado –calificación del supuesto, determinación de la norma de conflicto adecuada, y fijación del punto o puntos de conexión oportunos–, y a aplicarlos procediendo en el debido orden.

Empezamos, como es natural, ocupándonos de la calificación del supuesto, ya que esto será lo que luego nos permita determinar la norma de conflicto adecuada. Y en este tema, un simple vistazo a la doctrina y al Derecho comparado nos muestra que las respuestas posibles al mismo se plantean en forma de varias alternativas. La primera y más importante es la que contrapone la consideración del otorgamiento de testamento mancomunado como una cuestión de forma o como una cuestión de fondo (246). Aunque no está, con eso, dicho todo, pues luego, dentro de la segunda tesis apuntada –la consideración del otorgamiento de testamento mancomunado como cuestión de fondo–, se pueden a su vez subdistinguir dos variantes: la que entiende que de lo que aquí se trata es de una cues-

(246) Hay aquí que tener en cuenta que el Convenio de La Haya de 1961 no resolvió este punto, sino que dejó en manos de las legislaciones de los distintos países la calificación de esta cuestión como de forma o de fondo.

ción de capacidad, y la que estima que lo que está en juego es un modo distinto de disponer la sucesión por causa de muerte.

La tesis que considera que se trata de una cuestión de forma tiene acogida en países de nuestro entorno tales como Francia o los Países Bajos. Y en España, dentro de la doctrina, cuenta con defensores varios (247).

Sin embargo, es la tesis que sostiene que se trata de una cuestión de fondo la que cuenta con mayor número de partidarios en nuestra doctrina (248) –sin perjuicio de que luego dentro de ella, como ya antes hemos dicho, existan variantes–, aparte de tener también acogida en otros países, tales como Alemania, Italia o Portugal.

Por nuestra parte, hemos de decir que nos parece más acertada la tesis expuesta en segundo lugar, es decir, la que entiende que lo que en la figura de los testamentos mancomunados está en juego, desde la perspectiva que ahora estamos viendo, es, ante todo y sobre todo, una cuestión de fondo.

Lo que no puede ser de otra manera, por coherencia con lo que a lo largo de este trabajo hemos ido diciendo. Esto es, que la esencia de los testamentos mancomunados radica en ser negocios que permiten, a quienes los otorgan, ordenar su sucesión por causa de muerte en unos términos y con unos efectos propios singulares y específicos, que no pueden lograrse a través de ningún otro medio. Lo que en ellos destaca no es, por tanto, una cuestión formal (aunque evidentemente estos testamentos tienen también su aspecto formal, que hay que considerar, como en todos los negocios, y de manera muy destacada en los sucesorios, en los que la forma tiene carácter esencial o solemne). Lo que en ellos existe de singular es, sobre todo, una cuestión de fondo.

Cuestión de fondo que no identificamos, sin embargo, a pesar del cierto predicamento que entre nuestros autores ha tenido –y sigue teniendo–

(247) Aunque algunos, como REQUEJO ISIDRO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXII, 2.º, Madrid, 1997, pp. 1044 y ss.), si bien de palabra califican esta cuestión como “de forma”, luego en su aplicación práctica proceden como si fuera “de fondo”.

(248) Por ser mayoría, podemos aquí omitir la cita de autores. Sí queremos, no obstante, destacar las palabras de GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 714 y ss.), quien en este sentido, y específicamente en relación con el Derecho civil navarro, apunta que, aparte de estar separadas sistemáticamente en el Fuero Nuevo estas cuestiones –de la forma de los testamentos trata el capítulo II del título V del libro II, mientras que del testamento de hermandad trata en el capítulo V–, la diferencia resulta clara además en base a lo dispuesto en la Ley 199, cuyo párrafo segundo dice que “con excepción de la forma ológrafa, el testamento de hermandad puede revestir cualquier otra forma admitida en la Compilación”. En el mismo sentido, la Audiencia Territorial de Zaragoza, en sentencia de 30-11-1967, ya decía con rotundidad “que toda cuestión que afecte a la mancomunidad testamentaria implica, no una forma de testar, como erróneamente se atribuye por la sentencia recurrida, sino una modalidad del consentimiento de los testadores”.

esta idea, con un tema de capacidad (249). Pues en sentido estricto, capacidad –que en el caso sólo podría ser de obrar– es término con el que se alude a la aptitud o idoneidad que los sujetos tienen, desde el punto de vista del Ordenamiento, para actuar válidamente por sí mismos, realizando actos y celebrando negocios con los que atender a sus intereses como mejor consideren. Capacidad, aptitud o idoneidad para actuar, cuya plenitud se alcanza con la mayoría de edad y la tenencia de un estado psíquico normal. Dicho lo cual, resulta entonces evidente –al menos a nuestro juicio–, que la admisión o prohibición de los testamentos mancomunados no es una cuestión de capacidad. Pues no cabe pretender que, en los Ordenamientos que prohíben estos testamentos, la razón reside en que nadie puede nunca tener capacidad suficiente para ello (aunque sea también indudable que, para otorgarlos, los sujetos habrán de tener, cada uno, la capacidad que legalmente sea procedente conforme a su ley personal) (250).

Lo que en el caso de los testamentos mancomunados se plantea es una forma singular de ordenar la sucesión por causa de muerte. Cuya admisión o prohibición se decide en función de cómo se valoren sus ventajas y dificultades. Lo cual depende de consideraciones de política legislativa (251). Pero en todo caso se trata, sin duda, de una cuestión de fondo, no de forma, ni de capacidad (252). Que es lo que interesa en este momento dejar establecido (253).

(249) Así, entre otros, MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 100 y 104 y ss., y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, 1983, tomo IX-2, p. 342.

(250) Abundando en lo dicho, afirma ZABALO ESCUDERO (“El testamento conjunto en el Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *Revista General de Derecho*, 1989, p. 6363) que “el hecho de que nuestro Ordenamiento haga depender la capacidad para testar de la ley personal, y no la incluya en la ley sucesoria, permite mantener la tesis de que la existencia en su caso de una prohibición de testar en mancomún o de forma conjunta no puede considerarse una cuestión de capacidad”.

(251) No es, desde luego, una cuestión de orden público, aunque así se haya considerado alguna vez.

(252) En refuerzo de lo dicho, puede destacarse aquí además que el precepto del Código Civil que más propiamente se ocupa de los testamentos mancomunados –el art. 669– no está situado, ni en la sección que se ocupa de la capacidad para disponer por testamento (sección 1.ª del capítulo I, título III, libro III), ni en la sección en que el Código se ocupa de la forma de los testamentos (sección 3.ª de ese mismo capítulo), sino en la sección 2.ª, que trata de los testamentos en general. Así lo dice también TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: *op. cit.*, pp. 341-342.

(253) La dicha es, en efecto, una calificación absolutamente dominante en todos los territorios de España. Lo que supone una doble ventaja. Por un lado, evita cualquier problema derivado de la coexistencia de varios sistemas civiles dentro de España: *vid.* artículo 16.1.2.º CC. Y por otro, permite también proceder sin dudas en el plano de las relaciones internacionales, ya que el Ordenamiento nacional conforme al que hay que realizar la calificación de la figura es el español, ex artículo 12.1 CC.

Dicho lo anterior, podemos no obstante hacer aquí la siguiente matización, distinguiendo, como tantas otras veces ya hemos hecho, entre testamentos mancomunados meramente simultáneos, recíprocos y correspectivos.

Pues efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en los correspectivos, sabemos ya que en los testamentos meramente simultáneos, y aun en los recíprocos, no hay causalización ni vinculación mutua entre las disposiciones de cada uno de los testadores, sino únicamente coincidencia o concurrencia en un mismo instrumento de dos ordenaciones testamentarias, que en todo lo demás se mantienen inconexas e independientes. En estos dos casos, por tanto, reconocemos que no sería disparatado calificar la mancomunidad como cuestión de índole estrictamente formal (254).

¿Desvirtúa esto lo antes dicho? Creemos que no. La razón es la misma que tantas veces ya hemos dado: que, diga lo que diga la letra del artículo 669 CC, los testamentos mancomunados verdaderos y propios son los correspectivos. Los otros dos tipos, aunque se encuentren englobados en la letra de la prohibición del precepto dicho del Código Civil, son sin duda otra cosa. En este sentido, no es inoportuno tener en cuenta aquí que la generalidad de la fórmula de ese artículo 669 CC fue debida con toda probabilidad al deseo del legislador de evitar totalmente el peligro de que pudieran darse los “gravísimos inconvenientes” que la figura en cuestión se pensaba (aunque sin mucho conocimiento de causa) conllevaba, sin pararse a distinguir tipos y asumiendo que en todo caso era mejor en este punto pecar por exceso que por defecto. Pero, aunque eso fuera así entonces, nada impide que hoy puedan distinguirse tipos en el sentido dicho. Esto es, poniendo de manifiesto las diferencias esenciales que entre unos y otros existen, y en concreto en el aspecto que aquí interesa, destacando que aunque los casos de testamentos meramente simultáneos y recíprocos puedan calificarse como cuestión de forma, los verdaderos y propios testamentos mancomunados, esto es, los correspectivos, implican sobre todo una cuestión de fondo.

Dicho lo cual, como aquí los testamentos que realmente interesan son los correspectivos, es en ellos en los que nos centramos.

Y así, una vez calificado el supuesto, es tiempo de determinar cuál sea la norma de conflicto a través de la cual haya que dar respuesta a los problemas que en estos casos plantea esta figura.

Ahora bien, una vez hemos calificado la cuestión que estamos viendo como “de fondo”, la respuesta al punto concreto ahora considerado resul-

(254) Así KIPP: *op. cit.*, pp. 349-351; ZABALO ESCUDERO: *op. cit.*, pp. 6359-6360. En este mismo sentido parece que apunta GARRIDO MELERO: “La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual”, RCDI, 1997, p. 487.

ta inmediata: la norma de conflicto aplicable en este caso viene dada por la ley personal (*lex personae*) de los sujetos intervinientes (255).

Así resulta claramente del propio Código Civil, más en concreto de su artículo 9, que es norma general y está situada en un capítulo que lleva por rúbrica “Normas de Derecho internacional privado”.

A la vista de lo cual, hemos de concluir sumándonos a lo que en nuestra doctrina es parecer generalizado: que la norma de conflicto aplicable en este punto es la ley personal de los otorgantes.

Ley personal para cuya determinación se establece, como punto de conexión en el ámbito internacional privado, la nacionalidad (art. 9.8 CC); y en el ámbito inter-regional español –pues dentro de España conviven varios Ordenamientos civiles, cada uno de los cuales regula la cuestión de un modo distinto–, la vecindad civil (art. 16.1 CC).

De donde se deriva que los españoles de vecindad civil común no pueden hoy otorgar testamento mancomunado, ni aun fuera de España, en países cuyos Ordenamientos admiten esta figura, ni dentro, en los territorios forales que la admiten. Pues su ley sustantiva nacional –el Código Civil: art. 669– no lo permite. Y la ley personal va con los sujetos, dondequiera que estén.

Refuerza lo dicho –interpretándolo *a contrario*– el artículo 733 CC, que, estando dictado específicamente para los testamentos mancomunados, dispone que “no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles [de vecindad civil común] otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado”. Pues, aunque formulado en sentido negativo, se trata de un precepto plenamente coherente con lo dicho. En efecto, partiendo de la premisa de que el testamento mancomunado está prohibido a los españoles de vecindad civil común, este precepto resuelve entonces sobre el que tales sujetos pudieran otorgar en países o territorios que sí admitan esos testamentos, negándoles validez.

Pero, eso sentado, lo que hay entonces aquí que destacar, más que esa negativa, es la conexión de que ese precepto parte en orden a resolver. Esto es, que la ley aplicable a estas cuestiones, para el Código Civil, es la ley nacional (256).

(255) Si la cuestión se hubiera calificado como “formal” (y *vid.*, en este punto, lo antes dicho en el texto en relación con los testamentos mancomunados meramente simultáneos y recíprocos), la norma de conflicto aplicable sería distinta.

(256) Algunos autores, sin embargo, valoran este precepto justamente en sentido contrario. Esto es, como prueba de que el problema de los testamentos mancomunados es una cuestión de forma, y no de fondo. Así, en base al inciso final del artículo 733 CC –“... aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado”–, entienden que eso, antes que confirmar las conclusiones a que hemos llegado en el texto (que estamos ante una cuestión de

Y así, sobre esa base no resulta entonces infundado entender que la solución sería otra si se modificara el artículo 669 CC para dar entrada a estos testamentos, teniendo entonces, por consecuencia, que reformularse ese otro precepto –el art. 733 CC– en el sentido correspondiente (257).

C) Hipótesis que se pueden plantear

Dicho lo anterior, es tiempo entonces de considerar las distintas hipótesis que en este sentido, y llegado el caso, se podrían plantear. Que son, básicamente, dos. Una primera, que de las personas que pretendan otorgar testamento mancomunado, a una le sea aplicable un Ordenamiento jurídico que sí lo permita, pero que el de la otra no lo admita. La segunda hipótesis es que los Ordenamientos aplicables a ambos otorgantes sí

fondo, para cuya resolución la norma de conflicto aplicable es la ley personal), lo que hace es respaldar la tesis contraria. Pues el significado de ese precepto, según esos autores, es el de venir a corregir la esfera espacial de aplicación de la norma que naturalmente le correspondería según la calificación de forma –la *lex loci*–, extendiendo el ámbito de aplicación de la prohibición de otorgar testamento mancomunado contenida en el artículo 669 CC fuera del territorio natural de aplicación de esta norma. En este sentido, entre otros, MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1987, tomo II, p. 537. Dicho lo cual, podemos apuntar también que algunos autores, como el propio MIAJA DE LA MUELA, plantean la hipótesis de que el artículo 733 CC haya sido derogado por la redacción dada al artículo 11.1 CC por la Ley de 1973 de modificación de su título preliminar. No entramos aquí nosotros, sin embargo, en esta cuestión.

(257) Esta misma idea –que la norma de conflicto viene dada por la *lex personae*– se refleja en los Derechos forales (no en el del País Vasco, cuya Ley de Derecho Civil Foral de 1992 no contiene ninguna previsión en este sentido), en normas específicamente referidas además a testamentos mancomunados. Así, la Ley 200 del Fuero Nuevo navarro dice: “Ley personal.– Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero”. El artículo 102.1 de la Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte de 1999, por su parte, dice que “Los aragoneses... pueden testar de mancomún aun fuera de Aragón”. Y el artículo 188 de la Ley 2/2006 de Galicia, que dice que “los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella”. Preceptos, éstos, que aunque posiblemente sean inconstitucionales por invadir competencias exclusivas del Estado, reflejan la misma idea dicha. Decimos que posiblemente sean inconstitucionales porque la competencia para dictar normas relativas a conflictos de leyes –de ámbito internacional o, dentro de España, inter-regional– está reservada en exclusiva al Estado por la Constitución: artículo 149.1.8.º Así lo afirmaba, ya en relación con el artículo 94.1 de la Compilación de Derecho aragonés de 1967, MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 105. Y lo mismo, en relación con el artículo 137 de la hoy ya no vigente Ley gallega 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, REQUEJO ISIDRO: *op. cit.*, pp. 1032 y ss. Aunque, como también afirma esta última autora, su eventual declaración de inconstitucionalidad no cambiaría el sentido de la regulación aplicable, pues aplicando las normas del Código Civil se llega al mismo resultado. Porque, al tratarse de una cuestión de fondo, la norma de conflicto cuya aplicación dispone el Código Civil es la ley personal de los otorgantes. La cual, en el ámbito del Derecho inter-regional español, viene dada por la vecindad civil. De donde resulta que, también por esta vía, serán los preceptos del Ordenamiento foral que sea los que se apliquen.

permitan este modo de testar, pero aplicándole cada uno de ellos un régimen distinto. ¿Qué podemos decir a ese respecto?

En el primer supuesto, la respuesta es clara y no ofrece discusión: no cabrá otorgar este tipo de testamento. Pues para que tal cosa sea posible es preciso, cuando menos, que las leyes personales de ambos testadores lo permitan (258).

Distintas son, sin embargo, las cosas en el segundo supuesto. Aquí el problema se desplaza, de la discusión en torno a la posibilidad o imposibilidad de su otorgamiento, a la determinación del régimen aplicable a ese testamento. En particular, se han de resolver cuestiones tales como la forma que han de adoptar esos testamentos, su régimen de revocación, o el régimen aplicable a los actos de disposición *inter vivos* que los sujetos puedan realizar después de haber otorgado uno de estos testamentos. Lo cual es importante, pues el régimen concreto aplicable es cosa que, en la práctica, puede resultar decisiva en este sentido.

A este respecto, la solución que proponen algunos autores pasa por aplicar cumulativamente las normas y requisitos de los dos Ordenamientos en presencia (uno de cada uno de los otorgantes), o por aplicar, de los dos, aquél que tenga un régimen más estricto (259).

No nos convencen a nosotros, sin embargo, esas soluciones. Pues, aparte de que en la práctica pueden ser difíciles de aplicar —por las dificultades para acumular ambos regímenes, o para determinar cuál sea el más estricto—, lo que las mismas suponen en realidad no es, ni más ni menos, que tratar de resolver prescindiendo de las enseñanzas y de las técnicas que a lo largo del tiempo han ido cristalizando en Derecho internacional privado, sustituyéndolas, sin más, por una solución simplista (que no simple). Lo que a nuestro entender no está justificado en el caso, ni puede desembocar en buenos resultados.

Nos encontramos aquí, en efecto, ante un caso que cae claramente dentro del ámbito de la disciplina dicha: negocio jurídico otorgado por dos sujetos, cada uno de los cuales proporciona, por razón de su ley personal, una regulación distinta al mismo (aunque ambas admitan su otor-

(258) El cambio sobrevenido en los puntos de conexión que permitieron en su momento a dos personas otorgar testamento mancomunado, pasando posteriormente a otras conexiones que no lo permitan, no sería obstáculo en este sentido, ex artículo 9.8 CC. En este punto conviene destacar que el Código Civil, en su artículo 9.8, contempla una doble conexión. En efecto, este precepto establece que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento... Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento... ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión...”.

(259) Así, GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 730; MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 106, y REQUEJO ISIDRO: *op. cit.*, p. 1047.

gamiento). Y siendo eso así, la respuesta a esta cuestión ha de pasar, a nuestro entender, por aplicar los principios y las técnicas del Derecho internacional (o inter-regional) privado.

Lo cual conlleva distinguir entre cuestiones de forma y cuestiones de fondo.

El tema de la forma –forma del testamento, testigos que han de intervenir, capacidad de éstos, etc.– entendemos que debe resolverse en coherencia con su naturaleza. Lo que hoy pasa por aplicar lo dispuesto a ese respecto en el Convenio de La Haya de 5-10-1961, ratificado por España en 1988 (260), cuando el caso sea de Derecho internacional privado; o por aplicar lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Código Civil, cuando el caso sea de Derecho inter-regional español (ex art. 16 CC). Lo que se traduce en el establecimiento de una pluralidad de puntos de conexión alternativos (261). Lo cual redundará, en última instancia, en un claro favorecimiento de la validez de esos testamentos (262).

(260) *Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias*, ratificado por Instrumento de 16-3-1988 (BOE de 17-8-1988).

(261) Así, el citado Convenio, en su artículo 1, establece que una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna: a) del lugar en que el testador hizo la disposición; b) de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que hizo la disposición o en el de su fallecimiento; c) del lugar en que tenía su domicilio, sea en el momento en que hizo la disposición o en el de su fallecimiento; d) del lugar en que tenía su residencia habitual, sea en el momento en que hizo la disposición o en el de su fallecimiento; o e) respecto de inmuebles, la forma del lugar en que estén situados. Dicho lo cual, hay que apuntar aquí que, según su artículo 4, este Convenio se aplicará también “a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas”. El Código Civil, por su parte (art. 11), establece que las formas de los testamentos se registrarán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, añade, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o a la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos relativos a inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.

(262) En este punto, no entendemos la rotundidad de la afirmación que hace GARCÍA-GRANERO cuando dice (*op. cit.*, p. 764) que “aun cuando el testamento ológrafo sea común y de aplicación general en toda España, no podrá ser utilizado como forma del testamento navarro de hermandad, pues se halla expresamente excluida por el Fuero Nuevo (Ley 199)”. Y no lo entendemos porque, dado que se trata únicamente de una cuestión de forma, la norma que debe aplicarse –el propio GRACÍA-GRANERO ha reconocido esto antes– es la del lugar del otorgamiento (*locus regit actum*), aunque ello pueda suponer que el testamento en cuestión otorgado por navarros se otorgue, fuera de Navarra, de una forma que si se hubiera otorgado en territorio navarro no se hubiera podido emplear. Esa afirmación puede tal vez ser aplicable a nivel interno de España, por imperativo del artículo 11.2 CC, pero no a nivel internacional (arts. 5, 10 y 11 del Convenio de La Haya de 1961, al que España no ha hecho ninguna reserva en este sentido). Así lo entiende también ZABALO ESCUDERO: *op. cit.*, pp. 6369-6370. En este mismo sentido, apunta REQUEJO ISIDRO (*op. cit.*, p. 1045) que, puesto que la forma no es sino vehículo de manifestación de las voluntades negociales, “no parecen existir *a priori* inconvenientes en

En cuanto a los temas de fondo –posibilidades de revocación de esos testamentos, o de realizar los testadores actos de disposición *inter vivos*, etcétera–, la solución pasa, a nuestro entender, porque los legisladores fijen la norma material directamente aplicable a esos temas, o –como de hecho será lo normal– porque fijen los puntos de conexión que en este sentido estimen pertinentes (lo que llevará, aunque indirectamente, a la aplicación de un régimen u otro, en función de cuál sea la conexión elegida) (263). Esto no está hecho hoy, y sería necesario hacerlo.

Aunque también cabría –de hecho, así lo proponen algunos autores– que la norma dejara la fijación de ese régimen de fondo en manos de los propios otorgantes, a su libre y voluntaria decisión. A lo cual tal vez no haya nada que objetar en el terreno de la teoría (264). Solamente indicamos que deberían entonces adoptarse las prevenciones necesarias para que, en la práctica, la elección del régimen en cuestión se llevara a cabo con plena conciencia y conocimiento de causa.

D) Ley del Testamento y Ley de la Sucesión

Para terminar este capítulo, no queda aquí sino apuntar la diferencia que existe, y que debe tenerse clara, entre la ley aplicable al testamento y la ley aplicable al contenido de la sucesión. Pues aunque ambas sean

la escisión de los elementos formal y sustancial del acto, a efectos de su consideración por normas de conflicto diferentes. (...) ello es así, no tanto porque la Ley de la Sucesión ignore o se despreocupe de la forma de la sucesión... como porque será frecuente que la forma extranjera y la prevista por la Ley de la Sucesión sean tenidas por equivalentes en su función de comunicación de la voluntad; el acto internacional –dice la autora–, precisamente porque es internacional, y no interno, puede descomponerse y reconstruirse con piezas procedentes de diversos Ordenamientos (por ejemplo, con la forma prevista por la ley local, en lugar de la prevista en la ley que rige el fondo de la sucesión), siempre y cuando el resultado sea coherente”. También, aunque de forma dubitativa y no decidida, AFONSO: *op. cit.*, nota 143.

(263) El cambio, sobrevenido *a posteriori*, en los puntos de conexión de los testadores, entendemos sin embargo que no debe repercutir en el régimen aplicable a los testamentos ya otorgados (v. gr., a efectos de la posibilidad y forma de su revocación). Así lo dispone explícitamente la Ley 201, párrafo último, del Fuero Nuevo navarro, y lo destaca GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 839 y ss.). Como dice ZABALO ESCUDERO (*op. cit.*, pp. 6368-6369), “el criterio que aporta una solución más lógica a estos problemas es el de que la revocación del testamento conjunto, en cuanto que afecta a la validez del mismo, debe regularse por la misma ley que ha determinado su validez en cuanto al fondo, de manera que un cambio ulterior en la conexión que determine la ley aplicable no debe afectar ni a la validez del testamento... ni a las condiciones de revocación”. Pues lo contrario posibilitaría el fraude de ley.

(264) En contra, REQUEJO ISIDRO (*op. cit.*, pp. 1047-1048), en base a que estas cuestiones de fondo están, en la situación actual de nuestro Ordenamiento, sometidos a la ley personal como resultado de una calificación sucesoria hecha por la ley, no por decisión de los particulares.

cuestiones de fondo, son distintas, ya que la primera se ocupa de regular estos testamentos desde la perspectiva de su consideración como instrumentos a través de los cuales se puede deferir una sucesión *mortis causa*, mientras que la segunda se ocupa del contenido material de esa sucesión y de sus límites (legítimas, reservas, sustituciones vulgares o fideicomisarias, etc.).

En este capítulo del trabajo, nosotros nos hemos ocupado de la primera cuestión apuntada, esto es, de la posibilidad de otorgar testamentos mancomunados, y del régimen aplicable a los mismos, cuando los otorgantes pertenezcan a Ordenamientos jurídicos distintos.

El régimen de fondo de la sucesión, como ya hemos dicho, es cosa distinta, a la que nada afecta el modo a través del cual se defiera la misma. Por ello, la solución en este tema será también distinta. No hemos nosotros entrado en ello en este punto, ni queremos hacerlo. Solamente apuntamos que el artículo 9.8 CC dispone en este sentido que cada testador estará sometido a su ley propia (265).

**VII. SOBRE LA OPERATIVIDAD PRÁCTICA REAL
QUE TENDRÍAN LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS
EN DERECHO CIVIL COMÚN, SI SE ADMITIERAN.
REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE
LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS Y EL RÉGIMEN
DE LIBERTAD DISPOSITIVA *MORTIS CAUSA***

Llegados aquí, y como último punto a considerar en este estudio, creemos conveniente hacer algunas reflexiones sobre la operatividad práctica (o su falta) que tendría una eventual reforma del Código Civil en el sentido de admitir los testamentos mancomunados, si esa reforma se hiciera por sí sola y sin más.

No se trata aquí de volver sobre aspectos que ya han quedado vistos en los puntos anteriores, sino de plantearnos la operatividad que esa reforma tendría, desde el punto de vista real. Pues es cosa de todos conocida, que figuras que desde un punto de vista técnico-jurídico son posibles y están positivamente admitidas, no siempre tienen luego, sin embargo, aplicación en la realidad viva.

(265) Así también ZABALO ESCUDERO: *op. cit.*, p. 6363.

Se trata, ahora bien, de una cuestión que no se puede resolver contemplando la figura de forma aislada y como prueba de laboratorio, sino que ha de hacerse enfocándola desde una perspectiva socioeconómica, y conectándola además con otros factores dentro del conjunto del sistema sucesorio.

Dicho lo anterior, podemos apuntar entonces que estas reflexiones nos parecen convenientes, además, porque en algunos de los autores que han estudiado los testamentos mancomunados advertimos en este punto una mezcla confusa de cuestiones que, aunque relacionadas, son sin embargo distintas, y se deben por ello separar.

En concreto, esa mezcla a que hacemos referencia la vemos cuando, ante la pregunta de cuál es la virtualidad real de estos testamentos, se dice que “la respuesta nos la ofrece la praxis (...): los cónyuges plantean testar los dos conjuntamente para con ello instituirse recíprocamente herederos y al mismo tiempo, formando un cúmulo con todos sus bienes, tanto privativos como comunes, disponer de los mismos a favor de los hijos” (266). “Este arraigo y consolidación consuetudinaria del testamento mancomunado se aprecia sobre todo –se dice también– en la práctica notarial, cuyos testimonios ofrecen diversos notarios que describen esa realidad tan cotidiana del matrimonio, o testadores casados que en distintos contextos geográficos, culturales e históricos acuden a la notaría diciendo «queremos lo del uno para el otro, y lo de los dos, para los hijos»” (267). Y a lo dicho se añade que, “no obstante el largo tiempo transcurrido desde el año 1889, en que el Código Civil fue publicado, toda la carga de prejuicios y de lugares comunes (...) no ha sido suficiente para erradicar la aspiración popular –especialmente sentida entre los cónyuges– de ordenar conjuntamente, en un solo y mismo acto, la sucesión *mortis causa* de ambos, mediante la integración de todos sus bienes en un solo cúmulo o patrimonio” (268). “Del testamento mancomunado –se ha dicho también– puede predicarse que es un régimen del patrimonio familiar ordenado para el futuro” (269).

La expuesta en el párrafo anterior a través de las frases transcritas es una idea común entre los autores que se muestran favorables a los testa-

(266) AFONSO: *op. cit.*, p. 435. “Esta forma de testar –apunta luego en pp. 434 y 442– permite a los cónyuges regular sus asuntos, para el caso de muerte, por medio de una disposición común, de acuerdo con la esencia del matrimonio.”

(267) AFONSO: *op. cit.*, p. 355 (también en pp. 400-401). En el mismo sentido, CASTIELLA: *op. cit.*, p. 36, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ: “Jurisprudencia de la DGRN ante testamentos unipersonales de cónyuges de vecindad civil común que pretenden los efectos de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia 2006, pp. 299-303.

(268) GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 631.

(269) LORENTE: *op. cit.*, pp. 45-46.

mentos mancomunados, que proceden sobre la premisa de que entre testamento mancomunado y matrimonio hay una íntima conexión.

Pero, además de la dicha, es preciso aquí destacar la idea que también se ha formulado, de que “esta posibilidad de disposición conjunta y coordinada es la única que permite resolver satisfactoriamente algunos problemas sucesorios que no encuentran solución en el régimen del Código Civil” (270).

En concreto, esas ventajas a que se ha hecho alusión, como inherentes o aparejadas a los testamentos mancomunados, se compendian del modo siguiente (271):

a) Los testamentos mancomunados permiten la adopción conjunta de medidas protectoras de los hijos menores o incapacitados, o de sus patrimonios. Tales como, por ejemplo, el nombramiento de un tutor único, o el establecimiento de un régimen especial de administración (tutela real) respecto de los bienes dejados a menores, a incapacitados o, en general, a personas que requieran una especial defensa o protección. Siendo así que, según se dice, la plena eficacia de estas disposiciones “sólo será posible mediante una ordenación [testamentaria] conforme de ambos padres, la cual ofrezca, además, garantía de estabilidad y firmeza” (272).

b) Permiten que los cónyuges puedan hacer la partición de herencia, en vida de ambos y conjuntamente. Esto, se dice, tiene perfecta solución en aquellos Ordenamientos que permiten la utilización de negocios conjuntos de disposición *mortis causa* (pactos sucesorios o testamentos mancomunados), pero carece de solución hábil en el ámbito del Código Civil.

c) Permiten asegurar la eficacia de las disposiciones *mortis causa* (se piensa, especialmente, en legados) que hagan los cónyuges sobre bienes comunes de ambos. Pues aunque esos bienes sean propiedad de los dos, al tratarse de una disposición realizada por ellos conjuntamente se asegura su eficacia, con independencia de cuál sea el resultado de la liquidación de la sociedad conyugal. Para demostración de lo cual se acude a la Ley 251 del Fuero Nuevo navarro, de la que se dice que “fácilmente [ha] podido dar exacta y cumplida solución al legado de bienes de conquista conjuntamente ordenado por marido y mujer” (273).

(270) CASTIELLA: *op. cit.*, p. 45. También GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 690.

(271) GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 690 y ss. Las hacen suyas CASTIELLA (*op. cit.*, pp. 45-46) y AFONSO (*op. cit.*, p. 442).

(272) GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 690.

(273) GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 691. La Ley 251 del Fuero Nuevo dice así: “En el legado de bienes de conquista, cuando un cónyuge los legue a favor del otro, o ambos conjuntamente a favor de tercera persona, se entenderá que cada uno lega la mitad del objeto legado. / Cuando uno de los cónyuges, separadamente, legue a tercera persona el objeto entero, será

d) Permiten formar un solo cúmulo o masa hereditaria, integrado tanto por los bienes comunes de los cónyuges como por los privativos de cada uno de ellos, con cargo al cual podrán los cónyuges testadores hacer conjuntamente todas las disposiciones testamentarias que deseen, sean cuales fueren el origen y pertenencia de esos bienes. Así, se dice, los cónyuges pueden hacer una ordenación total y simultánea de las distintas situaciones personales y familiares, ordenando disposiciones orientadas a la continuación de empresas agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales; a la vinculación del patrimonio en la familia; a la colocación de los hijos; a garantizar los estudios pendientes; a asegurar el porvenir de los hijos discapacitados o minusválidos, etc.

Las anteriores son, resumidamente, las ventajas que la utilización de testamentos mancomunados se piensa lleva aparejada. Dicho lo cual, puesto que nuestro objetivo en este último punto del trabajo es reflexionar sobre la utilización real que estos testamentos tendrían en Derecho civil común si se admitieran, parece un buen camino para ello examinar esas ventajas. Pues si efectivamente son ciertas, ello nos permitirá augurar fundadamente un empleo ordinario y frecuente de estos testamentos.

Y así, una vez han sido expuestas las ventajas que estos testamentos se dice conllevan, y los problemas que –también según se dice– solucionan, es tiempo entonces de que nos preguntemos si efectivamente las cosas son como se pretenden.

La respuesta a tal pregunta, ahora bien, a nuestro juicio tiene que ser negativa, al menos si no se hacen a la misma una serie de precisiones, tan importantes y trascendentes, que las ventajas pretendidas, y por consecuencia la tesis dicha, se verían sustancialmente alteradas.

Para evidenciarlo, procedemos a continuación a valorar críticamente esas “ventajas”, siguiendo el mismo orden en que las hemos expuesto.

a) A la considerada en el correlativo –que estos testamentos son instrumentos idóneos para que los padres puedan adoptar medidas tuitivas de los hijos menores o incapacitados– contestamos, de entrada, que el nombramiento de tutor a esas personas, o de administrador de los bienes de que los mismos sean titulares, no son propiamente disposiciones de carácter sucesorio. Por lo que, aunque el testamento mancomunado sea negocio susceptible de acogerlas, su utilidad no puede calibrarse en función de ellas, que además pueden recogerse también en otros moldes jurídicos.

válido el legado en su totalidad; pero, en cuanto a lo que en la liquidación de la sociedad de conquistas no fuere adjudicado a la herencia del causante, el efecto será meramente personal, como si fuere legado válido de cosa ajena”.

Y a lo dicho puede añadirse, para relativizar aún más el valor de la “ventaja” ahora considerada, que tal designación conjunta, al hacerse en testamento mancomunado, podría hacer pensar que debe implicar una cierta vinculación mutua, de quienes así dispusieron, con respecto a tal determinación, de modo semejante a lo que ocurre con las disposiciones propiamente testamentarias que son mancomunadas y correspectivas. Y sin embargo no parece que deba ser así, pues ¿qué ocurrirá si luego cambia, a juicio de uno solo de los padres, la idoneidad del designado –lo que puede suceder viviendo ambos progenitores, o ya uno solo–? ¿Acaso no podrá el padre cuya valoración haya cambiado, modificar, libremente y sin trabas de ningún tipo, su designación? Sin duda que sí, pues aquí el criterio fundamental es el interés de los hijos.

Y entonces, ¿qué ventaja sustancial reporta esa designación hecha de forma conjunta y en un mismo testamento, con respecto a las designaciones que se hagan en el mismo sentido por los dos progenitores, pero cada una en documento separado? Realmente, ninguna. Lo que es lógico, y no puede sorprender, por cuanto que, como ya hemos dicho, ésta no es una cuestión propiamente testamentaria (aunque tenga cabida en el testamento como documento). Lo que es importante, y será sin duda tenido en cuenta por el juez (aunque no sea determinante, pues al final es éste el que ha de decidir), es la coincidencia de los pareceres en este sentido de los dos progenitores, pero no el molde jurídico en que los mismos se recojan. No cabe, por tanto, presentar esto como una ventaja específica que se derive de la utilización de testamentos mancomunados.

b) A la “ventaja” planteada en la letra correspondiente –que los testamentos mancomunados posibilitan que los cónyuges puedan hacer, en vida de ambos y de forma conjunta, la partición de la herencia– podemos contestar que la consecución del fin pretendido no puede admitirse como cosa válida, al menos sin matizaciones.

Pues, en cuanto a la comunidad económica conyugal, los cónyuges ciertamente pueden realizar ellos mismos, por acto voluntario y en vida de ambos, su división material, ya sea con efecto inmediato, siguiendo luego su vida económica en régimen de separación, ya sea con efectos postpuestos al tiempo en que el primero de ellos muera (aunque esto en la práctica puede suponer dificultades, si en el intervalo que media entre un momento y otro cambian los bienes). Y hay que admitir como posible que tal división pudieran hacerla al otorgar testamento mancomunado, que podría efectivamente ser molde hábil para recoger las voluntades de los cónyuges en ese sentido.

Con esto, ahora bien, no está dicho todo, pues para fijar las cosas en sus debidos términos hay que hacer dos precisiones.

La primera es para poner de relieve que, aunque saber cuáles son los bienes concretos de los que uno puede disponer —en parte, por haber liquidado previamente la comunidad económica conyugal que en el caso exista— sea factor que pueda incidir en la operatividad práctica que el testamento mancomunado tenga, y aunque el testamento mancomunado sea molde en que se pueda recoger esa liquidación y división de la comunidad conyugal, en todo caso hay que tener presente que este testamento no es medio específico para tal cosa, pues ésta es cuestión previa, con respecto a la cual el juego del testamento (mancomunado o no) es posterior. Y, por tanto, que no cabe presentarla como ventaja inherente a los testamentos mancomunados, que favorecería su utilización real.

La segunda precisión —la más importante— se orienta a poner de relieve la necesidad de distinguir en este tema entre partición de la comunidad económica conyugal y partición de las herencias de cada uno de los cónyuges. La división de la comunidad conyugal ya hemos dicho que pueden hacerla los cónyuges conjuntamente y recogerla en el molde del testamento mancomunado. Pero la partición de la herencia es cosa distinta, y no puede ser hecha de forma conjunta por los cónyuges testadores. Será cada testador el que, de forma individual, pueda hacer la partición de su herencia, pues cada uno es dueño sólo de sus bienes (entre los cuales estarán los resultantes de la división de la comunidad conyugal), y sólo de ellos puede por tanto disponer *mortis causa* y en su caso realizar la partición.

Lo que no impide que esa partición pueda hacerla cada uno en atención y de forma vinculada a la que haga el otro, mediante disposiciones correspondientes en ese sentido. Pero estas son cuestiones distintas. Una cosa es que la partición de una herencia pueda ser hecha por el causante de la misma en un testamento mancomunado y mediante disposiciones correspondientes, y otra que esa partición se haga de forma conjunta entre quien es causante de la misma y quien no lo es.

Esto último no es posible, y es lo que aquí hay que dejar claramente establecido (274).

(274) Es reseñable, en este sentido, el caso que terminó desembocando en la STS de 21-12-1988, en el que, aunque no se trataba de un testamento mancomunado, sino de dos testamentos individuales sucesivos y paralelos, encontramos razonamientos perfectamente trasladables a nuestro caso. El supuesto era el siguiente. Unos cónyuges habían otorgado, el mismo día y ante el mismo notario, sus respectivos testamentos, siendo sus disposiciones de contenido exactamente igual (cláusula 5.^a): que la casa núm... se adjudique por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco, y a su hija Araceli la estacada de olivar. Esos bienes eran los únicos que tenían y ambos eran de carácter ganancial. Tiempo después la madre murió, pero no se liquidó la sociedad de gananciales, manteniéndose la situación hasta la muerte del padre. Llegado este momento, los tres hijos nombraron de común acuerdo un contador, el cual hizo la partición adjudicando el olivar a la hija, la casa a uno de los hijos en plena propiedad, y al otro hijo

c) En relación con la posibilidad –que fue expuesta en la letra correlativa– de asegurar la eficacia de la disposición sucesoria de cosa ganancial, si ésta se ordena por ambos cónyuges en testamento mancomunado, hay que decir, de entrada, que dentro del Derecho civil común tal pretensión no se ve especialmente acogida hoy a nivel positivo. Pues el artículo 1.380 CC establece en este sentido que “la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuese adjudicado [al tiempo de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales] a la herencia del testador”, pero que “en caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento”.

Y en todo caso, que el resultado pretendido no es cosa que dependa propiamente de que los testamentos mancomunados sean admitidos. Pues éstos son un negocio hábil para formular las voluntades sucesorias conjuntas de dos personas, pero no determinan el contenido posible de las mismas.

Así pues, aun reconociendo que, llegado el caso, los testamentos mancomunados serían molde adecuado en que manifestar esa pretensión o esa

un crédito contra su hermano por importe de la mitad del valor de la casa. Esto es lo que da lugar al litigio, al no aceptar eso uno de los hijos (aquél al que se adjudicó toda la casa), pidiendo que se declarara no ajustada a Derecho la citada partición hecha por el contador. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, sobre la base de que ya existía partición testamentaria de todos los bienes relictos. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la anterior sentencia, al considerar que, puesto que los bienes en cuestión eran gananciales, lo que procedía era, al tiempo de fallecer la madre, haber practicado liquidación de la sociedad, para así poder saber cuáles eran los bienes que pertenecían a cada cónyuge, pues sólo de ellos podían cada uno de ellos haber dispuesto por testamento. Por todo lo cual –afirmó la Audiencia–, si no podía declararse nula *a priori* la cláusula 5.^a antes referida, sí había de supeditarse su eficacia, limitándola a los bienes de que cada uno de los testadores pudiera disponer, para lo cual se precisaba previa liquidación de la comunidad ganancial. Sobre esa base, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y ordenó que se practicara nueva partición, siguiendo los pasos dichos. El TS, por su parte, casó a su vez la sentencia de la Audiencia y ratificó la del Juzgado, aduciendo una doble razón. Una, que la Audiencia incurre en incongruencia, ya que entra a resolver sobre cuestiones no planteadas en el proceso (únicamente se había pedido se declarara ajustada o no a Derecho la partición hecha por el contador). Y otra, que “si bien es cierto que el testador no puede por sí solo practicar la división de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales, también lo que en el caso concreto aquí enjuiciado... los padres testadores..., mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos..., manifestaron su... voluntad de partir dichos bienes comunes... entre sus hijos, en la forma que expresan las totalmente iguales cláusulas quintas... de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta... y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, ... con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales”, por lo que el TS resolvió atribuyendo fuerza vinculante, ex artículo 1.056 CC, a lo dispuesto por los padres en cada uno de sus testamentos. Esto, ahora bien, creemos que no desvirtúa lo por nosotros dicho en el texto, pues si la solución dada por el TS puede ser correcta en este caso, es por las muy específicas circunstancias que en él concurren, y por razón de los términos en que el debate fue planteado. Pero, de no ser por esto, estimamos más acertada la postura sostenida por nosotros en el texto, coincidente en lo sustancial con lo dicho por la Audiencia.

voluntad, lo que hay que decir aquí es que tampoco es ésa, considerada en sí misma, una “ventaja” específica de los testamentos mancomunados que vaya a favorecer o a ser determinante de la utilización práctica real de los mismos.

d) Queda entonces ya sólo la última “ventaja”: que los testamentos mancomunados permiten formar un solo cúmulo o masa hereditaria, integrada tanto por los bienes comunes de los cónyuges como por los privativos de cada uno de ellos, con cargo a la cual pueden luego los cónyuges hacer conjuntamente las disposiciones testamentarias que quieran, con independencia del origen de esos bienes.

A la que se puede, sin embargo, responder que la premisa de la misma no es cierta, al menos si nos atenemos a la situación actual de nuestro Derecho civil común. Pues éste no contempla ni permite la formación de una masa hereditaria común a los dos cónyuges. La herencia, en nuestro Ordenamiento, se concreta en el caudal relicto que cada persona deja al tiempo de su muerte, y ese caudal, al igual que la muerte, es algo individual.

Ciertamente, si eso que se pretende fuera posible, la amplitud objetiva del poder de disposición por causa de muerte que tienen los sujetos sería mayor. Pero, repetimos, ésa no es la situación de nuestro Derecho actual. Y por tanto, la que ahora estamos viendo como “ventaja” práctica que se pretende deriva de la utilización de los testamentos mancomunados, no puede realmente considerarse como tal. Más aún, podría incluso decirse que tal efecto sería contrario a la operatividad de los testamentos mancomunados, pues éstos suponen que cada testador vincule sus disposiciones a las del otro, por decisión propia y libre. Y éste no sería sin embargo el caso si las cosas fueran comunes, pues para disponer de ellas tendrían todos los titulares que decidir conjuntamente, por la propia titularidad de los bienes.

Llegados a este punto, y una vez han sido expuestas y refutadas las “ventajas” prácticas que se pretenden son inherentes a los testamentos mancomunados, es oportuno entonces considerar la idea que al inicio de este punto dijimos es común entre muchos de los partidarios de esta figura.

Nos referimos a la idea que se expresa cuando se dice que los testamentos mancomunados son el vehículo idóneo para los cónyuges que quieren dejarse inicialmente todo el uno al otro, y luego, a la muerte del que sobreviva, que pase a los hijos. Resultado, éste, que además se presenta, y con apoyo en datos estadísticos, como voluntad generalizada entre todos los testadores casados (275).

(275) CASTIELLA: *op. cit.*, pp. 48-52. Recogen y hacen suyas esas estadísticas, como premisas de sus construcciones, AFONSO (*op. cit.*, pp. 401-403) y GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 632-634). Apunta la idea también TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 51.

Esta idea, aunque luego se le introduzcan variantes, constituye el principal argumento entre los varios que se aducen en pro de los testamentos mancomunados. Y sostiene, en esencia, que los testamentos mancomunados son el instrumento negocial idóneo para dar cauce a la voluntad general dicha de los testadores casados (276).

Esta idea, sin embargo, a nuestro entender no es aceptable. Y no lo es por la confusión –posiblemente inconsciente, pensamos– que en ella subyace. Pues lo que en tal planteamiento se destaca verdaderamente no es la utilidad práctica que los testamentos mancomunados, considerados en sí mismos, tendrían en el estado actual de nuestro Ordenamiento, sino la operatividad que tendrían –sin duda, mucho mayor– si los cónyuges tuvieran plena libertad, o al menos mayor de la que ahora tienen, para disponer *mortis causa* de sus bienes.

Pero la idea expuesta, repetimos, incurre en confusión en este punto. Pues lo que con ella se destaca no es un efecto propio y específico de los testamentos mancomunados. Lo que con esa idea se pretende es algo que atañe al régimen de legítimas y al ámbito de libertad dispositiva por causa de muerte que existe hoy en nuestro Ordenamiento (277). Que sin embargo es el que es, y no permite esa plena libertad dispositiva que se dice, si tomamos como referencia el caso que se nos presenta como típico en este sentido –testadores cónyuges con hijos.

En efecto, de lo que realmente se trata, cuando se expone esta idea o se habla de esta pretendida ventaja, es de la amplitud objetiva que debe (o debería) tener el poder de los sujetos para disponer de sus bienes por causa de muerte, o de cuáles deben (o deberían) ser los límites a su libertad dispositiva en este sentido. Que es tema de siempre, y que en los últimos tiempos está además volviendo a replantearse con fuerza en la doctrina, pero en todo caso distinto del de los testamentos mancomunados. Le afecta, sin duda, pero es tema distinto, y no puede por tanto pretenderse vincular uno a otro, ni promoverse uno con argumentos traídos del otro.

A la vista de lo dicho, concluimos entonces que la idea expuesta, y por tanto la utilidad que por esta razón se pretende proporcionar los testamentos mancomunados, no es atendible.

No obstante lo cual –que efectivamente pensamos es así, y que nos lleva por tanto a la conclusión dicha–, un dato que no podemos ni que-

(276) AFONSO: *op. cit.*, p. 434.

(277) Esto se evidencia, además, cuando al tratar este tema se exponen y desarrollan las diversas fórmulas que ordinariamente se arbitran –según se dice– para obviar la prohibición (de los testamentos mancomunados, según parece desprenderse de lo que se dice y del contexto en que se dice). Fórmulas, ésas, que son: la previsión contenida en el artículo 820.3 CC, el inciso final del artículo 813 CC y la cautela socini. *Vid.* AFONSO (*op. cit.*, pp. 405-406 y 436-440) y CASTIELLA (*op. cit.*, pp. 48-52).

remos dejar de reconocer es la conexión que subyace, en el planteamiento de todos los autores que militan en la idea que estamos considerando, entre una cuestión –la mayor o menor libertad dispositiva por causa de muerte que tengan los sujetos– y otra –la operatividad práctica de los testamentos mancomunados.

¿Pudiera ser, nos preguntamos entonces nosotros, que aunque en el plano teórico sean cuestiones distintas, en la práctica la operatividad de los testamentos mancomunados vaya ligada a la medida de la libertad que para disponer por causa de muerte tengan los sujetos?

El examen de cuál sea la medida de libertad dispositiva *mortis causa* que se reconoce a los sujetos, en los Ordenamientos de nuestro entorno que admiten los testamentos mancomunados, resulta aquí fundamental. Y así, encontramos lo siguiente.

En Navarra, la libertad dispositiva de los causantes es prácticamente total. Pues el Fuero Nuevo –que en este punto no innova, sino que sigue la regulación anterior–, si bien considera legitimarios a los hijos, y en su defecto a sus respectivos descendientes de grado más próximo (Ley 268), en todo caso no da a esa legítima un contenido material o patrimonial, sino meramente formal (278). “La legítima Navarra –dice la Ley 267 del Fuero Nuevo– consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles, y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles”. Que es la fórmula legal de apartamiento de la sucesión con la que se establece lo que antes hemos dicho (con terminología además traída de otros tiempos).

En Aragón, la libertad dispositiva por causa de muerte reconocida a los sujetos no es tanta como en Navarra, pero aun así es muy amplia. Para evidenciarlo, hacemos a continuación un breve repaso de la regulación habida en este punto en los últimos años. Así, en el Apéndice de 1925 (art. 30) vemos que se reconocía como legitimarios a los descendientes, a los que se atribuía una legítima material de dos tercios del caudal hereditario. Pero era una legítima colectiva, no individual, de modo que los legitimarios, en caso de ser varios, no tenían derecho, a título individual, a legítima material, sino que el causante, dentro del círculo de sus descendientes, podía disponer de esa legítima material como quisiera, esto es, atribuyéndola a todos por igual, o a todos o a varios pero por desiguales partes, o a uno solo (es decir, igual que en Derecho civil común puede el causante hacer con la mejora). Esta situación se mantuvo sustancialmente

(278) El carácter formal, no material, de la legítima en Navarra, aunque posiblemente sea anterior, en todo caso está claramente fijado desde las Cortes de Pamplona de 1688 (Ley 14). Sobre todo esto, *vid.* NAGORE YÁRNOZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXVII-2.º, Edersa, 2001, pp. 164 y ss.

igual en la Compilación de 1967 (arts. 119 y 120), en la que únicamente se precisaba que los legitimarios que no resultaran favorecidos materialmente, al menos habían de ser nombrados en el testamento. Y la reforma de esa Compilación, por obra de la Ley 3/1985, mantuvo esa regulación prácticamente inalterada en este punto (art. 27). Hasta la llegada de la Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte, que sí ha introducido cambios, pero en el sentido de ampliar las posibilidades dispositivas de los causantes. Pues esta Ley (art. 171) mantiene la consideración de la legítima como legítima material colectiva, pero disminuye la medida de la misma, que de dos tercios del caudal hereditario pasa a ser la mitad.

En el País Vasco, y tomando como punto de partida la Ley 3/1992, que fue la que reintrodujo la posibilidad de los testamentos mancomunados, hay que distinguir:

En el Fuero de Vizcaya (arts. 53 y siguientes) existe una considerable libertad dispositiva, aunque menor que en los casos anteriores. Pues en él se establece que son legitimarios de primer orden los hijos y descendientes, con una legítima material de cuatro quintas partes de la totalidad de los bienes del testador, pero se establece también –art. 54– que, en caso de ser varios los legitimarios, el testador puede distribuir la legítima entre ellos como quiera. Aunque lo dicho ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de la aplicación de una de las instituciones forales vizcaínas más típicas en la materia: la troncalidad, cuyo régimen (arts. 17 y siguientes) supone un importante recorte al ámbito de libre disposición, ya que determina que el causante que sea titular de bienes raíces sólo puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros (hijos y descendientes, ascendientes de donde proceda la raíz, y colaterales de la línea paterna o materna de donde proceda la raíz).

En el Fuero de Guipúzcoa (arts. 153 y siguientes), la situación es muy distinta, no ya sólo a la de Navarra y Aragón, sino incluso a la del Fuero de Vizcaya. Pues el Fuero de Guipúzcoa en este tema se acomoda básicamente al régimen de legítimas del Código Civil, sin perjuicio de las particularidades que conlleva la posibilidad de adoptar disposiciones en pro de la ordenación indivisa del caserío y sus pertenecidos.

Y finalmente Galicia, cuya situación en este punto ha sido, al menos hasta hace poco, muy semejante a la que acabamos de decir. Pues la Ley 4/1995 –la que reintrodujo en ese Derecho foral el testamento mancomunado– seguía en todo (arts. 146 y siguientes), en cuanto al régimen de legítimas, al Código Civil. La recientemente promulgada Ley 2/2006, sin embargo, ha modificado esa situación, al establecer escuetamente (arts. 238 y 243) que los hijos y descendientes tienen derecho a legítima, que se cifra en una cuarta parte del valor del haber hereditario, y que se dividirá entre los hijos o sus linajes.

Ha quedado así, con lo anterior, compendiado en lo esencial el régimen de legítimas en los Derechos forales que dan hoy carta de naturaleza a los testamentos mancomunados (279).

Hecho lo cual, vemos un dato que destaca sobremanera en este punto. Y es que la operatividad práctica y real de los testamentos mancomunados se da, fundamentalmente, en aquellos Derechos que mayor libertad dispositiva *mortis causa* reconocen a los sujetos.

Así ocurre, destacadamente, en Navarra, pero también en Aragón (pues aunque en este Derecho existe legítima material, se trata de una legítima colectiva, de la cual el testador puede disponer como quiera –dentro del círculo de los legitimarios, es verdad, pero es que estadísticamente está comprobado que éste es el círculo en que normalmente se mueven las disposiciones de los cónyuges cuando tienen hijos, por lo que esto no supone realmente limitación en este sentido–; y además su cuantía ha ido disminuyendo con el paso del tiempo). Que son, precisamente, los Ordenamientos en que los testamentos mancomunados cuentan con una mayor tradición, y con un arraigo social y una utilización real fuera de toda duda (280).

El Fuero de Vizcaya, en cambio, supone un paso atrás. Porque en él, aunque la legítima sea también colectiva, su cuantía es muy grande –cuatro quintas partes de los bienes del testador–, y además está el régimen de troncalidad, que deja fuera del ámbito de libre disposición los bienes

(279) Dentro del régimen de legítimas, hemos atendido sólo a las de los descendientes, dejando a un lado, en aquellos casos en que existen, la de los ascendientes y la del cónyuge. La de los ascendientes, porque no es la hipótesis usual, ni la que se tiene en cuenta al tiempo de plantear la cuestión que aquí estamos viendo. Y la del cónyuge, por su carácter temporal y por tanto transitorio.

(280) La conexión dicha queda evidenciada en las siguientes palabras de GARCÍA-GRANERO: “Hay un hecho... –dice– que merece ser destacado: la *vis atractiva* que el Derecho foral de Navarra ejerce sobre todos aquellos que, procediendo de otras cualesquiera regiones de España, fijan su residencia permanente en tierras navarras. El aliciente de la plena libertad de disponer por causa de muerte y la posibilidad de ordenar conjuntamente la sucesión mediante testamento de hermandad, son causa determinante de que muchos de esos matrimonios inmigrantes gustosamente hagan uso de la facultad reconocida por el Código civil... para solicitar y obtener la vecindad civil navarra” (*op. cit.*, p. 695). A la vista de lo cual, y dejando ahora a un lado otras consideraciones sociológicas, el hecho que a nuestro juicio interesa sobre todo destacar aquí –y que GARCÍA-GRANERO creemos que no aprecia suficientemente, tal vez porque a él, que escribe fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho navarro, le resulta lo más natural–, es la conexión que él mismo pone de manifiesto entre utilización real del testamento mancomunado y libertad dispositiva *mortis causa*. De modo tal que aquél, sin ésta, se encuentra en un contexto absolutamente distinto y extraño; o, dicho de otra forma, que ésta es el campo en que aquél se mueve naturalmente. Estas mismas reflexiones se pueden aplicar a SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, quien propone, como modelo de testamento de hermandad, uno en el que a los legitimarios se les aparta con la fórmula antes dicha de mera atribución de la legítima formal (*op. cit.*, pp. 197-198).

normalmente más relevantes en términos económicos. Su operatividad práctica, de hecho, no es en absoluto comparable a la que tienen en Navarra y en Aragón (281).

Y finalmente tenemos el Fuero de Guipúzcoa y Derecho civil gallego –Ley 4/1995 (282)–, en los que las posibilidades de disponer *mortis causa* que tienen los sujetos no resisten la comparación con los Ordenamientos anteriores, ya que en este tema siguen básicamente el régimen del Código Civil. Pues bien, en estos dos Ordenamientos la operatividad real que tienen los verdaderos testamentos mancomunados es extraordinariamente reducida.

Abundando en este punto, pero cambiando por un momento de tercio, cabe apuntar que esta misma idea puede explicar el fracaso práctico habido por la Ley de 24 de diciembre de 1981, reguladora de las Explotaciones Familiares Agrarias, que, si bien permitía (art. 22) que los cónyuges otorgaran testamento mancomunado, circunscribía sin embargo tal posibilidad a un caso único y singular: ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria, nada más; ningún otro bien podía ser objeto de este negocio testamentario. Esta norma, en efecto, no tuvo aplicación real ninguna, hasta el extremo de que fue derogada, por falta de uso, por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (283). Pensamos, en línea con la idea que venimos exponiendo, que la razón dicha puede ser –entre otras– una explicación plausible de ese fracaso (284).

En todo caso, cerrando este inciso y retomando el hilo del discurso, hemos de precisar que con lo anterior no queremos decir que en los tres

(281) En este punto resultan extraordinariamente ilustradoras las palabras de GARCÍA-GRANERO, cuando dice que “respecto a los vizcaínos aforados... el testamento mancomunado o de hermandad, hoy día, y desde hace ya muchos años, es rarísimamente usado. Pienso –dice GARCÍA-GRANERO– que varias causas han podido contribuir a la degradación de este modo de testar. En su origen, la razón estribaría en los desafortunados términos en que tal institución era regulada en el Fuero de Vizcaya de 1527. (...) Además, la abolición llevada a cabo en 1959, por la Compilación de Vizcaya y Álava, ha debido contribuir al abandono y desarraigo del testamento de mancomún. El restablecimiento de la institución, por la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, no parece haya implicado un renacimiento... La razón es, sin duda, sustancial o de fondo: la sucesión forzosa en los bienes troncales, habiendo hijos o parientes tronqueros, impide a los cónyuges llevar a cabo lo que... constituye la auténtica voluntad de marido y mujer: instituirse herederos recíprocamente y en pleno dominio, con posterior llamamiento de residuo a favor de los hijos” (*op. cit.*, pp. 649-650).

(282) No consideramos aquí la Ley gallega 2/2006, pues su corto tiempo de vida impide apreciar sus eventuales efectos en este punto.

(283) En concreto, en la EM de esta Ley se lee en este punto lo siguiente: “Las modificaciones que se introducen... son debidas a que la presente Ley deroga la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, por no haber tenido apenas aplicabilidad”.

(284) Aunque no dicho tan claramente, esta idea nos parece que sobrevolaba ya en CUADRADO: *op. cit.*, p. 1108.

últimos Derechos forales vistos –de Vizcaya, de Guipúzcoa y de Galicia– no se usen en absoluto los testamentos mancomunados.

Lo que decimos es que su empleo difícilmente se hará con vistas a lograr el resultado aducido por los autores que antes veíamos –ampliar el ámbito de disposición por causa de muerte de los cónyuges testadores y permitirles dar cauce a su voluntad de dejarse inicialmente todo el uno al otro, y que luego, a la muerte del que sobreviva, pase a los hijos–. Pues, en los casos en que estadísticamente es más frecuente la utilización de testamentos mancomunados –matrimonios con hijos–, las normas de fondo que en esos Derechos fijan estas cuestiones no lo permiten, ya que cada testador ha de hacer sus atribuciones teniendo en cuenta el régimen de legítimas y su intangibilidad.

Pues bien, lo que acabamos de exponer creemos que vale igualmente, o valdría, para el Derecho civil común.

Y que ello, además, no se vería desvirtuado por las posibilidades, no tan amplias como en otros Ordenamientos pero aun así ciertas, que nuestro Código Civil concede a los padres con hijos.

Nos referimos aquí a que, exceptuado el tercio de legítima estricta, de los otros dos tercios sí pueden esos testadores disponer, con total libertad –tercio libre– o con alguna libertad –el tercio de mejora, dentro del círculo de sus hijos legitimarios, pero, como normalmente los destinatarios de los bienes de los padres son sus hijos, esto no supone, realmente, una limitación en este sentido.

Y nos referimos asimismo a los artículos 841 y 1.056,2 CC, que también ofrecen posibilidades que permiten una cierta ampliación de las facultades dispositivas en este sentido. En efecto, sin perjuicio de que estas previsiones no sean absolutas (285), no es menos cierto que amplían las posibilidades dispositivas al tiempo de ordenar la sucesión por causa de muerte. Es verdad, advertimos de nuevo, que son posibilidades que operan fundamentalmente dentro del círculo de los hijos legitimarios. Pero –también lo hemos dicho ya–, como lo usual es que los destinatarios de los bienes de los padres sean sus hijos, esto, en la práctica, no supone realmente una limitación.

A la vista de lo cual tenemos que, aunque tal vez no con la suficiente amplitud, esas posibilidades dispositivas están ahí. Y que, si los padres hicieran uso de ellas, las disposiciones resultantes de cada testador podrían entonces vincularse a las que el otro hiciera, dando a unas y otras

(285) Para su operatividad existen diversas dificultades, v. gr., si el legitimario beneficiado con tal atribución en especie no puede conseguir el dinero en efectivo necesario para pagar a los otros legitimarios, o si no existen razones empresariales o familiares para mantener indivisa una empresa o una explotación.

carácter correspectivo. Cabría así, por ejemplo, que uno de los progenitores dejara determinados bienes suyos (considerados de modo específico) a uno de sus hijos, vinculando esas disposiciones a que el otro progenitor dejara a su vez otros bienes suyos (también determinados y específicos) al hijo que no hubiera recibido la atribución en el primer caso, para así compensar y llegar al resultado final de equiparar a los hijos en cantidad, aunque con atribuciones cualitativamente diferentes.

Sin embargo, en la práctica, esas posibilidades dispositivas no se usan en Derecho civil común con demasiada frecuencia. Lo que nos hace creer que, si se admitieran en Derecho civil común los testamentos mancomunados, su utilización práctica real no se vería especialmente favorecida por esta precisa razón.

Tal vez porque se pensara que el resultado final querido por los padres –igualar cuantitativamente a los hijos, aunque con bienes cualitativamente distintos– no es fácil de conseguir, ni siquiera atribuyendo cada testador bienes concretos de valor equivalente, en la medida en que los bienes a que hagan referencia en el testamento pueden no existir o haber variado su valor al tiempo de la muerte, si ésta se demora desde que aquél se otorgó.

O porque, considerando que entre la muerte de uno y otro progenitor puede pasar un tiempo (que en ocasiones puede ser muy largo), no se quisiera adelantar a unos y posponer a otros en la recepción de tales atribuciones, sino que se pretenda que todos reciban al mismo tiempo.

O porque se piense que ese resultado puede no lograrse, en caso de atribuciones no específicas sino genéricas o de cuota, si los patrimonios de uno y otro progenitor no son equivalentes.

En todo caso, sea por las razones que sea, el hecho es que aunque en teoría los padres tienen, en el régimen del Código Civil, unas posibilidades de disponer *mortis causa* mayores de lo que a primera vista cabría pensar, en la práctica no se usan frecuentemente tales posibilidades, sino que cada testador quiere, individualmente, igualar a sus hijos, y ello tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo (286). Y así, el resultado que se deriva de ese comportamiento es que el ámbito material disponible, a efectos prácticos, se reduce al mínimo.

(286) Salvo que concurren circunstancias extraordinarias tales como que uno de los hijos esté afectado de minusvalías físicas o psíquicas que lo hagan merecedor –a juicio de los padres– de disposiciones en su favor superiores a las ordenadas a favor de los demás, con vistas a compensar tal circunstancia. Lo que ocurre es que, en este caso, nada cambia en relación con la cuestión que aquí estamos tratando, pues tal situación normalmente se enfoca de igual modo por ambos progenitores, y ambos tratan también de salirle al paso con medidas semejantes, esto es, dejando los dos más a ese hijo. Que no es la situación que aquí estamos nosotros viendo, esto es, que uno de los padres deje más, o distinto, a un hijo que a otro, al que luego compensará el otro progenitor en su testamento, siendo esas disposiciones correspectivas entre sí.

De donde resulta, en lo que a nosotros más directamente nos concierne, que la utilidad de ordenar disposiciones de carácter correspectivo en el marco de un testamento mancomunado, si éste se admitiera en Derecho Civil común, por lo general no merecería la pena, por su escasa entidad cuantitativa.

Matizamos: lo que de lo dicho resulta es que podrían darse testamentos mancomunados, en el sentido de testamentos otorgados conjuntamente por dos personas, pero que las disposiciones que cada testador hiciera en los mismos difícilmente serían correspectivas de las del otro. Y así, tales testamentos, aunque se calificaran como mancomunados, realmente no tendrían el contenido más propio y auténtico de los mismos. Serían meramente simultáneos o recíprocos, pero no correspectivos. Su otorgamiento, por tanto, desde un punto de vista realista, se debería más a razones “sentimentales” que prácticas (287).

A la vista de todo lo cual concluimos que, sin perjuicio de las limitaciones legales atinentes a la facultad de disposición *mortis causa*, que sin duda existen, no serían ésas la única razón para dudar de que los testamentos mancomunados con disposiciones correspectivas fueran a tener automáticamente gran utilización en Derecho civil común, si se admitieran.

Hay además otras razones, de índole cultural o psicológica, que nos llevan a pensar que el otorgamiento de testamentos mancomunados no sería tan frecuente y generalizado como a primera vista pudiera creerse, al menos si hablamos de los testamentos mancomunados más verdaderos y propios, esto es, de los correspectivos. Pues esas consideraciones de tipo cultural o psicológico hacen que los testadores (cónyuges), al tiempo de ordenar su sucesión por causa de muerte, quieran hacerlo igualando, cada uno de ellos individualmente, a sus hijos, y no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo. Con lo cual limitan tanto el ámbito material disponible, que la posibilidad de atribuirlo a través de disposiciones ordenadas con carácter correspectivo en testamentos mancomunados no merece la pena en muchos casos.

(287) Esta es la perspectiva desde la que creemos hay que enfocar las palabras de CASTIELLA, cuando, para poner de relieve la legitimidad de los testamentos mancomunados, dice que “desde un punto de vista extrajurídico, la explicación la encuentro en la entraña de la comunidad de vida generada por el matrimonio. El hombre y la mujer casados y bien avenidos van profundizando a lo largo de su convivencia en común, compartiéndolo todo, apoyándose recíprocamente en todo, distribuyéndose funciones de una misma casa con absoluta confianza en el otro, creando vínculos de solidaridad que van más allá de lo patrimonial, pero que lo presuponen también, como cualquier otra faceta de la vida. En consecuencia, las personas que van viviendo su vida en esta espiral de solidaridad creciente con su cónyuge, cuando se plantean el otorgamiento del testamento, les sale muy de dentro... hacerlo de modo conjunto con aquél o aquélla con quien están habituados a convivir y adoptar las decisiones importantes” (*op. cit.*, p. 45). En el mismo sentido, también TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 51-52.

La razón de esto no la sabemos. Tal vez sea fruto del devenir histórico del Derecho y del modo de entender la vida por la sociedad en los territorios de los tres últimos Derechos forales vistos, que podemos extrapolar al ámbito del Derecho civil común. Sea como sea, lo que en todo caso nos parece incontestable es que esas consideraciones culturales y psicológicas están ahí, y que hay que contar con ellas.

Con todo esto, lo que queremos aquí poner de manifiesto es que, sea por límites legales –régimen de legítimas, etc.–, sea por razones culturales o psicológicas, el hecho es que, si se quisiera introducir realmente en el Derecho civil común, como figura de utilización habitual, el testamento mancomunado verdadero y propio, esto es, el correspectivo, tal vez no fuera suficiente simplemente con dar carta de naturaleza a esta figura a nivel positivo. Habría también, en relación con los supuestos en que su utilización sería más frecuente –los matrimonios–, que remover esos otros obstáculos (288).

(288) Aunque los testamentos mancomunados no deben, en nuestra opinión, limitarse sólo a los cónyuges, como ya se dejó dicho en su momento, no cabe duda tampoco que son el supuesto más común y estadísticamente dominante. Esta es la razón por la que aquí nos referimos fundamentalmente a ellos.

Bibliografía

- AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira: “El testamento mancomunado”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IX-1.º A, Madrid, 1990.
- BELLO JANEIRO, Domingo: *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, Madrid, 2001.
- BINDER, Julius: *Derecho de Sucesiones*, trad. de la 2.ª edición alemana y anotado por LACRUZ, 1953.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: “El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, número 15.
- CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1997 (reimp.).
- CUADRADO IGLESIAS, Manuel: “El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981”, en *Revista de Derecho Privado*, 1983.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: “La pluralidad de testamentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1960.
- *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1993.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999.
- FRANCO DE VILLALBA, Luis: *Fororum et Observantiarum Regni Aragonum Codex*, Cesaraugustae, 1727.
- GARCÍA-GAYO, Alfonso: “Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XLVII, 1927.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo II, Madrid, 1852.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXVII-1.º, Madrid, 1998.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: “El testamento mancomunado”, en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994.
- “El testamento mancomunado: razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006.
- GARRIDO MELERO, Martín: “La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997.
- GÓMEZ DE LA SERNA (Pedro) y MONTALBÁN (Juan Manuel): *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, tomo II, 13.ª edición, Madrid, 1881.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: “Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)”, en *Centenario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1863.
- JORDANO BAREA, Juan: *El testamento y su interpretación*, Granada, 1999.

- KIPP, Theodor: *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, tomo V.1.º, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, ed. 1976.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1948.
- “Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge, y viudedad universal”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XII, 1963-1964.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXII-2.º, Madrid, 1997.
- LORENTE SANZ, José: “El testamento mancomunado en la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XIV, 1968-1969.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, tomo V, Madrid, ed. 1986.
- MARÍN PADILLA, María Luisa: *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: “Jurisprudencia de la DGRN ante testamentos unipersonales de cónyuges de vecindad civil común que pretenden los efectos de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006.
- MERINO HERNANDEZ, José Luis: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIV-1.º, Madrid, 1997.
- MESSINEO, Francesco: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, tomo III-2, 8.ª edición, Milán, 1952.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, tomo I, Madrid, 1987.
- MORALES Y GÓMEZ, Antonio: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884.
- NAGORE YÁRNOZ, J. Javier: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXVII-2.º, Madrid, 2001.
- PÉREZ GONZÁLEZ (Blas) y ALGUER (José): *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, tomo V-1.º, Barcelona, ed. 1976.
- PINTOS, Jaime: “De la revocabilidad del testamento mancomunado”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1954.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXII-2.º, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ-ROMÁN Y GALLIFA, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI-1.º, 2.ª edición, Madrid, 1910.
- SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, José Luis: “El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945.
- SCAEVOLA, Mucius: *Código Civil*, tomo XII, Madrid, ed. 1950.
- TEIXEIRA GRACIANETA, Antonio: “El testamento mancomunado aragonés”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, XX.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IX-2.º, Madrid, 1983.

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, 1953.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, 4.^a edición, Valladolid, 1939.
- VITORIA, Ursino: "El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927.
- ZABALO ESCUDERO, María Elena: "El testamento conjunto en el Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés", en *Revista General del Derecho*, 1989.

**LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA
EL ARTÍCULO 1.062 DEL CÓDIGO CIVIL
EN LA PARTICIÓN.
CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO
Y DE LA DOCTRINA**

MANUEL ESPEJO RUIZ
*Doctor en Derecho. Abogado.
Profesor Colaborador de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: 1. LA ADJUDICACIÓN DE UN BIEN INDIVISIBLE. 2. LOS SUPLEMENTOS EN DINERO HEREDITARIO, LA SOLICITUD DE VENTA DE LOS HEREDEROS EN SUBASTA PÚBLICA Y LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: DOS SUPUESTOS. 3. LOS SUPLEMENTOS CON DINERO NO HEREDITARIO, LA SOLICITUD DE VENTA DE LOS HEREDEROS EN ALMONEDA (SUBASTA PÚBLICA) Y LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: DOS SUPUESTOS.

El contador-partidor, como encargado por el testador para realizar después de su muerte la partición de la herencia, en el ejercicio de sus facultades –cuando no se les haya conferido algunas especiales–, habrá de atenerse para el cumplimiento de su función a las normas generales contenidas en primer término en el artículo 1.061 del Código Civil y procurará la posible igualdad entre los lotes, sin que proceda adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituiría un acto de enajenación que escapa a la facultad del contador y requiere consentimiento de todos los coherederos. Ello no obstante, es evidente que el contador-partidor, al cumplir su misión, debe tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tienen medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del artículo 1.061 del Código Civil, por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre un número grande de coherederos, y por ello, el artículo 1.062, permite, como excepción al artículo anterior, que:

“Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.”

Para la aplicación del artículo 1.062, el contador-partidor se encuentra con problemas fundamentales, tales como los siguientes: la existencia de un bien indivisible (1) o cuya división ocasiona un perjuicio al bien mismo o a los herederos; la adjudicación de ese bien a un heredero legítimo o voluntario y los suplementos en metálico; la existencia o no de dinero hereditario; y la solicitud de venta de aquel bien de los herederos

(1) *Indivisibilidad tanto física como jurídica de la cosa o del bien.* Así, nuestro Código Civil señala en algunas de sus normas la indivisibilidad de determinados bienes o derechos, tales como: las servidumbres (art. 535), las fincas gravadas con censo (1.618), los derechos de prenda e hipoteca (1.860), el derecho de anticresis (1.886), las obligaciones indivisibles (1.149 y 1.151).

Por su parte, un caso especial de indivisibilidad lo constituye la explotación familiar agraria, regulada por Ley de 24 de diciembre de 1981. La divisibilidad o no depende de que los elementos de la explotación relicta “sean suficientes para constituir otras tantas explotaciones familiares independientes” (art. 36). La citada ley facilita e incluso impone la transmisión de la explotación íntegra a un único sucesor, pagando el heredero en la explotación a los restantes sucesores sus porciones legitimarias o hereditarias en otros bienes de la herencia o en dinero no hereditario.

Como señala DE LOS MOZOS, J. L., esta norma del artículo 1.062-1.º, tal como se halla configurada, puede servir para mantener la indivisión de las fincas, entendidas éstas como unidades jurídicas aunque la finca presente una discontinuidad física, vinculación a la finca de los elementos de producción o de cultivo, etc. *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en derecho agrario*, Ministerio de Agricultura, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones Agrarias, Madrid, 1977, p. 112.

legitimarios o voluntarios. Pero, por encima de todos estos problemas, el contador-partidor se encuentra con la voluntad del testador en la regulación de cada uno de ellos. Todos estos problemas podemos sintetizarlos en los siguientes puntos:

1. La adjudicación de un bien indivisible

En este punto existe un bien hereditario en la herencia, pero el contador-partidor no lo puede dividir entre los coherederos, bien porque es indivisible o bien porque, siendo divisible, hay dificultades prácticas en llevar a cabo su división, tales como causar un daño al bien mismo o un perjuicio económico a cada uno de los herederos, si éstos reciben apenas una fracción del mismo (2). El daño y el perjuicio pueden recaer tanto en el bien considerado en sí mismo como en los partícipes en el bien. Como ejemplo tenemos un caso resuelto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que se dice: “Si bien la casa en cuestión es, como todos los bienes corporales (...) divisible materialmente, no lo es por su esencia, toda vez que la división impondría un gasto considerable a los partícipes; las dos casas resultantes quedarían en malas condiciones de solidez y los productos de ellas menores de los que hoy obtienen sus condueños y, por lo tanto, menor su valor” (3).

Por su parte, la DGRN llegó a estimar que tres fincas registrales constituyen una unidad de explotación, esto es, una finca discontinua cuya registración viene admitida en el artículo 8 de la LH (4): “Nos encontramos, pues, ante una cuestión de identificación del tipo negocial efectivamente celebrado, y en este sentido la labor del registrador no puede detenerse en una admisión automática de la calificación del mismo formulada por los otorgantes o por el funcionario autorizante, sino que deberá comprobar su correspondencia con los elementos del supuesto de hecho recogido en la escritura, y en caso negativo deberá desestimar la inscripción del

(2) La STS de 3 de abril de 1995, RAJ 1995, Rf. 2929, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, entiende que las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común son conceptos valorativos deducibles de hechos, dependiendo tales consideraciones, no sólo de la indivisibilidad real o física, sino también de la jurídica, configurada ésta por resultar la cosa inservible para el uso a que se destina, por su anormal desmerecimiento si se produce la división o por la originación de un gasto considerable en los partícipes.

(3) STS de 14 de junio de 1895, RGLJ, tomo 78, mayo-septiembre 1895, pp. 336-344, Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa.

(4) RDGRN de 27 de noviembre de 1986, BOE de 17 de diciembre de 1986, que, no obstante, denegó la aplicación del artículo 1.062 del Código Civil por estar dichas fincas ya divididas, constituyendo fincas registrales independientes.

negocio tal como fue configurado. Ahora bien, cuando esta labor de comprobación está supeditada, como en el caso concreto, no a la apreciación de la existencia de los elementos exigidos por el tipo negocial declarado, sino a la valoración concreta de alguno de ellos, como tal valoración viene determinada por factores ajenos al título calificado, y presupone un juicio de hecho, de conveniencia u oportunidad, es evidente que escapa a la calificación registral, que deberá limitarse a aceptar el *nomen iuris* negocial declarado, y observar el efectivo cumplimiento de la normativa legal que le corresponda, sin perjuicio, claro está, de la revisión judicial procedente en caso de impugnación” (5).

Es en este sentido que POLACCO afirma, para el Derecho italiano, que la incomodidad en la división resultaría de la “depreciación sensible de las partes o haría su goce notablemente oneroso o difícil” (6).

¿Podríamos decir aquí que a través de la adjudicación a un heredero o a más de uno, pero no a todos, de un bien indivisible, se quiebra la igualdad posible? Con la adjudicación de un bien indivisible a un heredero se pierde la igualdad posible en especie, pero por esto no debe perderse de vista la “igualdad en valor”. El dinero como medida de valor constituye aquí un elemento de gran utilidad para el contador-partidor, con el fin de obtener por otro camino –que no es la división proporcional– la igualdad en valor de las cuotas hereditarias. En el caso expuesto, la igualdad en valor es necesaria y sustitutiva de la igualdad en especie, a través de una compensación en dinero para los herederos que no recibieron el bien indivisible. De todo lo cual puede inferirse que lo que no puede conseguir el contador-partidor a través del artículo 1.061, debe hacerlo mediante el artículo 1.062, para tratar de obtener la igualdad ópti-

(5) PRESA DE LA CUESTA, A., entiende que la doctrina principal de esta resolución radica en que la indivisibilidad deriva de la finca única que forman las tres registrales. Sobre esta base, ¿cómo podrá el registrador hacer constar el fundamento de derecho que sostiene la disolución de la comunidad sin incurrir en una anomalía registral, tal como es la mención de la existencia de una finca oficialmente inexistente? Para ello, continúa dicho autor, “debió haber precedido la previa agrupación de las tres fincas registrales en orden a formar la única discontinua, y entonces sí: como ésta resulta indivisible, se adjudicaría a uno de los condueños a calidad de abonar a los otros su participación en metálico”. “Comentario a la Resolución de 27 de noviembre de 1986”, RCDI, número 582, septiembre-octubre 1987, pp. 1573-1587. Por el contrario, para VALLET DE GOYTISOLO, J. B., tal agrupación no es obligatoria sino facultativa, toda vez que el Registro de la Propiedad garantiza a terceros de la situación jurídica y no económica ni de hecho, como es la circunstancia de desmerecer o no con su división, que, por otra parte, puede variar según el destino que se dé a la explotación; y, por tanto, la indivisibilidad de la explotación la han de juzgar, como un dato de hecho, los comuneros en el momento de la división. “Comentario a los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XIV, volumen 2.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 408.

(6) POLACCO, V.: *De las sucesiones*, tomo II, traducción española, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2.ª edición, Buenos Aires, 1950, p. 299.

ma, sin que el dinero constituya un obstáculo para ello porque, al fin y al cabo, es a la igualdad a la que aspira toda división hereditaria (7).

De otro lado, hemos de observar la diversidad de régimen jurídico de las acciones recogidas en los artículos 404 y 1.062 del Código Civil. Ambos discrepan en la manera de verificar la adjudicación a que se refieren, al exigir el primero el previo convenio de todos los interesados, manifestado de forma expresa, sin cuyo requisito la cosa indivisible habrá de enajenarse repartiéndose su precio, y al permitir el segundo, a la persona o personas que realmente practiquen la partición, asignar dicha cosa a uno de los coherederos, a no ser que alguno solicite su venta en pública subasta. Por lo que aquí, el asentimiento de éstos surge con posterioridad a tal acto.

2. Los suplementos en dinero hereditario, la solicitud de venta de los herederos en subasta pública y la voluntad del testador: dos supuestos

Cabe que siendo el bien hereditario divisible, el contador-partidor lo adjudique a uno solo de los coherederos (8), satisfaciendo a los demás su derecho con dinero de la herencia. Sin embargo, se plantearían aquí dos supuestos atendiendo a la facultad que el párrafo 2.º del artículo 1.062 concede a los coherederos de solicitar la venta en pública subasta. Estos supuestos serían:

Primero. Si existe como bien hereditario una explotación que el testador quiere mantener indivisa, él mismo puede ordenar al contador-par-

(7) Tesis ésta refrendada por la doctrina mayoritaria, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, volumen I, parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 344; DÍEZ-PICAZO, L. - GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen IV, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1992, p. 577; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen 3.º, 4.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 419-420; LACRUZ BERDEJO, J. L. - SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, José M.ª Bosch, 5.ª edición, Barcelona, 1993, p. 120. En palabras de estos últimos, “la propia terminología del precepto (se refieren al art. 1.061: posible igualdad) y el tenor del que le sigue, evidencian el carácter relativo, tendencial o aproximativo de la norma, cuyo criterio de igualdad supedita el artículo 1.062 al de conservación del valor del caudal”.

(8) Exige expresamente el artículo 1.062 que podrá adjudicarse la cosa indivisible “a uno solo de los herederos”. Por esta razón, la STS de 10 de enero de 1903 entendió que no procedía aplicar la excepción establecida en el artículo 1.062 en la partición objeto de recurso “ya que se adjudican fincas *pro-indiviso* a cuatro herederos y lo mismo pudieran haberse adjudicado a los cinco instituidos”; RGLJ, tomo 95, enero-junio 1903, pp. 52-53. Sin embargo, tal razonamiento puede no ser apropiado cuando sean varios pero no todos los hijos que llevarán la explotación durante la vida del causante.

tidor que satisfaga la legítima de los herederos forzosos con dinero hereditario o extra-hereditario, y prohibir a los herederos que promuevan la venta de aquel bien, a través de la solicitud de venta de que habla el párrafo segundo del artículo 1.062. Lo así dispuesto por el testador es de obligado acatamiento por todos los herederos y el contador-partidor debe así ejecutarlo. En este caso, los coherederos percibirán dinero como suplemento y como consecuencia de adjudicarse el bien indivisible a uno de los herederos, sin posibilidad de solicitar ninguno de ellos la venta del mismo, a causa de la voluntad del testador —que es determinante e interesada en que el bien permanezca indiviso y en cabeza de un miembro de la familia, por tradición familiar, etc.—. Aquí, la voluntad del testador es tan determinante porque corre paralela al supuesto de hecho previsto en el artículo 1.056, párrafo segundo. Con relación a este punto dice ALBALADEJO “cuando una cosa sea indivisible, habiendo dinero en la herencia puede adjudicarla a un heredero e igualar a los otros en metálico, pero bastará que uno lo pida para que se subaste y reparta el precio, salvo que el causante le haya facultado especialmente para poder imponer esta distribución aun contra el deseo de los herederos de promover la subasta” (9). Esta afirmación del profesor ALBALADEJO está realizada con anterioridad a la reforma del párrafo 2 del artículo 1.056 que ha sido redactado por el apartado 1 de la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y que ha entrado en vigor el 2 de junio de 2003 (10). A partir de esta reforma el Código Civil establece expresamente que no es necesaria la existencia de dinero hereditario en la herencia para poder realizar la adjudicación. Pudiendo incluso establecer un plazo para el abono de las cantidades compensatorias en metálico de hasta cinco años.

(9) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, volumen I, parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 344.

(10) El nuevo artículo 1.056 dice: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extra-hereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.”

Segundo. Si existe en la herencia un bien divisible pero hay dificultades prácticas para su divisibilidad y existe dinero hereditario, el contador-partidor puede adjudicar el bien en cuestión a uno de los herederos y satisfacer a los demás en dinero de la herencia, siempre que cuente con el consentimiento de todos los herederos; pues bastaría la existencia de un disidente para que entrara en funcionamiento el párrafo segundo del artículo 1.062, concediéndole el derecho de solicitar la pública subasta (11).

De este derecho solamente puede hacer uso el heredero legitimario, no el voluntario; por consiguiente, el consentimiento que ha de requerir el contador-partidor es el de los herederos forzosos y no el de los voluntarios (12). Que el contador-partidor requiera únicamente el consentimiento de los herederos legitimarios, lo es por su cuota legítima, que no puede ser convertida en una de peor condición que otra de cualquier heredero, por decisión unilateral del contador-partidor. Sin embargo, que el consentimiento de los herederos voluntarios sea innecesario, lo es porque su cuota hereditaria, existiendo dinero hereditario, nunca será de peor condición que la de ningún otro, ya que, como dice ALBALADEJO –aunque para un caso no exactamente aplicable al presente, pero sí aproximativo–, “el causante les pudo dejar lo que quisiera, hasta bienes ajenos o no dejarles nada” (13).

3. Los suplementos con dinero no hereditario, la solicitud de venta de los herederos en almoneda (subasta pública) y la voluntad del testador: dos supuestos

Encontramos igualmente dos supuestos cuando, no existiendo metálico en la herencia, se adjudica el bien a uno solo de los herederos, con la obligación de satisfacer a los demás coherederos los respectivos en metálico, distinguiendo según intervenga o no la voluntad del testador, y según se trate de herederos legitimarios o voluntarios.

Primero. Cuando existe algún bien en la herencia que el testador quiere que se mantenga indiviso, puede utilizar dos mecanismos distintos

(11) Se aplican las reglas de las subastas voluntarias establecidas en los artículos 2.048 y ss. LEC de 1881, que no fueron derogados por la LEC 1/2000.

(12) En el sentido expresado se pronuncia la RDGRN de 10 de enero de 1903: “el adjudicar a unos herederos todos los bienes que constituyen la herencia, imponiéndoles la obligación de satisfacer en metálico la parte proporcional correspondiente a su coheredero, no es acto de partición, sino de enajenación y, por tanto, no debe surtir efecto sin el consentimiento de dichos herederos”, RGLJ, tomo 95, enero-junio 1903, pp. 50-53.

(13) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, volumen I, parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 343, nota 19.

para hacerlo, los regulados en los artículos 1.056, párrafo 2, y 841 del Código Civil. En el supuesto del, ya estudiado, artículo 1.056, párrafo 2.º, tras la reforma de 2003, el testador puede ordenar al contador-partidor que satisfaga la legítima de los herederos legales con dinero no hereditario, y también puede prohibir a los mismos que soliciten la pública subasta de aquel bien, en los mismos términos antes expuestos. Del mismo modo, el artículo 841 (14) permite al contador-partidor, cuando expresamente esté autorizado por el testador, disponer suplementos en metálico, en cuyo caso los coherederos tampoco podrán hacer uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 1.062 (15), pero no con base a la divisibilidad o indivisibilidad del bien, sino porque expresamente lo autoriza la Ley. En este caso la validez de la adjudicación estará supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 842 a 847. Y, aunque no se diga de una manera expresa que el metálico debe ser extra-hereditario, éste parece ser el sentido de esta facultad, pues en el primer párrafo del artículo 841 habla de adjudicar “todos los bienes hereditarios, o parte de ellos”, e igualmente el artículo 842 (16) establece que ningún obligado al pago del suplemento viene forzado a hacerlo con dinero propio. Por tanto, si nos limitamos a adjudicar a unos herederos bienes hereditarios, y otros con dinero hereditario, habrá que estar –como dicen ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (17)– a si cabe hacerlo a tenor de los artículos 1.061 y 1.062.

(14) Este artículo fue redactado nuevamente en la reforma de 1981 y dice: “*El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.*”

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil.”

(15) Aun cuando de la literalidad del artículo parece desprenderse que esta facultad es sólo para el caso de que los legitimarios sean hijos o descendientes, pero la mayoría de la doctrina afirma que es igualmente aplicable para el caso de ascendientes. Así, PANTALEÓN PRIETO: *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, Tecnos, II, Madrid, 1984, p. 1431, dice: “no existe a nuestro juicio ninguna razón convincente que justifique que el testador, a quien la ley permite prescindir del principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas de sus otros hijos o descendientes, no pueda, en cambio, autorizar a alguno de sus padres o ascendientes para que, si lo desean, se prescinda a su favor del principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas de su otro padre o ascendientes. Ninguna razón conviene que justifique que los legitimarios de primer grado sean en este punto de peor condición que los legitimarios de segundo grado. Que justifique que las legítimas preferentes y más amplias sean menos intangibles que las subsidiarias y más cortas”.

(16) Dice el artículo 842: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1.058 a 1.063 de este Código*”.

(17) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S.: “Comentario al artículo 1.057 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, volumen 2,

Fuera de estos supuestos, si el contador-partidor practica la adjudicación de ese bien indiviso, con el consiguiente pago de dinero no hereditario como suplemento, cualquier heredero legitimario podía hacer caso omiso de aquella prohibición y ejercitar el derecho que concede el párrafo segundo del artículo 1.062, solicitando la pública subasta del bien indivisible. Esta facultad de solicitar pública subasta la ostenta el heredero legitimario, aun cuando la referida adjudicación del bien indiviso la haya realizado el contador-partidor siguiendo las indicaciones del testador. Sin embargo, la voluntad del testador sí surtía efecto respecto al heredero voluntario, a quien podía prohibir que solicitara la venta, siempre y cuando él mismo no resultara adjudicatario de la explotación que el testador quiere mantener indivisa.

Encontramos aquí un régimen jurídico distinto tratándose de herederos legitimarios o herederos voluntarios; mientras que los primeros podían solicitar en todo caso la venta del bien indiviso, no se les otorga este derecho a los segundos.

La razón que puede darse, en orden a que la prohibición de solicitar la venta del bien indiviso no surtía efectos respecto a los herederos legales, puede ser la siguiente: la cuota legal de cada uno de los herederos forzosos puede verse seriamente perjudicada por la inexistencia de dinero hereditario, para hacerle frente a los suplementos en metálico. Son dos —a nuestro juicio— las objeciones fundamentales. En primer lugar, el heredero adjudicatario del bien indiviso, por su precaria condición económica, puede encontrarse imposibilitado para reintegrar a los demás herederos su cuota hereditaria con dinero propio. En estas circunstancias, la adjudicación del bien indivisible ocasiona al heredero adjudicatario, más que un beneficio, un perjuicio, porque lo coloca en la obligación de pagar la cuota de los demás con dinero propio, que tal vez no tiene. Por otra parte, los que perciben el dinero o lo van a percibir, pueden no encontrarse en mejor condición que el heredero adjudicatario del bien indiviso, no solamente porque pueden pretender el bien indiviso para sí, sino porque se niegan a aceptar un suplemento en dinero que fácilmente se devalúa o que su pago, por la precaria situación económica del heredero adjudicatario, haya de producirse en tractos, con la consiguiente situación embarazosa entre coherederos, como es la imposición de intereses, la aceptación de garantías, etc.

Edersa, Madrid, 1989, p. 247, y en el mismo sentido se muestra CARBALLO FIDALGO, M.: *Las Facultades del Contador-Partidor Testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, p. 191, al afirmar: “debe tenerse en cuenta que, cuando el contador-partidor adjudique a unos herederos bienes hereditarios y a otros dinero igualmente hereditario, habrá que estar a si cabe hacerlo conforme a los artículos 1.061 y 1.062, sin que entren en juego los artículos 841 y ss.”.

Por el contrario, la razón que puede darse en orden a que la prohibición de solicitar la venta del bien indiviso surtía, y surte, eficacia respecto a los herederos voluntarios (siempre y cuando él mismo no resulte el adjudicatario de la explotación que el testador quiere mantener indivisa) puede ser la siguiente: a través de la adjudicación de un bien indiviso a un heredero voluntario, con el consiguiente pago a su cargo de los suplementos en metálico, sin posibilidad de ejercer el derecho de solicitar la pública subasta del bien indiviso –por expresa disposición del testador–, se puede constituir un método utilizado por los testadores para que sus herederos legales perciban brevemente un metálico que la herencia misma no puede ofrecerles. Esto es, el testador puede facilitar la entrega a los legitimarios de dinero en metálico no existente en la herencia, a través de la adjudicación del bien a un heredero voluntario, que por su parte no puede descargarse de la obligación de pagar los respectivos suplementos en metálico. Todas estas circunstancias, unidas a las expresadas para los herederos legitimarios, no pueden quedar al arbitrio del testador y, por ello, el heredero voluntario no está obligado a acatar la prohibición de solicitar la venta, sino únicamente cuando no sea el adjudicatario del bien indiviso.

Segundo. Si existe en la herencia un bien que dividir, pero hay dificultades prácticas para su divisibilidad y no hay dinero en la herencia, el contador-partidor puede adjudicar dicho bien indiviso a uno de los herederos, con el consiguiente reintegro de suplementos en metálico no hereditario, pero cualesquiera de los herederos puede solicitar su venta en pública subasta.

Aquí la iniciativa del contador-partidor debe contar con el consentimiento de los herederos legitimarios, pero no de los herederos voluntarios.

En el presente caso, los herederos voluntarios tienen que conformarse con la decisión unilateral del contador-partidor, el cual no requiere el consentimiento de los mismos. Tampoco podrán solicitar la venta del bien indiviso, pues este derecho únicamente se les debe conceder cuando sean los adjudicatarios del bien indiviso. Al efecto dice ALBALADEJO: “Lo que nunca puede el contador es establecer, si en la herencia falta dinero, que la compensación para igualar a los herederos que no recibieron la cosa indivisible, se haga con dinero no hereditario. Si lo establece sólo tendrá eficacia cuando los interesados lo acepten voluntariamente” (18). En el mis-

(18) Ídem, *op. cit.*, p. 343.

mo sentido se han pronunciado recientemente el Tribunal Supremo (19) y la DGRN (20), al establecer que la posibilidad prevista en el artículo 1.062 del CC sólo tendrá aplicación cuando exista dinero hereditario, salvo la excepción antes expuesta, del artículo 1056, párrafo 2.

(19) En este sentido se pronuncia la STS de 10 de febrero de 1997, RAJ 1997, Rf. 667, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, al declarar que el párrafo primero del artículo 1.062 es inaplicable en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible, habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia, pues en otro caso nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el artículo 1.062 citado.

(20) Véase RDGRN de 13 de mayo de 2003, que dice: “Es cierto que la regla del artículo 1.061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por comisario, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1.062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro (*vid.* Resoluciones de 10 enero 1903, 23 julio 1925, 6 abril 1962 ó 2 diciembre 1964) al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan sólo un bien jurídico o económicamente indivisible. Pero al faltar para el presente caso una norma como la introducida en el artículo 1.056 del Código Civil por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril (que permite en el supuesto que contempla el pago de la legítima con efectivo extrahereditario), no puede olvidarse que como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1997, en doctrina que este Centro ha de aceptar, el precepto que nos ocupa es inaplicable en el caso de que en la herencia no exista otro bien que el que se considera indivisible, habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia, pues en otro caso nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el artículo 1.062. Y todo ello sin necesidad de plantear la excepción que el párrafo segundo de la misma norma introduce a la hora de permitir el acudir a esa adjudicación, la de que ninguno de los interesados pida la venta en pública subasta, pues al margen de lo difícil que pueda ser el cohonestarla con el carácter unilateral de la partición hecha por contador partidor supone una evidente limitación a las facultades de éste a la hora de eludir la aplicación del artículo 1.061”.

LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY 2/2007, DE 15 DE MARZO

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario.

*Letrado adscrito en la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PROFESIONAL. SU ADMISIBILIDAD. **II.** LOS TIPOS SOCIETARIOS. **1.** La sociedad civil. **2.** La sociedad colectiva. **3.** Las sociedades de capitales. Anónimas y limitadas. **III.** LAS SOCIEDADES MULTIDISCIPLINARIAS. **IV.** LAS SOCIEDADES PROFESIONALES EN ALGUNAS PROFESIONES. **V.** COMPOSICIÓN Y DENOMINACIÓN SOCIAL. EL OBJETO SOCIAL. **VI.** LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO. LA ESCRITURA PÚBLICA. **VII.** EL REGISTRO DE SOCIEDADES PROFESIONALES. **VIII.** LA APORTACIÓN DE LOS SOCIOS. PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS Y PÉRDIDAS. **IX.** OTRAS CUESTIONES. **A)** La responsabilidad de la sociedad profesional y de los profesionales. **B)** Separación y exclusión de socios. **C)** La transmisión de la condición de socio. Las transmisiones forzosas y *mortis causa*. **D)** La cuota de reembolso. **E)** Disposición adicional segunda. Extensión del régimen de responsabilidad. **F)** Disposición transitoria primera. Plazo de inscripción en el Registro Mercantil. **G)** Disposición transitoria se-

gunda. Constitución de los registros de sociedades profesionales y plazo de inscripción en los mismos. **H)** Disposición transitoria tercera. Exenciones fiscales y reducciones arancelarias. **X.** LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE NOTARIOS.

I. Introducción. Delimitación del concepto de sociedad profesional. Su admisibilidad

El fenómeno asociativo en el marco de las profesiones liberales, o en la terminología comunitaria, de las profesiones reguladas, es una realidad incuestionable que era necesario afrontar de una forma que sea lo más definitiva posible.

Gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia clásicas habían negado la realidad a las mismas, y se fueron buscando fórmulas alternativas que en algunos momentos sirvieron para ir saliendo del paso, pero que en definitiva aparcaban el problema y no miraban hacia delante.

El Derecho está para intentar dar soluciones posibles y jurídicas a las nuevas realidades que surgen, o mejor dicho, en el caso concreto que nos ocupa, han surgido ya desde hace años, pero sin tener un auténtico soporte jurídico al que podíamos recurrir.

Después de muchos avatares y desde el ya lejano texto de la Proposición de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales elaborado por la Comisión General de Codificación, finalmente se ha aprobado la *Ley de Sociedades Profesionales, Ley 2/2007, de 15 de marzo*, con entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, publicación que tuvo lugar el 16 de marzo de 2007.

La necesidad de una normativa que regulara a las sociedades profesionales era clara.

Desde hacía tiempo los profesionales querían tener una solución legal, clara y nítida que despejara todos los factores de inseguridad que hasta el momento existían. *Innumerables discusiones doctrinales y jurisprudenciales* han estado en la palestra para intentar buscar una solución adecuada.

La *Ley de Sociedades Profesionales* creo regula de una manera adecuada y coherente este tema, con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo en el tratamiento que se haya dado a algunas cuestiones.

Como punto de partida, delimita claramente el concepto de sociedad profesional, que se diferencia de otras formas o instrumentos que se han utilizado para ir saliendo del paso. Es decir, la auténtica sociedad profesional es aquella que se configura como sociedad externa y cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales, aportando los socios su industria, es decir, su actividad profesional. Esta idea está reflejada en el artículo 1 de la Ley, que define a las sociedades profesionales.

El artículo 1 establece:... “1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente ley.

A los efectos de esta ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente...”.

Con ello se dejan atrás las llamadas sociedades de medios, que son una modalidad del fenómeno asociativo profesional. En estos casos los distintos profesionales ponen en común un conjunto de bienes, pero el ejercicio profesional es individual, y el objeto de esta agrupación es establecer el conjunto de reglas por las cuales se va a realizar el uso adecuado del equipo puesto en común, pero no el ejercicio profesional.

También se distinguen de las denominadas sociedades de comunicación de ganancias, donde el objeto de las mismas es el regular las pérdidas y ganancias que se obtengan derivadas de la actividad individual de cada uno de los profesionales.

Por último, también se distinguen de las denominadas sociedades de profesionales, que son sociedades de intermediación de servicios profesionales, cuyo objeto sería el actuar como agente o mediador de servicios de esta clase, y cuya única responsabilidad estribaría en la elección del profesional, en definitiva, en regular esa específica organización de los profesionales que ejercen su actividad. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las resoluciones que trataron este tema, había aceptado este modelo como el único posible.

En la ley se contempla el fenómeno de las sociedades multidisciplinarias, es decir, que puedan ejercer varias actividades profesionales, siempre que ese ejercicio no se haya declarado incompatible en cuanto a esas diversas profesiones. Este es un punto esencial sobre el que habrá que estar

atentos, porque puede en algunos casos poner en peligro el ejercicio independiente de una determinada profesión.

En la ley, como no podía ser de otra manera, se da preferencia a los socios profesionales, en lo relativo a que éstos tienen que tener una mayoría de capital, así como también de los órganos de administración. A pesar de esta previsión se está permitiendo la entrada de socios no profesionales en estas sociedades, con aspectos positivos en cuanto a la financiación, inversión que en las mismas haya que hacerse para el ejercicio de la actividad profesional, pero por otra parte bajo la espada de Damocles de la influencia en la prestación de la actividad profesional que puedan ejercer personas que no son socios profesionales.

La relación de estas sociedades con los respectivos Colegios Profesionales es clara. Por una parte se considera actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria o profesional, e inscripción en el correspondiente colegio profesional, contemplado en el artículo 1, en conexión con el artículo 5, relativo al ejercicio e imputación de la actividad profesional.

Asimismo, la sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno deben ejercer la actividad profesional que constituya el objeto social, de conformidad con el régimen disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional, y por último la existencia, como luego veremos, del registro de sociedades profesionales.

Desde el punto de vista de la conceptualización de estas sociedades, la ley, y creo que con acierto, permite que estas sociedades profesionales puedan constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, por tanto no establece una forma social específica para las mismas, sino que en todo caso estas sociedades se registrarán por lo dispuesto en la ley específica de sociedades profesionales y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada. Es decir, podrán ser sociedades personalistas o sociedades de capital, con independencia de que algunas formas societarias sean más adecuadas a estas sociedades profesionales. Por ello, podríamos hablar de sociedades civiles, colectivas, anónimas y limitadas, entre otras.

La seguridad jurídica es clara, en cuanto que el contrato de sociedad profesional deberá formalizarse en escritura pública, con los requisitos de la forma social escogida y con los que establece la Ley en el artículo 7.

Al hilo de lo indicado anteriormente, la Ley dice que la escritura pública deberá inscribirse en el Registro Mercantil, y con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica, inscripción cualquiera que sea, decimos nosotros, la forma social utilizada, es decir, también las sociedades civiles, que como bien sabemos hasta el momento no habían tenido cobertura legal para este acceso al Registro Mercantil. Por

ello, para cerrar el círculo y despejar cualquier duda interpretativa de la Ley, se modifica el artículo 16.1, 7.º del Código de Comercio, que queda redactado de la siguiente manera: “*Las sociedades civiles profesionales, constituidas con los requisitos establecidos en la legislación específica de sociedades profesionales*”, es decir, se permite el acceso al Registro Mercantil única y exclusivamente de las sociedades civiles profesionales, y no del resto, ya que el artículo 16 del Código de Comercio establece qué es lo que tiene acceso al Registro Mercantil.

Una de las modificaciones de la Ley, con respecto a otros borradores como el de la Comisión General de Codificación; es que en la Ley, en mi opinión, se ha rebajado la fuerza del registro profesional, ya que en el borrador de la Comisión se decía que estas sociedades deberían inscribirse en el registro profesional correspondiente, y una vez inscritas, y cuando correspondiera por razón de la forma adoptada, la sociedad profesional se inscribiría en el Registro Mercantil.

En la Ley la inscripción principal es en el Registro Mercantil, incluso para las sociedades civiles que antes no tenían acceso, y además la sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio, pero a los solos efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el Ordenamiento Jurídico sobre los profesionales colegiados.

Una vez que inscriba el registrador mercantil, éste deberá comunicar de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de la inscripción.

La Ley prevé que bajo la dependencia del Ministerio de Justicia se establecerá un portal en Internet, que informará del contenido actualizado de los registros de sociedades profesionales, para lo cual los colegios profesionales deberán rendir periódicamente al Ministerio de Justicia las inscripciones practicadas en sus correspondientes registros de sociedades profesionales y también en ese portal se expondrá la publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil. En idénticos términos, las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial.

Un aspecto muy importante que regula la ley es el de la responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales, aspecto éste de la responsabilidad que había planteado muchas dudas doctrinales, para dar viabilidad a las auténticas sociedades profesionales. El esquema de la responsabilidad incardinada en el artículo 11 de la Ley es clara. Por una parte se establece que de las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio, y como consecuencia la responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

De otro lado, y este es el punto esencial en el esquema de la responsabilidad en cuanto a la actuación o actividad profesional, se especifica que de las deudas sociales que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. De esta manera se cierra todo el abanico de posibilidades y se da solución a la propia responsabilidad del socio que ejerce una actividad profesional y que con esa actividad produce unos daños.

Más aún, como la práctica da mucha experiencia, la disposición adicional segunda regula la extensión del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 11 del proyecto a aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional, pero sin constituirse en sociedad profesional, estableciéndose unas presunciones de que existe esta actividad o estas actividades profesionales cuando se desarrollen públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación. Si este ejercicio colectivo no adopta forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional. Se pretende el que se utilicen los cauces legales adecuados y se acuda a la vía de la sociedad profesional.

La Ley también regula otras cuestiones, como la de la participación en beneficios y pérdidas, la intransmisibilidad de la condición de socio profesional, la separación y exclusión de socios, las transmisiones forzosas y *mortis causa*, el reembolso de la cuota de liquidación y las normas especiales para las sociedades de capitales, entre otros aspectos.

Por último, las disposiciones transitorias hacen referencia al plazo de inscripción en el registro mercantil, a la constitución de los registros de sociedades profesionales y a las exenciones fiscales y reducciones arancelarias, para aquellas sociedades que deban adaptarse a la ley de sociedades profesionales.

La Exposición de Motivos de la Ley creo que es claramente significativa. Por una parte se quiere constituir una norma de garantías, garantías de seguridad jurídica para las sociedades profesionales a las que se facilita un régimen peculiar hasta ahora inexistente, y de otra parte una garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales.

En la misma Exposición de Motivos se consagra la posibilidad de constituir sociedades profesionales *stricto sensu*, "... Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se les imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación

social. En definitiva, la sociedad profesional objeto de esta ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido, no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, si no de servir no sólo de intermediaria para que sea este último el que la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas”.

A continuación me gustaría indicar cuál ha sido la orientación de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a la cuestión de las sociedades profesionales.

En primer lugar, el criterio antes de la Ley de Sociedades Profesionales, ya que me parece muy ilustrativo para que el lector pueda apreciar los escollos y los problemas que se planteaba la doctrina para su admisibilidad.

Después haremos referencia a dos resoluciones del Centro Directivo posteriores a la aparición de la nueva Ley.

a) Criterio anterior.

La Dirección General de los Registros y del Notariado había utilizado específicamente toda una argumentación en contrario para negar la posibilidad de la existencia de las Sociedades Profesionales, y como consecuencia de ello se confirmó la denegación para su acceso e inscripción en el Registro Mercantil. A continuación transcribiremos algunos párrafos de los fundamentos de derecho de varias resoluciones, donde se puede apreciar que se partía de un concepto tradicional y clásico de nuestra Doctrina, y donde se ve la imposibilidad sustancial y esencial, expresada por el Centro Directivo, de admitir la viabilidad jurídica de estas sociedades.

Entre otras, cabe citar las Resoluciones de 1 de agosto de 1922, 2 de junio de 1986, 23 de abril de 1993 y 26 de junio de 1995.

En la Resolución de 23 de abril 1993 es denegada la inscripción de una entidad denominada “Estudio de Arquitectura Martín Artajo, Sociedad Limitada”. El objeto social era el propio de la actividad profesional de los arquitectos, y la nota de calificación del registrador, denegatoria de la inscripción, indicaba que por su propia naturaleza una Sociedad no puede tener por objeto una actividad profesional para la que se requiere un título académico como, sin embargo, consta en el artículo 2 de los estatutos.

En los fundamentos de derecho se intenta justificar esta denegación indicando que “... es un hecho comprobado, en general, que la evolución de las profesiones liberales en estos últimos tiempos... en donde el asesoramiento aislado del profesional se ve sustituido por una labor de equipo que debe su origen a la especialización y división del trabajo entre varias personas, consecuencia de la complejidad cada vez mayor de todas las actividades... lo que supone el nacimiento dentro de este campo del elemento organizativo, característico del mundo empresarial...”. Esta enunciación de principios, recogida en el fundamento de derecho 2 de la Resolución, tiene una lógica y además resume efectivamente la tendencia que se va dando en el mundo de las relaciones económicas y jurídicas, que es la mayor complejidad de éstas, lo que determina que los profesionales vayan especializándose y dividiendo las parcelas del saber, a fin de dar solución satisfactoria a los clientes, para conseguir prestar el mejor y más adecuado servicio profesional.

A continuación el Centro Directivo empezaba a distinguir dos tipos de sociedades, la que en su momento denominamos sociedades de intermediación y las que consideramos sociedades profesionales *stricto sensu*. En este sentido las agrupaciones profesionales acuden con frecuencia al ámbito societario. En esta materia se ha de distinguir en primer lugar las sociedades mercantiles que adoptan como objeto social una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales y en las que el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto, en lugar de al profesional, al que la ley confiere tal actuación, y aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas... Respecto de las del primer tipo, siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares para el ejercicio profesional, es claro que no cabe ad-

mitirlas, ya que la persona jurídica *per se*, y como ente abstracto, no puede realizar directamente esta clase de prestaciones, pero no sucede así respecto de las del segundo tipo, en donde si bien hay que examinar cada caso concreto y por eso no puede establecerse una formulación de carácter general sobre su admisión o no, es indudable que en la mayor parte de los casos, y siempre que no exista una prohibición legal, junto al contrato base suscrito entre cliente y sociedad, se encuentra el sucesivo contrato, ejecución del primero en el que la intervención del profesional, con su consiguiente responsabilidad, no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente...

Como podemos apreciar, se hacía referencia a las sociedades profesionales en sentido estricto, y en este caso se negaba la posibilidad de su existencia, ya que el objeto social es una actividad que está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales; en cambio, sí se permitía a las sociedades que son mediadoras, teniendo en cuenta en este caso que éstas no proporcionan al solicitante la prestación que está reservada al profesional.

La Resolución de 2 de junio de 1986 relativa a la inscripción de una Sociedad Limitada en el Registro Mercantil, cuyo objeto es prestar toda clase de servicios y asesoramientos a empresas o personas físicas, contables, fiscales, jurídicas de administración, gestión y representación. Presentada la escritura en el Registro Mercantil, el registrador suspendió la inscripción, por establecerse como objeto social la prestación de determinados servicios, para los que exige titulación académica incompatible con la personalidad jurídica de las sociedades. La Dirección General revoca la nota del registrador utilizando diversos argumentos. En primer lugar se parte del fenómeno de la complejidad en el tráfico de actividades jurídicas, económicas, etc., que deriva en el sentido de que el asesoramiento aislado del profesional se vea sustituido por una labor de equipo, lo que supone el nacimiento del elemento organizativo. Como siempre, la apreciación de este fenómeno es compartida por todos, y por ello debemos estar de acuerdo con el planteamiento del Centro Directivo. Lo que ocurre es que a continuación la Dirección General vuelve a distinguir los dos tipos de sociedades mercantiles que pueden darse en este fenómeno organizativo dentro de las profesiones liberales. Por una parte aquellas sociedades mercantiles, que adoptan como objeto social una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales, y en las que el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto, creado a tal efecto; de otro lado distingue la resolución aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras, y que sirven no sólo de intermedia-

rias, para que el profesional realice la actividad o la prestación que solicita el cliente, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas. Por ello, en la lógica del Centro Directivo, respecto de las del primer tipo, siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares, es claro que no cabe admitirlas, no sucediendo así lo mismo respecto de las del segundo tipo, en donde si bien hay que examinar cada caso concreto, es indudable que en la mayor parte de los casos, y siempre que no exista una prohibición legal, junto al contrato base suscrito entre cliente y sociedad, se encuentra el sucesivo contrato, ejecución del primero en el que la intervención del profesional, con su consiguiente responsabilidad, no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente. En el caso resuelto se salva la situación, interpretando la redacción de los estatutos desde un punto de vista finalista, apreciando por reducción al absurdo que, al no ser posible que la Sociedad de Responsabilidad Limitada creada pueda ostentar título académico alguno, la prestación de servicio y asesoramiento, objeto social, a que se refiere ese artículo estatutario, hay que entender que ha de ser realizada no por la Sociedad, sino por aquella persona física que reúna las condiciones habilitantes para poder prestar el servicio u obra, por exigirlo así las normas legales, y se encuentre ligada por cualquier vínculo jurídico a la sociedad contratante. Como podemos apreciar, el Centro Directivo vuelve a insistir sobre su eje central de la actividad de carácter estrictamente personal, atribuida por ley a determinados profesionales.

La Resolución de 26 de junio de 1995 también trataba el tema en el sentido general de las resoluciones ya comentadas, y además uno específico, ya que la sociedad objeto de inscripción en el Registro Mercantil se denominaba “Bufete de la Fuente, SL”. En este caso se indica con claridad que tan sólo cabe denominar como bufete al despacho profesional de quienes merezcan la condición de abogado, quedando excluido de tal denominación el despacho de aquellos otros profesionales del Derecho que se limitan a prestar una actividad de mero asesoramiento sobre temas jurídicos, pero dicha actividad no resulta encuadrable en el concepto de protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, que es la reservada de forma exclusiva y excluyente a la abogacía profesional.

b) Criterio posterior.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Profesionales, el Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones.

La Resolución de 21 de diciembre de 2007 resolvió el recurso contra la negativa del registrador mercantil a inscribir una escritura de constitución de una sociedad limitada, en concreto se cuestionaba si era o no inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada, según la cual ésta tendrá por objeto, entre otras actividades, la gestión administrativa y los servicios de asesoramiento contable, fiscal y jurídico. También se especificaba que, si la Ley exige para el ejercicio de las actividades incluidas en el objeto social algún título profesional, éstas deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación requerida.

El registrador califica el documento en el sentido de que, al tratarse de actividades que requieren título oficial y están sujetas a colegiación, son actividades propias de las sociedades profesionales sujetas a la Ley de 15 de marzo de 2007, y ésta establece determinados requisitos que no se cumplen en la escritura calificada.

El Centro Directivo indica que “el hecho de que la vigente Ley 2/2007, de 15 de marzo, haya tipificado las denominadas sociedades profesionales no constituyen obstáculo al reconocimiento legal de otras agrupaciones profesionales que, aún enmarcadas en el ámbito societario (y denominadas doctrinalmente sociedades de profesionales), tengan características propias y suficientemente diferenciadoras...”.

También se indica en la resolución que, reconocida la posibilidad de constitución de sociedades de profesionales que no estén sujetas a los requisitos establecidos para las sociedades profesionales *stricto sensu*, debe ahora decidirse... si se trata de uno u otro tipo de sociedad. Y, aunque hubiera sido deseable una mayor claridad y precisión en la redacción de dicha disposición... la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto... debe entenderse que con ella (la cláusula estatutaria) no se trata propiamente de la fundación de una sociedad profesional, sino de constituir una sociedad cuya finalidad sea, como admite la ley especial, la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión..., y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas...

El Centro Directivo en esta resolución se basa fundamentalmente, entre otros argumentos, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, de 15 de marzo y, una vez valorado todo el contenido del documento público e interpretado de manera conjunta, llega a la conclusión que la voluntad de los otorgantes no es la de constituir una sociedad profesional, teniendo en cuenta además la intervención del notario en el sentido de realizar la preceptiva valoración de la voluntad de los otorgantes.

En principio, la argumentación parece lógica, lo que ocurre es que puede tener algún peligro a los efectos prácticos, como luego tendremos ocasión de ver cuando analicemos la disposición adicional 2.^a de la Ley, en conexión con la disposición transitoria 1.^a, y los posibles efectos devastadores que de ella se puedan derivar.

Asimismo la **Resolución de 1 de marzo de 2008**, en la que se dilucidaba la inscripción de una escritura de adaptación de una Sociedad Limitada a la Ley de Sociedades Profesionales.

La primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es la referida al objeto social de una sociedad profesional. Lo que la registradora señala es que el objeto social debe expresar con claridad y concisión la actividad profesional de que se trate. Indica el Centro Directivo que “en el presente caso la propia disposición estatutaria no especifica la concreta profesión cuyo ejercicio constituye el objeto de la sociedad. Si a ello se añade la exigencia legal y reglamentaria de claridad y precisión en la determinación del objeto social, debe concluirse que una enumeración de actividades como la que es ahora cuestionada no puede ser admitida”. Téngase en cuenta que el objeto social tenía muchísimas actividades profesionales, como desde el asesoramiento en materia contable, el análisis, planificación de inversiones, la emisión de informes, etc.

También se discute la relación entre los socios profesionales y los no profesionales, incluso entre los profesionales no socios. La registradora considera que por la redacción del propio artículo 3 de los estatutos sociales podría posibilitar que el objeto social fuera realizado por profesionales no socios, llegándose incluso a que ningún socio ostentara el correspondiente título profesional. El Centro Directivo indica que ello no sería posible, en virtud del artículo 4 de la propia Ley de Sociedades Profesionales, que exige una mayoría de capital y de personas que tienen que ser sociedades profesionales.

Otro de los defectos expresados por la registradora es que no se han incorporado las certificaciones del Colegio Profesional correspondientes, no resultando acreditado quién las ha expedido. El Centro Directivo considera que la certificación del Colegio Profesional no tiene por qué ser incorporada a la escritura, ya que la Ley no impone tal requisito, en concreto el artículo 7.b) se limita a establecer que la escritura debe expresar el Colegio Profesional al que pertenecen los otorgantes y su número de colegiado, lo que se acreditará mediante el certificado colegial. Y en consecuencia se entiende que, si el notario hace constar que se le ha acreditado, se trata de la narración de un hecho que queda bajo el alcance de la fe pública notarial.

Existe otro defecto planteado por la registradora; consiste en que no consta en el documento el número de participaciones sociales de que es titular cada uno de los dos socios profesionales, por lo que no resulta acreditada la mayoría que deben tener los socios profesionales. En este punto el Centro Directivo da la razón al registrador, en el sentido de que es necesario hacer constar en la inscripción registral la identidad de los socios profesionales y el número de participaciones, acciones o cuotas de que sean titulares.

Se trata por último de rechazar la pretensión del recurrente respecto de la inscripción parcial de la escritura, pero ello no es posible hasta que no se acomoden totalmente los estatutos sociales a las disposiciones de la Ley de Sociedades Profesionales.

En definitiva, por el Centro Directivo se irán resolviendo problemas concretos que se vayan planteando conforme vayan presentándose nuevos títulos relativos a las Sociedades Profesionales.

II. Los tipos societarios

En relación con lo indicado líneas arriba, la Ley de Sociedades Profesionales no establece un tipo social específico, como veíamos en una de las posibles soluciones a esta cuestión.

Por ello **el artículo 1.2 de la Ley** establece que “las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentado los requisitos establecidos en esta ley”.

A su vez el **apartado tercero** de este mismo artículo establece cuál debe ser la normativa aplicable a estas sociedades profesionales, siendo ésta en primer lugar la de la propia Ley de Sociedades Profesionales, y supletoriamente por las normas correspondientes a la forma social adoptada.

El criterio es lógico, y en mi opinión es positivo que se opte por una libertad en cuanto a la forma social para adoptar, aunque no cabe la menor duda que determinadas formas societarias por su propia naturaleza tendrán en algunos puntos menos encaje que otras, y estoy haciendo referencia a la distinción entre las sociedades personalistas y las sociedades de capital.

Como hemos indicado, en principio las formas societarias que puede revestir la sociedad profesional son diversas, tanto desde la perspectiva de las sociedades personalistas como de las de capital: La sociedad civil, la Colectiva, la Comanditaria, la Anónima, la Limitada, etc. Estas formas son posibles, aunque no cabe duda que algunas encajan mejor en la idea y sentido de las sociedades profesionales.

Una de las cuestiones que se plantean es la posibilidad de constituir sociedad profesional en forma de cooperativa. En principio consideramos que algún tipo de cooperativa encajaría en las sociedades profesionales, en concreto la sociedad cooperativa de trabajo asociado, no así las cooperativas de servicios.

Se ha cuestionado que puede existir un conflicto irresoluble cuando precisamente la forma societaria escogida sea una cooperativa de trabajo asociado debido a que el Estado carece de título competencial que le habilite para regular, directa o indirectamente, el ámbito cooperativo, con los conflictos concretos entre la Ley de Sociedades Profesionales y las Leyes Autonómicas (1).

Me gustaría hacer una pequeña reflexión sobre la cuestión de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y su encaje en la Ley de Sociedades Profesionales.

Analizando los artículos referentes a la limitada nueva empresa, es necesario realizar determinadas reflexiones. Todos sabemos la filosofía y esencia de esta Limitada Nueva Empresa, que no era otra que facilitar a los pequeños empresarios la constitución de una sociedad limitada desde diversos puntos.

Por una parte, una mayor simplificación en lo relativo a determinadas obligaciones que se imponían a la Limitada normal. El constituir una sociedad con unos límites de capital social, el número de los socios, la forma de administración y un largo etcétera.

De otra parte también la posibilidad de realizar su tramitación a través de procedimientos telemáticos, con la existencia del DUE (Documento Único Electrónico), y una red de comunicaciones integrada en el sistema CIRCE, donde participaban varios estamentos de la Administración: el notario, el Registro Mercantil Central, el Registro Mercantil, Provincial, la Agencia Tributaria, Comunidades Autónomas, Seguridad Social, etc.

Además el proceso desde su constitución a su terminación completa en todos los trámites se hacía con una mayor celeridad cuando se aportaban los denominados estatutos orientativos.

Si analizamos los artículos de la Limitada Nueva Empresa veremos cómo en lo relativo al objeto social existen unos parámetros ya determinados. El artículo 132 en su apartado 1, de la Ley de Limitadas, que está incardinado en el capítulo XII, dedicado a la Sociedad Nueva Empresa, establece que la Sociedad Nueva Empresa tendrá como objeto social todas o algunas de las siguientes actividades, para a continuación hacer una

(1) En este sentido, CASTAÑER CODINA, Joaquim y FARRANDO MIGUEL, Ignacio: "Algunos desajustes en el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales", *La Ley*, año XXVIII, número 6623, viernes, 5 de enero de 2007.

relación de las mismas, donde aparece también la actividad de profesionales o de servicios en general.

Por otra parte, el apartado 3 del mismo artículo expone con claridad que en ningún caso podrán incluirse en el objeto social aquellas actividades para las cuales se exija forma de sociedad anónima **ni aquellas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo.**

Asimismo la Ley de Sociedades Profesionales, en concreto el artículo 2, hace referencia al objeto exclusivo de éstas, en el sentido de que las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales, aunque con la posibilidad de poder ser multidisciplinarias.

De la conjunción de estos artículos podremos llegar a la conclusión de la no viabilidad de la Sociedad Limitada Nueva Empresa como forma societaria para las sociedades profesionales.

Otra cuestión colateral es la relativa a la propia actividad de profesionales o de servicios en general. Esta actividad está constatada en el artículo 132 de la Ley para la Limitada Nueva Empresa. Un problema que se puede plantear es si esa actividad “de profesionales” puede reflejarse en los Estatutos de la Nueva Empresa tras la nueva Ley de Sociedades Profesionales, o bien pensar que con esa frase estamos hablando de sociedades intermediadoras o de gestión, pero no profesionales *stricto sensu*, como luego tendremos ocasión de reseñar cuando analicemos la problemática de las sociedades inscritas en el Registro Mercantil y el fenómeno de su adaptación. En mi opinión creo que debemos llegar a la solución de que se está haciendo referencia a sociedades de intermediación o intermediadoras de la actividad profesional.

En definitiva parece que por todo lo dicho anteriormente no se puede encajar a la Limitada Nueva Empresa como forma societaria para una sociedad profesional, y por ello si quiere serlo, además adaptarse a la Limitada Normal, y por supuesto a las normas contenidas en la Ley de Sociedades Profesionales, donde uno de los puntos esenciales será el objeto social. (Cfr. art. 144 de la LSRL.)

A continuación analizaremos algunas de estas formas societarias, con independencia que a la hora de analizar el proceso de adaptación de la disposición transitoria primera de la Ley hagamos los comentarios específicos a esa adaptación.

1. La sociedad civil.

Como ya he indicado en numerosas ocasiones, siempre he considerado que la sociedad civil es quizá una de las formas societarias que podían encajar para el funcionamiento de las sociedades profesionales.

Uno de los problemas que se planteaban era el del acceso de la sociedad civil al Registro Mercantil, por ejemplo, después de algún intento fallido al respecto.

Con la nueva ley el panorama cambia. Por una parte el **artículo 7.1** determina que el contrato de sociedad profesional deberá formalizarse en escritura pública. De otra parte el artículo **8** de la ley establece con claridad que la escritura pública de constitución de la sociedad profesional deberá ser inscrita en el registro mercantil, y por otra parte **la disposición adicional cuarta** de la ley modifica el Código de Comercio en el artículo 16.1 séptimo, que hace referencia a los actos objeto de inscripción en el registro mercantil. Este nuevo apartado séptimo dice: “Las sociedades civiles profesionales, constituidas con los requisitos establecidos en la legislación específica de sociedades profesionales”.

La sociedad civil profesional deberá constituirse en escritura pública y recoger los elementos y variables que exige la Ley de Sociedades Profesionales, debiendo también los notarios que las constituyen y adaptando estas variables al esquema de la sociedad personalista por esencia en el campo civil.

Con ello se cierra el círculo, en cuanto a la posibilidad que la sociedad civil, eso sí, sólo las profesionales, pueda tener acceso al registro mercantil.

En cambio no se aprovecha esta reforma para ampliar esta posibilidad a todas las sociedades civiles que efectivamente tengan la consideración de sociedad; quizá no se ha hecho así por ser ésta una ley específica, que intenta dejar aclarado un punto concreto, y no querer el legislador entrar en otras profundidades de mayor calado, que quizá hubieran requerido también alguna modificación de los artículos del Código Civil que regulan la sociedad civil.

No obstante, podría plantearse la necesidad de poder acometer esta reforma de la sociedad civil en el Código Civil.

En el Derecho comparado, en la experiencia francesa de la Ley de 1966, denominada de Sociedades Civiles Profesionales, se optó por una tipología societaria específica, si bien es cierto que en otras disposiciones se ha ampliado el campo de actuación a otros posibles tipos societarios. Quizá se podría haber aprovechado la reforma para adaptar las sociedades civiles a las nuevas necesidades del tráfico.

El legislador francés, por medio de la Ley 66-879, de 29 de noviembre de 1966, crea una regulación específica para las sociedades civiles profesionales, modificada en algunos aspectos, y en algunos artículos, por la Ley número 72-1151, de 23 de diciembre de 1972. Posteriormente, y también refiriéndonos al Derecho francés, la Ley 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, regula el ejercicio bajo la forma de sociedades de profesiones li-

berales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario o donde el título está protegido, abriendo el campo a los tipos societarios mercantiles.

En cuanto a la condición de socio en una sociedad civil profesional, la ley francesa de 1966 establece que solamente pueden ser miembros de una sociedad civil profesional las personas físicas, y no sólo con relación a sociedades monoprofesionales, sino también a sociedades interprofesionales, con la excepción de que se pueden constituir sociedades civiles de medios. Asimismo solamente pueden ser miembros quienes ejerzan de forma efectiva una profesión liberal, que estén sujetas a un estatuto legislativo o reglamentario, o quienes tienen una profesión cuyo título esté protegido, de ahí que, caso que el socio pierda sobrevenidamente la condición de profesional, tenga un tratamiento si esta pérdida es de carácter definitivo o temporal, y en el primer caso debe abandonar la sociedad reembolsándole el valor de las participaciones sociales y, en el caso de que sea temporal, el reglamento específico de cada profesión quien determine los efectos que van a producirse. Por ello, en la Ley de Sociedades Civiles profesionales francesas se excluye a los no profesionales, excluyéndose a los socios meramente capitalistas, aunque no hay que olvidar que la Ley de 1990 ya citada permite la constitución de sociedades de capital por los profesionales, para el ejercicio de sus actividades.

La Ley de 1990 admite la participación de socios no profesionales, es decir, de socios capitalistas, garantizándose en su caso la independencia de los miembros profesionales, al exigirse que un tanto por ciento mayoritario del capital se encuentre en manos de los profesionales, además de tener una mayoría en el órgano de administración, que si fuese unipersonal debería estar encomendado a un socio profesional.

2. La sociedad colectiva.

Está claro en nuestra opinión la posibilidad de la forma societaria de la sociedad colectiva como sociedad personalista, y como sociedad base en el campo de derecho mercantil.

No cabe duda que otro tipo societario de carácter personalista por excelencia es el de la sociedad colectiva, regulada en el Código de Comercio, pudiendo ser considerada como el tipo básico de las sociedades mercantiles. Ha habido reticencias a la hora de poder entender que la forma colectiva pueda ser una forma social adecuada para las sociedades profesionales, ya que la actividad profesional, la aportación de industria en estas últimas, es una actividad civil por excelencia, y en cambio la sociedad colectiva es mercantil, contraponiéndose la naturaleza civil del objeto de la sociedad profesional con el carácter mercantil de la sociedad colectiva.

A pesar de ello consideramos que estos escollos no son en absoluto insalvables, sino muy al contrario debido al carácter personalista de la sociedad colectiva, que se demuestra al hacer un simple repaso superficial a los artículos del Código de Comercio.

Como se ha indicado, “en su condición de arquetipo de sociedad personalista se presenta como una figura fácilmente adaptable al ejercicio colectivo de la profesión. La congruencia de su organización y régimen jurídico con las exigencias personales de la actividad profesional se refleja en muchos puntos: razón social de composición subjetiva (art. 126 CDC); intrasmisibilidad de las cuotas (art. 143 CdC); llamamiento a todos los socios para ejercer la administración (art. 129 CdC); disolución por muerte, incapacitación, concurso, o quiebra de cualquiera de los socios (art. 222 CdC); responsabilidad personal ilimitada de todos los socios (art. 127 CdC)... La objeción que no obstante, se opone por un autorizado sector de la Doctrina a la viabilidad del ejercicio profesional por medio de esta clase de sociedades mercantiles... se hace descansar sobre la imposibilidad o dificultad de equiparar... las actividades realizadas por profesionales liberales y las actividades comerciales e industriales propias del sector mercantil. Se trata, sin embargo, de un reparo que no acierta a comprenderse, puesto que la naturaleza no mercantil de la actividad profesional en modo alguno representa un obstáculo para acogerse a un tipo societario mercantil, según con toda evidencia se desprende del artículo 1.670 CC, que consagra la apertura de las formas mercantiles para las actividades civiles... Ni que decir tiene que las tendencias del Derecho comparado se orientan en la misma dirección permisiva” (2).

3. Las sociedades de capitales. Anónimas y limitadas.

La nueva Ley en efecto admite cualquier forma societaria prevista en la ley, y por supuesto las anónimas y limitadas, con los problemas que se plantean en las sociedades de capital, cuando la relación personal de los socios es tan importante en la propia actividad u objeto social.

En otras ocasiones (3) hemos tenido ocasión de plantear problemas

(2) PAZ-ARES, Cándido y CAMPINS, Aurora en “Las Sociedades Profesionales (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria Justificativa)”. Estudio preparado a solicitud del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, junio de 1997.

(3) Entre otros trabajos publicados: “Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, cara a una futura Ley”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 78, número 669, 2002, pp. 9-52; *Actualidad Civil*, número 4, 2001, pp. 1517-1551; *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 40, 2000, pp. 61-109; “Las sociedades profesionales. Reflexiones para una futura Ley. Especial consideración de la función notarial”, varios autores *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión* (coordinadores M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL), Editorial Bosch, 2005, pp. 993-1049; “Las Sociedades Pro-

específicos de las sociedades de capitales en relación a las sociedades profesionales, y sirva lo anterior como punto de partida y de evolución para una mejor comprensión de la problemática planteada.

Basta en este momento indicar que sí existen algunas referencias específicas en la ley relativas a la posibilidad de especialidades por razón de las sociedades de capital.

El artículo 17 de la Ley establece una serie de reglas específicas cuando se adopten formas sociales que impliquen limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. En definitiva, las sociedades de capital.

Las reglas básicas son:

- a) Si se trata de sociedades por acciones, éstas deberán ser nominativas.
- b) No existirá el derecho de suscripción preferente para los socios en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional, bien para atribuir a un profesional la condición de socio profesional, ya para incrementar la participación societaria de los socios que ya gozan de tal condición, todo ello salvo disposición en contrario del contrato social.
- c) Cuando se hagan aumentos de capital, para los supuestos que hemos visto en el párrafo anterior, la sociedad podrá emitir las nuevas participaciones o acciones por el valor que estime conveniente, siempre que sea igual o superior al valor neto contable que le sea atribuible a las participaciones o acciones preexistentes y, en todo caso, al valor nominal, salvo en disposición contrario del contrato social.
- d) Un aspecto importante también es que la reducción del capital social, además de las funciones que puede tener en la forma societaria que se utilice, será la de ajustar la carrera profesional de los socios, conforme a los criterios establecidos en el contrato social.
- e) Otro aspecto es el relativo a la adquisición de las propias acciones o participaciones de la propia sociedad, en el supuesto de la transmisión forzosa *inter vivos*, contemplada en el artículo 15, apartado 2, de la Ley. En estos casos esta adquisición deberá realizarse con cargo a beneficios distribuibles o reservas disponibles, y aquellas acciones o participaciones que no fuesen enajenadas en el plazo de un año deberán ser amortizadas y, entre tanto, le será apli-

fesionales”, varios autores, *Instituciones de Derecho Privado* (coordinador general Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL), tomo VI, Mercantil, volumen 1.º, Derecho de Sociedades, Parte General, Consejo General del Notariado y Thomson-Civitas, 2003, pp. 156-191.

cable el régimen previsto en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo 40 bis de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

- f) También se establece una mención específica al régimen de retribución de la prestación accesoria de los socios profesionales, que en estas sociedades tienen una gran importancia, habiendo una remisión para poder ser aplicada al apartado 2 del artículo 10 de la Ley, que establece reglas en relación a la distribución del resultado y el reparto final, en cuanto a la participación en beneficios y pérdidas.

En el caso de sociedades anónimas, las acciones deberán ser nominativas, para el control de los socios profesionales y los socios no profesionales, siendo interesante el distinguir con claridad cuáles son unas y otras. Igualmente las participaciones sociales se pueden numerar y distinguir las de los socios profesionales y las que no lo son.

La cuestión de las **prestaciones accesorias** es esencial en las sociedades profesionales por imperativo de la Ley, ya que no debemos olvidar que esa es la aportación de los socios, su propia actividad profesional. Por ello es principio general que las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social.

En las sociedades de capital esta cuestión debe estar perfectamente reseñada y regulada. Si estamos en sede de Anónimas habrá que tener en cuenta el artículo 127 del Reglamento del Registro Mercantil, y en sede de Limitadas, los artículos 22 a 25 de la Ley de Limitadas y el artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil.

Así pues en los Estatutos se determinarán las características de estas prestaciones de la manera más detallada posible, si son retribuidas o no, la forma de esa retribución, su régimen jurídico, etc.

Como podemos apreciar, todo este conjunto de medidas intentan adaptar algunas normas de las sociedades de capital a las sociedades profesionales, normas que en determinados momentos pueden parecer chirriantes con los principios de las sociedades de capital, y que muchas de las soluciones aportadas por la ley ya habían sido tratadas por la doctrina, y que ahora se regulan en la propia ley y que en parte coinciden con la Propuesta de Anteproyecto, al que ya nos hemos referido, de la Comisión General de Codificación.

III. Las sociedades multidisciplinarias

Uno de los puntos esenciales, que en la práctica arrastraba mayor conflictividad, era el de la posibilidad de que en el objeto de las sociedades profesionales, que es el ejercicio de actividades profesionales, puedan ejercitarse o no actividades propias de una profesión o bien de varias profesiones.

En definitiva, en esta cuestión podían plantearse como alternativas el negar de forma absoluta la posibilidad de la sociedad profesional multidisciplinar; otra postura sería la de establecer una libertad total a esta posibilidad; y por último la de admitir la misma, pero sometida a determinados controles, que pueden establecerse por distintas vías o modalidades, bien directamente por los Colegios Profesionales, bien por el Gobierno oídos los anteriores, o bien por cualquier otro mecanismo de control. Incluso una vez aceptada la posibilidad se pueden mantener distintas posturas, con relación a qué tipo de profesiones pueden ser compatibles, o en su caso con posibilidades de actuación conjunta.

Como se ha indicado (4), "... los principales problemas que plantea la creación de sociedades interprofesionales, cuando en ellas intervienen profesionales colegiados, obedecen a dos órdenes de razones: En primer lugar, las exigencias de control y vigilancia de los colegios profesionales implicados plantean algunas cuestiones: a cuál de ellos correspondería el control, qué tipo de control, a qué profesionales afectaría; debe inscribirse o notificarse la constitución de la sociedad en todos los colegios profesionales afectados; cómo incidirá la normativa colegial en profesionales que no tengan obligación de colegiarse. En segundo lugar, surge la necesidad de compatibilizar las diferentes normas deontológicas que imperan en cada profesión. Un ejemplo concreto puede ponerse en relación con el secreto profesional, impuesto preceptivamente para algunos profesionales y no para otros. En tal caso, ¿se extendería tal obligación a todos los profesionales que integran la sociedad, estando obligados igualmente los socios profesionales que no tienen tal obligación, a mantener el secreto de los hechos que hayan conocido en virtud de su actuación en la sociedad? Indudablemente, el régimen de este tipo de sociedades que en sus líneas generales, sigue el de las sociedades uniprofesionales, necesitará de la coordinación de las normativas profesionales y deontológicas...".

Efectivamente este es uno de los temas más candentes que se respira en la realidad cotidiana, y que en los ordenamientos donde se ha permitido la sociedad multiprofesional, como por ejemplo en Francia para

(4) GARCÍA PÉREZ, Rosa: *El Ejercicio en Sociedad de Profesiones Liberales*, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 66.

poderla constituir, requiere una expresa regulación vía Decreto del Consejo de Estado, una vez que se ha oído a los colegios, o a las autoridades profesionales; otra cuestión es el exigir que estas profesiones tengan o desarrollen actividades afines o análogas, y en este sentido va la Ley italiana de 28 de julio de 1976 y el pleno del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, de mayo de 1989, que establece que en las sociedades multiprofesionales con participación de abogados se requiere que ese despacho multiprofesional deberá integrar únicamente a profesionales que puedan colaborar en la prestación de dicho servicio jurídico (5).

En Francia, la Ley de 23 de diciembre de 1972 modificó la redacción del párrafo primero del artículo 2 de la Ley de 29 de noviembre de 1966; admite que un Reglamento de Administración Pública pueda autorizar, en las condiciones que determine, a las personas físicas que ejerzan una profesión liberal... a constituir sociedades regidas por la presente Ley con otras personas físicas que ejerzan otras profesiones liberales, visto el posible ejercicio en común de sus respectivas profesiones. El artículo 2 de la citada Ley en su párrafo tercero establece que estas sociedades no pueden realizar actos de una profesión determinada más que por medio de uno de sus miembros cualificados para ejercer esa profesión (6).

Con relación al tema de las sociedades multidisciplinarias, y su conexión con las normas de la libre competencia, hay que hacer una mención especial a dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La primera sentencia es de 19 de febrero del 2002 y tiene por objeto una demanda que se interpone contra el Colegio Nacional de Abogados de Holanda con relación a la regulación del ejercicio de la profesión, y en concreto la prohibición que se establecía en dicha regulación, en el sentido de que estaban prohibidas las asociaciones de abogados con auditores. En el fallo de la sentencia se declara que un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales, reglamento de 1993 del Colegio de Abogados de los Países Bajos, debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas, a los efectos del artículo 81, apartado 1, del Tratado. Asimismo que una normativa nacional, como el referido reglamento no infringe el artículo 81, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata. Asimismo

(5) Reseñado por GARCÍA PÉREZ, Rosa: ob. cit., pp. 66 y 67.

(6) Reseñado por MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, en *Sociedades Profesionales Liberales*, J. M. Bosch Editor, SA, Barcelona, 1994, p. 62.

que un organismo, como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, no constituye una empresa, ni una asociación de empresas a efectos del artículo 82 del Tratado. Por último, continúa el fallo del Tribunal, se indica que los artículos 43 y 49 del Tratado no se oponen a una normativa nacional como la dictada por el Colegio de Abogados, que prohíbe toda colaboración integrada entre abogados y auditores, dado que se pudo considerar razonablemente que era necesaria para el buen ejercicio de la Abogacía tal y como está organizada en el país de que se trata.

Como podemos apreciar, esta sentencia era de una importancia vital, ya que tiene muy en cuenta las normas de deontología y el buen hacer de determinadas profesiones. Cuando estas normas de deontología pueden ir en contra de aspectos meramente económicos como los de la libre competencia, triunfan las primeras por considerarse que hay un valor superior, diría yo de seguridad jurídica, con independencia de otras cuestiones pura y estrictamente economicistas. Es decir, es necesario resaltar que cuando la Unión Europea detecta que en algunos Estados miembros, para determinadas profesiones reglamentadas, existen normativas que pueden ir en contra del principio de la libre competencia, no por este solo hecho éstas deben ser derogadas. Es necesario analizar y ver el fundamento de las mismas, y sobre todo establecer que sólo y exclusivamente con esas normas reglamentarias se pueden conseguir los fines que la sociedad demanda. Dicho de otra manera, que esas reglas restrictivas de la competencia son suficientes, proporcionadas y adecuadas. Esto se puede predicar del conjunto de las profesiones liberales, pero también muy especialmente de la profesión notarial, que en los países del notariado latino-germánico el notario es a la vez oficial o funcionario público y profesional del Derecho, por ese carácter de oficial público en el que el Estado delega una serie de competencias en la dación de fe pública; ello implica como contrapartida el que esa profesión esté especialmente reglamentada, en cuanto al acceso, el *numerus clausus*, las tarifas, la publicidad, etc. Y como consecuencia de que el objeto de su actividad, o el resultado de la misma, es un bien público, es por lo que debe considerarse y analizarse el que esa reglamentación determina que gracias a ella es posible, o mejor dicho, es la única manera de conseguir las finalidades que el Estado quiere en la función pública notarial, como un auténtico servicio público a los ciudadanos.

Este es un poco el sentido en el que debe ser respondida la propuesta del comisario Monti, en febrero de 2003, donde identifica un conjunto de profesiones reglamentadas y donde dice que será necesario analizar y en su caso instar a los Estados miembros, a los efectos de que éstos supriman o en su caso modifiquen estas normas, que pueden ser restrictivas a la libre competencia. El planteamiento del informe Monti es un

planteamiento pura y exclusivamente economicista, midiendo a todos por el mismo rasero y utilizando parámetros y variables, de oferta y demanda, de rebaja de precios, etc., sin tener en cuenta que existen otros puntos de vista, parámetros o variables diferentes, en el sentido de principios jurídicos como el de la seguridad, tan importantes en un Estado de derecho, y que además son condición indispensable y esencial para un buen tráfico económico, ya que sin seguridad el mercado no ofrece confianza, y los operadores que en él intervienen pueden abstenerse de participar y en su caso irse a otros lugares que ofrezcan una seguridad jurídica.

A pesar de estas ideas que para mí son claras, las espadas están en alto, e incluso textos normativos de la Unión Europea pueden tambalear todo lo dicho anteriormente. En este sentido, el Reglamento CE número 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado, es un claro ejemplo de lo indicado anteriormente. En efecto, la entrada en vigor ha sido la del 1 de mayo de 2004 y se concede a las autoridades de cada Estado en materia de competencia un conjunto de atribuciones, en mi opinión, bastante espeluznantes. Así el artículo 1 de este Reglamento, en su apartado 1, establece que: “Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”. En este Reglamento se establecen unas facultades omnímodas a las autoridades de competencia de los Estados miembros, ya que estas autoridades son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, y a tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar decisiones, en cuanto a la orden de cesación de la infracción, la adopción de medidas cautelares, la aceptación de compromisos y la imposición de multas sancionadoras, coercitivas, o de cualquier otra sanción prevista por su derecho nacional.

Otra sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, relativa a una denuncia que se realiza sobre el baremo obligatorio de honorarios de los abogados, mediante acuerdo del Consejo Nacional de Colegios de Abogados y la aprobación del Ministerio de Justicia. En el fallo de la sentencia se declara que: “Los artículos 10 y 81 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que aprueba, basándose en un proyecto elaborado por un Consejo de Colegios de Abogados, un baremo que fija los límites mínimos y máximos para los honorarios de los miembros de la profesión, cuando dicha medida estatal se adopta en el marco de un procedimiento como el previsto por el Real Decreto-ley número 1578, de 27 de noviembre de

1933, en su versión modificada”. El punto esencial de la cuestión es que este proyecto de baremo aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados carece de fuerza si el ministro de Justicia no lo aprueba, por ello no cabe considerar, se dice en los considerandos de la sentencia, que el Estado italiano haya delegado en operadores privados la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica, lo que tendría la consecuencia de privar de su carácter estatal a la normativa controvertida en el procedimiento principal. Dice la sentencia, también en los considerandos, que por estas razones tampoco puede acusársele ni de imponer o favorecer prácticas colusorias contrarias al artículo 85 del Tratado, ni de reforzar sus efectos.

El artículo 3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, prevé esta posibilidad en el sentido de que las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible con norma de rango legal o reglamentario.

Sirva como comentario a este artículo todo lo indicado anteriormente sobre la problemática de las sociedades multidisciplinarias, únicamente indicar que esa declaración de incompatibilidad tiene que ser declarada por norma de rango legal o reglamentaria, lo que quizá determina una exigencia mayor que en otros textos quizá no aparecía con tanta claridad, ya que éstos se remitían a sus respectivas regulaciones.

Todo ello hay que ponerlo en conexión con la disposición transitoria cuarta de la Ley, que hace referencia al régimen transitorio de incompatibilidades profesionales en el sentido que, hasta que no entre en vigor el Real Decreto al que hace mención el apartado 2 de la disposición final segunda de la Ley, permanecerán vigentes las normas sobre incompatibilidades para el ejercicio de actividades profesionales actualmente aplicables. En este sentido, la disposición final segunda de la Ley, en su apartado 2, autoriza al Consejo de Ministros para que, oídas las respectivas organizaciones colegiales, regule mediante Real Decreto el ejercicio profesional en el seno de las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de varias actividades profesionales, y el régimen de incompatibilidades que sea aplicable a las sociedades profesionales y a los profesionales que en ellas desarrollen su actividad.

No obstante, sigo manteniendo el criterio indicado en varias ocasiones en el sentido de mirar con lupa la permisividad de las sociedades multidisciplinarias, sobre todo en aquellos aspectos que puedan poner en peligro la independencia, la ética y la deontología de una determinada profesión.

IV. Las sociedades profesionales en algunas profesiones

A los efectos de centrar el tema quizá convenga recordar la situación existente antes de la existencia de la Ley de Sociedades Profesionales, para así tener mejor una visión de conjunto de su problemática.

Debemos partir de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, que ha sufrido distintas modificaciones legislativas.

Por una parte, el artículo 2, apartado 1.º, párrafo 2.º, parte del principio que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de doble competencia, y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal, teniendo en cuenta que los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable. De otro lado, el apartado 2 del citado artículo establece que los Consejos federales informarán preceptivamente los proyectos de ley, o disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles.

La Ley 19/1988, de 12 de julio, regula la cuestión de la auditoría de cuentas. Esta ley ha sufrido distintas modificaciones, en mi opinión de bastante calado.

Entre los artículos de la Ley, de enjundia a los efectos que nos ocupan, hay que hacer mención al artículo 5, sobre la responsabilidad de los auditores, tema que había sido conflictivo en su momento. El artículo 6, que regula el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, donde se encuentran inscritos los profesionales o miembros en el mismo.

El artículo 8, en su apartado 1.º, enuncia un principio que me parece admirable por la terminología utilizada, y sobre todo por el sentido y la esencia que deja traslucir, ya que dice con claridad que: "Los Auditores de Cuentas deberán ser y parecer independientes, en el ejercicio de su función...". Por su parte, el artículo 6 permite realizar la actividad de auditoría de cuentas a las personas físicas o jurídicas, y ello está en conexión con nuestro tema y con la responsabilidad en el sentido ya indicado de que los informes de auditoría de cuentas se emitirán bajo la responsabilidad de quien o quienes los hubieran realizado.

En el artículo 8, en el apartado 2, se establecen unas causas o supuestos de hecho, en los que se considera que el auditor no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de una

empresa o entidad. En este sentido, la letra i) de este apartado 2 así lo considera en el supuesto de la prestación de servicios de abogacía simultáneamente para el mismo cliente o para quienes lo hubiesen sido en los tres años precedentes, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y por Consejos de administración diferentes, así como en la letra k) la prestación por el socio firmante del informe de servicios distintos del de auditoría de cuentas.

Como puede observarse, no se dice mucho ni sobre las formas societarias de estas sociedades de auditoría, aunque está claro que se reconocen, ni tampoco en cuanto al ejercicio multidisciplinar, ni siquiera en cuanto a la posibilidad de socios capitalistas. No obstante, en el artículo 8, sobre la independencia e imparcialidad, pueden vislumbrarse aspectos relacionados con los temas anteriores, como los que hemos mencionado en las letras i) y k) del artículo 8, apartado 2.

El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, teniendo en cuenta que la última reforma de esta disposición deviene de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003.

De este Estatuto de la Abogacía vamos a ir entresacando aquellos artículos que pueden interesarnos tanto en materia de sociedades profesionales como en algunos de los aspectos ya vistos anteriormente en otros apartados de este trabajo.

La sección 3.^a, referente a las prohibiciones, incompatibilidades y restricciones especiales detectamos en el artículo 21 algunas prohibiciones, como la de compartir locales y servicios con profesiones incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional, y mantener vínculos asociativos de carácter profesional que impidan el correcto ejercicio de la abogacía. El artículo 22 profundiza estos principios generales y en su apartado 2, letra c), repite de otra manera el enunciado de la letra c) del artículo 21, ya que el ejercicio de la abogacía se dice es absolutamente incompatible con el mantenimiento de vínculos profesionales con cargos o profesionales incompatibles con la abogacía que impidan el correcto ejercicio de la misma, siendo muy claro en el apartado 3 del citado artículo 22, al establecer que: “En todo caso, el abogado no podrá realizar actividad de auditoría de cuentas u otras que sean incompatibles con el correcto ejercicio de la abogacía simultáneamente para el mismo cliente o para quienes lo hubiesen sido en los tres años precedentes, pero no se entenderá incompatible esta prestación si se realiza por personas jurídicas distintas y con Consejos de administración diferentes”.

La sección 4.^a regula el importante tema del ejercicio individual, colectivo y multiprofesional.

El artículo 28 prevé que los abogados pueden ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles. El apartado 2 de este artículo 28 fija con claridad una serie de principios que hemos estado desarrollando en esta ponencia. De un lado se dice que la agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía, y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo.

Asimismo, el artículo 28 determina que la forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el registro especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio.

En cuanto a la responsabilidad civil, el apartado 7 de este artículo 27 establece que ésta, en cuanto al despacho colectivo, será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

Por su parte, el artículo 29 regula la asociación con carácter multiprofesional, permitiendo a los abogados asociarse en este régimen con otros profesionales liberales no incompatibles, utilizando cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, siempre que la agrupación tenga por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos que se complementen con los de las otras profesiones, que la actividad a desempeñar no afecte al correcto ejercicio de la abogacía por los miembros abogados y que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo anterior, que como hemos visto hacía referencia al ejercicio de la abogacía colectivamente.

Como podemos observar en este Estatuto, se establecen algunos principios importantes, a los efectos de poder dibujar lo que se venía definiendo como sociedades profesionales y no sólo sociedades de profesionales. Se dice que el objeto exclusivo es en efecto el ejercicio profesional de la abogacía, aunque no queda muy perfilado la aportación de ese ejercicio, o dicho de otra manera la denominada aportación de los socios, aunque puede derivarse de ese principio general que caracteriza a las sociedades profesionales, que como hemos dicho son aquellas que tienen por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales. También se

afronta el tema de las actividades multidisciplinarias y el de la responsabilidad de la sociedad y de los socios (7).

La disposición adicional primera de la Ley de Sociedades Profesionales reserva un apartado especial a la cuestión de la Auditoría de cuentas, estableciendo que “Los preceptos de esta Ley serán de aplicación, en lo no previsto en su normativa especial, a quienes realicen la actividad de auditoría de cuentas de forma societaria. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerará como Registro profesional de las sociedades de auditoría y de colegiación de los socios de ésta el Registro Oficial de Auditores de Cuentas”.

Algún autor (8) ha indicado que “... la norma no merece ahora más comentarios, salvo el de que tiene sentido que tales sociedades continúen rigiéndose por su normativa especial (en la que se contienen previsiones muy específicas a las que no podría alcanzar la generalidad de la nueva Ley), pensando sobre todo en las perturbaciones que hubiera provocado lo contrario (por ejemplo, en las diferentes exigencias de composición de la sociedad profesional y de la sociedad de auditoría), como lo tiene igualmente el que se establezca como Registro Profesional único, a los efectos de la constitución de nuevas sociedades profesionales de auditoría, el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, tanto para la inscripción de las sociedades profesionales como para la colegiación de los socios que en ellas vayan a ostentar la condición de socios profesionales”.

Aparentemente la justificación puede ser clara, no obstante creo que hay muchos problemas interpretativos a la hora de la práctica diaria y sobre todo en cuestiones muy específicas que considero imperativas.

Pensemos en la existencia de sociedades civiles de auditores anteriores a la Ley de Sociedades Profesionales. Podría ocurrir que estas sociedades estuvieran constituidas, por ejemplo, en documento privado. Por supuesto tampoco inscritas en el Registro Mercantil, en cualquiera de los casos, aunque estuvieran constituidas en escritura pública, ya que no se permitía el acceso de éstas al Registro Mercantil.

En este caso, estas sociedades, ¿pueden seguir así en el tráfico jurídico tras la Ley de Sociedades Profesionales a pesar de los términos claros y rotundos de los artículos 7 y 8 de la Ley de Sociedades Profesionales? Más aún, y con relación a las nuevas sociedades civiles de auditores, ¿tam-

(7) Sobre la deontología del abogado, *vid.* CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: “La Deontología del abogado en el mundo de las sociedades profesionales: necesidad de reflexiones y propuestas de futuro”, *La Ley*, año XXXVII, número 6439, lunes, 13 de marzo de 2006.

(8) YANES YANES, Pedro: *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p 233.

poco deben cumplir estos requisitos? Se trata de temas de calado y de orden público en mi opinión, de transparencia y de publicidad.

V. Composición y denominación social. El objeto social

El artículo 4 de la Ley regula la composición de la sociedad y el **artículo 6** la denominación social.

Lo que hemos indicado hasta el momento puede servir perfectamente para hacernos una idea de la necesidad de que la sociedad profesional esté en una parte fundamental en manos de los socios profesionales, tanto desde el punto de vista del capital como de la toma de decisiones.

En este aspecto, **el artículo 4** de la Ley sigue el esquema de otros textos anteriores, definiendo por una parte lo que debe entenderse por socios profesionales que lo son, las personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma, así como también, y éste es un aspecto novedoso de otros textos, las sociedades profesionales que estén inscritas en el colegio profesional, constituidas con arreglo a lo establecido en la ley y que participen en otra sociedad profesional. Se da pues entrada a las personas jurídicas como socios, pero no a todas, sino sólo aquellas que sean sociedades profesionales (9).

A los efectos de la Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente...

Asimismo, en cuanto al capital, las tres cuartas partes del mismo y de los derechos de voto en las de capital, o bien las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales.

En relación a esa composición de los socios profesionales y no profesionales, GARCÍA VALDECASAS, José Ángel, indica que no ve inconveniente

(9) Sobre los socios profesionales, *vid.* SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: "Estatuto Jurídico de los socios en las sociedades profesionales", *La Ley*, año XXIX, número 6866, martes, 22 de enero de 2008.

en que exista un solo socio profesional con el 75 por 100 del capital y varios socios no profesionales con el 25 por 100 restante, ello en relación a las sociedades de capital.

Existe una cuestión especial en materia de quórum de adopción de acuerdos. Hacemos referencia al artículo 10.2 de la Ley de Sociedades Profesionales y al que haremos referencia en otro apartado de este trabajo cuando analicemos el tema del reparto de beneficios.

En cuanto a la dirección y la toma de decisiones de las sociedades profesionales se exige en la ley que habrán de ser socios profesionales las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, y si éste fuere unipersonal o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional.

Por ello, en lo relativo al órgano de administración, ya hemos visto la necesidad de una mayoría de los socios profesionales en los mismos, es decir, las tres cuartas partes del órgano de administración deberán ser socios profesionales y en el caso de un administrador único o de consejero delegado, éstos deberán ser profesionales.

GARCÍA VALDECASAS, José Ángel, entiende que, aunque no lo dice la Ley, el redondeo debe ser por exceso y, por tanto, sólo a partir del cuarto miembro del órgano de administración, se trate de solidarios, mancomunados o Consejo, podrá ser no profesional; es decir, que hasta tres administradores todos ellos serán profesionales (10).

En este punto quiero hacer una matización a lo antes reseñado, y es en relación a los **administradores solidarios**. Creo que el espíritu y finalidad de la Ley quedarían vacíos de contenido si pudieran existir cuatro administradores solidarios socios profesionales y además otro administrador solidario no profesional. En este caso este administrador solidario podría representar a la sociedad y vincularla, y la decisión no estaría en manos de los socios profesionales administradores. Ello conculcaría el espíritu y la letra de la Ley. Por ello considero que esto no sería posible.

Estos requisitos, tanto de capital como de control de la administración de la sociedad, deben cumplirse a lo largo de toda la vida de la misma, y si no fuere así será causa de disolución; la ley dice obligatoria, yo hablaría de disolución de pleno derecho a no ser que esta situación cambie y se regularice en el plazo de tres meses desde que se produjo el incumplimiento; con criterio acertado existen algunas causas por las que determinadas personas no pueden ser socios profesionales, como son aquellas personas en quienes concurran una causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión que constituya el objeto social, y en aquellas otras

(10) GARCÍA VALDECASAS, José Ángel: p. web: notariosyregistradores.com.

personas inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa.

En relación a la constatación registral de esta circunstancia, GARCÍA VALDECASAS, José Ángel, entiende que: "... Lo que es más dudoso, salvo que así se establezca expresamente en una futura reforma del RRM, es que a esta disolución le sea aplicable la norma del artículo 238 del RRM, que establece la constancia de oficio por el Registrador Mercantil, por nota al margen, del hecho de la disolución de la sociedad. En principio nos inclinamos por la solución negativa, es decir, la no disolución de oficio por el Registrador Mercantil" (11).

Como colofón a este artículo 4, el apartado 6 determina una norma congruente con la filosofía y espíritu del control de la sociedad en el sentido de que un socio profesional únicamente podrá otorgar su representación a otros socios profesionales para actuar en el seno de los órganos sociales. Aspecto éste que hay que tener en cuenta en todo caso a la hora de redactar los Estatutos, ya que esta regla especial de la Ley de Sociedades Profesionales supone una derogación al régimen general ordinario establecido para las Limitadas y las Anónimas. Este precepto afecta tanto a la representación en las Juntas generales, como, por ejemplo, en los Consejos de administración. En el caso de que se trate de consejero socio profesional, sólo podrá ser representado por otro consejero que sea socio profesional.

En cuanto a la **denominación**, el artículo 6 regula esta cuestión con una gran amplitud, admitiendo denominaciones objetivas y subjetivas, y dando reglas específicas en las denominaciones subjetivas, ya que no olvidemos que el nombre de una persona en una sociedad profesional tiene una importancia máxima que debe ser tratada con especial cuidado.

De la dicción del artículo 6 de la Ley, no hay en principio límites específicos en cuanto a la misma, pudiendo ser ésta objetiva y subjetiva.

Si la denominación es subjetiva, ésta podrá formarse con el nombre de todos, de varios o de algunos de los socios profesionales, pudiendo, y éste es un aspecto esencial, las personas que hubieren perdido la condición de socio y sus herederos exigir la supresión de su nombre de la denominación social, salvo pacto en contrario. Pero a pesar de haber prestado el consentimiento un socio profesional que ya no lo es, para que se mantenga su nombre en la denominación social, este consentimiento podrá ser revocado siempre, con independencia de las indemnizaciones que fueran procedentes.

En todo caso, en la denominación social deberá figurar junto a la indicación de la forma social de que se trate la expresión "profesional", pu-

(11) GARCÍA VALDECASAS, José Ángel: p. web: notariosyregistradores.com.

diendo incluirse estas indicaciones de forma desarrollada o abreviada. En el caso de que sea de forma abreviada se formará con las siglas propias de la forma social adoptada seguidas de la letra p, que corresponden al calificativo de profesional.

En cuanto al **objeto social**, es muy importante en nuestra opinión en que sea lo más claro posible, relativo al del profesional que se trate, siendo importante utilizar expresiones sencillas, como la de las actividades propias del ejercicio de la abogacía, medicina, etc. Por supuesto pueden existir varios objetos, relativos a diversas profesiones, pero en este caso habrá que tener en cuenta el régimen de incompatibilidades, y por supuesto no introducir en el objeto social ninguna actividad en mi opinión que pueda poner en duda ese carácter único y exclusivo del objeto.

La exclusividad del objeto social viene consignada en el artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales, ya que "... las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales...".

En este sentido se ha indicado (12) que "... –la ratio de la exclusividad– puede señalarse que su exigencia deriva del propio carácter profesional de estas sociedades... El alcance de la norma debe atemperarse a su razón de ser, es decir, a la necesidad de que el objeto, como cláusula/ estatutaria quede formulada de manera precisa y sumaria por referencia exclusiva a la actividad profesional... siendo tolerable realizar otras actividades no estrictamente profesionales pero que guarden una relación de conexidad (también de accesoriedad) con la actividad esencial... (la profesional) y que se justifiquen en la necesidad... de desarrollar la actividad profesional propuesta... El adverbio «únicamente» es, según nuestra manera de interpretar el precepto, equivalente a exclusividad y no a unicidad del objeto. Porque, en efecto... el objeto social, que debe ser de naturaleza profesional en términos esenciales, puede ser único plural, dando en este último caso lugar a las llamadas sociedades multidisciplinarias".

En Francia, la Ley de 29 de noviembre de 1966, que regula la Sociedad Civil Profesional, establece claramente que todos los socios deben tener la cualidad de profesionales liberales; la Ley de 31 de diciembre de 1990, también en Francia, que regula el ejercicio de profesiones liberales, mediante sociedades que revistan formas mercantiles, exige que al menos el 51 por 100 del capital social esté en posesión de los socios profesionales, y sólo el 25 por 100 del capital social, de ese restante 49 por 100 a personas totalmente ajenas y siempre que se apruebe y esté previsto en

(12) YANES YANES, Pedro: ob. cit., pp. 46-48.

los reglamentos particulares de cada profesión. El resto de participación, *hasta completar el 49 por 100, deberá corresponder en todo caso a personas que tengan relación con la profesión ejercida en sociedad, o con los profesionales que ejerzan en ella.*

Nuestro criterio en este punto ha sido siempre quizá demasiado visceral, entendiéndolo la no conveniencia de que formaran parte de las sociedades profesionales personas ajenas a los propios profesionales que ejercen la actividad profesional conforme al objeto social, ello porque está en la propia esencia del concepto de la sociedad profesional, ya que el dato y elemento característico de las sociedades profesionales es la participación de los profesionales, que aportan su actividad, y contribuyen a la realización de su objeto social. Incluso podríamos hablar de una posible pérdida de independencia profesional, al participar en la sociedad personas ajenas a la profesión, y no debemos olvidar que aunque pueda ser conveniente por las complejidades técnicas actuales que provocan un encarecimiento de costes, la necesidad de obtener financiación, a través de la vía de incorporar socios capitalistas, no es menos cierto que ese sustrato social puede en alguna manera presionar, modificar o debilitar la esencia de la sociedad profesional.

En nuestro Derecho, la Ley de Auditorías de Cuentas de 1988 ya había previsto en su artículo 10, y en el 28 de su Reglamento, la posibilidad de personas ajenas a la profesión. No obstante, no debemos confundir este tema con el de las sociedades profesionales multidisciplinarias, en el sentido de que lo que ahora estamos planteando es que junto a los profesionales, sin distinguir si son de una o varias profesiones, puedan surgir o estar otros socios no profesionales, que no tengan titulación universitaria e inscripción en el correspondiente colegio profesional. Este es el tema fundamental, pues el otro ha sido tratado en un epígrafe distinto, aunque bien es cierto que en algunos casos, y en determinadas profesiones, la respuesta a la pregunta será la misma en ambos supuestos, ya que si una determinada profesión sólo permite que los socios pertenezcan a esa específica profesión, como consecuencia de ello, no habrá sociedad multidisciplinaria, y como consecuencia tampoco, y con menos razón podrán existir otros socios que no sean profesionales, ajenos a la actividad profesional. La existencia de personas ajenas a la profesión trae a colación problemas, por ejemplo, el deber deontológico del secreto profesional, y más en concreto la protección del mismo. Para ello se han dado algunas soluciones como, por ejemplo, y en concreto en lo relativo a la protección del secreto profesional y distinguir dentro del ámbito de actuación de la sociedad un campo reservado o reservable que quedaría fuera del normal ámbito de actuación o decisión de los órganos sociales. Es posible

distinguir la esfera de gestión o representación sociales de la esfera técnica o científica (13).

Mi opinión, a pesar de que pueda parecer contraria a la realidad social y económica actual, es que no hubiera presencia en las sociedades profesionales de personas distintas a los socios profesionales, en el sentido antes indicado, de sociedad uniprofesional, como en el de sociedad multiprofesional; en ambos casos no veo con gran entusiasmo el que pueda haber personas extrañas a la profesión o profesiones que convivan en la sociedad profesional. No obstante, el legislador lo permite. Eso sí, con las limitaciones que ya hemos contemplado.

VI. La formalización del contrato. La escritura pública

En cuanto a la formalización del contrato, **el artículo 7** establece que deberá formalizarse en escritura pública, claro está con todas las menciones y requisitos que exija la forma social adoptada, y en todo caso, como no podía ser de otra manera:

La identificación de los otorgantes, y eso sí, expresando si son o no socios profesionales. Elemento éste esencial, ya que el artículo 4.5 de la Ley exige que los requisitos, en cuanto a la composición de los socios profesionales, deben cumplirse a lo largo de toda la vida de la sociedad profesional, ya que si no será causa de disolución obligatoria su incumplimiento sobrevenido, a no ser que la situación se regularice en el plazo máxima de tres meses, contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento.

La misma circunstancia en lo relativo a los miembros de los órganos de administración en cuanto a la mayoría establecida en la Ley en relación a los socios profesionales.

También es necesario hacer constar el Colegio Profesional al que pertenecen los otorgantes, y su número de colegiado, que se acreditará con la certificación del respectivo Colegio Profesional. En cambio no será ne-

(13) CAPILLA RONCERO, reseñado por GARCÍA PÉREZ, Rosa: ob. cit., pp. 117 y 118. Esta autora, en relación al tema planteado, expone una serie de criterios, haciendo referencia, entre otros, a la Ley de Auditoría de Cuentas y su reglamento (arts. 14.2 y 43.2, respectivamente); también la Normativa reguladora de los Registros colegiales de sociedades profesionales de arquitectos, aprobada por la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Andalucía Oriental, Boletín número 10, del 13-5-92; del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, en sus artículos 14 y 15; el Estatuto del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, en su artículo 12.2; el Estatuto General de la Abogacía. La Ley 1/82, 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. La Ley 26 de noviembre de 1966, de sociedades civiles profesionales en Francia.

cesaria la incorporación de dicho certificado, como indica la Resolución de 1 de marzo de 2008, cuando el notario exprese que lo ha tenido a la vista y reseñe con claridad los datos exigidos en la Ley.

Deberá consignarse, como es claro, la actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social, siempre teniendo en cuenta el régimen de incompatibilidades, que está reseñado en la disposición transitoria 4.^a de la propia Ley, es decir, en tanto no entre en vigor el Real Decreto al que se refiere el artículo 2 de la disposición final 2.^a de la Ley, que determinará el régimen de incompatibilidades, cuando las sociedades profesionales tengan por objeto el ejercicio de varias actividades profesionales.

Hasta que ello no ocurra permanecerán en vigor las normas sobre incompatibilidades para el ejercicio de actividades profesionales actualmente aplicables.

Otra cuestión es que la Ley exige en el artículo 11 el que las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en las que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad profesional. En este momento no ha habido aún desarrollo reglamentario de la Ley, habilitación normativa consignada en el apartado 1 de la disposición final 2.^a

El problema es en determinar qué requisito deberá exigir el notario ante esta circunstancia. El artículo 7 de la Ley no hace una mención específica a este punto, por lo que creo que el notario no debe exigir su acreditación. Tampoco el registrador mercantil a la hora de la inscripción.

Ello teniendo en cuenta que aún no se ha hecho ningún desarrollo reglamentario sobre la materia. No obstante, considero que por razones de la propia función notarial, el notario debería advertir expresamente sobre esta obligación, haciendo una advertencia específica al artículo 11 de la Ley.

De nuevo la escritura pública centra el punto esencial del arranque del entramado de la sociedad profesional, con independencia de la forma social adoptada, y ahora con una clara conexión de la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles profesionales, circunstancia ésta a la que ya hemos hecho referencia.

VII. El Registro de Sociedades Profesionales

Como hemos visto, el artículo 8 regula todo el tema de la inscripción registral de todas las sociedades profesionales.

Parte del principio general de la inscripción de la escritura pública de constitución de la sociedad profesional en el Registro Mercantil y con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica.

Se utiliza la misma sistemática que la legislación específica mercantil, ya que se habla de que con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica. En el caso de las Anónimas y Limitadas, por ejemplo, ya se indica en sus leyes especiales, y ahora se generaliza con el concepto de sociedad profesional, donde por supuesto también entra como hemos visto la sociedad civil.

En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil, el artículo 8 establece que se harán constar las menciones exigidas en su caso por la normativa vigente, en relación a la forma societaria, así como, claro está, las contenidas en la escritura constitutiva, conforme al artículo 7.2.

Un aspecto importante, en todo caso, es la identificación de las personas, tanto en relación a si son o no socios profesionales, como a las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

Elemento esencial es el control de que se cumplen los requisitos del artículo 4 de la Ley durante toda la vida de la sociedad, tanto en cuanto a los socios profesionales como a los no profesionales, y por otra parte a las personas que se encarguen de la administración y representación. En este sentido el artículo 8.3 de la Ley establece que cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

La novedad radica efectivamente en que ese cambio de socios en Anónimas nunca tuvo constatación en el Registro Mercantil y en Limitadas desapareció.

Ahora, en cambio, es obligatorio, y ello por el carácter fundamental en estas sociedades profesionales de saber en todo momento quienes tienen la cualidad de socios profesionales y quienes no la tienen, para controlar los quórum necesarios de los socios profesionales y de los miembros de los órganos de administración, para que la sociedad efectivamente esté en manos de socios profesionales.

En cuanto al órgano de administración ya hemos visto la mayoría de los socios profesionales en los mismos, es decir, las tres cuartas partes del órgano de administración deberán ser socios profesionales y, en el caso de un administrador único o de consejero delegado, éstos deberán ser profesionales. GARCÍA VALDECASAS, José Ángel, entiende que, aunque no lo dice la Ley, el redondeo debe ser por exceso y, por tanto, sólo a partir del cuarto miembro del órgano de administración, se trate de solidarios, mancomunados o Consejo, podrá ser no profesional; es decir, que hasta tres administradores todos ellos serán profesionales.

El **número 5 del artículo 8** de la Ley establece una publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional. Tanto en el registro mercantil como en el registro de sociedades profesionales, a través de un portal de Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, y el acceso a dicho portal será público, gratuito y permanente. También en idénticos términos las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial.

En algunos borradores que circularon y en el proyecto de ley sólo se encontraba la referencia al portal de Internet en relación a la información del contenido actualizado de los registros de sociedades profesionales; en cambio, la ley lo extiende al registro mercantil. No se aclara cuál es el ámbito y sobre todo los efectos de esta publicidad, ya que no cabe duda que habrá que ponerlo en conexión con el sistema de publicidad general establecida para el registro mercantil en otras cuestiones diferentes a las sociedades profesionales, y para ello habrá que tener en cuenta la reforma operada en cuanto al acceso telemático a los libros de registro, en este caso por los ciudadanos, y también por los funcionarios en el ejercicio de su función pública. Da la sensación que se trata de una publicidad noticia, informativa, distinta a la publicidad normal u ordinaria prevista para el registro mercantil en general.

Los Colegios profesionales deberán remitir al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma respectiva las inscripciones practicadas en sus respectivos registros de sociedades profesionales.

Por último, en el caso de las sociedades multidisciplinarias, la sociedad profesional se inscribirá en los registros de sociedades profesionales de los colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto, quedando sometida a las competencias de aquel que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso.

VIII. La aportación de los socios. Participación en beneficios y pérdidas

Por una parte, el **artículo 2** de la Ley hace referencia a la exclusividad del objeto social, en el sentido de que las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales y que podrán desarrollarse bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales.

Asimismo, el **artículo 1** determina con claridad que el objeto social de estas sociedades es el ejercicio en común de una actividad profesional y yo digo que, como consecuencia, la aportación esencial de los socios es la de su actividad profesional, que deberán actuar como dice el artículo 9 de la Ley, conforme al régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional.

Hago hincapié en este aspecto, pues a pesar de que resulte obvio lo antes indicado no aparece ningún precepto de carácter general en la Ley que así lo diga específicamente, regulando el régimen de las aportaciones de los socios, salvo lo ya indicado anteriormente del artículo 17 en lo relativo a las prestaciones accesorias. Es decir, no se regula el régimen de las aportaciones de los socios.

Como se ha indicado (14), "... ningún precepto se ocupa autónoma y sistemáticamente de ello, situación que contrasta con el planteamiento, técnicamente más depurado, del que era tributario la PropALSP/1998 (Propuesta de Anteproyecto de la Comisión General de Codificación)... En la Ley, sin embargo, gran parte de esta materia ha quedado desplazada al nivel de la especialización propia de las sociedades de capital, cuando en realidad afecta por igual a todos los tipos societarios y presenta una significación capital en la organización de cualquier sociedad profesional, ya se constituya conforme a tipos personalistas, ya con arreglo a tipos capitalistas. No se olvide que es la prestación de servicios profesionales por la mayor parte (o la totalidad) de los socios lo que posibilita la consecución del fin común".

Tal es la conceptualización de ese objeto y de esa actividad que el propio **artículo 9** va estableciendo una serie de normas en el desarrollo de la actividad profesional y responsabilidad disciplinaria, tanto en lo relativo a las causas de incompatibilidad o de inhabilitación para el ejercicio de la profesión como las normas de aplicación del régimen disciplinario que se aplican a los profesionales, y que ello no es obstáculo porque el ejercicio de la actividad profesional se realice a través de la sociedad.

Más aún, la norma contempla la posibilidad de que la sociedad profesional pueda ser sancionada en los términos del régimen disciplinario, sin perjuicio de la responsabilidad personal del profesional actuante.

Se quiere dar total transparencia a la actividad de la sociedad profesional, y que en ningún caso ésta sirva para crear opacidad frente a los terceros contratantes con la misma, y así, por ejemplo, puede pactarse que la sociedad profesional ponga a disposición del contratante los datos identificativos del profesional que vaya a prestar dichos servicios.

En definitiva, la ley intenta fijar las reglas de juego para evitar que a través de la sociedad profesional puedan diluirse los principios esenciales del buen hacer deontológico de los profesionales, así como eludir el régimen disciplinario, en su caso.

El artículo 10 regula la participación en beneficios y pérdidas. Como principio general del apartado 1 se establece que se estará a lo que indique el contrato social en cuanto a esa participación o, en su caso, el sis-

(14) YANES YANES, Pedro: ob. cit., pp. 212 y 213.

tema con arreglo al cual haya de determinarse en cada ejercicio. A falta de disposición contractual los beneficios se distribuirán y, cuando proceda, las pérdidas se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social.

El **apartado 2 del artículo 10** modula y adapta a la propia esencia de las sociedades profesionales cuáles son las ideas en las que basarse para determinar los sistemas para la distribución del resultado, teniendo en cuenta que éstos podrán basarse en función de la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, estableciéndose, claro está, en el contrato los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables.

Este apartado es muy significativo, pero también muy lógico, ya que aquí se constata el carácter personal de la actuación del socio profesional. Su dedicación es esencial para la buena marcha de la sociedad y ello debe ser recompensado, aspecto éste que en las sociedades capitalistas puras no se entiende ni encaja. No obstante, como criterio de control, el reparto final debe ser aprobado o ratificado por la Junta o la Asamblea de socios, estableciéndose unas mayorías mínimas en el propio artículo 10. Estas mayorías pueden fijarse contractualmente, pero en todo caso y aquí nos encontramos con una norma de carácter imperativo, éstas no podrán ser inferiores a la mayoría absoluta del capital, incluida dentro de ésta la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales.

Como indica GARCÍA VALDECASAS, José Ángel (15), "... esta norma viene a establecer que el reparto final de beneficios deberá ser aprobado por la Junta General de la sociedad por las mayorías que establezcan los estatutos si bien éstas no podrán ser inferiores a la mayoría absoluta del capital, incluyendo dentro de esta mayoría, la de los derechos de voto de los socios profesionales. Por tanto esta regla especialísima para la aprobación de los resultados sociales, en cuanto al reparto de beneficios, deberá ser tenida en cuenta a la hora de la redacción de los estatutos de estas sociedades. Es una norma de difícil aplicación pues interpretada literalmente va a suponer que las cuentas de la sociedad pueden aprobarse con un doble quórum. Un quórum para la aprobación del conjunto de las cuentas, que será el ordinario del artículo 53.1 de la LSRL y 102 de la LSA, y que es el mínimo en estas sociedades, y otro quórum reforzado para, dentro de esas cuentas, aprobar el reparto de beneficios.. Nuestro consejo en este punto, para evitar distorsiones no deseables en la aprobación de las cuentas anuales, es reforzar el quórum de su aprobación, igualándolo con el quórum mínimo establecido legalmente para la aprobación del reparto de beneficios..".

(15) GARCÍA VALDECASAS, José Ángel: p. web: notariosyregistradores.com.

IX. Otras cuestiones

A) La responsabilidad de la sociedad profesional y de los profesionales.

Uno de los temas esenciales a la hora de abordar la cuestión de una Ley de Sociedades Profesionales es la cuestión de la responsabilidad de la sociedad profesional, y de los profesionales. En esta responsabilidad, o mejor en la articulación de dicha responsabilidad, radica uno de los pilares básicos del sistema de las sociedades profesionales; este pilar se incardina en el establecimiento, por una parte, de la responsabilidad de la sociedad, y de otra el de la responsabilidad de los profesionales. Me remito a lo ya analizado por mí en otros trabajos sobre esta cuestión, y que fue uno de los caballos de batalla más importantes para los detractores de la existencia de las sociedades profesionales (16).

Como antecedente normativo nos encontramos con la legislación de auditores.

La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, en su artículo 11 trata el tema de la responsabilidad de los auditores, estableciendo como principio general en su número 1 que los auditores de cuentas responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, según las reglas generales del derecho privado, con las particularidades establecidas en el presente artículo.

En el número 2 del citado artículo, y refiriéndose a las sociedades de auditoría se establece que: "Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad". La nueva redacción de este artículo 11 fue dada por la modificación que se operó en virtud de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre.

El artículo 11 de la Ley de Sociedades Profesionales regula la responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales, como queriendo separarla de otro tipo de responsabilidades, como la disciplinaria, que se contempla en el **artículo 9**, y que creo que es acertado el hacer este tratamiento diferencial.

El esquema general del **artículo 11** es el siguiente:

El artículo 11 parte del principio general de la responsabilidad de la sociedad con todo su patrimonio de las deudas sociales, y de la responsabilidad de los socios, que será la que determinen las reglas de la forma social adoptada.

(16) Trabajos de GARCÍA MÁS, Francisco Javier, sobre el tema, reseñados en la nota 3.

Pero en ese doble juego de responsabilidad patrimonial aparece un aspecto esencial que se da específicamente en las sociedades profesionales, que es la responsabilidad por las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, en el sentido de que se establece una responsabilidad solidaria de la sociedad y de los profesionales socios o no, y este aspecto es importante, que hayan actuado siéndole de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual y extracontractual, responsabilidad que ya hemos analizado anteriormente.

Se introduce en la ley un aspecto que nunca había sido tratado o sacado a la luz, como el relativo a que las sociedades profesionales deben estipular un seguro que cubra la responsabilidad en las que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social, al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

B) Separación y exclusión de socios.

Uno de los puntos esenciales del régimen de las sociedades profesionales es el de la separación y exclusión de socios, con el mecanismo de la flexibilización del régimen de amortización, como también ocurre que la flexibilización del régimen de creación de puestos de socio va a tener lugar mediante la desregulación de algunos aspectos del aumento de capital, que ya han sido tratados en el apartado relativo a las sociedades de capital.

Una de las posibles objeciones que se pudiera hacer a este derecho de separación, concebido de manera tan amplia, es que supone algo totalmente contrario o extraño, sobre todo en el sistema de las sociedades de capital.

En este sentido (17), "... en el derecho de las sociedades de personas el derecho de resolver unilateralmente la relación se traduce en un derecho de denuncia (v. arts. 224 CDC; mir 705 CC), que no puede ser eliminado, aunque sí sustituido por un derecho de separación *ad voluntate* que garantice de un modo equivalente la libertad de salida del socio. La razón de que no pueda ser eliminado estriba en la responsabilidad ilimitada de los socios. Si las partes estuvieran obligadas a permanecer en la sociedad y a responder por las deudas sociales indefinidamente se estarían infringiendo esos valores de máximo rango que están en la base del principio de temporalidad de las relaciones obligatorias. En las sociedades de capitales, en cambio, el derecho de separación puede faltar, y normalmente falta, sin que ello suponga un atentado contra el principio de tempora-

(17) PAZ-ARES, Cándido, y CAMPINS, Aurora: ob. cit., pp. 61 y ss.

lidad... La razón no está tanto en la transmisibilidad de las participaciones..., cuanto en el hecho de que la permanencia del vínculo no constituye ninguna hipoteca insoportable de la vida del socio, puesto que no está sujeto a responsabilidad ilimitada y normalmente pesa sobre él ninguna obligación personal permanente que menoscabe su libertad... No nos referimos tanto al hecho de que las participaciones sean intransmisibles..., cuanto a la existencia de prestaciones accesorias muy gravosas, obligaciones de prestar la actividad profesional personal en régimen de exclusiva... La presencia de tales circunstancias hacen ineludible el reconocimiento de un derecho de separación *ad nutum*".

Como vemos, sí que se altera de alguna forma las normas generales del derecho de sociedades.

Los artículos 13 y 14 de la ley regulan los importantes temas de la separación de los socios profesionales y de la exclusión de los mismos. Me remito a lo ya comentado por mí en otros trabajos sobre la problemática de esta separación y exclusión en este tipo de sociedades (18).

En cuanto a la separación de los socios profesionales se distingue en aquellas sociedades que se hubieran constituido por tiempo indefinido, en donde los socios podrán separarse en cualquier momento, siempre con las exigencias de la buena fe. De ahí quizá el prestar atención a esta cuestión y consignar en los Estatutos que la sociedad se constituye por tiempo determinado.

Si se ha constituido por tiempo determinado, los socios profesionales podrán separarse en los supuestos previstos en el contrato social, cuando concurra justa causa, o cuando se den los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate. La referencia a la legislación mercantil intenta soslayar las críticas que se habían hecho en cuanto a la consideración de derecho de separación en relación, por ejemplo, a las sociedades anónimas y las limitadas.

El artículo 14, relativo a la exclusión de socios profesionales, hay que ponerlo en relación con el reembolso de la cuota de liquidación, como ya hemos dicho anteriormente, punto esencial en toda esta materia.

En cuanto a la exclusión *stricto sensu*, el **artículo 14** regula la exclusión para todo tipo societario, previendo la misma por las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja sus deberes para con la sociedad, etcétera. También está clara esta exclusión cuando haya sido inhabilitado para el ejercicio de la actividad profesional.

La exclusión requiere acuerdo motivado de la Junta general o Asamblea de votos, con el voto favorable de la mayoría del capital y de la ma-

(18) Trabajos de GARCÍA MÁS, Francisco Javier, sobre el tema, reseñados en la nota 3.

yoría de los derechos de voto de los socios profesionales, siendo eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado (19).

La pérdida de la condición de socio no le va a liberar al socio profesional de la responsabilidad que vimos en el **artículo 11, apartado 2, de la Ley**.

C) La transmisión de la condición de socio. Las transmisiones forzosas y *mortis causa*.

El artículo 12 de la Ley parte del principio general de la intransmisibilidad de la condición de socio profesional, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales. No obstante, podrá establecerse en el contrato social que la transmisión pueda ser autorizada por la mayoría de dichos socios.

Esta previsión legal tiene una razón de ser, por la propia esencia de la sociedad profesional donde el socio profesional, su cualidad de tal y su actividad son esenciales para el desarrollo del objeto social. Más aún, la relación de confianza y personal entre los socios es esencial para el buen funcionamiento de este tipo de sociedades.

No hay que olvidar que esta regla es una regla *ad intra*, es decir, va dirigida exclusivamente a la protección interna de la Sociedad.

La transmisión forzosa y *mortis causa* están reguladas en el artículo 15 de la Ley, indicándose que en el contrato social, y fuera de él, siempre que medie el consentimiento expreso de todos los socios profesionales, podrá pactarse que la mayoría de éstos, en caso de muerte de un socio profesional, puedan acordar que las participaciones del mismo no se transmitan a sus sucesores. Si no procede la transmisión, se abonará la cuota de liquidación que corresponda, que luego analizaremos.

Esta misma regla se aplicará a los supuestos de transmisión forzosa entre vivos, estableciéndose una regla especial en el sentido que a estos solos efectos se asimila la liquidación de regímenes de cotitularidad, incluida la de la sociedad de gananciales.

Como comentario hay que indicar que el artículo 15 permite establecer en los estatutos el que las participaciones o acciones de un socio pro-

(19) GARCÍA VALDECASAS, José Ángel, hace constar que habrá que tener en cuenta en los estatutos de las Limitadas este tema, ya que el artículo 14.3 de la LSP establece para la exclusión de un socio profesional la mayoría de capital y de los votos de los socios profesionales. En cambio, el artículo 53.2 de la Ley de Limitadas exige para la exclusión de un socio el voto favorable de las dos terceras partes de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Entiende el autor que para la debida protección del socio, la norma del artículo 53.2 y del artículo 99.2 de la SLRL deben ser preferentes a la norma de 14.3, ya que según él no tendría sentido que se pudiera excluir de una forma más fácil a un socio profesional que a un socio no profesional, y por ello propone que así se diga en Estatutos.

fesional, si la forma social es la limitada o la anónima, no se transmitan a los herederos, si así se acuerda en el contrato social.

Acertadamente indica GARCÍA VALDECASAS, José Ángel (20), que aunque no establece la Ley expresamente en este precepto la amortización de estas acciones o participaciones con la correlativa reducción del capital social, que por el artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Profesionales podrá establecerse en estatutos como obligatoria esa reducción y también establecerse que esas acciones o participaciones las adquieran el resto de socios profesionales o incluso los no profesionales o un tercero, aunque en estos dos últimos casos, si se sigue cumpliendo la norma de que las tres cuartas partes de capital pertenezcan a socios profesionales o medie el consentimiento unánime de éstos. La misma regla sería aplicable a las transmisiones forzosas y a las transmisiones derivadas de la liquidación de regímenes de cotitularidad. Todas estas circunstancias deberán consignarse en los estatutos si se quiere que se aplique el artículo 15 en cuanto a esta circunstancia específica antes reseñada.

D) La cuota de reembolso.

Íntimamente relacionado con ello se encuentra la cuestión del reembolso de la cuota de liquidación, que plantea dos cuestiones en el artículo 16: por un lado, el criterio de valoración de la cuota de liquidación, y de otro el mecanismo de que las participaciones del socio fallecido, excluido o separado, sean amortizadas, como la posibilidad de sustituir esta amortización, por la transmisión de las participaciones a otros socios, a la propia sociedad o a un tercero, siempre que ello resulte admisible de conformidad con las normas legales o contractuales aplicables a la sociedad.

La Propuesta de Anteproyecto de la Comisión General de Codificación establecía como principio que, a falta de disposición en contrario, el valor de la cuota de liquidación, se determinaría por referencia al valor del patrimonio neto contable.

El tema de la cuota de liquidación y del reembolso ha sido uno de los más conflictivos, sobre todo en el tema relativo a las sociedades de capital, es decir, qué criterio o qué valor se debe dar para obtener esa cuota de liquidación.

Como principio general indicar que estamos haciendo referencia única y exclusivamente a una liquidación parcial, y en los supuestos de separación y exclusión de socios profesionales y en los de transmisiones forzosas y *mortis causa*.

De la primera lectura de este artículo ciertamente aparece un criterio

(20) GARCÍA VALDECASAS, José Ángel: p. web: notariosyregistradores.com.

de libertad para fijar esa valoración o cálculo en los propios estatutos sociales.

El supuesto contemplado en el artículo 16 no puede extralimitarse a otros casos distintos a los contemplados en la norma, no siendo de aplicación a las transmisiones *inter vivos*, ni a los socios no profesionales, que se registrarán por las normas generales. Si hablamos de limitadas, los artículos 29, 32 y 100 de la LSRL, y el 34 de la LSA.

La doctrina, en cuanto al criterio de esas reglas de valoración o de cálculo, ha intentado ir adaptando normas que en principio son imperativas al tema de las sociedades profesionales con diversas argumentaciones. Nos remitimos también a otros comentarios que hemos realizado sobre esta cuestión (21).

Se ha indicado, haciendo referencia a este artículo 16, que “nos encontramos, una vez más, ante una norma autorizatoria que, de manera inequívoca, posibilita al contrato social establecer libremente criterios de valoración o cálculo para fijar el importe de la cuota. El adverbio libremente puede ser muy significativo del énfasis que el legislador ha querido imprimir... a la autonomía privada, pero a nuestro modo de ver no tolera un desmantelamiento de los límites inmanentes a esa misma autonomía... como tampoco los específicamente societarios que se han condensado en la prohibición de pactos leoninos... o en la de reservar a uno de los socios la determinación de la cuota... en primer lugar, nos parece que el impacto de esta norma sobre las sociedades de personas es prácticamente nulo. Porque, en efecto, en ellas las relaciones internas... son tratadas por normas predominantemente dispositivas, cuando no confiadas sin más a la libertad de pactos con los límites ya conocidos... No sucede lo mismo en las sociedades de capital, en las que juega un papel muy importante el valor real (*rectius*: valor razonable de la participación del socio)... Es precisamente esa complejidad de valoración y cálculo la que aconseja que la libertad contractual se administre con gran sencillez... En primer lugar, la determinación de la cuota se confiaría al acuerdo entre las partes, y para evitar que los representantes de la sociedad se alineen deslealmente... podría preverse el mismo mecanismo de acuerdo o ratificación de la Junta o Asamblea de socios... si el acuerdo no fuera posible... la tarea podría confiarse al juicio y decisión de un experto en materias económicas...” (22).

De nuevo vemos la importancia de que los estatutos regulen con total profusión estas materias, ya que en otro caso la imprevisión social puede dar bastantes problemas, sobre todo porque el artículo 16 no dice nada a este respecto, a diferencia del artículo 14.1 de la Propuesta de Antepro-

(21) Trabajos de GARCÍA MÁS, Francisco Javier, sobre el tema, reseñados en la nota 3.

(22) YANES YANES, Pedro: ob. cit., pp. 191 y ss.

yecto de la Comisión General de Codificación, que sí lo decía, es decir, la referencia al valor del patrimonio-neto contable. Algún autor, como GARCÍA VALDECASAS, pone límites a esa libertad, en el sentido de indicar que no es tan absoluta como parece, entendiendo que no, y que en todo caso el valor mínimo de esas acciones o participaciones del socio profesional, en el caso de las anónimas y limitadas, vendrá dado por el balance de la sociedad, en el sentido de que por debajo del balance no sería admisible ningún sistema de valoración de las acciones o participaciones. Continúa indicando dicho autor que fuera de ello la Ley nos habla de criterios de valoración o cálculo, pareciendo que el legislador desea que algo se diga en estatutos.

Se han dado cambios normativos en relación al valor real de las participaciones y de las acciones. En este sentido, la nueva dicción del número 2 del artículo 32 de la Ley de Limitadas, en relación al régimen de la transmisión *mortis causa*, introduce el concepto de valor razonable de las participaciones que tuvieren el día del fallecimiento del socio, para el supuesto de la adquisición de dichas participaciones del socio fallecido, por parte de la sociedad. Este número 2 se redactó en virtud de la Ley 7/2003, de 1 de abril, en virtud del apartado 3.2.º, del artículo único de la citada Ley, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En el mismo sentido, el párrafo 2.º, de la letra d), del número 2 del artículo 29 de la Ley de Limitadas, redactado por el número 1 de la disposición adicional décima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Este párrafo 2.º contempla los supuestos de transmisión de las participaciones, cuando dicha transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito. En estos casos, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Entendiéndose por valor razonable el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.

El artículo 100 de la Ley de Limitadas, en la redacción dada por el número 2 de la disposición adicional décima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, también hace referencia al valor razonable de las participaciones sociales, fijando el procedimiento a seguir a falta de acuerdo sobre dicho valor razonable.

También hay que tener en cuenta que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha indicado en diversos momentos como criterio general la no inscripción de las cláusulas estatutarias que impedirían al socio obtener el valor real.

E) Disposición adicional segunda. Extensión del régimen de responsabilidad.

La disposición adicional segunda regula la extensión del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 11 de la Ley a aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional, pero sin constituirse en sociedad profesional.

Se establecen unas presunciones de que existe esta actividad o estas actividades profesionales cuando se desarrollen públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.

Si este ejercicio colectivo no adopta forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional.

Se distinguen los supuestos de que exista una forma societaria, o que no exista.

Se pretende el que se utilicen los cauces legales adecuados y se acuda a la vía de la sociedad profesional.

Esta disposición quizá sea una de las piedras de toque más importantes de la Ley, o que quizá pueda tener una aplicación práctica. Por ello debe ponerse en conexión con la disposición transitoria primera, sobre todo a los efectos de establecer contacto entre ellas y consecuencias efectivas.

Se ha indicado (23) que se trata de una norma “especialmente rigurosa... La norma contiene un estímulo para que todo fenómeno societario ligado al ejercicio de actividades profesionales se acomode a las previsiones de la Ley previa constitución como sociedad profesional, pues de no ser así las relaciones externas serían disciplinadas como si de una sociedad profesional regularmente constituida se tratara. Obsérvese cómo a estos efectos la norma equipara una sociedad no constituida como sociedad profesional a una sociedad profesional, de manera que su aplicación requerirá constatar que el ejercicio profesional es ejercicio societario... Precisamente por ello se establece la presunción de ejercicio colectivo... Ahora bien, faltando la categorización societaria del fenómeno, aquella regla se sustituye por otra que, al no existir un centro de imputación social, fija su atención en los profesionales que desarrollan dicha actividad, en común, pero bajo una forma jurídica no societaria”.

En definitiva, entendiendo esta disposición adicional segunda de una manera si se quiere dura, lo que está propiciando es ciertamente que, por

(23) YANES YANES, Pedro: ob. cit., p. 231.

una parte, se constituyan las sociedades profesionales, cuando el ejercicio colectivo al que se refiere la disposición no adopte forma societaria, o bien, cuando se adopte esa forma societaria, se adapte a la Ley de Sociedades Profesionales. No olvidemos que se establecen una serie de presunciones para determinar cuándo dos o más profesionales desarrollan colectivamente una actividad profesional.

Bajo este prisma podemos pensar que en muchos supuestos que se están dando en la realidad estarían incluidos en esta disposición adicional segunda, y aunque se habla de una presunción, ciertamente el efecto que impone la disposición adicional es muy importante, sobre todo fijado en la protección de los terceros que se relacionan con estas actuaciones de actividad profesional realizadas por profesionales.

Es quizá esta disposición la que puede hacer recapacitar a más de uno para acudir a la Ley de Sociedades Profesionales, mucho más que la disposición transitoria primera.

F) Disposición transitoria primera. Plazo de inscripción en el Registro Mercantil.

Esta disposición, en mi opinión menos efectiva de lo que parece, parte de varios esquemas y supuestos.

Hace referencia a las sociedades que se constituyeron con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y que encajen en el artículo 1.1 de la misma. En este caso deberán adaptarse a la Ley y solicitar su inscripción, o la adaptación, en su caso, en el Registro Mercantil en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la misma.

Acercándonos a esta disposición, hay que plantearse a qué supuesto de hecho nos estamos refiriendo para poder sacar unas mínimas conclusiones.

Si se trata de la adaptación de sociedades inscritas en el Registro Mercantil, el círculo sobre el cual operamos puede ser ciertamente limitado, ya que en teoría, y según vimos en otro apartado de este trabajo, la Dirección General de los Registros y del Notariado sólo permitió la inscripción de las sociedades de intermediación, nunca de las sociedades profesionales. Por ello, la casuística de sociedades inscritas en el Registro Mercantil que encajaran en el actual artículo 1.1 de la Ley de Sociedades Profesionales sería escasa. En este sentido Antonio RIPOLL SOLER indica que ... “en efecto, en principio, toda sociedad inscrita que pueda caer dentro del ámbito de la disposición transitoria, tendrá un objeto próximo al de una sociedad de intermediación o de medios, sin perjuicio que *de facto* puede que sea una auténtica sociedad profesional. Sin embargo, en este contexto debemos anticipar, es absurda la cancelación de oficio por el registra-

dor que se prevé en la disposición transitoria 1 *in fine*. Pueden ser dos las situaciones concurrentes... o estamos ante una sociedad con auténtico objeto profesional que se inscribió por impericia del notario autorizante y del registrador... o bien estamos ante una sociedad formalmente no profesional por razón de su objeto. En el primer supuesto citado procederá la adaptación... En el segundo supuesto, en cambio, la disposición transitoria nunca conseguirá el efecto intimidador, pues nunca se disolverá de pleno derecho; entiendo que la norma está pensando exclusivamente en el ámbito registral. Por otro lado, en el ámbito extrarregistral, que se disuelva o no será intrascendente, lo que realmente protegerá al tercero contratante con la sociedad es la responsabilidad que se impone vía disposición adicional segunda en conexión con el artículo 11 de la Ley”.

No obstante, la problemática puede ser mayor, al no existir con anterioridad una Ley de Sociedades Profesionales, y en algunos casos accedieron al registro sociedades que rozaban el concepto de profesionales, aunque la Dirección General sólo hablaba de sociedades de intermediación o de mediación. Incluso en algunos momentos anteriores, aunque no apareciera la palabra mediación se inscribían, porque se entendía que no eran profesionales. A veces se mezclaban objetos más o menos profesionales con otras actividades.

Todo ello lleva claramente a una gran confusión a la hora de aconsejar y sobre todo de aplicar la norma.

Como se ha indicado (24), el problema radica en determinar de una u otra manera a qué sociedades les afecta esta obligatoriedad de la adaptación, y en definitiva si de la lectura de su objeto encajarían en el artículo 1.1 de la nueva Ley de Sociedades Profesionales. Existen unos requisitos para estar dentro del citado precepto, como son los del objeto profesional, expresado de una manera más o menos clara, pues el puro y duro de las sociedades profesionales no era posible. En segundo lugar, la titulación universitaria o titulación profesional, la obligatoriedad de que para el ejercicio de la profesión sea necesaria la inscripción en un Colegio Profesional, y por último el más difícil de poder evaluar desde fuera, que es el relativo a que los actos propios de la actividad profesional sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación establecida con el cliente.

En efecto, este último requisito es el más difícil de apreciar, a diferencia de los otros de tinte objetivo. En nuestra opinión será responsabilidad

(24) GARCÍA VALDECASAS, José Ángel, en la p. web: notariosyregistradores.com.

de los órganos de administración de la sociedad los que tengan que actuar en consecuencia, sabiendo los efectos de una u otra postura.

Por su parte, Pedro YANES YANES dice que en las disposiciones transitorias “se encuentran atendidas en primer lugar las necesidades de adaptación de las sociedades constituidas con anterioridad a la Ley a sus previsiones. La Ley lo hace imponiendo un deber cuyo contenido será diferente dependiendo del supuesto de que se trate... el deber de inscripción registral, cuando la sociedad no se haya inscrito en el Registro Mercantil, o el deber de adaptación cuando la sociedad se halle inscrita. En unos casos habrá de inscribirse la escritura de constitución; en otros casos la escritura de adaptación...”. En la continuación de su razonamiento, Pedro YANES YANES indica que el deber de adaptarse se impone a las sociedades que respondan a la noción de sociedad profesional que acoge el artículo 1, teniendo en cuenta que no vendrían obligadas a adaptarse las sociedades de medios, las de distribución de ganancias o las de intermediación, aunque sin embargo, si externamente aparecieran como estructuras de ejercicio en común de la actividad profesional, habrían de soportar la extensión de la responsabilidad del artículo 11, según establece la disposición adicional segunda.

En definitiva, después de analizar la disposición adicional segunda y la transitoria primera a la que luego haremos referencia, la amalgama y variedad de supuestos es muy grande, y no especialmente clara, reafirmandonos en lo que dijimos anteriormente al comentar la disposición adicional segunda.

En cuanto a sociedades existentes que encajaran en el artículo 1 de la Ley y no inscritas en el Registro Mercantil, suponemos, por ejemplo, a las sociedades civiles particulares siempre que tuvieran como objeto el ejercicio de una profesión o arte, en los términos del artículo 1.678 del CC, que antes no tenían acceso al Registro Mercantil.

Si éstas estuvieran constituidas en documento privado deberán adoptar la forma pública mediante la elevación a público de ese documento privado, y por supuesto, para poderse inscribir en el Registro Mercantil, también deberían adaptarse.

No dispongo de ningún dato sobre la existencia de sociedades civiles inscritas al amparo del anulado artículo 269 bis del Reglamento Mercantil, pero intuyo que no habrá muchas.

La misma disposición transitoria primera en el apartado segundo indica que, transcurrido el plazo establecido en el apartado anterior sin haberse dado cumplimiento a lo que en él se dispone, no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno, salvo los títulos relativos a la adaptación, al cese o dimisión de administradores, etc. Se utiliza la misma sistemática

que en otros procesos de adaptación. Por supuesto, en este caso hace referencia a las sociedades inscritas, con las matizaciones que antes hemos comentado.

Por último, el apartado tres prevé que transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la presente Ley sin que haya tenido lugar la adaptación y su presentación en el Registro Mercantil, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el registrador mercantil los asientos correspondientes a la sociedad disuelta.

La efectividad de estos apartados puede ser muy relativa, ya que *stricto sensu* sólo afectarían a aquellas sociedades auténticamente profesionales por el objeto, que por otra parte no deberían estar inscritas porque la Dirección General de los Registros y del Notariado no lo permitía. No obstante, líneas arriba hemos visto la variedad de posibilidades de sociedades inscritas que por uno u otro motivo podrían verse afectadas y entrar de una manera u otra en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, aunque, claro está, el objeto social no estaba perfectamente limitado como un objeto profesional puro y duro, entre otros motivos porque no lo permitía la Dirección General de los Registros y del Notariado. Además chocamos con la dificultad de poder apreciar externamente si se cumplen en estas sociedades inscritas de manera más o menos clara los elementos para entrar de lleno en el artículo 1.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, y en concreto el elemento subjetivo antes visto.

Otra interpretación es que pensáramos que el registrador mercantil, al ver algunas sociedades inscritas en el Registro Mercantil que presumiblemente estuvieran dentro del artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales, cancelara inmediatamente de oficio sus asientos. Ello creo que sería bastante peligroso, e incluso con una extralimitación clara, por todas las variables que antes hemos comentado.

En cuanto al tema de la adaptación nos remitimos a los requisitos que exige la Ley de Sociedades Profesionales y que hemos ido analizando a lo largo de este trabajo. Como opinión práctica, lo mejor en todo caso es cambiar los estatutos en su globalidad, cuestión que ya se hizo en la mayoría de los casos, cuando las famosas reformas del derecho de sociedades por la trasposición de las Directivas Comunitarias, o más recientemente cuando se modificó la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En cuanto a las sociedades civiles me remito a lo dicho líneas arriba, y el acuerdo deberá ser tomado por unanimidad de los socios, teniendo en cuenta el artículo 218 del Reglamento del Registro Mercantil. En la propia escritura de adaptación constarán los pactos que deben reflejar el

contenido de lo establecido en la Ley de Sociedades Profesionales. Asimismo, al no estar inscrita la sociedad civil, habrá que obtener un certificado de denominación social.

En las **Sociedades de capital** no olvidemos que la mayoría serán sociedades limitadas, habrá que acudir a las normas generales para la adopción de acuerdos.

Por ello, en relación a la adaptación de estas sociedades pseudoprofesionales podemos indicar lo siguiente:

En las **Anónimas** habrá que tener en cuenta todas las previsiones de la Ley, ya comentadas en otros apartados de este trabajo, y quizá a modo de comentario indicar la cuestión que se suscita en torno a que la adaptación del objeto de las sociedades intermediadoras actualmente existentes a la sociedad profesional propiamente dicha podría suponer una sustitución del objeto de la sociedad y, por tanto, si el acuerdo no se había tomado por unanimidad en Junta Universal y sería aplicable el artículo 147 de la LSA, surgiendo a favor de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo el derecho de separación regulado en ese artículo (25).

En cuanto al quórum de adopción del acuerdo habrá que remitirse al ordinario establecido en el artículo 103 de la LSA, o el especial que permitan los estatutos dentro de los límites permitidos por la Ley.

En cuanto a la denominación de la sociedad pensamos que no hay que aportar ningún certificado nuevo de denominación social, sólo que a la existente habrá que añadirle las previsiones de la Ley para la constancia como sociedad profesional.

En cuanto a las **Limitadas**, la toma del acuerdo se hará según lo previsto en el artículo 53.2, a) de la LSRL. Puede ocurrir que se haya establecido un reforzamiento de ese quórum en los estatutos.

En los nuevos estatutos deberán constar todas las previsiones establecidas en la Ley de Sociedades Profesionales ya analizadas anteriormente.

Existe aquí también el problema del derecho de separación en determinados supuestos, como el de la adaptación del objeto, las restricciones establecidas para la transmisión de las participaciones de los socios profesionales, o por el establecimiento de sociedades profesionales. Estas cues-

(25) Antonio RIPOLL SOLER plantea esta cuestión, siendo de la opinión que surgiría en efecto este derecho de separación. Por su parte, GARCÍA VALDECASAS considera que difícilmente una adecuación del objeto de una sociedad pseudoprofesional a la ley vigente podrá considerarse como sustitución del objeto de dicha sociedad. En esa adaptación no se va a producir, como ya señaló la RDGRN antes reseñada, ninguna alteración en el ramo o sector de la actividad económica en la que actuaba la sociedad. Simplemente se va a tratar de sustituir la expresión mediación y la enumeración de las distintas actividades que de forma más o menos exhaustiva se comprendieran en el objeto de la sociedad por el ejercicio de la profesión que se trate. Página web: notariosyregistradores.com.

tiones están previstas en el artículo 95 de la LSRL, y conceden al socio en estas sociedades la posibilidad del derecho a separarse (26).

En lo relativo a la certificación de denominación social me remito a lo dicho anteriormente sobre las Anónimas.

Por ello creo que realmente no se consigue el efecto deseado, en cuanto a la sanción establecida de la disolución de pleno derecho, salvo por la disposición adicional segunda que ya hemos comentado en cuanto a la extensión del régimen de responsabilidad, que realmente puede animar a realizar las adaptaciones a las sociedades pseudoprofesionales.

G) Disposición transitoria segunda. Constitución de los registros de sociedades profesionales y plazo de inscripción en los mismos.

Esta disposición regula que en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de la Ley, los Colegios Profesionales deberán tener constituidos sus respectivos Registros Profesionales. Para las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, deberán solicitar su inscripción en el correspondiente Registro de Sociedades Profesionales en el plazo de un año desde su constitución.

H) Disposición transitoria tercera. Exenciones fiscales y reducciones arancelarias.

Se establecen también en la Ley unas exenciones fiscales y reducciones arancelarias, ya que durante el plazo de un año, contado desde la entrada en vigor de esta Ley, los actos y documentos precisos para que las

(26) GARCÍA VALDECASAS entiende que en lo relativo al objeto social o mejor dicho su adecuación a la nueva ley,... en ningún caso existirá derecho de separación a favor de los socios sean estos profesionales o no... respecto de las nuevas restricciones que van a sufrir las participaciones de los socios profesionales... las mismas son de tal entidad que entran de lleno en el supuesto contemplado en el artículo 95 c) de la LSRL... no es posible dar reglas fijas acerca de la existencia o no del derecho de separación, pues todo dependerá en definitiva de lo establecido en los estatutos vigentes de la sociedad y de lo que dentro de los límites del artículo 12 se establezca en los nuevos... Finalmente en materia de prestaciones accesorias, si no estaban establecidas con anterioridad en los estatutos sociales, su imposición legal sí dará lugar, sin ninguna duda, a que el socio profesional pueda separarse de la sociedad, ya que nadie puede ser obligado a realizar una concreta actividad en contra de su voluntad... Para terminar... si bien deberá calificarse, si la Junta no fuera universal y los acuerdos no se hubiesen tomado por unanimidad, si existe o no el derecho de separación para proceder a la inscripción de la adaptación de la sociedad a la nueva Ley, en el terreno práctico, la cuestión, para los socios afectados, no reviste gran importancia, dada la existencia en la nueva Ley de un derecho de separación *ad nutum* (cfr. art. 13) de los socios profesionales si la sociedad, como será lo normal, se constituye por tiempo indefinido. Incluso si se constituye por tiempo determinado también el socio profesional puede ejercitar su derecho de separación si concurre, como dice el artículo 13 de la Ley, con una gran imprecisión generadora de posibles problemas, justa causa. Página web: notariosyregistradores.com.

sociedades constituidas con anterioridad se adapten a sus disposiciones estarán exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, así como una reducción que determine el Consejo de Ministros en los aranceles de los notarios y de los registradores mercantiles.

El Real Decreto 131/2007, de 31 de agosto, fija la reducción de los derechos arancelarios de los notarios y de los registradores mercantiles.

Se opera una reducción en el arancel notarial, en un 30 por 100, por la autorización de los documentos que contengan los actos y contratos necesarios para que las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Profesionales, e incluidas en su ámbito de aplicación, se adapten a sus disposiciones, y que se autoricen dentro del plazo de un año desde su entrada en vigor.

Del mismo modo en relación al arancel registral en relación a las inscripciones de los actos y documentos antes indicados, y que se presenten en el registro dentro del plazo de un año desde su entrada en vigor.

X. Las Sociedades Profesionales de Notarios

Como último punto de este trabajo, quisiera hacer una mención específica a las Sociedades Profesionales de Notarios, o mejor dicho, a su posible admisibilidad o no, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Positivo Español, teniendo en cuenta algunas pinceladas del Derecho comparado. Ya indicamos anteriormente que, dentro del fenómeno asociativo de los profesionales, existían las denominadas Sociedades de Comunicación de Ganancias, donde el objeto de las mismas es el regular las pérdidas y ganancias que se obtengan, derivadas de la actividad individual de cada uno de los profesionales, y que uno de los supuestos que podrían encajar en esta forma asociativa sería en la profesión notarial la regulada en el artículo 42 del Reglamento Notarial, que aunque está haciendo referencia fundamentalmente al tema de los despachos u oficinas, no cabe duda que está previendo la unión de dos o más notarios, o mejor dicho, las uniones de despacho. En estas uniones está claro que cada notario mantiene su responsabilidad civil, penal y administrativa, con el conjunto de obligaciones corporativas, con relación a los Colegios Notariales, como con el Consejo General del Notariado, teniendo en cuenta la separación de los protocolos, que es responsabilidad de cada uno de los notarios, en cuanto al que tenga a su cargo.

En un primer momento, algún autor (27) indicó que "... sin embargo,

(27) RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, José Manuel, en "Formas asociativas entre profesionales", *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, volumen II, Consejo General del Notariado, 1996, p. 1524.

la organización y forma sustantiva del ejercicio profesional en la unión de despachos de los notarios, sí que se encuentra fuertemente condicionada... (oficinas públicas y custodia del protocolo). Partiendo de la necesidad de autorización de la Junta Directiva, y recogiendo las ideas expuestas a lo largo de este capítulo, queda clara la imposibilidad institucional de interponer persona jurídica alguna en el ejercicio profesional, e incluso creo que tampoco sería posible si a esa persona jurídica se le atribuye el papel de coordinación, organización o mediación en la actividad profesional, pues el matiz de función pública que califica la profesión notarial impide, por esencia, esa posibilidad... Por ello, y, excluida cualquier forma social (sea civil o mercantil) que implique personalidad jurídica, queda como posibilidad la de la comunidad como elemento coordinador o puente de los ingresos y gastos procedentes de la actuación profesional del notario, a la que le será aplicable el total tratamiento antes expuesto, cuyo ámbito y trascendencia exclusivamente fiscal, impedirá cualquier roce con normas sustantivas de la actuación profesional del notario...". No obstante, este mismo autor ha matizado esta postura en relación con las Sociedades Profesionales de Notarios, y en este sentido ha indicado con relación a las sociedades profesionales oficiales que "... con la legislación actual el tema es impensable... Pero de futuro a mí no sólo me parecen posibles, sino que, en muchos casos, de grandes ciudades, hasta aconsejables, pues ello redundaría, sin duda alguna, en una mejora del servicio público, como ocurre con los actuales convenios". La verdad es que esas SP en nuestros casos exigirían todas unas series de previsiones y/o limitaciones (por ejemplo, no admisión de socios capitalistas, no transmisibilidad de la condición de socio, limitación del derecho de exclusión, protección del secreto del protocolo, etc... y otras muchas), pero creo que no habría inconveniente en desplazar esa normativa especial a nuestros reglamentos (RN, RH, etc.), siempre que en la Ley se dejara prevista una especie de reserva en ese sentido..." (28).

Otras posturas, completamente negativas a la viabilidad de las sociedades profesionales entre notarios, han establecido que "en Derecho español el ejercicio de la actividad profesional de notario no puede realizarse a través de sociedad. A través de ningún tipo de sociedad... Sin extenderme mucho... puedo aportar como argumentos el carácter estrictamente personal de que es investido el notario tras un durísimo proceso de selección profesional...; el carácter de autoridad que el notario tiene en el ejercicio de su profesión y actividad...; la infungibilidad en la auto-

(28) RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, José Manuel, en "La transmisibilidad de la condición de socio: separación y exclusión. Disolución y liquidación de las Sociedades Profesionales". Conferencia dada en los Cursos de Verano de El Escorial, julio de 1999.

rización de los instrumentos públicos, en la identificación de los otorgantes..., en el otorgamiento y en la autorización... e incluso en la notificación de las actas...; y, en fin, esa definitiva inescindibilidad de funciones públicas y privadas siempre presente en la profesión notarial... Todos ellos hacen que, para quien esto escribe, resulte indudable la imposibilidad del ejercicio en sociedad de la profesión notarial... Es decir: el notario español no puede ejercer su profesión vía sociedad ni puede tampoco aportar su título de notario a una sociedad. Y esta prohibición abarca tanto a las sociedades capitalistas como a las personalistas. Y tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles... Se trata, en suma, de una incompatibilidad esencial con el contrato de sociedad y con la sociedad como figura jurídica. En el mundo notarial, el freno a la admisión del fenómeno societario, se superpone a la afirmación de la propia especificidad profesional...” (29).

En el Derecho comparado y, en concreto, en el Derecho francés, desde hace tiempo existen las sociedades civiles profesionales notariales, amparadas en la ya citada tantas veces Ley de 1966. La regulación es muy pormenorizada, desde la composición de los sujetos, el objeto, los aumentos de capital, las reglas de comportamiento, las fusiones, las convocatorias, los acuerdos de las asambleas, la definición de la actividad, las situaciones de enfermedad o impedimento para el ejercicio de la profesión, la cuestión del reparto de beneficios, cuestiones de contabilidad, la responsabilidad, las soluciones a las crisis que se provoquen, la escisión, la cesión de partes sociales, *inter vivos* y *mortis causa*, la exclusión y dimisión de socios, la denominación de la sociedad, la disolución y liquidación, la sociedad unipersonal y un largo etcétera aparecen contemplados en la Legislación francesa; así, por ejemplo, en el Decreto 2 de octubre de 1976, el Decreto 20 de enero de 1992, entre otros. En la actualidad, en Francia, existen 2.238 sociedades civiles profesionales de notarios.

En nuestra opinión, la necesidad de formas asociativas en los notarios es cada vez un hecho más palpable, que se puede observar en el quehacer diario profesional. No nos oponemos como punto de partida a la posibilidad de las sociedades profesionales de notarios, siempre, claro está, que se preserven las características esenciales de lo que significa su actividad de función pública.

Con la actual legislación consideramos que sería impensable e inviable la propia existencia de las sociedades profesionales de notarios, por ello serían imprescindibles los correspondientes cambios normativos.

Lo que debe estar claro es que estas sociedades profesionales debe-

(29) SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, Alberto, en “Notario & Notario, CB (en torno a las sociedades profesionales entre notarios)”, *Derecho de los Negocios*, septiembre 1999, pp. 4 y 5.

rían estar reguladas teniendo en cuenta una serie de exigencias propias del carácter de función pública del notario. Así, no podría darse cabida a sociedades multidisciplinarias, es decir, únicamente la sociedad profesional podría estar integrada por notarios. En segundo lugar, la no posibilidad de terceros, no ya de otras profesiones, sino cualquier tercero, es decir, la no existencia de socios capitalistas. Otro conjunto de normas especiales serían las relativas a la no transmisibilidad de la condición de socio, de la limitación del derecho de exclusión, la protección del secreto del protocolo, y un largo etcétera, todo ello, con la traducción normativa a los correspondientes reglamentos.

Por ello, con la Ley de Sociedades Profesionales en la mano considero inviable su encaje para los notarios al no haberse hecho una reserva especial en la norma, ni en su caso prever los criterios o parámetros generales a los que antes he hecho referencia.

NOCIONES SOBRE LOS CAUCES SUCESORIOS Y SUS DIFERENCIAS

DOMINGO IRURZUN GOICOA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **A)** DINAMISMO DE LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. **B)** IDEA DEL TRÁNSITO SUCESORIO. **C)** LOS CAUCES DEL TRÁNSITO SUCESORIO: TESTAMENTARIO O INTESTADO. **D)** EL HECHO DIFERENCIAL BÁSICO ENTRE LOS CAUCES. **E)** SU CONSECUENCIA: DIFERENCIAS CONCRETAS. EXAMEN PARTICULARIZADO DE CADA UNA. **1.º** La naturaleza de la sucesión. **2.º** La unicidad en la sucesión del causante. **3.º** Las clases de personas que pueden suceder. **4.º** La causa del derecho a suceder: llamamiento y título. **5.º** El contenido del llamamiento y sus efectos. **6.º** Llamamientos puros o modalizados. **7.º** Los llamamientos plurales y sus clases. **7A.** *Llamamientos alternativos.* **7B.** *Llamamientos múltiples simultáneos.* **7C.** *Clases de llamamientos simultáneos. (Representación y acrecimiento).* **7D.** *Llamamientos múltiples sucesivos.* **8.º** La adquisición de la herencia. **F)** OBLIGADA ALUSIÓN AL SISTEMA LEGITIMARIO Y SUS INTERFERENCIAS.

Introducción

La sucesión *mortis causa* parte de varias circunstancias que constituyen sus presupuestos:

- Que haya fallecido una persona, sujeto de derechos y obligaciones, titular de un patrimonio. Es el causante.
- Que tal patrimonio no se extinga, en cuanto tal, cuando fallece su titular, sino que permanezca y dure, aunque acaso puedan extinguirse algunos de los derechos y obligaciones que lo integran por ser inherentes a la persona del titular desaparecido, es decir, personalísimos, que desaparecen con él. Este patrimonio que ha quedado, lo que el causante deja, el caudal relicto, es la herencia.
- Que existen insoslayables razones de muy diversos tipos que imponen la sucesión, entre otras, la protección de la propiedad privada, de la familia, del comercio de bienes y de la seguridad jurídica.
- Que el patrimonio relicto, conservado íntegro y sin deterioro, en lo posible, ha de ser provisto de un nuevo titular, ya que nuestro ordenamiento jurídico puede admitir que haya temporalmente una cierta indeterminación acerca de quién lo sea o pueda serlo; pero rechaza de plano la existencia de patrimonios sin sujeto, carentes de titular. La búsqueda y la designación de este nuevo titular es el objetivo de la sucesión.
- Que en Derecho, como en cualquier otro ámbito, sucesión es cambio o sustitución en cuanto al lugar o posición que ocupan las personas. El sucesor por causa de muerte será la persona que se coloque en el lugar que ocupaba el fallecido en su calidad de titular del patrimonio.

A) Dinamismo de la sucesión *mortis causa*

El Derecho Civil es la rama del Derecho que se centra en la persona como tal y encuadrada en una sociedad. Y como las personas son mortales y dejan una herencia que necesita sucesor, al Código Civil le corresponde establecer y regular todo el ordenamiento necesario y lo hace por medio de una de sus ramas de mayor importancia y complejidad, que es el Derecho de Sucesiones (viene sobrentendido que se trata de sucesiones por causa de muerte) y también Derecho hereditario.

La sucesión por causa de muerte puede ser estudiada en dos aspectos: en el de su composición o estructura, aspecto que suele denominarse estático, o en el de su desarrollo en el tiempo, en su dinamismo, por lo que se le suele llamar aspecto dinámico.

A este aspecto dinámico de la sucesión se le denominó en Italia “fenómeno sucesorio” y la expresión fue recogida por algunos de nuestros autores, aunque sin muchos seguidores porque resulta vago y poco expresivo. Preferimos llamarle tránsito sucesorio ya que no es sino el paso del patrimonio hereditario desde el causante hasta el sucesor. A él vamos a referirnos, en el ámbito del Derecho común español.

B) Idea del tránsito sucesorio

El tránsito sucesorio se podría definir como el procedimiento civil por el que se dota de titular al patrimonio de un fallecido, a su herencia.

Contra lo que suele ser opinión muy generalizada, la idea de procedimiento no es exclusiva del Derecho Público, sino común a todas las ramas del Derecho y, por ello, perfectamente aplicable en Derecho Civil.

Se entiende que el procedimiento es una serie de actos simples y sucesivos vinculados causalmente y dirigidos a lograr un efecto jurídico unitario. El procedimiento del tránsito sucesorio arranca de un hecho jurídico anterior que es la muerte de una persona y comienza con la serie de actos que después se van realizando y culminan en el efecto común a todos de fijar quién puede suceder al causante. (Hablamos en singular de “quién”, por comodidad de expresión, pero con la advertencia de que, por regla general, los sucesores suelen ser varios.)

Estos actos han recibido diversas denominaciones que se han empleado, a la vez, con significados no sólo diversos sino, en muchas ocasiones, llamativamente contradictorios, lo que ha producido una notable confusión, terminológica primero y de concepto o mental más tarde. Es significativa, sobre todo, al hablar de los actos que se suelen denominar vocación y delación, términos que procuraremos eludir hasta el momento en que adquieran un sentido propio y preciso, el que entendemos es su verdadero significado, a nuestro juicio.

Con el propósito de lograr claridad se va a acometer, pues, este intento de depuración de la terminología que nos va a llevar al uso de términos vulgares no conflictivos.

Diremos así que el procedimiento del tránsito sucesorio consta de un hecho básico, la muerte de una persona, hecho natural al que la Ley anuda unos efectos que le hacen jurídico, y una serie de actos, apertura del tránsito o de la sucesión, designación o llamamiento de eventuales sucesores, fijación de su individualidad, ofrecimiento de la herencia, atribución del derecho a aceptarla o repudiarla, aceptación y adquisición de tal herencia.

C) Los cauces del tránsito sucesorio: testamentario o intestado

El tránsito sucesorio, aun siendo único en su esencia, tiene dos cauces o vías que presentan muy notables diferencias entre sí. Todas ellas, como tendremos ocasión de explicar, arrancan de una esencial que es la aludida por el artículo 658 del Código Civil cuando dice que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley.

No está claro por qué emplea el precepto un verbo tan poco frecuente como “deferir” y qué es lo que con él se quiere significar. De ordinario se considera que ha de entenderse referido a cómo se produce o se realiza la sucesión y, de modo especial, a la concreción de la persona o personas a las que les corresponda suceder.

Lo que resulta evidente de él es que la sucesión tiene un primer *cauce testamentario*, que se caracteriza porque viene regido por la voluntad del hombre, es decir, por la voluntad que, con cierta solemnidad, ha sido declarada precisamente por aquél de cuya sucesión se trata, y se expresa en forma legal y con arreglo a unas normas de fondo que la Ley ha establecido con carácter previo. Es la sucesión testada, la que viene regida por un testamento.

El segundo cauce es el establecido por la Ley con el carácter de supletorio, en defecto del primero; es el *cauce intestado*, que regirá cuando el causante no haya hecho uso de la concedida facultad de testar. Porque otorgar testamento es una facultad y la Ley ha de prever que la misma no sea ejercida.

El régimen legitimario que el Código Civil establece tiene un origen estrictamente legal en el sentido de que no procede de la voluntad del hombre. Por el contrario, se crea para sobreponerse a ella y contradecirla si fuere preciso.

Es, en cierto sentido, ajeno a la distinción entre las sucesiones testada o intestada pues, por su imperatividad, rige en ambas de modo indistinto. Por ello carece, en principio, de manifestación sustantiva alguna que afecte al tránsito sucesorio y sus cauces, de que aquí se trata. No obstante, puede provocar alguna interferencia en el juego de las instituciones que se refieren al tránsito sucesorio y por ello se le dedicará un breve espacio en el apartado final.

D) El hecho diferencial básico entre los cauces

El hecho diferencial básico, ya expresado, es la intervención o no de la voluntad del causante en el tránsito sucesorio. De él van a arrancar importantes diferencias en el tránsito sucesorio.

Sólo hay un caso en que este hecho diferencial básico no crea diferencia alguna: es la fecha de la apertura de la sucesión. En efecto, en uno y otro cauce, rija la Ley o la voluntad del hombre, la fecha del fallecimiento del causante es la fecha en que la sucesión se abre. Y aun en el caso, poco frecuente, de que exista declaración de fallecimiento, el Auto que le dé fin ha de expresar la fecha en que supone producido el óbito.

Pero tal hecho, en esencia, consiste en que se haya ejercido o no la facultad de testar creando un testamento eficaz, y ello implica, y presupone, una doble consideración:

La primera consiste en saber, dado que el testar es una simple facultad, cuál es el cauce que la Ley ha tenido que prever para el tránsito sucesorio cuando tal facultad de testar no se haya ejercido y, en consecuencia, no haya testamento. Es decir, debe examinarse en primer lugar el cauce sucesorio intestado aunque la Ley se limite a aplicar su valor supletorio.

A este supuesto de falta de testamento deberán añadirse otros que le son asimilables, como que el testamento se haya otorgado sin contener institución de heredero, o que, por una u otra causa, no llegue a ser eficaz en Derecho.

La segunda consideración atañe a la necesidad de comprobar cuál es el concreto marco en el que se delimita el posible alcance y eficacia de la voluntad expresada en el testamento. Porque conceder el papel rector de la sucesión a la voluntad del causante expresada en el testamento no significa que sea omnímoda. Hay unas normas sucesorias básicas, señaladas por la Ley, que han de ser respetadas siempre, y que la voluntad testamentaria no puede contradecir. Así pues, la voluntad del testador ha de moverse dentro del marco que la Ley le ofrece.

A título de ejemplo, baste indicar que, en nuestro Derecho, es norma básica que el testamento sea revocable; aun cuando la voluntad del testador quisiera privarle tal carácter haciéndolo irrevocable, esta decisión sería nula y el testamento otorgado no perdería su ordenada y preceptiva revocabilidad. Y que la Ley puede también establecer, y lo hace, que haya unas personas especialmente vinculadas con el testador por lazos familiares, los legitimarios (mal llamados herederos forzosos) a quienes se considera que deban tener parte en la sucesión.

Ello nos conduce a plantear la comparación, muy somera ahora, entre los dos cauces expresados. Lo primero que se aprecia es que el cauce intestado ofrece lo que podríamos llamar un modelo, el “modelo legal”, que es único y simple. El cauce testamentario, en cambio, puede tener una complejidad mayor, fruto de las posibilidades de ejercicio de la voluntad dentro de su marco legal, y, por ello, presentar una gran variedad de “modelos sucesorios” que el testador puede establecer.

Es evidente que el testador podría testar acoplando su voluntad al que hemos calificado de “modelo legal”. Daría lugar a un cauce testamentario “simple”, coincidente por entero con el cauce intestado. Prescindiremos de él, ya que le es aplicable cuanto se diga para el cauce intestado, para detenernos en el cauce testamentario “complejo”, en el que la voluntad del testador se aparta del modelo legal en mayor o menor medida.

Nos referimos, por supuesto, a la voluntad testamentaria que incide en el tránsito sucesorio y prescindimos de cualquier otro tipo de voluntad, ya sea propiamente sucesoria, como las cláusulas de desheredación o de ejecución de la propia voluntad testamentaria como nombramiento de albaceas o contadores partidores, ya sean referentes a la estructura de la herencia, como reconocimiento de deudas, confesión de privatividad o ganancialidad de los bienes y, como es natural, de otras como reconocimiento de hijos, realización de sufragios, etc.

E) Su consecuencia: diferencias concretas. Examen particularizado de cada una

Acaso la primera diferencia concreta que se nos aparece sea la que se refiere a la fecha de la apertura del tránsito sucesorio. Pero distinguir entre esta apertura y la de la sucesión, apenas es otra cosa que una “sutilidad técnica” de carácter académico. No obstante, luego se hará una alusión a ella.

Pues bien, las diferencias que, con carácter significativo, pueden verse entre el cauce intestado y el testamentario en orden al tránsito sucesorio, se refieren a ciertos importantes aspectos o criterios que, a nuestro entender, son los ocho que se indicarán, aunque, para mayor claridad, uno de ellos convenga subdividirlo en otros cuatro. Con ello se convierten, de hecho, en once.

Las diferencias concretas atañen a los siguientes puntos:

- La naturaleza de la sucesión.
- Su unicidad.
- Las clases de personas que pueden suceder.
- La causa del derecho a suceder.
- El contenido y los efectos del llamamiento para suceder.
- Llamamientos puros y modalizados.
- Llamamientos plurales y sus clases, y
- La adquisición de la herencia.

Vamos a analizar cada una de estas diferencias de la manera que parece puede ser la más ordenada, sencilla y clara de exponerlas.

Distinguiremos para ello tres apartados:

En el primero, tras denominar la diferencia, se intentará situarla conceptualmente en el lugar que le corresponde –en algún caso con cierta extensión– y se concretará cuál es el problema a que se refiere y que pretende resolver.

En el segundo se confrontarán las soluciones que recibe en uno y otro cauce, y la diferencia que resulta, comenzando por la solución en el cauce intestado, que es siempre la de mayor sencillez, salvo en un caso concreto en que se dará prioridad al cauce testamentario por la razón que se dirá.

El tercer apartado se podría añadir sólo en aquellos casos en los que se considere que es conveniente un resumen y comentario de la diferencia tratada.

1.º La naturaleza de la sucesión.

Por razón del ámbito o alcance que puede tener, la sucesión se puede predicar o cabe referirla

1. A la totalidad del patrimonio relicto (o a una parte alícuota de él), pero siempre con relación al conjunto y a su doble aspecto activo y pasivo, es decir, a lo que es su “universalidad”, lo mismo de bienes o derechos que de obligaciones y deberes; o, por el contrario,

2. Sólo a unos determinados bienes o derechos de los que se integran de modo activo en tal patrimonio, con exclusión del pasivo, a la singularidad de esos determinados bienes o derechos.

Al primer modo de suceder se le denomina *sucesión universal* y quien así sucede es heredero y el segundo recibe el nombre *de sucesión singular* o particular, y al sucesor se le denomina legatario. Así puede entenderse en términos generales, aunque haya figuras cuyo encaje en una u otra sucesión plantee serias dudas.

Comparación:

1.1. *En el cauce intestado.*

Todo llamamiento es universal o a título de heredero. En ningún caso pueden existir llamamientos a título singular, del tipo de las mandas o legados.

No debe extrañar, ni mucho menos inducir a engaño, la circunstancia de que el cónyuge del causante que concurre a la sucesión intestada con parientes de éste en línea recta, obtenga un llamamiento al usufructo de ciertos

bienes, que no se considera sucesión a título universal; la causa es que este llamamiento lo recibe el cónyuge tan sólo en su especial calidad de legítimo en la herencia del causante, no como propio sucesor, calidad que es la que le corresponde en el caso de que no haya parientes en línea recta.

1.2. *En el cauce testamentario.*

Cualquier llamamiento que en el testamento se haga puede ser a título universal o singular. El testador, al designar a cada llamado indicará la clase de sucesión que le quiere atribuir. El uso de expresiones ambiguas sobre el particular, muy frecuentes en los testamentos que no estén autorizados por un notario, plantea delicados y difíciles problemas de interpretación.

Debe destacarse el gran poder conferido a la voluntad del testador, que le hace capaz incluso de determinar el título, universal o singular, que se atribuya la legítima a quienes tengan derecho a ella, a pesar de que la atribución de la legítima y su cuantía sean de la exclusiva competencia de la Ley.

2.º La unicidad de la sucesión del causante.

Toda persona que fallece deja siempre un patrimonio que deviene herencia, a la que debe proveerse de nuevo titular. Este titular (o titulares), conforme a las normas, se podrán convertir en sucesores, y adquirirán y, en su caso, partirán entre ellos lo adquirido. Y con ello se consuma la sucesión con carácter único para cada causante.

Y así es por regla general, pero no lo es *siempre*. Es posible que la sucesión se vaya reproduciendo en el tiempo, de modo que recaiga en una pluralidad de sucesores distintos que se siguen unos a otros, aunque todos sucedan a un solo y mismo causante. En este caso la sucesión del causante se desdobra o multiplica y da lugar a tantas sucesiones cuantas sean las personas llamadas al goce sucesivo del caudal relicto. La sucesión del *de cuius* ha dejado de ser única.

Comparación de soluciones:

2.1. *En el cauce intestado.*

La sucesión de quien fallece intestado es siempre única.

Le podrán suceder, como se verá, una o varias personas; pero si hay una pluralidad de sucesores, todos ellos adquieren a la vez. Por obra de la aceptación y de la retroactividad de sus efectos, la adquisición, en un solo tránsito sucesorio, se hace de modo simultáneo, y con efectos que se

retrotraen a la fecha de la muerte del causante, cualquiera que haya sido la de la aceptación de cada uno de los coherederos.

2.2. *En el cauce testamentario.*

La sucesión es única, como en el caso anterior, con un solo tránsito sucesorio, si se da el mismo supuesto. Es decir, cuando la institución de heredero ha sido hecha por el testador a favor de una sola persona o de varias para que hereden simultáneamente.

Pero además, y ello origina unas grandes diferencias, según se verá más adelante, el testador puede hacer instituciones de heredero de modo que le hereden sucesivamente, no todos a la vez sino unos después de que otros lo hayan hecho, con lo que resultan, en la sucesión de un mismo causante, varios tránsitos sucesorios.

3.º Las clases de personas que pueden suceder.

Es el aspecto subjetivo de la prevista sucesión y supone determinar si al causante pueden sucederle toda clase de personas, sean físicas o jurídicas, o si la sucesión ha de circunscribirse a algún tipo de ellas, prohibiéndose a otras.

3.1. *En el cauce intestado.*

De los tres criterios que ordenan el tránsito en este cauce, si se aplican los de parentesco o matrimonio, sólo pueden ser llamadas a suceder personas físicas, únicas a las que tales criterios pueden ser referidos.

Por el contrario, cuando, en su defecto, es preciso recurrir al criterio de la ciudadanía, sólo cabe un sucesor, la persona jurídica que es el Estado español, en quien se vienen a personalizar todos los conciudadanos del fallecido. Ha de tenerse en cuenta que se trata de la sucesión de un ciudadano español y que, conforme al Código, es su ley personal la que ha de regirla.

3.2. *En el cauce testamentario.*

El testador tiene plena libertad de elección de las personas a las que llame para sucederle, sean físicas o jurídicas.

Cuestión distinta, y ajena, es que los legitimarios, a quienes es la Ley la que llama a suceder con tal carácter incluso en este cauce sucesorio, deban ser personas físicas, a causa de su parentesco con el testador.

4.º La causa del derecho a suceder: llamamiento y título.

La causa o razón de ser del derecho que una persona pueda tener para suceder *mortis causa* a otra radica en haber recibido un llamamiento o designación para tal sucesión.

Este llamamiento afecta a unas determinadas personas a las que se designa, y excluye o elimina de la sucesión, al menos en principio, a todas las demás. Hay que afrontar y dar respuesta a las preguntas sobre cuál es el origen o de quién procede tal designación, por qué o con qué criterio se hace, cuándo surge el llamamiento y cómo o a través de qué sistema o procedimiento se articula.

En todo caso, el llamamiento es la causa o razón de suceder a una determinada persona. Es el *título sucesorio material*.

Pero, además, y por razones prácticas y de seguridad jurídica, debe existir una versión documental de esta causa, que permita acreditarla, pública y oficialmente, frente a cualquiera. Ese documento recibe el nombre de *título sucesorio formal*, que la ley regula y establece, así como el procedimiento que permita obtenerlo.

Confrontación:

4.1. En el cauce intestado.

En cuanto al título sucesorio material, el sistema legal ya ha predeterminado en este cauce unas normas generales para suceder que se apoyan en unos criterios lógicamente concordantes con los propios fines y la razón de ser de la sucesión por causa de muerte y de su resultado final, la entrada en un nuevo titular o titulares del patrimonio del fallecido, de su herencia.

Estos criterios para determinar los llamados a suceder, ya apuntados antes, son que causante y sucesor han de estar vinculados entre sí por unas determinadas relaciones (clases en el Código Civil), que son el parentesco, el matrimonio o la ciudadanía, con la preferencia de su enumeración; dentro de la primera, unas órdenes, las líneas, recta descendente, recta ascendente y colateral, con esta preferencia; y el grado de parentesco, cada generación es un grado.

Y así se llama primero a los descendientes del fallecido. En su defecto a los ascendientes; de no haber parientes en línea recta, al cónyuge no separado legalmente; y en su defecto, a los colaterales que se hallen dentro del cuarto grado de parentesco con el causante. Si faltasen tales parientes, por último, se llama al Estado (arts. 930 y ss. del Código Civil).

El título sucesorio, la causa o razón de ser del llamamiento para suceder *ab intestato* (cómo “se defiere la sucesión” en este cauce) corresponde

a personas que vivan al abrirse la sucesión y en las que se den las preferencias mencionadas.

En lo que al parentesco se refiere, debe notarse que, dados los términos generales de toda norma jurídica, el Código habla en abstracto, y “llama” a unos parientes para suceder a un causante conforme a ciertos criterios. Desde este plano abstracto y general, hay que descender, al abrirse la sucesión de un causante ya determinado, al plano concreto y específico de la realidad a la que aquella ley ha de aplicarse en este momento. Por eso, cuando se trate ya de “el causante”, con nombre y apellidos, aquellas normas se habrán de aplicar designando las personas, también con nombres y apellidos, en las que recae aquella relación de parentesco en el grado pertinente, y que, por ello, le van a poder suceder.

Es decir, de los “parientes llamados por la ley”, hay que pasar a las “personas” que, por hallarse en la relación de parentesco que la ley exige, van a poder suceder a un causante concreto y determinado, que tiene una propia y personal situación familiar. Tales personas tendrán, por aplicación de la norma a su caso, el título sucesorio material y necesitan obtener el título formal que les legitimará para el tráfico.

La obtención del título sucesorio formal es la aplicación de los criterios legales, por funcionario competente y ante un caso concreto, para fijar las personas a las que debe expedirse, después de haberse seguido los trámites procedimentales establecidos y la práctica de las pruebas que aquella fijación pueda exigir.

La legislación española vigente establece dos distintos procedimientos, uno de ellos se tramita ante notario, cuando el fallecido deja cónyuge o parientes en línea recta, y el otro ante juez de Primera Instancia, si los únicos parientes del difunto son colaterales que se hallen dentro del cuarto grado o no hay pariente alguno dentro de este grado.

Los dos, el proceso jurisdiccional o el acta de notoriedad, se inician previa petición de parte que habrá de justificar el fallecimiento del causante, que no ha otorgado testamento y que existen (o no existen, en su caso) los parientes de los que depende la competencia del funcionario.

Puede iniciar el procedimiento, sin duda, cualquiera de las personas que la Ley llama a la sucesión del causante, aportando prueba de ello, pero sin más y por sí sola, es decir, sin que le sea preciso el consentimiento ni aun el conocimiento, de otros posibles interesados.

En la tramitación se habrán de practicar cuantas pruebas admisibles en Derecho considere convenientes el funcionario, entre las cuales tienen especial protagonismo las certificaciones del Registro Civil, que son las

que acreditan el estado civil de las personas, y de ellas resultará su grado de parentesco con el causante y su llamamiento por la ley.

Dentro del capítulo intitulado “De la sucesión intestada” está la regla de oro de la sucesión en favor de los parientes. La contiene el 921.1 del Código, según el cual “en las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar”.

Vamos a ver a continuación esa regla general, la excepción y casos en que se aplica, su contraexcepción, casos en los que no debe aplicarse, y un caso especial, la autoexclusión del grupo preferente.

1. La *regla general*, repetimos, es llamar a la sucesión del causante a sus parientes que tengan parentesco en el grado más próximo posible con arreglo a sus circunstancias familiares en la fecha de su fallecimiento, lo cual excluye a los parientes que tengan grado más remoto.

2. La *excepción* viene contenida en la frase final del precepto y es el derecho de representación, de cuya naturaleza nos ocuparemos más adelante, que va a permitir la concurrencia en la sucesión de parientes de distinto grado. *Tiene lugar* en los dos casos contemplados por el artículo 925: en el párrafo 1.º, respecto a la línea recta descendente, cuando llama a los hijos del causante en concurrencia con los descendientes de otro hijo del causante que le haya premuerto; y en el párrafo 2.º que, en la línea colateral, llama a los hermanos del causante concurriendo con los hijos de otro hermano que le hubiera premuerto.

La consecuencia que establece el artículo 926 es que, “siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado si viviere”.

Nacida la excepción, concurriendo parientes de grado diverso, los que eran preferentes heredan por cabezas y los que no lo eran y heredan por representación, por estirpes. (En rigor debería hablarse en futuro “heredarán”, es decir, *adquirirán en su momento* en la forma antedicha cuando, llegada la hora de partir la herencia, se practiquen las correspondientes adjudicaciones.)

Si el Código entiende, rectamente, que no es justo que, por ejemplo, los nietos del causante pierdan la herencia que hubiera correspondido a su padre por el hecho coyuntural de que haya premuerto al abuelo causante, también es de justicia que tal derecho no sea en perjuicio de sus tíos, los restantes hijos. La anomalía que representa la concurrencia que nos ocupa queda paliada de este modo en vía particional.

3. Podría hablarse de *contraexcepción* cuando el resultado que se persigue con la excepción, el derecho de representación, se produce aunque los llamados a quienes se aplica sean parientes del grado más próximo, o sea, sin que haya concurrencia de llamados de grado distinto. Es lo que ocurre cuando, por haber premuerto al causante todos sus hijos, se llama a los nietos en calidad de parientes más próximos (art. 921) y se ordena (art. 934) que hereden por derecho de representación, es decir, por estirpes, y no por cabezas o por partes iguales, que es lo que el artículo precedente, 933, dispone para el caso de que sean los hijos del causante los que le hereden solos.

El caso paralelo de la línea colateral se resuelve en sentido contrario, con muy clara dicción y mayor congruencia, en el artículo 927: “Quedando hijos de uno o más hermanos del causante, heredarán a éste por representación si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos, heredarán por partes iguales”.

4. El *caso especial*, que denominamos “autoexclusión del grupo preferente”, es el contemplado en el artículo 923, tan enigmático y controvertido, en especial por lo que se refiere a su contradicción con el artículo 981, en cuanto al derecho de acrecer. (Como luego se verá, creemos que no existe antinomia.)

El artículo 923 dice: “Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante”.

Llamamos la atención sobre la posibilidad de que, fallecido el testador, y antes incluso de que se haya incoado el procedimiento para la determinación de las personas que hayan de sucederle (y antes, por tanto de que se expida el título sucesorio formal), haya quien conozca la muerte del causante y sepa que la Ley le llama a su sucesión. Y que puede estar en su ánimo la voluntad de apartarse de tal sucesión, en el sentido de no querer ni siquiera ser llamado en el procedimiento que se incoe. La licitud de esta voluntad y sus efectos así como la oportunidad de su expresión está fuera de duda. Conforme al artículo 991, las personas a que nos referimos podrían claramente repudiar la herencia. Lo que ocurre es que la facultad de aceptar o repudiar no la da el solo hecho de estar “llamado por la ley”, según la dicción del 923, sino que es preciso un título sucesorio que reconozca tal derecho y el posterior goce del *ius adeundi vel repudiandi*, expresión del *ius delationis* que nace con la vocación, según ya vimos. Por ello, aunque no se pueda censurar el empleo de la palabra repudiación, es más apropiado al caso el de “renuncia a obtener el título sucesorio”.

Entendido así, en este momento del tránsito sucesorio, el caso *especial* del artículo 923 no es otra cosa, sencillamente y en definitiva, sino la vuelta al artículo 921.

Lo que ocurre es que la claridad de este resultado se enturbia en el texto legal con una improcedente referencia al derecho de representación, ya excluido por la frase [heredarán] “por su derecho propio” que por sí sola ya la hace inútil.

Y en el caso de que se hubiese considerado imprescindible la referencia a tal derecho, la frase final debió ser “sin que se pueda aplicar el derecho de representación, conforme al artículo 929”.

La explicación de esta anomalía no puede ser otra que un poco explicable deseo del Código de buscar un enlace entre el derecho de representación y el de acrecer, algo que, en el mismo sentido, le ocurre al artículo 922, al que más adelante se hace amplia referencia.

En los procedimientos legales establecidos, el juez en el proceso judicial y el notario en el acta de notoriedad, harán las oportunas designaciones aplicando los artículos del Código Civil que hemos visto, donde “la ley” llama a los sucesores.

Así, en el acta se llamará “a A. B. y C., los tres hijos del causante” y en el Auto a “A. B. y C. únicos hermanos del testador”, en el caso de igualdad de grado de parentesco.

Y si procede aplicar el derecho de representación, el notario dirá, por ejemplo, que “quedan designados para suceder al causante sus hijos A y B y su único biznieto N, que le han sobrevivido, el último como estirpe, representando al hijo del causante C y a su único hijo H, ambos premuertos al causante, en aplicación del artículo 925.1”. Y el juez, conforme al 925.2 dirá “quedan designados para suceder al causante sus hermanos A y B y su único sobrino N, que le sobrevivieron, éste en representación de su padre C hermano del causante, que le premurió”.

Nos parece claro que si durante la tramitación del proceso o del acta, o ya expedido el título sucesorio falleciere alguno de los llamados o de los que debieran serlo por razón de su grado de parentesco, ello no obsta la tramitación ni altera su resultado.

Si resulta aplicable el artículo 923 por haber renunciado al título sucesorio todos los integrantes del grado preferente al que la ley llamaba, se habrá de llamar en el proceso o en el acta, y otorgar el título sucesorio formal a las personas con parentesco del siguiente grado, ya en el mismo proceso o acta o, si éstos hubieran concluido, en los que se inicien de nuevo a tal fin.

Y si el fallecido no había aceptado ni repudiado la herencia habrá de aplicarse el artículo 1.006.

El Auto judicial o la declaración notarial de notoriedad ha de contener, pues, la fijación individualizada de las personas a las que se llama a suceder a un determinado causante y a cuyo favor se expide el correspondiente título sucesorio formal.

Nótese que ni el juez ni el notario “declaran herederos” a las personas que obtuvieron el título. Serán herederos cuando expresen libre y voluntariamente su decisión en tal sentido, y supuesto sean idóneas para suceder al causante de que se trata.

Pero el título sucesorio formal no se limita a esta fijación de las personas llamadas a la sucesión de un cierto causante, aunque sea este su cometido específico y primordial, sino que recogerá, además, en el caso de que haya llamamientos plurales, su respectivo contenido, es decir, la cuota o parte de herencia que corresponda a cada llamado.

Esto debe constar, ya sea de forma directa o indirecta. En la fijación de este contenido, el notario o el juez aplicarán las normas ya citadas, con vista a un momento posterior al de la eventual aceptación, que será el del señalamiento de haberes y práctica de la partición. En el acta se prestará especial atención a las normas sobre distribución por líneas y dentro de ellas, en la sucesión de los ascendientes (arts. 940 y 941) y en el proceso judicial, a las relativas a la concurrencia de colaterales de segundo grado, atendiendo a los vínculos doble o sencillo, conforme al artículo 949.

En resumen: el llamamiento, cuando ya está abierta la sucesión, lo hace la autoridad a unas personas físicas determinadas que se caracterizan por tener con el causante el parentesco adecuado, conforme a unos criterios que la ley predeterminó y a través de un procedimiento creado a tal fin que concluye con un auto judicial o una declaración notarial, que constituyen el título sucesorio formal.

4.2. *En el cauce testamentario.*

El título sucesorio material cuando hay testamento es la voluntad que en él se manifieste. La voluntad del hombre se expresa en el testamento, otorgado conforme a los requisitos legales, para regir la sucesión del propio testador una vez fallezca. Rige, pues, la futura sucesión *mortis causa* del testador a cuyo fin designa y llama, con la precisión que el propio Código exige, a la persona o personas que quiere que sean sus sucesores. La voluntad del testador que esté expresada en forma legal es la que decide.

Tal voluntad, sin embargo, no es absoluta y está interferida en cierto sentido por la Ley, que, sobreponiéndose al testador, establece que unos ciertos parientes, que entrañan el núcleo familiar más estricto, deban par-

ticipar en cierta medida en el patrimonio relicto. Su resultado es la imposición de un régimen de legítimas en el que los legitimarios, mal llamados por el Código herederos forzosos, deben recibir una parte de la herencia, salvo en casos excepcionales.

A pesar del ejemplo contrario de algunos regímenes forales, el Código, cuando establece el régimen legitimario, pretende moderar posibles excesos del testador y no tolerar que la voluntad individual no respete unos criterios sucesorios en que la Ley misma se apoya dando al parentesco un preponderante papel. Y, en defensa de la familia, al menos en su núcleo sustancial, impone, a favor de sus más próximos parientes o de su cónyuge, ciertos derechos que se sobreponen a la voluntad del testador en el régimen legitimario.

La voluntad del testador es, sin embargo, la causa o razón de ser del derecho a la sucesión para las personas que designa o llama a tal fin. Por ello sigue siendo “ley de la sucesión”, según la frase que han consagrado jurisprudencia y doctrina. Y no sólo en los casos en que el testador carezca de legitimarios, sino incluso también respecto de las propias legítimas, como tendremos ocasión de ver.

El título sucesorio formal en la sucesión testada es también el testamento, pero con un calificativo esencial: el testamento *vigente* a la muerte del testador.

Y es que el Código caracteriza al testamento por su esencial revocabilidad, ya que la voluntad que la sustenta puede variar en cualquier momento de la vida del testador (*voluntas ambulatoria* decían los romanos), siempre que la voluntad del cambio se exprese también en forma testamentaria.

Y ello significa que, mientras el testador vive, el llamamiento de sucesor formulado en el testamento es de una total precariedad, carece en absoluto de firmeza a efectos sucesorios. Pero la adquiere con plenitud al fallecer el testador. Su *última voluntad*, la contenida en el postrer testamento que hubiere otorgado, es la que regirá su sucesión.

El título sucesorio material del llamado es el testamento en el que se le designa. Y este testamento se convierte en título sucesorio formal al acreditarse que es el último otorgado por el causante.

Para permitir tal acreditación, el sistema español creó el aparato jurídico necesario instaurando un Registro General de Actos de Última Voluntad, que viene regulado en un Anexo del Reglamento Notarial y depende de la Dirección de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. A este Registro se van aportando los datos que permiten identificar a cada testamento que se otorgue, sea de modo público y, en su caso, privado. Y sus certificaciones, que van a acreditar los testamentos otorga-

dos por el testador y el último vigente, dan a éste el rango de título sucesorio formal que regirá la sucesión del testador.

Resumiendo: el llamamiento lo hace en su testamento el que va a ser causante de la sucesión, por ende, antes de que ésta se abra, y su título formal resulta de la propia copia auténtica del testamento, cuya vigencia se acredita mediante una certificación de autoridad.

5.º El contenido del llamamiento y sus efectos.

En esta compleja materia, la diferencia entre los dos cauces es accidental, porque no afecta a la esencia del tránsito sucesorio. Pero sería un grave error creer que, por ello, carece de importancia. La tiene y grande.

Para comprenderlo es preciso concretar previamente cuál es, en el aspecto sustantivo, el contenido del llamamiento y los efectos que puede producir.

El llamamiento, cualquiera que sea el cauce sucesorio, tiende a la sucesión y conduce a ella, pero no la produce por sí mismo aunque sea siempre presupuesto inexcusable para que la sucesión se produzca. Y es que la sucesión es un modo de adquirir, por ella se adquiere la herencia, y esta adquisición exige en nuestro Derecho la voluntad del que ha sido llamado para adquirir.

La voluntad de adquirir se expresa en la aceptación de la herencia; y para que el interesado, el llamado a la sucesión, pueda hacerlo es preciso que su llamamiento, en un determinado momento, se consolide, obtenga firmeza y, con ella, un nuevo y especial carácter que le permitirá decidir acerca de la adquisición misma.

Cuando esto ocurre, el llamamiento se hace operativo al ser dotado de una facultad especial, con la que se le inviste y que le permite manifestar su voluntad de decidir acerca de si va a ser sucesor o no. Y en el mismo momento obtiene el ofrecimiento de la herencia a que estaba llamado. La herencia, hasta entonces en espera, también pasiva, de sucesor, adquiere la cualidad de “ofrecida”, de “herencia delata”.

La *vocación* en el sujeto y la *delación* u ofrecimiento que de la herencia se le hace en el objeto, se conjugan para que se produzca el resultado de que ya tal sujeto pueda decidir por su sola voluntad si quiere o no ser sucesor. Es el *ius adeundi vel repudiandi* o *ius delationis*.

Esta última denominación, la tradicional, pudo y debió ser cambiada a nuestro juicio, innovando, por la de “*ius vocationis*”, manteniendo el sentido activo o punto de vista del sujeto, ya que la delación de la herencia, el ofrecimiento del objeto, es una pura consecuencia. Y acaso se hubiera evitado de este modo la confusión que se viene dando entre los conceptos de vocación y de delación, del que nos hemos ocupado con extensión en otro lugar.

Pero este derecho no se puede ejercer sino cuando se hayan dado ciertos requisitos: uno, la idoneidad, que se refiere al sujeto del llamamiento, que ha de ser hábil o apto para suceder al causante; el segundo, la oportunidad, que atañe al momento del tránsito sucesorio en que esa idoneidad ha de ostentarse.

La *idoneidad*, a pesar de su sentido positivo, sólo resulta de un aspecto negativo, que no se sea inidóneo. Un llamado es idóneo cuando no se dan en él ninguna de las causas que, por imperativo de la ley, impiden a ciertas personas suceder a un causante determinado o les excluyen de tal sucesión. Por esta razón a todo llamado con título sucesorio formal se le presume idóneo, salvo prueba en contrario.

Con toda deliberación prescindimos del término “capacidad” porque en el Código Civil toda persona es capaz de heredar, aunque el artículo 754 –entre otros– hable de “incapacidades para suceder”. La incapacidad, como la capacidad, es algo intrínseco a la persona considerada como tal, en sí misma. Por ello, si no se puede suceder a causa de un obstáculo, de algo que es externo a la persona en sí, es impropio hablar de incapacidad sucesoria, ni siquiera relativa, y se deben emplear otros términos, tales como los de aptitud o idoneidad.

Se niega la idoneidad si se dan ciertas causas que impiden o que excluyen la sucesión del llamado. Estas causas pueden ser:

Causas impeditivas de la sucesión, aquellas en cuya virtud el titular de la vocación tiene vedada la sucesión de su causante por ciertas circunstancias, objetivas por regla general, para garantizar la libertad y espontaneidad de la disposición testamentaria contenida en el que era su título sucesorio.

Se incluyen aquí las llamadas de ordinario “prohibiciones para suceder”. Se impide suceder al notario que autoriza el testamento, a su esposa o a ciertos parientes (art. 754), al sacerdote que confesó al testador en su última enfermedad si durante ella el testador hubiera otorgado testamento en el que le llame, a él mismo o a otras personas afines, físicas o jurídicas (art. 752); al tutor, respecto a su pupilo, si, al otorgarse el testamento aún no se hubieren aprobado definitivamente las cuentas de la tutela (art. 753).

Causas excluyentes, llamadas por el Código (y no sin razón) “indignidades para suceder”, son las que, con relación a un causante determinado, niegan la idoneidad para suceder a aquellas personas que, siendo titulares de un llamamiento-vocación, han tenido en sus relaciones con él una conducta ilícita que, al margen de su carácter criminal o civil, se considera privada y civilmente punible. Consiste en una sanción civil que es excluirle de la sucesión.

Este sentido sancionador queda confirmado por el artículo 757, cuando admite que queden sin efecto si el causante las remitiere en documento público o las hubiere conocido al otorgar su testamento. En uno y otro caso el titular de la vocación queda rehabilitado para suceder.

El artículo 756 tipifica en siete apartados estas causas, cuya exposición, clasificación e interpretación no parece deban ocuparnos.

Entre las dos citadas causas podría verse un *tertium genus* en el caso del artículo 900, que hace perder al albacea no legitimario lo que le hubiere dejado el testador si no acepta el cargo o lo renuncia sin justa causa, y el del artículo 257, que hace perder al tutor testamentario lo que el testador le hubiere dejado en consideración al nombramiento, si se excusa de la tutela al tiempo de su delación. Se resisten uno y otro al encuadramiento, pero cabe asimilarlo a las causas que, sin “indignidad”, excluyen de la sucesión, sancionando una conducta que no puede considerarse ilícita pero que envuelve una cierta ingratitud al testador que el legislador ha considerado punible civilmente.

Por lo que se refiere a la *oportunidad*, el llamado ha de ser idóneo para suceder en el momento en que la sucesión se abra. Más adelante se verá todo su alcance.

Comparación:

5.1. *En el cauce intestado.*

Dada la circunstancia de que la idoneidad se presume y que la sucesión se abre con la muerte del causante, cabe entender que el llamamiento que se contiene en el título sucesorio formal expedido por el juez o el notario, lleva va en sí la vocación y, en consecuencia, el *ius delationis* puede ser ejercido porque la herencia es ya delata.

La prueba de que existen causas de indignidad de que se pueda tachar al titular de la vocación cuando ejerza el *ius delationis*, estará a cargo de quien las alegue, de ordinario alguien cuyo parentesco, al ser de rango inferior, le hizo quedar postergado.

5.2. *En el cauce testamentario.*

La idoneidad no plantea más que una diferencia, que es la de que, a las causas excluyentes o de indignidad deben añadirse, por serle propias, las causas impeditivas, que tienen su origen en la voluntad del testador y el tenor de su última voluntad.

La oportunidad, por el contrario, sólo aquí tiene manifestación verdadera y de notable magnitud, porque según se apuntó ya en la diferencia segunda, sólo en este cauce es posible la existencia, dentro de la misma

sucesión, de que varias personas vayan sucediendo, unas después de otras, a un mismo causante. Es la consecuencia de un llamamiento plural con efectos sucesivos, que más adelante se expondrá de modo específico.

En lo que ahora nos importa, si hay varias sucesiones a favor de varios llamados es que son los mismos llamamientos los que se van sucediendo en el tiempo; y cada uno de ellos viene precedido por un momento en que la sucesión se abre para ellos, agotada ya la sucesión de quien les precedió. Es en ese momento en que su llamamiento adquiere la vocación y les es ofrecida la herencia, el oportuno para ostentar la presunta idoneidad para suceder. Y a ese mismo momento habrá de referirse la alegación de inidoneidad que habrá de probarse.

6.º Llamamientos puros o modalizados.

El llamamiento para suceder puede ser hecho con carácter puro, pero también es posible someterlo a modalizaciones del tipo de la condición, el término o el modo.

6.1. *En el cauce intestado.*

El llamamiento de heredero, único posible, ha de ser siempre puro y simple; en ningún caso se le somete a modalidad alguna.

6.2. *En el cauce testamentario.*

Todo llamamiento que se haga en testamento, a título universal o singular, como heredero o como legatario, puede ser puro y simple, y también sometido a un término inicial o final, o condicionado a un cierto evento con efectos suspensivos o resolutorios, y puede ser modal.

La voluntad del testador es libre, dentro de su propio marco legal, para disponerlo así. Y ello es una de las principales causas de la complejidad que puede llegar a tener el régimen de este cauce sucesorio.

El régimen sucesorio de las instituciones condicionales de heredero es ya complicado dentro de la normativa del Código Civil, diferenciada, además, del régimen de las condiciones en materia de obligaciones y contratos. Y con distintas soluciones para las que se tienen por no puestas o se consideran nulas. Debe destacarse la nulidad de las llamadas condiciones captatorias.

Importa destacar aquí lo que afecta al tránsito sucesorio, que es de especial interés en los siguientes casos:

Si el testador instituye un heredero para que le suceda cuando haya transcurrido un determinado plazo a partir de la fecha de la muerte del

testador, ha creado una institución que está sometida a término suspensivo, lo cual implica que no se abra la sucesión hasta ese momento en que el día llegue y que, en el ínterin, se haga preciso adoptar medidas especiales, al margen del testamento y de carácter judicial, para proveer a la custodia y administración de la herencia.

Si el llamamiento se somete a término resolutorio y en él se ha previsto quién va a suceder al vencer el plazo, estaremos de hecho ante una forma impropia de llamamiento sucesivo. A falta de esta previsión sería preciso abrir la sucesión intestada, en la que el llamado a la herencia se designaría por los procedimientos ya estudiados.

También cabe la institución condicional, suspensiva o resolutoria, con similares consecuencias.

En todos estos casos se produce la aparición de una variedad de diferentes momentos de apertura de la sucesión. El primero coincide, de ordinario, con la muerte del testador, salvo los ya expresados casos de plazo o condición suspensivos. Pero, después, la sucesión se volverá a abrir de nuevo para cada uno de los posteriores llamados cuando, por razón de plazo o de la condición, les haya llegado la hora de suceder.

A diferencia de “la” apertura *st.s.* de la sucesión, que se produce por la muerte del causante y es de efectos generales, estas “otras” aperturas posteriores son, por el contrario, particulares y concretas. Cada una de ellas es apertura “sólo” para el llamado por el testador a tal fin y en tal momento. Y sería grave error ver en ello una simple curiosidad anecdótica, pues es en el momento de “esa” apertura en el que el llamado ha de vivir y tiene que ser idóneo para suceder.

Y conviene mencionar lo que ya está apuntado de que el juego “suspensivo-resolutorio” es una combinación muy afín a los efectos de los llamamientos plurales sucesivos de que más adelante se trata.

7.º Los llamamientos plurales y sus clases.

El llamamiento plural es, naturalmente, aquél en que, para suceder al causante, se designan varias personas, no una sola.

En primer lugar, aunque pudiera considerarse innecesario, nos parece obligado señalar, para evitar cualquier posible equívoco, que los llamamientos a que nos referimos son los que darán un derecho plural a varias personas para que sucedan. No nos referimos, por tanto, a la manera en que los llamamientos son formulados, sino al modo de heredar que producen en los llamados plurales.

Por la referencia del propio epígrafe a “sus clases” ya se comprende que esta diferencia tiene mucho mayor calado del que a primera vista parece.

Y es que, en efecto, si varias personas están llamadas a una misma sucesión, parece, a primera vista, que todas han de suceder al causante a la vez, o de modo simultáneo.

Sin embargo, en este llamamiento múltiple, a causa de la pluralidad misma, caben muy distintas clases de llamamiento, capaces de originar unas importantes diferencias con efectos sustantivos muy diferentes. Y así es posible un llamamiento plural no simultáneo, que es el alternativo, en favor de unas personas para que sucedan en el caso de que otras, llamadas con preferencia, no llegaran a hacerlo.

De otro lado, no cabe desconocer la posibilidad de que los sujetos plurales estén llamados para ir sucediendo todos al mismo causante, unos después de que otros lo hayan hecho y se habla, sin redundancia, de llamamientos sucesorios sucesivos.

Y aún han de distinguirse diversos llamamientos plurales simultáneos en base a su propio e íntimo contenido, en la medida en que afecte el mismo al derecho de los llamados. Importa, en definitiva, cuál es la naturaleza del llamamiento que el testador formula cuando llama a una pluralidad de personas que le van a poder suceder de modo simultáneo.

Así pues, el asunto se complica y su comprensión parece exigir o, al menos, aconseja que se vaya a una exposición individualizada, distinta e independiente para cada problema, que permita proceder de una forma escalonada y lógica.

Vamos, pues, a examinar este criterio, distinguiendo:

- 7A. Llamamientos alternativos.
- 7B. Llamamientos múltiples simultáneos.
- 7C. Clases de llamamientos simultáneos. Y
- 7D. Posibilidad de llamamientos múltiples sucesivos.

7A. *Llamamientos alternativos.*

7A.1. *En el cauce intestado.*

El título sucesorio formal ha sido expedido después de que en el juicio o en el acta de notoriedad se haya hecho la eliminación previa de los parientes con grado de parentesco más lejano que el de los que son llamados.

No obstante, se produce de hecho una cierta alternancia en los dos casos en que nace el llamado derecho de representación, en que se llama a

unos parientes en lugar de otros, que han premuerto, y tenían rango preferente, casos determinados en el artículo 925 tras el anuncio genérico del 921.

Hay un llamamiento a favor de los parientes que estén ligados al causante con el grado de parentesco más próximo posible, que concurren ellos solos. Y otros llamamientos, los citados, en que concurren en la sucesión parientes de grado distinto.

7A.2. *En el cauce testamentario.*

Es característico y de constante aplicación práctica, que el testador al instituir o designar sucesores para cuando él ya no exista, prevea que alguno de ellos le premuera, y designa a otros, con frecuencia sus hijos, para que alternativamente ocupen su lugar.

También puede el testador, además, hacer similar designación alternativa si el llamado en calidad de heredero o de legatario, en primer lugar, no quiere o no puede aceptar la herencia (art. 774).

Cabe destacar, como resumen, que la disimilitud se da en cuanto al momento en que surge la alternancia.

En el cauce intestado, tan sólo en el de llamamiento, al designarse los posible sucesores, si han de ser todos del mismo grado o pueden concurrir otros con rango inferior. En el testamentario, por el contrario, la alternancia puede surgir tanto en fase de llamamiento, sustitución vulgar para el caso de premoriencia; pero también respecto de los ya instituidos antes, en una fase posterior, aquella en la que libremente deciden sobre su propia sucesión, para la cual puede el testador hacer efectivos llamamientos alternativos si se les nombra sustitutos vulgares en casos de inidoneidad o de renuncia, para los casos en que no puedan o no quieran heredar.

7B. *Llamamientos múltiples simultáneos.*

Ya se ha precisado su sentido, que varias personas hayan sido llamadas para suceder al mismo tiempo.

7B.1. *En el cauce intestado.*

Son posibles llamamientos plurales simultáneos siempre que el llamamiento se apoye en el parentesco. Más aún, lo más frecuente es que sea así y que los parientes designados sean varios y, de ordinario aunque no siempre, como ya se vio, del mismo grado.

Por el contrario, el llamamiento apoyado en el matrimonio o la ciudadanía es siempre a favor de una sola persona, el cónyuge o el Estado, en este último caso, de modo incuestionable.

Si el causante hubiere contraído varios matrimonios de modo sucesivo, ¿hay posibilidad de que dos de sus cónyuges puedan heredar simultáneamente? No, a nuestro juicio.

Porque si el matrimonio o matrimonios anteriores han sido declarados nulos, el causante llegó soltero a su último matrimonio y sólo puede dejar una viuda; y si tales matrimonios se disolvieron por divorcio, el cónyuge divorciado ya no es más que un ex-cónyuge, que carece de llamamiento.

Otra cosa es, y ajena a nuestro estudio, que puedan existir sistemas de pensiones de viudedad que prorraten la pensión entre las esposas que el causante haya tenido a lo largo de su vida, según la duración de cada uno de los matrimonios, sin distinción en lo que se refiere a la causa de la cesación de la vida conyugal en los diferentes supuestos.

7B.2. *En el cauce testamentario.*

Todo llamamiento testamentario puede ser único, a favor de una sola persona, pero también múltiple o plural, para que, a la vez, varias personas puedan llegar a heredar de modo simultáneo a un mismo causante.

En cuanto a la posible concurrencia de cónyuges de anteriores matrimonios del causante, es obvio que ya no se trata de que tengan derecho a suceder, sino de que el testador se lo quiera atribuir. Y es claro, aunque acaso no frecuente, que el testador puede instituir o nombrar sucesores a las personas que fueron sus cónyuges en matrimonios anteriores, que se hayan anulado o disuelto por divorcio.

Por supuesto, de modo independiente, cada uno de tales llamamientos podrá tener la naturaleza, modalidad y fuerza intrínseca que el testador haya querido establecer, como ya se ha visto en los dos primeros casos y se verá a continuación en el tercero.

7C. *Clases de llamamientos simultáneos.*

Entramos en la diferencia, ya anunciada, en la que invirtiendo el orden que se ha venido siguiendo, se comienza por exponer en primer lugar el régimen del cauce testamentario.

Si el testador es libre para designar una pluralidad de personas para que le suceda, con la misma libertad podrá disponer el modo en que adquieran, en su día, lo que el testamento les asigna.

Conviene partir de la base, de puro sentido común, de que si algo pertenece o está destinado a pertenecer a varios sujetos, es esta misma concurrencia la que lleva a pensar que en aquel “algo” hay partes de su todo. Y si desaparece alguno de estos sujetos, la parte que le hubiera corres-

pondido queda vacante, lo cual obliga a pensar qué se ha de hacer con ella y a quién se atribuirá.

Cuando en Derecho Sucesorio hay varios sujetos que están llamados para gozar, a la vez, una misma herencia y alguno de ellos, por la razón que sea, no llega a adquirirla mediante la aceptación, se dice que ha surgido una porción vacante. Cuál es su destino, a quién corresponde esa porción, es lo que vamos a ver a continuación, comenzando por el caso en que la ley se limita a dejar la solución a la voluntad del propio causante.

7C.1. *En el cauce testamentario.*

En el propio llamamiento, según sea formulado, puede el testador decidir el destino de las porciones vacantes que puedan llegar a producirse. En el texto de la institución de heredero cabe expresar de hecho la naturaleza del llamamiento que elija. Y, según sea esta naturaleza, se podrán dar, o podrán ser excluidas las citadas porciones vacantes.

Compárense a tal fin dos posibles modos de llamamiento múltiple y simultáneo resultantes de fórmulas testamentarias de institución de heredero, en las que el testador, deliberadamente, ha omitido la aplicación de la sustitución vulgar.

La *primera fórmula* podría ser: “Instituyo herederos, por cuartas e iguales partes, a mis cuatro hermanos A, B, C y D. En todo caso la herencia se repartirá entre los que, de ellos, puedan y quieran heredarme; y si sólo uno hubiere quedado, heredará el todo”.

Los hermanos reciben en este caso un llamamiento plural que se llamó *coniunctio* en Derecho Romano, un llamamiento “conjunto” (también calificado de “solidario”) que se caracteriza porque en él todos y cada uno están llamados al todo.

Si lo mismo que concurren varios en el llamamiento lo hicieran en la aceptación para adquirir la herencia, la misma concurrencia impide que cada uno adquiera el todo a que está llamado. Como ya se anticipó, ese “todo” ha de repartirse entre ellos, y se impondrá la necesidad de dividirlo por partes. La existencia de partes, la necesidad de la propia partición de la herencia, no son sino simple consecuencia de que concurren varios a la sucesión. Es lo que decía el viejo brocardo “*Concursu partes fiunt*”. La concurrencia hace las partes. Sin concurrencia no hay partes. “*Cessante concurso partes cessant*”.

Pero si, abierta la sucesión y llegado el momento de optar a ella, parte de los llamados no pueden o no quieren aceptar (a causa de que el instituido es inidóneo para sucederle o ha repudiado su herencia), la porción

respectiva atribuida en la institución queda vacante y, por el mecanismo que se denomina “derecho de acrecer”, la herencia se reparte entre los que resultan concurrentes en la aceptación. Y si ha cesado la concurrencia porque sólo uno llega a aceptar, sólo éste recibe la herencia a cuyo todo fue llamado, como lo habían sido los demás. Todas las porciones que éstos han dejado vacantes acrecen al aceptante.

Sólo queda excluido el derecho de acrecer en el caso de que el propio llamamiento contenga “señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados”, en frase del artículo 983.

Y, por supuesto, no nace el derecho de acrecer cuando el testador designa sustitutos vulgares para los instituidos. Pero renacerá si tales sustitutos premueren también al testador, no son aptos para suceder o renuncian a la herencia.

Por su parte, el derecho de transmisión funciona en otro ámbito, pues se parte en él de que el transmitente sobreviva al causante. Pero si el transmisor acepta su herencia y repudia la del primer causante, puede tener cabida el derecho de acrecer.

En resumen: para que el derecho de acrecer se dé en el cauce testamentario, se exige como requisitos: llamamiento múltiple y simultáneo, llamamiento solidario o conjunto, y aparición de una porción vacante ineptitud o renuncia de alguno o algunos llamados. Lo confirma el artículo 982, al que sólo cabe reprochar que no haya aludido a la excepción que supone el llamamiento alternativo de la sustitución vulgar.

La segunda fórmula contiene un llamamiento *disiuncto*, es decir, *separado o fraccionado*, con un texto semejante a éste: “Instituyo herederos a mis cuatro hermanos A, B, C y D, por iguales partes, cada uno en un cuarto de mi herencia y sólo en un cuarto”.

Aquí la herencia es también para los cuatro, pero ninguno de ellos podrá heredar más que una cuarta parte, la cuota en que ha sido instituido. Se ha excluido el llamamiento solidario o al todo, y con ello la posibilidad del derecho de acrecer.

La porción hereditaria fijada en la institución que queda vacante, ya sin sucesor testamentario, en la fase en que puede ser adquirida, ha de atribuirse a la persona o personas llamadas por la sucesión intestada que al efecto se abrirá. La que fue tradicional incompatibilidad entre sucesión testada e intestada quedó rota en el Código Civil por el artículo 658.3.

Resumiendo: en este cauce, lo mismo para coherederos que para colegatarios puede haber, por la sola voluntad del testador, unos llamamientos que imponen el derecho de acrecer que son los conjuntos o solidarios,

y otros, separados o fraccionados, que lo excluyen. Y es que, la razón última de la diferencia que existe entre ellos y lo que importa en realidad, radica en sus efectos, que se dé o no el derecho de acrecer.

7C.2. *En el cauce intestado.*

Aunque los llamamientos múltiples son normales en este cauce, sería inútil tratar de encontrar llamamientos conjuntos, con ésta u otra denominación, en el régimen que el Código Civil da a la materia.

En cambio sí aparece el derecho de acrecer (o lo que es su resultado, el acrecimiento), aunque con una cierta mescolanza con un llamado derecho de representación.

Entramos en una delicada materia sobre la que es preciso pensar fríamente y con sereno espíritu crítico para evitar incurrir en graves contradicciones.

Un ejemplo de lo que hay que evitar lo tenemos en una frase que transcribimos literalmente de la obra de un civilista justamente afamado:

“Una doctrina muy autorizada advierte que el Código civil muy bien pudo prescindir del derecho de acrecer en la sucesión intestada, pues la porción vacante la hacen suya los coherederos por la aplicación del principio general de que el pariente de grado más próximo excluye al más remoto.”

Su comentario a la cita comienza: “Sin embargo no parece que constituya un innecesario exceso”.

Pues bien, a nuestro modesto parecer, la idea que se cita –y que suscita tan benévola discrepancia– carece de toda base y supone un grave error, fruto de la indebida conmixtión a que se ven sometidas dos instituciones distintas e independientes, sin conexión o enlace alguno entre ellas: los llamados derechos de representación y de acrecer.

No cabe dejar de decir, como importante descargo, que lo que resulta de la cita anterior no es más que un trasunto de los errores que el propio Código comete, al tratar de lograr, en su doble sentido, es decir, partiendo de cada uno en dirección al otro, un enlace entre tales derechos.

El error tiene varios aspectos o manifestaciones que son al menos cuatro, en función del punto de vista que se adopte para su observación: el de las personas a las que uno y otro derecho afectan, el de la causa o motivo de esta afección, el del momento en que esa causa se produce dentro del tránsito sucesorio y en el que nace cada uno de esos derechos, y el concepto de lo que es, en la materia, una porción vacante.

El *primer error*, sobre las personas, se produce al ignorarse que el derecho de representación se refiere a las personas que van a ser llamadas a una sucesión, y el de acrecer a las que, llamadas ya a dicha sucesión y dotadas de vocación, han de decidir si suceden o no al causante.

Recuerda la constante confusión que aparece en el propio Código entre los llamados a una herencia y los que ya son verdaderos herederos porque la han aceptado, con lo cual quedan identificados los que no tienen aún más que la posibilidad de suceder, con quienes ya son unos auténticos y definitivos sucesores. Entre otros muchos casos, el ejemplo y paradigma es el artículo 1.006.

El *segundo error*, el de la causa que afecta a tales personas, se da porque la representación se refiere a si la sucesión debe o no ser atribuida siempre a las personas con más próximo parentesco con el causante o puede haber alguna excepción, mientras que la causa del acrecimiento es la necesidad de resolver el problema de que alguno o algunos de los llamados con vocación (y no todos) no puedan o no quieran suceder al causante.

El *tercer error* es confundir los dos distintos momentos del tránsito sucesorio en que tales derechos aparecen: el momento en que se determina quiénes van a ser llamados a la sucesión (representación) con aquél otro, posterior, en el cual, quienes ya fueron llamados y gozan de vocación, deciden si quieren o no heredar (acrecimiento).

El *cuarto error*, al que es ajeno por completo el derecho de representación y constituye el motivo único de la existencia del derecho de acrecer, es desconocer el verdadero concepto de lo que es una porción vacante, que sólo aparece cuando los aceptantes de la herencia son en número inferior al de los que fueron llamados a ella, a causa de que alguno de éstos no ha querido o no ha podido heredar. Es entonces cuando aquella porción de herencia a que fue llamado queda vacante.

Para tratar de desvanecer estos errores hay que ver si entre los citados derechos se da la conexión con la que se pretende relacionarlos, comenzando por analizar el de representación, qué es en realidad, qué función desempeña y en qué momento actúa.

Representación, acrecimiento y su pretendido enlace.

Ya vimos al tratar del título sucesorio, que el artículo 921 se cuidaba de dejar a salvo el derecho de representación, cuando establecía que el pariente de grado más próximo excluye al más remoto.

Acaso lo primero que convenga advertir es que si bien la norma responde a una idea ya aplicada en Derecho romano, no procede de éste su *inadecuada denominación*. Es más que dudoso su carácter de derecho y está fuera de cualquier duda que no tiene nada que ver con la verdadera representación, instituto jurídico por el cual se permite a una persona, que es el representante, actuar en nombre de otra, el representado, de tal modo que lo actuado por aquél produzca sus efectos en éste o en su patrimonio, mediante las diversas formas que puede tomar, legal, orgánica y voluntaria.

Siguiendo a la doctrina más autorizada, que no quiso una ruptura abrupta con la terminología legal, en adelante se habla de “representación sucesoria”.

Lo que el artículo 921 viene a establecer, en realidad, es un reemplazo de personas, la colocación de una en el lugar previsto para otra, que ésta no llega a ocupar, y en el que es sustituido.

El Código continúa la tarea pedagógica empleada ya en los artículos precedentes y pasa a explicar que la sucesión se iba a regir por la idea de llamar sólo a los parientes más cercanos al causante, pero se dulcificó en dos casos, ya vistos, uno en la línea recta descendente y otro en la colateral (*vid. supra* 4.º.4.1.).

El pretendido enlace entre la representación sucesoria y el derecho de acrecer se apoya en el artículo 922, que dice:

“Si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren heredar, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.”

Para una correcta inteligencia del precepto nos vamos a permitir la libertad de reproducirlo con unos añadidos en cursiva para que diga lo que creemos que, en verdad, se quiso que dijera:

“Si, *abierta una sucesión*, hubiere llamados a ella por el título sucesorio, varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos *de ellos, pero no todos, no quisieren o no pudieren suceder*, su parte *en la herencia* acrecerá a los otros del mismo grado *que la hubieren aceptado*.”

Por lo que se refiere al supuesto de hecho de la norma, con las palabras iniciales “si hubiere”, referidas a los parientes que cita, se está partiendo de la base indiscutible de que la sucesión del causante ya está abierta y que en ese momento existen, es decir, viven (sobreviviendo al causante) tales parientes suyos, todos del mismo grado de parentesco, el más próximo posible, con arreglo a las circunstancias del caso, y que sólo a ellos corresponde el título sucesorio.

Por ello se ha omitido transcribir la frase final del texto que, a nuestro modesto juicio, nunca debió figurar en él porque es siembra de confusión. Si se parte de la base de que todos los parientes a los que se refiere viven y son de un mismo grado, es evidente que no se ha dado ninguno de los supuestos que establece el artículo 925 y que la representación sucesoria no se ha tenido que aplicar.

Cuanto antecede es la hipótesis de que se parte y todo ello, *en especial* la proximidad de grado, sólo puede afirmarse en tanto en cuanto sea el resultado de la prueba en el proceso judicial o el acta de notoriedad y resulta del título sucesorio formal que se expida.

Pues bien, ocurrido ya todo esto, posteriormente, y dentro aún del supuesto de hecho de la norma, se ha de dar la circunstancia de que alguno o algunos de los llamados, “no pudieren o no quisieren aceptar la herencia”. En la “versión aumentada” del artículo se ha añadido la frase *pero no todos* porque el acrecimiento exige que las porciones vacantes pasen a quienes acepten la herencia.

Si la repudiación hubiere sido de todos los llamados en el título sucesorio, no cabe el derecho de representación porque lo prohíbe el artículo 929, y sin nadie que pueda aceptar, no se puede hablar de porciones vacantes. La sucesión ha de deferirse de nuevo, en favor de las personas que ostenten el parentesco que ahora resulte preferente.

Repudiando la herencia todos los llamados en el título sucesorio y sin posibilidad de que puedan ser representados, lo que procede es abrir de nuevo el procedimiento para la designación de las personas que ostenten el parentesco que ahora sea preferente.

Surgida una porción vacante, nace la diferencia numérica antes aludida entre llamados y posibles aceptantes. Han disminuido los titulares de los llamamientos, porque unos –en ejercicio del *ius adeundi vel repudiandi*– por propia voluntad, repudiaron la herencia (no quisieron aceptar), y porque otros, sin su voluntad o contra ella, de modo forzoso, no pudieron aceptar. En consecuencia, eliminada la premoriencia por ser ajena al supuesto de hecho, sólo queda como causa no voluntaria de la porción vacante la falta de idoneidad en el llamado para suceder al causante.

Y así, *en este momento*, aparecidas las porciones vacantes, por inidoneidad para suceder o por renuncia de alguno o algunos de los que fueron llamados, enuncia el precepto la consecuencia jurídica: el acrecimiento a favor de los otros llamados del mismo grado, dice, cuando debería decir “llamados que hubieren aceptado”, a los que efectivamente suceden.

Su frase final (omitida en la “versión ampliada” del art. 922 que antes

se incluyó), “salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”, podría entenderse aplicable en el acrecimiento. Pero no es así porque estaría en contradicción con el artículo 929, que veda toda posibilidad de representación sucesoria de una persona viva, como es el que repudia la herencia.

Así pues, el derecho de acrecer se da, o el acrecimiento se produce, si hay porciones vacantes por la falta de idoneidad o por la repudiación de herencia de uno o más llamados.

Y, por supuesto, no hay ninguna relación o enlace entre la representación sucesoria y el derecho de acrecer como no sea el de que ambas figuras están insertas en el tránsito sucesorio. Su pretendido apoyo en el artículo 922 no existe, y es ociosa su salvedad del derecho de representación, que no tiene cabida en el supuesto de hecho y contradice su consecuencia jurídica, según se ha visto.

En resumen: aunque el cauce intestado desconoce la distinción entre llamamientos conjuntos o fraccionados, al establecerse el derecho de acrecer, resultado al que tendían los primeros, no es inadecuado entender que el carácter conjunto o solidario del llamamiento está implícito o embebido en todos los que en este cauce se formulen, si han aparecido las porciones vacantes por las causas dichas que motivan el acrecimiento.

7D. *Llamamientos múltiples sucesivos.*

Es la materia a la que en diversas ocasiones se ha hecho ya referencia, desde que en la diferencia segunda se habló de la que puede surgir en cuanto a la unicidad de la sucesión; y es, tal vez, la que marca la más aparatosa diferencia entre los cauces sucesorios, con repercusión y efectos en muy diversos sentidos.

7D.1. *En el cauce intestado.*

El Código no hace nunca llamamientos plurales que no sean o simultáneos o alternativos, según se vio; desconoce, por tanto, este tercer tipo de llamamientos múltiples o plurales que es el sucesivo.

7D.2. *En el cauce testamentario.*

Muy al contrario, la libertad de que goza el testador le permite llamar a una pluralidad de personas para que le vayan sucediendo, de modo separado en el tiempo, unas después de otras. Las figuras en que se manifiestan son, en esencia, la sustitución fideicomisaria y la de residuo.

Las características de estos llamamientos se han ido viendo antes al exponer los efectos que producen creando diferencias, como las de que una misma persona pueda generar varias sucesiones *mortis causa*, distintos momentos de apertura para cada una de ellas con su consiguiente repercusión en orden al momento en que el llamado ha de gozar de vida y de idoneidad para suceder, etc. Nos consideramos relevados de volver sobre estas materias.

La naturaleza de estas nociones nos impide entrar en el estudio del problema de la máxima envergadura, el de si la cadena de sucesiones que aquí se produce es compatible o no con las dos clases de sucesión, universal y singular. Un importante sector doctrinal entiende que la universal no es iterable, y que sólo puede haber un único heredero, los demás sucesores de la cadena lo han de ser a título singular, no universal.

Aunque sea ajena a las diferencias entre los cauces sucesorios, parece conveniente hacer algún comentario que se refiere a tratar de explicar que nuestro Código admitiese una forma de llamamientos sucesivos que los Códigos de su época rechazaban: es el caso de la sustitución fideicomisaria.

De modo esquemático nos limitaremos a decir que la valentía del legislador español merece aplauso por admitir la institución que otros rechazaban sólo por los excesos a que podía conducir. Creada con unas limitaciones que evitaban lo inadmisibile, ha permitido dar solución a delicadas situaciones familiares.

La verdad es que el Código no ve que haya en la sustitución fideicomisaria una serie encadenada de sucesiones de un mismo causante, sino una obligación impuesta por el testador a su heredero (el fiduciario) de conservar y transmitir la herencia que recibió o, con más rigor, los bienes y derechos de la herencia recibida, a otra persona, a la que llama fideicomisario.

Pero la doctrina y la jurisprudencia que la ha seguido, han ido depurando —y revolucionando— la figura para convertirla en una verdadera sucesión sucesiva. Se niega que el fideicomisario adquiera por transmisión del fiduciario lo que éste ha debido conservar, y se le ve como un verdadero y subsiguiente sucesor del mismo causante. Quedan así eliminadas las pretendidas obligaciones del fiduciario, convertido ahora en un heredero sin facultades para disponer de los bienes que heredó.

La limitación esencial impuesta por el propio artículo 781 y las demás establecidas, han evitado abusos y perturbaciones que hubieran podido ocasionar graves daños; y el respeto a una cierta libertad del testador se ha manifestado provechoso.

Y si el testador llama al fiduciario primero y después a un fideicomisario para heredarle sucesivamente en cuanto a los bienes de que el fidu-

ciario no hubiere dispuesto, se habla de una sustitución fideicomisaria de residuo, en la que al fiduciario (que ahora sí, en verdad, merece tal nombre pues goza de la confianza del testador) se le están reconociendo unas facultades de disposición *intervivos* de los bienes y derechos heredados. En efecto, el testador confía en que nunca se hará uso de tal facultad en contra de la buena fe y, aún mucho menos, con intención de perjudicar al fideicomisario.

Los tradicionales obstáculos que impedían admitir la validez de la sustitución fideicomisaria no tienen ya consistencia alguna en este caso, en el que el fiduciario tiene facultad de disposición. Y por ello debe entenderse que no son aplicables al llamado fideicomiso de residuo las limitaciones que el Código establece para la sustitución fideicomisaria.

8.º La adquisición de la herencia.

En realidad, la adquisición de la herencia por los titulares del llamamiento vocacional que la han aceptado se produce fuera ya del marco del tránsito sucesorio. Y, de otro lado, tras la aceptación parece que no debiera haber ninguna diferencia entre los llamados por uno u otro cauce sucesorios.

Y así es en principio, pero existen unas diferencias, a las que ya se aludió y que es preciso ahora puntualizar aquí.

8.1. *En el cauce intestado.*

Al explicar la necesidad de que el título sucesorio formal concretase la participación que correspondía a los llamados a la herencia, se hizo una referencia a los artículos 940 y 949 que ahora debe ser ampliada, porque es donde va a tener su verdadero momento de aplicación.

Respecto de la *línea recta descendente*, dice el artículo 940: “Si los ascendientes [llamados a la herencia] fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos”. Y añade el 941: “En cada línea, la división se hará por cabezas”.

Estamos aquí en uno de los casos en que se produce un solapamiento que puede resultar engañoso, al quedar enmascarada la diferencia entre lo que es el llamamiento intestado a la línea recta ascendente cuando, frustrado el de la descendente, surge además el derecho de los que, por ello, han devenido legitimarios.

Si están llamados tres abuelos, dos han de ser de la misma línea y el tercero, de la otra; la mitad de la herencia corresponderá a cada línea.

Y así, el abuelo, único en su línea, heredará la mitad de la herencia mientras que los abuelos de la otra línea sólo una cuarta parte cada uno.

Esto, como ya quedó dicho, ha de constar en el propio título sucesorio para que, si los llamados aceptaren la herencia –término final propio del tránsito sucesorio–, se aplique y realice en el momento de adquirirla y en la fijación de los haberes de la partición hereditaria.

Por lo que se refiere a la *línea colateral*, el artículo 949 dice: “Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos”.

Imaginemos que P, con dos hijos A y B, contrae matrimonio con M, que tiene otros dos hijos, C y D, y que de este enlace nacen E y F. Fallecidos ya P y M, muere E y son llamados a su herencia F, en calidad de parientes más próximos, su hermano de doble vínculo, con sus medio hermanos de padre A y B y sus medio hermanos por parte de madre, C y D. Pues bien, en el título sucesorio habrá de constar el llamamiento a los cinco hermanos y su respectiva participación en la herencia, de un tercio para F y de un sexto para cada uno de sus cuatro medio hermanos. Y así se fijarán los haberes al partir, supuesto que todos acepten.

Si, en igual supuesto, hubiere sido A quien falleciera, el título expresará que están llamados sus tres hermanos, B de doble vínculo y E y F de vínculo sencillo por el padre (sin incluir a C y D, carentes de parentesco con el causante); y le corresponderá a B una mitad de la herencia, como hermano de doble vínculo, y una cuarta parte a cada hermano de padre, E y F. Y esos serán sus haberes si aceptan la herencia. (Análogo sería el resultado, con el consiguiente cambio de nombres de los llamados, si fallecieren C o D.)

8.2. *En el cauce testamentario.*

Por el contrario, y en ello está la diferencia, al testador no le afectan en absoluto los artículos que se acaban de mencionar, y conserva la plena libertad de instituir heredero, si bien, cuando haya legitimarios, habrá de reconocer y respetar sus derechos, haciéndolo constar así en el testamento, salvo en los casos en que haya causa de desheredación y la quiere aplicar.

Con esto podrían darse por terminadas estas nociones, pero hay algo que parece conveniente mencionar.

F) Obligada alusión al sistema legitimario y sus interferencias

El sistema legitimario es, en principio, ajeno a la distinción entre los cauces testado e intestado del tránsito sucesorio al que nos estamos refiriendo.

Pero ello no quiere decir, en absoluto, que no le afecten gran parte de las ideas desarrolladas. Y hay algunas que nos parecen de cierta de importancia, que son el derecho de representación y el de acrecer, en las que el sistema legitimario va a causar interferencias muy acusadas a las que es obligado referirse.

Como preámbulo, y para delimitar campos, comencemos con una alusión a los problemas del sistema legitimario. Puede decirse que todo en él es discutido y controvertible, comenzando por si se trata de una verdadera y propia sucesión especial, *tertium genus* entre la testada y la intestada, si responde al sistema germánico de herederos forzosos o al romano de la libertad de testar, con limitaciones, o si es un sistema independiente de atribución de bienes hereditarios (una especie de *mortis causa capio*), con una cierta participación de las deudas, impuesto por la ley, que no constituye una propia sucesión pero que puede adquirir tal carácter, en virtud de un llamamiento, sea de la ley intestada, sea de la voluntad del testador.

Sin entrar en ninguna de las cuestiones que de la institución van a surgir, nos limitaremos a decir que, dentro de lo que es la doctrina tradicional del sistema de libertad limitada de testar, hay algo que produce asombro y que es, a la vez, admirable.

El sistema legitimario comienza siendo la expresión palmaria de la desconfianza del Código Civil en la voluntad del testador. Y sin embargo, va a reconocer que tal voluntad sea la que decida aspectos de una excepcional importancia, como la propia cualidad de sucesor en el legitimario y su naturaleza, si va a ser heredero o legatario, o si le va a atribuir la legítima por un acto *intervivos* como la donación; que le va a permitir hacer atribuciones desiguales a los legitimarios e incluso a personas que no lo son en rigor, sino descendientes de esos legitimarios que viven; que va a reconocerle la facultad de excluir con la desheredación a quienes el Código ha señalado como herederos forzosos, aunque lo haga sólo por las causas que la ley expresó; que tolere una limitada imposición de cargas a la atribución de tales legitimarios, etc.

No puede sorprender, por ende, que el sistema legitimario sea como un gran espejo curvo en el que reflejen muchas instituciones, que adquieren por ello una cierta deformación. Y así va a ocurrir, por ejemplo, respecto de la aceptación o repudiación del legitimario, de su responsabilidad por deudas, de la colación de donaciones, etc.

Y también ocurre, entre otros casos, en cuanto al derecho de representación o al de acrecer. Todo cuanto arriba se ha dicho para la sucesión testada e intestada se deforma en el espejo del sistema legitimario. Y así se debe aceptar.

No parece que exista en el Código un verdadero llamamiento al legitimario, ni que se dé la vocación, ni que pueda hablarse de título sucesorio.

rio. La atribución de la legítima en el artículo 807 se asemeja más a las menciones genéricas que hace a los parientes en las normas sobre sucesión intestada. El Código Civil reconoce que el legitimario puede repudiar la atribución, pero no se refiere en ningún momento a la aceptación de la legítima. El sistema, con precedentes germánicos, es el que el propio Código adopta para los llamamientos que el testador hace a los legatarios, sucesores particulares o singulares. Cabe la repudiación sin que la aceptación sea necesaria.

En lo que se refiere a la expedición del *título sucesorio formal*, parece claro que el legitimario no recibe tal título más que cuando es llamado a la herencia intestada conforme a la ley. Es decir, los hijos o descendientes en todo caso, y, en su defecto, los ascendientes. Y, a falta de parientes en línea recta, el cónyuge viudo. Es decir, en todos los casos en que su cualidad de legitimario ha quedado absorbida o embebida en el llamamiento a título de heredero.

El caso polémico surge respecto al cónyuge viudo legitimario cuando el llamamiento intestado haya recaído en persona pariente del causante en línea recta. Con la mayoría de la doctrina, nos inclinamos a pensar que en el acta de notoriedad el notario no puede designar al cónyuge legitimario como llamado por ley a la sucesión intestada. Sin embargo, tampoco puede olvidar que es la propia ley la que designa legitimario al cónyuge, y que la cuantía de su legítima –un tercio o la mitad de la herencia en usufructo según concorra con descendientes o con ascendientes– viene a restringir o limitar el importe de lo que los llamados a título universal puedan recibir si aceptan la herencia en su momento.

La necesidad de que esto conste así y que deba ser conocido por los llamados a la herencia, nos hace pensar que la prudencia del notario debe inducirle a dejar constancia de ello en el título sucesorio formal propiamente dicho que expida a favor de los llamados al abintestato, añadiendo en él que “además, la ley atribuye al cónyuge viudo legitimario –que identificará con su nombre y apellidos– el derecho a su legítima viudal, consistente en...” y concretará cuál es su contenido, el usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834) si participa en la herencia deferida a un pariente en línea recta descendente o de la mitad de la herencia (art. 837) si lo hace con herederos de la línea recta ascendente.

En el cauce de la sucesión testada, si el cónyuge viudo no ha sido instituido heredero por el testador conserva siempre su legítima, que no se altera ni aun en el caso de que concorra con la legítima de los ascendientes, que es la que sufre merma con tal concurrencia, según dispone el artículo 809; y que se incrementa al usufructo de dos tercios de la herencia si no hay otros legitimarios (art. 837) y aun habiéndolos si son hijos de su marido, no comunes, a los que se refiere el párrafo segundo del mismo precepto.

En cuanto al *derecho de representación*, plantea graves dudas su aplicación al sistema legitimario.

No cabe en el caso de premoriencia del legitimario a favor de sus descendientes, porque de la aplicación combinada de los artículos 814 y 807, se suele deducir que el nieto ocupa "*ex lege*" el lugar de su padre, como demuestra que la preterición de los descendientes del premuerto anule la institución de heredero. Y es unánime la doctrina de que nunca se produce para los descendientes de quien repudió su legítima.

En los artículos 761 y 857 establece el Código Civil que en los casos de incapacidad o de desheredación del legitimario su lugar sea ocupado por sus hijos o descendientes, que adquirirán así el derecho de legítima de que aquel había sido titular. En ninguno de los casos se habla de derecho de representación, aunque sí su resultado. Lo hace, en cambio, aunque en sede de sucesión intestada, en el artículo 929, cuyo texto dice: "No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad".

Debe, pues, admitirse en el sistema legitimario un derecho de representación extemporáneo para la atribución legitimaria en los dos citados casos de indignidad y de desheredación. Lo calificamos de extemporáneo, anómalo en cierto sentido, porque nace en un ámbito y en un momento que no son los suyos, aquellos en los que se hace el llamamiento. Y se explica, tanto porque es posible que el legitimario no necesite ningún llamamiento, como porque su aplicación tiene su base en la consideración moral de que no pueden cargarse a los hijos de un legitimario la culpa de éste.

El derecho de acrecer en el sistema de legítima del Código ha suscitado apasionados debates doctrinales. Intentaremos resumir la que parece ser la tesis dominante.

Es curioso observar que en los años que siguieron a la promulgación del Código Civil, toda la doctrina era en esta materia enormemente restrictiva. Apegada a la literalidad del Código, negaba por completo el derecho de acrecer en el sistema de legítimas salvo en cuanto al tercio de libre disposición, acaso también por una excesiva valoración del adverbio "sólo", que emplea el artículo 985,1.

En la actualidad, los autores –como si acabaran de descubrir, con asombrada timidez, que también los legisladores del Código Civil eran hombres y podían equivocarse– tienden a no encandilarse con la literalidad de sus artículos, y atenerse más a lo que se estima que es la verdadera naturaleza de las instituciones y a los fines que persiguen. (Es típico el ejemplo de la aplicación del derecho de acrecer contra el texto literal del art. 985.2.)

Además, al contemplar la herencia desde el punto de vista del sistema legitimario, era muy frecuente considerarla "dividida" en tres tercios,

que se solían llamar de legítima estricta, que se ha de repartir igualitariamente entre los legitimarios, el tercio de mejora, en el que cabía que el testador lo distribuyera entre ellos como quisiera, incluso favoreciendo a quien no era legitimario sino descendiente de quien lo fuera. Y un último tercio, de libre disposición para el testador.

En época ya reciente se ha dicho con agudeza que tan válida como esta forma de ver la herencia es otra en la que se distinguen también dos tercios, de los que el testador puede disponer, aunque en uno de ellos esta disposición se restrinja en favor de los legitimarios y sus descendientes, y un último tercio, de reparto igualitario, del que el testador no puede disponer en absoluto, y que podría incrementarse ya con la totalidad del de disposición restringida si no se ha ejercido ésta, ya con la parte de que no se haya dispuesto.

Así pues, en la herencia con descendientes se distinguen: una parte de *disposición libre*, que es un tercio de la herencia; otra, de *disposición restringida*, a favor de legitimarios y sus descendientes no superior a un tercio; y una parte *sin disposición*, no inferior a un tercio y puede llegar a ser hasta de dos, si el testador no ejerciera en absoluto la disposición, y ha de repartirse por igual entre todos los legitimarios.

En la parte de disposición libre se da el derecho de acrecer, por lo dispuesto en el artículo 985,1. “Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos o a alguno de ellos y a un extraño”. Aunque el precepto lo omita, no puede dejar de producirse lo que es requisito previo indeclinable: que haya quedado una porción vacante, por indignidad o renuncia de alguno de aquellos a cuyo favor se hizo la disposición.

La doctrina no ve inconveniente en que exista también cuando el tercio entero se deja a todos los legitimarios, aunque el texto literal parezca no entenderlo así.

Y, por supuesto, que el derecho de acrecer se debe extender a la parte del tercio destinado a mejora no afectada por disposición que haga el testador a favor de persona hábil, ya sea un legitimario o sean descendientes de legitimario. En rigor, y conforme al propio texto citado, esa parte se halla en “la parte de libre disposición”.

En la parte de disposición restringida, el llamado tercio de mejora, en lo que haya sido objeto efectivo de una disposición a favor de personas hábiles, también se da el derecho de acrecer si queda vacante la porción de alguno de los mejorados, por indignidad o por renuncia.

La doctrina destaca que este acrecimiento es congruente con la previsible voluntad del testador que, al mejorar, ha preferido sin la menor duda

a los mejorados respecto de los demás legitimarios; y por la misma razón debe admitirse que la porción vacante que en ella se haya producido debe acrecer a los restantes mejorados, como natural expansión de su derecho en ella.

En la parte sin disposición posible, la llamada legítima estricta, cuya cuantía mínima y máxima así como su modo de distribución ya fueron indicados, se da una extraña paradoja.

En este caso, aun parece con mayor evidencia que en los anteriores que ha de producirse el derecho de acrecer de acuerdo con los artículos 981 y 982, puesto que la pluralidad de interesados legitimarios participa en este tercio con iguales derechos y no hay especial designación de partes. Pues bien, el artículo 985,2 en su literalidad niega tal acrecimiento: “Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por derecho de acrecer”.

La mayor parte de los autores actuales piensa, sin duda alguna, que el derecho de acrecer es aplicable a este tercio, tanto si la porción vacante surge por la falta de idoneidad del legitimario como si nace porque haya renunciado.

Nos adherimos a esta opinión. El acrecimiento se produce en la realidad, a pesar de la negativa legal, por la presencia conjunta de sus requisitos, existe porción vacante, y se producen respecto a ella la expansión característica del derecho propio del legitimario y el aumento correlativo de su cuota.

El texto del artículo 985,2 parece que quiere establecer una contraposición entre la frase “por derecho propio” y la de “derecho de acrecer”, a pesar de que no les enfrenta ninguna incompatibilidad. Más aún, ¿qué es el derecho de acrecer sino una ampliación o extensión del “derecho propio” de quien lo recibe como llamado o partícipe en la atribución? La real y verdadera incompatibilidad se da entre adquirir por derecho propio y hacerlo por derecho de representación, que es, probablemente, lo que en verdad se quiso decir. El “*lapsus*” se explica por el confusionismo que padece el Código al tratar del derecho de representación y el de acrecer, al que ya nos hemos referido con reiteración.

La exclusión del derecho de acrecer en el artículo 985,2 tras aceptar de hecho su aplicación con la frase “sucederán en ella” [la parte repudiada y por ello vacante], es aún más incomprensible que la referencia al derecho de representación en el final del artículo 922.

LA ESCRITURA EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO. PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO FRANCÉS

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Doctora en Derecho.

Profesora de Derecho Civil

de la Universidad Complutense de Madrid

JOSÉ MIGUEL JIMÉNEZ PARÍS

Abogado Fiscal sustituto

SUMARIO: **I.** EL TESTAMENTO OLÓGRAFO ES UNA INSTITUCIÓN QUE EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL TOMÓ DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804. **II.** VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA FORMA OLÓGRAFA DE TESTAR. **III.** EL TESTAMENTO OLÓGRAFO ES UN NEGOCIO JURÍDICO SOLEMNE. **IV.** FUNCIONES QUE CUMPLEN O FINES QUE PERSIGUEN LAS SOLEMNIDADES DE ESTA FORMA DE TESTAR. **V.** LA ESCRITURA EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO. **1.** Exigencia de una autografía total. **1.1.** *Consideraciones generales.* **1.2.** *La escritura con la ayuda de una máquina.* **1.2.1.** *Testamento mecanografiado.* **1.2.2.** *Testamento impreso.* **1.2.3.** *Testamentos redactados en escritura Braille.* **1.2.4.** *Testamento escrito con procedimientos informáticos.* **1.2.5.** *Testamento confeccionado con la ayuda de otros procedimientos.* **1.3.** *Escritura con la ayuda o intervención de un tercero.* **1.3.1.** *Ayuda intelectual.* **1.3.2.** *Ayuda material.* **1.3.2.1.** *Testamento*

que comporta la escritura de un tercero. **A)** Principio de nulidad parcial. **B)** Límites y tolerancias. **a)** Elementos escritos con ignorancia del testador. **b)** Menciones del tercero distintas de las disposiciones testamentarias. **c)** Retoque de la escritura del testador por un tercero. **d)** Problema de las disposiciones escritas por un tercero posteriormente a la redacción del testamento. **1.3.2.2.** Testamento a mano asistida o guiada. **A)** Inteligencia de los signos, condición necesaria de validez. **B)** Inteligencia de los signos, ¿condición suficiente de validez? **a)** Grafismo personal del testador. **b)** Condición relativa al alcance de la ayuda material del tercero. **2.** Lengua y signos. **3.** Materia sobre la que se escribe. **3.1.** Soporte material admisible. **3.1.1.** Papeles de toda naturaleza y materiales diversos del papel. **3.1.2.** Testamento escrito sobre elementos materiales distintos. **3.2.** Admisión, en la forma, de toda suerte de escritos. **3.2.1.** Escritos que conllevan un testamento y escritos que expresan un simple proyecto. **3.2.2.** Escritos que recuerdan un testamento existente. **3.2.3.** Testamento ológrafo escrito al lado de otros escritos. **3.3.** Rechazo de la fotocopia y de la copia por decalco del testamento. **4.** Instrumento con el que se escribe. **5.** Palabras tachadas, enmendadas o entre renglones. **5.1.** Por el propio testador. **5.2.** Por un tercero. **6.** “*Animus testandi.*”

I. El testamento ológrafo es una institución que el Código Civil español tomó del Código Civil francés de 1804

Históricamente, el testamento ológrafo nace en el seno del Derecho Romano, si bien su actual regulación está inspirada en el *Code Civil* de Napoleón (1804).

Como testamento escrito y firmado por el causante, sin necesidad de testigos y siendo indiferente su redacción en latín o en otra lengua, fue recogido en la novela 21, 2, 1 de Valentiniano III (año 446). Su origen fue el siguiente: Misce quiso instituir heredera a Pelagia. Como no pudo hacer que concurriesen testigos para otorgar testamento en forma legal, confió su última voluntad a un manuscrito autógrafo, que, al morir, entregó a su noble sobrino Cesáreo, quien debía realizar su voluntad. Cesáreo procedió según los deseos de la causante y publicó el testamento. Pero Pelagia rehusó posesionarse de los bienes antes de que el emperador reconociese como jurídicamente fundada la institución de heredera. El emperador

la sancionó como válida y con ello admitió una nueva forma de testar. Se fundó en que la autografía del testamento por la misma testadora era prueba suficiente de que había existido libertad y voluntad en cuanto a la designación. En el fondo lo que hizo el emperador fue suprimir la función que tenían los testigos en el testamento escrito pretorio (probar la *voluntas testatoris* mediante la *signatio* de cada uno de ellos, la cual garantizaba la autenticidad de las *tabulae* donde el testador había escrito su voluntad) y sustituirla por la exigencia de que la totalidad del escrito, así como su firma, fueran hechas de la mano del propio testador, “residiendo a partir de ahora en dicha autografía la función de garantizar que el contenido de las *tabulae* son las últimas disposiciones del testador” (1).

La Constitución de Teodosio II (emperador de Oriente, 408 a 450 d. C.) y Valentiniano III (emperador de Occidente, 425 a 455 d. C.) no fue recogida por el Derecho Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*), pero sí por el Código Teodosiano (2). No obstante, Justiniano admitió una forma ológrafa con carácter extraordinario, limitándola al testador sordomudo que supiera escribir y al testamento hecho por los padres en favor de sus hijos o testamento *parentum inter liberos* (respecto del cual se exigía, además de la autografía y la firma, que se hiciera constar la fecha y que se expresara en letra la porción de bienes que cada hijo fuera a recibir). Esta forma *parentum inter liberos* [C. 6, 23, 21,3: *De testamentis imperfectis* (nov. 107, c.1)] estuvo en vigor en las legislaciones que tomaron el modelo de la recepción medieval del Derecho Justiniano (3). Pero, al parecer, la constitución de Valentiniano tomó más vida y se difundió en Occidente más que el Derecho de Justiniano, y en la Edad Media el testamento ológrafo fue acogido por algunos estatutos, entre ellos el de Venecia (4).

En el Derecho Histórico español, el primer Código que regula el testamento ológrafo es el Breviario de Alarico. Sus autores compilaron la Novela de Valentiniano III (5). Con el *Liber Iudiciorum* de Recesvinto (año 651), libro II, título V, Ley XIII, se regulan los requisitos no sólo extrínsecos para la formación del acto, sino también los posteriores a la muerte del causante. “Esta Ley XIII se conserva en la redacción que del Liber hace Ervigio y sin ninguna modificación se transmite por la Ley Visigothorum Vulgata, a través de cuya forma estuvo aplicándose hasta el siglo XIII, bien porque en esos territorios el Liber estuvo vigente como

(1) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 86 a 88.

(2) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, 3.^a edición, corregida y aumentada. Valladolid, 1926, p. 83, nota 1.

(3) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 91 a 94.

(4) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

(5) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 98 a 100.

Derecho común a pesar de haber caído la monarquía goda, bien por ser dado éste como fuero para algunas ciudades con el nombre de Fuero Juzgo o bien se aplicó con carácter supletorio como Derecho de contenido más amplio para resolver aquellas situaciones no recogidas por los fueros municipales” (6).

El Fuero Juzgo recogió la forma ológrafa de testar en la Ley 15, título V, libro II, pero como forma supletoria excepcional (testamento escrito por el testador sin intervención de testigos por no poder éstos hallarse), no pasando a los Códigos posteriores. En las Partidas se admitió el testamento justiniano del padre entre sus hijos. Por eso la Ley 7.^a, título I, partida VI, señalaba que el testamento ológrafo era el escrito y firmado por el testador, pero que hace el padre en favor de los hijos (testamento *parentum inter liberos*). Esta forma fue derogada por el silencio que de ella hizo la Ley 3.^a de las de Toro (1505) (7).

De nuevo fue establecida una forma ológrafa de testar, como forma privilegiada o excepcional (8) en razón de las personas que podían usar de ella, por medio de la Ley VIII, título 18, libro X, de la Novísima Recopilación. En dicha Ley se recoge una Real Cédula de 24 de octubre de 1778, “estableciendo con valor y fuerza de testamento la disposición que hiciere todo testador militar escrita de su mano, cualquiera que sea el papel en el cual lo haga y firmado” (9) (10).

Por tanto, en las fechas de publicación del Código Civil no estaba vigente en España el testamento ológrafo como forma común de testar. Como tal, fue una innovación del Código Civil inspirada en el *Code Civil*

(6) *Op. cit.*, pp. 104 a 107.

(7) Ley III: “Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor D. Alfonso, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latín es dicho *Nuncupativo*, ora entre los hijos, descendientes legítimos, ora entre los herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dice, *in scriptis*: mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un escrivano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren, ó pudieren firmar, y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean ocho firmas, y el signo del escrivano. Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, y en los codicillos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo, ó abierto, conforme á la dicha ley del ordenamiento: los quales dichos testamentos y codicillos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no faga feé ni prueba en juicio ni fuera del”.

(8) Son especiales aquellas formas que se emplean en circunstancias excepcionales, siendo sólo para las mismas válido el acto. Comunes son las que se emplean en circunstancias normales y por todas las personas que tienen capacidad de otorgamiento. (TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, p. 150.)

(9) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

(10) Ley VIII: “... declaro por punto general, que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano...”.

de Napoleón (1804), artículos 969 y 970 (11) (12) (de ahí el interés que presenta el estudiar el Derecho francés como Derecho comparado, si bien el desarrollo de la institución en Francia, por su doctrina y jurisprudencia, no tiene por qué condicionar necesariamente las soluciones que adopten la doctrina y jurisprudencia españolas).

El Proyecto de CC de 1851, que sirvió de base para la redacción posterior del CC, en su artículo 563 considera, por influencia del Derecho francés, que el testamento ológrafo es una forma común de testar junto con el testamento abierto y el cerrado (13).

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en su base decimoquinta, reconoció el testamento ológrafo como una novedad (14) y con este espíritu de novedad fue introducido por la primera edición del CC. En la segunda edición, ordenada publicar por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 y que entró en vigor el 27 de julio de 1889, se introdujo el requisito de que el causante que otorgase este testamento debía ser mayor de edad.

Tanto el Proyecto de Código Civil de 1851, como el Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) (15), como ambas ediciones del CC, exigían, siguiendo la tradición documental vigente, que se otorgase el testamento en papel sellado. Sin embargo, esta exigencia se suprimió por Ley de 24 de julio de 1904, que reformó los artículos 688 y 732 (16).

En Francia, hoy el testamento ológrafo es considerado el más atractivo

(11) *Op. cit.*, pp. 113 y 121. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

(12) Artículo 969: "Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public" [sería el equivalente al testamento abierto español] "ou dans la forme mystique" [equivalente al testamento cerrado].

Artículo 970: "Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur: il n'est assujetti à aucune autre forme." (El autor del texto de este precepto, invariable desde 1804, fue Bigot.)

(13) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

(14) Base 15: "El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de codificación, reunida en pleno con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, *añadiendo el ológrafo, ...*".

(15) Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que la Ley de Bases anteriormente citada resultó ser un hábil cauce para conseguir la aprobación de un Código que ya estaba materialmente terminado (Anteproyecto de 1882-1888). En este Anteproyecto, dividido en cuatro libros, dentro del libro III, dedicado a los modos de adquirir el dominio, se regulaba el testamento ológrafo como forma común de testar (art. 672, concordante con el art. 563 del Proyecto de 1851). El Anteproyecto dedicaba al testamento ológrafo los mismos artículos que la primera edición del Código Civil (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: "El Anteproyecto del Código Civil de 30 de abril de 1888", ADC, 1960, nota 1.ª, p. 7. Citado por TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 115 y 116).

(16) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *El testamento...*, *op. cit.*, p. 117.

de los actos previstos por su legislación y el más cercano de la expresión del alma humana (17).

Dice MAZEAUD que mientras que en la Francia “coutumière” del Norte el testamento ológrafo fue adoptado sin restricción, en los “pays de Droit écrit” del Sur sólo se acogió para realizar particiones de ascendientes. La Ordenanza de enero de 1629, llamada Code Michaud, intentó generalizar su empleo en el Sur, pero sin éxito, porque los Parlamentos de Derecho escrito rechazaron el registro de la ordenanza con tanto vigor que, en 1735, D’Aguesseau no osó realizar de nuevo la experiencia. Tras el Código Civil, la práctica del testamento ológrafo se desarrolló en toda Francia por sus ventajas prácticas [y hoy puede decirse que es la forma de testar más utilizada en este país] (18).

En cuanto al panorama del Derecho comparado, como señala MAZEAUD, la mayor parte de las legislaciones extranjeras lo han acogido igualmente por sus ventajas prácticas. A este respecto pueden verse los artículos 967 y 968 del CC japonés (19) o los artículos 2.231 y 2.247 del BGB alemán y artículo 602 CC italiano.

(17) GUÉVEL, Didier: “Remarques sur l’évolution des conditions de forme des testaments olographes (dix ans de jurisprudence de la Cour de Cassation)”. En *Ruptures, mouvements et continuité du Droit. Autour de Michelle Gobert*, Económica, 2004, p. 473.

(18) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, tome IV, deuxième volume. Successions – Libéralités. 5.^a édition par Laurent Leveneur et Sabine Mazeaud – Leveneur, pp. 297 y 298.

(19) CC Japonés:

Artículo 967: “El testamento, a excepción de los permitidos en las formas especiales, deberá ser ológrafo, abierto o cerrado”.

Artículo 968: “El testamento ológrafo deberá ser todo él escrito de puño y letra del testador, fechado, firmado con su nombre y apellido y sellado por él mismo.

La añadidura, tachadura y enmienda llevada a cabo en el cuerpo del testamento ológrafo sólo será eficaz cuando el testador la salve mediante una señal en el lugar afectado, efectúe anotación indicando que él introdujo esa modificación, estampe sobre ella su firma y selle la zona modificada.”

BGB:

Artículo 2231: “Un testamento puede ser otorgado en forma ordinaria:

1. Ante un notario.

2. Mediante una declaración del testador conforme al parágrafo 2247”.

Artículo 2247: “1. El testador puede realizar un testamento mediante una declaración escrita y firmada por él mismo.

2. El testador debe hacer constar en la declaración el momento (día, mes y año) y lugar en que la escribió.

3. La firma debe incluir el nombre y apellido del testador. Si el testador firma de otro modo y esta firma es suficiente para determinar la identidad del testador y la seriedad de su declaración, dicha firma no resta validez al testamento.

4. Un menor o una persona incapaz de leer no puede realizar un testamento según las disposiciones anteriores.

5. Si un testamento realizado según el apartado 1 no incluye constancia del momento en que se realizó, y si esto plantea dudas en cuanto a su validez, el testamento sólo se considerará

II. Ventajas e inconvenientes de la forma ológrafa de testar

El Código Civil enumera entre los testamentos comunes el ológrafo (art. 676), definiéndolo en el artículo 678: “Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688”. Este último precepto señala: “El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma”.

Para OSSORIO MORALES, “las notas que caracterizan esta forma de testar son dos: la autografía y la no intervención en su otorgamiento de personas distintas del testador (ni testigos ni notario)”. Es esta última –dice– la nota que más destaca como peculiar y exclusiva del testamento ológrafo, ya que también el testamento cerrado *puede* ser escrito por el propio testador (art. 706), *aunque ello no constituya requisito esencial del mismo*, como ocurre en el ológrafo. “*En cambio, el testamento ológrafo es el único por medio del cual el testador puede ordenar su última voluntad por sí solo, sin necesitar la concurrencia de otras personas y sin conocimiento de nadie*” (20).

Podemos decir, pues, que el testamento ológrafo es un testamento esencialmente privado, pues en su confección y otorgamiento sólo interviene el testador, y rigurosamente secreto, tanto en su contenido (21) como en su propia existencia, pues no se exige que lo tenga que conservar un tercero, ni que nadie tenga que escuchar la voluntad del testador (22).

válido si puede determinarse el momento de su redacción de algún otro modo. Lo mismo se aplica al testamento que no incluya mención del lugar en que se realizó”.

Código Civil italiano:

Artículo 602: “Testamento ológrafo. I. El testamento ológrafo debe ser escrito por entero, fechado y firmado de mano del testador.

II. La firma debe ponerse al fin de las disposiciones. Aún cuando no está hecha indicando nombre y apellido, es no obstante válida cuando designa con certeza la persona del testador.

III. La fecha debe contener la indicación del día, mes y año. La prueba de la falsedad de la fecha es admitida solamente cuando se trata de juzgar la capacidad del testador, de la prioridad de la fecha entre más testamentos o de otras cuestiones a decidirse en base al tiempo del testamento.”

(20) OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 131 y 132.

(21) El secreto en cuanto al contenido también puede lograrse en el caso del testamento cerrado.

(22) BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”. En SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.): *Comentario del Código Civil*, tomo 4, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2006, p. 462.

Su otorgamiento es cómodo, sencillo y barato, de modo que favorece extraordinariamente el ejercicio del derecho de testar: puede ser otorgado en cualquier momento y lugar (sin él un enfermo en la imposibilidad de hacer venir a un notario no tendría ningún medio de expresar sus últimas voluntades). El secreto de sus disposiciones y de la misma existencia del acto garantiza al testador frente al peligro de extrañas influencias y la no intervención de persona extraña alguna permite al testador reflexionar cuantas veces quiera en orden a sus disposiciones hasta llegar a plasmar su auténtica y real voluntad (23).

Frente a estas notas características y favorables del testamento ológrafo, la doctrina señala algunos inconvenientes del mismo. Así dice LACRUZ que “sus formalidades, muy sumarias, no ofrecen las mismas garantías de protección a la voluntad del testador que los testamentos notariales. Las posibilidades de presiones [incluso intimidación (24)] y de captación de voluntad son mayores (25); asimismo la de una falsificación [o suplantación]; los peligros de pérdida [u olvido o sustracción] o destrucción no sólo provienen del acaso, sino también de maniobras de un heredero abintestato no favorecido, o de uno favorecido en un testamento anterior (26). Finalmente, al actuar (en principio) aislado y sin ayuda ajena, el testador puede traducir mal su voluntad, también expuesta a deformación por la ulterior interpretación judicial”, y fácilmente puede incurrir en causas de nulidad por no respetar normas de carácter imperativo, como las relativas a las legítimas (27).

(23) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, pp. 620 y 621.

(24) Si se da este caso puede ocurrir, dice RUIZ VADILLO, que, si el testamento se otorgó poco antes del fallecimiento, el testador no tenga oportunidad de redactar otro que deje sin efecto el viciado.

(25) Sin embargo, OSSORIO MORALES cree que posiblemente el secreto con que el testamento ológrafo puede confeccionarse pone más a cubierto al testador frente al peligro de captación de su voluntad que las otras formas de testamento.

(26) Para evitar el riesgo de que el testamento ológrafo sea sustraído o se pueda hacer desaparecer, se ha defendido a veces la conveniencia de exigir su depósito obligatorio en poder de un funcionario público, e incluso así lo establecieron algunas legislaciones, como la Ley Toscana de 1814; discutiéndose mucho en la época de las codificaciones la conveniencia de semejante requisito. Pero lo cierto es que condicionar a este depósito obligatorio la eficacia del testamento ológrafo equivaldría a privarle de su característica más acusada y de su mayor ventaja: el secreto del otorgamiento. (VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado...*, op. cit., pp. 81 y 82.)

En nuestro Código no se exige que el testador deposite su testamento ológrafo, si bien la posibilidad de que voluntariamente lo haga está reconocida en el artículo 690. (OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, op. cit., pp. 131, 132 y 133.)

Como cualquier otro documento, el testamento puede ser depositado en poder de un notario.

De los testamentos ológrafos puede tomarse razón en el Registro General de Actos de Última Voluntad, si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial.

(27) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones*. 2.ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA. Dykinson, 2004, p. 191.

RUIZ VADILLO señala también como inconvenientes que es imposible garantizar en el momento del otorgamiento la capacidad del testador y que a veces es difícil distinguir un proyecto de testamento, la comunicación de un propósito de testar, o una expresión cariñosa y de afecto, sin trascendencia patrimonial de un verdadero testamento (28).

En el orden práctico, con todo, pesan más las ventajas que los inconvenientes. En concreto, en Francia, es la forma testamentaria más practicada (29).

III. El testamento ológrafo es un negocio jurídico solemne

No obstante la simplicidad de sus formas, el testamento ológrafo es un negocio jurídico solemne, como todos los testamentos. Artículos 687 y 688.2.º CC (30).

Para su validez se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

1. Un elemento intencional o condición de fondo: acreditamiento del *animus testandi*. O sea, que se trate de un acto por el cual el testador dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte. Artículo 667 CC.

2. Un elemento de capacidad.

3. No violación de normas de rígida observancia ni de los límites que tiene la autonomía de la voluntad (31).

4. Tres requisitos formales o solemnidades en el acto de otorgamiento: ser escrito, fechado y firmado por el testador mismo (32). Dice ROCA-

(28) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, pp. 619 y 620.

(29) MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 250. La doctrina francesa señala entre los inconvenientes que el testador corre el riesgo de incluir en el acto cláusulas ilícitas y que el testamento puede dar lugar a litigios sobre su existencia e interpretación.

En Francia se remedia alguno de los inconvenientes *pidiendo oficiosamente consejo a un Notario para la redacción y depositando el testamento en su casa, donde la conservación estará perfectamente asegurada*. En este caso se producen gastos, pero menos elevados, sin embargo, que los necesarios para la redacción de un testamento auténtico. Esta práctica está muy difundida. (MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 298; MALAURIE, Philippe: *Les successions*, op. cit., p. 251.)

(30) OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, op. cit., p. 136.

(31) Las declaraciones de voluntad tienen ciertos límites, que son: Las leyes imperativas, lo que resulta de poner en relación el artículo 1.255 con el artículo 6.2 y 6.3 CC; la moral y las buenas costumbres, como reconocen los artículos 1.255, 1.271-3.º y 1.116 CC, entre otros; el interés público, es decir, el interés general, artículo 6.2 CC; el orden público, artículo 6.2 CC; el perjuicio de tercero, artículo 6.2 CC.

(32) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, p. 622. En sentido semejante se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de

SASTRE MUNCUNILL que “el tipo ológrafo de testamento exige, ..., la *escritura total y firma* por el testador (autografía total), ya que la ausencia de este requisito sería la negación misma de este tipo testamentario y la *expresión de la fecha*, pues su falta supondría que el acto de otorgamiento no tiene localización en el tiempo” (33).

Además para que el testamento ológrafo pueda tener plena eficacia es preciso que se lleven a cabo las solemnidades posteriores al acto de otorgamiento (protocolización). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado la necesidad de protocolización para la validez del acto testamentario en STS de 2 de noviembre de 1956; 11 de diciembre 1964; 17 de noviembre de 1966 y 26 de noviembre 1968 (34).

La doctrina francesa también coincide en señalar esos cuatro requisitos para la validez del testamento ológrafo. En cuanto a los requisitos formales se señala que aparte de la escritura, fecha y firma de la mano del testador, no está sujeto a ninguna otra solemnidad. No está sometido a la reglamentación de la *loi de ventôse an XI sur les actes notariés*; el empleo de papel timbrado no es necesario (CA Lyon 22 de octubre de 1945, Gaz. Pal. 1945.2.192). Ninguna fórmula sacramental es exigida; basta que la intención del causante de disponer de sus bienes sea cierta (Civ. 24 de junio de 1952) (35).

La inobservancia de las condiciones de forma que son exigidas *ad solemnitatem* es sancionada con la nulidad del acto irregular (art. 1.001 CC) (36). La nulidad es absoluta y puede ser invocada por cualquier interesado durante treinta años a partir del momento en que los vicios son conocidos. Viviendo el testador, éste no puede confirmar un testamento nulo. Si quiere que sus últimas voluntades sean satisfechas, él debe rehacer su testamento. Sin embargo, la jurisprudencia, extendiendo a éste el artículo 1.340 (37)

enero de 2002 (EDJ2002/15038), la cual indica que todo instrumento que deba alcanzar la categoría de testamento ológrafo deberá reunir las siguientes condiciones: capacidad para testar (cumpliéndose de forma general cuanto se dispone en los artículos 662 a 666 y en particular lo previsto en el 688.1.º); *animus testandi* (o sea, cumplimiento de la definición del art. 667 CC); requisitos particulares (observándose los fijados para la validez en el art. 688: autografía, firma y cronología del otorgamiento y los fijados para la protocolización en los arts. 689 y ss.).

(33) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, p. 161.

(34) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento...*, *op. cit.*, p. 171, nota 75.

(35) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, p. 297.

(36) Artículo 1.001 *Code Civil*: “Les formalités auxquelles les divers testaments son assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité”.

(37) Artículo 1.340 CC: “La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d’une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception”.

del *Code Civil*, que no concierne expresamente más que a las donaciones, ha decidido que la confirmación o ratificación, o ejecución voluntaria de un testamento por los herederos del testador, después de su fallecimiento, comporta su renuncia a oponer los vicios de forma (Cass. Req. 9 de julio de 1873, DP 1874.1219; Cass. Civ. 10 de enero 1949, D. 1949.118). Si hay varios herederos y si uno solo de entre ellos confirma el acto, esta confirmación no tiene efectos con respecto a otros (38).

El testamento ológrafo que se conforma a las exigencias legales es válido incluso si el acto al que él ha podido estar unido (una donación: Cass. Req. 23 de junio de 1879, DP 1880.1.408; un "billet à ordre": Cass. Req. 25 de noviembre de 1890, DP 1891.1.411; una cesión de clientela CA Nîmes, 8 de febrero de 1944, JCP 1944.II.2612, note E. BECQUÉ) es anulado (Cass. Req. 4 de agosto de 1857, DP 1858.1.118) (39).

IV. Funciones que cumplen o fines que persiguen las solemnidades de esta forma de testar

"Cada ordenamiento jurídico establece, dentro de la figura genérica del testamento, una serie de modalidades en las que se trata de compatibilizar facilidad y seguridad, procurando un permanente equilibrio entre ellas, evitando o tratando de evitar por igual que un exceso de facilidades permita el falseamiento de la voluntad testamentaria o que un acentuación de las exigencias formales impida o dificulte con exceso" el derecho de testar (40).

Las solemnidades a que se sujeta el testamento ológrafo son particularmente sencillas. MANRESA afirma que "la forma del testamento ológrafo apenas se puede decir una forma. No tiene más que los requisitos de una simple carta" (41). Sin embargo, cumplen importantes funciones de seguridad, como expondremos a continuación.

(38) La misma doctrina de la confirmación del testamento nulo por vicio de forma mantiene el Tribunal Supremo en España (sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906 y 28 de febrero de 1908). En ellas se afirma que no puede invocar la nulidad quien ha prestado o trae causa del que prestó su conformidad con la disposición testamentaria cuya nulidad se solicita o ha ejecutado la misma, después de recibir la parte de herencia o legado que por el testamento le correspondía, conviniendo y pactando con ello sobre su validez. Esta regla, que no se encuentra recogida en ningún artículo del CC, supone, dice GULLÓN BALLESTEROS, una evidente derogación del régimen establecido para los negocios jurídicos *inter vivos*, en los que no opera la confirmación más que en el supuesto de anulabilidad (art. 1.310 CC). GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: "La confirmación", en ADC, XIII, pp. 1195 y ss. (Citado por RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, pp. 642 y 643.)

(39) TERRÉ, François, et LEQUETTE, Yves: *Les successions...*, *op. cit.*, p. 300.

(40) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento...", *op. cit.*, p. 617.

(41) MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, V. 1921, p. 533. (Citado por TRAVIESAS, M. Miguel: "El testamento", RDP, núm. 259, mayo 1935, p. 139.)

En general cabe afirmar que “las tres formalidades exigidas para el testamento ológrafo son garantías necesarias y suficientes para establecer la *existencia y autenticidad de la voluntad del testador*: la escritura íntegra y la firma de la mano del testador aseguran que el testamento contiene la expresión misma de la voluntad del difunto, mientras que la fecha permite determinar, en caso de pluralidad de disposiciones incompatibles, la última expresión de la voluntad del difunto, la única que cuenta en definitiva” (42).

En concreto, con relación a la escritura del texto testamentario por el propio testador cabe destacar que ella *revela la identidad del escritor, siendo una garantía de la sinceridad o autenticidad del testamento* (43) (es auténtico el testamento cuando coincide la persona que aparece como firman- te u otorgante con la persona que ha escrito la declaración de voluntad). Dada esa importante función es por lo que “la escritura debe sin incertidumbre portar la marca personal del testador; si la escritura llevada sobre el testamento litigioso está insuficientemente personalizada para identificar al autor del acto, hasta no es la escritura habitual del testador, el testamento no está válidamente escrito” (44) a la vista del artículo 688 CC español o 970 del CC francés [*vid.* lo que decimos más adelante en el epígrafe V.2. sobre la deformación voluntaria e involuntaria de la letra por el testador].

Esa función identificadora de la letra que hemos señalado queda patente en el seno del expediente de protocolización, en el artículo 691 CC, cuando señala: “Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y *comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador*, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento *escrito y firmado de mano propia del mismo*.”

A falta de testigos o si dudan los examinados, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras” (45).

(42) COUPET, Luis: *Vº Testament olographe...*, *op. cit.*, p. 4.

(43) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*. Traducción de la decimoprimer revisión de Helmut COING. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón M.ª ROCA SASTRE. Volumen 1.º Segunda edición, al cuidado de Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1976, p. 299.

(44) COUPET, Luis: *Vº Testament olographe*, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

(45) En el artículo 140 del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal y como resultó aprobado en el Congreso de los Diputados por la Comisión con competencia legislativa plena (BOCG 23 de julio de 2007), la función de identificación de la letra también quedaba patente:

“1. ... Se citará también a los testigos propuestos por el solicitante [de la adveración y protocolización] para declarar *sobre la autenticidad del testamento*.

2. En el día señalado, serán examinados los testigos con arreglo a lo dispuesto en el ar-

Y a esa función identificadora responde la exigencia de ser escrito el testamento por personas mayores de edad (46) (47).

La autografía es, pues, la garantía de la autenticidad del testamento. Pero no sólo eso. Es también el mecanismo que impide la falsificación y la suplantación de personalidad. Como dice COTTIER, se evita el riesgo de falsificación, ya que la escritura manual “lleva siempre impresa la personalidad del autor y permite descubrir las adiciones y correcciones de mano extraña”, siendo además más difícil de imitar todo un texto que únicamente la firma. Por otro lado, se hace disminuir los riesgos de captación: “es más difícil inducir a una persona a escribir un texto entero de su mano que a poner la firma sobre un documento preparado de antemano”. Finalmente, la obligación de escribir por entero el testamento disminuye el peligro de que el causante disponga de sus bienes ligeramente por efecto, por ejemplo, de una emoción momentánea (48).

La autografía cumple también otras tres finalidades, ayudar a perfilar la capacidad del testador (49), garantizar la identidad entre el acto y la

título 366 de la LEC. Cuando al menos tres testigos *que conozcan la letra y firma del testador* hayan declarado que no abrigan duda racional de *hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo, podrán prescindirse de las declaraciones testimoniales que faltaren.*

A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el secretario judicial lo estime conveniente, podrá emplearse el cotejo pericial de letras...”

Artículo 141: “Si de las diligencias practicadas resulta justificada la *identidad del testamento ológrafo*, se dictará resolución disponiendo que se protocolice...”

El cotejo deberá hacerse sobre documentos originales (STS de 3 de diciembre de 1985).

(46) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 299.

(47) La exigencia de otorgamiento por mayores de edad fue introducida en la segunda edición del CC, para, según se decía en la Exposición de Motivos de la RO de 29 de julio de 1889 “mejorar las condiciones necesarias para asegurar su autenticidad y alejar el peligro de falsedades”. Ciertamente, el peligro de suplantación del autor del documento y de falsificación de su declaración de voluntad es mayor cuanto menos formada esté la letra del suplantado. Se presume que a la edad de catorce años (regla general de capacidad para testar) no se tiene formada la escritura, mientras que una edad superior, la mayoría de edad (dieciocho años, actualmente) garantiza “una mayor firmeza en la constitución de los rasgos grafológicos”, rasgos grafológicos que son los que van a aportar la seguridad de que es la misma persona la que quiere testar que la que está realizando el acto de otorgamiento. En otras formas comunes de testar existe la obligación por parte del notario y de los testigos de conocer al testador y de identificarle (ex arts. 696 y 707.4.º CC). En el testamento ológrafo, en cambio, no tiene lugar una previa identificación de su autor, ya que interviene sólo el causante, sino que la misma se logra a través de los signos grafológicos contenidos en la escritura y firma. De ahí la importancia de garantizar mediante una regla especial de capacidad la formación de la caligrafía personal. (TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”. En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 1733 y 1734.)

(48) COTTIER, Jean Pierre Henri: *Le testament olographe en Droit suisse*. Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne. Imp. Vandoise Lausanne, 1960, p. 37. (Citado por RUIZ VADILLO, Enrique: *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, pp. 629 y 630.)

(49) PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, volumen 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 226. (Citado por RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento...”, *op. cit.*, RDP, julio-agosto 1972, p. 632.)

voluntad del testador (para que haya certeza de la manifestación de voluntad la Ley exige que se haga ante testigos o de propia mano, como ocurre con el testamento ológrafo) y manifestar el *animus testandi*. El soporte de la escritura, el instrumento empleado para plasmarla, las palabras utilizadas, son datos que revelan la existencia o no de una intención de testar. De hecho, veremos cómo la doctrina considera que recurrir a medios excepcionales (en cuanto al soporte e instrumento de la escritura) en circunstancias normales haría dudar de la existencia de una intención seria de testar. Hay que tener en cuenta que en los testamentos en los que interviene el notario u otro funcionario o en los testamentos otorgados ante testigos, son estas personas las encargadas de recabar del testador la manifestación clara de que pretende realmente testar, pero en esta forma de testamento debe deducirse dicha voluntad del escrito que se presenta como testamento y más aún cuando reviste la forma epistolar (50).

En cuanto a la firma ejerce una doble función; poner en claro de quién procede la declaración de voluntad y el escrito testamentario (función formal de identificación del testador en el trámite de adverbación. Cfr. art. 691 CC), y demostrar que se trata de una declaración completa y cerrada (valor sustantivo o función material de la firma) (51). La firma “es la declaración de voluntad de querer asumir el contenido manuscrito en la misma calidad o concepto en que se ha redactado, es decir, como testamento. La firma, pues, constituye el verdadero acto de otorgamiento del testamento ológrafo, distinto aunque normalmente simultáneo con el acto de confección o escritura” (52) (53). De hecho, antes de llegar al texto definitivo, el testador puede hacer borradores o proyectos, o extender el testamento con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito y es cuando toma la decisión definitiva que pone la fecha y la firma, comunicando al escrito el carácter de negocio jurídico acabado y perfecto. La STS de 10 de febrero de 1994 señala también que el otorgamiento del testamento surge, no de lo escrito y su contenido, sino de colocar la fecha y firma (54).

La firma autoriza y autentica todo lo escrito anteriormente y es también la expresión del *animus testandi* (55).

(50) BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”. En SIERRA GIL DE LA CUESTA (COORD.): *Comentario del Código Civil*, tomo 4, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2006, p. 465.

(51) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 293.

(52) Op. cit., p. 300.

(53) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 168.

(54) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos...*, op. cit., p. 193. TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”. En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1738. DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 335. (TRAVIESAS, M. Miguel: “El testamento”, RDP, núm. 259, mayo 1935, p. 141.)

(55) GUÉVEL, Didier: *Remarques...*, op. cit., p. 454.

Finalmente, en cuanto a la fecha, hay que expresarla indicando el año, mes y día en que se otorgue el testamento. La fecha de la firma es, pues, la fecha del testamento, la cual es fehaciente desde el mismo día del otorgamiento y cumple importantes funciones: fijar el momento en que hay que apreciar la capacidad del testador (art. 666 CC), su libertad (art. 673 CC) y su posible revocación (art. 739 CC) (56).

Posteriores a la muerte del testador son las formalidades de adveración (57) y protocolización. Estas formalidades tienen la función de probar la autenticidad del testamento. El Código Civil parte de que hay que acreditar positivamente que el testamento ológrafo ha sido escrito y firmado por el testador (art. 691). Un documento escrito y firmado de puño y letra por alguien no se presume que haya sido escrito por el que aparece como suscriptor (58).

Vistas las finalidades a que responden las solemnidades de esta forma de testar es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la consideración de las finalidades a que responde la exigencia de la escritura del testamento por el testador es la pauta que va a guiarnos en la resolución de los problemas que pueda suscitar dicho requisito, objeto del presente estudio.

V. La escritura en el testamento ológrafo

1. Exigencia de una autografía total.

1.1. Consideraciones generales.

La palabra “ológrafo” viene de *olos* y *graphos*, escribir por entero, habiendo quien indica que reflejaría mejor el concepto del testamento en estudio el término autógrafo.

El Código Civil exige la autografía total en los artículos 678 (“Se llama ológrafo el testamento cuando el testador *lo escribe por sí mismo...*”), 688.2.º (“Para que sea válido este testamento deberá *estar escrito todo él... por el testador...*”), 691 (“Presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez... comprobará su identidad por medio

(56) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, pp. 168 y 169.

(57) Adveración: comprobar la autenticidad del testamento. Certificar o dar por cierto que realmente procede de quien aparentemente lo otorgó (lo que se llama también comprobar su autenticidad o identidad). Se trata de verificar que la persona que escribió materialmente el testamento es la misma que la que del mismo aparece como testadora.

Si se estima testamento auténtico, se ordena que se incorpore a un protocolo notarial.

(58) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, *op. cit.*, p. 635.

de tres testigos que *conozcan la letra y firma del testador*, y declaren que no abrigan duda racional de *hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo*") y 715 (59). Por tanto, todos los trazos, desde el comienzo al fin, deberán estar escritos de puño y letra del testador. De lo contrario, el testamento es nulo o inexistente (60) (art. 687).

Esta forma de testar difiere así radicalmente de las otras formas comunes, pues en el caso del testamento cerrado éste puede ser escrito *por otra persona a ruego del testador* (art. 706) y, en el caso del abierto, es el notario quien documenta la declaración de voluntad manifestada oralmente o por escrito en su presencia (art. 695) (61).

La autografía es, pues, esencialmente ineludible y no admite reemplazo (62). Como dice SAVATIER, el testamento debe llevar la marca escritural personal de su autor (R. SAVATIER, obs. RTD civ 1970, 807.) Esta marca escritural debe haber sido anotada directamente: de manera que si por una sola grafía y utilizando papel carbón se obtienen varios ejemplares, sólo el primero cumple las exigencias legales (Douai, 25 oct. 1966, D. 1967.J.307, Defrénois 1967, art. 29.013; TGI Bayonne 5 de julio de 1976, Gaz. Pal. 1976.2.574). Lo mismo cabe decir para un testamento fotocopiado (63). (T Civ. Seine 6 de enero de 1893, Rép. Gén. Not. 1893, art. 7204).

Sentados estos principios generales, cabe señalar que la autografía del testamento plantea dos cuestiones fundamentales:

- La escritura mediante la ayuda de máquinas.
- La escritura con la ayuda o intervención de un tercero.

A analizar estos dos problemas dedicamos las líneas que siguen.

(59) Artículo 715: "Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento".

(60) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, p. 633.

(61) TORRES GARCÍA, Teodora: "Comentario al artículo 688 CC". En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1737.

(62) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, p. 166. ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 130.

(63) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 298.

1.2. *La escritura con la ayuda de una máquina.*

Como pusimos de relieve al analizar las funciones que cumplían las formalidades del testamento ológrafo, en la escritura manuscrita, la mano personaliza la escritura, la individualiza, mientras que en el caso de escritura con la ayuda de una máquina ésta reproduce caracteres *a priori* idénticos, cualquiera que sea quien la utiliza. La olografía revela la persona en su voluntad y en su escritura. Los procedimientos mecánicos son, sin embargo, anónimos. Es así que la virtualidad identificadora y autenticadora de la escritura manuscrita queda absolutamente eliminada con el uso de una máquina, así como la certeza de que la declaración de voluntad procede del otorgante. Estos dos graves inconvenientes deberían conducirnos sin mayor examen a rechazar la posibilidad de confeccionar un testamento ológrafo de este modo, pero procedamos a estudiar la cuestión con mayor detenimiento.

1.2.1. *Testamento mecanografiado.*

Los Tribunales españoles han tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Los autos de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de enero de 2000 (EDJ2000/8749) y de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de enero de 1997 (EDJ1997/19939) consideraron que no reunían los requisitos propios del testamento ológrafo documentos absolutamente mecanografiados en los que lo único puesto de puño y letra por el testador era la firma. El auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de enero de 2000 señalaba que “un testamento no es una firma, en todo caso, no es sólo una firma, sino una manifestación de voluntad, y de lo que tiene que haber certeza es de esa manifestación de voluntad; por ello la Ley exige que se haga ante testigos, cualificados o no, o de propia mano” (64). El mismo caso, en otro contexto, se planteó ante la Audiencia Provincial de Vizcaya (sentencia de 16 de febrero de 2001), que en sus fundamentos de Derecho afirmó:

“El artículo 688 del Código Civil exige para la validez del testamento ológrafo, además de que esté otorgado por un mayor de edad, que esté escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día

(64) Si el texto es mecanografiado, no hay certeza de que la manifestación de voluntad reflejada en el documento sea la manifestación de voluntad del firmante, ya que ningún testigo ha presenciado la emisión de la declaración ni consta escrita por el testador de su puño y letra. El testador puede haber sido engañado o coaccionado para que estampe su firma o puede haber firmado sin tomar conocimiento de lo escrito.

en que se otorga, y es unánime la jurisprudencia en estimar que, dado el carácter excepcional del testamento ológrafo, todos y cada uno de los requisitos exigidos en el citado artículo son de carácter esencial (así Sentencias TS de 7 de junio de 1923, 19 de diciembre de 1956 y 18 junio de 1994 EDJ1994/5456). Es decir que *ni aún en el supuesto en que no pueda dudarse de que lo consignado en el documento sea fiel expresión de la voluntad del testador podrá ésta prevalecer si no se halla expresada en la forma seguida por la Ley*. En el presente caso hay un hecho palpable y es que el documento aportado, que contiene las supuestas disposiciones del testador, no está escrito del puño y letra del mismo, sino mecanografiado. Dado que el requisito legal exigido como garantía de la autenticidad del testamento es que esté todo él escrito y firmado por el testador, es patente que no puede darse por cumplida tal exigencia cuando se ha redactado a máquina, puesto que el propósito seguido por esta formalidad es la de la identificación de la letra, al suponer la Ley más difícil de falsificar todo un documento que la sola firma del testador y al carecer estos testamentos de las solemnidades que en los comunes dificulta su falsificación, se les ha rodeado de la autenticidad que supone el estar íntegramente escritos por el otorgante. En consecuencia, *la carencia del requisito esencial para la validez del testamento de su autografía determina la desestimación del recurso interpuesto.*”

Más recientemente, por auto de la Audiencia Provincial de Cuenca de 8 de febrero de 2006 (AC 2006/129), se desestimó un recurso de apelación interpuesto contra la negativa del juez de 1.ª Instancia a protocolizar un documento mecanografiado en el que figuraba la huella dactilar a modo de firma, sobre la base de las siguientes consideraciones:

“En este sentido, ya de muy antiguo, nuestro Tribunal Supremo ha venido insistiendo en que todas las formalidades exigidas por el artículo 688 CC tienen carácter esencial, dando lugar a la nulidad del mismo [testamento] la falta de cualquiera de ellas, entre las que no es la menos importante la de que esté escrito todo él y firmado por el testador (así, por ejemplo SSTs de fechas 3 de abril de 1945 y 14 de febrero de 1981 (RJA 1981, 526). En este sentido, mucho más recientemente, la Audiencia Provincial de Zamora ha tenido oportunidad de recordar, en su sentencia de fecha 10 de mayo de 2005 (JUR 2005/128571), que un documento mecanografiado, precisamente por carecer de la condición de manuscrito, no puede subsumirse dentro del concepto de testamento ológrafo. También la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de diciembre de 2003 (JUR 2004/90213), recuerda que para que el documento merezca la consideración de testamento ológrafo deviene indispensable que se trate de un manuscrito,

formalidad, al igual que las restantes, de carácter esencial” (65) (66) (67).

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Baleares, por auto de 17 de noviembre de 2004, estimó que procedía protocolizar como testamento ológrafo un documento parcialmente mecanografiado, pero en el que en su parte manuscrita y autógrafa podía constatarse una clara disposición de última voluntad (*animus testandi*) (68), siguiendo al texto la firma de la testadora y la fecha manuscrita. Entendió la Audiencia que, concurriendo los requisitos para tener al documento como testamento ológrafo, “las palabras mecanografiadas que aparecen en dicho testamento, a modo de plantilla con puntos suspensivos sobre los que se manusciben por la testadora, básicamente, sus datos personales, no son bastantes para denegar la protocolización solicitada, *pues los requisitos sustanciales ya han sido constatados y estos últimos, además de ser intrascendentes, también están manuscritos, al margen de un encasillado mecanografiado absolutamente irrelevante.* Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, citada por el recurrente, 1 de junio de 1999 (EDJ1999/9903), «no perjudican a la autografía del testamento ológrafo las palabras escritas pos-

(65) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de diciembre de 2003 (JUR 2004/90213): “... basta su examen para concluir que faltan todos los requisitos para conferirle la consideración de testamento ológrafo ya que por definición y para que sea válido es necesario que esté íntegramente escrito y firmado por el testador con expresión del año, mes y día en que se otorgue, escritura que lo ha de ser del otorgante, de su puño y letra, *manuscrito directamente*, formalidad al igual que las restantes de carácter esencial y que de faltar determina su nulidad”. En el caso se trataba de una simple fotocopia de un texto mecanografiado y con una firma ilegible. La sentencia reafirma jurisprudencia más antigua (STS de 20 de diciembre de 1913, 29 de noviembre de 1916 y 3 de julio de 1934). Citadas estas últimas por ROCA-SASTRE MUNCUNILL en KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 299. Igualmente, STS de 17 de noviembre de 1966 (RJA 1966/5878), citada por TORRES GARCÍA: *El testamento...*, *op. cit.*, p. 240.

(66) Hay que notar que la exigencia de la formalidad de la escritura autógrafa no discrimina al iletrado, sino que precisamente le protege frente a posibles fraudes (p. ej., aprobar con su huella un documento mecanografiado por un tercero que no responde a su voluntad). Por otro lado, conviene destacar que en el documento mecanografiado los riesgos de captación de la voluntad del causante son mayores, pues es más fácil inducir a firmar un documento preparado que inducir a escribir de propia mano un texto entero.

(67) La doctrina de los Tribunales españoles insiste en que el testamento ológrafo tiene carácter excepcional y son esenciales sus tres requisitos de validez exigidos por el artículo 688.2.º CC. En efecto, la afirmación del carácter esencial de los tres requisitos es cierta. Sin embargo, es imprescindible estudiar detalladamente *cuándo se llenan y cuándo no estos tres requisitos*. Así, por ejemplo, si sería válido o no un testamento firmado con las iniciales del nombre y de los apellidos, o un testamento en el que no constase expresamente la fecha, pero se tuviese la certeza de su localización en el tiempo por datos extratestamentarios. En el presente trabajo sólo podemos detenernos a examinar en líneas generales cuándo se llena y cuándo no el requisito de la escritura.

(68) Decía la testadora: “dejo todos mis bienes materiales a mi hijo mayor Alejandro de número 000 Wingham, calle 000 Londres NW5 3QL Reino Unido. En caso de su fallecimiento entonces todos mis bienes materiales tienen que ir a su hijo, mi nieto mayor, José Pablo de número 000 dirección 000, Worlds End, Chelsea Londres SW10. Reino Unido”.

teriormente en él por un extraño *ni tampoco las escritas e impresas en el papel sobre el cual se va a escribir, mientras el testamento conserve su independencia y unidad, pues... la presencia de otra grafía o letra impresas deja intacto el texto original, que no se relaciona con la grafía extraña»*”.

El caso parece diverso del que juzgó la Corte de Casación francesa en una sentencia del 23 de marzo de 1994 (69). La primera sala civil de la Corte, por una decisión de rechazo del recurso planteado, aprobó que una Corte de Apelación rehusase validar un acto de últimas voluntades en donde el testador había utilizado un modelo preparado de testamento (como podemos encontrar en diversos editores) y había rellenado a mano los blancos, mencionado la fecha e insertado la firma (añadiendo además la mención “*escrito por mi mano*”). Lo que juzgamos más interesante en este último asunto es que el recurso avanzaba que las condiciones del artículo 970 *Code* no se imponían más que en caso de duda sobre la voluntad del testador o sobre la autenticidad del documento, lo cual es rechazado. Aquí, como escribe Michel GRIMALDI, la jurisprudencia rechaza “*admitir que la sanción ligada a la violación de la regla de forma pueda ser evitada sobre la prueba de que a pesar de esta violación, los intereses de fondo que la forma apuntaba a proteger, están a salvo*” (70). Es el mismo pronunciamiento, formulado en otros términos, que había hecho la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 de febrero de 2001: “*ni aún en el supuesto en que no pueda dudarse de que lo consignado en el documento sea fiel expresión de la voluntad del testador podrá ésta prevalecer si no se halla expresada en la forma seguida por la Ley*”.

La tónica de la jurisprudencia francesa es idéntica a la española. Dice JEBEL que se hubiera podido prever un aligeramiento del formalismo sobre la base de que la noción de escrito está evolucionando tanto en lo que concierne al soporte como en la técnica de escritura. Sin embargo, dice, la jurisprudencia sigue siendo rigurosa. Así pues, rechaza aceptar un testamento compuesto de enmiendas manuscritas sobre la fotocopia de un texto manuscrito [Cass. Civ, 1.^{er}, 3 de enero de 1941 (71)], ... o más clásicamente... un testamento dactilografiado [Cass. Civ, 1.^{er}, 23 de febrero de 1994 (72); Cass Civ, 1.^{er}, 24 de febrero de 1998 (73); Cass. Civ. 1.^{er}, 13 de

(69) Sentencia número 544, recurso 92-18622.

(70) M. GRIMALDI: *Droit civil. Libéralités. Partages d’ascendants*, Litec, 2000, número 1376, p. 288; en el mismo sentido: F. TERRÉ et Y. LEQUETTE: *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 3.^e édit. 1997, número 373, p. 305. (Citados por GUÉVEL, Didier: *Remarques...*, *op. cit.*, pp. 459 y 460.)

(71) Sentencia número 29, recurso 89-19.267.

(72) RTD Civ. 1995, número 3, p. 948, obs. J. PATARIN; *Defrénois*, 1995, artículo número 36122, p. 876, nota J. Bernard DE SAINT-AFFRIQUE.

(73) Sentencia número 365, recurso 95-18.936, *Bull. Civ*, I, número 79, p. 53. *JCP*, éd N, 1998, p. 1053. D 2000, somm. 428, obs. M. NICOD. *Gaz. Pal.* 1998 II somm. p. 717, número 1824;

abril 1999 (74)] (75). Estas sentencias más modernas no hacen sino seguir la línea de otras más antiguas que sientan que el acto mecanografiado es nulo, aun cuando una mención del testador (mención manuscrita puesta al pie de las hojas, numeradas, fechadas y firmadas) certificase que él es el autor del acto. Así Cass. Civ. 18 de mayo de 1936. DH 1936.345; RTD civ. 1936.720 obs. R. SAVATIER (76) (rechazando el recurso contra una sentencia de la Corte de apelación de Aix-en-Provence [Aix –en– Provence, 29 de febrero de 1932, S. 1934.2.I, note GENY; DP 19322.47, note LALOU; RTD civ 1932, p. 506, obs. SAVATIER]), la cual había reformado un juicio del Tribunal civil de Marsella que había admitido la validez de un testamento mecanografiado en que el testador había tomado el cuidado de añadir con la pluma la frase siguiente: “escrito sobre una media hoja por mí mismo y con la máquina de escribir como todos los otros” (T. Civ. Marseille, 9 de julio de 1930: Sem. Jur. 1932, p. 332, note H.M.; S. 1931, 2, p. 49, note GÉNY; DP 1930,2, p. 166, note LALOU; RTD civ. 1930, p. 1120, obs. SAVATIER; Rev. Crit. Législ. et jurispr. 1932, p. 37, obs. TRASBOT); Cass. Civ., 1, de marzo de 1961 (JCP 1961. II. 12271, note TARABEUX, RTD civ. 1961.716, obs. R. SAVATIER); Cass. Civ. 1.^{er}, 8 de febrero de 1978: Bull. Civ. I, número 54; Cass. Civ, 23 octubre 1984 (Bull. Civ. I, núm. 278, p. 236; GP 1985.2.pan.223, obs GRIMALDI). En el mismo sentido, CA Douai, 5 de febrero de 1985: Juris-Data número 043406.

La jurisprudencia sigue así la opinión dominante de la doctrina, que el decano R. SAVATIER ha formulado con un particular vigor y que afir-

Gaz. Pal 1999.1. somm. 127, obs. PIEDELIÈVRE. Esta sentencia suele citarse como curiosidad. El carácter no manuscrito del documento conduce aquí a los jueces a considerar, no que hay un testamento nulo por defecto de forma, sino que no hay un testamento. Se trataba de un acto de préstamo mecanografiado que contenía una dispensa de pago en caso de muerte del acreedor. Se considera que no se puede dar un alcance testamentario a tal dispensa porque el acto de préstamo que contiene tal voluntad está mecanografiado. De ello resulta que un testamento incontestable redactado ulteriormente por el acreedor y en el cual se decía “revocar todas las disposiciones anteriores” era ineficaz para destruir la condonación de deuda convenida en el acto de préstamo mecanografiado. Éste, en cuanto a su cualificación, no era una disposición testamentaria, sino una condonación de deuda futura y bajo la condición de la muerte del prestamista antes del reembolso íntegro. El rechazo de calificar como testamento el acto litigioso ha permitido mantener sus efectos y, por consiguiente, respetar la voluntad del difunto, en provecho del beneficiario de la disposición impugnada. (GRIDEL, Jean-Pierre: *L'article 970 du Code Civil: instantané de jurisprudence*, Revue Lamy Droit Civil, núm. 13, año 2005, p. 63.)

(74) Sentencia número 770, recurso 96-18.878.

(75) GUÉVEL, Didier: *Remarques...*, *op. cit.*, p. 459.

(76) Jurisprudencia constante desde Cass. Civ. 18 de mayo de 1936, DH 36.345 “*Pour être valable, le testament olographe doit avoir été non seulement daté et signé, mais encore écrit en entier de la main du testateur; un texte obtenu mécaniquement au moyen des caractères impersonnels d'une machine à écrire ne répond pas à cette dernière condition, exigée impérativement, tant à titre de précaution contre les falsifications possibles du testament olographe que pour assurer l'expression exacte et fidèle, par le testateur lui – même, de ses libres volontés*”. (MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 251, nota 26.)

ma: “lo que la ley exige en el testamento ológrafo es que él pueda defenderse él mismo, gracias a la marca personal que constituye la escritura del testador. Es para permitir este control intrínseco y para garantizar la espontaneidad de las decisiones testamentarias que la ley exige que la escritura sea de la mano del testador. Exigencia a la cual no satisfaría nulamente el testamento mecanografiado puesto que si se quiere saber qué mano lo ha redactado es a una encuesta y a investigaciones extrínsecas que se tiene que entregar” (77). En el documento mecanografiado, pues, la garantía elemental y fundamental de autenticidad intrínseca, querida por la ley, faltaría completamente, debiendo apoyarse tal autenticidad en medios extratestamentarios. Igualmente se señala que la escritura por medio de una máquina que reproduce siempre caracteres idénticos, cualquiera que sea la mano que la accione, además de no individualizar a su autor, no se presta al control del experto [perito calígrafo] y no puede dar a las disposiciones testamentarias la seguridad que el *Code Civil* ha querido asegurarles. SAVATIER destaca que la posibilidad de una escritura mecanografiada conduciría lógicamente a admitir una firma mecanografiada, solución –dice– cuyo absurdo salta a los ojos (78). Para el juez, pues, el texto dactilografiado sigue siendo prohibido incluso si intervienen a veces expertos para identificar al autor de las pulsaciones en la máquina de escribir (79). Pues aunque el testador hubiese él mismo accionado la máquina de escribir, no habría escrito el testamento con una verdadera escritura personal, de modo que el acto sería conforme con la mera letra de la ley (escrito de la mano del testador) *pero no con su espíritu*, que persigue que el testador sea identificable a través de la escritura.

Varias veces, sin embargo, se ha intentado hacer admitir la validez del testamento mecanografiado (80): estas tentativas parecen destinadas al

(77) RTD civ. 1961, p. 717. (Citado por COUPET, Luis: *Vº Testament olographe. Ecriture en Juris-Classeurs civil*, art. 970, fasc. 10, 1994, pp. 7 y 8.)

(78) SAVATIER: *L'écriture du testament olographe*, Rep. Gén. prat. du notariat, 1934. Art. 23918, pp. 512 y 513.

(79) J.-Fr. Montredon. La désolennisation des libéralités, pref., de B. Teyssié. *Bibl. De Droit privé*, T. 209, LGDJ 1989, p. 210. (Citado por GUÉVEL, p. 458.)

(80) Se argumentaba que el *Code Civil* no determinaría qué proceso de escritura debería emplear el testador y la dactilografía sería un proceso de escritura [pero absolutamente impersonal, nótese], o bien, que se podría identificar a su autor por las marcas del teclado [esto habría creado demasiada incertidumbre, como señala J. FLOUR Y H. SOULEAU (J. FLOUR Y H. SOULEAU: *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, núm. 188), debiendo añadirse el riesgo de falsificación de la firma]; y sobre todo que habría, ante todo, que respetar la voluntad del testador, y esta voluntad habría sido claramente expresada en un testamento dactilografiado [pero no sujetarse a la regla de forma era destruir la esencia del tipo testamentario]. Además el Derecho debía adaptarse a la evolución de la técnica [es cierto en alguna medida, pero no hasta el punto de destruir la esencia de una forma testamentaria].

fracaso, porque el fraude que el legislador ha querido frustrar resultaría entonces posible. De hecho, la jurisprudencia francesa se ha reafirmado en los últimos años en la línea originada en 1936. Estas tentativas han emanado en primer lugar de los tribunales civiles (trib. Civ. Marseille, 9 de julio de 1930, D 1930.2.166, note LALOU, S.1931.2.49, note GÉNY; trib. Civ. Rouen, 20 de abril de 1931, DH 1931.344, S.1931.2.239); en segundo término, de una alta jurisdicción extranjera [Cour de révision monégasque, 15 de junio de 1972, *Defrénois* 1974.955, note R. SAVATIER; 2 de diciembre de 1974, *Defrénois* 1975.447, note R. SAVATIER (81); 8 de mayo de 1974, Rep. Not. *Defrénois*, 1974.955, not. R SAVATIER. Esta última sentencia casa una sentencia de la corte de apelación de Mónaco de 18 de junio de 1973 (RTD civ. 1973, p. 796, obs. R SAVATIER)] y finalmente de ciertos autores (M. ROSSI. *Vers une atténuation de la rigueur formelle du testament olographe; De l'interprétation jurisprudentielle des "dispositions" étrangères dont l'exécution est poursuivie en France en vertu des conventions internationales*. JCP 1981.I.3039. TARABEUX, M. JCP éd. G. 1961, II, 12271 nota a Cass. Civ, 1.^{er}, 1 de marzo de 1961) (82). Pero, como indicábamos, la respuesta de la jurisprudencia francesa ha sido clara y terminante. Como dice COUPET, la posición de la Corte de Casación es tanto más notable cuanto que ella interviene en un momento en que se desarrollan diversas escrituras mecanografiadas (informática, telemática).

El rechazo de los textos dactilografiados por el propio legislador francés queda patente si, al margen del artículo 970 *Code*, se observan otras disposiciones. Fue precisa una ley especial para autorizar a los notarios a reemplazar la escritura de sus documentos notariales por una escritura mecanografiada, lo que probaba que la ley estaba lejos de admitir como principio la equivalencia de una y de otra (83). Más recientemente, el rechazo queda patente en la redacción de los artículos 1.108-1 y 1.108-2 del *Code* (84), creados por la Ley número 2004-575, 21 de junio de 2004, ley

(81) La Corte de revisión monegasca fue convencida: "al prevalecer sobre el formalismo el respeto de la voluntad del testador, sería contrario al espíritu de la ley no respetar esa voluntad". En el mismo caso, el Tribunal Supremo francés juzgó que esta decisión no era contraria "al concepto francés de orden público internacional" (Cass. Civ. 1.^{er}, 29 de abril de 1980, *Bull. Civ. I*, núm. 132). Pero véase lo que decimos más adelante en el cuerpo del escrito.

(82) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de Droit civil*, op. cit., p. 421.

(83) SAVATIER: *L'écriture du testament olographe*, Rep. Gén. prat. du notariat, 1934. Art. 23918, pp. 512 y 513.

(84) Artículo 1.108-1: "Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier

para la confianza en la economía numérica. La olografía reveladora de la persona es sin duda la idea que ha inspirado al legislador de 21 de junio de 2004 la sustracción de los actos bajo firma privada del derecho de sucesiones a la equivalencia del instrumento escritura papel/escritura electrónica cuando el escrito es exigido para la validez: sin esta excepción expresa la solución hubiera sido menos clara (85).

La nulidad en que incurre el testamento mecanografiado será parcial si el acto está en parte escrito manuscritamente por el testador, a condición de que la parte nula sea jurídicamente separable de la parte válida (*vid.* Aix, 29 de febrero de 1932. S., 1934.2.1, n. F. GÉNY) (86). Esta solución es válida para el Derecho español.

1.2.2. *Testamento impreso.*

A este respecto traemos a colación la doctrina francesa, cuyos argumentos son igualmente válidos para el caso español. Dice COUPET que el testamento impreso es nulo incluso si la prensa ha sido manejada por el testador mismo. SAVATIER señala los dos problemas fundamentales que plantea el testamento confeccionado de esta suerte: la escritura impresa no lleva en ella misma la prueba intrínseca de sinceridad o autenticidad (el texto impreso puede haber sido confeccionado por alguien distinto del causante), ni ilustra la libre adhesión del testador a las disposiciones del acto (87). “El testamento es aún nulo en la hipótesis de que él no comporte más que algunas menciones impresas. Así ha decidido la primera sala civil de la Corte de Casación por una sentencia de 17 de julio de 1968, casan-

peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui - même”.

Artículo 1.108-2: “Il est fait exception aux dispositions de l'article 1108-1 pour:

1.º Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions;

2.º Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.”

Artículo 1.316-1: “L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité”.

Artículo 1.316-4: “La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.”

(85) GRIDEL, Jean-Pierre: *L'article 970...*, *op. cit.*, p. 64.

(86) SÉRIAUX, Alain: *Les successions. Les libéralités*, 2.ª edición. Presses universitaires de France, p. 163.

(87) SAVATIER: *L'écriture...*, *op. cit.*, pp. 511 y 512.

do una decisión de apelación que había admitido la validez de un testamento en que el nombre del beneficiario no había sido escrito por el testador más que bajo la forma de un pronombre, refiriéndose al nombre de la persona que figuraba impreso sobre un documento en que el testador había escrito su testamento (Cass. Civ., 1.^{er}, 17 de julio de 1968: JCP 1969, éd. G, II, 15710; Journ. Not. 1969, 48895, note BLANC; RTD civ. 1969, p. 156, obs. R. SAVATIER) (88).

1.2.3. Testamentos redactados en escritura Braille.

“Louis BRAILLE, en torno a 1840, inventó para uso de los ciegos la escritura Braille, un sistema de escritura y de lectura anaglítica (del griego αναγλυπτος, cincelado en relieve): instrumentos especiales –punzones y máquinas– hacen agujeritos en una hoja de papel; según un código de lectura preestablecido, la disposición de estos agujeros representa letras y palabras. Este procedimiento se expandió rápidamente, haciendo desaparecer otras escrituras para ciegos, entre otras la estilografía una escritura clásica en relieve” (89).

Se trata de una escritura mecánica, cuyos signos no plantean dificultad, pero sí lo hace su procedimiento de inscripción, que plantea la misma dificultad que la de toda escritura mecánica, a saber, la dificultad de identificación de su autor. Si para escribir en Braille se utiliza una máquina de imprimir, el procedimiento es enteramente asimilable a la máquina de escribir. Si se emplea un estilete parece que dejaría curso *a priori* a una manera personal de escribir que garantizaría la identidad del escritor (90). Sin embargo, un procurador atacado de ceguera ha podido escribir: “En lo que toca a la anaglifografía Braille, es casi imposible distinguir la mano del que ha hecho los puntos de otra mano” [V. BLOCH: *Les aveugles en France*, thèse Lyon, 1917] (91). Y más recientemente (2001), MALAURIE, en la respuesta a una consulta hecha por la Asociación Valentin Haüy, asociación de interés público que dedica su acción a los ciegos o deficientes visuales, afirma que “los agujeros del Braille son tan impersonales como los caracteres de una máquina de escribir” (92).

(88) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, op. cit., p. 8.

(89) MALAURIE, Philippe: *Sur les testaments rédigés par un aveugle en écriture Braille*. Répertoire du notariat Deffrénois. 2001, 37317, p. 347.

(90) Así lo creía SAVATIER, quien admitía la posibilidad de redactar un testamento ológrafo en Braille dado que se le había asegurado que “cada ciego, cuando se servía de esta escritura, tenía una manera propia de marcar el papel, y que con atención y hábito se podía así reconocer en la escritura Braille un sello personal suficiente para autenticarla en una gran medida”. (SAVATIER: *L'écriture...*, op. cit., p. 511.)

(91) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, op. cit., p. 8.

(92) MALAURIE, Philippe: *Sur les testaments rédigés par un aveugle en écriture Braille*. Répertoire du notariat Deffrénois. 2001, 37317, p. 349.

Aparte de este grave inconveniente hay que señalar otro no menos importante relativo a la conservación de los textos. Los documentos en Braille son más frágiles que los escritos habituales; pueden estropearse cuando están comprimidos bajo el peso de libros o expedientes voluminosos y pesados (93).

En la doctrina española, Teodora TORRES considera que no es posible que el ciego emplee el sistema Braille para otorgar testamento ológrafo, ya que ese sistema de escritura no sirve para identificar al autor del escrito; los testigos no pueden reconocer que lo escrito en el texto proceda de la mano del testador, puesto que el método de escritura hace que las letras sean iguales cualquiera que sea el que lo utilice, y lo mismo puede pertenecer al testador que a otro ciego y, finalmente, el juez no podría realizar el cotejo pericial de letras (94). En idéntico sentido, RUIZ VADILLO (95), BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (96) y OSSORIO MORALES (97).

En Francia, MALAURIE señala que el testamento debe ser la expresión libre y fiel de la voluntad del muerto y debe evitar, en la medida de lo posible, cualquier falsificación, sobre todo en lo que a la firma se refiere. Es por estas dos razones que el formalismo del testamento ológrafo es el de la *mano* que escribe. No la mano directa, porque rara vez se escribe con los dedos, sino una mano que usa un instrumento como suele ser habitual. En tal caso, debe ser dueña de éste: “una pluma o un bolígrafo sólo escriben porque están sometidos al poder y a las influencias de la mano”; en cambio, las máquinas o punzones no pueden obedecer a las diversas inflexiones de la mano y no pueden traducir la personalidad del testador. Esta norma de forma se aplica desde 1936 a los testamentos dactilografiados, mucho más frecuentes que los testamentos en Braille. En torno a los unos se han planteado las mismas preguntas y debates que en torno a los otros, por lo que debemos inducir que las soluciones dadas para unos han de extenderse a los demás. Así las soluciones jurisprudenciales, al no existir una verdadera jurisprudencia sobre la validez del testamento escrito en Braille. Sólo dos decisiones han admitido esta posibilidad, pero sólo en sus motivos (o sea, en *obiter dicta*) y por comparación con

(93) *Op. cit.*, p. 347.

(94) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 220. BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”, *op. cit.*, p. 464. OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 136.

(95) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, p. 634.

(96) BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”, *op. cit.*, p. 464.

(97) OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 136.

la escritura mecanografiada: CA Rouen, 17 de enero de 1900: DH 1902, p. 247; T. Civ. Rouen, 20 de abril de 1931: S. 1932, 2, p. 239 (98). Según este fallo, “hay lugar de validar tanto el testamento escrito por medio de caracteres Braille empleados por los ciegos como el testamento compuesto por la escritura de la máquina, cuando es absolutamente cierto que es el testador el mismo quien ha escrito así el testamento ológrafo” (99). Ahora bien, por la naturaleza de la jurisdicción [no se trata de la Corte de Casación], fecha del juicio [anterior a 1936, en que se sienta la jurisprudencia sobre el testamento dactilografiado], autoridad del motivo [es un *obiter dicta*] y solución [el litigio era relativo a un testamento dactilografiado que fue juzgado como un testamento ológrafo válido, análisis condenado después por el Tribunal Supremo], no tienen peso alguno en el debate. [Aunque se esté cierto de que el testamento ha sido escrito por el que aparece como testador, las formalidades exigidas por la ley en el art. 970 *Code Civil* lo son imperativamente, como también se desprende del art. 1.001, de manera que no pueden soslayarse bajo el argumento de que hay certidumbre de la voluntad del testador a través de medios extratestamentarios, pues lo que pretenden tales artículos es que tal certidumbre exista a través del documento mismo.]

Por tanto, al testamento en Braille se le puede reprochar, al igual que al mecanografiado, que no son de mano de su autor, ya que su escritura no traduce su personalidad. En el Braille “la mano” no escribe directamente en el papel; como en la dactilografía, pasa a través de la mediación de una cosa que no traduce la personalidad del autor: un punzón o una máquina no sufre las inflexiones de la mano que escribe. Además nada garantiza que las disposiciones así redactadas hayan sido la libre expresión, exacta y fiel de la voluntad del testador, ya que han podido ser redactados por una tercera persona y la firma puede haber sido falsificada (100).

A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia francesa, que ya hemos visto era inexistente, “en su mayoría, la doctrina [francesa] prevé esta cuestión [de la redacción del testamento en escritura Braille], pero brevemente. En general, es favorable a este tipo de testamento en el que sólo ve «un tipo de escritura», como lo sería un idioma extranjero o un alfabeto diferente al nuestro, árabe o griego. Es bastante antigua y poco explícita en su razonamiento –el mismo razonamiento que había sido criticado con respecto al testamento ológrafo dactilografiado (cfr.: *ut supra*

(98) “El hecho de que la jurisprudencia, al menos la que está publicada, sea inexistente, nos permite pensar que los ciegos, en conocimiento del riesgo de nulidad, han sido disuadidos de la práctica del testamento ológrafo en escritura Braille.” MALAURIE, Philippe: *Sur les testaments...*, *op. cit.*, p. 350.

(99) Citada por COUPET, Luis: *Vº Testament olographe*, *op. cit.*, p. 8.

(100) Cfr. MALAURIE, Philippe: *Sur les testaments...*, *op. cit.*, pp. 347 a 350.

nota 80)–. La mayoría de los autores declaran válido el testamento ológrafo escrito en Braille: HUC (101), BAUDRY-LACANTINERIE (102), TRASBOT Y LOUSSOUARN (103), SAVATIER (104), y los hermanos MAZEAUD (105). Sin embargo, el motivo invocado por estos autores es inexacto: el Braille no es un «tipo de escritura» como lo serían el griego, el árabe...: es un medio de escritura con un instrumento que suprime el contacto personal de la mano con el papel: no confundamos el tipo de una escritura y los medios usados para escribir. Otros autores se muestran hostiles frente a estos testamentos y los declaran nulos: Philippe MALAURIE (106), Jean-Pierre WAYMEL (107), Nicolas REUTER (108) y Denis LOCHOUARN (109)” (110) (111).

Esta última posición es la más acertada por cuanto se ha explicado.

(101) HUC: *Commentaire théorique et pratique de Code civil*, Pichon, tomo VI, 1894, p. 345.

(102) BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN: *Traité théorique et pratique de droit civil, Donations et testaments*, Larose et Tenin, 3.º éd., 1902, tomo II, número 1902.

(103) M. PLANIOL y G. RIPERT: *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2.º éd. 1957, tomo V, por TRASBOT y LOUSSOUARN, número 533, p. 671.

(104) R. SAVATIER: *L'écriture du testament olographe*, *Rép. gén. not.*, 1934, artículo 23918, número 5.

(105) H., L. y J. MAZEAUD: *Leçons de droit civil*, Montchrestein, 9.º éd., 1999, tomo 4, por L. LEVENEUR y S. MAZEAUD, número 975.

(106) Ph. MALAURIE y L. AYNES: *Cours de droit civil, Les Successions, Les Libéralités*, por Ph. MALAURIE, Cujas, 4.ª edición, 1998, número 476.

(107) P. WAYMEL: *Les formes du testament olographe*, thèse, París, 1963, pref. J. Flour, nota 7, pp. 35 y 36.

(108) N. REUTER: *La main du testateur*, JPC ed. G 1976, I, 2829, número 9.

(109) D. LOCHOUARN: *La capacité de tester des personnes atteintes de surdité, de mutité ou de cécité*, JPC éd. N 2000, pp. 819 y ss.

(110) MALAURIE, Philippe: *Sur les testaments rédigés par un aveugle en écriture Braille*. Répertoire du notariat Defrénois. 2001, 37317, p. 350.

(111) Ahora bien, visto que a los ciegos no les es posible redactar un testamento ológrafo utilizando el sistema Braille, cabe preguntarse si podrían realizar un tal testamento redactado sobre papel, de mano del testador, con caligrafía personal. MALAURIE entiende que sí (CA Rouen, 17 de enero de 1900. DP 199.2. 247) a pesar de que su mano fuera guiada por una línea o alguien guiara su mano. Esto supone el cumplimiento de varias condiciones para que el testamento sea válido: que el testador sepa y pueda escribir (CA Toulouse, 13 de octubre de 1886, S. 1887, II, 76), que su escritura sea reconocible o identificable (Cass. civ. 1.ª, abril de 1986, Bull. civ. I, núm. 81; Cass. civ. 1.ª, 11 de enero de 2000, RDP 2000, p. 29, no publicado en el *Boletín*), y sobre todo que el testador sólo se haya beneficiado, gracias a una tercera persona, de una asistencia material. De lo contrario, si hubiera habido una influencia o una asistencia intelectual, no habría sido el autor del testamento y el acto sería nulo (Cass. civ. 1.ª, 19 de julio de 1956, D. 1956, 661, nota E. BLANC; Cass. civ. 1.ª, 4 de enero de 1973, Bull. civ. I, núm. 6). Ahora bien, dice MALAURIE, un testamento de esas características conlleva riesgos de litigio *post mortem*; por lo que es una forma desaconsejada, ya que la seguridad de su testamento es uno de los problemas primordiales de todo testador. (*Op. cit.*, pp. 350 y 351; MALAURIE: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 250.)

En el Derecho alemán, la duda está resuelta legalmente, pues el parágrafo 2247 prohíbe hacer testamento ológrafo al que no pueda leer.

En España, la doctrina está dividida. Son partidarios de que el ciego pueda otorgar testamento ológrafo DE BUEN; TRAVIESAS (“El testamento”, RDP, 1935, p. 138); ROYO MARTÍNEZ (*De-*

1.2.4. Testamento escrito con procedimientos informáticos.

Ante las posibilidades que ofrecen la informática y las nuevas tecnologías cabe preguntarse si éstas no amenazan esta forma de testamento. Si no “presionan” para la sustitución de la autografía por otras formas de escritura.

Hoy día existe un programa que permite memorizar los caracteres de una escritura manuscrita, dando así la posibilidad de redactar, con ayuda de un teclado de ordenador (simplemente cambiando la fuente), una falsa

recho sucesorio mortis causa, Sevilla, 1951, p. 89); BORREL Y SOLER (*Derecho civil español. Derecho de familia*, tomo IV. Barcelona, 1954); OSSORIO MORALES (*Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, p. 136); TORRES GARCÍA, Teodora (*El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 222). LACRUZ / SANCHO REBULLIDA, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, TRAVIESAS, DE BUEN, MUCIUS SCAEVOLA, RUIZ VADILLO y ROMERO COLOMA.

Niegan tal posibilidad VALVERDE Y VALVERDE, ROCA SASTRE y BORSARI.

Se argumenta a favor de tal posibilidad que si el ciego utilizó la escritura manuscrita usada por él en la redacción de sus escritos, pudiéndosele identificar por ella, quedan cumplidos los requisitos formales del artículo 688 CC. Que no estableciéndose para la forma ológrafa una incapacidad especial para los ciegos, a diferencia de lo que se hace con el testamento cerrado (art. 708), debe admitirse un tal testamento máxime cuando el artículo 662 señala que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente. Que presupuesta en el ciego una total capacidad intelectual él mismo decidirá si ofrece o no garantías el documento que redacta. Que de no haber sido ésta la idea del legislador pudo y debió decirlo.

Se argumenta en contra que hay que extender por analogía al testamento ológrafo lo dispuesto para el testamento cerrado, evitando que sea falsificado el documento (argumento que Teodora TORRES rebate diciendo que la *ratio legis* que existe en el caso del testamento cerrado para establecer esa norma no se da en el caso del testamento ológrafo. En el caso del testamento cerrado, *al admitirse que pueda ser escrito por persona distinta del testador*, un causante ciego no podría comprobar que lo escrito por el tercero se corresponde con su voluntad, pudiendo darse fácilmente algún caso de falsificación, ya que en el momento de la apertura del testamento no existe reconocimiento de la letra del documento, artículos 1.956 y ss. de la LECA, ni el notario lee ante el testador el contenido del escrito cuando es presentado para la protocolización. De ahí que el CC prohíba esta forma a los que no sepan o no puedan leer, ya que con ello se pretende garantizar que la declaración de voluntad corresponda totalmente con lo querido por el testador. En cambio, en el caso del testamento ológrafo, tal situación no puede darse, ya que se exige la autografía por el testador). Igualmente se señala que existe la posibilidad de sustitución del documento que está redactando el ciego, en caso de que no exista unidad de acto, por otro falsificado, en el cual continúa escribiendo o firmando el ciego, que desconoce la suplantación efectuada. Por otro lado se señala el criterio restrictivo del legislador, que le prohíbe hacer testamento cerrado y se indica que *quedaría incierto para el testador si lo escrito ha revelado su pensamiento al no poder releer sus disposiciones*, que tampoco podría madurar.

El argumento de la suplantación del documento si falta la unidad de acto y la imposibilidad de releer el texto para determinar si el escrito recoge fielmente su voluntad son decisivos en cuanto a negar al testador ciego la posibilidad de otorgar testamento ológrafo. Si bien no hay que poner excesivos obstáculos al ejercicio del derecho de testar, tampoco cabe que las facilidades sean tantas que se llegue a hurtar al mismo testador y a la sociedad la *seguridad* de estar ejecutando la *real voluntad del causante*. Y en el caso del testamento ológrafo del ciego, las incertidumbres con que se confecciona son tantas, que aconsejan que esta forma de testar no sea la utilizada.

carta manuscrita. Hoy, un bolígrafo con una minúscula cámara infrarrojos integrada permite grabar automáticamente en un ordenador el texto escrito a mano... (como si fuera una imagen) (112). Hoy, la técnica permite a un minusválido escribir un texto en el ordenador dirigiéndolo con el simple juego de su mirada. Una cámara sigue el recorrido de su pupila; el programa está capacitado para comprender la elección del redactor por una simple fijación de la pupila sobre una letra o una palabra propuesta; no se trata entonces más que de un texto “compuscrit”, inaceptable aquí (113) (114). El ordenador permite también traducir un texto Braille en escritura ordinaria sobre una pantalla de visualización o una impresora; e inversamente, un texto en tinta en escritura ordinaria puede ser sacado en texto con caracteres Braille.

¿Por cuanto tiempo todavía escaparán los actos solemnes (cuanto más aquí, unilaterales) a esta evolución de las nuevas tecnologías que incide profundamente en el Derecho?, se pregunta GUÉVEL (115).

Sin embargo, esas nuevas posibilidades que ofrece la tecnología confirman o reafirman el valor del documento manuscrito. Éste se ve como una garantía de seguridad frente a los hipotéticos fraudes que los, hasta qué punto “avances” tecnológicos, pueden posibilitar.

La “carta manuscrita” a través del ordenador no garantiza la autenticidad del testamento escrito ni la certidumbre sobre la expresión libre y espontánea de las últimas voluntades. Pudo ser redactada por un tercero y haberse falsificado la firma. Los jueces deberán tener en cuenta la posibilidad de existencia de este tipo de textos, lo que les obligará a solicitar en todo caso la prueba pericial caligráfica, si a simple vista no puede discernirse si el texto es obra de la mano del hombre o de una máquina. Pensamos que el análisis de la tinta, presión de los trazos, etc., podrá revelar si el texto litigioso fue manuscrito o no. Si no lo fue, deberá ser rechazado.

El texto grabado automáticamente en el ordenador, como si fuera una imagen, plantea también problemas. Un tercero pudo suprimir ciertos párrafos incómodos del texto y luego imprimir el documento, suplantando y destruyendo el original. Es por este motivo que en el expediente de protocolización sólo deberá admitirse el original. Nuevamente se deberá solicitar la prueba pericial caligráfica para poder determinar si estamos ante

(112) GUÉVEL, Didier: *Remarques...*, *op. cit.*, p. 450.

(113) *Op. cit.*, nota 44, p. 458.

(114) El término “compuscrit” es un neologismo que designa una obra escrita sobre un ordenador. En francés, para una obra escrita con la mano se utiliza el término “manuscrit”; para una obra escrita con una máquina de escribir, “tapuscrit”, y para una obra escrita con un procesador de textos se dice “compuscrit”, a partir de la palabra inglesa “computer”.

(115) *Op. cit.*, p. 450.

un original o una simple copia impresa, salvo que quepa llegar a ese discernimiento mediante una observación a simple vista.

Idénticos problemas plantea el texto redactado por el paralítico con su mirada o el texto traducido del Braille a escritura ordinaria por un programa de ordenador. El documento no lleva en sí mismo la prueba intrínseca de su autenticidad; puede haber manipulaciones del texto que luego firmará el ciego, etc.

Por otro lado, hay que tener presente que el uso de la escritura manuscrita, en un mundo en que es posible el uso de otras técnicas más modernas de escritura, no hace sino obligar al disponente a tomar conciencia de su acto y a medir su alcance exacto. Éste es el fin que precisamente persiguió el legislador francés de 1804, al imponer la solemnidad de las donaciones y de los testamentos (116). [Y lo mismo cabe pensar del legislador español.] “Es en esta perspectiva que es preciso situar la interpretación de una parte del artículo 970 [del *Code Civil*, equivalente a nuestro art. 688.2.º CC]. Exigir una firma y un texto manuscrito ha podido parecer anticuado. Se elogiaban los méritos y el uso generalizado de la máquina de escribir para alegar la obsolescencia de las reglas del Código Civil. Incluso se venía a decir que si la técnica hubiera sido conocida en 1804, el legislador la hubiera incluido. La escritura a mano nos trasladaba al tiempo de las plumas de oca. Todo el mundo, se decía, sabía escribir, todo el mundo escribía constantemente, el acto de escribir con la mano se había banalizado. Sin embargo, hace no mucho, se reservaba el hecho de escribir a máquina a personas especialmente aptas para este cometido: era necesario, se decía, haber estudiado dactilografía para pulsar las teclas. Hoy no razonamos en términos de textos pasados a máquina, sino de tratamiento de textos. Desde la más tierna infancia, los franceses están iniciados hacia el futuro en el manejo de un ordenador y en la composición de textos. Actualmente todo el mundo –o casi– utiliza un teclado para enviar a otro mensajes, normalmente vía Internet o por un móvil... *Desde entonces, la exigencia de un escrito comporta hoy un sentido distinto: tomar la pluma recobra toda su importancia: uno deja su teclado cuando uno quiere honrar al destinatario. Vemos en ello una marca de educación, incluso de respeto. El uso de la pluma, por su rareza, ha recuperado su nobleza. Recurrir a su ayuda para la redacción de un testamento ya no resulta desfasado; al contrario, es la expresión lógica de la particular importancia que uno desea darle al acto. Es el regreso al «rito de la escritura»*” (117).

(116) GOBERT M.: *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Tesis, París, 1956, Bibli. Jur. Econ., tomo VI, Institut des Hautes Études de Tunis, Sirey, 1957, p. 45.

(117) M. GRIMALDI: *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Litec, 2000, número 1361, p. 272 y número 1363, p. 276. Citado por GUÉVEL, Didier: *Remarques...*, *op. cit.*, p. 456.

1.2.5. *Testamento confeccionado con la ayuda de otros procedimientos.*

Consecuencia de la exigencia de autografía total y por las razones expuestas en los apartados anteriores es que no sería válido que se empleasen medios fonográficos (118) para la estampación del documento, pues aunque se pudiera sostener que el documento ha sido escrito por el testador, no el que ha sido su mano la autora (119). Tampoco cabría realizar un testamento audiovisual. En este sentido, una respuesta ministerial subraya en Francia la imposibilidad del testamento audiovisual, por cinta VHS de vídeo, sobre la cual aparecerían la voz y el rostro del difunto explicando sus voluntades dispositivas (120).

1.3. *Escritura con la ayuda o intervención de un tercero.*

Esta cuestión es tratada someramente por la doctrina que hemos consultado. RUIZ VADILLO se limita a indicar que cabe distinguir una intervención espiritual y una material. Respecto de la primera dice que “en plan de consejo, de orientación, de asesoramiento, su intervención [la del tercero] es plenamente válida, incluso cuando esta intervención suponga la redacción de un borrador que el testador se limite a copiar, con tal de que sea capaz de hacerlo suyo conociéndolo y queriéndolo”. En este sentido, la STS de 24 de febrero de 1961 (RJA 351/1961) afirma en *ratio decidendi* que “... una persona mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aún sin cultura más amplia, puede otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y hasta técnica a la declaración de voluntad exactamente concebida y querida por la testadora que luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en concreto contenido” [siempre que haya tenido inteligencia de lo que copiaba –hay que añadir].

En cuanto a la intervención material, si se escribe el testamento por el tercero, a ruego del testador, desde luego no es válido; si se ayuda a su extensión habrá que distinguir el grado o intensidad de la intervención, válido si es una simple ayuda [supuesto de temblor de mano, p. ej.]; no válido si la ayuda supone la dirección material de la mano, pues entonces se invierten los papeles y es el testador un instrumento en manos del tercero” (121).

(118) Fonográfico: perteneciente o relativo al fonógrafo.

Fonógrafo: Instrumento que inscribe sobre un cilindro, generalmente de cera, las vibraciones de la voz humana o de cualquier otro sonido, y las reproduce.

(119) TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”, *op. cit.*, p. 1737.

(120) Citada por GRIMALDI. GRIMALDI M., en *Les dernières volontés*, Mélanges, Cornu, 1994, p. 178, número 4.

(121) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, p. 634.

En cuanto a TORRES GARCÍA, hace las consideraciones siguientes: “Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo que no puede dejarse su formación ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero y de la necesidad de que sea el propio testador el que escriba su testamento, ¿se cumplen estos requisitos si el testador lo que hace es copiar lo que otro ha escrito en un borrador según sus deseos?”

En realidad aquí se pueden apreciar dos supuestos diferentes. Uno cuando el testador lo que hace es reproducir lo escrito por otro, señalando por medio de una materia más fuerte lo que ya está escrito, es decir, dibujando simplemente los rasgos caligráficos ya formados. Y otro cuando, sirviéndose de lo contenido en un modelo escrito por otra persona, el testador otorga su testamento.

En el primer caso, aunque aparentemente el aspecto formal del documento fuera el de un escrito que reúne los requisitos de forma del testamento ológrafo, sin embargo no podemos admitir dicha calificación en este caso por varias razones:

A) Desde el punto de vista de la forma, el testamento sería nulo por falta de la autografía del testador... Únicamente lo que ha hecho ha sido pintar o colorear unos rasgos grafológicos ya impresos pero pertenecientes al autor material del escrito, aunque el contenido del mismo correspondiera a lo querido por el causante; es como si un tercero lo escribiera a ruego del testador.

B) No sería posible identificar al testador como autor del acto.

En el segundo supuesto, el testador, en el acto de otorgar testamento, está cumpliendo con los requisitos formales del mismo; está escribiendo con su mano, es indiferente quién sea la persona que ha escrito el borrador; pudo haber sido el propio testador, o bien un profesional del Derecho, para así asegurarse que se cumplirían todos los requisitos exigidos por la Ley para su validez; el testador lo que hace en este caso es exteriorizar su voluntad por medio de lo que escribe y con caracteres propios, aunque sea fijándose en lo ya escrito por otro...

Por último, si la ayuda que el causante recibe es puramente material, consistente en que el tercero le sostenga el papel para que no se tuerza o trazarle unas líneas sobre el papel para que escriba mejor e incluso ponerle en conocimiento de la existencia de esta forma de testar [como ocurrió en el caso de la STS de 27 de febrero de 1973] (122) con menos

(122) “... la sentencia versó sobre si la intervención que un tercero tuvo para orientar a la testadora en la redacción del testamento ológrafo, incluso le hizo conocer la existencia de dicha forma, era suficiente para trascender sobre la declaración de voluntad en el sentido de que

solemnidades que la forma cerrada, incluso indicándole cuáles son sus requisitos, hay en este caso testamento ológrafo válido [como así lo entendió la sentencia citada]. El problema en este supuesto estará en precisar si esta ayuda se ha limitado a esta labor material o por el contrario también influyó sobre la capacidad volitiva del causante” (123).

En la doctrina francesa se trata con mayor detalle la cuestión de la ayuda del tercero, y nosotros vamos a desarrollarla sobre el esquema trazado por COUPET.

1.3.1. Ayuda intelectual.

“La ayuda intelectual, especialmente la del notario o la de todo otro *consejo jurídico*, para una buena redacción de su testamento es irreprochable a la vista del artículo 970 *Code Civil*” (124). Igualmente lo es la consistente en *indicaciones de redacción o de ortografía* del testamento (SAVATIER), siempre que no se altere con ellas fraudulentamente la voluntad del testador.

La autografía concuerda también con validar los *testamentos escritos bajo el dictado de otro*, en opinión de SAVATIER. “Firmándoles, el testador manifiesta que hace suyo el texto así dictado; y sería a aquél que impugnase la libertad o la plena consciencia del autor del testamento a quien correspondería aportar la prueba de sus alegaciones” (125).

La escritura del testador no pierde tampoco nada de su validez si el testador ha *copiado un modelo* preparado por un tercero (126). [CA. París, 28 de mayo de 1924, D. 1926, II, 56.] Sin embargo, dos reservas se imponen. De una parte, como la escritura debe constituir la marca personal del testador, es preciso que la copia sea tal que se pueda en ella reconocer su mano. (Lyon, 26 de octubre de 1922. D. 1923, II, 180.) De otra parte, es necesario que, copiando, el testador haya tenido consciencia del sentido de los signos trazados por él [Req. 20 de diciembre de 1858, D. 59, I, 274; CA Lyon, 26 de octubre de 1922 (motivos), precitada; Req., 23 de enero de 1934, DH, 1934, 129.] (127). “Por estas dos razones, se debe con-

ésta no fue libremente expresada, respecto de lo cual el Supremo afirmó que el testamento así otorgado era válido” (TORRES GARCÍA).

(123) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, op. cit., pp. 241 a 244.

(124) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, op. cit., p. 8.

(125) SAVATIER: *L'écriture...*, op. cit., pp. 512 y 513.

(126) Su abogado, por ejemplo, para así evitar dudas sobre la voluntad expresada o la violación de normas imperativas.

(127) En el caso de copia de un texto redactado por otro, el testamento ha sido juzgado válido desde el instante en que el testador tenía plenamente consciencia del valor de los caracteres que reproducía (Cass. Civ. 1.^{er}, 8 de julio de 1957, D. 1957.608 RTD civ. 1957, p. 717, obs. R. SAVATIER; Cass. Civ. 1.^{er}, 6 de octubre de 1959, D. 1959. 507, note HOLLEAUX, JCP 1959.II.11323,

siderar como nulo el pretendido testamento hecho por un iletrado que se habría limitado a reproducir servilmente, como un dibujo incomprendido por él, el modelo de testamento suministrado por otra persona” (128). Admitiendo la copia de un modelo, CA Lyon, 26 de marzo de 1975: D. 1978, p. 263, note DUFOUR; RTD civ. 1978, p. 906, obs. SAVATIER (129); Cass. Civ. 1.^{er}, 16 de marzo de 1999. (Sentencia 570, recurso 97-12832.) Admitiendo la validez de un testamento dictado al testador a base de un modelo que se había hecho preparar, Cass. Civ. 1.^{er}, 8 de julio de 1957, D. 1957.J.668.RTD civ. 1957, p. 717, obs. R. SAVATIER.

Todo lo expuesto, salvo la prohibición de los casos de captación (130) o de alteración fraudulenta de la voluntad del disponente.

Finalmente hay que indicar a propósito de los testamentos que habrían sido hechos *repasando sobre el lápiz*, que “un acto así no es válido como testamento ológrafo más que si el testador es a la vez el autor del modelo, y el del repaso a tinta”. (CA Caen, 6 de julio de 1908, Rep. Gén. Prat. Du notariat, art. 16423.) En efecto, si él no fuera el autor del modelo, su escritura, confundiéndose con la del modelo, perdería toda característica personal y cesaría de ser intrínsecamente reconocible (131).

1.3.2. *Ayuda material.*

La ayuda material del testador en la escritura de sus disposiciones testamentarias podría parecer a primera vista que choca con la exigencia de un testamento enteramente escrito de la mano del testador. Ahora bien, pueden darse dos hipótesis. Primera: “la ayuda del tercero aparece directamente, por la escritura de éste sobre el testamento, aunque sólo se tratase de una sola palabra”. Segunda: “el testamento con mano asistida o guiada, hipótesis en la cual el tercero, sin escribir nada él mismo sobre el testamento, sostiene la mano del testador, gracias a lo cual el testamento puede ser escrito” (132). Estudiamos a continuación ambas hipótesis.

note VOIRIN (en esta última el testador sabía leer, pero no sabía escribir) [pensamos que no se trataría de ignorancia absoluta de la escritura, sino de falta de la debida destreza en ella, pues difícilmente sabría leer el que ignora totalmente cómo se reproducen las letras. En un caso semejante el testamento debería considerarse nulo]; CA Lyon 4 de marzo de 1970. Gaz. Pal. 29-30 de julio de 1970, RTD civ, 1970, p. 806, obs. R. SAVATIER; Lyon 26 de marzo de 1975, D. 1975.163, note DUFOUR.

(128) SAVATIER: *L'écriture...*, op. cit., p. 513.

(129) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, op. cit., p. 8.

(130) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 299.

(131) SAVATIER: *L'écriture...*, op. cit., p. 513.

(132) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, op. cit., p. 8.

1.3.2.1. Testamento que comporta la escritura de un tercero.

A) Principio de nulidad parcial.

En Francia, el testamento es nulo cuando ha sido escrito por un tercero íntegra o parcialmente (aunque fuese una palabra), incluso si por lo demás el testador tenía una necesidad absoluta de la ayuda del tercero [p. ej., carecía de manos o de brazos (133)] y si lo escrito por el tercero corresponde exactamente a las intenciones dispositivas. La jurisprudencia francesa es firme en mantener este principio (V. Cass. Civ. 1.^{er}, 8 de abril de 1986: Bull. Civ. I, núm. 81; 9 de enero de 1980: JCP 1980, éd. G, IV, 115; 7 de enero de 1975: D. 1975, inf. Rap, p. 68; TGI Pontoise, 28 de octubre de 1981: Juris-Data núm. 042643; CA París, 23 de marzo de 1981: Juris-Data núm. 023414; CA Metz, 15 de enero de 1987: Juris-Data núm. 040626; CA Bordeaux, 17 de abril de 1989: Juris-Data núm. 043436; CA Agen, 26 de abril de 1989: Juris-Data núm. 043441; CA París, 2.nd ch., sect. A, 5 de noviembre de 1991: Juris-Data núm. 023865) (134). La sentencia CA Versailles de 30 de noviembre de 1989 (D 1989.I.R. p. 20) declara la nulidad del testamento en que la mayor parte estaba escrita de la mano del notario (135).

En la doctrina española señala idéntico principio BURGOS PÉREZ DE ANDRADE: “Como el concepto de autografía se extiende a la totalidad de la disposición testamentaria, «cualquier intervención extraña [de un tercero] aunque sea parcial, viciaría de nulidad a todo el testamento, y ello, tanto si afecta a las partes esenciales del mismo, o sin afectar, incluso si el testador acepta con su firma esta intervención, pues iría contra el principio general de la autografía total» (136). Esto en relación con palabras que aparezcan insertas en el cuerpo del testamento y puestas al tiempo de redactarse (137). (Como señala VAZEILLE, la escritura de una mano ex-

(133) En este caso, en el Derecho español dispone del testamento abierto, cerrado y en peligro de muerte (art. 700 CC).

(134) COUPET, Luis: V.^o *Testament olographe. Ecriture in Juris-Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, p. 9.

(135) MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 252.

(136) En efecto, el testador no puede salvar el requisito de la autografía con su firma, pero menos aún “puede hacer suya la intervención del tercero en la redacción de la declaración de voluntad, ya que ésta en el testamento ológrafo debe ser escrita por quien la emite («a diferencia del testamento abierto en que ha de ser el notario el que redacte la declaración de voluntad de la persona que testa, después de emitida ésta por el causante... [y del testamento cerrado] cuando el testador no lo escribe, sino que lo hace a su ruego un tercero; en estos testamentos en uno es y en el otro puede ser diferente la persona que emite la declaración de voluntad de la que la escribe, cosa que no se da en la forma ológrafa”). (Cfr.: TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 262, 263 y 264.)

(137) BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”. En

traña no puede ser considerada parte del acto más que en tanto que se encuentra ligada con la del testador o en tanto que colocada por intercalación, enmienda o apostilla, es aprobada por el testador. Sin ligazón o sin aprobación, la escritura extraña permanece fuera del acto, que debe ser visto y apreciado como si se compusiera de la sola escritura del testador)” (138).

MAZEAUD y CHABAS explican para el Derecho francés “que la exigencia [de la nulidad del acto escrito por tercero] es la adecuada para evitar un fraude vecino del que reprime el artículo 1.326 en materia de contratos unilaterales (139): escrito redactado por un tercero y firmado por el interesado sin tomar conocimiento del texto o incluso firmar en blanco. Pero la exigencia es aún más estricta que en materia de contratos: no permite al testador aprobar de su puño y letra, al final del acto, las disposiciones transcritas por un tercero. Él debe escribir el acto enteramente de su puño y letra: Cass. Civ. 1.^{er}, 19 de enero de 1979, JCP1979. IV p. 92; Cass. Civ. 1.^{er}, 9 de enero de 1980, JCP 1980. IV p. 115” (140).

Por su parte, señala TROPLONG que la huella de una cooperación extraña es contraria a la esencia del testamento y le arrebatada su espontaneidad, de ahí su nulidad. Más adelante cita a POTHIER, quien enseña –dice– que una sola palabra que esté escrita por otra mano en el cuerpo del acto vuelve nulo el testamento, incluso aunque esa palabra sea superflua. En efecto, esta palabra sería el indicio de la participación de un tercero, participación siempre sospechosa, que priva al testamento de su carácter de libertad, independencia y de recogimiento individual, que es su esencia (141).

Si bien es cierto que por exigencia legal (art. 688.2.º CC. “Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él... por el testador...”) rige el principio de la autografía, que ésta evita fraudes como los señalados y que tal autografía es de esencia en este tipo de testamento, dichos

SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.): *Comentario del Código Civil*, tomo 4, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2006, p. 465.

(138) VAZEILLE, François-Antoine: *Resumé et conférence des commentaires du Code Civil, sur les successions, donations et testaments*, tome second. Riom, 1837, Thibaud fils, imprimeur-libraire, pp. 388 y 389.

(139) Artículo 1.326 *Code Civil*: “L’acte juridique par lequel une seule partie s’engage envers une autre à lui payer une somme d’argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite «par lui-même», de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l’acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres”.

(140) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 298.

(141) TROPLONG: *Des donations entre - vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon*, tome troisième, deuxième édition, Paris, 1862, pp. 35 y 36.

principios han de cohonestarse con la lógica exigencia de la conservación del testamento en la medida en que ello sea posible. Por ello, ese rigor de la doctrina y jurisprudencia francesa y de BURGOS PÉREZ DE ANDRADE puede matizarse con la solución que apunta ROCA SASTRE para el caso español. Considera este autor que, “respecto del caso en que disposiciones aisladas del testamento no hayan sido escritas por el propio testador o no lo estén totalmente por él, habrá de imperar el criterio que rige la *nulidad parcial* de lo dispuesto en un testamento...”. ROCA considera que en el Derecho español es aplicable la regla de que la ineficacia de una disposición sólo produce la ineficacia de las restantes cuando hay fundamento para admitir que el testador no las hubiera establecido sin la disposición ineficaz. Señala que tal doctrina es aplicable porque: 1.º En el CC es clara la distinción entre testamento (arts. 667 y 673) y disposición testamentaria (arts. 672, 675.1, 741, 748, 749, 750). 2.º La independencia entre las disposiciones testamentarias se halla estatuida legalmente en materia de revocación y de ineficacia. En el primer caso, admitiendo (art. 739.1 *in fine*) o imponiendo (art. 741) la parcial. En el segundo caso, distinguiendo entre nulidad del testamento (art. 673) y de alguna cláusula (arts. 752, 753 y 786). La conclusión a extraer sería la de que el intérprete ha de partir de que las disposiciones testamentarias independientes son queridas también independientemente por el testador. O sea, que, aplicando dicha doctrina al caso presente, la disposición escrita por el tercero sería nula *valiendo el resto*, salvo cuando haya fundamento para admitir que el testador no hubiera querido las disposiciones restantes sin la escrita por el tercero (142).

Ahora bien, si se tratase simplemente de una o varias palabras superfluas escritas por un tercero con descuido del testador (p. ej., el testador interrumpe un momento la redacción del testamento, ruptura de la unidad de acto que es aprovechada por un tercero para escribir junto a las palabras “lego a María mis bienes muebles” las palabras “en su totalidad”), o incluso con consentimiento del testador, tales palabras no darían lugar a la aplicación de la regla de la nulidad parcial, valiendo en su totalidad el testamento (143). Precisamente por la intrascendencia que tienen tales palabras.

(142) En cuanto al recogimiento individual, no llega hasta el punto de ser esencial a este testamento. El testador, como hemos visto, puede copiar un modelo preparado por otro, solicitar consejo, recibir indicaciones de redacción u ortografía, solicitar la intervención de testigos que firmen también el testamento o copiar el testamento dictado por otro.

(143) Cfr. VAZEILLE, François-Antoine: *Resumé et conférence des commentaires du Code Civil, sur les successions, donations et testaments*, tome second, Riom, 1837. Thibaud fils, imprimeur-libraire, pp. 388 y 389.

Como el testamento debe estar escrito de la mano del testador, no tendría valor el testamento escrito por otra persona bajo el dictado del testador aunque fuese firmado y fechado por él [Cass Civ. 1.^{er}, 7 de enero de 1975. Juris – Cl. Civil, art. 970, núm. 40; (144) Cass. Civ, 1.^{er}, 24 de octubre de 1995, núm. 93-20433. Bull Civ. I. núm. 373].

B) Límites y tolerancias.

a) Elementos escritos con ignorancia del testador.

Las menciones llevadas a cabo por un tercero (adiciones, enmiendas, tachaduras) *con ignorancia por parte del testador* [y una vez confeccionado el testamento], se tienen por no puestas y no provocan la nulidad del testamento (Cass. Req., 14 de abril de 1874: DP 1875, 5, p. 423 –11 de mayo de 1869: DP 1869, 1, p. 513.– CA Rouen, 13 de junio de 1893: DP 1894, 2, p. 207; Cass. Civ. 1.^{er}, 10 de julio de 1951. D.1951.711). Como observaron TOULLIER y DELVINCOURT y DURANTON (145), el testamento podría caer en las manos de otra persona y no convendría que ella pudiera anularlo escribiendo cualquier interlineado o una apostilla. Sobre este punto volveremos más adelante, trayendo a colación la doctrina española. (Cfr., *ut infra*, epígrafe V.5.2.)

b) Menciones del tercero distintas de las disposiciones testamentarias.

“El testamento ológrafo, ... permanece válido cuando la escritura del tercero presente sobre el *instrumentum* testamentario es *distinta, tanto materialmente como intelectualmente de las disposiciones testamentarias propiamente dichas*. Así cuando el testador escribe su testamento en la espalda de una póliza de seguros (Cass. Civ., 6 de mayo de 1891: DP 1893, 1, p. 177) o incluso que las menciones o adiciones llevadas a cabo por uno o unos terceros parecen extrañas al testamento, que sin ellas se basta a sí mismo (Cass. Civ. 1.^{er}, 11 de mayo de 1981: Bull. Civ. I, núm. 89; CA Aix - en - Provence, 10 de julio de 1951: S. 1951, 5, p. 28).

Esto es así incluso cuando la intervención del tercero hubiera sido conocida del testador, hasta solicitada. Así la firma de un tercero [testigo] puesta sobre el testamento, por lo demás regular, no viciaría el testamento de nulidad (Cass. Civ., 1.^{er}, 5 de octubre de 1959: D. 1959, p. 5, note HO-

(144) MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre: *Les successions et les libéralités*. Sirey. París, 1983, p. 420.

(145) También OSSORIO MORALES (OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 139).

LLEAUX; CA París, 1.^{er} ch. A, 4 de octubre de 1982: Juris-Data núm. 026042) (146). MELUCCI piensa que en este supuesto de firma de testigos el testamento es nulo en cuanto implicaría una nueva forma de testamento privado. Sin embargo, como dice TRAVIESAS, se trata de la aplicación de la máxima *Utile per inutile non vitiatur* (147).

c) *Retoque de la escritura del testador por un tercero.*

Dice COUPET que “la jurisprudencia contemporánea se muestra tolerante a este respecto. Así ha sido juzgado que un tercero haya podido aportar retoques a la firma de un testamento en la medida en que ella no desnaturalizaba la autenticidad del testamento” (Cass. Civ. 1.^{er}, 4 de enero de 1973: Bull. Civ. I, núm. 6).

En este sentido, pero por motivos diferentes (intervención de un tercero con ignorancia del testador y posteriormente a la redacción), CA Rouen, 13 de junio de 1893: DP 1894, p. 207, en un caso en que una enmienda de la parte del tercero había tenido por solo objeto la reproducción de las palabras utilizadas por el testador a fin de volverlas más legibles. En el mismo sentido, Cass. Belgique, 26 de noviembre de 1936: S. 1937, 4, p. 26 y BARTIN (148).

Debe entonces ser rechazada la tesis de la nulidad integral por simple retoque, aparentemente instaurada por una sentencia del 13 de enero de 1897 (DP 1897,1, p. 153), que había considerado que el testamento era válido, en el caso, porque *no estaba probado que los signos de puntuación hubieran sido añadidos por un tercero*. Esta tesis había sido en particular expuesta por HERVÉ (*De la forme du testament*, thèse Poitiers 1873): “la mano sola del difunto es la obligada a trazar todas las líneas, todas las palabras, todas las letras que componen el acto instrumental, comprendidos los signos de acentuación y de puntuación y el menor trazo, la menor fracción de una letra que formaría otra pluma ocasionaría la nulidad irremediable del testamento” (149).

Si bien es cierto que parece que debe ser rechazada la tesis de la nulidad integral por simple retoque, tampoco cabe deducir de lo expuesto por COUPET que lo que proceda sea declarar siempre la validez del testamento retocado. Hay que señalar, en primer término, que la conducta del tercero, repasando la letra o la firma del testador a fin de hacerla más legi-

(146) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe. Ecriture* in *Juris-Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, p. 9.

(147) TRAVIESAS, M. Miguel: “El testamento”, RDP, número 259, mayo 1935, p. 137.

(148) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, *op. cit.*, *loc. cit.*

(149) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe. Ecriture* in *Juris-Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, pp. 9 y 10.

ble, es rechazable. En lugar de generar certidumbre sobre la voluntad del testador genera inseguridad. Puede inducir la sospecha de un ánimo fraudulento, ya que es muy fácil alterar una palabra esencial y hacer decir, por ejemplo, “sobrina” donde decía “sobrino”, o “hermana” donde decía “hermano”. Por otro lado, puede dificultar o quizá, hasta imposibilitar la identificación del testador por su caligrafía y por su firma. Por eso, la calificación de validez o nulidad de un testamento retocado *dependerá de las circunstancias del caso concreto*. El retoque no impediría la validez del testamento, si se está cierto de que no ha habido alteración de la voluntad del testador y era posible identificar al testador por su caligrafía y por su firma a pesar del repaso.

d) Problema de las disposiciones escritas por un tercero posteriormente a la redacción del testamento.

Aplicando ciegamente el principio de nulidad cabría pensar en la nulidad de un testamento que contuviere tales disposiciones. Sin embargo, señala COUPET, existe una doble jurisprudencia que *rehúsa anular el testamento en su totalidad, separando las disposiciones de los terceros*.

“Puede, en primer lugar, que los elementos escritos por el tercero tras la confección del testamento no constituyan más que *un simple proyecto* de modificación por parte del testador, permanecen en consecuencia distintos de las disposiciones del acto inicial y dejan intacta la validez del acto testamentario (V. en este sentido Cass. Civ., 16 de julio de 1878: DP 1879, 1, p. 129). En el caso, la testadora había remitido su testamento a un tercero pidiéndole que lo corrigiera a lápiz con la intención de prepararle y de facilitarle una nueva redacción. No habiendo rehecho la testadora su testamento, teniendo en cuenta las correcciones operadas, es en estas condiciones que los jueces tuvieron que pronunciarse sobre la validez de este testamento ológrafo. Este último ha sido juzgado regular en la forma.

Según otra jurisprudencia, “una adición (escrita por mano extraña) (en el caso «1500 francos a mi hermana») irregular en ella misma, no ha podido viciar un testamento que era *sacado anteriormente de las manos del testador completo y revestido de todas las formas legales*” (Cass. Req., 11 de mayo de 1869: DP 1869, 1, p. 613; 14 de abril de 1874: DP 1875,5, p. 423; S. 1874,1, p. 218, note LYON-CAEN; CA Montpellier, 5 de febrero de 1872: DP 1873, p. 241, note LYON-CAEN). En ésta perspectiva es esencial distinguir según el momento de la intervención del tercero. Cuando las disposiciones escritas por el tercero son concomitantes a la redacción del testamento hay que estar a lo explicado en el punto relativo al principio de nulidad parcial. En cambio, si las disposiciones escritas por el tercero lo han sido *posteriormente a la redacción del testamento, incluso conociendo-*

lo el testador, el testamento ha podido formarse válidamente, y no sería alcanzado por la nulidad, también parcial, de las disposiciones escritas por el tercero (150). En esta línea, una sentencia de la Corte de Aix, 5 de agosto de 1825, ha decidido que la parte añadida al testamento ológrafo de una mano extraña, para explicarlo, es nula, sin que la nulidad pueda extenderse a la parte principal del testamento, *aunque el testador hubiera firmado la adición*. El testamento podía pasarse sin esta adición, y se ha dicho, *utile per inutile non vitiatur* (151). Esta solución es aplicable al caso español.

1.3.2.2. Testamento a mano asistida o guiada.

Señala COUPET que puede ocurrir que un tercero sostenga, hasta gué, la mano del testador, bien porque éste no sabe muy bien escribir o bien porque no puede ya escribir como consecuencia de la debilidad resultante de la edad, de una enfermedad o de un accidente. Se está, en efecto, en presencia de una escritura del testador, pero ¿el testamento está escrito enteramente por el testador?

La jurisprudencia francesa, explica COUPET, admite la validez del testamento a mano guiada, pero lo subordina a una condición esencial, *la necesidad de una inteligencia (comprensión) de los signos trazados por el testador*. Esta condición, siendo absolutamente necesaria, no es, sin embargo, suficiente (152), como veremos a continuación.

A) *Inteligencia de los signos, condición necesaria de validez.*

“Según la excelente fórmula de Monsieur le Conseiller HOLLEAUX (nota a Cass. civ., 5 y 6 de octubre de 1959: D 1959, p. 507), «no hay escritura más que si el escritor, trazando las palabras del texto, *tiene la conciencia del valor fonético y por ello del sentido de los signos que él consigna sobre el papel*». Esta inteligencia de los signos no se confunde con la intención liberal del testador, que es una cuestión de fondo. La inteligencia de los signos es una exigencia formal, es una componente de la existencia de la escritura misma, su componente intelectual.” La jurisprudencia francesa, consiguientemente, es intransigente en caso de ausencia de comprensión de los signos.

(150) Cfr. COUPET, Luis: V° *Testament olographe. Ecriture* in *Juris-Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, p. 10.

(151) VAZEILLE, François-Antoine: *Resumé et conférence des commentaires du Code Civil, sur les successions, donations et testaments*, tome second, Riom, 1837. Thibaud fils, imprimeur-libraire, p. 389.

(152) COUPET, Luis: V° *Testament olographe...*, *op. cit.*, p. 10.

Así, con respecto a los iletrados, en una sentencia de 5 de noviembre de 1956 (JCP 1956, éd. G, II, 9665; Jour. Not. 1957, p. 352, obs. CHASSAGNADE-BELMIN), la Corte de casación se expresó de la manera más clara. Entendió que la Corte de apelación había juzgado correctamente al decidir que el testamento litigioso no respondía a las exigencias del artículo 970 CC, dado que la testadora, viuda Trunde, aunque había podido reproducir las palabras, copiando servilmente el dibujo del modelo, al no saber ni leer ni escribir, no había podido tener inteligencia de los signos que trazaba y por ello ni la escritura podía ser para ella la expresión de su pensamiento ni se había apropiado del contenido del modelo.

Esta posición ya había sido tomada (Cass. Req., 20 de diciembre de 1858. Dalloz, 59, 1, 274; Cass. Req., 23 de enero de 1934: DH 1934, p. 129; CA Angers, 7 de julio de 1948: D. 1948, p. 541). En este caso, el testador, iletrado, había dibujado con tinta sobre una hoja con caracteres a lápiz, encargada por un tercero, una sucesión de signos cuyo sentido se le escapaba (153). En el mismo sentido, Cass. Civ. 1.^{er}, 5 de noviembre de 1956, D. 1956.J.718; Amiens, 5 de abril de 1976 (154) (155).

La jurisprudencia francesa es igualmente intransigente cuando se trata de testamentos redactados por enfermos que han perdido toda lucidez. El testamento es nulo si el testador no es más que un instrumento pasivo, incapaz de comprender el valor de los caracteres que traza (*vid.* T. Civ. Metz 30 de junio de 1949: D. 1949, p. 582). Por lo demás, en tal hipótesis, el testamento es nulo tanto por vicio de forma (ausencia de escritura del difunto) como por “insanité d’esprit” (*vid.* CA. Nîmes, 13 de diciembre de 1989: Juris-Data núm. 1156, donde el testador era prácticamente ciego y CA Toulouse, 7 de febrero de 1984: Juris-Data núm. 041599).

Por lo demás, si el tercero impone y sustituye su voluntad propia a la del testador, entiende la doctrina francesa que podría ser reconocido cul-

(153) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, *op. cit.*, p. 10. TROPLONG: *Des donations...*, *op. cit.*, p. 37. TERRÉ, François, et LEQUETTE, Yves: *Les successions, Les libéralités*, 3.^a edición, Dalloz, 1997, pp. 301 y 302.

(154) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, p. 421.

(155) En Francia, la Corte de Casación (Cass. civ. 1.^{er}, 17 de enero de 1995, sentencia núm. 131, recurso 91-21.616) ha admitido recientemente que el hecho de que la testadora “no sepa ni leer ni escribir francés no implicaba que no entendiera el sentido de las palabras por ella copiadas”, solución que GUÉVEL califica acertadamente de “al menos, discutible” y contraria a la que hasta aquí había sido adoptada. Compárese: Cass. civ., 1.^{er}, 11 de enero de 2000, sentencia 60 recurso 98-10700. *Vid.*, igualmente, Cass. civ. 1.^{er}, 11 de febrero de 1997, sentencia número 272, recurso 95-12.382, *bull. civ. I*, número 57, p. 36; D. 1997, somm. 365, obs. M. NICOD; JCP, éd. N, 1997 II, 948 y 1187, nota B. BEIGNIER; JCP éd. N, 1198, p. 1709 obs. R. LE GUIDEC; *bull. civ. I*, número 57, p. 36; *Defrénois*, 1997, artículo 36.703, p. 1452, número 177, obs., G. CHAMPENOIS; *Droit de la Famille* número 5, mayo 1997, número 78, p. 24, nota B. BEIGNIER. (GUÉVEL, Didier: *Remarques...*, *op. cit.*, nota 24.)

pable de falsedad en escritura privada. (Vid. Cass. crim., 30 de noviembre de 1971: Gaz. Pal. 1972, 1, p. 374; *Defrénois* 1973, art. 30312, obs. VOUIN; RTD civ 1973, p. 599, obs SAVATIER.) Cuando el escrito, por el hecho de la asistencia del tercero, ya no es la expresión de la voluntad propia del firmante hay nulidad (Cass. Civ. 1.^{er}, 11 de febrero de 1997).

Por contra, “desde que es constatado que el difunto poseía el sentido de los signos llevados a su testamento, la jurisprudencia se muestra... indulgente para admitir la validez del testamento escrito con la ayuda de un tercero. Elaborada en beneficio de enfermos lúcidos, es decir, de los que no pueden ya escribir, esta actitud jurisprudencial se ha manifestado con relieve en favor de los semi-iletrados, es decir, de los que no saben escribir pero que saben leer” (156).

Con relación a los enfermos lúcidos puede decirse lo siguiente: Hay “personas enfermas que están sometidas a tratamientos que disminuyen su capacidad física, *deviniéndoles difícil la escritura, hasta imposible sin asistencia*. Estos mismos tratamientos pueden aún alterar su estado psíquico especialmente bajo la influencia de fuertes calmantes hasta el punto de ponerles en peligro la lucidez de espíritu ya de manera temporal e intermitente ya de manera si no definitiva, al menos durable y persistente. *Si un testamento es entonces escrito a mano guiada en el curso de un intervalo de lucidez, es formalmente válido* (CA Grenoble, 9 de enero de 1990: Juris-Data núm. 040050 -CA Colmar, 3 de abril de 1991: Juris-Data núm. 046899. - CA París, 10 de febrero de 1981: Juris-Data núm. 024189)” (157), pero siempre, matizamos nosotros, que concurran las demás condiciones que, amén de la inteligencia de los signos, debe reunir el testamento a mano guiada y que veremos después.

Con relación a los semi-iletrados, cabe señalar que “en una sentencia muy destacada de 6 de octubre de 1959 (JCP 1959, éd. G, II, 11323, note VOIRIN; D. 1959 p. 507, note HOLLEAUX; RTD civ 1960, p. 148, obs. SAVATIER), la primera sala civil de la Corte de casación ha aprobado una sentencia de la Corte de Apelación de Aix de 19 de marzo de 1957 (JCP 1957, éd, G, IV, 100) que había considerado válido el testamento de una persona que no sabía escribir, pero sabía leer (158).

(156) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe...*, op. cit., p. 11.

(157) *Op. cit.*, loc. cit.

(158) Entendemos que COUPET y la jurisprudencia francesa se refieren a personas que no saben escribir “con destreza”, y pueden necesitar alguna asistencia material, pues si no supieran escribir en absoluto, no cabría que otorgasen testamento ológrafo, por no poder llenar la formalidad exigida para esta forma testamentaria (escritura de la mano del testador, que al ser exigida *ad solemnitatem* so pena de nulidad, no puede ser suplida por otros medios que no sea el propio testador). Una imposibilidad de hecho se puede convertir, cuando se elige esta forma, en incapacidad de derecho. (TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, op. cit.,

Esta jurisprudencia que había ya sido afirmada (Cass. Civ. 1.^{er}, 1 de agosto de 1951: JCP 1951, IV, 178; D. 1952, 151) ha sido retomada posteriormente (CA Lyon, 24 de marzo de 1970: JCP 1970, éd G, IV 216; Journ. Not. 1971, p. 3, note BOUBLI; RTD civ. 1970, p. 806, obs. SAVATIER...) (159). *Todos estos razonamientos son trasladables al caso español, siempre que concurren las demás condiciones, que amén de la inteligencia de los signos debe reunir el testamento a mano guiada para su validez y que exponemos a continuación.*

B) Inteligencia de los signos, ¿condición suficiente de validez?

Cabe interrogarse sobre la existencia de otras condiciones para la validez del testamento ológrafo a mano guiada, en particular la existencia de grafismo personal del testador a través de la escritura guiada y la del alcance de la ayuda material que el tercero puede aportar (160).

a) Grafismo personal del testador.

Señala COUPET que, “según una primera opinión (161), el testamento a mano guiada no será válido más que si la grafía del acto identifica a su autor [a pesar de las señales de asistencia material que un tercero hubiera podido aportar]; sería nulo cuando las palabras y las letras trazadas con la ayuda de la mano que guía no portasen ya la marca personal del testador, incluso si este último ha tenido conciencia de los signos trazados.

No siendo ya reconocible la escritura del testador, la escritura llevada sobre el testamento sería únicamente la de la mano que guía lo que tendría por efecto acarrear la nulidad del testamento por aplicación del ar-

pp. 218 y 219.) Así se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca de 8 de febrero de 2006 a propósito de un testamento ológrafo escrito a máquina y en el que se sustituía la firma por la huella dactilar: “... no han faltado autores en nuestra doctrina científica (por ejemplo, LACRUZ/SANCHO REBULLIDA) que han observado que quienes no pueden escribir quedan excluidos de otorgar esta forma testamentaria y ello no sólo por la consideración de acto escrito que tiene el testamento, sino además porque ha de serlo por el propio testador y si éste, por las razones que fueran, no puede cumplir con la obligación que resulta aquí consustancial para la existencia de la voluntad testamentaria, ello lleva consigo que una imposibilidad de hecho se convierta, en este supuesto concreto, en incapacidad de derecho, sin perjuicio, claro está, de que dichas personas acudan para expresar su última voluntad a otras formas testamentarias. El testamento ológrafo, en definitiva, ha de ser escrito por el propio testador. ...”

Si el testador no sabe leer, no podrá otorgar testamento ológrafo, pues no tendrá inteligencia de los signos que escribe. Se aplicará por analogía lo previsto en el artículo 708 CC español para el testamento cerrado.

(159) COUPET, Luis: *Vº Testament olographe...*, op. cit., p. 11.

(160) Cfr. COUPET, Luis: *Vº Testament olographe...*, op. cit., p. 12.

(161) Sustentada por SAVATIER, p. e. (SAVATIER: *L'écriture...*, op. cit., p. 514).

título 970 *Code* (Cass. Civ. 16 de julio de 1956; Cass Civ. 1.^{er}, 8 de abril de 1986: Bull. Civ I, núm. 81; CA Riom, 20 de mayo de 1937: S 1938, 2, p. 41; Cass. Civ., 23 de abril de 1940: JCP 1940, éd G, II, 1554, note MARTY) ...” (162).

GRIDEL señala que la jurisprudencia valida el acto, desde el punto de vista de la exigencia de autografía total, desde que la grafía del testador es reconocible [Cass. Civ. 1.^{er}, 28 de mayo de 2002, núm. 99-18.918; Cass. Civ, 1.^{er}, 11 de febrero de 1997, núm. 95-12.382, Bull. Civ. I, núm. 57, *Defrénois* 1997, p. 1452, note CHAMPENOIS G. (163); Cass Civ., 25 de mayo de 2004, núm. 01-00.889] y siempre que el testador haya expresado su propia voluntad [y no se haya entonces beneficiado más que de una asistencia puramente material; condición ésta para la validez del testamento a mano guiada que se sumaría a las de inteligencia de los signos trazados y reconocimiento de la grafía del testador] (164). Ideas en las que insiste MALAURIE (165).

PAULIN señala que la condición puesta por el artículo 970 *Code*, según la cual el testamento debe ser escrito de la mano del testador, parece en efecto imponer que él le redacte efectivamente y *no que su mano sea un instrumento inerte manipulado por el tercero redactor*. El tercero no puede jugar más que un papel mínimo, dejando al testador el cuidado de la escritura (166). (Mejor que “mínimo”, diríamos que dicho papel ha de ser “limitado”, como explicaremos en el epígrafe siguiente.)

(162) La sentencia de 8 de abril de 1986 precitada señala:

“L'article 970 a posé pour condition de validité de l'acte, d'une part, que ses dispositions expriment entièrement la volonté du testateur, et, d'autre part, que l'écriture de celui – ci soit reconnaissable, en dépit des marques d'assistance matérielle qu'un tiers aurait pu lui apporter, de manière à révéler qu'il en est bien le scripteur.”

[“Resultando que prescribiéndose que el testamento ológrafo sea escrito enteramente de la mano del testador, el art. 970 CC ha puesto por condiciones de validez del acto, de una parte, que sus disposiciones, expresen enteramente la voluntad del testador y de otra parte que la escritura de éste sea reconocible, a pesar de las marcas de asistencia material que un tercero hubiera podido aportarle, de manera que revele que él es el escritor.

Resultando que en el asunto, haciendo suya, por una apreciación soberana, la conclusión de los expertos (de la cual resultaba que tanto en la redacción del adjetivo universal, que cualificaba el legado, como en la designación del nombre y del domicilio del beneficiario aparecían todos los caracteres de la escritura habitual de M. René Eliot, que así había sustituido al testador, el cual no había sido más que un instrumento pasivo), la Corte de Apelación, sin contradecirse, ha legalmente justificado su decisión *anulando el testamento.*”] (COUPET, Luis: *V^o Testament olographe...*, *op. cit.*, p. 12).

(163) D., 97, som. 365, obs. M. NICOD; JCP, éd. G. 1998.I.133, número 6, obs. R. LE GUIDEC; *Defrénois* 97, artículo 36.703, número 177, obs. CHAMPENOIS; JCP éd. N. 97. II. 1187, n. B.B.; Dr. Fam. 97, número 78, M.N.).

(164) GRIDEL, Jean-Pierre: *L'article 970 du Code Civil: instantané de jurisprudence*, *Revue Lamy Droit Civil*, número 13, año 2005, p. 63.

(165) MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, *Defrénois*, París, 2004, pp. 251 y 252.

(166) PAULIN, Christophe: *Répertoire de Droit civil*, tome X, Dalloz, 2000. Voz “testament”.

La jurisprudencia suiza también se pronuncia en favor de la necesidad de una grafía personal del testador (T. Féd. Suisse, 20 de abril de 1972: RTD civ. 1973, p. 639, obs GROSSEN) (167).

Otro análisis hace valer que la validez formal del testamento a mano guiada no está subordinada al reconocimiento del grafismo personal del testador. Conviene atenerse a la inteligencia de los signos trazados por el testador y a su voluntad liberal. Desde este punto de vista, se puede citar una sentencia de 4 de enero de 1973 (Bull. Civ. I, núm. 6, p. 6; Journ. Not. 1973, 1467, note BLANC) (*vid.* también Cass. civ. 1.^{er}, 18 de octubre de 1985, Talo c/ Cunche, recurso núm. 8414789) (168). Esta segunda opinión resulta inviable en el Derecho español, dado que el artículo 691 CC señala que el juez comprobará la identidad del testamento por medio de tres testigos que conozcan *la letra y firma del testador* (letra que, por tanto, ha de ser reconocible). Si no lo fuera, los testigos no podrían declarar que no albergan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del testador y el juez no podría entender justificada la identidad del testamento, que no se protocolizaría, siendo ineficaz. *En España, pues, la validez formal del testamento a mano guiada está subordinada al reconocimiento del grafismo personal del testador.*

Trasladando, pues, la doctrina y jurisprudencia francesa al caso español, con los matices señalados, resultan así tres condiciones para la validez del testamento a mano guiada en España: que el testador tenga inteligencia de los signos que traza; que su escritura sea reconocible a pesar de las señales de asistencia material que un tercero hubiera podido aportar y que el causante haya expresado su propia voluntad, no beneficiándose más que de una asistencia puramente material. El alcance de esta asistencia es lo que resta por discernir en el epígrafe siguiente.

b) Condición relativa al alcance de la ayuda material del tercero.

Dice COUPET que “la cuestión relativa al alcance de la ayuda material, si es a veces abordada por las sentencias o los autores, es a menudo hecho y resuelto con ambigüedad. El problema puede, en efecto, ser ocultado, sea bajo la cobertura de la exigencia de una grafía personal del testador (en la medida en que es estimada necesaria, es evidente que la ayuda material no puede ser más que limitada), sea aún por la expresión de «*main passive*». Aunque a menudo utilizada en la jurisprudencia y en la doctrina, esta locución puede prestar a equívoco porque la naturaleza de esta pasividad no está precisada. Lo más a menudo, se entiende como una pa-

(167) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe...*, *op. cit.*, p. 12.

(168) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe...*, *op. cit.*, p. 12.

sividad puramente intelectual; así cuando se dice que el testamento ológrafo a mano guiada es nulo cuando el testador no ha sido más que un instrumento pasivo incapaz de comprender el valor de los caracteres que él trazaba [lo que nos traslada a la primera condición necesaria de validez del testamento a mano guiada]. Ahora bien, el problema de la comprensión de la ayuda material *se plantea muy claramente, no en caso de pasividad intelectual sino al contrario, en la hipótesis de una pasividad exclusivamente física*, por ejemplo, el enfermo perfectamente lúcido pero cuya mano está enteramente inerte, es decir, desprovista de toda motricidad nerviosa. El testamento ológrafo en este caso ¿es válido o nulo? ¿Hasta dónde puede llegar la ayuda material del tercero? ¿Puede ser total?” (169).

“Ciertamente, dice, existen sentencias que limitan la asistencia material del tercero (*vid.* por ejemplo, Cass. Req., 16 de enero de 1923: DP 1924, 1, p. 46; RTD civ. 1923, p. 810, obs. SAVATIER). Aunque no sea impugnado que el testamento fuese la expresión real de la voluntad del escritor, es nulo cuando una mano extraña ha participado allí, *sustituyéndose a la del testador*, y aportando una colaboración preponderante que ha sobrepasado la ayuda material que está permitida de prestar al testador en ciertos casos excepcionales, se ha dicho en la sentencia CA Reims, 24 de marzo de 1988. Juris-Data número 044571.

Varias sentencias de la Corte de casación parecían, sin embargo, tolerar una ayuda material sin límites (V. Cass civ, 1.^{er}, 8 de octubre de 1985 y 4 de enero de 1973; 18 de junio de 1959: Gaz Pal. 1959, 2, p. 112 y 16 de julio de 1956: Bull. Civ. I, núm. 310; D. 1956, p. 651, note BLANC, donde la Corte admite que la mano del testador pueda estar guiada «*fortement*»).

Ahora bien, pese a estos pronunciamientos de la jurisprudencia francesa, “a la vista de la exigencia de la escritura de la mano del testador por el artículo 970 del *Code* [y 691.1.^o *in fine* del CC español], una ayuda física total sería una causa de nulidad del testamento. Si la mano está del todo inerte, sin vida, *no hay escritura con la ayuda de un tercero, sino escritura por el intermediario de un tercero, lo que el artículo 970 Code prohíbe absolutamente [lo mismo que el art. 678 CC español]*. El testamento ológrafo sería entonces nulo incluso si el tercero no ha hecho más que expresar fielmente las últimas voluntades del difunto. *Para que el testamento ológrafo a mano guiada sea válido, la ayuda del tercero no debe ser total; además de un mínimo óptico para ver los signos y un mínimo de lucidez para comprenderlos, hace falta un mínimo de actividad de la mano del testador*. No exigir este mínimo, admitir la validez de un testamento

(169) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe. Ecriture in Juris - Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, p. 12.

así hecho porque el testador tenía la inteligencia de los signos y porque su voluntad era respetada, *es hacer abstracción de la exigencia formal de la escritura del testamento ológrafo por la mano del testador y decidir de la validez formal a partir de la validez de fondo*" (170). [La ayuda, limitada en todo caso, podría consistir en sostener una mano debilitada o temblorosa; ayudar al testador en la disposición material de su escritura sobre el papel, enderezando este papel cuando la mano del testador cesase de guardar la medida y el nivel de las líneas; volver a colocar su mano sobre este papel, en el lugar donde era necesario continuar la escritura, después que haya sido interrumpida, etc.].

Por tanto, el alcance de la ayuda material del tercero ha de ser limitado, debiendo existir por parte del testador un mínimo óptico para ver los signos y un mínimo de actividad motriz de la mano.

2. Lengua y signos.

Cuestión destacada en torno al requisito de la escritura es qué lengua y qué signos pueden emplearse en la redacción del testamento ológrafo.

Como la escritura es el medio a través del cual el otorgante plasma su pensamiento, su querer interno, parece lo más lógico que en ella deba emplear su lengua habitual, aquélla que emplea ordinariamente para comunicarse en el trato social y en la cual redacta usualmente sus escritos (171). Esta lengua habitual del testador normalmente coincidirá con su lengua nativa, o sea, la perteneciente al país o lugar en que uno ha nacido, en el que tiene sus raíces familiares y que uno aprende en su hogar, pero también podrá darse la circunstancia de que se trate de otra lengua que utilice ordinariamente en el uso social (p. ej., lengua del país en el que tiene su residencia).

La única norma que contiene el CC español sobre el idioma en que puede otorgarse un testamento ológrafo es el artículo 688.4.º, donde se indica que los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (o sea, en su lengua nativa). Esta norma ha sido interpretada por la doctrina en sentidos diversos.

Para algunos autores, del precepto debería deducirse, si se le quiere dar algún valor, que los españoles *no pueden otorgar testamento ológrafo en lengua extranjera*. Así SCAEVOLA y CÁMARA (172). Esta opinión no pa-

(170) COUPET, Luis: Vº *Testament olographe. Ecriture in Juris - Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, pp. 12 y 13.

(171) Cfr. TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 267.

(172) Citados por TORRES GARCÍA, Teodora: "Comentario al artículo 688 CC". En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1740.

rece muy fundada, dado que el artículo 688 CC no dice que “sólo” el extranjero puede testar en un idioma foráneo.

Para TORRES GARCÍA, el artículo 688.4.º CC hacía una aclaración necesaria ante la disposición del antiguo artículo 684. Este precepto señalaba que “para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir *en las dos lenguas*”. Como el precepto se encontraba colocado sistemáticamente en la sección 3.ª (“*De la forma de los testamentos*”) del capítulo primero (“*De los testamentos*”) del título III (“*De las sucesiones*”) del libro III del CC, podía sostenerse que el precepto era aplicable también al caso del testamento ológrafo. De ahí que el artículo 688.4.º aclarase expresamente que el extranjero que otorgase en España testamento ológrafo podía hacerlo *escribiendo el texto en su lengua nativa y prescindiendo de la intervención de los intérpretes*, intervención que chocaría con la naturaleza secreta del acto de otorgamiento, que no hacía precisa una traducción para que otras personas intervinientes en el acto se enterasen del contenido de la declaración, puesto que el testador operaba sólo (173).

En el presente, sin embargo, la redacción del artículo 684 del CC no deja lugar a dudas a que se refiere exclusivamente al testamento abierto y cerrado (174), por lo que el artículo 688.4.º habría perdido, en parte, la función de ser norma especial respecto del artículo 684. ¿Cuál es entonces el sentido del precepto? El artículo parte implícitamente de que como regla general el testador español, que otorga testamento en España (o incluso fuera de ella, artículo 732.3.º CC), utilizará el español o la lengua particular de su región (en definitiva, su lengua habitual) para testar. Y es para facilitar al extranjero, que testa en España, la expresión de sus últimas voluntades, que se le autoriza a otorgar testamento ológrafo en aquella lengua en que mejor pueda expresar su pensamiento, lengua que es la “suya”, la lengua nativa (175). Por tanto, aunque no haya en el artículo un mandato expreso de testar utilizando *determinada lengua*, sí que po-

(173) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 269.

(174) Artículo 684: “Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.

El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla”.

(175) El precepto sin embargo, no le obliga a otorgar el testamento en su idioma, ni le prohíbe otorgarlo en español, pudiendo hacerlo en castellano o en cualquiera otra de las lenguas españolas oficiales en las respectivas comunidades autónomas (art. 3 de la Constitución), siempre que las use habitualmente.

dríamos afirmar que en el artículo 688 estaría latiendo implícitamente el principio de que el testador, sea español, sea extranjero, *teste en un idioma que le sea habitual*. En este sentido hay que notar que si bien las resoluciones de la DGRN de 22 de noviembre de 1916, 30 de marzo de 1931 y 11 de mayo de 1932 han considerado válidos testamentos ológrafos otorgados por españoles en idioma extranjero, en los tres casos contemplados el testador estaba *habituado a escribir en la correspondiente lengua extranjera en que se redactó el testamento* (176).

No sería, por tanto, acertada la posición doctrinal que considera que cualquiera puede testar por ológrafo en cualquier idioma (177). Muy contrariamente, pensamos que si el testador otorgase el testamento ológrafo en una lengua que *no fuese habitual para él*, el testamento no sería válido. Ello por los siguientes motivos: Si la lengua que utilizó tenía un alfabeto distinto (p. ej., griego, cirílico, árabe) del que se emplea en su lengua habitual (p. ej., alfabeto latino en el español o inglés), *podrían plantearse problemas a la hora de comprobar la autenticidad del testamento (los testigos no reconocerían su caligrafía en unos signos diversos de los que él utilizaba normalmente o no existirían documentos para el cotejo pericial de letras)*. Además también podría fallar el componente espiritual de la escritura: la inteligencia de los signos trazados, pues si resulta difícil conocer una lengua que no es la nativa, con mayor motivo una lengua no usada habitualmente. Surgirían, entonces, incertidumbres acerca de si lo escrito se correspondería exactamente o no con la voluntad del testador e incluso podría dudarse de la existencia de un verdadero *animus testandi*. No tendrían entonces razón VALVERDE Y VALVERDE cuando afirma que siendo la esencia del testamento ológrafo que esté escrito total e íntegramente por el testador sería indiferente el idioma en que esté escrito, o RUIZ VADILLO, cuando sostiene que tratándose de un testamento que una sola persona escribe y firma, no parece sea de esencial importancia el idioma en que haya de redactarse (178).

En cuanto a los signos que pueden emplearse en la escritura del testamento hay autores que manifiestan un gran liberalismo. SAVATIER afirma que poco importa la naturaleza de los signos convencionales por los que la escritura utilizada designa los sonidos o palabras, pudiéndose emplear, en lugar de la escritura corriente, la estenografía, o una escritura ci-

(176) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, p. 166.

(177) OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 140. ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.^a edición, José María Bosch Editor, SL, Barcelona, 1997, p. 225. MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 251.

(178) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, p. 635, nota 65.

frada o jeroglífica (179). En la misma línea, los MAZEAUD Y CHABAS afirman la posibilidad de emplear las letras del alfabeto Braille, abreviaturas y TERRÉ Y LEQUETTE hablan de los ideogramas (180). RUIZ VADILLO afirma que es indiferente que se imiten los caracteres de imprenta o que se utilicen letras mayúsculas o minúsculas (181).

Frente a estas afirmaciones hay que hacer las precisiones siguientes. Lógicamente, los signos que deben emplearse en la escritura serán los propios de la lengua que se emplee. En tal sentido no sería válido escribir en español o en francés con caracteres griegos o arábigos, debiendo usarse el alfabeto latino. Por eso afirma DEMOLOMBE que la escritura ha de ser la de los caracteres alfabéticos ordinarios [de la lengua que se utilice], y PUIG BRUTAU, en la misma línea, afirma que si la autografía total tiene como función demostrar *a posteriori* la autenticidad del testamento por identificación de la letra del testador, sin que baste la prueba de la autenticidad de la firma, la escritura utilizada deberá plasmarse *con signos normales*, o sea, *proprios de la lengua o idioma que se emplee*, ... siendo insólito que la escritura con otros signos distintos de los normales de una lengua [p. ej., signos taquigráficos] pueda considerarse habitual de una determinada persona. Lo excepcional del caso ciertamente convierte en extravagante la hipótesis contemplada (182).

Ciertamente es posible utilizar abreviaturas, pero siempre que se trate de las comunes en la lengua utilizada y que no quepa lugar a dudas sobre su interpretación. P. ej., “Sr.” (señor).

En cuanto a la estenografía consiste en la escritura de signos taquigráficos a través de una máquina, por lo que plantearía los mismos problemas en relación al requisito de la autografía total que vimos planteaba la dactilografía. Respecto de los signos taquigráficos, dice ROCA SASTRE que su empleo ha de considerarse admisible “siempre que el testador los soliera usar en el grado necesario para que los testigos de que habla el artículo 691 CC puedan tener conocimiento suficiente para la adveración que este precepto exige y como esto puede dificultar la comprobación de requisito tan típico y esencial del testamento ológrafo como es su autografía total, de ahí que lo recomendable sea no utilizar la taquigrafía” (183).

(179) SAVATIER: *L'écriture du testament olographe*, Rep. Gén. prat. du notariat, 1934. Art. 23918, p. 510.

(180) MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*, op. cit., pp. 298 y 299. TERRÉ, François et LEQUETTE, Yves: *Les successions, les libéralités*, 3.ª edición, Dalloz, 1997.

(181) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, p. 633.

(182) PUIG BRUTAU: *Fundamentos*, V, II, pp. 102 y ss. (citado por ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, p. 165).

(183) Citado por ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, p. 165.

PUIG BRUTAU entiende que para la validez de un testamento escrito con tales signos sería necesario probar la causa de tal utilización, ya que en otro caso sería dudoso que concurrió una intención seria de testar, siendo insólito, como señalábamos más arriba, que la escritura con signos distintos de los normales de una lengua pueda considerarse habitual del testador, lo que convierte el caso en extravagante. DEMOLOMBE dice que podría admitirse la validez del testamento escrito mediante escritura estenográfica en el caso de que se utilice por virtud de algún acontecimiento excepcional, p. ej., en un peligro de tal modo apremiante que no deje tiempo al testador para trazar los caracteres alfabéticos, siendo necesario que no surgiese ninguna duda sobre el sentido de los caracteres de que se haya servido (184). Sin embargo, a pesar de admitir esta excepción, DEMOLOMBE considera que la escritura estenográfica no ofrece las mismas garantías de certidumbre que la escritura usual de los caracteres alfabéticos (185).

En efecto, este es el principal motivo que hace rechazable la escritura con caracteres taquigráficos. Estos signos no identifican plenamente al testador, y por lo general no se utilizan de modo habitual, por lo que no pueden ser reconocidos por los testigos como la caligrafía personal del otorgante. Prueba de que la escritura taquigráfica es rechazable es el hecho de que los autores citados, de admitirla, sólo lo hacen de forma muy excepcional y no la consideran recomendable.

Por lo que se refiere a los jeroglíficos e ideogramas es admisible utilizarlos siempre que sean signos propios, comunes y universales de la lengua que se emplee en el testamento. Y en cuanto a la escritura cifrada o más ampliamente la escritura secreta o en clave, RUIZ VADILLO se pregunta si es válido un testamento ológrafo escrito así. Dice que depende. "Por lo pronto es indispensable que el grafismo permita un carácter original; por tanto, no lo sería si la clave viene constituida por puntos y rayas como en el Morse. En cambio pensamos que, si hay razón para ello, puede ser válido aunque las instrucciones para el descifrado fueran descubribles extratestamentariamente. Y decimos que si hay razón para ello, porque si no la hay, el testamento sería inexistente, no porque faltara la forma, sino porque su realización vendría seguramente a demostrar un ánimo de pasatiempo o de broma, pero no una intención seria de testar" (186). Esta postura restrictiva de RUIZ VADILLO es señal inequívoca de las dificultades que plantea un testamento escrito de ese modo. Tanto si se usa una lengua secreta creada convencionalmente, como si se utiliza una

(184) Citado por TRAVIESAS, M. Miguel: "El testamento", RDP, número 259, mayo 1935, p. 138.

(185) *Loc. cit.*

(186) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, pp. 633 y 634.

lengua no secreta (p. ej., español o francés), pero escrita cifradamente, el testamento no será conocido como tal universalmente, sino de forma exclusiva por aquellos que conozcan las claves para su lectura. Pero en una situación semejante, *la sociedad carece de la certeza de la declaración de voluntad del testador* (no hay manera de comprobar que la declaración de éste es efectivamente la que dicen descubrir los que conocen las claves de lectura y ello posibilita el fraude). Por tal motivo, no puede considerarse válido un testamento escrito de ese modo.

Finalmente, el empleo de los signos del alfabeto Braille no es admisible, dado que por su procedimiento mecánico de inscripción no permiten crear rasgos caligráficos personales.

Expuesto lo relativo a los signos que en abstracto pueden utilizarse, pasamos a exponer lo relativo a la forma propia que tiene el testador de dibujar o trazar esos signos, o lo que es lo mismo, lo relativo a la escritura, en el sentido de caligrafía, del testador. Éste debe emplear, aunque no haya mandato legal expreso, la caligrafía habitual. Como señala ROMERO COLOMA, el testador ha de utilizar los *caracteres habituales*, dado que, en primer lugar, el artículo 691 habla de testigos que conozcan *la letra* del testador [no *una letra* del testador], lo cual presupone que éste tiene una *escritura peculiar y reconocible*, que es la que ha empleado para el testamento y, en segundo lugar, el juez ha de comprobar en último término la identidad del testador mediante el cotejo pericial de letras, lo que también presupone caracteres habituales e identificables (187). Como dice CORVIELLO, el uso de la escritura ordinaria es la única manera que existe de diferenciar una escritura de otra y de comprobar que es del causante. En parecidos términos se pronuncia TORRES GARCÍA (188).

Puede ocurrir, sin embargo, que se utilice una escritura no habitual. Esta hipótesis tiene solución diversa en función del carácter voluntario o involuntario de dicha utilización.

La hipótesis de deformación voluntaria de la letra está implícitamente excluida por el CC. Como afirma ALBALADEJO, al hablar el artículo 691.1.º CC de “la letra del testador”, la suya, la que le identifica, *excluye la posibilidad de escribir con letra cursiva, pero que no corresponda a su caligrafía usual, ya que entonces no podría identificarse al testador por la letra, que es lo que busca la ley* (189). Un testamento redactado de dicho modo

(187) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 51.

(188) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 241.

(189) ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, José María Bosch Editor, SL, Barcelona, 1997, p. 222.

sería inválido tanto por no rellenar el requisito formal de la escritura del testamento como por ausencia de un verdadero *animus testandi* (190).

La hipótesis de deformación involuntaria, a causa, por ejemplo, de un accidente no estaría en principio excluida por el CC. El testamento sería válido si, aunque el otorgante dibujase imperfectamente sus propios y peculiares signos, éstos fuesen susceptibles de ser reconocidos como de su autoría. De lo contrario, el testamento sería nulo, no tanto por el tipo de letra empleado, como por falta de autenticidad.

En cuanto a la cuestión de si pueden utilizarse o no las mayúsculas, PUIG BRUTAU considera que no pueden imitarse los caracteres de imprenta o las letras mayúsculas (191). En cambio, MALAURIE considera que la escritura puede ser en caracteres mayúsculos o minúsculos (192) (en Francia ha sido juzgado válido un testamento escrito en letras mayúsculas por Cass. Civ, 22 de noviembre de 1966. Bull. Civ. 1966.I, núm. 519, p. 392). LACRUZ BERDEJO afirma que el testador podrá escribir el testamento con los caracteres llamados de “imprenta” “si los utilizaba con habitualidad, de modo que puedan existir documentos originales para el cotejo de letras, escritos en dichos caracteres y de modo que pueda ser reconocible por los testigos del artículo 691 CC” (193).

Pese a la opinión de LACRUZ, MALAURIE, y la jurisprudencia francesa, hay que señalar que, en principio, los caracteres mayúsculos no reflejan la personalidad del escritor, sino que, muy al contrario, la esconden. Únicamente si la escritura en mayúsculas es habitual, las letras tendrán formados unos ángulos que pueden ayudar a identificar al testador, pero en todo caso el testamento se tornaría dudoso.

3. Materia sobre la que se escribe (194).

3.1. Soporte material admisible.

Dedicaremos las líneas siguientes al estudio de las dos cuestiones fundamentales que plantea el problema del soporte material: Si el testamen-

(190) Cfr. OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 138 y 139.

(191) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, p. 106. Citado por RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, p. 633.

(192) MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 251.

(193) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones*, 2.ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA. Dykinson, 2004, p. 193. OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 138 y 139.

(194) Seguimos en la exposición de esta materia el esquema de COUPET con ligeras variaciones. (COUPET, Luis: *Vº Testament olographe*, op. cit., pp. 13 y ss.).

to ológrafo puede ser escrito válidamente sobre toda clase de papel e incluso sobre materiales diversos del papel y si los tres requisitos esenciales para la validez formal del testamento (texto testamentario, fecha y firma) pueden o no ser escritos sobre elementos materiales distintos (195).

3.1.1. *Papeles de toda naturaleza y materiales diversos del papel.*

Según la doctrina francesa, el testamento ológrafo puede ser escrito válidamente sobre un papel de cualquier naturaleza (196) (el papel timbrado no es exigido: CA Lyon, 22 de octubre de 1945; RTD civ. 1946, p. 46) y sobre soportes materiales diversos del papel: un carné (Lyon, 4 de enero 1923; DP 1923.2.182), un cuaderno (París, 19 de abril de 1983; JCP N 1983. II.310), pergamino (Cass. Req., 17 de julio de 1906; DP 1907, 1, p. 121; Beauvais, 1 de julio de 1897; DP 1898, 2, p. 502), sobre un bloque de notas publicitario (Cass Civ. 1.^{er}, 29 de abril de 1985, Gaz Pal. 1985.2, Som. p. 93, obs. GRIMALDI), cartón, un libro de cuentas, un muro, cristal, metal, madera, plástico, cuero, tela, una pizarra, hasta una materia menos sólida, tal como la arcilla, la cera e incluso la epidermis del testador. Ejemplo extremo y desde luego discutible, señala MALAURIE, es el de un testamento de un suicida (Nancy, 26 de junio de 1986, JCP, éd. N, 87. II.96, n. VENANDET). El “testamento” había sido escrito en la *parte de arriba y sobre un lado de una lavadora*. Además no estaba datado. Los jueces, sin embargo, han admitido su validez, diciendo que su fecha se situaba entre el 24 y el 25 de octubre de 1982, lo que no era, sin embargo, suficiente a la vista de la jurisprudencia actual (*vid.*, Cass. Civ. 1.^{er}, 2 de febrero de 1971) (197).

En el caso de soportes diversos del papel, señala la doctrina francesa que puede aparecer una dificultad en el momento del depósito del testamento en casa del notario, o en el de su presentación al presidente del “Tribunal de Grande Instance”. Para resolver esta dificultad –dice– se puede recurrir a una fotografía autenticada del acto testamentario, que se podría entonces cómodamente depositar o presentar.

En el Derecho español, de acuerdo con la redacción primitiva del artículo 688 CC, los testamentos otorgados antes del día de promulgación de la Ley de 21 de julio de 1904, exclusive “(ATA 18 mayo 1907), excepción he-

(195) Cfr. *op. cit.*, p. 13.

(196) P. ej., en la espalda de una póliza de seguros (Cass. Civ. 1.^{er}, 6 de mayo de 1891, DP 1893.1.177); sobre una carta postal inter-zonas (Cass. Civ., 24 junio 1952: D.1952.613; JCP 1952 II. 7179, note VOIRIN); en la espalda de un sobre que contenía otro testamento ológrafo, éste expresamente anulado (Toulouse, 15 de octubre de 1996: *Dr. Fam*, 1997, núm. 149, note BEIGNIER).

(197) MALAURIE, Philippe: *Les successions, les libéralités*, Defrénois, París, 2004, p. 251.

cha de los otorgados en las provincias vascongadas (STS de 26 de septiembre de 1901), debían extenderse, para ser válidos, *en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento* (STS de 25 de junio de 1903, 20 de diciembre de 1913 y 17 de marzo de 1922), aunque el testador falleciere después de aquella ley [de 1904, reformadora del CC] (STS de 18 de mayo de 1907, 18 de enero de 1910 y 30 de junio de 1914)” (198). Dicho requisito iba encaminado a garantizar la autenticidad de la fecha. Además daba una cierta solemnidad al acto y servía para asegurar la firmeza del mismo. Era además un indicio importante de la existencia del *animus testandi*.

La obligatoriedad del papel sellado afectó a todos los testamentos que se otorgaron desde la promulgación del CC hasta la entrada en vigor de la Ley de 1904 (199). La supresión de tal requisito para el testamento ológrafo “fue debida a que en la Ley de Presupuesto de 1903 se prescindió de la indicación del año en el papel sellado y a que había territorios, como las provincias vascongadas, en que no se utilizaba papel del Timbre del Estado” (200). La Ley de 21 de julio de 1904 modificó entonces el artículo 688.2.º del CC y el artículo 732.3.º CC (201) (202).

Hasta la promulgación de la Ley de 21 de julio de 1904 nunca se dudó de la naturaleza de la materia sobre la cual se habrían de plasmar las últimas voluntades (203).

(198) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*. Traducción de la decimoprimer revisión de Helmut COING. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón M.ª ROCA SASTRE, volumen 1.º Segunda edición, al cuidado de Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1976, p. 299.

(199) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 248.

(200) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, p. 165, nota 318.

(201) Artículo 688.2.º CC, en su redacción originaria: “Para que sea válido este testamento deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue”.

El artículo 732.3.º CC, en su redacción originaria, señalaba: “Podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al artículo 688 sin el requisito de papel sellado, aun en los países cuyas leyes no admiten dicho testamento”.

(202) TORRES GARCÍA explica que la exigencia del papel sellado estaba también recogida en el Proyecto de 1851, en su artículo 564 y en el Anteproyecto del CC, artículo 684, de donde pasó al anterior artículo 688.2.ª CC y que probablemente respondió a una razón histórica. “En el Derecho anterior al CC estaba admitida una forma ológrafa de testar pero no como forma común sino privilegiada para las personas que gozasen del fuero de guerra, radicando su especialidad frente a las demás formas de documentarse el escrito testamentario en que podía ser otorgado en cualquier clase de papel. Así se establecía en el título 18, libro 10, Ley 8 de la Novísima Recopilación. Al ser regulado en el Código Civil como *forma común* de testar y con el fin de diferenciarla más de la anterior forma conocida, se exigió su redacción en *papel sellado*”. (TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 246.)

(203) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 245.

Tras la Ley de 21 de julio de 1904, hay autores que señalan que el Código Civil no diría nada expresamente sobre la materia en que se ha de escribir el testamento, lo que podría hacer pensar que el CC admitiría la posibilidad de utilizar otros soportes diversos del papel (204). Así se ha dicho que cabe escribirlo en una materia cualquiera siempre que consienta el cumplimiento del requisito de la protocolización (arts. 689, 690 y 693 CC) (205). Es el criterio de OSSORIO MORALES y SANTOS BRIZ (superficie portátil y susceptible de ser encerrada en un sobre o recipiente) (206). Más ampliamente, se ha dicho que podría ser escrito sobre cualquier materia *apta para recibir la declaración de voluntad*, o sea, *apta para recibir los caracteres caligráficos conservando la grafía su personalidad* (207), aunque en principio el soporte no pudiera ser objeto de protocolización (208). Estas últimas afirmaciones se han matizado diciendo que recurrir a medios excepcionales en circunstancias ordinarias haría dudar de la existencia de una seria intención de testar, e incluso aun existiendo ésta no sería razonable que el Derecho otorgue su protección a una innecesaria extravagancia (209). Así, LACRUZ admitiría que, en caso de necesidad, valdría el empleo de materia no consistente en hojas ni incluíble en un protocolo notarial, pues –dice– en los artículos 691, cuando se habla de que se rubricarán las *hojas* del testamento y 693 CC, cuando se habla de que el testamento se incorporará a un protocolo notarial, no se hace sino operar sobre la base de lo que generalmente ocurre, que es escribir sobre papel, pero no se excluyen otras posibilidades, ni menos se establece en ellos condición alguna de validez del testamento, aparte de que sus exigencias pueden cumplirse de modo equivalente con idéntica garantía (210).

(204) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 250 y 251.

(205) Cfr. DíEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp. 334 y 335.

(206) Citados por LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones*, 2.^a edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, 2004, p. 192.

(207) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 49.

(208) Para ALBALADEJO, “nada prohíbe que se use cualquier materia o instrumento aptos para que quede escrito un texto a mano *con los rasgos caligráficos usuales del otorgante*, como si éste, a falta de otra cosa de que echar mano al sentirse morir, escribe con un lápiz en la pared”. Este autor no cree aceptable la opinión de que la materia sobre la que se escriba tendrá que ser apta para la incorporación al protocolo notarial, ya que, para el fin que se persigue, y ante la imposibilidad del caso, igual que la del propio testamento serviría la protocolización, por ejemplo, de una fotografía que, bajo fe notarial, constase que recoge efectivamente el del ejemplo anterior, escrito en la pared. (ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.^a edición, José María Bosch Editor, SL, Barcelona, 1997, p. 225.)

(209) Contempla un supuesto de testamento apócrifo la STS de 14 de febrero de 1981.

(210) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones*, 2.^a edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, 2004, p. 192.

RUIZ VADILLO entendería que no sólo el papel es medio adecuado para contener un testamento ológrafo, sino que también lo es un pergamino, el cuero, pizarra, tela, lienzo, cera, cristal, madera, metal, etc. (211), siendo indiferente dentro del papel que sea la hoja de un bloc, papel ya usado, cartón, hoja de un libro, etc. Con la limitación –dice– de que la utilización de medios inhabituales o exóticos haría, salvo fuertes razones en contra, altamente sospechosa la autenticidad y sobre todo la seriedad de la declaración de voluntad. Indica también que no son medios aptos para soportar un testamento ológrafo aquellos que sean de imposible o muy difícil traslado, como una pared, un muro, un árbol, un banco, etc., aunque –dice– “en todos estos supuestos pudiera pensarse que acreditada, a juicio del Tribunal, la voluntad testamentaria y también la razón de la utilización de medios tan raros, sería factible la obtención de una fotografía, con control notarial y proceder a la protocolización de ésta” (212).

Para TRAVIESAS, cuando la presentación del testamento no fuese posible, por ejemplo porque se escribe el testamento en una pared, se podría sustituir la presentación por un reconocimiento judicial (213).

Finalmente, PUIG PEÑA diría que es *indiferente la materia en que se escriba*, porque, aun cuando algún autor ha exigido la escritura sobre papel, teniendo en cuenta la estructura y condición de los protocolos notariales a donde, en definitiva, ha de ir incorporado el documento, ni ello es exigido en la Ley, ni resulta lógico hacer depender la validez de un testamento de circunstancias de orden accidental como la reseñada (214).

Sin embargo, todos los argumentos y razones expuestas caen por su propio peso desde el momento que la lectura de los preceptos relativos al testamento ológrafo nos hace ver que el Código Civil, aunque no afirme expresamente que el testamento debe redactarse sobre papel, *presupone* que está redactado en hojas de papel, o al menos de cartulina o cartón, como afirma ROCA SASTRE. Así el artículo 689 señala que “el testamento ológrafo [o sea, el documento y no una fotografía autenticada] deberá *protocolizarse presentándolo...*”; el artículo 690 que “*la persona en cuyo poder se halle depositado... deberá presentarlo*”; el artículo 691 que “*presentado... el juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad... A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el juez lo estime con-*

(211) CLEMENTE DE DIEGO añade el mármol, piedra o tabletas. (Citado por ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 58.)

(212) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, pp. 635 y 636.

(213) TRAVIESAS, M. Miguel: “El testamento”, RDP, número 259, mayo 1935, p. 138.

(214) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 58.

veniente, podrá emplearse con dicho objeto *el cotejo pericial de letras* [que es una prueba que se practica sobre documentos]” y el artículo 693: “Si el juez estima justificada la identidad del testamento *acordará que se protocolice*”. La posibilidad del depósito en manos de un tercero, la presentación al juez con los trámites subsiguientes y la protocolización en los archivos de un notario inclinan a pensar que el testamento debe redactarse sobre papel.

Que debe ser *papel* aquello sobre lo que escriba el testador se ha mantenido por otro sector doctrinal. TRAVIESAS se inclina a pensar que la jurisprudencia se pronunciaría siempre en el sentido del empleo del papel (215). En esta línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2002 señala que para que pueda prosperar la protocolización, “además, de exigir los presupuestos esenciales relativos a la capacidad del testador, edad, escritura y firma, se encuentra *la adveración del propio documento* aportado para poderle otorgar la eficacia de documento público, *debiendo constar en cualquier clase de papel* referido este último requisito *al original...*”.

Por otro lado, se señala que no estuvo en el ánimo del legislador el que al suprimirse el papel “*sellado*” se suprimiera también el escribirse sobre “*papel*”, luego el CC continuaría haciendo referencia implícita a *la escritura sobre papel*; que sobre esta materia, aunque por otras razones, se escriben también las demás formas comunes de testar (arts. 695.1 y 706 CC), y que la STS de 5 de enero de 1924 se refiere incidentalmente al “papel, carta o documento que se ha de protocolizar en concepto de testamento ológrafo” (216). Además hay que pensar que el testamento ológrafo está pensado para facilitar el ejercicio del derecho de testar, y siendo su forma esencial la escritura de puño y letra, hay que pensar que estará *concebido para otorgarse en la materia más común para escribir*, como es el papel, y utilizada de forma corriente en los demás negocios jurídicos de la vida civil. Pensar que puede otorgarse sobre materias diversas, como las señaladas por la doctrina, es buscar situaciones excepcionales, insólitas, extraordinarias o extravagantes, como si se pretendiese realizar al testar una obra artística, p. ej. Pero el testamento es un *documento* [así lo afirma el DRAE (217) que define al testamento como un *documento* donde consta en forma legal la voluntad del testador] y ha de responder a las características que *normalmente presentan los documentos*. Por tanto, el testamento deberá escribirse sobre *materiales de papelería*

(215) TRAVIESAS, M. Miguel: “El testamento”, RDP, número 259, mayo 1935, p. 138.

(216) OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 138.

(217) 22 edición, 2001.

(folios, cuartillas, cartulina, cartón, papel de estraza, un cuaderno, ...), y subsidiariamente, si no se dispusiese de aquéllos, sobre materiales que se empleen en la industria gráfica. Atendiendo además a la realidad social (art. 3.1 CC), ésta muestra ser un hecho la difusión universal del papel en la sociedad española, por lo que carece de justificación suficiente el admitir la confección del testamento ológrafo sobre materiales diversos de los señalados (justificación que quizá pudo existir en otras épocas en las que el papel no tenía tanta difusión).

Cabría preguntarse si, rechazando en principio materia diversa del papel, podría en circunstancias excepcionales testarse sobre otras superficies artificiales. P. ej., un enfermo o un preso que testase en la pared de su habitación o celda. El problema que plantean estas situaciones es que es extremadamente difícil que se den en la realidad el cúmulo de circunstancias que justificarían la posibilidad teórica de testar de tal modo. No siendo el papel un bien escaso como lo era antiguamente, ¿faltará al testador?, ¿no podrá requerir a alguien para que se lo facilite? Por otro lado, la admisión de un testamento en una pared abre la puerta a admitir la validez de un testamento otorgado sobre cualquier superficie material apta para recibir los caracteres caligráficos: superficies de elementos del ajuar doméstico (y así llegamos al caso del testamento otorgado sobre una lavadora) o incluso del mobiliario urbano (una urgencia vital podría darse en la calle, cerca de una parada de autobús, en cuyos cristales escribe con un rotulador el testador). Vemos, pues, que este planteamiento puede conducir al absurdo. Lo lógico es que el testador busque dar certidumbre a su voluntad, que van a cumplir terceras personas, y teste en circunstancias *que no hagan dudar de su voluntad*. Un testamento escrito en una pared deja *per se* abierta la duda a si no se tratará de un grafismo caprichoso o realizado con una finalidad decorativa, p. ej.; ROMERO COLOMA dice del testamento escrito sobre un muro, un árbol o un banco, que incluso otorgado en circunstancias extrañas o insólitas en la vida de una persona, albergaría siempre la duda sobre la *intención de testar*, así como la posibilidad de un *animus jocandi* (218). En efecto, en tales casos, el “documento” *no hablaría por sí mismo de la certeza de la declaración de voluntad testamentaria*, sino que habría que buscar la prueba del *animus testandi* en elementos extraños al testamento. Sin embargo, lo que la ley pretende es que el *animus testandi* conste del escrito mismo. Para las circunstancias extraordinarias existe el remedio de la sucesión intestada, que trata de suplir con sus disposiciones la que presumiblemente sería la voluntad del testador, o en última instancia el testamento en inminente peligro de muerte del artículo 700 CC.

(218) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo...*, op. cit., p. 59.

Finalmente habría que señalar que en el fracasado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (Proyecto núm. 109-28 de la VIII Legislatura), tal como resultó aprobado por la Comisión de Justicia (BOCG 23 de julio de 2007, arts. 139, 140 y 141), se seguía presuponiendo que el testamento ológrafo había sido redactado sobre papel. El procedimiento de protocolización no preveía la posibilidad de sustitución de la presentación del testamento por una fotografía autenticada o por un reconocimiento judicial del objeto sobre el que hubiera sido hipotéticamente escrito y seguía hablando de que el secretario judicial “*lo abrirá si estuviere en pliego cerrado y rubricará todas sus hojas*”. Si se hubiese querido admitir que en cualquier caso, o bien en circunstancias extraordinarias, podría otorgarse el testamento sobre una superficie artificial diversa del papel, se habría indicado así. Sin embargo, no se hizo y ello reforzaría la posición de que para la validez del testamento ológrafo es precisa su escritura sobre material normalmente utilizado para la escritura manuscrita y, subsidiariamente, para la impresión gráfica.

Sentadas estas premisas, conviene analizar si es posible utilizar cualquier clase de papel. Indudablemente, el papel que mejor puede utilizarse es el papel timbrado, por las importantes funciones que cumple y que destacamos antes. Fuera de él, el papel que deberá usarse será uno de suficiente consistencia para que permanezca. Así, el testamento otorgado sobre papel pinocho, o papel cebolla o celofán, sólo valdría subsidiariamente, en defecto de existencia de papel corriente, y según las circunstancias.

Por otro lado, el papel que se use ha de ser un papel en blanco, *dispuesto para la escritura* (folio, cuartilla, hoja de un cuaderno, cartulina), el que se utilizaría normalmente para otros negocios jurídicos de la vida ordinaria. El testamento no puede otorgarse sobre otros escritos, ni tampoco, existiendo pliegos en blanco, sobre la cubierta de un libro, el reverso de un carné o de una póliza de seguros, sobre un bloque de notas publicitario, o en los huecos blancos que presenta la primera página de un BOE cualquiera, por ejemplo. Sólo en circunstancias extraordinarias cabría considerar válidos tales testamentos.

3.1.2. *Testamento escrito sobre elementos materiales distintos.*

La jurisprudencia francesa admite que la firma y/o la fecha puedan estar escritas sobre un soporte diverso de aquel en el que figura el texto testamentario, en particular el sobre que contiene el testamento. Exige para ello la existencia de un nexo intelectual y material entre los diversos soportes para así reducir los riesgos de fraude: intercalación de una hoja suplementaria, destrucción de un elemento existente, recomposición del testamento, colocación de la fecha o del nombre, etc. Dicho nexo de

unión, no especificado por el legislador, es apreciado por la prudencia de los jueces (Cass. Req., 21 de junio de 1842: S. 1842, 1, p. 547).

En el caso español no parece posible que fecha y firma figuren en soporte diverso del que contiene el texto testamentario. Del artículo 688.2 CC se desprende que “para que sea válido este testamento [el documento testamentario] deberá estar escrito todo él [el documento] y firmado [el documento] por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue”. Los tres elementos (texto, firma y fecha) deben figurar, pues, en el mismo documento. No pueden figurar unos en el documento y otros en el sobre (envoltura o cubierta del documento), aunque exista algún nexo material e intelectual entre los diversos soportes.

Lo que sí cabe es que el documento conste de varias hojas. Entonces, su conjunto expresa válidamente las últimas voluntades del testador, si existe entre ellas *un vínculo intelectual y material cuya existencia es soberanamente apreciada por los Tribunales.* No es necesario que cada hoja sea firmada y rubricada (219), pero es conveniente, como una prueba más de autenticidad y de no alteración, estampar la firma en todas ellas (220).

Pueden servir de orientación a los Tribunales españoles algunas directrices que en esta materia tiene definidas la doctrina y jurisprudencia francesas. Así se señala que el nexo intelectual sería aquel que, resultando del contenido del testamento, expresa la *continuidad de pensamiento del autor.* Dicho nexo traduce de la manera más segura la voluntad de este último de hacer un acto único e indivisible. Cuando este nexo existe, no es necesario que *cada hoja sea firmada y fechada, pero la fecha y la firma puestas sobre un solo folio deben referirse al conjunto.* A falta de nexo entre las diferentes hojas, se está en presencia de documentos separados.

El nexo material consiste en la reunión en un todo de los diferentes elementos y *permite presumir un nexo intelectual* (CA Douai, 1 de junio de 1965: JCP 1966, éd. G, IV, 34-CA Lyon, 7 de febrero de 1949: JCP 1949, éd N, II, 5182). Se trata de una *presunción simple, porque puede que el nexo material no haya sido hecho por el testador.* Puede en efecto ser la obra de un tercero que reúne varias hojas distintas en el pensamiento del testador o bien sustrae uno de los elementos, antes de reunir los otros en un mismo sobre. Serían ejemplos de nexo material: diferentes hojas idénticas que parecen estar extraídas de un mismo bloc (CA Lyon, 28 de marzo de 1955); hojas escritas con la ayuda de una simple pluma con la misma tinta (CA París, 17 de mayo de 1901: DP 1902, I, p. 266 - CA Beçanson,

(219) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 252.

(220) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, pp. 166 y 167.

15 de noviembre de 1921: DP 1922,2, p. 201) (221); hojas reunidas por una misma encuadernación, de cola u otra sujeción (CA Amiens, 14 de enero 1902: Gaz Pal. 1902, 2, p. 88; hojas colocadas en un mismo clasificador, en un sobre (CA Pau, 1.^{er} ch., 21 de diciembre de 1978: Juris Data núm. 060010); sobre pegado con cola o cerrado (CA Bourges, 15 de enero de 1908: DP. 1909,1, p. 120 –CA Rouen, 9 de diciembre de 1957: JCP 1958 éd G, II, 10688, note Voirin; RTD civ. 1958, p. 435, obs. SAVATIER); sobre abierto (Lyon, 7 de febrero de 1949: JCP 1949, éd N, II, 5182).

Lo más frecuente es que nexo intelectual y nexo material estén asociados en la investigación y determinación del nexo entre los diferentes elementos del testamento. Así, el hecho de que una frase interrumpida en la parte de abajo de una hoja encuentre su continuación lógica al comienzo de la otra (CA Aix, 9 de enero de 1910: RTD civ. 1910, p. 865), que las diferentes hojas comporten una paginación o una numeración continua (222). Ahora bien, cuando en un testamento que comprende dos partes distintas la fecha y la firma están intercaladas entre esas dos partes, los jueces no pueden considerar como válidas las disposiciones contenidas en la segunda parte, la cual no ha sido ni fechada ni firmada.

3.2. *Admisión, en la forma, de toda suerte de escritos.*

Cualquier especie de escrito, sea una u otra su presentación y apariencia, ya tome la forma de un documento titulado “testamento”, ya se trate de otro escrito, como una carta, en que el difunto explica sus disposiciones a causa de muerte, puede servir válidamente de soporte a la expresión de un testamento ológrafo. Según la fórmula del decano JOSSEMAND, “una carta puede perfectamente servir de marco para la expresión de las

(221) En el siguiente caso, el nexo material permite presumir el nexo intelectual: la Corte de Casación, sala Civil, por sentencia de 21 de junio de 1842 (Devill., 42, I, 577, 578), rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de la Cour de Limoges, que había admitido la validez de un testamento redactado en dos hojas, la primera de las cuales contenía las disposiciones de última voluntad y la segunda las frases siguientes: “Tales son mis voluntades testamentarias, que espero serán respetadas. Anulo todo testamento que yo pueda haber hecho bajo fecha anterior a ésta. Néris, 29 de julio de 1838”, con la firma del testador. La sentencia consideró probado que el acto había sido escrito en el mismo momento, con la misma pluma y tinta, la misma posición de la mano y los mismos caracteres, que había, por tanto, un conjunto completo. La primera hoja llevaba además, como la segunda, la fecha de Néris, lo que fortalecía la ligazón de los dos cuerpos del escrito. Además el testador había remitido el testamento del mismo al legatario universal instituido, hacia el que tenía gratitud y afecto. Y el carácter del instituido no permitía suponer la existencia de una hoja intermedia que hubiese sido suprimida por fraude. (TROPLONG: *Droit civil expliqué. Des donations entre - vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon*, deusième édition, tome troisième, París, 1862, pp. 38 a 40.)

(222) COUPET, LUIS: *V^o Testament olographe. Ecriture in Juris - Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, pp. 13, 14 y 15.

voluntades del «*de cuius*»; en semejante materia, es el contenido lo que importa, más que el continente”.

“Todo escrito del difunto, fechado, firmado, y enteramente escrito de su mano puede valer como testamento con tal que por este escrito, el difunto haya tenido la intención de disponer a causa de muerte (*animus testandi*). De este modo puede comprobarse por la reflexión que un escrito sin apariencia testamentaria puede ser un testamento, en la medida en que él es, en cuanto al fondo, una disposición a causa de muerte y en la forma está escrito, fechado y firmado de la mano del testador. A la inversa, todo escrito que se diga testamento no tiene por qué serlo necesariamente; puede tratarse simplemente de un proyecto.”

En Francia, como en España, según una jurisprudencia bien establecida, la distinción entre una y otra clase de documentos se hace en función de la existencia o de la ausencia de la intención de testar en el momento de la redacción del escrito litigioso.

“Es siempre el mismo criterio del *animus testandi* el que permite distinguir entre los escritos del difunto, entre los que constituyen un testamento y los que no tienen valor testamentario, porque, lo más a menudo, ellos no son más que la expresión de un simple proyecto (epígrafe V.3.2.1) o aún ellos no hacen más que recordar un testamento existente (epígrafe V.3.2.2).” Sobre el fundamento de este mismo criterio, la jurisprudencia francesa admite que el testamento pueda ser inscrito al lado de otros escritos, hasta unido a otros actos (epígrafe V.3.2.3).

Desarrollamos a continuación la doctrina y jurisprudencia francesas sobre estos temas, cuyas soluciones son trasladables al caso español.

3.2.1. Escritos que conllevan un testamento y escritos que expresan un simple proyecto.

“La jurisprudencia francesa hace la distinción entre los unos y los otros, más allá de las apariencias del escrito en función de un criterio de fondo, a saber, el *animus testandi*, soberanamente apreciado por los jueces de fondo.” Las decisiones pueden parecer paradójicas a la vista de las exigencias generales de la validez formal de los testamentos ológrafos. “Aquí, un escrito de apariencia testamentaria es apartado por falta de *animus testandi*; no era más que un proyecto. Allá, en cambio, se considera que existe un testamento a través de un escrito que no tenía el aspecto de tal, porque este escrito comportaba por parte de su autor intención de testar.”

Han considerado el escrito litigioso como portador de un testamento, entre otras, las decisiones siguientes: “La Corte de casación en el asunto Horup (Cass. Req., 20 de julio de 1943: S. 1945, 1, p. 9, note du GARREAU DE LA MÉCHÉNIÉ) ha admitido como testamento ológrafo válido un escri-

to que comenzaba así: «No teniendo hasta este día aún hecho mi testamento, yo expreso sobre la presente mis voluntades esperando escribir pronto mi testamento en buena forma y en las mismas ideas porque mis voluntades están ya decretadas y muy claras» ...

La *chambre des requêtes*, desde el 6 de enero de 1814 (S. 1814, 1, p. 217) había considerado como un testamento válido un escrito en el que el difunto había manifestado la intención no realizada más tarde, de hacer revestir el acto de la forma *mystique* [equivalente a la cerrada]...”

“En cuanto a las cartas, la jurisprudencia francesa, desde el *Code Civil*, no habiendo éste retomado la prohibición expresa del testamento por carta de la Ordenanza de 1735 (art. 3), admite que ellas puedan servir de marco a la expresión de las voluntades del *de cujus* (JOSSERAND, prec.) en la medida en que ellas conllevan un testamento [tal como hemos señalado antes] y no son la expresión de un simple proyecto de testamento o el recordatorio de un testamento anterior ya existente.”

La Corte de Casación definió su posición al respecto en la sentencia del 24 de junio de 1952 (JCP 1952, éd. G, II, 7179, note VOIRIN; D. 1952, p. 513; RTD civ 1952, p. 531, obs. SAVATIER; Gaz. Pal. 1952, 2, p. 162). “Para la jurisprudencia anterior, en el mismo sentido puede verse Cass. Req., 5 de febrero de 1900: DP 1900, 1, p. 557; Cass. Civ., 28 de julio de 1909: DP 1910, 1, p. 44; CA París, 30 de diciembre de 1921: DP 1922, 2, p. 35; RTD civ. 1922, p. 208, obs. HUGUENEY. Para la jurisprudencia posterior puede verse [CA. París, 3 de diciembre de 1962. Gaz. Pal. 1963.1234, RTD civ 1963.389, obs. R. SAVATIER; CA. Aix - en - Provence, 2 de octubre de 1973, D. 1974.J.745, note BIHR; Cass Civ. 1.^{er}, 22 de mayo de 1975. Bull. Civ. I, núm. 176, p. 157; Cass. Civ., 22 de noviembre de 1977, Bull. Civ. I, núm. 433, p. 343; CA Versailles, 1 de junio de 1989, D.1990.220. concl. DUPLAT (223)] Cass. Civ., 1.^{er}, 10 de marzo de 1993: JCP 1994, éd. N, II. p. 191, chron. CANOZ, donde una carta escrita, fechada y firmada por el testador, es considerada como un testamento, aunque no había sido expedida; CA París, 2.^e ch., B, 12 de diciembre de 1991: Juris-Data número 024901; CA París, 2.^e ch. A. 22 de septiembre de 1986: D. 1987, p. 150, note NAJJAR; CA París, 19 de noviembre de 1979: Juris-Data número 000547, cartas que expresan sin ambigüedad la voluntad de la difunta de considerarlas como su testamento, a pesar de la existencia de un proyecto de testamento ológrafo contrario preparado por un notario; CA París, 4 de julio de 1979: Juris-Data número 000364, carta dirigida a un tercero, donde el autor expresa su deseo de privar a un hermano de sus

(223) TERRÉ, François, et LEQUETTE, Yves: *Les successions, les libéralités*, 3.^a edición, Dalloz 1997, p. 300. MARTY, Gabriel, et RAYNAUD, Pierre: *Les successions et les libéralités*, Sirey, París, 1983, p. 420.

bienes provenientes de una sucesión parental; CA París, 12 de febrero de 1976: Juris-Data número 000047, cartas dirigidas a un notario"... (224).

Si la carta se limita a expresar la intención de hacer ulteriormente un testamento sin expresar la voluntad actual de disponer, no es un testamento (CA Pau, 20 de abril de 1961. D. 1961. 397. RTD civ. 1961, p. 530, obs. R SAVATIER) (225).

Frente a las resoluciones indicadas cabe señalar que son bastante numerosos y diversos los casos en que el escrito litigioso, en particular la carta, es considerado un simple proyecto y no un verdadero testamento, en razón del carácter equívoco o incierto de la voluntad del testador de disponer a causa de muerte.

“El principio de esta jurisprudencia puede ser ilustrado por tres decisiones (Cass. Civ. 1.^{er}, 29 de abril de 1985: Gaz. Pal. 1986, I, somm p. 93 obs. GRIMALDI; Cass. Civ. 1.^a, 9 de noviembre de 1982: Bull. Civ., I, número 327; Cass. Civ. 1.^{er}, 12 de enero de 1970: Bull. Civ, I, número 12). En el caso de 9 de noviembre de 1982, la testadora, de setenta y cinco años de edad, la víspera de su muerte había dirigido a su notario un escrito no fechado ni firmado, pero titulado testamento, con una carta de acompañamiento que subordinaba al consejo de su notario la expresión definitiva de su voluntad de legar en favor de una ahijada, correo que guardaba relación con una correspondencia de ocho días antes, donde la difunta hacía conocer al notario la intención de escogerle en vista de «tomar algunas disposiciones» en favor de su ahijada.” La Corte de Casación razonó del siguiente modo:

“Resultando que, en el ejercicio de su poder soberano de apreciación la Corte de Apelación, después de haber analizado la carta de 10 de septiembre de 1978, ha estimado que Mlle. Androdias subordinaba la expresión definitiva de su voluntad, concretizada por la firma, a la aprobación previa por parte de su notario, y, en consecuencia, que el documento no fechado ni firmado anexo a esta carta, no constituía más que un proyecto de testamento; que juzgando así ella ha legalmente justificado su decisión.”

“... Para otras decisiones que han juzgado que el escrito litigioso no era más que un simple proyecto (*vid.*, Cass. Civ. 1.^{er}, 25 de noviembre de 1975: Bull. Civ. I, núm. 342; Cass. Civ. 1.^{er}, 9 de noviembre de 1976: Bull. Civ. I, núm. 344; D. 1976, inf. rap. p. 52 ... Cass. Civ., 1.^a, 22 de julio de 1958: Bull. Civ. I, núm. 403; Journ. Not. 1961, p. 268, note CHASSAGNADE-BEL-

(224) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe. Ecriture in Juris - Classeurs civil*, artículo 970. Fasc. 10, 1994, pp. 15 y 16.

(225) MARTY, Gabriel, et RAYNAUD, Pierre: *Les successions et les libéralités*, Sirey, París, 1983, p. 420.

MIN, carta dirigida por el *de cujus* a su notario. CA París, 21 de enero de 1980: Juris-Data núm. 000060; París, 30 de octubre de 1980: Juris-Data núm. 000375; CA Pau, 20 de abril de 1961: D. 1961, p. 397): carta por la cual una hija hacía parte a su madre de su intención de instituir la legataria universal y de depositar el testamento entre las manos de un Notario...” (226).

3.2.2. *Escritos que recuerdan un testamento existente.*

“El criterio de la presencia o de la ausencia de *animus testandi* en el autor del escrito permite a la jurisprudencia francesa distinguir entre escritos que no son testamentos porque ellos no hacen más que *recordar un testamento anterior* por alusión, referencia o reenvío, y *escritos similares que conllevan sin embargo, testamento.*

A priori, tales escritos, que recuerdan un testamento anterior, no comportan la intención de testar y no pueden valer como testamento incluso si, por lo demás, están escritos, fechados y firmados por el testador (Cass. Civ. 1.^{er}, 22 de mayo de 1973: Bull. Civ. I, núm. 176; Cass. Civ. 1.^{er}, 22 de noviembre de 1977: Bull. Civ. I, núm. 433; CA París, 6 de diciembre de 1962: D. 1963, somm. P. 42) y *a fortiori*, con más motivo, si reenvían a actos escritos por un tercero (Cass. Civ. 1.^{er}, 18 de julio de 1960: Bull. Civ. I, núm. 360; JCP 1960, éd G. IV, 142; D. 1961, somm. p. 38; T. Civ Albertville, 29 de noviembre de 1935: S. 1937, 2, p. 70; Rép. Gén. Not. 1937, 25011).

Sin embargo es posible que el escrito que manifiesta la existencia de un testamento anterior pueda valer como testamento ológrafo, si además de las exigencias de forma requeridas, comporta *animus testandi*” (227). Así una carta que anunciaba un testamento anterior que no había sido vuelto a encontrar ha sido considerada como testamento válido (CA París, 3 de diciembre de 1962, Gaz. Pal. 1963.1.234. RTD civ, 1963, p. 389, obs. R. SAVATIER) (228).

3.2.3. *Testamento ológrafo escrito al lado de otros escritos.*

A los ojos de la jurisprudencia francesa, el testamento ológrafo, que es un acto singular, *no necesita ser consignado sobre un acto aparte*; puede, sin que su validez formal sea cuestionada, estar adjunto a otro acto jurídico; así a una donación (Cass. Req., 23 de junio de 1879: DP 1880, 1, p. 408) o

(226) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe*, op. cit., p. 16.

(227) COUPET, Luis: V^o *Testament olographe*, op. cit., p. 17.

(228) MARTY, Gabriel, et RAYNAUD, Pierre: *Les successions et les libéralités*, Sirey, París, 1983, p. 420.

a una póliza de seguros (Cass. Civ., 6 de mayo de 1891: DP 1893,1, p. 177) o a un reconocimiento de deuda del deudor del disponente (CA París, 20 de diciembre de 1913: S. 1913,2, p. 54) o a un *billet à ordre* (Cass. req., 25 de noviembre de 1890: DP 1891,1, p. 411), a una cesión de clientela (V. CA Nîmes, 8 de febrero de 1944: JCP 1944, éd G, II, 2612, note BECQUÉ), a un acto de préstamo (Cass. Civ. 1.^{er}, 17 de noviembre de 1982 [*motifs*]: JCP 1983 éd. N, prat. 532; Gaz Pal. 1983, I, p. 59). Es incluso juzgado que el testamento permanece válido si el acto jurídico al que está unido viene a ser anulado (*vid.* Cass. Req., 4 de agosto de 1857: DP 1858, 1, p. 118 - CA Lyon, 23 de febrero de 1922: DP 1923,2, p. 72) (229).

Esta doctrina es trasladable al caso español siempre que el testamento, aunque esté adjunto a otro acto, *conserve su independencia* como tal testamento (no parece que sea lo más acertado otorgar testamento entre las cláusulas de un contrato de préstamo, p. ej.) y cumpla con los tres requisitos de forma del artículo 688.2.º CC.

3.3. *Rechazo de la fotocopia y de la copia por decalco del testamento.*

En España, de acuerdo con la nueva LEC (art. 268, relativo a la forma de presentación de los documentos privados), en principio, se aporta al proceso el original del documento privado, pero también cabe presentar copia autenticada por el fedatario público competente o incluso copia simple (230). Ahora bien, conteniendo el Código Civil normas especiales relativas al expediente de protocolización del testamento ológrafo, habrá que estar a lo que diga la norma especial, la cual parece referirse a la pre-

(229) COUPET, Luis: *Vº Testament olographe, op. cit.*, p. 17.

(230) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2000, p. 337.

Artículo 268 LEC en la redacción dada por Ley 41/2007, 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada normativa tributaria:

“1. Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente.

2. Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.

3. En el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 265.”

sentación del original. Así, en el artículo 689 CC se dice: “El testamento ológrafo deberá protocolizarse *presentándolo* con este objeto al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido”. Y el artículo 690 se refiere a la persona *en cuyo poder se halle depositado dicho testamento*, quien “deberá *presentarlo* al Juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador...”. De estos dos preceptos deduciríamos que no sería protocolizable ni un calco por carbón, ni una simple fotocopia, ni una fotocopia autenticada por notario ni una reproducción del testamento obtenida con la ayuda de una prensa para copiar (231), ni un testamento compuesto de enmiendas manuscritas sobre la fotocopia de un texto manuscrito (en este sentido cabe citar Cass. Civ. 1.^{er}, 3 de enero de 1941) (232).

Además de esta deducción, extraíble de los preceptos citados, es lógico que respecto del calco por carbón y la fotocopia simple existan recelos y temores debido a la posibilidad de composiciones de falsos testamentos. Un tercero puede componer un testamento por el decalco de varias escrituras del difunto y de su firma, o aún reproducir la parte de un testamento que le conviene, no reproduciendo la que le molesta. (Para testamento falso por decalco a partir de un primer testamento, v. CA París, 2.^o ch., 14 de diciembre de 1974, Mihay c/ Richon) (233).

Particularmente revelador del nulo valor que tiene la mera fotocopia de un testamento ológrafo es el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2002. El Juzgado de 1.^a Instancia, ante el que se había presentado demanda de protocolización de testamento ológrafo basada en una fotocopia, por desconocerse el verdadero paradero del original, declaró el archivo de las actuaciones (tras requerir a la parte a que presentase el original, sin obtenerlo), expresando en los fundamentos de la resolución que “*obrando sólo fotocopia, no así el original, cabría pensar en la presentación de tantas copias en otros juzgados dando lugar a*

(231) No se puede considerar como escritas por la mano del testador las reproducciones de testamentos obtenidas con la ayuda de una prensa para copiar. Nada permite, en efecto, en la escritura obtenida así, saber quién manejaba la prensa para copiar. Incluso si esta última estaba de hecho bajo la mano del testador, la hechura de la reproducción obtenida no tiene ya nada de personal. Ella no difiere de la reproducción que hubiera hecho un tercero. *La escritura de la copia no lleva en ella misma la prueba intrínseca de sinceridad. Ella no llena entonces su principal papel. Por lo demás, en la ausencia del original que puede ser supuesto voluntariamente destruido por su autor, esta escritura no responde ya a su otro fin, que es ilustrar la libre adhesión del testador a las disposiciones del acto.* (SAVATIER: *L'écriture du testament olographe*, Rep. Gén. prat. du notariat, 1934. Art. 23918, p. 511.)

(232) En cuanto al problema de los dobles originales y copias hechas por el testador (si es admisible tal distinción; si sería protocolizable una copia hecha por el testador, etc.) ya hemos dicho que es tema que habría que estudiar con más profundidad.

(233) COUPET, Luis: *V^o Testament olographe*, op. cit., p. 18.

resoluciones diferentes (234), habiendo exigido la jurisprudencia cuando se trata de cotejo de letras por propia esencia” la presentación de las originales [STS de 3 de diciembre de 1985 (RJA 1985/6518)].

Interpuesto recurso de apelación por la parte promotora del expediente, la Audiencia desestimó el recurso alegando: 1.º) Que para que pueda prosperar la protocolización, “además, de exigir los presupuestos esenciales relativos a la capacidad del testador, edad, escritura y firma, se encuentra *la adveración del propio documento* aportado para poderle otorgar la eficacia de documento público, debiendo constar en cualquier clase de papel referido este último requisito al original...”. 2.º) Que debe ser escrito por el propio testador, requiriendo la autografía total, debiéndose entender original. 3.º) Que la parte apelante formula erróneamente la argumentación de su recurso al sostener como motivo principal el valor de la reprografía que determina la actual LEC, frente al texto de 1881 (235), pues “una cosa es la regulación prevista en el artículo 334 de la actual LEC, en el que prevé en efecto, la reprografía como medio de reproducción de documentos por diversos medios incluyendo la fotografía, microfilme, etc., y recogido bajo la rúbrica de las disposiciones comunes a las dos secciones anteriores, que se corresponden con los documentos públicos y privados, estimando las fotocopias que pueden versar sobre documentos de una u otra clase, y su consideración no variará porque lo fotocopiado sea una u otra, sino lo realmente trascendente es el procedimiento, y no el objeto, y *otra cosa muy distinta es el caso aquí enjuiciado, en el que la presentación del documento original, es presupuesto necesario para la protocolización del testamento [ya que es el único medio de que haya garantía de su autenticidad] siendo buena muestra de esta diferencia de trato, la imposibilidad de dar validez a un testamento ológrafo mecanografiado, mientras que esta forma de escritura es la habitual en las actuaciones judiciales... (cva. ntra.)”.*

El Auto concluye diciendo que “en el presente caso, instándose... [la] solicitud de protocolización de testamento ológrafo, aportando fotocopia, que no el original; dicha pretensión necesariamente hubo de desestimarse en la instancia por la ausencia de aportar, precisamente, el documento original, pues al fundamentarse la pretensión en la existencia de un tes-

(234) Esta posibilidad, que efectivamente puede darse, se limitaría a dos juzgados, ya que el artículo 689 del CC señala dos foros de competencia territorial: el juez de primera instancia del último domicilio del testador o el del lugar en que éste hubiese fallecido.

(235) La parte promotora había argumentado que debía admitirse el expediente teniendo en cuenta las disposiciones de la NLEC, donde se reconoce la validez de cualquier medio de prueba, dándose especial importancia a los medios técnicos, tanto telemáticos como fotográficos, y los de reproducción de textos o documentos que no contemplaba la anterior legislación del año 1881.

tamento ológrafo, por propia definición, se exige la aportación del documento original que *es el único medio que acredita la verdadera voluntad del testador no manipulada* (cva. ntra), pero no basta su inicio con la aportación de una fotocopia y se invoque la aplicación de principio que recoge la actual LEC”.

Otro argumento para negar el valor de la fotocopia es el alegado por la STS de 3 de diciembre de 1985, citada por el Auto anterior, en la que se afirma que “el informe pericial caligráfico, por su propia esencia y naturaleza, ha de llevarse a cabo en consideración a *documentos originales y no a fotocopias*”. La previsión, pues, del artículo 691.2.º CC excluiría la posibilidad de que pueda darse valor de testamento ológrafo a una simple fotocopia.

En la línea de la mencionada sentencia, DE LA OLIVA SANTOS afirma que “es importante hacer notar que, al menos al tiempo de redactarse esta obra (236), esta prueba pericial [el cotejo de letras] requiere *disponer de documentos originales*: las fotocopias o copias semejantes o los documentos recibidos mediante «fax» o un instrumento semejante no permiten realizar todas las operaciones de examen y de comparación de dos escritos” (237).

En opinión de dos expertos en pericia judicial caligráfica, si la fotocopia no es de mala calidad o de originales muy flojos, partiendo de la condición de que la fotocopia examinada fuera fiel reflejo de su original [exactitud de la copia], podría dictaminarse sobre la misma *en cuanto a la afirmación de que determinado grafismo se corresponde o no a tal persona*. Ahora bien –precisan–, los peritos que trabajan en documentoscopia (sobre documentos y no tanto sobre grafismos, como trabaja el perito calígrafo), se fijan mucho más en el soporte, en la hoja de papel, en las tintas y por ello desconfían de la fotocopia y, *hasta cierto punto tienen razón, aquí no se aprecian raspados, lavados y añadidos...* “La fotocopia puede haber sido el resultado de una manipulación, por ejemplo, haber recortado una firma y superponerla encima de otro documento y obtener una fotocopia final, haciendo desaparecer el original; en dicho caso, la firma sería auténtica, pero el documento no, es por ello que podemos llegar a dictaminar si en una fotocopia una firma es o no auténtica, pero en ningún caso podemos afirmar que el documento lo es, siempre quedará condicionado a que realmente sea fiel reflejo de su original, lo cual no podrá comprobarse si no es con el posterior cotejo del mismo, ...” (238) [Luego

(236) Se refiere a la obra: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2000.

(237) *Op. cit.*, p. 341.

(238) VIÑALS CARRERA, FRANCISCO; PUENTE BALSSELLS, M.ª LUZ: *Pericia caligráfica judicial. Práctica, casos y modelos*, Herder, Barcelona, 2001, p. 72.

requiriéndose para la protocolización la comprobación, no ya de la autenticidad de la escritura, sino del *documento*, es imprescindible la presentación del original]. Además, los dichos expertos reconocen *que el no ver el documento original puede llevar a una grave confusión*, como hubiera ocurrido en el caso que relatan, en que de la fotocopia parecía desprenderse una aparente superposición de un 5 sobre una inicial cifra 2 (que indicaba los años de duración de un contrato). Sin embargo, viendo el original se determinaba claramente que el *documento no había sufrido ningún tipo de manipulación*. Lo único que ocurría es que la persona que había escrito el “5” a veces elaboraba un doble rasgo a modo de acento en el trazo superior del número, y en este caso por la sombra que había dejado y el exceso en su curvatura producía el efecto óptico de que dicho rasgo pudiera haber sido la parte superior de un 2, pero *era una impresión errónea que en este caso únicamente se podía determinar disponiendo del documento original para su estudio en el laboratorio* (239) (240). De todo lo cual cabe deducir que lo procedente es realizar el cotejo de letras sobre documentos originales y que, por tanto, ha de presentarse para su protocolización el testamento original.

4. Instrumento con el que se escribe.

Del artículo 691 del CC se desprende que el testamento ológrafo debe ser escrito y firmado de mano propia del testador (241). Pero nadie escri-

(239) VIÑALS CARRERA, FRANCISCO; PUENTE BALSELLS, M.^a LUZ: *Pericia caligráfica judicial. Práctica, casos y modelos*, Herder, Barcelona, 2001, pp. 171 y 172.

(240) Para proceder a una peritación caligráfica dice el autor que es preciso ante todo “disponer del suficiente material gráfico para el contraste, si es posible, por ejemplo, solicitar el máximo número de firmas auténticas para el cotejo, pedir manuscritos realizados en distintas ocasiones, ... no contentarse con el mínimo ni dejarse influir por las opiniones, prejuicios o detalles que no tengan nada que ver con lo que refleje el grafismo”. (VIÑALS CARRERA, FRANCISCO; PUENTE BALSELLS, M.^a LUZ: *Pericia caligráfica judicial. Práctica, casos y modelos*, Herder, Barcelona, 2001, p. 70.)

(241) Ello no significa, sin embargo, que se excluya la escritura con la boca o con el pie, en el caso de personas que carezcan de brazos o los tengan inutilizados, como entiende TORRES GARCÍA. (TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”. En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I. Madrid, 1991, p. 1737). El CC se refiere a la mano porque es el miembro normalmente utilizado para escribir, pero una persona que escribe con la boca o el pie puede dejar constancia de su caligrafía personal y, por tanto, de su autoría con igual certidumbre. (RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, p. 633.) Basta con que ese modo especial de escribir sea en la persona habitual, de manera que existan documentos para el cotejo, o la escritura pueda ser reconocida por testigos. Como señala ROMERO COLOMA, no hay que atenerse tanto a la letra del artículo 691 como a su espíritu. (ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 52.)

En Alemania se admite la escritura con la boca o el pie (KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 293). En Francia, TERRÉ y LEQUETTE consideran que se puede concebir que

be directamente con su mano, sino que se utiliza un instrumento, que es la prolongación de esa mano. El instrumento ha de estar sostenido por ella y *expresar fielmente el movimiento de ésta*, de modo que se forme y se deje constancia en la escritura del carácter individual de las grafías y rasgos del testador. Por otro lado, el instrumento ha de ser tal, que los caracteres trazados *se conserven* sobre el soporte hasta el momento de la adverbación.

Si bien la doctrina admite instrumentos muy variados (pluma, lápiz, pincel, carbón, tiza, sangre, un estilete, un diamante, un cuchillo) diciendo que lo esencial es que haya una escritura en la cual se pueda reconocer la mano del testador, el soporte admisible nos limita los instrumentos utilizables. Solamente la pluma, el bolígrafo, el rotulador y el lápiz (242) y las variantes de cada uno de estos instrumentos (que cumplen con las con-

el testamento de un discapacitado pueda estar escrito de otro modo que con la mano, por ejemplo, con los dientes (TERRÉ, François, et LEQUETTE, Yves: *Les successions, les libéralités*, 3.^a edición, Dalloz, 1997, p. 300, nota 1). Sin embargo, si pudiendo escribir con la mano se escribiese el testamento de otro modo, éste no sería válido.

(242) A pesar de comportar éste un riesgo importante de fraude (borrar disposiciones que incomodan por un heredero o legatario) (COUPET, Luis: *V^o Testament olographe, op. cit.*, pp. 6 y 7).

En Francia se ha admitido la validez del testamento escrito a lápiz en todo o en parte, a condición de que esta circunstancia no manifestase que se trataba solamente de un borrador o de un proyecto. Así CA. Aix - en - Provence, 27 de enero de 1846: DP 1846.2.230; Besançon, 6 de junio de 1882, Rép. Gén. Prat du notariat. 1934, artículo 1538; Tr. Clermont - sur - Oise, 17 de marzo de 1893, *op. cit.*, artículo 7146; Tr. Lyon, 7 de marzo de 1906, *op. cit.*, artículo 14767; Poitiers, 24 de enero de 1916, D. 1920, II, 135; Lyon, 30 de diciembre de 1931, Rép. Gén. Prat du notariat. 1934, artículo 23228; CA París, 27 de enero de 1939: DH 1939, p. 217. También una sentencia del Tribunal de La Habana, 29 de junio de 1929, declaró válido un documento escrito con lápiz, ya que el artículo 688 del CC, que aplicó, no exige determinada materia de líquido con la cual escribir el testamento. [Este argumento, aunque permitió obtener un resultado correcto, no era exacto, pues los fines a que responde el requisito de la escritura y el soporte admisible sí exigen determinados instrumentos.] (TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, p. 254). *Vid.* también Bruxelles, 16 de febrero de 1885 (Rép. Gén. Prat du notariat, 1934, art. 2672).

TROPLONG daba como argumento (hay que tener en cuenta la fecha en que escribe) que una persona por su profesión, por ejemplo, un pastor, puede estar alejado de su morada y no tener tinta. No sería lógico prohibirle trazar sus últimas voluntades a lápiz. Basta con que se encuentre en su escrito una expresión formal, una marca cierta de la adhesión personal. Es un escrito más frágil que uno escrito a tinta, no es indeleble, pero no está menos provisto de un carácter suficiente de duración para constatar en el momento de la muerte cuál ha sido el pensamiento del difunto y no tendrían razón los que le comparasen a los caracteres fugitivos trazados sobre el polvo. (TROPLONG: *Des donations entre - vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon*, tome troisième, deuxième édition, París, 1862, p. 38.) Este argumento conserva hoy su razón de ser si pensamos en personas ancianas que aún pueden seguir apegadas al uso del lápiz a pesar de ser hoy el bolígrafo el instrumento de escritura más extendido.

En España se admite la validez del testamento escrito a lápiz, RUIZ VADILLO (RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", RDP, julio-agosto 1972, p. 633).

diciones que hemos reseñado antes) pueden utilizarse sobre los materiales de papelería, que constituían el soporte del testamento. El pincel ciertamente también, pero amén de que podría deformar la grafía no es un instrumento apropiado para la redacción de un documento, sino para la realización de una obra de las Bellas Artes, no consistiendo en tal el testamento. Como no cabe la escritura sobre un muro o sobre el suelo, por los argumentos que expusimos antes, es descartable como instrumento el dedo manchado en sangre, de la víctima de un crimen, de que habla la doctrina. En cuanto a la máquina de escribir o el procesador de textos, no es posible utilizarlos porque no permiten proyectar en la escritura la impronta personal (SAP Vizcaya 16 de febrero de 2001) (243).

5. Palabras tachadas, enmendadas o entre renglones.

5.1. *Por el propio testador.*

Como es requisito formal indispensable para la existencia del testamento ológrafo que éste *sea escrito enteramente por el testador*, será necesario que se justifique que cualquier modificación del contenido del testamento es obra del propio testador. Dicha obligación queda cumplida por medio de lo establecido en el artículo 688.3.º CC, cuando dice: “Las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones las salvará el testador bajo su firma”. Se pretende con esta disposición evitar que terceros ajenos al testamento puedan introducir modificaciones en el mismo, así como garantizar que las modificaciones se corresponden con la voluntad del testador y garantizar la autografía del testamento (244).

Salvar, según el DRAE, “es poner al final de un instrumento o escrito una nota *para que valga lo enmendado o añadido entre renglones o para que no valga lo borrado [tachado]*”. De esta definición cabe deducir que salvar no es simplemente poner una firma al final de lo escrito.

Ahora bien, cabe plantearse si serán necesarias dos firmas en el escrito testamentario con alteraciones para poder salvar las mismas, o, por el contrario, será suficiente una sola. Esta cuestión guarda relación con el momento en el cual las alteraciones han sido realizadas. Si éstas han tenido lugar antes de perfeccionarse el acto, o han sido hechas por el testador en un momento posterior al otorgamiento (firma). En el primer caso, estas modificaciones pueden ser salvadas por el propio testador al final del texto

(243) Citada por ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, pp. 53 y 54.

(244) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 256 y 257.

testamentario, mediante una declaración en tal sentido, anterior a su firma. Se aplicaría por analogía lo previsto para el testamento cerrado en el artículo 706.2.º CC, donde se señala que el testador que haya escrito su testamento pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o entre renglones. En el segundo caso, el testador no puede salvar las modificaciones con la firma que ha tenido que poner para la existencia del testamento. Será necesario hacer constar, a continuación del testamento, la declaración de voluntad que determina el valor que ha de darse a las modificaciones operadas y autorizar ésta con la firma (245). “Esto no quiere decir que en el primer caso exista una identificación entre la firma, requisito esencial para que el escrito testamentario produzca sus efectos, y la necesidad de la misma para que el testador salve las palabras por él modificadas, sino que en este primer caso la declaración que hace el testador de determinar el efecto que produce lo por él modificado forma parte del contenido del testamento, siendo suficiente para dar efecto a esta cláusula puesta por el testador, la firma con que pone fin al acto jurídico testamentario” (246).

Si no se cumple con la obligación de salvar del artículo 688.3.º CC, ¿se produce la nulidad del testamento igual que si faltase algún otro de los requisitos formales del 688.2.º CC?

En principio, no se produce la nulidad del testamento, sino que el no cumplimiento de la obligación a lo que afecta es a la validez de las palabras añadidas o alteradas, las cuales se tienen por no puestas. El fundamento de esta solución se halla en la sentencia de 4 de abril de 1895, la cual entendió que *no procedía la nulidad* del acto testamentario porque la exigencia de salvar las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, está en párrafo distinto de aquel en que se determinan los requisitos para la *validez* del testamento ológrafo y porque, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas no salvadas, que en nada afectasen a la parte esencial del testamento, vinieran a anular a éste.

Ahora bien, se producirá la *nulidad del testamento* si las modificaciones no salvadas no son meramente accidentales, sino que afectan a algún elemento esencial de la disposición testamentaria, como pueden ser la fecha, la firma, el nombre del heredero, la cosa o cantidad objeto de la institución de heredero, etc., de modo que alteran de modo sustancial la voluntad del testador, o simplemente hacen dudoso el contenido de la disposición

(245) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 258 y 259. En el mismo sentido, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”. En SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.): *Comentario del Código Civil*, tomo 4, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2006, p. 465.

(246) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 258 y 259.

o la concurrencia de los requisitos sustanciales que han de acompañar a la forma autógrafa del testamento [como así declararon las STS de 29 de noviembre de 1916, 3 de abril de 1945 (RJA 1945/569); 11 de abril de 1945 (247), 25 de octubre de 1947, 30 de noviembre de 1956, 24 de febrero de 1961 (RJA 1961/351) (248), 5 de junio de 1961, 4 de noviembre de 1961, 10 de febrero de 1994 (RJA 1994/848); sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de enero de 1993 (RJA 1994/2844), SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1995 (AC 1995/2142), (249) y SAP Toledo de 28 de enero de 2000 y Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de mayo de 2005 (JUR 2005/121599)] (250) (251). O sea que, según la jurisprudencia y la opinión dominante (252), si se trata de palabras que no afecten, alteren ni varíen de modo sustancial la expresa voluntad del testador manifestada en el testamento, entonces *la nulidad quedará concretada a las palabras no salvadas, las cuales se tendrán por no puestas [valiendo el texto primigenio del testamento o pala-*

(247) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1977, pp. 260 y 261.

(248) Esta sentencia sienta en *ratio decidendi*: “Que los requisitos exigidos por el artículo 688 del CC para la existencia en derecho del testamento ológrafo (autografía total) son esenciales al acto o lo corporizan como categoría jurídica a falta de intervención de funcionario público, mas las palabras intercaladas o al margen del documento no salvadas por propio testador con su firma, cuando no varían ni alteran el exacto contenido de la declaración de voluntad, aunque no estén así salvadas, y con mayor razón en el supuesto de ser atribuidas a tercero no pueden enervar o destruir la eficacia del negocio según ya lo viene estableciendo esta Sala (sentencia de 3 de abril de 1945 [RJA 1945/569] y 25 de octubre de 1947; ...”

(249) Esta sentencia considera que la *tachadura, enmienda o entrerrenglonado que afecta a un legado de cantidad y no ha sido salvada, se tiene simplemente por no puesta y no afecta a la validez del testamento, ya que no altera sustancialmente la voluntad del testador*. Literalmente dice: “La existencia de palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, no salvadas expresamente por el testador, nos estamos refiriendo en este caso a la disposición de una cantidad de dinero en favor de..., entendemos que no afecta a la validez de toda la disposición testamentaria, sino únicamente a las palabras o expresión a la que se refiere, la cual se tiene por no puesta, *recobrando plena vigencia la que se pretendía sustituir*, pues no altera o varía de manera esencial el contenido de la disposición testamentaria, ya que está hecha con una herramienta de escritura distinta y no está específica y expresamente salvada”.

(250) Cfr. TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”. En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1738. BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: “Comentarios al artículo 688 CC”. En SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.): *Comentario del Código Civil*, tomo 4, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2006, pp. 468 y 469. ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2006, pp. 31 a 34; 120.

(251) El tachado de la palabra “última” que en el texto precede a “voluntad” no impide que sea calificado como testamento el escrito, si del resto del documento se desprende claramente que la voluntad del autor era hacer testamento ológrafo. (Véase sentencia de 6 de febrero de 1969.) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, *op. cit.*, p. 642.

(252) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones*, 2.ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, 2004, p. 195.

bras que se pretendían tachar o sustituir. Las palabras añadidas se tienen por no puestas]; en otro caso, la nulidad se extiende y contamina todo el testamento (STS de 3 de abril de 1945) (253).

ALBALADEJO distingue los casos de que la alteración no salvada sea de algo esencial en el testamento o de algo no esencial, pero matiza la solución dada para el primero admitiendo la posibilidad de una nulidad parcial:

“En cuanto a la *introducción de alteraciones* en el texto, ... las procedentes del testador que alteran el primer texto o el texto limpio (limpio de tachaduras, enmiendas o entrerrenglonados) para que *valgan (las alteraciones)* ha de salvarlas aquél bajo su firma. Y si no las salva, *vale el testamento, pero vale con el solo texto primero o limpio*, menos si la *modificación es referente a algo esencial* (p. ej., a la fecha, o al nombre identificador del heredero), pues entonces: bien es nulo *todo* el testamento (si, p. ej., se trataba de alteración de la fecha), bien es nula la *parte* del mismo (y no la sola modificación introducida, o ésta y lo por ella alterado del texto primero o limpio) afectada por la modificación y además todo lo que en el resto no sea razonablemente independiente de lo anulado” (254). RUIZ VADILLO comparte también esta opinión diciendo que en el caso de que la palabras tachadas recaigan sobre algún elemento esencial de la disposición testamentaria, si dichas palabras tachadas “pueden aislarse y formar un conjunto autónomo, homogéneo e independiente, debe provocar la nulidad sólo de esa zona” (255). Esta solución de la nulidad parcial es la que parece más acertada por los argumentos dados por ROCA SASTRE, y que reproducimos en el epígrafe “Principio de nulidad parcial”, que son trasladables aquí. Como ya indicamos, en la medida de lo posible hay que conservar el testamento.

ROCA SASTRE, en cambio, hace otra interpretación del artículo 688.3.º, que siguen PUIG FERRIOL y BADOSA, según la cual el precepto “no establece ningún requisito formal o de validez, se limita a decir que las palabras tachadas, enmendadas o interlineadas *no se considerarán integrantes del contenido del testamento si no se salvan con la firma*. La regla debe aplicarse cualquiera que sea el valor de las palabras no salvadas en relación con las integrantes de la declaración.

Si por no salvarse tales palabras, el texto del testamento careciera de sentido, el contenido testamentario no sería tenido en cuenta. Aquí no se aplicaría el concepto de invalidez (art. 675.2.º), sino el de inteligibilidad de

(253) Cfr. TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”. En *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1738.

(254) ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, José María Bosch Editor, SL, Barcelona, 1997, p. 224.

(255) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, p. 642.

la declaración (arg. ex art. 750)” (256). Parece, pues, que la diferencia con la opinión común radicaría en que, aunque la enmienda, tachadura o entrerrenglonado altere de modo sustancial la voluntad del testador, será válido el testamento y el contenido testamentario será tenido en cuenta *siempre que el texto del testamento sea inteligible*. Viene a coincidir así con los que sostienen la nulidad parcial. Si no es inteligible, no se tendrá en cuenta el contenido del testamento, pero no por razón de nulidad, sino de ininteligibilidad. Por otro lado, si la modificación afecta a un elemento accidental *pero que hace ininteligible el testamento*, el contenido de éste no será tenido en cuenta. Pero es difícil que en la práctica se presente esta situación. Normalmente, afectando el problema a un elemento accidental, el testamento será inteligible, con lo que valdrá (sin la parte tachada), a diferencia de lo que ocurre con la opinión común, en que vale el texto primitivo. Parece más acertada la tesis que distingue entre elemento accidental y esencial y que opta por la nulidad parcial, en caso de afectar la modificación a elementos esenciales, pues ésta tiende a dar más eficacia a la voluntad del testador y a conservar el acto en la medida de lo posible.

TORRES GARCÍA se pregunta si es exhaustiva la enumeración de supuestos enunciados en el artículo 688, apartado 3.º, o por el contrario la obligación de salvar afectará a otras posibles alteraciones del escrito testamentario (palabras puestas al margen, espacios dejados en blanco por el testador...). En su opinión, la solución en estos casos, desde el punto de vista formal, puede ser la misma (257), si bien, también parecería admitir que la salvadura podría realizarse de otra manera distinta del procedimiento previsto en el artículo 688.3.º CC, siempre que se cumpla con la misma finalidad que persigue aquél (258).

“En relación con los espacios dejados en blanco —dice—, hay que precisar que si los mismos no tienen ninguna relevancia en el conjunto de la declaración, no producen ninguna consecuencia, pero si ellos han sido dejados para poner, v. gr., el nombre del heredero o legatario o cantidades a distribuir, y no han sido cubiertos, el testamento es nulo, no por falta de autografía, sino *por falta de declaración de voluntad*” (259). Pero sólo parcialmente, si hay disposiciones manifestadas y separables de las que contenían los huecos en blanco, según la argumentación que dimos anteriormente.

(256) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*. Traducción de la decimoprimer revisión de Helmut COING. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón M.ª ROCA SASTRE, volumen 1.º, segunda edición, al cuidado de Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1976, p. 301.

(257) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, p. 262.

(258) TORRES GARCÍA, Teodora: “Comentario al artículo 688 CC”, *op. cit.*, p. 1737.

(259) TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, p. 262.

5.2. *Por un tercero.*

Anteriormente (epígrafe V.1.3.2.1.B.d) contemplamos el supuesto de que un tercero escribiese disposiciones adicionales a un testamento ya confeccionado. Ahora nos planteamos la cuestión de que un tercero realice alteraciones sobre un testamento ya otorgado.

ALBALADEJO señala que las alteraciones procedentes de un tercero, hechas con posterioridad a la redacción del testamento, no afectan a la validez de éste. No puede dejarse al arbitrio de un tercero la validez o nulidad del testamento. Incluso en el caso de que fueran conocidas por el testador, tendrían el mismo tratamiento que una enmienda no salvada por el testador (260). La dificultad puede hallarse en distinguir de quién proceden y en conseguir averiguar lo que estaba escrito donde el tercero tachó o rectificó, por ejemplo (261).

RUIZ VADILLO dice que las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones añadidas por un tercero *sin que el testador lo sepa o consienta*, se tendrán por no puestas (262). Si las palabras de mano ajena puestas tras la confección del testamento fueran salvadas por la firma del testador, “creemos que en tal caso afectarían a la validez del testamento, porque haciéndolas suyas el testador, se faltaba al requisito esencial de la total autografía del instrumento” (263). Sin embargo, más bien parece que tendrían el mismo valor que una enmienda no salvada, como señala ALBALADEJO, pues, en definitiva, se trata de un caso de conocimiento y consentimiento de la enmienda por el testador y, como ya dijimos, procede conservar el testamento en la medida de lo posible. Esto es, no se alteraría el contenido inicial del testamento y la enmienda se tendría por no puesta, si afecta a algún elemento accidental. Daría lugar a la nulidad parcial si afecta a algún elemento esencial.

6. *Animus testandi.*

Como señala TORRES GARCÍA, la escritura en el testamento ológrafo no sólo es un medio autenticador, sino que es el medio de manifestar la

(260) Si conoció la actuación del tercero y no la consintió, pero no pudo rehacer el testamento porque se le intimidó o se usó de violencia, valdrá el testamento siempre que se pruebe la intimidación o violencia que padeció.

(261) ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.^a edición, José María Bosch Editor, SL, Barcelona, 1997, p. 224.

(262) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, pp. 640 y 641. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, 3.^a edición, corregida y aumentada. Valladolid, 1926, p. 86.

(263) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, 3.^a edición, corregida y aumentada. Valladolid, 1926, p. 86.

declaración de voluntad testamentaria, de ahí que requiera la existencia de un elemento no sólo material (palabras escritas), sino un elemento espiritual, el *animus testandi*. Es la misma idea que expresó PUIG PEÑA: la autografía total del testador no consiste sólo en el elemento material, éste será el soporte físico de la misma, pero su exacta configuración ante el Derecho requiere un elemento espiritual que consiste en la intención de testar.

Por otro lado, como señala ROCA SASTRE, el acto de otorgamiento en los demás tipos testamentarios aparece desgajado del acto de confección del testamento [*vid.* art. 695 para el testamento abierto (“... lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad”) y 707.3.^a, para el cerrado (“En presencia del Notario, manifestará el testador por sí o por medio del intérprete previsto en el art. 684, que el pliego que presenta contiene su testamento...”)] (264); sin embargo, en el ológrafo aparece confundido con la confección del testamento, aunque no deja de ser contemplado por la ley (art. 688.1.^o). “A diferencia de lo que ocurre con otras formas comunes de testar, aquí no existe ninguna manifestación de voluntad coetánea a la realización del acto en el cual se manifieste el *animus testandi*” (TORRES GARCÍA). Ello obliga, pues, a que la escritura refleje el *animus testandi*: “será imprescindible la existencia o la deducción de una voluntad del testador que manifieste que el contenido dispositivo que ha manifestado debe valer como negocio *mortis causa*, voluntad que ha de confirmarse con la firma” (265) (266).

La manifestación de la voluntad testamentaria que se hace a través de la escritura debe ser actual y definitiva. Ello es lo que servirá para calificar el escrito como testamento y diferenciarlo del mero borrador o proyecto (TORRES GARCÍA). Tampoco cabría, en el testamento epistolar, que se tratase de una simple promesa de testar en un determinado sentido o de una notificación de la intención de testar algún día en un determinado sentido o de la explicación de una disposición de última voluntad ya otorgada (267).

(264) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 302.

(265) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(266) En el mismo sentido dice ALBALADEJO: “Utilizando otras formas testamentarias, por ejemplo, la notarial abierta, por el solo hecho de cubrir los trámites formales que la ley exige se pone de relieve tal voluntad [testamentaria], aparte de que se pueda manifestar expresamente en la declaración. Al testar por ológrafo, para que conste tal voluntad ha de quedar claro, porque se diga así en el escrito o porque se deduzca con seguridad del mismo (de modo que resulte descartado que se trata de un mero proyecto, unas notas o recomendaciones), ya que la sola forma de por sí no revela tal voluntad testamentaria, pues redactar un documento de puño y letra con fecha y firma puede hacerse con fines muy distintos”.

(267) KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 296.

Cumplidos los requisitos de forma, deberá presumirse *iuris tantum* que el documento con forma de testamento contiene un verdadero *animus testandi*, aunque ello podrá ser impugnado si en efecto no se contenía tal *animus* (268). Ahora bien, admitida la validez del testamento epistolar en nuestro Derecho por la doctrina y la STS de 19 de diciembre de 2006 [no existe precepto que lo prohíba, y entenderlo prohibido supondría exigir un cuarto requisito de forma no enunciado por el CC (269)] y bastando, por tanto, una carta corriente o una tarjeta postal para cumplir la forma del testamento, la carga de probar el *animus testandi* y que el escrito constituye un testamento incumbe al que quiere derivar derechos de ello (270).

La reserva de querer escribir en limpio el testamento no excluiría sin más el considerar el ejemplar en cuestión como testamento.

El *animus testandi*, que presupone capacidad y ausencia de vicios en la voluntad, no es preciso, con arreglo a la jurisprudencia, que se manifieste con fórmulas sacramentales y solemnes; basta que de las fórmulas utilizadas se deduzca claramente una voluntad actual y dispositiva de bienes para después de la muerte (271).

En principio, el *animus testandi* debe resultar indubitadamente del documento mismo testamentario. Sin embargo, en caso de duda, podrá acudir a elementos de prueba extrínsecos e indubitados para salir de la duda y adquirir la certeza de que nos encontramos en presencia de un verdadero testamento. Según RUIZ VADILLO, valdría para afirmar la naturaleza testamentaria de un documento que reúne los elementos formales que exige el CC para tenerle como testamento ológrafo, pero que se duda si se extendió con intención de testar, una carta escrita quince días después de aquél dirigida a los hermanos y en la que se dice: “Después de haberlo meditado mucho hace quince días hice mi testamento que he guardado en el arca del recibidor” (272). También cabe que se busque fuera del testamento la *confirmación* del *animus testandi*. Es lo que hizo la sentencia de 19 de diciembre de 2006, que reproducimos más adelante.

El testamento que no contiene “*animus testandi*” es nulo por la relación existente entre los artículos 667, 676 y 687 (TORRES GARCÍA).

(268) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, RDP, julio-agosto 1972, pp. 623 y 624.

(269) *Op. cit.*, p. 626.

(270) La exigencia de que de la autografía resulte el *animus testandi* se ha hecho más imperativa a raíz de la modificación de 1904, por la que se suprimió el requisito de otorgar el testamento en papel sellado del año correspondiente. Antes de esa fecha, la exigencia del papel sellado impedía confundir el acto con un proyecto o borrador de testamento y excluía la forma epistolar de testar. (Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, 3.ª edición, corregida y aumentada. Valladolid, 1926, p. 86.)

(271) RUIZ VADILLO, Enrique: “El testamento ológrafo”, *op. cit.*, p. 622.

(272) *Op. cit.*, p. 625.

Han sido varias las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado acerca de la necesidad del *animus testandi* y de la manera en que éste ha de expresarse.

Una de las más famosas es la sentencia de 8 de junio de 1918 (JC 1918/107). Domingo de la Torre Corcho interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don José Pazos Bela solicitando la nulidad de un testamento ológrafo protocolizado, otorgado por la causante, Matilde Corcho Arroyo, mujer de don José, y de la cual era sobrino el demandante, así como la apertura de la sucesión intestada. El testamento, escrito en una hoja en blanco que forma parte de una antigua carta de novios fechada en Peñafiel a 8 de marzo de 1873, decía lo siguiente: “Peñafiel a 24 de Octubre de 1915. Pacicos de mi vida: en esta primera carta de novios va mi testamento, todo para ti, todo, para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde”. Rubricada.

En 1.ª Instancia se declaró la nulidad del mismo.

En apelación se revoca la sentencia de primer grado y se declara válido el testamento.

Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. El recurrente alegó, entre otros motivos, infracción del artículo 667 del CC al reputar testamento las palabras escritas por doña Matilde, *en las que no existe –dice– voluntad de testar ni hay tampoco disposición concreta de bienes*, pues si esa voluntad hubiese existido no se hubiese expresado con una docena de palabras dadas y confusas, en la última plana de un pliego viejo, dejando el escrito abandonado en el cajón de un escritorio, y sin la seriedad y requisitos que, por ser a todos vulgares, y especialmente a los que gocen de la esmerada educación que correspondía a su clase, debía forzosamente de conocer la doña Matilde, no disponiéndose tampoco concretamente de bienes, pues no puede estimarse que lo hace al decir “todo para ti” sin añadir que es todo “lo suyo”, pues de ese modo puede entenderse que dispone de lo suyo y de lo ajeno.

El Tribunal Supremo, ante estas alegaciones, contestó que la controversia había versado acerca de si doña Matilde fue la que escribió en la hoja en blanco, que formaba parte de una carta dirigida por ella en 8 de marzo de 1873 al que entonces era su novio y después fue su marido, y si dichas frases integraban el testamento ológrafo a que se refiere el artículo 678 CC o carecían de las condiciones que la ley determina para que tengan la consideración de testamento y había lugar a la sucesión intestada. Que no habiendo atacado el actor la autenticidad del documento protocolizado, que el auto que acordó la protocolización consideró escrito todo él por doña Matilde, aceptándolo así la sentencia recurrida, aparece cumplida una de las circunstancias que necesita reunir el documento, o sea, la de

haberlo escrito todo él de su puño y letra doña Matilde, por lo que, en lo que hace referencia a este extremo, no existía infracción de los artículos 676, 677, 678 y 688 CC.

Que aceptado como cierto en la sentencia y justificado por la prueba testifical y los demás elementos de juicio: que la carta en cuya hoja blanca fue escrito el documento controvertido era dirigida al demandado por la causante cuando conservaban las relaciones amorosas previas a su matrimonio de más de cuarenta años de duración; que durante ellos se había acreditado que a don José le llamaba Pepe su esposa; que ésta al decir “Pacicos” sin duda alguna se dirigía a su marido, corroborándolo aún más el haber añadido “de mi vida” y el elegir precisamente la cuartilla en blanco que había en la primera carta de novios para consignar en frases entrañables su última voluntad, diciendo “va mi testamento, todo para ti, todo para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde”, hay que reconocer —dijo el Supremo—, sentadas estas premisas, que la “Sala sentenciadora ha entendido, con acierto, que consignada la fecha del documento en Peñafiel a 24 de octubre de 1915, escrito todo él de puño y letra de doña Matilde, firmado por ésta con su nombre y rúbrica, manifiesta su voluntad de testar, designando el heredero de modo que no puede dudarse quién es el instituido y mandando que todos sus bienes fuesen para su marido, resultan cumplidas todas las normas y formalidades prescritas en el repetido artículo 688 CC”.

Que habiendo tenido en cuenta la Sala a quo para formar su criterio “que Doña Matilde pensó, quiso de modo cierto y tuvo firme propósito de ordenar su voluntad postrera al decir «va mi testamento»; que hizo expresa y determinada designación de heredero en favor de su marido, valiéndose para ese efecto de nombrarlo con el diminutivo de su primer apellido, pues de no referirse a él, carecía por completo de todo su significado la frase «Pacicos de mi vida»; que las palabras «todo para ti, todo para que me quieras, etc.» está claro son la manifiesta disposición de todos sus bienes patrimoniales, de la totalidad de su haber para que después de su muerte los poseyera y disfrutara su marido, y que el nombre y rúbrica de «Matilde», por ser de la propia mano de ésta, por la forma y contexto del documento y hasta por el papel en que se extendió, convencen de que lo escribió doña Matilde Corcho Arroyo, aunque sólo estampara su nombre, los razonamientos de la misma se ajustan fielmente a los preceptos 676, 677 y 678 y 688 CC y a los artículos 667, 675 y 772.2.º CC...”. El Tribunal Supremo consideró, por tanto, que el *animus testandi* estaba claramente reflejado en las palabras escritas por doña Matilde, constituyendo el documento verdadero testamento, conforme al 667 CC.

Otra sentencia de interés es la 8 de julio de 1940 (RJA 1940/689). Don A. R. C. otorgó testamento abierto en favor de su hermana doña M.

R. C. el 16 de septiembre de 1918. Posteriormente, el 31 de marzo de 1929 otorgó testamento ológrafo dejando ciertos legados a otros hermanos y a una sirvienta (doña B. L.). Finalmente, el 3 de abril de 1929 habría otorgado otro testamento ológrafo cuya eficacia e interpretación fue lo debatido en el pleito origen del recurso. La actora, doña M. R. C., sostenía que era válido y eficaz y revocatorio, por tanto, del de 31 de marzo de 1929, no estando, pues, obligada a pagar los legados, mientras que los demandados recurrentes (hermanos C y doña B. L.) sostenían que no reunía los requisitos intrínsecos exigidos por el CC para ser testamento ológrafo (por lo que no revocaba la disposición testamentaria de marzo de 1929).

En primera instancia y en apelación se estimó la demanda. Interpuesto por los demandados recurso de casación, el Tribunal Supremo casa la sentencia y por su 2.^a sentencia declara no haber lugar a la demanda.

El texto del documento controvertido era el siguiente: “Como correcto y en vista de la gravedad de mi estado se le entregue un imprevisto de cinco mil pesetas que siempre tuve intención de dárselo esto. Se ruega deshagan el apunte presiones sufridas. Todo deshecho es tuyo. Se ruega que se eche en un olvido por todos el de marzo. A. R. C. Rubricado. Madrid, 3 de abril de 1929”. Dicho documento fue entregado a doña M. R. C. por el otorgante.

El Tribunal Supremo argumentó la invalidez como testamento de este último escrito en varios razonamientos, destacando los siguientes:

“Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, *pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio*; sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen. ... Que siendo el testamento, acto por el que alguno dispone para después de su muerte, *no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar*, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante. ... Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre *es necesario la esencia de la disposición «mortis causa» en sus palabras.*”

Que aplicando lo expuesto al caso concreto en el documento controvertido no se advierte un lenguaje inteligible que aparezca como manifestación de una voluntad eficaz en derecho. Que la voluntad de disponer de todo o parte de los bienes para después de la muerte no aparece expresada en el documento, ya que éste no contiene disposición ninguna a favor de persona cierta o que pueda ser determinada (art. 750 CC) por algún evento o elemento que resulte del testamento, pues para que la fra-

se “todo deshecho es tuyo” pudiera tener valor como disposición testamentaria sería preciso que el documento fuese dirigido a alguna persona y en cuanto a la indicación de que se “entregue un imprevisto de 5.000 pesetas” no es suficiente para que se entienda que se quería disponer por vía de sucesión *mortis causa*, aparte de que en ningún caso sería eficaz esa presunta manda o legado al no designarse en forma alguna la persona favorecida. “*Que tampoco está suficientemente expresada en el documento la intención del causante de revocar el anterior testamento ológrafo del día 29 de marzo*, pues ni de los términos de ruego, y no de ordenación o mandato, que se emplean en las frases «se ruega deshagan el apunte» y «se ruega que se eche en un olvido por todos el de marzo», ni de la significación equívoca de esa palabra «apunte», puede colegirse con certeza que el propósito del autor de la declaración fuera el de revocar y dejar sin efecto una anterior disposición testamentaria.” Finalmente, que la Sala *a quo* ha fundado la existencia y validez del testamento en elementos de prueba de presunciones, deduciendo de ellos el contenido de *una voluntad de testar no expresada suficientemente en el documento*.

La STS de 10 de diciembre de 1956 (RJA 1956/3860) continúa la línea de la anterior. El Juzgado de primera instancia había declarado nulo y sin valor testamentario un documento escrito y firmado por don Jacinto C. en la hoja de una libreta que llevaba fecha de 11 de septiembre de 1948 y que fue protocolizado. La Audiencia Territorial confirmó sustancialmente la sentencia e interpuesto recurso de casación por los demandados el TS declaró no haber lugar al recurso. El documento era del siguiente tenor: “Sr. D. Notaro arauste hel favor de a Testamento deste matrimonio bajo las condiciones que aora sedirán solo quedan hel uno al otro usufructuario mientras biban. La parte dela Casa dondebibimos se la queda por heredera a Carmmen nona aserlas y el fin Caro siubiere y aperos de labor lo restante selo quedo ami sobrina Manuela o asus descendientes al fallecimiento del ul Timo que nosotros que muera hasta de la casa hes Jacinto Cabrera— esto lofir mooí día 11 de se Tiembre de 1948. Jacinto Cabrera Rodríguez (rúbrica). Manuel Gómer (rúbrica). Pedro Ruiz (rúbrica)”.

El Tribunal Supremo fundamenta su resolución del siguiente modo: “Que es ya conocido por reiterado el criterio jurisprudencial que..., viene sosteniendo que por ser el testamento (art. 667) un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y por ser el ológrafo la expresión «ad extra» de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el «animus testandi in actu», esto es la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión, y por ello dijo la

Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1940 (RJA 1940/689) que no es verdadero testamento el acto que aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es el «animus testandi in actu» a que antes se alude”. En el presente caso dice el Tribunal “basta para conocer la intención actual de su autor la lectura de sus primeras palabras de las que los recurrentes parece querer prescindir fijándose sólo en lo que estiman parte dispositiva, como si fuera lícito al apreciar un documento aceptar solamente lo que parece convenir al propio y personal interés, haciendo caso omiso de los demás...”.

Finalmente, queremos destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de septiembre de 2003, que resuelve los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, confirmatoria de la del Juzgado de 1.^a Instancia por la que se desestimaba la demanda de nulidad de testamento ológrafo. El Tribunal Superior de Justicia, siguiendo e invocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal, anula y deja sin efectos las sentencias mentadas y en lugar de ambas, con estimación de la demanda origen del pleito, declara que es nulo el supuesto testamento ológrafo de la señora María C. S., tanto considerado como testamento como codicilo. La razón de declarar la nulidad del testamento es que la supuesta carta que lo contendría no era expresión de un *animus testandi in actu*. Se trataba de una carta en que la causante decía a un acreedor suyo que le reclamaba dinero que había hecho un testamento en el cual se le beneficiaba. “Esta carta no puede ser considerada «testamento», ya que por ser el testamento un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, su contenido ha de ser la expresión de un *animus testandi in actu*, es decir, la expresión de la decidida intención del testador de disponer de sus bienes de manera definitiva «en aquellas líneas que está escribiendo» (como asegura textualmente y precisa, refiriéndose al testamento ológrafo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1956).” Esta sentencia dijo: “Es ya conocido por reiterado el criterio jurisprudencial que, *viene sosteniendo que por ser el testamento un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y por ser el ológrafo la expresión «ad extra» de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el «animus testandi in actu», esto es, la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí mismo*

en aquellas líneas que está escribiendo, y de manera definitiva en aquella ocasión, y por ello dijo la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1940 (RJA 1940/689) que... el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, el «animus testandi in actu» a que antes se alude”.

Al escribir aquella carta, la señora C., en aquel momento, no hacía testamento, con aquellas líneas que escribía no testaba, simplemente decía que había testado y lo que había testado, ignorándose la existencia material del mismo.

Las sentencias de instancia han otorgado a aquella carta la cualificación de testamento y al hacerlo han infringido el párrafo 4 del artículo 101 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, 19 de julio, que era la norma sucesoria vigente a la muerte de María C. S., el día 3 de mayo de 1985) y, por remisión expresa de ésta los artículos 667 y 668 del CC.

Y ya en fechas más recientes, el Tribunal Supremo, en STS de 19 de diciembre de 2006, considera en *ratio decidendi* que hubo voluntad real de disposición de todos los bienes para después de su muerte en el manuscrito en forma epistolar que el causante don Marco Antonio envió por correo urgente y certificado a su amigo don Pedro en una tarjeta de visita junto con una carta, documentos que reunían los requisitos formales del testamento ológrafo y en los que se manifestaba el deseo de sustituir el nombre de Irene, instituida heredera en testamento notarial anterior por el de don Pedro.

Señala el Alto Tribunal que la finalidad de la hermenéutica testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, intención que prevalece sobre las palabras, según establece el artículo 675 CC y ha sido recogida por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, SSTS de 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 18 de julio y 28 de septiembre de 2005). Indica que entre los medios de interpretación testamentaria se encuentra el literal, del que procede partir según el artículo 675 y además con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS de 18 de julio de 2005); sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS de 31 de diciembre de 1992) y los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

El Tribunal en el caso interpretó el manuscrito obrante en la tarjeta de visita conforme, principalmente, a los elementos literal y de prueba extrínsecos, considerando que el vocablo “deseo” utilizado por el testador significaba, según el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, “intención”, lo que representaba una actitud similar a “voluntad”, de la que era sinónima, siendo en la práctica utilizada a veces en este sentido en testamentos notariales. Que el texto de la carta que acompañaba a la tarjeta confirmaba su voluntad dispositiva, amén de que aparecían acreditados toda una serie de hechos que apuntaban en la misma dirección: ruptura de las relaciones sentimentales con doña Irene, conocimiento de su última voluntad por varios de los testigos que declararon en el proceso; el cambio de titularidad de una cuenta corriente con la sustitución del nombre de la demandada por el de don Pedro; la contratación de dos pólizas en que nombraba beneficiario a don Pedro, hechos estos dos últimos posteriores al envío de la mencionada carta, y la amistad que desde la infancia unía a don Pedro y al causante. De todo ello dedujo el Tribunal Supremo el *animus testandi in actu* del causante.

Dejando el Derecho español y volviendo la vista hacia Francia, hay que decir que, según el artículo 3 de la Ordenanza de 1735, un testamento ológrafo hecho en forma de carta habría sido nulo. El legislador había probablemente pensado que una carta no comportaba un carácter bastante determinado como para hacer suponer que es su *resolución definitiva* lo que el testador había querido poner por escrito. ¿Es lo mismo bajo el Código de Napoleón? Esta cuestión ha sido controvertida. TOULLER piensa que, no habiendo sido repetida en el Código la disposición del artículo 3 de la Ordenanza de 1735, está implícitamente derogada y que se puede testar por carta. Sin embargo, M. BIGOT DE PRÉAMENEU dice que en el espíritu del Código las disposiciones hechas verbalmente, por signos o por cartas, no son admitidas. Frente a esto argumenta TROPLONG: Vemos que en los casos concretos en que el Derecho romano admite las escrituras privadas, como las particiones entre hijos, no duda en admitir las cartas, e igualmente Justiniano lo repite a menudo en la novela 107. ¿Por qué sería de otro modo bajo el Código de Napoleón, que no las prohíbe? Basta que sean precisas, formales y dispositivas. Esto, por lo demás, es lo que hoy está generalmente recibido en la práctica y esta cuestión no se plantea más que en los libros. No hay controversia en la jurisdicción más que sobre el carácter dispositivo o no de cartas hechas como testamento (273).

(273) TROPLONG: *Droit civil expliqué. Des donations entre - vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon*, deuxième édition, tome troisième, Paris, 1862, pp. 40 a 42.

Ahora bien, cualquier escrito, carta u otro, que se presente como conteniendo las últimas disposiciones de un individuo, no podrá ser considerado como testamento ológrafo más que si se refiere a una época posterior a su muerte, si ha sido hecho en consideración de la muerte, en una palabra, con la intención de testar. Sin esta intención manifestada, el acto deberá ser considerado como una donación entre vivos. En la duda, se presume que la donación es entre vivos más bien que a causa de la muerte. La palabra “donner” es propia de la donación y no se emplea más que imperfectamente en las donaciones por causa de muerte. Esta es la opinión de VÖET, MENOCCHIUS y FURGOLE. Hay que seguirla sin exagerarla, dice TROPLONG. Una sentencia de 5 de febrero de 1822 ha rechazado el recurso contra una sentencia de la Corte de Caen de 11 de julio de 1820, que había decidido que un papel escrito, fechado y firmado de la mano del señor Hébert, que contenía estas palabras: “Je donne a María Caterina Lefrançois todo lo que poseo”, no era un testamento porque nada indicaba que este acto hubiera hecho referencia a la muerte, aunque el testador murió cuatro días después de haberlo escrito. Todo está en presente en ese escrito. El firmante dona actualmente y no para la época en que no existirá. Pero si el escrito contiene algunas palabras que hacen referencia a la muerte, se hace prevalecer otras ideas. Así un escrito en que el autor declara donar sus bienes muebles a su criada, “si ella está aún a su servicio en el tiempo de su fallecimiento”, es un testamento (274).

Han admitido la validez del testamento ológrafo otorgado bajo forma de una carta las sentencias Cass. Civ. 25 de abril de 1925. DP. 1927.1.48; Aix - en - Provence 2 de octubre de 1973 (D 1974. 745, note Bihl). Incluso de una carta dirigida a un tercero, Versailles, 1.^{re}, 1989 (D. 1990.221, concl. Duplat). Incluso de una carta no expedida, Civ. 1.^{re}, 10 de marzo de 1993: JCP número 1994. J.191, note Camoz.

Para la distinción del testamento mismo del simple proyecto o borrador, Pau, 20 de abril de 1961: D.1961.397; Civ. 1.^{re}, 12 de enero de 1970: Bull. Civ. I, número 12; Civ. 1.^{re}, 25 de noviembre de 1975 (*affaire Chanel*): Bull. Civ. I, número 344; Civ. 1.^{re}, 9 de noviembre de 1982: Bull. Civ. I, número 327; Angers, 9 de octubre de 1995: Dr. Fam. 1997, número 92, note Beignier (carta que reenvía a un testamento no encontrado: no tiene valor testamentario).

(274) TROPLONG: *Droit civil expliqué. Des donations entre - vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon*, deuxième édition, tome troisième, Paris, 1862, pp. 42 a 44.

**LA *TERCERA PARTIDA*
DE ALFONSO X EL SABIO**

**Estudio y edición crítica
de los títulos XVIII al XX**

RAÚL ORELLANA CALDERÓN

*Doctor en Filología española
Universidad Autónoma de Madrid*

HACIA EL TEXTO CRÍTICO DE LOS TÍTULOS XVIII-XX DE LA *TERCERA PARTIDA* (*)

SUMARIO: PARTE 4.^a LA EDICIÓN CRÍTICA. CAPÍTULO I: LA TRADICIÓN TEXTUAL DE LA *TERCERA PARTIDA*. 1. DESCRIPCIONES CODICOLÓGICAS. 1.1. Biblioteca Nacional de Madrid. 1.1.1. *Ms. 12.794*. 1.1.2. *Ms. 22*. 1.1.3. *Vitr. 4-6*. 1.2. Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial. 1.2.1. *Ms. Y.ii.4*. 1.2.2. *Ms. L.ii.22*. 1.2.3. *Ms. N.i.5*. 1.2.4. *Ms. Z.i.15*. 1.2.5. *Ms. Y.iii.14*. 1.3. Biblioteca y Archivo Capitulares de Toledo. 1.3.1. *Ms. 43-12*. 1.3.2. *Ms. 43-14*. 1.4. Biblioteca de la Real Colegiata de San Isidoro de León. 1.4.1. *Ms. XXII*. 1.5. Archivo del Real Convento de Predicadores de Valencia. 1.5.1. *Ms. 88*. 1.6. Archivo Nacional da Torre do Tombo de Lisboa. 1.6.1. *Ms. 3*. 2. TESTIMONIOS PERDIDOS. 3. FRAGMENTOS. CAPÍTULO II: CRÍTICA TEXTUAL, VARIANTES, *STEMMATA*. 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. RESULTADOS DE UNA *COLLATIO* PRELIMINAR. 2.1. Errores separativos y variantes particulares. 2.1.1. *Ms. 12794 BNM / M94*. 2.1.2. *Ms. 22 BNM / M22*. 2.1.3. *Ms. Vit. 4-6 BNM / MV6*. 2.1.4. *Ms. 22 RCSI / S22*. 2.1.5. *Ms. Z.i.15 / Z15*. 2.1.6. *Ms. N.i.5 / EN5*. 2.1.7. *Ms. Y.iii.14 RBME / Y14*. 2.1.8. *Ms. Y.ii.4 RBME / EY4*. 2.1.9. *Ms. L.ii.22 / L22*. 2.1.10. *Ms. 43-12 ABCT / T12*. 2.1.11. *Ms. 43-14 ABCT / T14*. 2.1.12. *Ms. 88 CPPV / V88*. 2.1.13. *Ms. 3 ANTT / AN3*. 2.2. Errores conjuntivos. 2.2.1. *MV6* y *M22*: el subarquetipo γ . 2.2.2. *EN5* y *EY4*: el subarquetipo β . 2.2.3. *T12* y *V88*: el subarquetipo δ . 2.2.4. *AN3*, *S22*, γ : el subarquetipo θ . 2.2.4.1. *S22* y γ . 2.2.4.1.1. Casos en que *S22* coincide exclusivamente con *MV6* (o está más próximo a él). 2.2.4.2. *AN3* y γ . 2.2.4.2.1. Casos en que *AN3* coincide exclusivamente o está más

(*) Incluimos en este número de la Revista la parte 4.^a (capítulos I y II, el resto en el próximo número) de este estudio sobre “La *Tercera Partida* de Alfonso X el Sabio”, cuya publicación iniciamos en el número 64, correspondiente a octubre-diciembre 2007.

próximo a M22. 2.2.4.2.2. Casos en que AN3 coincide exclusivamente o está más próximo a MV6. 2.2.4.3. Conclusión sobre la estructura interna de θ . 2.2.5. División de la tradición textual de la Tercera Partida en dos grandes ramas textuales. 2.2.6. El entronque de M94. 2.2.7. Cambios de modelo textual. 2.2.7.1. Z15 y S22: el subarquetipo λ . 2.2.7.2. La vigencia del subarquetipo α y la reubicación de γ . 2.2.7.3. EN5 y Y14: el subarquetipo ε . 3. CONTAMINACIÓN. 3.1. Contaminación intra-estemática. 3.1.1. El ms. EY4. 3.1.2. El ms. T12. 3.1.3. El ms. M22. 3.1.4. El subarquetipo δ . 3.1.5. El ms. AN3. 3.2. Contaminación extra-estemática. 4. VARIANTES POLIGENÉTICAS. 4.1. Errores paleográficos. 4.2. Errores debidos al conocimiento del texto o discursivos. 4.3. Conclusión. 5. LAS PRIMERAS EDICIONES: DÍAZ DE MONTALVO Y GREGORIO LÓPEZ. 5.1. El testimonio manuscrito empleado por MONTALVO. 5.2. El texto de Gregorio LÓPEZ. 5.3. Conclusión. 6. EL ÁRBOL GENEALÓGICO DE LA *TERCERA PARTIDA*. APÉNDICES: **Apéndice I.** Tabla de correspondencia de manuscritos y ediciones. **Apéndice II.** Texto anotado de las variantes comentadas. **Apéndice III.** Tabla de correspondencias del título XXVIII. BIBLIOGRAFÍA: FUENTES DOCUMENTALES Y ESTUDIOS. ABREVIATURAS.

Parte 4.^a

LA EDICIÓN CRÍTICA

CAPÍTULO I

LA TRADICIÓN TEXTUAL DE LA *TERCERA PARTIDA*

1. Descripciones codicológicas

1.1. Biblioteca Nacional de Madrid

1.1.1. Ms. 12.794 (*olim* Bb. 42), iv + 170 fols. + i (s. XIV):

Fol. 1rv TABLAS (títulos de la Segunda Partida).

Fol. 2r TÍT.: Este es el segundo libro de estas Siete Partidas que habla de los Emperadores...

Fol. 2r INC.: La fe catolica de Nuestro Señor Jefucristo auemos mostrado en la Primera Partida deste libro...

- Fol. 72v EXP.: ...todos los libros que a el fuefen dados para vender τ que non faga engaño.
- Fol. 74r TABLAS (títulos de la Tercera Partida).
- Fol. 75r TÍT.: Aquí comiença la Terçera Partida que fabla de la Jufticia, de como fe ha de fazer ordenada mente...
- Fol. 75r INC.: Fizo nuestro Señor Dios todas cofas muy conplida mente por el fu grande faber...
- Fol. 170r EXP.: ...deue fincar comunal mente a todos los compañeros.

Papel, 390 × 265 mm, caja de 290 × 200 mm, escrito a dos cols. de entre 50 y 68 líneas y de 95 mm. El papel de los fols. 1-74 es distinto al del resto del códice. Tiene tres numeraciones, dos romanas y una árabe (la relación es: CI = XX = 21). La primera numeración romana está tachada, la segunda comenzaría en el fol. 2r, mientras que la árabe, mucho más moderna, comienza en las tablas. Según esto, es posible que la segunda numeración romana se introdujera tras separar esta segunda y tercera Partidas de un códice unitario, y la numeración árabe, después de añadidas las tablas que habían perdido estas *Partidas* tras ser desgajadas. La numeración original (romana tachada) es correlativa con la del ms. 12793 y precedente de la del ms. 12795. Los mss. 12793, 12794 y 12795 formaban en origen un códice unitario, un volumen único que contenía las *Partidas I-VI*. Las tablas originales de la colección se encuentran todas juntas en el ms. 12793.

Se hace muy difícil saber cuántos son y cómo se distribuyen los cuadernos debido a su artificial unión; son muchos los fols. pegados con tiras, restaurados, etc.

Letra gótica de mitad del s. XIV, cambia de tamaño a lo largo del texto. Tinta negra para el texto, roja para los títulos y números de las leyes, las cabeceras que indican el número del título en cada fol., también en rojo los escasos calderones.

Las capitales se distribuyen entre azules, moradas y verdes con filigranas en rojo, y rojas y en oro con filigranas en morado; entre los fols. 12v y 57r se alternan capitales en oro y rojas, las capitales aparecen en el fol. 12v y desaparecen en el fol. 57v, desde el fol. 58r en adelante se alternan capitales azules, moradas y verdes con rasgueos en rojo; los fols. 75ra, 124va, 127va y 135ra tienen capitales de gran tamaño y ricamente adornadas.

Hay una miniatura no muy lujosa enmarcada en una L en oro en el fol. 2ra que representa al rey frente a un súbdito. La caja de este fol. está adornada con una orla en rojo, azul y dorado.

Tiene anotaciones marginales en las tablas, en el fol. 169ra y una de considerable extensión en 33rb.

Encuadernación en pasta de 280 × 405 mm. Tejuelo: D. ALONSO EL SABIO PARTIDAS II Y III.

Part. RAH, I, xxxiv-xxxv; Paz y Meliá 1904: 125; Domínguez Bordona 1933: I, 304, § 776-777; *Crestomatía* 1965: I, 214, § 61; *BOOST* 1977: 7, § 132; Lawrence 1984: 1103; Craddock 1986 a: 51, § Ah54.

1.1.2. Ms. 22 (olim D. 34) vii + 275 + vii (s. XV):

- Fol. 1r TÍT.: Este es el libro de las leyes que fizo el noble rey don Alfonso señor de Castiella, de Toledo, de Leo, de Galizia...
- Fol. 1r INC.: Dios es començamento, et medianero et acabamento de todas las cofas...
- Fol. 78r EXP.: ...et faganlo saber al rey et el mande y lo que touier por bien.
- Fol. 78r COL.: ...fit scribat fit femper cum Domino uiuat.
- Fol. 78r TABLAS (títulos de la Primera Partida).
- Fol. 78r Ley de los ayunos.
- Fol. 79r TÍT.: Aqui fe comiença la Segunda Partida que fabla de los Enperadores...
- Fol. 79r INC.: La fe catolica de Nuestro Señor Jesuchristo auemos moftrada en la Primera Partida...
- Fol. 170r EXP.: ...los libros que a el fueren dados para uender τ que non faga engaño.
- Fol. 170r COL.: Aqui fe acaba el libro de la Segunda Partida. Finito libro fit laus et gloria Chrifto.
- Fol. 170v TABLAS (títulos de la *Segunda Partida*).
- Fol. 171r TÍT.: Aqui fe comiença la Tercera Partida que fabla de la Justicia.
- Fol. 171r INC.: Fizo Nuestro Señor Dios todas las cofas muy conplidas...
- Fol. 273r EXP.: ...et lo que es labrado de nuevo debe fincar comunalmente a todos los conpañeros.
- Fol. 273r COL.: Finito libro fit laus et gloria Jesuchristo. Amen.
- Fol. 273v TABLAS (títulos de la Tercera Partida).
- Fol. 273v ADD. (mano posterior): Esta Primera, Segunda y Tercera Partida son del monesterio de Santo Thomas de Avila, de la orden de predicadores.
- Fol. 274 Nota biográfica del Emperador Federico II.
- Fol. 275 Fragmento de un texto procesal.

Pergamino, 398 × 252 mm, caja de 295 × 280 mm., dos cols. de 50-51 líneas y 80 mm. El fol. 170v está escrito a una col. El fol. 274 es de papel, 12 × 125 mm.; el 275 es de pergamino, 223 × 130 m. Estos dos fols. se introdujeron con la encuadernación del s. XIX. Los fols. del código están perforados en su margen externo y tienen además múltiples cortes. Hojas de guarda de papel.

La numeración es moderna, en cifras árabes, no hay rastro de numeración original. Letra redonda del s. XV en el texto y las adiciones, letra cursiva del s. XV en la anotación del fol. 273vb.

Reclamos en los fols. 10, 20, 30, ...70, 78, 88, ...158, 170, 180, ...270. Hay 27 cuadernos: 25 de 10 fols., 1 de ocho (71-78), y uno de doce (159-170).

Tinta negra para el texto, en rojo los títulos de la leyes, calderones en rojo y azul. Cabeceras en rojo en recto y verso entre los fols. 79v-170r: en el recto aparece el número de título y en el verso T^o; en los restantes fols. la cabecera de letra posterior va en negro y sólo en el recto.

Las capitales iniciales de título o de ley están decoradas con diferentes colores con rasgueos en azul, rojo o verde, excepto algunas capitales de la *Primera Partida* que no están adornadas.

No hay fol. que no tenga alguna anotación marginal. Parecen ser de la misma mano, se deben al cotejo con otro testimonio de las *Partidas*.

Encuadernación en pasta del s. XIX. Tejuelo: ALFONSO X PARTIDAS 1.^a, 2.^a Y 3.^a Y OTROS.

Part. RAH, I, xxxv-xxxvi; *Crestomatía*, I, p. 61; Craddock 1974: 365, 390-391; *BOOST* 1977: 7, § 131; Craddock 1986 a: 49, § Ah49; García y García 1986: 272; *Inventario* 1995: 24-25.

1.1.3. Vit. 4-6 (*olim* Vit. 2-8), i + fols. 464 (s. XV):

Fol. 1r-2v TABLAS (generales, salvo la *Primera Partida*).

Fol. 5v TÍT.: Aquí comiença el libro de las leyes que fizo el muy noble Rey don alfonso fijo del muy noble rey don fernando...

Fol. 5v TABLAS (títulos de la *Primera Partida*).

Fol. 6r INC.: Dios es comienço τ medio τ acabamiento de todas las cofas del mundo...

Fol. 102v EXP.: ... non deuen pagar portadgo nin otro derecho porque lo faque del reyno.

Fol. 105v TABLAS (títulos de la *Segunda Partida*).

Fol. 106r TÍT.: Aquí fe comiença la segunda partida deste libro que fabla de los emparadores...

- Fol. 106r INC.: La fe catolica de nuestro feynor auemos mostrado en la primera partida...
- Fol. 189v EXP.: ...fueren dados pora uender τ que non faran engayno. Deo gracias. Deo gracias.
- Fol. 189v COL.: Finito libro uedatur gratia Iesuchristo.
- Fol. 190v TABLAS (títulos de la *Tercera Partida*).
- Fol. 191r INC.: Fizo nuestro feynor dios todas las cosas muyt complidamente por el su grant faber...
- Fol. 291v EXP.: ...es ya labrado de nuevo deue fincar comunalmiente de todos los compaynos.
- Fol. 291v COL.: In unitate scie benedicat nos pater τ filius. Aqui se acaba la tercera partida deste libro.
- Fol. 293v TABLAS (títulos de la *Cuarta Partida*).
- Fol. 294r TÍT.: Aqui comienza el libro dela quarta partida que como de los siete.
- Fol. 294r INC.: Honrras feynnaladas dio nuestro feynnor dios al omne sobre todas las otras creaturas...
- Fol. 328v EXP.: se defata quando ha el deffayllesce del amigo loque quiere assi como de suyo dixiemos.
- Fol. 328v COL.: Aqui se acaba la quarta partida deste libro. Deo gracias deo gracias.
- Fol. 331r INC.: Nascen entre los omnes muchos enxequos τ grandes contiendas en razon delos pleytos...
- Fol. 377v EXP.: ...es tenido dela pagar tan bien como si gela ouieffen quitada.
- Fol. 377v COL.: Aqui se acaba la quinta partida deste nuestro libro. Finito libro uedatur gracia Christo.
- Fol. 378v TABLAS (títulos de la *Sexta Partida*).
- Fol. 379r INC.: Sefudamente dixieron los fauios antigos que passan su tiempo aqueyllos que...
- Fol. 414v EXP.: ...fasta treynta ayngo desde el dia que fueffe fecho el engañamiento dela cosa.
- Fol. 415r INC.: Oluidança τ atreuimiento son dos cosas que fazen a los omnes errar mucho...
- Fol. 464v EXP.: ...Por ende non las queriendo doblar tomemos que abondauan los exiemplos que aqui auemos mostrado.
- Fol. 464v COL.: Finito libro det laus τ gloria Christo. Qui scripsit scribat semper cum domino uiuat. Aqui se acaba la setena partida deste libro.

Pergamino. 395 × 290 mm; caja: 277 × 185 mm. Escrito a dos columnas de 277 × 84 mm; el número de líneas por columna oscila entre 50 y 54.

Se aprecia que los folios han sido cortados en sus márgenes inferior y superior: en ocasiones se pierden los reclamos, las cabeceras y es posible-mente el motivo de que no haya rastro de la numeración original. Numera-ción actual en guarismos árabes introducida modernamente. Los fols. 3, 4, 103, 104, 292, 329 y 330 están en blanco. En las Tablas generales (fols. 1-2) faltan los títulos de la *Primera Partida*. Faltan también en las Tablas inte-riores las correspondientes a la *Quinta* y *Séptima Partidas*.

Letra redonda. Se observa una diferencia de mano entre la *Primera Partida* y las restantes. La *Primera Partida* está escrita en castellano, mien-tras que las restantes lo están en dialecto navarro-aragonés.

Reclamos: 14v, 24v, 34v... 94v en la *Primera Partida*; los cuadernos es-tán compuestos por 10 fols., la regularidad es absoluta. A partir del fol. 104 los cuadernos se componen regularmente de ocho fols.; reclamos: 113v, 121v, 137v, 145v, 153v... 185v; quedan sueltos los fols. 186-190. Los cuadernos que componen la *Tercera Partida* están formados por 10 folios; reclamos en 200v, 210v, 220v, 230v... 260v, 266v, 274v, 283v; los tres últimos cuadernos son de 6, 8 y 8 fols. respectivamente; quedan sueltos los fols. 292-294. A partir del fol. 302 hasta el fin de códice, todos los cuadernos son de ocho fols., salvo el cuaderno 410-422; reclamos en 302v, 310v, 318v, 326v... 386v, 394v, 402v, 410v [422v], 430v... 462v; quedan sueltos los fols. 463-464.

Tinta negra para el texto. La tinta roja se emplea para el número de los títulos que aparecen en las cabeceras, los epígrafes de cada ley y en rojo se han escrito también las tablas. Los calderones y las letras capita-les de cada ley, en rojo y azul alternándose. Las capitales que inician el título están ornamentadas con rasgueos en rojo o azul y en ocasiones mi-niadas con oro. En la *Primera Partida* faltan las letras capitales de los tí-tulos (no de las leyes).

Al comienzo de cada *Partida* hay miniaturas y orlas: en la *Primera Par-tida* aparece una orla con decoración vegetal y escudos y una miniatura representando al Papa que presenta al rey ante Cristo (fol. 6r); en la *Se-gunda* aparece el rey en su trono rodeado de caballeros (fol. 106r); en la *Tercera* aparece el rey administrando justicia (fol. 191r); en la *Cuarta*, la miniatura representa el bautismo de Cristo (fol. 294r); en la *Quinta*, la miniatura representa un contrato o venta entre personas, hay también una orla (fol. 331r); en la *Sexta* un moribundo está dictando su testamento (fol. 379r), hay también una orla interesante en el fol. contiguo (fol. 378v); en la *Séptima*, la miniatura representa un torneo (fol. 415).

Perteneció a D. Álvaro de Zúñiga, primer Duque de Arévalo, y luego a los Reyes Católicos.

Encuadernación mudéjar con hierros en seco y forro de terciopelo con chapas de plata y esmaltes mudéjares con motivos alusivos a los Reyes Ca-tólicos. Sin aviso en el tejuelo.

Paz y Meliá 1904: 437-438; Domínguez Bordona 1933: I, 340 § 873; Domínguez Bordona 1962: 203, § 4; *Exposición Alfonso X* 1984: 157, § 114; Craddock 1986 a 52, § Ah57; Pérez López 1996.

1.2. Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial

1.2.1. Ms. Y.ii.4 (*olim* III-Ξ-4; III.F.3), iii + I + 184 + 1 s. n. + ii (s. XIV):

Fol. Ir-v TABLAS.

Fol. 1r TÍT.: Liber terçius que fabla de como fe a de ordenar la Justicia...

Fol. 1r INC.: Fizo Dios Nuestro Señor todas las cosas muy conplida miente por su grant faber...

Fol. 184v EXP.: ...et lo que es y labrado de nuevo deue fincar comunal miente a todos los compañeros.

Fol. 184v COL.: Finito libro fit laus et gloria Chrsto.

Fol. [s. n.] Nota manuscrita (?).

Papel ceptí, 308 × 233 mm, caja de 270 × 190 mm, 2 cols. de 28-31 líneas y 80-90 mm. Hay al final del ms. un fragmento de papel de 220 × 140 mm con algunas anotaciones manuscritas. La numeración es árabe y más moderna (quizá del s. XVI), excepto el fol. de las tablas que está numerado con I y el fragmento del final, que no está numerado.

Letra de albañales del s. XIV, no se aprecia diferencia de manos. Tinta negra para el texto, roja para las tablas, las iniciales de título y ley, calderones y los epígrafes de títulos y leyes hasta el fol. 124r, en que comienzan a aparecer en negro y de otra mano; a partir del fol. 134v ya no aparecen epígrafes, sólo el número de las leyes en negro.

Aparecen reclamos en los fols. 13v, 27v, 38v, 52v, 70v, 86v, 102v, 118v, 136v 152v y 168v. Sin embargo, no coinciden estos reclamos con final de cuaderno, se observa la cuerda entre folios que no se corresponden con el centro del cuaderno, según los reclamos. Quizá se deba a que los cuadernos han sido reestructurados, posiblemente al ser esta Tercera Partida desgajada de un códice en el que estuvieran alguna de las otras Partidas con las que ésta forma colección (Y.ii.2, Y.ii.3, Y.ii.5, Y.ii.6). La mayor parte de los folios están sujetos mediante tiras. El fol. 63 tiene cortado un trozo en forma de ventana, pero no falta texto.

Hay algunas anotaciones marginales de otra mano posterior; en el margen inferior del fol. 1r se lee: *Con este libro sirbio a su Magestad el doctor Burgos de Paz, vecino de Valladolid, por principios de otubre de 1547 años.*

Enc. de la biblioteca de El Escorial, 313 × 240 mm, cortes dorados, corte: "4. & Partida III. 3".

Part. RAH: I, xlvi; Zarco: III, 23-24; *BOOST* 1977: 8, §147; Craddock 1986 a: 43, § Ah16.

1.2.2. Ms. L.ii.22, ii + 176 + ii (s. XIV):

Fol. 1r INC.: justicia et fi al señor que los ynpone ouieren miedo recelarse an de fazer cofa por que les uenga mal dell ueniendo fe les emiente como tienen para fazer derecho...

Fol. 176v EXP: ...e puede la alçar quanto fe quisiere guardandose toda uia que non [].

Papel ceptí y pergamino (16 primeros folios), 297 × 230 mm. Pergamino: caja de 245 × 170 mm., 2 cols. de 54 líneas y 75 mm; papel: caja de 233 × 165 mm, 2 cols. de 27-28 líneas y 76 mm. Es un ms. que ha perdido muchos folios. Tiene dos numeraciones, una romana y otra árabe más moderna, introducida después de que se hubieran perdido los folios.

En realidad estamos ante dos manuscritos diferentes empalmados en un cuerpo, por ello hablaremos de L.ii.22a que abarca los primeros 16 folios en pergamino y L.ii.22b en papel que ocuparía el resto del códice.

Faltan los primeros 10 folios, ya que el ms. empieza en el fol. XI (final de la ley 3 del título IV); falta un fol. entre los 10 y 11: se pasa de la ley 19 del título V a la 25 del mismo tít. (falta el fol. XXI); entre el 13 y 14: se pasa de la ley 1 del tít. VII al final de la ley 11 del mismo tít. (faltan los fols. XXIV-XXVI); entre 16 y 17: el fol. 16 llega hasta el comienzo de la ley XIII del tít. VII (hasta aquí llega L.ii.22a) y el fol. 17 comienza hacia la mitad de la ley XV del tít. XI; entre 56 y 57: se pasa de la ley 5 del tít. XVIII a la ley 42 del tít. XVIII (faltan los fols. LXXXI-XCI); entre la 162 y 163: se pasa de la ley 7 del tít. XXX a la ley 13 del mismo tít. (falta el fol. LXXXVIII); falta algún fol. al final, falta la ley XXXVI con la que acaba la *Tercera Partida*. En el fol. 91rb se ha omitido la ley 114 del tít. XVIII. Reclamos: 18v, 19v, 36v, 46v, 56v, 75v, 85v, 95v, 105v, 115v, 125v, 135v, 145v y 155v. Seguramente falta un cuaderno entre 56 y 57. Todo ello antes de ser numerado de nuevo.

Letra gótica del s. XIV (pergamino) y de albaes del s. XIV (papel). Tinta negra para el texto, roja para los epígrafes de títulos y leyes, capitales de tít. y leyes y calderones. En los fols. de pergamino se indica en rojo el número de título en el margen inferior.

Los fols. 173-176 están muy deteriorados en el margen externo superior, en los fols. 174-176 se ha perdido texto.

Hay numerosas anotaciones marginales que corresponden a lugares paralelos a esta *Partida*, tomadas de Jacobo de la Junta, *del Fuero Real*, *Leyes de Estilo*, etc.

Enc. de la biblioteca de El Escorial (s. XVIII), sobre tabla, 313 × 235 mm.

Part. RAH, I, lix; *Zarco*, II, pp. 261-262; Simón Díaz 1963: 3.1, 132, § 1211; *BOOST* 1977: 8, § 145; Craddock 1986 a: 42, § Ah7.

1.2.3. Ms. N.i.5, ii + 212 [213] + iii (s. XIV):

Fol. 3r-v TABLAS.

Fol. 4r TÍT.: Aquí se comienza la Tercera Partida que habla de la Justicia...

Fol. 4r INC.: Fizo el Nuestro Señor Dios todas las cosas del mundo muy conplida miente por el fu grant faber...

Fol. 212v EXP: ...[]brado de nuevo debe ser comunal miente entre todos los con[].

Fol. 212v COL.: Yo, Fernando de Sant Sant [iter.]Fagund, escriui este libro. Fernando de Sant Fagund.

Papel ceptí, 325 × 240 mm, caja de 280 × 205 mm, dos cols. de 29 líneas, 100 mm. Numeración árabe. El fol. 1 está escrito por el recto, el fol. 2 está en blanco, también hay un fol. en blanco al final, y 1 sin numerar entre los 21 y 22. Las tablas están escritas a una col., al igual que las breves líneas del fol. 212v.

Reclamos: 21v, 40v, 59v, 85v, 112v, 138v, 162v y 183v. Hay 9 cuadernos: han perdido fols. el 1.º (9 + 10), aunque no se pierde texto, posiblemente se perdió una hoja de guarda; 3.º (9 + 10): se pasa de la ley 10 del tít. V en el fol. 40 a la 13 del mismo tít. en el 41; 5.º (13 + 14): se pasa de la ley 5 del tít. IX en el fol. 85 a la ley a la 16 del mismo tít. Los reclamos de 40v y 85v no se justifican en 41r y 86r.

Tinta negra para el texto; tinta roja para los epígrafes de los títulos y las leyes, capitales, calderones y el número de los títulos que aparecen en la cabecera de los rectos. La parte final del COL. (*Fernando de Sant Fagund*) también en rojo.

Letra de albalaes del s. XIV (de finales del s. XIII según la RAH). Entre los fols. 46-47 y 52-53 hallamos cosida una carta del Arcipreste de Medina a Juan Rodríguez, doctor de San Isidoro, posiblemente en letra gótica del XIV.

Enc. de la biblioteca de El Escorial (s. XVIII). El manuscrito parece proceder de la biblioteca del Conde-Duque.

Part. RAH, I, xlvii-xlviii; Martínez Marina: p. 184; Llacayo 1878: 305; Zarco: II, 289; Craddock 1986 a: 42, § Ah5; *BOOST* 1977: 8, §146; Simón Díaz 1963: 3.1, 132, § 1210.

1.2.4. Ms. Z.i.15 (*olim* II-Ξ-16; I.F.6), iii + 233 + ii (s. XIV):

- Fol. 1r-v TABLAS (Títulos de la *Tercera Partida*).
Fol. 2v-3r [Anales de algunos sucesos de España]: Viernes dies nueue dias de nouiembre del nascimiento del Nuestro Salvador de mill e trezientos e ochenta e nueue...
Fol. 3v [Tablas de los títulos de las Decretales]: Iste sunt rubrice decretalium.
Fol. 4r TÍT.: Aquí se comiença la Tercera Partida que fabla de la Justicia de commo se a de fazer...
Fol. 4r INC.: Fizo Nuestro Señor Dios todas las cosas muy complidamente...
Fol. 173r EXP.: ... es y labrado de nueuo debe fincar comunalmiente entre todos los compañeros.
Fol. 174r [Glosario de términos jurídicos]: Nota que ay fama, e ay rumor, e ay manifiesto, ...
Fol. 175v TABLAS (Títulos de la *Cuarta Partida*).
Fol. 176r TÍT.: Aquí comiença la Cuarta Partida que fabla de los despoforios e de los cafamientos...
Fol. 176r INC.: Onrras señaladas a Dios al omne sobre todas las otras criaturas que El fizo...
Fol. 233r EXP.: ...del amigo lo que quiere a fy commo deximos de fufo.

Pergamino, 338 × 235 mm. *Tercera Partida*: caja, 258 × 170 mm; dos cols. de 34 líneas y 80 mm. *Cuarta Partida*: caja, 271 × 160 mm.; dos cols. de 48 líneas y 70 mm. Todo está escrito a dos cols., excepto los breves anaales de los fols. 2v-3r.

Numeración arábica. Hay un folio sin numerar entre el 77 y 78, se repite el 35 y hay un salto del 135 al 137, sin falta de texto. Pone 48 en lugar de 58. Fols. 174v y 175r en blanco.

Letra gótica de privilegios del s. XIV. Parece que estas dos *Partidas* no han sido escritas por el mismo copista: la letra de la *Cuarta Partida* es más pequeña y regular letra (de mitad del s. XV según la RAH), la calidad de los pergaminos es diferente y, además, la preparación y ejecución ha sido más cuidadosa, y la iluminación es más rica.

Tinta negra para el texto, roja para las tablas del fol. 1 y epígrafes de títulos y leyes. Hasta el fol. 172 se alternan en rojo y morado las capita-

les, adornadas con rasgueos; calderones rojos y morados en todo el código; también hasta el fol. 172 aparecen cabeceras en rojo que indican el número del título, la mayoría están cortadas; hasta el fol. 173 las mayúsculas están decoradas con un trazo rojo. Desde el fol. 175v la iluminación cambia, es mucho más rica: las tablas alternan el negro y el rojo, calderones en rojo y morado, epígrafes de títulos y leyes en rojo, y no se aprecian cabeceras. Alternan capitales en rojo y morado adornadas con rasgueos; comienza el prólogo con una O en oro, azul, rojo y verde; las capitales iniciales de título y ley, en oro y diversos colores, especialmente el prólogo y el título primero, decorados con grandes ramas floreadas que abarcan toda la caja. Hay una miniatura en los fols. 188v-189r: es un cuadro de parentescos profusamente decorado con ramas floreadas y figuras geométricas en oro, naranja, verde, azul y morado, y tinta azul y roja para los nombres de parentesco.

Los folios han sido cortados, se aprecia en las cabeceras y en los reclamos, que en ocasiones no aparecen en el fol. que les correspondería. Otros se ven claramente cortados. Reclamos (fols. 1-173): 13v, 23v, 33v, [43v], [53v], [63v], [72v], 81v, 91v, 101v, [111v], [121v], 131v, 142v, [152v] y 163v. Tiene pues 17 cuadernos de 10 fols. El cuaderno 153-163 es irregular (6 + 5) ya que el fol. 158 ha sido añadido: cambia la letra del texto y de la iluminación. Los fols. 1-3 también son añadidos. Reclamos (fols. 174-233): 185v, 195v, 205v, 215v y 225v. Tiene 5 cuadernos de 10 y el último de 8 (226-233).

Hay muchas notas marginales en que se citan el *Espéculo*, las *Flores del Derecho*, *Digesto*, *Decretales*, *Fuero Juzgo*, etc.

Enc. de la biblioteca de El Escorial, cortes dorados, corte: "15. &. Partida III. IV. 6".

Rodríguez de Castro 1786: pág. 679; *Part. RAH*, I, xlviiii; Martínez Marina: pág. 184; Zarco: III, 90; *BOOST* 1977: 8, § 142; Simón Díaz 1963: 3.1, 132, § 1214; Craddock 1986 a: 45, § Ah32.

1.2.5. Ms. Y.iii.14, (*olim* III-Ξ-11; II.F.14), ii + 160 + ii (1415):

- Fol. 1r TABLA (Títulos de la *Tercera Partida*).
 Fol. 1v TÍT.: Aquí se comienza la muy noble Partida Tercera que habla de Justicia commo se ha de fazer...
 Fol. 1v INC.: Fizo Nuestro Señor Dios todas las cofas muy complidamente por el fu grant faber...
 Fol. 158r EXP.: ...e lo alli lauro de nueuo debe fincar comunal mente entre todos los compañeros.

Fol. 158r COL.: Qui scripsit, scribat, femper cum domino uiuat. Perfecto libro fit laus et gloria Christo. Finito libro reddantur numi magistro. Esta Partida fue acabada a doze dias de julio, año de mill e quatrocientos e quinze años.

Fol. 159r-160v [Fragmento de un ¿Ordenamiento sobre tributos?].

Papel, 285 × 205 mm, caja de 225 × 170 mm, 2 cols. de 33-39 líneas y 75-85 mm. Numeración árabe. Tiene siete cuadernos numerados, reclamos en 22v, 48v, 72v, 90v, 114v y 138v, los cuadernos son de 22, 26, 24, 18, 24, 24 y 22 fols.

Tinta negra para el texto, muy borrosa en algunos folios. Tinta roja para los epígrafes y capitales. Faltan muchas capitales, y muchos epígrafes que van en negro. Filigrana: campana, M mayúscula con cruz y pato.

En el margen inferior del fol. 1r se lee: *Con este libro sirbio a su Magestad el doctor Burgos de Paz, vecino de Valladolid, por principios de otubre de 1547 años.*

Enc. de la biblioteca de El Escorial, cortes dorados, corte: "14. &. Partida III. 14".

Part. RAH, 1, xlviiii-xlix; Zarco: III, 53; Simón Díaz 1963: 3.1, 132, § 1213; *BOOST* 1977: 8, § 149; Craddock 1986 a: 43, § Ah21.

1.3. Biblioteca y Archivo Capitulares de Toledo

1.3.1. Ms. 43-12 (*olim* 26-8), ii + 253 + ii (1414):

Fol. 1r TABLAS (Índice de títulos de la *Tercera Partida*).

Fol. 2v TÍT.: Aquí comiença la tercera partida que fabla dela iusticia como se ha de fazer ordenada mente en cada lugar por palaura et por fecho.

Fol. 2v INC.: Fizo dios nuestro señor todas las cosas conplida mente por el fu grand faber...

Fol. 191v EXP.: ...Et lo que es y labrado de nuevo deue fincar comunal mente a todos los conpañeros.

Fol. 192r TABLAS (Índice de títulos de la *Cuarta Partida*).

Fol. 192v TÍT.: Aquí se comiença la quarta partida que fabla delos defonfonos [sic] et delos casamientos.

Fol. 192v INC.: Onrras señaladas dio nuestro señor dios al omne sobre todas las otras criaturas...

Fol. 253r EXP.: ...se defata quando ha ol [sic] deffalleçe del amigo lo que quiere assi como de fufo deximos.

Fol. 253r COL.: Aquí se acaba la quarta partida deste libro. Et lo escriuio johan alfonffo de trugillo canonigo de fanta maria de talauera et familiar del arçobispo don pedro de luna que dios perdone. Et se acabo de escreuir a quatro dias andados del mes de octubre año del señor de mil et quatroçientos et catorze años.

Pergamino, hojas de guarda de papel; 343 × 254 mm; texto a una col. de 36 líneas, caja de 203 × 153 mm. Los fols. están cortados por todos los márgenes. El fol. 2r está en blanco. Hay un fol. cortado entre los actuales 191 y 192. No hay restos de una numeración original, quizá se perdió al ser cortados los fols. para una nueva encuadernación; existe una numeración moderna en guarismo introducida a lápiz marcando los fols. de cinco en cinco.

Hay 32 cuadernos de ocho fols. Los reclamos aparecen con absoluta regularidad: 8v... 184v, salvo en el fol. 192; a partir de este punto los reclamos aparecen en fols. impares, 199v ...247v: esto no se debe a ningún fol. perdido, sino a que al cuaderno en que acababa la *Tercera Partida* se le cortó el último fol. (el original 192) para evitar dejar un fol. en blanco entre ambas *Partidas*, pero este problema sólo surge si seguimos la numeración moderna, quizá la antigua contempló ese fol. 192 cortado.

Letra redonda, s. xv. Códice escrito por el mismo amanuense que el Ms. 43-11 con el que forma colección, no se aprecia diferencia de manos. Tinta negra para el texto; tinta roja para las tablas de la *Cuarta partida*, para el encabezamiento de títulos y de leyes y para las cabeceras de los fols. (recto: número de título, verso: Tº [título]). Se alternan calderones en rojo y azul (morado); para las capitales de ley se alterna el rojo y el azul; las capitales de título poseen las mismas características pero son de mayor tamaño. Las capitales de los prólogos generales están ornamentadas con motivos vegetales en colores verde, azul, rojo y oro.

Al comienzo de cada *Partida* (fols. 2v y 192v) hay una hermosa orla en colores verde, azul, rojo y oro. En el margen inferior del fol. 2v aparece un escudo partido en cuatro partes ocupadas por dos castillos y dos cruces.

Enc. en cuero marrón con cierres de cuero y metal. Tejuelo: 43-12 Leyes Partidas 3 y 4.

Part. RAH, I, xlvi-xlvii; García-González 1970: 168-69; *BOOST* 1977: 8, § 143; Craddock 1986 a: 57, § Ah67.

1.3.2. Ms. 43-14 (*olim* 26-10), 200 fols. + i (s. XIV):

Fol. 1r-v TABLAS (Índice de títulos de la *Tercera Partida*).

Fol. 2r TÍT.: Aquí se comienza la primera [*tachado*] partida que habla

de la iustiçia como se a de ffazer ordenada mjent [en cada(?)]
logar por palaura de juyzio τ por obra de ffecho.

Fol. 2r INC.: Fizo nuestro señor dios todas las cosas muy conplida
mjente por el fu grant ffaber...

Fol. 200r EXP.: ... Et lo que es y labrado de nuevo deue ficar comunal
mjent entre todos los conpañeros.

Fol. 200r COL.: ffinjto libro rredatur gratia x^o dominus.

Cartáceo, 343 × 242 mm; dos cols. de entre 28 y 33 líneas y de 254 ×
× 95 mm; caja de 254 × 210 mm. Los fols. están cortados por todos los
márgenes, con manchas en la parte del margen interior y algo deturpados
los fols. iniciales y finales; hay algunos fols. sueltos.

Tinta negra para el texto, tinta roja para los epígrafes de las leyes, tam-
bién en rojo las cabeceras que indican el número de título correspondien-
te, aunque corresponden a otra mano y la tinta es diferente. Capitales en
negro, no hay calderones ni ningún tipo de ornamentación. Única mano,
salvo algunos folios suplidos por una diferente. En el fol. 200r se leen los
nombres de Marchos Ferrandez y Didacus Remigii. El texto está anota-
do en los márgenes por varias manos diferentes, muchas de estas anota-
ciones están cortadas; en algunas secciones hay tachaduras y correcciones,
especialmente los epígrafes de algunas leyes por la misma mano que in-
trodujo las cabeceras. Es un texto muy corregido.

Sólo aparecen algunos reclamos, el resto ha desaparecido al ser corta-
dos los fols. para una nueva encuadernación. Cuadernos de 16 fols.

Enc. en cuero con cierres de cuero y metal. Tejuelo: Partida Quinta
(sobrescrito Tercera).

*Part. RAH, I, xlix; García-Gonzálvez 1970: 170-71; BOOST 1977: 8,
§ 148; Craddock 1986 a: 57, § Ah69.*

1.4. Biblioteca de la Real Colegiata de San Isidoro de León

1.4.1. Ms. XXII, i + 125 fols. + i (s. XIV: ant. 1335 ?):

Fol. iv TABLAS (Índice de títulos de la *Tercera Partida*).

Fol. 1r TÍT.: A[] []mjença la terçera part[] que fabla dela justi[]a
de... por obra de fecho.

Fol. 1r INC.: Fizo *nuestro* señor dios todas las cosas comprida mjent
por el ffu grant ffaber...

Fol. 125r EXP.: ... τ lo *que* es y labrado de nuevo τ deue fincar comu-
nal mjent atodos los conpañeros.

- Fol. 125r COL.: Finito libro redāt gratiā ī xpō. este libro es acabado. el nonbre de dios fea loado. bernaldo alph o mādōn fazer esteuã dgs o escriuio por feu mādād[] (*Posterior*: este libro a çeto τ vñt τ ffeys follas esc'ptas τ (?) este puco (?) de mays y ede ffrã v^o ffiffico vizino de Xeřz).
- Fol. 125v [Anotaciones sobre acuerdos entre particulares].

Contiene íntegra la *Tercera Partida*. Divide el texto en 34 títulos (frente a los 32 tradicionales); omite la ley 101 del título XVIII.

Papel (y pergamino i, 21, 82, 116 y 117, i). 290 × 220 mm; caja 250 × 185-195 mm. Escrito a dos cols. de 250 × 80-90 mm, con un número de líneas que oscila entre 40 y 44. El fol. 117: 292 × 173 mm; una col. de 38 líneas en recto y 40 en verso. Los folios 1-36 y 117-125 (salvo los fols. en perg.) aparecen muy deteriorados en el margen inferior externo donde se ha perdido texto.

Letra gótica. Texto en tinta negra. Posee multitud de correcciones y otras anotaciones marginales. Tinta roja para epígrafes de las leyes y calderones. En las tablas los títulos se alternan en negro y rojo. Las capitales suelen alternar negro y rojo, decoradas con rasgueos simples. Se aprecia el pautado. Posee multitud de correcciones y otras anotaciones marginales.

El código consta de seis cuadernos: cuatro de 20 fols., uno de 36, y el último de 4 fols. y una hoja. Reclamos: 21v, 41v, 61v, [81v (costuras entre 99v-100r)], 115v y 116v (costuras entre 121v-122r).

Las anotaciones de 125v, en principio posteriores a la confección del código, tienen fecha de la era de 1373 y 1376 (años de 1335 y 1338).

Enc. original, cuero marrón oscuro labrado sobre cartón. Tejuelo: *Tercera Partida*. 22.

Pérez Llamazares 1924: 44, § XXII; Arias Bonet 1965: 566-568; *BOOST* 1977: 6, § 115; Craddock 1986 a: 45, § Ah34.

1.5. Archivo del Real Convento de Predicadores de Valencia

1.5.1. Ms. 88, 196 fols. [s. n.], (s. XV):

- Fol. 1r INC.: Fizo nuestro fenyor Dios todas las cofas muy complidamente...
- Fol. 144v EXP.: ... deue fincar comunalmiente de todos los companyeros.
- Fol. 144v COL.: Ore tuo xpiste benedictus fit... el noble Rey don Alfonso.
- Fol. 145r TABLAS Aquí se comiençan los titulos de la tercera partida.
- Fol. 146r TÍT.: Aquí se comiença la quarta partida que fabla de los casamientos et los desposorios.

- Fol. 146r INC.: Honrras fenyalladas dio nuestro Senyor Dios al hombre fobre todas las otras criaturas que el fizó...
- Fol. 195v EXP.: ...deffallece del amigo la que quiere affi como de fufo dexiemos.
- Fol. 195v TABLAS: Aqui fe comiençan los titulos de la quarta partida.
- Fol. 196r COL.: Aqui fon acabados los titulos de la quarta partida que fizó el noble Rey don Alfonso de buena memoria.

Pergamino, 350 × 267 mm; caja de 260 × 190 mm; dos cols. de 50 líneas: 260 × 85 mm. Folios sin numerar. Letra gótica redonda libraria, s. xv.

Texto en tinta negra, títulos y demás rúbricas en rojo. Adorna el comienzo de la *Tercera Partida* una hermosa capitular historiada y una orla de exuberantes motivos florales en varios colores, todas las iniciales de título y ley están ornamentadas.

No aparecen reclamos, aunque parecen que han sido cortados. Consta de varios cuadernos de 10 y de 20 fols.

El manuscrito forma colección con el ms. Zubáburu, que contiene *Partidas* I y II.

Enc. en pergamino, s. xvii. Tejuelo: Leyes III y IV Partida del Rey D. Alonso.

Martín-Retortillo 1955: 101-122; Robles 1984: 400-401; Craddock 1986 a: 58, § Ah78.

1.6. Arquivo Nacional da Torre do Tombo de Lisboa.

1.6.1. Ms. 3, [1] + (2) + (1) + 136 + [1] (1341):

- Fol. 0v TABLAS (Índice de títulos de la *Tercera Partida*).
- Fol. 1r TÍT.: *Aqui ffe começa a terceyra partida deste liuro que fala das justicas de cómo ffe deuẽ fazer...*
- Fol. 1r INC.: *Fez noftró fenhor dios todalas coufas muj compridament...*
- Fol. 12r EXP.: *... e o que he labrado de nouo deue ficar comunament a todolos cõpanheyros.*
- Fol. 125r COL.: *Era de mil τ ccc τ setêta τ noue quatro dias por andar de junho foy este liuro començado Et foy acabado quatro dyas de pos sam Miguel da (?) en de suso dita τ son tres Meses τ mays tres dias vasco Lourenço dito coudo o escreueo deus lhi de bõo acabamêto*
- Fol. 125r-127v [Diversas disposiciones procesales]
- Fol. 127v-128r Cortes de 1331 (Santarém) Capítulos Gerais.

Fol. 129r-133v Ordenações do Reino.
Fol. 135v [Disposiciones procesales]

Pergamino, 375 × 295 mm; caja de 265 × 205 mm; 2 cols. de 265 × 95 mm. Los fols. 131-134 están deturpados en su parte superior y no pueden leerse en ese punto.

Letra gótica cursiva. Texto en tinta negra, tinta roja en rúbricas y cabeceras, que indican el número de título: tº en el recto y el número en el verso. Las iniciales del prólogo general y las de los prólogos de cada título están elegantemente adornadas. Las iniciales de cada ley muestran diferentes rasgueos alternando diversos colores.

La *Partida* se conserva en los fols. 1r-125r; los fols. 126-136 han sido añadidos al núcleo original de la *Partida*; están escritos por una mano diferente, contienen una serie de disposiciones o leyes procesales ajenas a la *Partida*. El fol. 134 está en blanco.

Aparecen reclamos en 10v, 20v, 30v... 100v, 110v y 118v, lo que supone 11 cuadernos de 5 fols. y uno de 4. Los fols. 126-136 forman un único cuaderno.

Caskey 1979: lxvi-lxviii; Azevedo Ferreira 1980: 102, 108-111, 116-122; 1984: 103-104, 115-116; 1993-1994: 372-737; 1994: 189-190; 1995: 577-582; Craddock 1986 a: 46, § Ah39; Askins 2002: 72.

2. Testimonios perdidos

Ofrecemos a continuación una relación de testimonios de la *Tercera Partida* de los que se tiene constancia de su existencia, pero que no han llegado hasta nuestros días.

2.1. Hay una noticia que localizaba en la Biblioteca Capitular de Orense un códice que contiene “un libro de Tercia Partida” donado por Rodrigo Comeiras en 1417.

Duro Peña 1961: 189; García y García 1986: 693.

2.2. El primero de éstos se hallaba en la Biblioteca Capitular de Córdoba. Lo único que sabemos de este códice es que fue vendido el 19 de noviembre de 1451 al bachiller Alfonso Rodríguez por 280 mrs.

García, Cantelar y Nieto 1976: 587; García y García 1986: 675.

2.3-5. Según el inventario de la Biblioteca del Cabildo realizado en 1533 existirían en la Biblioteca Capitular de Salamanca los siguientes volúmenes de las *Partidas* (donados por Juan de Castilla en 1510):

(fol. 6) Séptimo banco

“3 y 4 *Partida*, de pergamino. Comienza: *Fizo nuestro Señor. Acaba: diximos.*”

“*Terçera Partida* que trata de la justiçia. Comienza: *Estos son. Acaba: los compañeros.*”

“1, 2 y 3 *Partidas* con la glosa del doctor Montalvo. Comienza: *Después. Acaba: los compañeros.*”

Marcos Rodríguez 1961: 298-299; García y García 1986: 695.

3. Fragmentos

3.1. En el Archivo Histórico Provincial de León se conserva un folio muy deturpado y mutilado que contiene en lengua galaico-portuguesa desde la ley 94 hasta la 96 (que es la única que puede leerse íntegramente) del título XVIII. Parece de comienzos del siglo XIV.

Pensado 1975 (transcripción: 128-129); García y García 1986: 683.

3.2. El conocido como fragmento B del Archivo de la Catedral de Santiago, de la primera mitad del siglo XIV, contiene del título II las leyes 18-19, 22-23, 32 y 35-36.

Oviedo 1901 (transcripción: 104-109); García y García 1986: 695; Askins 2002: 74.

3.3. Un fragmento conservado en el Archivo del Reino de Galicia: Colección de Pergaminos, caja 13, n. 3 (s. XIV). Contiene *Partidas* III, ii, 19-26.

Askins 1997 (transcripción: 33-39); Askins 2002: 74.

3.4. Un epítome que se conserva en la Biblioteca Universitaria de Valladolid (Ms. 140), un resumen en latín y con los lemas en castellano en 122 folios de las *Siete Partidas* (siglo XV).

Arias Bonet 1968: 671-673; Alonso Cortés 1976: 113-114; García y García 1986: 699.

3.5. Dos folios que recogen un fragmento en portugués hallado en la Biblioteca Geral da Universidade do Minho (antigua Biblioteca Pública de Braga). Conservan parte de la ley 36 y la 37-40 del título XVI, y desde finales de la ley 2 hasta comienzo de la ley 6 del título XVII.

Caskey 1979 (transcripción en 1982-2000); Ferreira 1980 a (transcripción: 132-141), 1985; García y García 1986: 672-673; Craddock 1986 a: 41-42, § Ah4.

3.6. Otros dos folios en portugués que se encuentran en el Archivo Nacional da Torre do Tombo. Contienen las leyes 17-20, parte de la 21 del título V, la mayor parte de la ley 8, las leyes 9-10 y la 11 casi completa del título VII.

Ferreira 1980 a (transcripción: 124-132), 1984, 1985, 1993.

3.7-8. Dos fragmentos más que se hallan en el Archivo da Sé de Braga; hay fragmentos en portugués y en castellano. En portugués: las leyes 7-8 del título VIII, leyes 1-2 del título IX, leyes 1-8 del título X y las leyes 1-2 del título XI. El fragmento castellano contiene los títulos 4-5.

Ferreira 1993-1994 (transcripción: 380-395); Ferreira 1995 (transcripción: 583-596); Askins 2002: 73.

3.9. Un fragmento conservado en el Archivo Distrital de Braga que conserva *Partidas* III, XVIII, 33-34, 35. Sin editar.

Askins 2002: 73.

3.10. Un fragmento conservado en el Archivo Distrital de Braga que conserva *Partidas* III, XIX, 3-5. Sin editar.

Ferreira 1984; Askins 2002: 73.

3.11. Un fragmento conservado en el Archivo Parroquial de S. João de Souto que conserva *Partidas* III, XIX, 6-10,16 y xx, 1-4. Sin editar.

Askins 2002: 73.

3.12. Un fragmento encontrado en Coimbra que conserva *Partidas* III, XVIII, 34-36.

Dias 2001 (transcripción: 266-273); Askins 2002: 73.

3.13. Un fragmento que contiene las leyes 59-61, 69-70 del título XVIII conservado en el Archivo Parroquial de S. João de Souto.

García y García 1986: 695; Ferreira 1985 (transcripción: 54-64); Askins 2002: 73.

3.14. El Ms. 28-15 (*olim* 28-7) de la Biblioteca Capitular de Toledo (s. XV) contiene otro fragmento castellano de la *Tercera Partida*. Conserva las leyes 19-21 del título XI (51v-53r).

García-González 1970: 115-116; García y García 1986: 696.

3.15. En el Ms. 9199 de la BNM (fol. 199ra-203ra) se encuentran unas tablas de las *Partidas* (*Tercera Partida*, fol. 200ra₂₅-200vb).

Inventario 1995: 238-239.

3.16 (1). Ms. 43-18 (*olim* 26-13), fol. 3r-124v (s. XIV). *Quinta Partida*. Cartáceo. Varias manos. En el fol. 3r está el índice y el título de la *Partida Tercera*. En los fols. 4ra-7vb se encuentran los títulos 10-12 y parte del 13 de esta *Quinta Partida*, que han sido trasladados del código Ms. 43-19 (*olim* 26-13), donde estaban originariamente.

Arias Bonet 1962: 560; García-González 1970: 171-172; *BOOST* 1977: 9, § 156; García y García 1986: 697.

CAPÍTULO II

CRÍTICA TEXTUAL. VARIANTES. *STEMMATA*

1. Consideraciones previas

Como ya se ha dicho en alguna ocasión, el método neolachmanniano parece el menos malo de entre los sistemas mediante los que se puede proceder a la edición crítica de un texto (BLECUA 1983). El establecimien-

(1) Pese a que el valor textual de los fragmentos 15 y 16 es lógicamente menor, no podemos dejar de considerarlos un testimonio, aunque indirecto, de la *Tercera Partida*.

to del error común significativo se constituye en el proceso más fiable y seguro que permite trazar relaciones entre los testimonios de una tradición textual. Sin embargo, la dificultad mayor estriba en dilucidar el verdadero error (FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ 2002), tarea en absoluto sencilla que puede adquirir tintes dramáticos cuando tratamos de establecer errores significativos comunes a dos o más testimonios. Aunque podemos considerar como error textual todo aquello que se desvíe del significante o significado original, el problema se plantea en toda su extensión en la mayor parte de las tradiciones, que carecen de original conocido, y más si éstas son extensas. Por un lado, el carácter lingüístico de muchas variantes impide la reconstrucción del original, en su significante originario, dada la fácil poligénesis de este tipo de variantes. Pero incluso en aquellas variantes que podemos considerar de sustancia o de contenido, únicas sobre las que se suele basar la crítica textual, sucede en ocasiones que no se encuentran errores significativos claros que sirvan para establecer relaciones textuales. Este parece ser el caso de las tradiciones jurídicas, tradiciones textuales no consideradas, con sus peculiaridades propias, en los tratados de crítica textual al uso.

Dentro del concepto de error cabe distinguir errores conjuntivos y errores separativos. El separativo, el que nos permite independizar los testimonios, es aquel error que pasa inadvertido para un copista y que por tanto no es subsanado ni corregido. Es el error particular de un testimonio o de una rama de testimonios. El conjuntivo es aquel que dos o más testimonios no pueden haber cometido de forma independiente y, por tanto, nos permite establecer parentesco entre ellos. Éste último es especialmente difícil de calibrar en una tradición como la que aquí presentamos.

De entre la tipología de los errores, la omisión es el más evidente (no así en el caso del *homoiotéleuton*), por el que se pueden independizar o relacionar los diversos testimonios. Estos errores sólo son significativos, una verdadera referencia, cuando, como decimos, el copista no ha podido advertirlos ni, por tanto, subsanarlos. Por otro lado, las lecciones adiaforas o equipolentes, que, en principio, no constituyen una base suficiente para establecer relaciones entre testimonios, pueden interpretarse como indicios de filiación si se dan de forma recurrente en dos o más manuscritos.

Como caracterización general y previa de la tradición textual de la *Tercera Partida* podemos decir que todos los manuscritos muestran un comportamiento similar en cuanto transmisores del texto. Poseen muchas innovaciones particulares debidas principalmente a errores en el proceso de copia: malas lecturas o interpretaciones de copista, transmutaciones de algunos elementos generalmente poco relevantes, y, sin excepción, gran nú-

mero de omisiones, siendo especialmente frecuentes las producidas *ex homoioteleuton*. Generalmente, las innovaciones se deben, por un lado, a actualizaciones lingüísticas y, por otro, a interpretaciones de un modelo que no se entiende, especialmente en términos técnicos, o por relajación del copista, lo que genera multitud de banalizaciones o *lectiores faciliores*. El carácter formulaico del lenguaje jurídico crea frecuentemente proyecciones y elisiones en ciertas estructuras o construcciones léxicas y gramaticales por ser frecuentes y estereotipadas (2).

Otra de las características de esta tradición textual es la fijeza del texto, que hace muy escaso el número de variantes y de errores significativos; no existen refundiciones, actualizaciones de contenido, resúmenes, ampliaciones, etc. Nos encontramos ante un texto fosilizado, cuyas variantes responden en su mayoría al proceso de copia y no a cambios voluntarios de los copistas. Así, la mayor parte de las variantes se explican por factores como la sinonimia, o la confusión gráfica debida a una mala lectura seguida de una banalización, variantes que son susceptibles de haberse producido independientemente en la mayor parte de los casos. Hemos de incidir, por tanto, en que este tipo de variantes con las que nos topamos en la tradición de la *Tercera Partida* (generalmente en cualquier texto jurídico) sólo se tendrían en consideración de forma muy secundaria en otras tradiciones textuales (literarias o historiográficas, por ejemplo) a la hora de plantear la primera *selectio* e incluso en la *constitutio*. Sin embargo, en la tradición jurídica, tan inmóvil y fosilizada, se sobredimensionan y cobran mayor importancia dada la ausencia de variantes de mayor envergadura sobre las que basar la reconstrucción de las relaciones estemáticas.

Sin duda, la transmisión de textos jurídicos no puede ser considerada de la misma forma que la de otro tipo de textos. La conciencia de estar ante un texto de fuerza legal (con seguridad desde 1348 en el caso de las *Siete Partidas*) no hace posible la paráfrasis, ni el comentario, ni la refundición, ni las interpolaciones ni –nos atrevemos a decir– las lagunas, espacios en blanco y demás puntos oscuros, que deben ser reparados en su caso con otro modelo textual, generando otra de las características de este tipo de tradiciones: la contaminación. En otras palabras, no es posible la modificación “voluntaria” del texto: y subrayamos que esa característica

(2) Estas estructuras son muy susceptibles de ser contaminadas con otras estructuras semejantes por transposición o extensión; lo difícil en estos casos es dilucidar si nos encontramos con un caso de poligénesis o de transmisión entre testimonios. Sirva como ejemplo de esto el cruce de las estructuras “en demandando e en respondiendo” y “en demandando e en defendiendo” que pueden ser inconscientemente intercambiadas o que pueden generar una tercera como “en demandando e en respondiendo e en defendiendo” que sugiere, en cambio, la contaminación (VI, 1₁).

se agudiza en el caso de la *Tercera Partida*, cuyo contenido procesal, tan estricto y regulado, es aún mucho menos susceptible de ser alterado.

Por fortuna para el editor, los errores de amanuense hacen su aparición como en cualquier otro acto de copia, y esto ha permitido orientar en cierto modo la tradición textual, no sin pocas reservas.

Al ser tan escasas las variantes de importancia, hemos tenido en cuenta una más amplia tipología y hemos tratado de afinar mucho en su justa valoración e interpretación, de modo que se obtenga de ellas la máxima información. Pero la tarea no es en absoluto sencilla, ya que cada variante cuenta (pues no hay otras en qué basarse), pero también cada variante puede ser desechada (dada su débil entidad probatoria). Quizá por ello el listado de variantes y los comentarios que ofrecemos para dilucidar la verdadera situación en cada uno de los casos puede parecer demasiado extenso, pero, dada la calidad de las variantes, hemos recurrido en cada argumento al valor sumativo de las pruebas en aras de la mayor objetividad.

En resumen, nos enfrentamos a una tradición textual cuyos principales problemas son el escaso número de variantes significativas, el inmovilismo y la contaminación, factores estrechamente interrelacionados y generados por el carácter jurídico del texto.

2. Resultados de una *collatio* preliminar

Para analizar la tradición textual de la *Tercera Partida*, la más extensa de las siete partes en que se dividió el código alfonsí, hemos seleccionado algunos fragmentos de su texto y hemos cotejado y extraído las variantes de casi todos los testimonios: trece manuscritos y dos de las ediciones previas, las de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO (1491) y de Gregorio LÓPEZ (1555). Los fragmentos seleccionados, anotados con las variantes de todos los testimonios pueden leerse en el Apéndice II y comprenden los siguientes pasajes: Prólogo, título I, 1-3; II, 1-7; III, 10-11; IV, 1-4, 15-16, 25; V, 1-3, 17-20, 27; VI, 1-2, 12, 15; VII, 1-11; VIII, prólogo, 7; X, 4-6; XI, 1, 19; XII, 1-2; XIII, prólogo, 4, 7; XIV, prólogo, 7, 14; XVI, 24-25; XXII, 1, 23; XXVII, 4-5; XXXI, 9, 25-26. El texto anotado es el de Gregorio LÓPEZ, sin modificaciones, aquí también seguido para la identificación del fragmento que incluye cada variante (por número del título, de la ley dentro del título y de número del pasaje dentro de cada ley). En este sentido, las referencias al texto vienen dadas de la siguiente manera: XI, 19₁₋₃, donde XI remite al título, 19 a la ley y ₁₋₃ a las correspondientes secciones. Junto a la información extraída en estos cotejos citamos un conjunto de variantes obtenidas de una *collatio* preliminar de los *incipit* y *explicit*

de cada ley y de otros cotejos aleatorios (en estos casos las variantes se localizan sólo por el número de título y de ley). A los resultados de esta *collatio* hemos incorporado también los obtenidos en los títulos XVIII-XX como producto de nuestra edición crítica. Cuando la variante citada procede de estos títulos, seguimos, en cambio, nuestro texto crítico como base de la referencia.

El análisis de estos cotejos nos ha permitido independizar a la mayor parte de los testimonios, así como establecer algunas relaciones de parentesco y de contaminación.

2.1. Errores separativos y variantes particulares.

Los errores separativos son aquellos que no pueden ser detectados por el copista ni, por tanto, suelen ser rectificadas mediante el uso de otro modelo textual o la conjetura. En este sentido, todos estos errores significativos y variantes producidos de forma monogenética en algún manuscrito independizan directamente su transmisión textual, esto es, nos aseguran que ningún otro testimonio lo tuvo como modelo directo. No podemos ofrecer un listado completo de variantes, pero sí ejemplificaremos con un buen número de entre los casos más evidentes y significativos. Creemos que las particulares características de los errores en las tradiciones jurídicas, de las que ya algo hemos dicho, generan fuertes dudas que parecen disiparse con un amplio y variado espectro de variantes (3).

2.1.1. Ms. 12794 BNM / M94.

El manuscrito 12794 de la Biblioteca Nacional de Madrid forma colección con los mss. 12793 (*Primera y Cuarta Partidas*) y 12795 (*Quinta y Sexta Partidas*). Esta colección fue la utilizada por la Real Academia de la Historia como base de su edición de 1807. El testimonio que se recoge en este manuscrito 12794 de la BNM posee errores separativos evidentes que lo independizan del resto de testimonios.

Sustitución:

Demandador derechoero es aquel que faze demanda en juyzio, por alcançar derecho, quier por razon de debda, o **de tuerto** que ha recebido, en el tiempo pafado... (II, 1 1-2)

· de tuerto] de otro debdo M94

(3) Procedemos a la exposición de las variantes siguiendo las cuatro categorías modificativas clásicas (siempre que ha sido posible o las variantes resultan realmente significativas): *omissio*, *aditio*, *inmutatio* (o sustitución) y *transmutatio* (o cambio de orden).

... Ca atal demanda como esta non les deue fer otorgada, que la **puedan** fazer, e esto por **dos razones**... (II, 3 9)

· puedan] deuan *M94* || dos razones] fus mayores *M94*

... para **poder la razonar, e demandar por suya** (II, 29)

· responder a la demanda o razonarla por fuya *M94*

Porfiado deue fer el juez, en tal manera, que quando diere su juyzio, acabado de que non se alço ninguna de las partes, que faga en **todas** guisas que se cumpla... (IV, 15, nn.1-2)

· todas] dos *M94*

... e por Iesu Christo su fijo, que **nacio** de la virgen gloriosa fanta Maria, e por el espiritu santo... (XI, 19 7)

· nacio] yacio *M94*

... E sobre todas estas palabras ha de responder aquel que faze la jura al otro, que gela toma, afsi lo juro como **vos lo auedes** dicho... (XI, 19 13-14)

· vos lo auedes] nos lo auemos *M94*

E otrossí deven guardar que las cartas que les mandaren fazer en una forma de cual manera quier que sean, que non las **camien** en otra... (XIX, 5 19)

· camien] conuiene *M94* || otra + manera *M94*

Nós, por guardar los escrivanos de yerro, queremosles mostrar en esta ley **cierta manera** cómo se sepan guardar... (XIX, 10 4)

· cierta manera] çierta mente *M94*

... después que fuesse pagado de la debda o la oviesse **quitada** e vernié d'ella grand daño a la otra parte... (XIX, 10 14)

· quitada] pagada *M94*

Adición:

Mas touieron por bien, e por derecho, quel podiesse demandar, que le tornasse aquello que le auia tomado, de lo **fuyo** a fin razon, o que le fiziesse emienda de otro tanto... (II, 5 10-11)

· fuyo + τ que se lo tomasse *M94*

Ninguna cosa no puede ser demandada en juyzio por **otri**, sin otorgamiento del señor della: assi como diximos en la ley ante desta... (V, 20₁)

· otro + por si *M94*

... Mas abonda que jure que diga la **verdad** segun que le conuiene estando los euangelios delante, assi como de fuo diximos. (XVI, 24₁₃)

· verdad + de lo que fopiere *M94*

E aun yaze y otra pro: que si alguna carta diessen como non devien, por el registro se puede provar quién la **dio** o en qué manera fue dada... (XIX, 8₁₁)

· dio + o por cuyo mandado *M94*

... e que sin su plazer viniera en poder de su debdor, estonce si pudiere **provar** que por algunas d'estas razones la perdió... (XIX, 11₂₃)

· provar + quel fuera furtada o robada o *M94*

Omisión:

El manuscrito omite íntegramente la ley 4 del título IV y la ley 15 del título XV. También omite los pasajes siguientes:

E esto es porque maguer sean tenudos a los señores con quien bien por el bien fecho que resciben dellos mayormente lo deuen ser al rey que es señor natural tambien de aquellos con quien bien **como dellos mismos e otrofy por la naturaleza del bien fecho que reciben del tambien ellos** como sus señores (II, 6₁₁₋₁₂)

... afacando torticeras demandas para tomar vengança della. Pero aquellos que ouieren querella, de tal muger como esta, o de algunos de los de su compañía, pueden los fazer emplazar **ante, otro judgador de aquel lugar si lo y ouiere. E si por aventura non lo y ouiesse pueden los fazer emplazar,** antel adelantado, o antel merino, que fuere mayoral de la tierra... (VII, 6₅₋₆)

... E si touiere las manos en la cruz, **diga que jura por aquella cruz,** que es semejança de aquella en que presio muerte nuestro señor Iesu Christo por los pecadores faluar... (XI, 19₉)

Estos tres casos son omisiones ex homoiotéleuton, pero, sin embargo, consideramos que no son tan evidentes como para ser advertidas por un copista posterior.

... E fi por aventura acaecieffe, que el que fueffe emplazado, e pregonado, *afsi como sobredicho es*, se murieffe ante que se cumplierse el plazo de fufo dicho... (VIII, 7₁₈)

... Mas abonda *que jure* que diga la verdad segun que le conuiene estando los euangelios delante, afsi como de fufo diximos (XVI, 24₁₃)

... e los privilegios que mandare confirmar el rey, que valan assí como valieron *en tiempo* de algún rey... (XIX, 3₁₄)

... fuesse de debda que alguno deviesse a otro *quier fuesse* de dineros o d'otra cosa... (XIX, 10₁₁)

... assí como sobredicho es, estonce non la deve *mandar* refazer, porque sospecharon los sabios antiguos... (XIX, 11₂₈)

Cambio de orden:

Fizo nuestro Señor dios todas las cosas muy complida mente, por el fu grande saber e despues que las ouo fechas mantouo a cada vna en fu estado. Et enesto mostro qual es la fu **gran bondad** e justia... (Pról. general 2)

· *om.* grand || bondat + muy grande *M94*

2.1.2. Ms. 22 BNM / M22.

La principal advertencia que debemos realizar antes de estudiar las variantes del manuscrito es que el texto posee multitud de correcciones marginales que rectifican muchas de sus malas lecturas y frecuentes omisiones. Estas adiciones son evidentemente posteriores a la confección del códice, aunque no mucho, incluso es posible que se deban al mismo copista (4). No es posible demostrar si un manuscrito ha copiado de manuscrito 22 después de que se introdujeran las correcciones (salvo en los casos en que no haya corrección o éstas hayan transmitido errores).

Sustitución:

Fizo nuestro señor Dios todas las cosas muy **complida mente**, por el fu gran saber... (Pról. general 1)

· *complida mente*] *complidas* *M22*

(4) No obstante, no hemos de obviar el detalle de que los copistas eran profesionales de la escritura y podían imitar sin dificultad cualquier caligrafía.

... mas avn entre todas las otras cofas, que auienen entre los omes quier fe **fagan** por obra, o fe digan por palabra... (I, pról. 4-5)

· fagan] ganan *M22*

... que fea de edad cumplida el que la faze, afsi como de fufo **moftramos** (XIII, 4 3)

· moftramos] dixiemos *M22*

... por carta derechurera, o por buenos testigos, que el pagara despues la debda, o **la cofa** que afsi conocio... (XIII, 7 14-15)

· la] lo *M22* || *om. cofa M22*

... e cuáles deven seer e qui los deve poner, e en qué manera deven seer esprovados e **puestos**... (XIX, pról. 7)

· e puestos] los meiores *M22*

... E deven seer omnes de poridat de guisa que los **testamientos** e las otras cosas que les fueren mandadas escribir en poridat... (XIX, 2 9)

· testamientos] testimonios *M22*

Omisión:

... con todo effo en la su voluntad, deue fer aparejado en fazer bien, e **en cumplir los mandamientos de la justicia**... (I, 1 7)

Pro muy grande es que nace de la justficia **ca** aquel que la ha **en fi fazel beuir cuerdamente e** fin mal estança... (I, 2 1-2)

· ca] a *M22*

Mouimiento de los fechos **segun razon natural** es la primera cofa que tira las otras affi... (II, pról. 1)

· *om. segun razon || natural] naturales || om. es M22*

En este caso la omisión de “según razon”, en el modelo de *M22*, bien pudo generar que “natural es” se reinterpretara como un plural dependiente de “fechos”.

... si el primeramente por su persona, non comienza el pleyto, por demanda e por respuesta. Mas despues **que lo ouiere comenzado afsi** bien lo puede fazer, si quifiere. (VI, 3 7)

... E fobre todo que fea fecha en juyzio, estando su contendor, *o su perfonero* delante... (XIII, 4 7)

... e fobre todo que fea fecha en juyzio estando su contendor o su perfonero delante e todas estas cosas dezimos que deue auer la conofcencia que a de fer ualedera *e si alguna destas falleciessse non ternia daño a la parte que la fizo*. (XIII, 4 8-9)

... tal conocimiento, como este non empece a los que lo fazen, nin son tenudos de pagar *aquella debda*, si non quisieren... (XIII, 7 7)

Adición:

... Ca estonce deuen ser tales acufamientos, oydos, e librados en vno. E en esta razon fablamos mas cumplidamente, **en el titulo delas acufaciones**, en la setena partida deste nuestro libro. (X, 4 14)

- en el titulo de las acufaciones + en las leyes que fablan en esta razon *post* en la vij partida deste libro *M22*

El manuscrito añade a lo largo del texto muchas remisiones a otros libros de las *Partidas*. Podemos señalar alguno de estos casos:

... Fueras ende, si el yerro fueffe de traycion, o de aleue, o otro alguno, de aquellos, sobre que pueden acufar al ome, e dañar la fama maguer fea finado, así como **dize** en las leyes deste nuestro libro, que fablan de los malficios... (VIII, 7 22)

- **dize** + en la vij partida || las leyes *post* libro || *om.* nuestro *M22*

... allí como se **muestra** en el titulo delos que fazen alguna cosa porque ualan menos. (XI, 26)

- **muestra** + en la vij partida *M22*

... que son puestos en la cibdades e en las villas e en los otros **logares** que deven seer omnes libres, e cristianos de buena fama... (XIX, 2 5)

- **logares** + que fabla en el titulo de los oficiales de la corte del rey *M22*

... así como **dize** en las leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon. (XXVIII, 1)

- **diz** + en la vª partida || en las leyes *post* libro || *om.* nuestro *M22*

Cambio de orden:

Se produce un cambio de orden de las leyes 30-33 del título XVI [29-32 según GL, ya que éste refunde en una (ley 26) las leyes 26-27]. *M22* invierte, con los epígrafes correspondientes, la ley 31 por la 30 y la 33 por la 32.

2.1.3. *Ms. Vit. 4-6 BNM / MV6.*

Manuscrito de origen navarro-aragonés, como muestra claramente su grafía. La *Primera Partida* es un añadido posterior al conjunto: la letra es diferente, aunque intenta imitar la del resto del código, y el sistema gráfico es castellano.

Sustitución:

... Onde pues que en la primera Partida deste libro auemos fablado de la justicia spiritual que faze al ome ganar el amor de Dios por voluntad que es la primera **espada**, por que se mantiene el mundo... (Pról. general 6)

· espada] razon *MV6*

Demanda **queriendo** fazer vn ome a otro en juyzio, deue catar ante que la comience, quien es aquel contra quien la faze... (II, 2 1)

· queriendo] que tiene de *MV6*

... Empero bien puede **abogar**, ante aquel, que este mismo judgador, pufiessa en su logar, o ante otro juez qualquier. (VI, 12 4)

· abogar] aiudar *MV6*

... Effeno mismo dezimos, de aquellos que fincan para apaziguar, la tierra si la vieren leuantada, o en bollicio, si fueren omes para ello, o si fincaren para **amparar** tierra, o Reyno de su Señor, en tiempo de guerra... (VII, 2 14)

· amparar] empeynar *MV6*

... Porque no feria guifada cosa, que tales personas como estas pareciefsen embueltas **publicamente** con los omes, asy como de suyo diximos, en el titulo que fabla delos abogados... (VII, 3 4)

· publicamente] manifiestamiente *MV6*

... que sean por razon de debdas, o de posturas, o sobre endereçamiento de **tuertos**, o de daños que se ouiefsen fecho (X, 4 6)

· om. o₂ || tuertos] muertes *MV6*

... Mas si averiguar non pudieffe, el derecho que razonaua que auia, fin-
caria aquella cosa al demandado, e **feria el demandador defapoderado della.**
(X, 7)

· e feria el demandador defapoderado della] defapoderando deilla al
demandador *MV6*

... nombrando a dios, o a alguna otra cosa fanta, sobre lo que alguno afir-
ma que es assi, o lo niega. E podemos aun dezir en otra manera, que jura es
afirmamiento de verdad... (XI, 1 3)

· afirmamiento] afincamiento *MV6*

... Ca non deue **consentir** el juzgador que las partes despiendan su tiem-
po en vano en prouando cosas de que non se puedan despues aprouechar,
maguer las prouassen... (XIV, 7 14)

· consentir] confeiar *MV6*

Dvdba podria acaecer ligeramente de algunos omes que andan **en tie-
rras estrañas**, si son biuos o muertos... (XIV, 14 1)

· en tierras estrañas] entre los estraños *MV6*

Los plazos que deuen auer aquellos que quieren **aduzir testigos** quere-
mos mostrar en esta ley... (XVI, 33)

· aduzir testigos] pleytos *MV6*

La fuerça que han los testigos en los pleytos sobre que **contienden** los
omes en juyzio es esta... (XVI, 40)

· contienden] non entienden *MV6*

... La vna que gana por ende buen prez, e buena fama, e **los Reyes** los
aman, e los honrran, e todo el pueblo... (XXII, 23 2)

· los Reyes] las leyes *MV6*

... Maguer dexasse **muchos** herederos cada vno dellos puede demandar
toda la feruidumbre... (XXXI, 9 3)

· muchos] fus *MV6*

Podemos señalar algunos ejemplos de innovaciones textuales que nos
advierten del cambio de ámbito geográfico de la copia –ya anunciado por
el sistema gráfico utilizado– y de los intentos de adaptación cronológica

del copista, al sustituir los pagos debidos a los escribanos y el término *maravedís* por el de *sueldos*:

... fi non viniere al plazo, o non embiare ome que razone por el, o fi el fe fuere fin mandado del judgador, que peche por pena al alcalde **medio marauedi, e otro medio** a fu contendor... (VII, 3 8)

· medio₁] vi || maravedi] dineros || otro] otros || medio₂] seys + dineros *MV6*

... Mas estos escrivanos que dixiemos de la Corte del rey, que el que fiziere el privilegio que tome por gualardón **un maravedí** por el signo e por **la** escriptura d'él; e por la carta **plomada en** que no aya signo, medio **maravedí**; e por carta abierta de cuero seellada **de cera** con el sello mayor, medio maravedí. (XIX, 13 13-15)

· un] quatro || maravedí₁] sueldos || *om.* la || plomada] publica || *om.* en || maravedí₂] sueldos || *om.* de cera || maravedí₃] ff (sueldo) *MV6*

... e si fuere la carta de mill **maravedís** en ayuso fasta **c maravedís** que-l den por ella **ii sueldos**, e de **c maravedís en** ayuso, que-l den un sueldo. E de las cartas que fiziere sobre mandas o sobre pleitos de casamientos o de **particiones** o de aforramientos ayan por cada una dellas **vi sueldos**. Por las cartas que fizieren a los judíos sobre las debdas que les devieren algunos omnes tomen por cada una d'ellas de mill **maravedís** arriba o de **mill** ayuso la meatad de lo que dixiemos de suso de las cartas de los cristianos... (XIX, 15 5-11)

· maravedís₁] sueldos || maravedís₂] sueldos || maravedís₃] sueldos || *om.* en || particiones] peticiones || maravedís₄] sueldos *MV6* || mill + sueldos *MV6*

El intento de adaptación del contenido al ámbito del copista no es, sin embargo, muy cuidadoso, ya que únicamente parece darse en el primer ejemplo de los señalados; en los dos últimos sólo se procede a la sustitución de “maravedís” por “sueldos”, llegando a estipular las desorbitadas cantidades de “c sueldos” o “mill sueldos” del último ejemplo. Otro ejemplo del intento de adaptación geográfica es la tendencia general a la elisión de referencias locales:

... Sepan quantos esta carta vieren cómo Pero Martínez el escrivano prometió e otorgó e obligóse al deán de **Toledo** de escribirle el testo de tal libro... (XVIII, 75 3)

· Toledo] tal logar *MV6*

... Sepan cuantos esta carta vieren cómo Domingo Aparicio, estando delante Gonçalvo Iváñez, al calle de **Toledo**... (XVIII, 93 4)

· Toledo] tal lugar *MV6*

... otorgó poderío que pueda recabdar todas las cosas tan bien muebles como raíz cuantas á **en Sevilla**... (XVIII, 97 8)

· Sevilla] tal lugar *MV6*

... Domingo Yagüe de la una parte e Pero Lorenço de la otra ante mí, Ferrand Mateos, al calle del rey en **Sivilla**... (XVIII, 109 5)

· Sevilla] tal lugar *MV6*

... en razón de una sentencia que dio don Marín, al calle **de Burgos**, por el abad contra Gonçalvo Roiz... (XVIII, 110 5)

· Burgos] tal lugar *MV6*

Omisión:

... E maguer diga la escriptura, que el ome jufto cae en yerro, fiete vezes en el dia: *porque el non puede obrar toda via lo que deve* por la flaqueza de la natura que es en el... (I, 1 6-7)

... la auia perdida, por tiempo quando lo començo a demandar, non es tenuto *el demandado de gela mostrar, porque* el demandador non ha ningún derecho enella. (II, 22)

... cafas non ouieren, deuen los pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes, e sus amigos, e que gelo fagan saber que vengán fazer derecho, a aquellos que se querellan dellos. *O que sus parientes, o sus amigos, los pueden defender dellos en juyzio, si quisieren.* E quando el emplazamiento, fuere fecho por alguno, delos porteros mayores del Rey... (VII, 1 9)

... Ca prouando la, *e mostrandola*, al judgador deve valer, de manera que pena, ni daño, non reciba, por razon que no vino al plazo... (VII, 11 7)

... non a la parte contra quien la aduze comoquier que esto se deua fazer estando ella delante: *e deuen le dar despues dar traslado del: si lo pidiere. Otrofi dezimos que las prueuas* deuen ser aduchas sobre cosas que se puedan dar juyzio... (XIV, 7 3-4)

· e + mas *MV6*

... E esto es que *en los privilegios e* en las cartas que fizieren de qual manera quier que sean... (XIX, 7 4)

· es + de guardar || *om.* en los privilegios e *MV6*

... E por ende lugar de tan grand guarda *e de tan gran fialdat* como ésta no es guisado que ningún omne aya poderío pora otorgarla... (XIX, 3 4)

... diciendo que aquella carta que dezié que era perdida, que él mismo contra quien era la tenié en su poder *e que el otro* gela tomara queriendo quitar la debda... (XIX, 11 17)

... E fi ciertamente non fueffe dada condenando a cada vno por todo: estonce *dezimos que se deve cumplir* en los bienes de todos comunalmente, pagando lo todos por cabeças... (XXVII, 4 6)

Adición:

Por premia de tormentos o de feridas o por miedo de **muerte** o de defonrra que quieren fazer a los omnes... (XIII, 5)

· muerte + τ lifion *MV6*

... e assí non serié guardado el pro comunal de todos pora que deven seer puestos. (XIX, 3 12)

· puestos + por mano del rey *MV6*

... E esto es que *en los privilegios e* en las cartas que fizieren de cual manera quier que sean... (XIX, 7 4)

· es + de guardar || *om.* en los privilegios e *MV6*

2.1.4. Ms. 22 RCSI / S22.

Antes de examinar algunas variantes de las muchas que muestra, podemos destacar del manuscrito S22 las siguientes generalidades. El simple examen externo ya nos advierte que es el único testimonio que divide la *Tercera Partida* en 34 títulos, ya que los títulos XVIII y XIX han sido subdivididos. El título XVIII se subdivide en dos: su título XVIII *De las escripturas. En qué manera se deven fazer las cartas de qual manera quier* (con prólogo y 110 leyes, que se corresponden con las 111 primeras, ya que omite la ley 101) y su título XIX *Por cuántas razones puede desechar las cartas e los privilegios los omnes con derecho* (con 10 leyes, que se corresponden con las diez últimas); y, a su vez, el texto correspondiente al título XIX se compone de su título XX *De los escrivanos. Quántas maneras son d'ellos e qué pro naçe de su ofiço quando lo fezieren lealmente* (con un prólogo y doce leyes equivalentes al Prólogo y las leyes 1-12 del título XIX) y de su título XXI *Del galardón que deven aver los escrivanos por su trabajo* (con un prólogo y tres leyes equivalentes a las leyes 13-16 del título XIX). Además, S22 funde las leyes 3 y 4 del título

lo XXVIII en una sola, modifica la ubicación de las leyes 2-6 con respecto al resto de la tradición manuscrita (2-6 en la tradición, 9-12 en S22), así como de la ley 24 (que en S22 aparece como ley 19). Aparte de estas reestructuraciones, posee gran cantidad de variantes de todo tipo, de las que examinaré sólo algunas de las más relevantes.

Sustitución:

Si acaeciére que el judgador defienda al **abogado**, *por alguna razon derecha* que non abogue delante del fasta tiempo cierto afsi como si lo fiziesse, porque fue **el abogado, muy enojoso, o atrauefador de los pleytos, o fablador a demas...** (VI, 12 1-2)

- auogado₁ + enojoso τ muy atrauefador || *om.* por alguna razon derecha S22
- el abogado₂... demas] *afsy como dicho es* S22

La innovación viene generada por un salto de igual a igual (*abogado... abogado*), error que, advertido un poco más adelante, es en cierta forma rectificado por el copista para no incurrir en una repetición. Otras innovaciones sustitutivas son:

... Mas quien derecho quisiere alcançar, de tales personas como estas **deue fazer emplazar, a sus mayores, afsi como de fufo es dicho** enel titulo que fabla delos demandadores, e judgadores... (VII, 2 10)

- deue fazer emplazar a sus mayores afsi como de fufo es dicho] fallarlo a determinado S22

... e el daño que recibio el demandador por que non gelo quifo emplazar, o porque gelo alongo, sin derecho, e fea creydo, el demandador, por su jura **fobre estas despenfas, e estos daños abien vista de aquel, quien se querello** del alcalde. (VII, 9 6)

- sobre estas despenfas, e estos daños abien vista de aquel, quien se querello] a los daños que fizo querellandose S22

... E después de todo esto, deve y otrossí escribir los nombres de los reyes e de los **infantes e de los condes** que fueron sus vassallos que lo confirman... (XVIII, 2 53)

- infantes e de los condes] otros S22

... E después que **el otro la** oviere escripta deve él por su **mano** escribir en cabo de la carta cómo él la mandó fazer, ca si d'otra guisa lo fiziesse serié la carta falsa e non valdrié... (XIX, 5 11)

- el otro *post* la₁ || mano] mandado + no S22

... E dezimos que si la carta que dizen que es perdida es de compra, o de vendida, **o de camio, o de donadío**, o de testamento, o de personería o d'otra semejante d'éstas... (XIX, 10 6)

· o de camio] a de pago || *om.* o de donadío S22

... Si este atal fuere rebelle que non quiera venir o embiar personero **que la contradiga**, estonce deve el judgador tomar la jura a aquel que pide la carta... (XIX, 11 3)

· que la contradiga] para contradezir la S22

... negasse que non era debdor d'aquel **que** demandava la carta e contradixiesse que non la refiziessen, estonce deve el judgador darle plazo a que prueve **cómo pagó** aquella debda... (XIX, 11 11)

· cómo] aquel + fizo || pagó] paga S22

Plaziendo algun ome de otorgar feruidumbre en fu casa, o en fu heredad, a edificio o a herdamiento de otro: **fi despues** de tal otorgamiento como este se muriesse aquel a quien fueffe fecho... (XXXI, 9 2)

· fi despues de] dezimos que S22

Adición:

... Ca fi despues nol venciesse afsi como auia **prometido** feria tenuto de pechar al dueño, del pleyto todo quanto daño, o menoscabo le viniesse por ende... (VI, 15 9)

· prometudo + non fincando para el dueño del pleyto S22

... **o el clerigo** enel tiempo que cantasse la missa o dixiesse las otras oras enla eglefia... (VII, 2 8)

· o + se fuefe || *om.* el₁ || clerigo + τ lo emplazafe S22

... Otrofi dezimos, **que** todo ome que fuere emplazado, a querella de otri que venga fazer derecho, ante su juez que es puesto en las cibdades, o en las villas, si non viniere al plazo, o non embiare ome que razone por el, o si el **se** fuere fin mandado del **judgador**, que peche por pena al alcalde medio marauedi, e otro medio a su contendor... (VII, 8 13)

· *om.* se || judgador + o se ueniere τ non quesiene responder a la demanda quel feziere su contendor nin deffenderse S22

Congifa [sic] es, que pues que diximos enel titulo ante deste, de los emplazamientos: que fablemos eneste delos **affentamientos**, que mandan fazer los judgadores, en los bienes de los demandados... (VIII, pról. 1)

· affentamientos + que fazen los omnes por palabra S22

... por guardar que non venga yerro nin contienda en sus **escriptos...**
(XIX, 7₃)

· escriptos + τ razones bien τ complida mjente τ non por abreuia-
duras S22

... E si las touiere fobre el altar, fobre que fue confagrado el cuerpo de nuestro señor Iesu **Christo**, que aquello quel demandan, non es, afsi como fu contendor dize. Mas que es afsi como el mismo razona. E esto segund la razon, fobre que ouiere de jurar... (XI, 19₁₀)

· christo + nombrelo en aquella misma manera que dize de suso que se deuen nombrar los sanctos euangelios τ desi preguntarle S22

Esta proyección de contenido en S22 tiene su origen en una omisión común a toda la tradición textual (5). El texto original debía decir (como en el *Espéculo* y las *Leyes Nuevas*) “E si las touiere fobre el altar **que diga que jura por aquel altar** fobre que fue confagrado el cuerpo de nuestro señor Iesu Christo...”, frase perdida en toda la tradición, como decimos. La omisión hace realmente extraño el pasaje, y esto es lo que lleva al copista de S22 a completar esa intuida laguna con la frase añadida (*vid.* § 3.2).

... descubriesse poridat que el rey le ovies mandado guardar a **omne** de quien le vinies destorvo o daño... (XIX, 16₃)

· omne + libre S22

Omisión:

Omite la ley 101 del título XVIII. Otras omisiones son:

... o el fuyo mismo, en demandando, o en respondiendo. **E ha afsi nome** porque con bozes e con palabras vfa de su oficio. (VI, 1₂)

... nin los que fizieffen bodas **que non deuen ser emplazados** en aquel dia, que las fizieren... (VII, 2₁₅)

... Otrofi dezimos que el aforrado, non deue emplazar al que le afforro **sin otorgamiento del juez**. Ca siempre deue auer reuerencia, e fazer honrra a aquel que lo faco de feruidumbre, e le dio libertad... (VII, 4₇)

(5) Salvo los manuscritos M22 y AN3, que extrañamente poseen la lección completa del pasaje. Hablaremos de esto con detalle más adelante.

... E si algún fecho señalado que sea a onra del rey e de su señorío *acaecrié en aquel año* dévelo fazer escribir... (XVIII, 2 51)

... E desí deve fazer la rueda del signo e escribir en medio el nombre del rey aquel que-l da, *e en el cerco mayor de la rueda deven escribir* el nombre del alférez e del mayordomo cómo-l confirman... (XVIII, 2 56)

... carta de la personería o guarda d'aquel en cuyo nombre quisiesse demandar o defender, ca tal carta como ésta deve seer toda escripta *en el traslado con la era* e con todas las otras cosas... (XVIII, 112 18)

... maguer tales cartas o tales privilegios fuessen viejos *o desatadas algunas de las letras en ellos* o fueren roídos de mures o de gusanos o d'otra cosa, o mojados de agua... (XVIII, 114 37)

... no es guisado que ningún omne aya poderío *pora otorgarla, si non fuere emperador o rey o otro a quien otorgassen algunos d'ellos poder señaladamiente* de lo fazer... (XIX, 3 5)

... e guardando esto farán más derechamiente aquello pora que son puestos. *E las cosas que deven guardar son éstas:* primeramiente... (XIX, 5 3)

... derecho es que reciban luego algún don assí como mostramos en estas leyes *d'aquellos a quien fizieren los escriptos*. E después fablaremos de los otros que fazen los escriptos en las cibdades... (XIX, 13 7)

2.1.5. Ms. Z.i.15 / Z15.

Este manuscrito omite en la mayor parte de los casos el número de ley que debería aparecer en los epígrafes. La numeración que aparece al final de cada ley está añadida por una mano posterior. En los pocos casos en que tenemos la numeración original se constata que el prólogo de cada título se cuenta como la primera ley. Es un texto cuyas lecciones divergentes ha sido raspadas y corregidas en ocasiones por otra mano y reescritas algunas líneas borradas o ilegibles. El manuscrito posee numerosas omisiones, principalmente *ex homoiotéleuton*, que esta segunda mano se ocupa de añadir en los márgenes.

Sustitución:

... E pues que de fu **menester** tanto pro viene, faziendolo ellos derechamente, affí como deuen... (VI, pról. 8)

· **menester**] ofiçio Z15

... E como deue **catar**, quien es aquel, a quien quiere fazer fu demanda... (II, pról. 6)

· catar] *faber Z15*

... de manera que las vides o los árboles que en ella fueren non se puedan **empeorar** nin secar por su culpa... (XVIII, 74 12)

· empeorar] *emparar Z15*

... bien lo puede fazer de nuevo el escrivano por *si* sin su mandado del judgador **concertando la** en el registro onde fue primeramente sacada... (XIX, 12 17)

· *om. si (add. post.)* || *concertando] concertada* || *om. la Z15 (add. post.)*

Omisión:

Omite la ley 8 del título VI (añadida en el margen inferior del mismo folio por una mano posterior). Otras omisiones son:

... E destos y ha, de muchas maneras. Ca los primeros dellos, e los mas **honrrados**, fon los que judgan en la corte del Rey, que es **cabeça de toda la tierra, e oyen** todos los pleytos de aquellos omes, que se agrauian... (III, 1 3)

... non se deue el judgador detener por ellas de yr adelante, por el pleyto **principal. Ante dezimos, que deue constreñir al demandado, que llanamente responda si, o non**, a la demanda quel fazen (III, 10 10)

... E los otros, que diximos, que pueden librar pleytos señalados: estos pueden poner los Emperadores, o los Reyes, e los otros adelantados, de que diximos, e aun los juezes **ordinarios. Mas los otros juezes** de aluedrio, non pueden fer pueftos, si no por auenencia de ambas las partes, asy como de fuo es dicho. (IV, 2 6)

Reconofcer deue la parte el trabajo que lieua el auogado **en su pleyto** quando anda y leal mientre... (VI, 14)

... Ca estos atales, pueden fer emplazados: no tan folamente en sus personas, **mas aun en sus casas**: faziendolo faber, a aquellos que y fallaren, de su compañía (VII, 1 7)

Dueña casada o bibda o donzela o otra muger que uiua honestamente **en su casa** non deue feer emplaçada... (VII, 3 1)

... que non es tenuto de venir personalmente, antel judgador **si non quiere. E esto es, porque cada vno deue ser seguro en su casa, e auer folgura**

en ella. Pero deue enbiar su perfonero, que parezca antel judgador a responder en su lugar. Mas si alguna destas personas, fueren emplazadas, sobre pleyto criminal... (VII, 3 7-8)

... o si viniessse ante del el aforrado arrepintiendo se, e le quitasse aquel pleyto, sobre que le auia emplazado, o si por auentura viniessse el afforador de su grado, e le respondiessse en juyzio... (VII, 5 3)

*... E todo esto que diximos de los emplazados, mandamos, que sea guardado, contra aquellos, que los emplazan, **si non vinieren, o non embiaren, como deuen al plazo**. Otrrosi dezimos, que todo ome que fuere emplazado, a querella de otri (VII, 8 11)*

*... E porque toda cosa que ome comienza deue **puñar** primeramente de la traer a acabamiento, por la mas ligera carrera que pudiere... (XII, pról. 3)*

*... avié recebido de Velasco en guarda mill maravedís en oro en un saco que era **seellado con seello** de tal omne, los cuales maravedís assí cerrados e seellados... (XVIII, 72 5)*

Adición:

*... Otrrosi dezimos que todo ome a quien emplazassen, estando en su **cafa**, por razon de pleyto, que non fuessse de maleficio... (VII, 3 6)*

· *cafa + τ auer folgura en ella pero deuen enuiar ssu perffonero Z15*

*Muchas cosas ha menenester que haya en ffi la coñofçentia que fuere **fecha** en juyzio... (XIII, 4 1)*

· *fecha + ante ffi Z15*

... en todas las otras cosas que pertenecen a este oficio, e otrossí en guardar nuestro señorío sobre todas las cosas del mundo... (XVIII, 8 6)

· *oficio + publico Z15*

*... segund que el fecho fuere, e cualquier que lo non fiziesse, ponga y el **rey** su pena qual él quisisere. (XVIII, 22 11)*

· *rey + aquello que touiere por bien Z15*

*Cartas o privilegios y á d'otra manera que son contra fuero o contra **derecho**, e éstas pueden seer ganadas en muchas guisas... (XVIII, 29 1)*

· *derecho + de nuestra fe Z15*

... ca, maguer el **rey** manda fazer alguna cosa que sea grave a algunos, toda vía dévenle obedecer e complir, pues que el rey la faz por merced... (XVIII, 34 9)

· rey + diere τ Z15

... E acaece que reciben en tal heredamiento tuerto, o daño o desonra sobre que **embían pedir** merced al rey que les dé juiz que les faga alcançar derecho en esta razón o que les amporen... (XVIII, 40 4)

· embían + poder || pedir + bien τ Z15

... que-l darán cuenta e recabdo bien e lealmiente de todas las cosas del **huérfano** en que tovieron en guarda e passaron a su poder... (XVIII, 94 19)

· huérfano + en juyzio τ fuera de juyzio Z15

2.1.6. Ms. Ni.5 / EN5

Caracterizan a este manuscrito las numerosas omisiones, aunque de poca importancia, pequeños sintagmas principalmente, y unas cuantas adiciones de copista, tambien poco relevantes. No obstante, posee errores y lecciones particulares que lo independizan claramente del resto de la tradición manuscrita.

Sustitución:

... afsi como el agua de la fuente corre siempre, e **han los omes mayor fabor** de beber della, porque fabe mejor, e es mas sana que otra... (I, 1 13-14)

· om. afsi || han] a || om. los omes || mayor] mejor || fabor + qños
EN5

Mouimiento de los fechos, segund razon natural, es la primera cofa, que **tira** las otras afsi... (II, prol. 1)

· tira] çierra EN5

... podria el que estouieffe en su poder, mouer demanda en juyzio, fobre cofas que fueffen **fuyas** quitamente: afsi como de aquellas ganancias que los caualleros fazen de las soldadas... (II, 2 9-10)

· fuyas] señaladas EN5

... e lo al guardarlo para cuyo es: de guifa, que non gelo enagenen, nin gelo malmetan mas que le finquen **en faluo**, para acorrerfe dello... (II, 2 40)

· en faluo] ffu ffalario EN5

... o por fecho de otra gran traycion, que **tanxeffe** al Rey, o al reyno. (II, 4 7)

· tanxeffe] cayeffe *EN5*

... o alguna delas otras personas, que son ayuntadas a el, porque podieffe caer en pena de traycion, si lo non **dixeffe**... (II, 6 9)

· dixeffe] troxieffe *EN5*

... E despues que ouiere respuesta, deue el judgador **recebir**, aquellas defenfiones, e yr adelante **por** ellas en vno... (III, 10 12-13)

· recibir] responder a || por] con *EN5*

Establecidos son los **Adelantados** e los otros juezes sobre las tierras e las gentes: para mentenerlas en paz... (IV, 16 1)

· los₁ + alcalles || Adelantados] adelantrados *EN5*

... no quieren, venir por si mismos, a seguir sus pleytos, ante los judgadores, por algun embargo, o **enojo**, que recelan de recibir ende... (V, pról. 5)

· enojo] daño *EN5*

... non deue abogar, antel fasta aquel tiempo, que señalare. Empero bien puede abogar, ante aquel, **que este mismo** judgador, pusieffe en su lugar... (VI, 12)

· om. que este || mismo + que *EN5*

... E tiene pro porque si la carta o el privilegio se pierde o se **rompe** o se desfaze la letra por vejez... (XIX, 8 7)

· rompe o se + empeora o *EN5*

Adición:

Fizo nuestro señor Dios todas las **cosas** muy complida mente, por el fu gran faber e despues que las ouo fechas... (Pról. general 1)

· cosas + del mundo *EN5*

... ca maguer ellos ouieffen en si, todas aquellas maneras, e bondades, que de **fuso** diximos, que deuen auer los juezes, para librar los pleytos, non les compliria... (IV, 16 7)

· de fuso + son dichas que *EN5*

... E ellos temiendose de la pena que merefcen, andan refuyendo, de manera que non quieren venir delante del **judgador**, a estar a derecho. En tal razon como esta, dezimos que el **judgador**, deue passar contra el rebelde en esta manera... (VIII, 7 3)

· **judgador]** **judgado** + a estar a derecho en tal razon como esta dezimos quel **judgador** *EN5*

... e qué pro nace de su oficio quando lo fizieren lealmientre; e cuáles deven seer e qui los deve **poner**, e en qué manera deven seer esprovados e puestos... (XIX, pról. 7)

· **poner** + τ en que manera deven seer τ quien los puede poner *EN5*

... e otrossí las cartas que le rey mandare **fazer** pora embiar a algunos que oyan algún pleito e que lo libren... (XIX, 3 17)

· **fazer** + de manera que semege *EN5*

Falsedat faziendo escrivano de la Corte del rey en **carta** o en **privilegio** deve morir por ello, e si por ventura a sabiendas descubriesse poridat... (XIX, 16 1)

· **carta]** **cartas** || **privilegio** + τ por todas las otras cartas *EN5*

... E cualquier de los escrivanos que d'otra guisa **fiziesse** si non como en esta ley manda... (XIX, 4 8)

· **fiziesse** + que non ualdria *EN5*

... fueffe dada condenando a cada vno por todo: estonce dezimos que fe deue cumplir en los bienes de todos comulamente, pagando lo todos por cabeças, e non pueden **apremiar** a ninguno dellos por todo, quando la fentencia fuere afsi dada... (XXVII, 7 4)

· **apremiar** + ni a cada uno dellos ni a *EN5*

Omisión:

... La primera, que afsi como el agua que della fale, nasce contra oriente: **afsi la Iusticia cata siempre do** nasce el sol verdadero, que es Dios... (I, 1 10)

... Otroffi, la Iusticia siempre es en fi: que **nunca** fe desgasta, nin mengua: e resciben en ella mayor favor los que la demandan... (I, 1 15)

... e que les dieffen aquello que les conuenie segun **la riqueza, e el poderio que ouieffen. E maguer que acaeciesse que el vno tomasse delas cosas del otro** que aquel a quien fueffen tomadas... (II, 5 5-8)

... E otras demandas, non se deuen mouer de que les naciessse denuesto, o mala fama, o porque ouieffen de recibir pena de justicia, en los cuerpos, *en quanto durare el matrimonio*. Fueras ende, si fueffe en razon de adultorio... (II, 5 13)

... quando aquellos que diximos, que estan en poder de otro, quieren comenzar alguna demanda *en juyzio, contra otros*. *Ca si aquel que tiene en su poderio, algunos dellos, non fueren en la tierra, do quiere fazer la demanda* (+ *ca*) el fijo, o el nieto, la pueden por si mismo fazer, seyendo mayor de veyntecinco años... (II, 7 10-13)

... negando que el demandador non es fijo *de aquel, por cuya razon lo faze*. O si *por ventura* faze alguna demanda que dize quel fue dexada en testamento... (III, 10 5-6)

Ayudanse los señores de los pleytos, non tan solamente *de los personeros*, de quien fablamos en el titulo ante deste: mas aun de los bozeros... (VI, pról. 1)

Bozero, es *ome que razona pleyto de otro en juyzio, o el suyo mismo, en demandando, o en respondiendolo*. *E ha afsi nome, porque con bozes, e con palabras vsa de su officio*. (VI, 1 1-2)

El sintagma *Vozero* es empalma con la segunda ley del mismo título: *Todo omne que ffuer sabidor de derecho τ del fuero...*, de forma que la ley 1 queda suprimida.

... E los que han poder de judgar por el, en su corte o en sus ciudades, *e en las villas lo pueden otrofi fazer por palabra, o por carta, o por sus omes conofcidos, que sean señaladamente puestos para esto*... (VII, 1 4)

... E otrofi como el judgador deue paffar contra el, que fuere emplazado, sobre algun yerro, que aya fecho, *e non quisiere venir al plazo*. (VII, 11 9)

... Otrofi dezimos, que quando *el abogado* fiziere vsar a fabiendas, a la su parte de falsas cartas, o de falsos testigos, que essa misma pena merece... (X, 15)

... E desí por santa Maria su madre, o por alguno de los otros santos. E esto por razon de la santidad que recibieron de Dios, o por los Euangelios, en que se cuentan las palabras, *e los fechos* de Dios, o por la Cruz en que fue puesto... (XI, 1, n. 9)

... deve el rey saber de los omnes *buenos* d'aquellos logares donde son aquellos que quieren fazer escrivanos... (XIX, 4 8)

... assí como en el registro fuer puesto *e desí* an la a dar a aquel que la ha de aver... (XIX, 9 6)

Por las cartas que fizieren a los judíos sobre las debdas que les devieren algunos omnes *tomen por* cada una d'ellas mill maravedies... (XIX, 15₁₀)

... e si el condenado *dixesse que non podria fazer luego entrega* della, porque es en otra parte, si esto non dixesse maliciosamente, deue dar buenos *fiadores*... (XXVII, 5₇)

· *om. dixieffe... luego || entrega] la enga (?) EN5*

... si despues de tal otorgamiento como este se murieffe aquel a quien fueffe fecho. Maguer dexasse muchos *herederos* cada vno dellos puede demandar toda la seruidumbre... (XXXI, 9₃)

2.1.7. Ms. Y.iii.14 RBME / Y14.

Es un testimonio en que la lengua se ha teñido fuertemente de características occidentales. El manuscrito es con diferencia el que más errores de todo tipo posee, principalmente continuas omisiones, si bien breves, así como múltiples pequeñas transmutaciones en el orden de las palabras.

Sustitución:

... nunca deffallece ante finca siempre en los coraçones de los omes *biuos*, que fon derechureros e buenos... (I, 1₄)

· *biuos] bonos Y14*

... E otrofi, los malos por ella han de ser buenos, recelandose de la pena que les manda dar por sus *maldades*... (I, 2₄)

· *maldades] males Y14*

Mouimiento de los *fechos*, segund razon natural, es la primera cofa, que tira las otras afsi... (II, pról. 1)

· *fechos] fruchos Y14*

... non puede fazer demanda contra el, por el debdo de la naturaleza, e del señorio que sobre el ha: e otrofi porque *biue* con el deffo vno... (II, 1₅)

· *biue] uiene Y14*

... o le *consejasse* o quel dieffe carrera para fazer alguna *maldad*, que entonce bien podria mouer pleyto contra el... (II, 2₃₀)

· *consejasse] enfignasse || maldad] mala estança Y14*

... Judgadores para judgar los **pleytos**, segund diximos en la ley ante desta, fon omes que tienen muy grandes lugares... (IV, 2 1)

- En este caso la lección de Gregorio López coincide con la Y14: *pleytos* frente al resto de testimonios: *pueblos*

... porque quando tal yerro como este **fizieffe** algund pueblo comunamente, todos le deuen dar passada: bien como si non fueffe. (IV, 4 18)

- fizieffe] acaecieffe Y14

... e alçanfe, cuydando que lo pueden fazer. E por ende dezimos, que ninguno, non puede tomar alçada, **del juyzio** destos... (IV, 35 2)

- del juyzio] de ninguno Y14

... Onde dezimos, que tal abogado *como este*, **deue morir** como aleuofos... (VI, 15 4)

- om. como este || deue morir] faze Y14

... E por ende queremos **nos** aqui mostrar, quando esto acaeciere, qual demanda deue ser oyda (X, 3 3)

- nos] bos Y14

Ivra es aueriguamiento que se faze, **nombrando** a dios, o a alguna otra cosa fanta... (XI, 1 1)

- nombrando] llamando Y14

... por razón que su contendor demandava que-l refiziesse carta de **debda** que avie contra él porque la primera avie perdida assí como diximos en la ley ante d' ésta... (XIX, 11 2)

- debda] nuevo Y14

... El que-l matare que muera por ello, si no mostrare escusa derecha de las que dize en el título de los **omezillos**. (XIX, 14 7)

- omezillos] omes uiellos Y14

... si el juyzio fue **dado** en razon de debda que el demandado conocieffe, o fueffe vencido della delante el judgador... (XXVII, 5 3)

- dado] tomado Y14

... deue se cunplir luego en aquella cosa sobre que fue dado el juyzio: e si el **condenado** dixieffe que non podria fazer luego entrega della, porque es

en otra parte, si esto non dixesse maliciosamente, deue dar buenos fiadores... (XXVII, 5 7)

· condenado] demandado Y14

Omisión:

... E maguer diga la escriptura, que el ome justo cae en yerro, fiete vezes en el dia: **porque el non puede obrar toda via lo que deue por la flaqueza de la natura que es en el**, con todo effo en la su voluntad, deue fer aparejado... (I, 1, n. 6)

... quien uiue **e cumple** et manten la justia... (I, 3 7)

... E que cosa es aquella, quel quiere demandar. E ante quien deue fazer su demanda. **E el tiempo en que la quier fazer. E que derecho, o que recabdo ha por si para aueriguar, aquello que quiere demandar.** E en que manera deue fazer su demanda... (II, pról. 7)

[M]arido τ muller son un acompaña que ajunto **nuestro señor** dios entre quien deue aber siempre... (II, 5 1)

... fue otorgada atales fieruos commo estos por onrra de sus señores **cuyos son...** (II, 9)

[A]ue o bestia **o fieruo** que omne ouiesse o tenjendo en su poder despues... (II, 18)

[D]ado seyendo el juzio **contra el demandado** por afincamiento del demandador... (II, 21)

Enuifo e gucioso deue fer el demandador en catar que recabdo tiene... (II, 39)

... non deue despues fer oydo **fasta** que el demandado torne de sua uia... (II, 47)

... pues que sabia de cierto que el **demandador** non era tenedor de la cosa **que conociera...** (III, 2)

· En este caso la lección de Gregorio López coincide con la Y14: **demandador** frente al resto de testimonios: **demandado**

Responder non deue **el demandado** en juyzio ante otro alcalle... (III, 4 1)

... o por cartas o por testigos o por otro derecho **de que se pueda ayudar** contra aquello que lle demandan... (III, 6)

... que llanamente responda sí, o non, a la demanda quel fazen. *E despues que ouiere respuesta, deue el judgador recibir, aquellas defenções, e yr adelante por ellas en vno, con el pleyto principal. E si las fallare verdaderas, deue dar por quito al demandado, de toda la demanda, quel fazen, e si fueren mentirofas, e el demandador prouare su intencion...* (III, 10 12-14)

... faziendo les gran uengança assi commo *a omes porfiados* que andan maliçiosamente en los pleytos... (IV, 12)

[P]refos tiene a las uegadas *los judgadores* a algunos omnes que non se atreuen a julgar... (IV, 14)

[P]orfiado deue fer el juez *en tal manera* que quando diere su juyzio acabado... (IV, 15 1)

[O]rdinarios juezes diximos en la segunda ley deste titolo que son *los adelantados e los judgadores que pone el rey* en las tierras τ en los lugares... (IV, 17 1)

[A]rbitros en latin tanto quiere dizer *en Romance* commo juezes auenidores que son escogidos... (IV, 23)

[E]nfamado siendo algun omne por menor yerro *que qualquiera* delos que diximos en la tercera ley ante desta... (VI, 5)

[S]iendo prouado contra algun judgador que en los pleytos que oya τ librara feziera *a sabiendas* alguna cosa contra derecho... (VI, 11)

... E esto se entiende, del Señor que afforro su sieruo, por su voluntad, queriendole fazer bien e merced, tomando dineros del sieruo mismo, *o no los tomando...* (VII, 4 8)

... E esto mismo dezimos que quando algunos que non fueffen emplazados, por mandado del judgador se abinieffen, *e tomassen plazo aque pareciesen* antel juez... (VII, 7 6)

... de manera que non ha menester sobre aquel pleyto otra prueua nin otro aueriguamiento τ *pues que en el titulo ante deste fablamos* de las preguntas queremos aqui dizer... (XIII, pról. 2-3)

... porque aurian a contender sus parientes en razon de los bienes dellos razonando los vnos *que son* mas cercanos del *parentesco*, e que deuen heredar lo fuyo... (XIV, 14 3)

· que son] por ll *om. parentesco Y14*

... mas si aquel que dizen que es finado *razonan* que murio de poco tiempo aca, assi como de cinco años ayuso (XIV, 14 11)

... Pero si el Rey ouiere de fazer la pesquisa puede les tomar jura: en esta guisa *fin libro*, tomando las *sus* manos dellos entre las fuyas... (XVI, 25 6)

... dezimos que deven seer vezinos d'aquellos logares ó fueren escrivanos por que conoscan mejor los omnes entre quien fizieren las cartas. *E aun dezimos que deven seer legos porque an de fazer cartas* de pesquisas e de otros pleitos en que cae pena de muerte o de lisi3n... (XIX, 2 13)

... deue lo apremiar que la faga afsi como fue puestto, o lo prometio: e si el juyzio fueffe dado sobre algund pleyto de escarmiento de *justicia de muerte, o de perdimiento de* miembro, deue se luego cumplir de dia concejuntamente ante los omnes, e non de noche a furto... (XXVII, 5 12-13)

Adici3n:

... E que es lo que han de fazer, e de guardar: para fer todo su oficio **cumplido**. (IV, pról. 11)

· cumplido + como deue en todo *Y14*

Señalados embargos, han los omnes en si, por que non deuen fer puesttos por **juezes**. Ca segund establecimiento delos antigos... (IV, 4 1)

· juezes + deste pleyto *Y14*

... E pues que **de** su menester tanto pro viene, faziendolo ellos derecha-mente, afsi como deuen... (VI, pról. 8)

· de + fuso mostramos que *Y14*

E la manera en que deue fer fecho el emplazamiento, es esta: que el Rey puede emplazar por su **palabra**, o por su portero o por su carta... (VII, 1 3)

· palabra + o por su cuerpo *Y14*

Pregunta, es cosa de que nace grand pro. Ca por ella puede el judgador saber mas en cierto la verdad delos **pleytos**, e delos fechos dubdosos, que vienen antel... (XII, 2 1)

· pleytos + τ delas contiendas *Y14*

... faziendo pleyto que nunca gela demandarian aquella debda, o conociendo, e otorgando que eran pagados della... (XIII, 7 17)

· demandarien + aquella cosa τ *Y14*

... Pero dezimos que aquellos que pueden poner judgadores en sus logares pueden y poner escrivanos que **escrivan** las cosas que passaren en juizo ante ellos... (XIX, 3₁₃)

· escrivan + los pleytos τ Y14

... Tú juras que aquella carta que demandas que te fagan otra vez, que es verdat que es perduda e que non sabes ó **es nin** quién la á... (XIX, 10₁₉)

· es *post* nin + çierto Y14

... deven pagar por los privilegios o por las otras cartas dezimos que deven seer de la moneda **mejor** que corre en la tierra que non sea de oro nin de plata. (XIX, 15₁₅)

· mejor + τ mayor Y14

... E porende los judgadores deuen puñar de ser buenos, e leales, e fin codibcia, segun dize en las **leyes** que fablan de los juezes en esta razon. (XXII, 23₇)

· leyes + deste nuestro libro Y14

2.1.8. Ms. Y.ii.4 RBME / EY4.

El manuscrito se caracteriza por la continua creación de dobletes verbales y adjetivales, principalmente en estructuras coordinadas (6).

Sustitución:

... así la Iusticia cata siempre do nasce el fol verdadero, que es Dios: e por **effo** llamaron los Santos en las escripturas a nuestro señor I E S V Christo, fol de Iusticia... (I, 1₁₁₋₁₂)

· effo] effa razon EY4

... Ca por aventura tal ome sería, **contra quien** non la podria fazer sobre **todas** cosas. Ca si fueffe padre, o abuelo que lo touieffe en su poderio non puede **fazer** demanda contra el, por el debdo de la naturaleza, e del señorio que sobre el ha... (II, 2₃₋₄)

(6) Sirvan como ejemplos *Partidas* III, II, 2₁₈: mas (+ fabedores τ mas) conocidos; II, 2₂₃: tuuieron (+ por bien τ) por derecho II, 2₃₀: mouer (+ demanda o) pleyto; *Partidas* III, II, 4₁₂: deuen (+ fazer nin) mouer; *Partidas* III, VII, 3₂: faziendoles (+ amor τ) seruicio; VII, 3₇: aquel que lo (+ aforro τ) faco de seruidumbre; *Partidas* III, XIV, 14₁₀: visto (+ finado ho) muerto; *Partidas* III, XXII, 23₁: Buen galardon (+ deuen τ) merecen auer.

· *om.* contra || quien] que || todas + estas || fazer demanda + alguna
EY4

... segund dicho es de suso en el título de las escripturas non mudando nin camiendo ninguna cosa de la **sustancia** del fecho... (XIX, 9 5)

· *sustancia*] *sentença* *EY4*

Adición:

... queremos en esta tercera Partida dezir dela justicia que se deue fazer ordenadamente por fecho e por **fabiduria** en demandando, e **defendiendo** cada vno en juyzio, lo que cree que fea de su derecho... (Pról. general 14)

· *fabiduria* + τ esto es || defendiendo + a *EY4*

... La tercera, que ayan esfuerço, e poder para cumplirla, contra los que la quieren toller o **embargar**... (Pról. general 3-4)

· *embargar* + τ destruyr *EY4*

... E como quier que los omes mueren, pero ella, quanto en sí, nunca deffallece ante finca **siempre** en los coraçones de los omes biuos... (I, 1 3-4)

· *siempre* + firme *EY4*

... El tercero, que de su derecho a cada vno. **E** aquel que cumple estos mandamientos faze lo que deue a Dios: e a afsi mismo... (I, 3 6)

· *E* + de mas que todo *EY4*

... por los faberes que muestran a los omes que les fazen ser **mas** entendidos, de que viene gran pro a la tierra... (II, 2 18)

· *mas* + *fabedores* τ *mas* *EY4*

... otrofi tuuieron **por** derecho, que lo ouieffen estos oficiales sobredichos, que son como guerreros, e contralladores, a los que embargan la justicia... (II, 2 23)

· *por* + *bien* τ *por* *EY4*

... quel dieffe tan fuerte vida, que la non pudieffe sofrir, o le consejasse o quel dieffe carrera para fazer alguna maldad, que entonce **bien** podria mouer pleyto contra el... (II, 2, n. 30)

· *om.* *bien* *EY4* || mouer + demanda o *EY4*

... muestren su querrela al judgador del logar, demandandol, que les otorgue, que los pueda emplazar, e el juez deue lo fazer... (II, 3 6)

· el juez + puede τ EY4

... e si fuere la carta de mill maravedies en ayuso fata C maravedies que-l den por ella II sueldos, e de C maravedies en ayuso, que-l den un sueldo... (XIX, 15 6)

· C₂ + τ cinquenta EY4

... e poniendo los en sus lugares para judgar a las gentes derecho, e demas esperan auer de dios buen galardon en este mundo, e enel otro por el bien que fizieren... (XXII, 23, n. 4)

· dios + τ de los fantos EY4

Omisión:

... en que manera deuen responder a las demandas, que les fizieren, porque cada vno dellos, **faga** la carrera, que le conuiene, e non faga a los que los han de judgar trabajar en balde... (IV, pról. 5)

Preuaricator en latin, tanto quiere dezir en romance, como abogado que ayuda falsamente, **a la parte por quien aboga** e señaladamente quando en poridad ayuda, e conseja a la parte contraria... (VI, 15 1)

... deue poner las manos sobre los fantos euangelios e jurar que diga verdad de lo que fopiere en razon del pleyto **sobre que es aducho** tambien por la vna parte como por la otra... (XVI, 24 3)

... que non pongan una letra por nombre de omne o de muger **assí como el A** por Alfonso, ni en los nombres de los logares... (XIX, 7 5)

... qué les an a dar los omnes por los escriptos que les fizieren de qual manera quier que sean de las que avemos dicho. **Mas estos escrivanos que dixiemos** de la Corte del rey... (XIX, 13 12)

... E de las cartas que fiziere sobre mandas o sobre pleitos de **casamientos o de** particiones o de aforramientos... (XIX, 15 7)

... E porende los judgadores deuen puñar de fer buenos, e leales, e fin codibcia, segun dize en las leyes que fablan **de los juezes** en esta razon. (XXII, 23 7)

2.1.9. Ms. L.ii.22 / L22.

Es un manuscrito compuesto por dos testimonios distintos de la *Tercera Partida* que fueron ensamblados en un mismo códice; por tanto, hay

que considerar que son dos testimonios diferentes. Falta mucho texto debido a la pérdida de numerosos folios en ambas partes. Por otro lado, hemos de indicar que en el manuscrito son muy escasas las omisiones y demás lecciones particulares.

Fragmento *L22a*

Omisión:

... sería cosa sin razón que el que se desampara de las riquezas deste mundo que se parasse a oír ni a librar los omes que contendiesen sobrellas. Ni *muger*, non lo puede ser porque non sería cosa guifada, que estuuiese entre la muchedumbre de los omes, librando los pleytos... (IV, 4 10)

... E ellos temiéndose de la pena que merecen, andan refuyendo, de manera que non quieren venir delante del *judgador*, a estar a derecho. En tal razón como esta, dezimos que *el judgador*, deue passar contra el rebelde en esta manera... (VIII, 7 3)

Adición:

... E ha nome *perfonero* porque parece, o esta en *juyzio*, o fuera **del**, en lugar de la persona de otro. (V, 1 2)

· del + *juyzio L22a*

... E si por aventura, el mismo lo diese por si, no gelo otorgando su guardador, si tal *perfonero* fiziese alguna **cosa** en *juyzio*, que sea a pro del huérfano, vale... (V, 3 2)

· cosa + non a *L22a*

Bozero, es ome que razona **pleyto** de otro en *juyzio*, o el fuyo mismo, en demandando, o en respondiendo... (VI, 1 1)

· *pleyto* + en nombre *L22a*

Fragmento *L22b*

Sustitución:

... dezimos que si de otra manera non le puede ser *prouado* non le **empece la** *conocencia* que *afsi* hizo... (XIII, 7 3)

· *empece la*] deue *empeçer* tal *L22b*

... o de guardadores de huerfanos, o de otras personas en razon de yerros, o de otra **cosa** qualquier, de que podria fer fecha demanda en juyzio... (XIV, 7 7)

· cosa] guifa L22b

... Ca non deuen fer recibidas prueuas sobre las questiones, o argumentos de **filosofia**, porque tales contiendas como éstas non se han de librar por fuero, nin por juyzio... (XIV, 7 18)

· filosofia] philosophos L22b

... que la dira maguer non gela pregunte el judgador. E aun deue jurar que non **descubrirá** a ninguna de las partes lo que dixo... (XVI, 24 8)

· descubrirá] encobrirá L22b

Omisión:

... de manera que non ha menester *sobre* aquel pleyto otra prueua, nin otro aueriguamiento... (XIII, pról. 2)

... non por premia; e asabiendas e non por yerro, e que la faga contra sí. Ca sí el conocieffe cosa *que fuesse* a su pro: non ternia daño a su contendor... (XIII, 4 5)

... Ca prouando qualquier destas razones dezimos que deue fer quito de aquella *debda, o de aquella* cosa que conociera... (XIII, 7 18)

... que publicamente dizen todos que es muerto. Ca non podria *ome tan* ligeramente auer testigos para prouar fecho que ouieffe contecido en tan luengua tierra, e de tan grand tiempo... (XIX, 14 9)

... E demás *deve-l conjurar que non es pagado de aquella debda de que-l pide que-l refaga la carta. E después* que esta jura oviere recebuda d'él deve mandar el escrivano que-l refaga... (XIX, 11 5)

... e sí el condenado dixieffe que non podria fazer **luego** entrega della, porque es en otra parte... (XXVII, 5 7)

... Maguer dexasse muchos herederos cada vno dellos puede demandar toda la seruidumbre. *E esto es, porque la seruidumbre* non se puede partir... (XXXI, 9 4)

Adición:

... E deue fer de tal natura, que pertenezca al fecho, o a la cofa fobre que es la contienda. E ha fe de fazer en cierto, e por pocas palabras, non **emboluiendo** muchas razones en vno... (XII, 2 5)

· emboluiendo + otras *L22b*

... porque aurian a contender sus parientes en razon de los bienes dellos razonando los vnos que fon mas **cercanos** del parentesco, e que deuen heredar lo fuyo... (XIV, 14 3)

· cercanos + que los otros *L22b*

2.1.10. Ms. 43-12 ABCT / T12.

Posee numerosas lecciones particulares y no muestra correcciones ni anotaciones marginales de ningún tipo. Está fechado en 1414 y tiene la particularidad de ser el único escrito a una columna.

Sustitución:

... las ganancias que fazen los juezes e los escriuanos, en razon de las foladas, que ganan en las **cortes** de los Reyes, o en las cibdades, o en las villas... (II, 2 20)

· cortes] tierras *T12*

... o le consejasse o quel dieffe carrera para fazer alguna maldad, que entonce bien **podria** mouer pleyto contra el para mostrar el agrauamiento que le fizieffe... (II, 2 30)

· podria] deue *T12*

Contienden muchas vegadas los omes, e **han pleytos** fobre que uienen a juyzio... (IV, 18)

· e han pleytos] en pleyto *T12*

... Fuera ende el que fueffe menor de diez e siete años. O el que fueffe fordo, que non oyeffe nada... (VI, 2 3)

· diez e siete] catorze *T12*

Reconofcer deue la parte el trabajo que lleva el abogado en su pleyto... (VI, 13)

· Reconocer deue la parte el trabajo] Conoscer deue la parte e trabajo *T12*

... Fuera ende, si aquella jura fueffe dada, con otorgamiento de su **guardador**... (XI, 3)

· guardador] iudgador *T12*

... E primeramente mostrar que cosa es pregunta. E que pro **nace** della. E quien la puede fazer... (XIII, pról.)

· nace] cae *T12*

Poner escrivanos es cosa que pertenece señaladamiente a emperador o a rey. E esto porque es uno de los **ramos** del señorío del regno... (XIX, 3₁)

· ramos] offiçios mas a pro *T12*

... tal como ésta non la deve el escrivano refazer ni **dar** por sí porque podrié seer que la demandarié engañosamiente... (XIX, 10₁₃)

· dar] a poder *T12*

... descubriessse poridat que el rey le ovies mandado guardar a **omne** de quien le viniés destorvo o daño deve-l dar pena cual entendiere... (XIX, 16₃)

· a omne] como *T12*

... Acaece alas vegadas que dan sentencia contra muchos omes sobre alguna cosa que deuen **dar**... (XXVII, 4₁)

· dar] fazer *T12*

... tomen ende miedo, e escarmiento para guardarse de fazer cosa, porque merezcan recibir otro tal. (XXVII, 5₁₆)

· otro] otra || tal + pena *T12*

... Maguer **dexaffe** muchos herederos cada vno dellos puede demandar toda la seruidumbre... (XXXI, 9₃)

· dexaffe] dixieffe *T12*

... Otrofi dezimos, que si el que ouieffe otorgado la seruidumbre en **lo fuyo** se murieffe... (XXXI, 9₆)

· lo fuyo] ello *T12*

Qvemando se toda la casa, o el edificio en que fueſſe otorgado a alguno el vſofructo... (XXXI, 25 1)

· Quemando se] Quando se quema T12

... maguer defamparaffen el fuelo dela villa do estauan poblados, ala fazon que **ganaron** el vſofructo. (XXXI, 26 11)

· ganaron] fue otorgado T12

Omisión:

... otroſi porque non estoruaffen a los otros **metiendo los en costa** por Razon de poderio et de la conoſçençia que han con los de la corte... (V, 6)

... affi como de fuſo deximos fasta que ſea librada la contienda que es entre ellos por juyzio o ſea dado por quito el enplazado **del emplazamiento**... (VII, 13)

... fueras ende ſi el Rey le quifiere fazer **bien e** merçed auiendo piedat del. (VIII, 7 27)

... E porende el judgador le manda emplazar, otra vez **que venga el mismo por su persona, ante el** fasta treynta dias, a estar a derecho... (VIII, 7 6)

... Et deue ſe librar el pleyto por tal una como esta en al manera que de fuſo en el comienço **deſta ley**... (XI, 6)

... Ca non deuen fer recibidas prueuas ſobre las **questiones, o argumentos** de filosofia... (XIV, 7 9)

· questiones o argumentos] *espacio en blanco*

Leales, e buenos e entendudos deven ſeer los escrivanos **de la corte** del rey e que ſepan bien escribir... (XIX, 2 1)

... por tu engaño nin por tu malicia non fue perdida e que ſi en algún tiempo la podieres cobrar, que la adugas al escrivano **que la fizo** rota o cancelada e que nunca usarás d'ella... (XIX, 10 21)

... porque sospecharon los sabios antiguos que en tal razón como ésta, que el debdor era quito **de la debda**. (XIX, 11 29)

... Voluntad avemos que ſepan los omnes cómo deven ſeer guardados e **onrados** los escrivanos **de las cibdades e** de las villas, porque tienen logar que es a pro de todos comunalmientre... (XIX, 14 1)

Adición:

... non puede ninguno dellos, **mouer** demanda, contra aquel con quien biue, o biuio... (II, 6 2)

· mouer + pleyto nin *T12*

... Mas que non deuen ponen los demandadores, **algunas vezes en sus demandas**. E desto se deuen mucho guardar... (II, 42)

· algunas vezes en sus demandas] en sus demandas algunas vezes + que lo que han de auer *T12*

... el pufiessa defension contra el testigo, que non deue fer recibido su testimonio, porque **non** era de edad, o porque era sieruo... (III, 11 5)

· *om.* non₂ || era + menor *T12*

... E porque muchas vezes **acaecen**, sobre las juras, queremos mostrar cierta manera, en esta ley como deuen jurar los Christianos... (XI, 19 2)

· acaecen + contiendas *T12*

... e que toda cosa que fopiere de aquel pleyto sobre que es aducho por testigo que la dira maguer non gela pregunte el **judgador**. E aun deue jurar que non descubrira a ninguna de las partes... (XVI, 24 7)

· judgador + o el que tomare el dicho del *T12*

... e son dos maneras d'ellos: unos que escriuen los privilegios, e las cartas e las actas en Casa del rey... (XIX, 1 1)

· cartas] otras cosas *T12*

... guardando todas las cosas que dixiemos que deven guardar los **escrivanos** del rey en fazer las cartas... (XIX, 4 17)

· escrivanos] oficiales *T12*

... E lo que deven fazer e guardar los registradores es esto: que escrivan las cartas leamientre como gelas dieren non **menguando** ni eñadiendo ninguna cosa en ellas... (XIX, 8 13)

· menguando + ni camiando *T12*

... Mas si el debdor provasse que avié fecho **paga**, estonce non deve refazer la carta al otro que la demandava... (XIX, 11 14)

· paga + o que gela quita *T12*

2.1.11. Ms. 43-14 ABCT / T14.

Es un testimonio muy corregido por una segunda mano. No obstante, las correcciones se han llevado a cabo sobre el manuscrito tachando y añadiendo, entrelineado o al margen, de manera que en la mayor parte de los casos se nos ha preservado al mismo tiempo la lección original del manuscrito y la corrección. Pese a la dificultad de independizar a *T14* por esta segunda mano correctora, se pueden encontrar lecciones adiaforas y errores que le han pasado inadvertidos y que se habrían transmitido a un texto que lo hubiera tenido por modelo.

Sustitución:

... El tercero, que de su derecho a cada vno. E **aquel** que **cumple** estos mandamientos faze lo que deue a Dios: e a afsi mismo... (I, 3 6)

· aquel] qual quier || cumple] faze *T14*

... E esto fizieron los antiguos por **honrra** de la caualleria, e porque los omes ouieffen favor de la mantener e de non olvidar los fechos de las armas, entendiendo que sin el precio, e la honrra que ende han, les viene **dellas** pro e bien... (II, 2 14-16)

· honrra] razon || dellas] ende *T14*

... o de le fazer perder miembro, o de otra cosa, que se le tornasse en muy gran deshonrra, o si le quisieffe **deferedar** sin derecho, o por muerte de feñor... (II, 4 5)

· deferedar] defonrrar *T14* (c. post. deseredar)

... Mas si algun ome se parasse por si mismo a defender pleytos **agenos**, sin carta de perfonería, e sin mandado del feñor del pleyto... (V, 27 5)

· agenos] algunos *T14*

... E porque los emplazamientos son rayz e comienzo de todo pleyto, que se ha de **librar** por los iudgadores, e razonar por los abogados... (VII, pról. 3)

· librar] judgar *T14*

... E que pena merece el que fuere rebelde, no queriendo venir al emplazamiento. E el que **enagenare** cosa sobre que fuere emplazado. (VII, pról. 7)

· enagenare] negare *T14*

... E si casas non ouieren, deuen los **pregonar** en tres mercados, porque lo fepan sus parientes, e sus amigos, e que gelo fagan saber... (VII, 1 8)

· pregonar] enplazar *T14*

... mandamos que peche **cinco** marauedis al judgador ante quien fue emplazado porque desprecio fu mandamiento... (VII, 8 9)

· cinco] çient *T14*

... E dezimos. Que si ambos los contendores **mouieren** fendas demandas, o mas, vno contra otro, que fean por razon de debdas, o de posturas... (X, 4 5)

· mouieren] mostraffen *T14*

... e grand tiempo es passado, afsi como diez años arriba que **abonda** que prueuen que esto es fama entre los de aquel lugar... (XIV, 14 7)

· abonda] comiença *T14*

... en razon de la libertad, o de seruidumbre, o de tenencia, o de señorio, o de peños, o de oficio, o de **honores**, o de guardadores de huerfanos... (XIV, 7 6)

· honores] huerfanos *T14*

... en el título ante d' éste fablamos de las escrituras que **aduzen** en juicio en manera de prueba... (XIX, pról. 5)

· aduzen] dizen *T14*

Omisión:

... E por esso queremos **primero** hablar del. E mostrar, que cosa es demandador. E **como deue** catar, quien es aquel, a quien quiere fazer su demanda... (II, pról., nn. 5-6)

· *om.* primero *T14* || como deue] de *T14*

... Pero razones ay, porque tambien contra el auuelo, como contra el padre natural, **en cuyo poderio estuuieffen: e avn contra el** que ouieffe porfijado, podria el que estouieffe en su poder, mouer demanda... (II, 2 8)

... E non se puede escufar, diciendo que non le encomendara su pleyto, **nin le otorgara de ser su personero**, pues que pro, e buen recabdo le vino por el. (V, 27 11)

... Ca si despues nol venciesse afsi como auia prometido feria tenuto de pechar al dueño, del pleyto todo quanto *daño, o* menoscabo le viniessse por ende... (VI, 12)

... que non es tenuto de venir personalmente, antel judgador si non quifiere. E esto es, porque cada vno deue fer seguro en su casa, *e auer folgura en ella. Pero deue enbiar su personero, que parezca antel judgador a responder en su lugar.* Mas si alguna destas personas, fueren emplazadas, sobre pleyto criminal... (VII, 3 7)

... Dezimos que tal muger como esta ni otra, ni otro de su compañía, que viniessse con ella dende adelante non deuen fer emplazados ante aquel judgador. *E si los emplazassen non serian tenudos de venir ni embiar personeros, para responder delante del.* Ca podria fer que porque ella *non* quiso consentir, a su voluntad, que se moueria el juez, maliciosamente faziendola emplazar... (VII, 6 2)

... de manera que non ha menester sobre aquel pleyto otra prueua, nin otro aueriguamiento. *E pues que el titulo ante deste fablamos* de las preguntas: queremos aqui dezir de las conocencias... (XIII, pról. 3)

Adición:

... E que cosa es aquella, quel quiere demandar. E ante quien deue fazer su **demanda**. E *el tiempo en que la quier fazer*. E que derecho, o que recabdo ha por si para aueriguar, aquello que quiere demandar. ... (II, pról. 7)

· demanda + τ en que manera || E₃ + en que manera τ en que || *om.* el || en que la quiere] deue || fazer + su demanda T14

... e fazen los caualleros por honrra de la caualleria, e porque guerrear contra los enemigos: otrofi **tuuieron por** derecho, que lo ouiesse estos oficiales sobredichos, que son como guerreros, e contralladores... (II, 2 23)

· tuuieron por + bien τ por T14

... faziendo **pregonar** en aquel logar, do folia morar el emplazado... (VIII, 7 4)

· pregonar + en esta manera T14

2.1.12. Ms. 88 CPPV / V88.

De rasgos gráficos aragoneses. Parece formar colección con el manuscrito Zabalburu que contiene la *Segunda Partida*. Este códice V88 se caracteriza también por la escasez de lecciones y errores particulares.

Sustitución:

... E de si hablaremos de todas las personas, e cosas que son menester, para acabamiento de juyzio: ca segund **dixeron los** fabios antiguos dos tiempos han de catar los grandes señores... (Pról. general 17)

· dixieron] diximos || *om.* los V88

... porque quando tal yerro como este **fiziessse algund pueblo** comunamente, todos le deuen dar passada: bien como si non fueffe. (IV, 4 18)

· fiziessse + a || algund pueblo] algunos V88

... ha menester que pongan **otros** en sus logares *por perfoneros*, que les ayuden, e los figan... (V, pról. 6)

· otros + perfoneros || *om.* por perfoneros V88

... Fuera ende el que fueffe menor de **diez e siete** años... (VI, 2 3)

· diez e siete] xxv V88

... porque fue el abogado, muy enojoso, o atrauefador de los pleytos, o **fablador** a demas, o por otra razon semejante destas... (VI, 12 2)

· fablador] fablaffe V88

... para tener daño a aquel que la faze, e pro a su contendor, e son estas: que **fea** de edad cumplida el que la **faze**, asy como de suyo mostramos. E que la faga de su grado, *e non por premia: e asabiendas* e non por yerro, e que la faga contra si... (XIII, 4 3-4)

· fea] fean || faze₂] razonare || *om.* e non por premia τ a fabiendas V88

... E otrossí estos escrivanos que los an de **escribir**, qué deven guardar e fazer... (XIX, 8 4)

· escribir] fazer V88

... que venga si quisiere dezir alguna cosa contra lo que **pide** su contendor... (XIX, 12 7)

· pide] dize V88

... que si en algún tiempo la podieres cobrar, que la adugas al escrivano que la hizo rota o cancelada e que nunca usarás d'ella en daño de tu **contendor**... (XIX, 10 21)

· contendor] debdor V88

Adición:

... con todo effo en la fu **voluntad**, deue fer aparejado en fazer bien, e en cumplir los mandamientos de la justicia... (I, 1 7)

· voluntad + siempre V88

... Ca es la primera persona por cuya razon se mueuen los pleytos, sobre que despues ha de venir el juyzio. E por effo queremos primero hablar del. E mostrar, que cosa es **demandador**. E como deue catar, quien es aquel, a quien quiere fazer su demanda... (II, pról. 5)

· demandador + que la ha de demandar V88

... Ca si de otra **guifa** fueffe fecha, non deue fer cabida: ni aun la parte a quien la fizieffen, non feria tenuto de responder a ella... (XII, 2 7)

· guifa + lo fizieren τ V88

... deven seer vezinos d'aquellos logares ó fueren escrivanos **por que** conoscan mejor los omnes entre quien fizieren las cartas... (XIX, 2 12)

· por que + començan τ V88

Omisión:

... Fuera ende, si fuesse en razon de adulterio, que alguno dellos fiziese o quisiese fazer **contra el o** contra el otro o sobre razon de traycion que fiziese alguno dellos contra su señor el rey o al regno... (II, 5 14-15) (7)

· om. contra el o || el₂] al V88

... Ni otrofi el que fueffe de mala fama. O ouieffe fecho cosa porque valieffe menos segund fuero de España, porque no feria derecho, que el que fueffe **atal, que judgasse a los otros. Ni al que fueffe** de religion porque menguaria porende enlo que es tenuto de fazer enel seruicio de dios... (IV, 4 7-8)

... Mas si dieffen juyzio contra el, o fizieffen alguna cosa que fueffe a su daño, por razon de aquella personeria, **non valdria**... (V, 3 4)

... Otrofi dezimos, que quando el abogado fiziere vfar a sabiendas, a la su parte de falsas cartas, o de **falsos** testigos, que essa misma pena merece... (VI, 15 7)

(7) Este pasaje es una reconstrucción crítica. No ofrecemos el texto de Gregorio LÓPEZ, ya que se encuentra muy deturpado. Las variantes del pasaje figuran en el Apéndice.

... Otro tal dezimos que *non deuen emplazar a los que* van en mandaderia del Rey, o de fu Señor, o de fu concejo... (VII, 2 20)

... E que la faga de fu grado, *e non por premia: e asabiendas* e non por yerro, e que la faga contra si... (XIII, 4 4)

... Mas si fueren pora seer escrivanos en las cibdades e en las villas, deve el rey saber de omnes buenos d'aquellos *logares donde son aquellos* que quieren fazer escrivanos... (XIX, 4 8)

... E depués d'esto deven fazer las cartas guardando la forma de cada una d'ellas *segund dicho es de suso* en el título de las escrituras non mudando nin camiendo ninguna cosa de la sustancia del fecho... (XIX, 11 5)

... e non pueden apremiar a ninguno dellos por todo, *quando la senten-
cia fuere afsi dada:* maguer fe ouieffe obligado cada vno por todo... (XXVII, 4 7)

... Qvemando fe toda la cafa, o el edificio en que fueffe otorgado a algun ome *el vsofructo*, o el vfo tan folamente, o derribando fe toda por terremoto de rayz... (XXXI, 25 1)

Cambio de orden:

... por algun embargo, o enojo, que recelan de recibir ende, ha menester que pongan **otros** en fus logares **por perfoneros**, que les ayuden, e los figan... (V, pról. 6)

· otros perfoneros en fu logares que les... V88

2.1.13. Ms. 3 ANTT / AN3.

Texto en portugués. Contiene multitud de malas lecturas y numerosas banalizaciones debidas a la interpretación de un contenido que el copista no siempre entiende.

Sustitución:

... E es afsi como fuente onde **manan** todos los derechos... (I, pról. 2)

· manan] mouën AN3

... El segundo, que non faga mal, nin **daño** a otro. El tercero, que de fu derecho a cada vno... (I, 3 4)

· daño] deuen mādār fazer AN3

Mouimiento de los fechos, segund razon natural, es la primera cofa, que tira **las otras** afsi... (II, pról. 1)

· Mouimiento] Mādamētos || las otras] os outros + dereytos AN3

... Fueras ende, fi lo fizieffe, por fecho que **tanxeffe** a el mismo... (II, 4 3)

· tanxeffe] acaeçeffe AN3

... o fi por ventura faze alguna manda, que **dize** quel fue **dexada en** testamento... (III, 10 6)

· diz + o demandador || dexada] mandad || en + algũu AN3

... ha menester que pongan otros en fus logares por perfoneros, que les ayuden, e los **figan**... (V, pról. 6)

· figan] den + feu derecho AN3

... mas fi fuere delos **menores porteros** tenemos por bien, que se prueue por dos testigos, fin el **portero** porque non pueda y fer fecho engaño... (VII, 1 11)

· menores porteros] mayores an dos poderosos AN3 || portero] preyto AN3

... non deuen fer emplazados en aquel dia, que las fizieren, ni aquellos que les muriere alguno en su casa, que **deuen luego foterrar**, o los que estouieren a muerte, o a foterramiento de Señor... (VII, 2 16)

· que deuen luego foterrar] con quen aia duyddo AN3

... Otrofi dezimos que **el aforrado**, non deue emplazar al que le afforro fin otorgamiento del juez... (VII, 4 7)

· el aforrado] aquel que for feruo AN3

... Estonce tal afforrado, bien podria **emplazar en juyzio al que lo afforrafte**, non pidiendo licencia al judgador e non es tenuto de fazelle aquella honrra, ni aquella reuerencia... (VII, 4 10)

· emplazar] çitar || om. en juyzio || al que aforrafte] ao fehnor AN3

... pues que diximos enel titulo ante deste, de los emplazamientos: que fablemos eneste **delos affentamientos**, que mandan fazer los judgadores... (VIII, pról. 1)

· delos affentamientos] das entregas AN3

... Ca non es guifado, que aquel que **toma la jura**, fea maltraydo, por fu derecho que demanda. (XI, 19 17)

· toma la jura] o pon e ffa uerdade AN3

... depués que fuesse pagado de la debda o **la oviesse quitada e vernié** d'ella grand daño a la otra parte... (XIX, 10 14)

· la oviesse quitada] ouuese dado por quito da duuyda || vernié] uehesse AN3

Omisión:

... E mostrar, que cofa es demandador. **E como deue catar, quien es aquel, a quien quiere fazer su demanda.** E que cofa es aquella, quel quiere demandar. E ante quien deue fazer su demanda... (II, pról. 6)

... Pero quando fuere antel, e mostrare fu priuillejo, o alguna otra razon derecha, porque non **puede ser apremiado de responder**, deue **le** fer cabido... (VII, 2 4)

... e la conocencia que fiziere, non fea contra natura, nin contra las leyes **deste nuestro libro...** (XIII, 4 6)

... estonce deue fe cunplir luego en **aquella cosa sobre que fue dado el juyzio: e si el condenado dixesse que non podria fazer luego entrega della, porque es** en otra parte, si esto non dixesse maliciosamente... (XXVII, 5 6-7)

... E los escrivanos de las cibdades e de las villas deven jurar que guarden **otrossí al rey e a su señorío e todas las cosas que-l pertencen assí como de suso dixiemos. E otrossí que guarden** pro e onra de sus concejos... (XIX, 4 14-16)

... que non pongan una letra por nombre de omne o de muger assí como el A por Alfonso, **ni en los nombres de los logares** ni en cuenta **de aver** o d'otra cosa assí como C por ciento... (XIX, 6 6)

... E por esso lo mandamos **escribir en el registro porque, si la carta se perdiere o viniere alguna dubda sobr'ella que se pueda** mejor provar por allí, assí como dixiemos en la ley ante d'ésta (XIX, 9 8)

... faga mención de cómo el debdor fue emplaçado e non quiso venir nin embiar a **contradezir la carta. Mas si el debdor** que fuesse emplaçado assí como **de suso** dixiemos... (XIX, 11 8-9)

Falsedat faziendo escrivano de la Corte del rey en carta o en privilegio **deve morir por ello...** (XIX, 16 1)

Adición:

... se pierde el feñorio, o la pofefsion, o la feruidumbre en las **cofas**, e de las lauores viejas o nueuas... (Pról. general 25)

· cofas + comunhaiis AN3

Raygada virtud es la Iufticia, segund dixeron los fabios antiguos que dura siempre en las voluntades de los omes **juftos**... (I, 1 1)

· juftos + poftos en dereyto AN3

... faze lo que deue a Dios: e a afsi mismo, e a los omes con quien biue, e cumple, e mantiene la **Iufticia**. (I, 3 7)

· iuftiça + τ dereito AN3

... E por effo queremos primero fablar del. E mostrar, que cofa es **demandador**... (II, pról. 5)

· demandador + τ el contrayro AN3

... Effo mismo pufieron de lo que los maestros ganan en las **escuelas**, por los **faberes** que muestran a los **omes** que **les fazen fer** mas entendidos, de que viene gran pro a la tierra... (II, 2 17)

· escolas + ou os bachaleres polas artes τ || por los faberes] polas ciencias || homes + por AN3 || les fazen fer] ffom AN3

Personero es **aquel**, que recabda, o faze algunos pleytos, o cofas agenas, por mandado del dueño dellas. E ha nome personero **porque** parece, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar dela persona de **otri**. (V, 1 1)

· aquel que + procura τ tracta τ || porque + a parte non || o] τ + el || doutre + τ demanda τ defende τ procura o ffeuo dereito AN3

... Fuera ende por los **monesterios**, o por las yglesias, **do** fazen mayor **morança**, o por los otros logares, que pertenezcan a estos... (VI, 2 7)

· monesteyros + pobras hu fazẽ mayor morada ou || do] en que || morança] morada AN3

... porque fue el abogado, muy enojoso, o atrauefador de los pleytos, o fablador a **demas**... (VI, 12 2)

· ademays + que nõ deue AN3

... Otrofi dezimos, que quando el abogado fiziere vfar a fabiendas, a la fu parte de falsas cartas, o de falsos testigos, que effa misma pena **merece**.

· mereçe + que de fufo diffemos AN3

... porende queremos hablar **dellos**. *E primeramente*, que quiere dezir emplazamiento. E quien lo puede fazer... (VII, pról. 5)

· dellos] delef + τ dizer en que maneyra deuen feer feytos τ mostrar || *om.* E primeramente AN3

Pregunta, es demanda que faze el juez a la parte, para faber la verdad delas cosas sobre que es dubda, o **contienda** antel... (XII, 1 1)

· contienda + naçe fobre a demanda que he feita por AN3

... contender fus parientes en razon de los bienes dellos razonando los vnos que son mas cercanos del **parentesco**, e que deuen herdedar lo fuyo (XIV, 14 3)

· parentesco + que dizen que he passado τ que nõ he uyuo AN3

... e que publicamente dizen todos que es **muerto**... (XIV, 14 8)

· morto + auõda esta fama por feer prouado AN3

El manuscrito AN3 incorpora en el texto varias remisiones a otros libros de las *Siete Partidas*:

Salen a las vegadas, los fijos, e los nietos, de poderio de fus padres, e de fus auuelos, asì como **mostramos** en el titulo que fabla enesta razon... (II, 3 2)

· mostramos] mostraremos + na quarta parte deste liuro AN3

... ouieffen en si, todas aquellas maneras, e bondades, que de fufo **diximos**, que deuen auer los juezes... (IV, 16 7)

· diffemos + en la ley que fse comença aguçofoament AN3

2.2. Errores conjuntivos.

Como acabamos de exponer, todos los testimonios poseen un número suficiente de variantes particulares y errores separativos para ser considerados independientes en la transmisión; no existe, pues, en esta tradición ningún *codex descriptus*. Al mismo tiempo se extraen del cotejo no pocos errores comunes a dos o más testimonios, lo que nos ha permitido

agruparlos en varias familias. Dada su escasez, ha sido necesario apoyar los posibles errores comunes con las lecciones adiaforas, cuya acumulación nos ha servido para corroborar las filiaciones propuestas. Aducimos a continuación los casos más evidentes, significativos y trascendentes.

2.2.1. *MV6 y M22: subarquetipo γ*

La dependencia textual de los manuscritos *M22* y *MV6* de un arquetipo común es, quizá, la más evidente de las que parecen darse en esta tradición. Ambos manuscritos comparten errores significativos comunes que los oponen al resto de la tradición, además de un elevado número de lecciones adiaforas, cuya reincidencia termina por revelarse significativa.

Omisión:

... en razon de las foladas, que ganan en las cortes de los Reyes, o en las cibdades, o en las villas. *E* bien afsi como otorgaron esto *a las ganancias* que fazen los caualleros por honrra de la caualleria... (II, 2₂₁)

... apercebido deue fer el que la quiere començar, que la faga, *estando* delante el que lo tiene en fu poder... (II, 7₃)

Despaganse a las vegadas algunas de las partes del juyzio que dan los judgadores de auenencia contra ellas τ alcanse cuydando que lo pueden fazer. E por ende dezimos que ninguno non puede tomar alçada *del juyzio* de estos... (IV, 35₂)

... diziendo quando auian judgado, que se pagauan del juyzio, o escriuiendo por sus manos la carta de la sentencia, que la confirmauan, o si se callasen fasta diez dias *despues* que fuesse dada que la non contradixeffen... (IV, 37₇)

· o₁] effo γ || *om.* despues γ

... E agora queremos mostrar, de las otras personas que son *como* ayudadores. E porque *las mas vegadas* el demandador, o el demandado, no pueden, o no quieren, venir por si mismos, a seguir sus pleytos... (V, pról. 3-4)

Menor de veynte e cinco años puede dar personero por si, en juyzio, con otorgamiento de su guardador. E si por auentura, el mismo lo dieffe *por si*, no gelo otorgando su guardador... (V, 3₂)

... Por ende touieron por bien los sabios antiguos que fizieron las leyes que ellos pudieffen *razonar* por otri *e* mostrar tambien en demandando como en defendiendo... (VI, pról. 5)

... non deue abogar, antel fasta aquel tiempo, que señalare. Empero bien puede abogar, *ante* aquel, que este mismo judgador pufiessa en su logar... (VI, 12 4)

... E los que han poder de judgar por el, en su corte o en sus ciudades, e en las villas lo pueden otrofi fazer por palabra, o por carta, o por sus omes conosciados, que sean señaladamente *puestos* para esto. **Otrofi** quando alguno ouiesse querella de otro... (VII, 1 45)

· om. puestos γ || Otrofi + dezimos γ

... E otrofi *por la yglesia*, porque alaban y a Dios, e lo adoran. (XI, 1 11)

... Però el escrivano público que la renovare deve dezir en el logar de la carta ó escriviere su nombre *la razón* por que la ovo de renovar. (XIX, 12 26-27)

Sustitución:

... E otrofi, en la segunda Partida mostramos de los grandes señores que la han de mantener generalmente en todas las cosas... (Prólogo general 8)

· señores] omnes γ

... E demas faria mal a ambas las partes, primeramente, al que ouiesse recebido el tuerto, alongandole la emienda, que deuia auer. E **a la otra**, dando ofadia que fiziesse, otro tal, o peor... (IV, 15 8)

· a la otra] la segunda γ

Enemistad, es cosa de que se deuen **todos** rescelar... (IV, 31)

· todos] los omnes γ

... E en que manera deuen razonar, e poner las alegaciones: tambien el bozero del demandador, como del demandado. E quando el **abogado** dixiere alguna palabra por yerro, en juyzio... (VI, pról. 13)

· abogado] judgador γ

... Ca ninguno destos, non deue fer bozero, por si, nin por otro. E **effo mismo** dezimos, que monge, nin calonge reglar, non pueden fer bozeros por si... (VI, 2 6)

· E effo mismo] Otrofi γ

... Mas deue los cobrar el **demandado**, e yr despues adelante por el pleyto fobre quel emplazaron. (VIII, 6)

· demandado] demandador γ

... E todo esto dicho deue responder vna vez amen, fin refierta ninguna afsi como diximos en la **ley ante desta**. (XI, 20)

· ley ante desta] iura de los Christianos γ

Començamiento toman los pleytos por las demandas, e por las respuestas que fazen las partes en juyzio: afsi como de fuo **mostramos**... (XII, pról. 2)

· mostramos] diximos γ

Adición:

Moros han fu jura apartada, que deuen fazer enesta guisa. Deue yr tambien el que ha de jurar... (XI, 21)

· **Otrossi los** (*add.* γ) moros an...

2.2.2. EN5 y EY4: subarquetipo β

Son también numerosas las lecciones, tanto erróneas como equipolentes, que comparten los manuscritos *EY4* y *EN5*.

Adición:

La primera, **que ayan** voluntad de quererla, e de amarla de coraçon, parando mientes en los bienes e proes que en ella yazen... (Pról. general 8)

· *todos carecen de que ayan salvo EN5, EY4 y Gregorio López, que debió de usar aquí un códice semejante a ellos.*

... El primero es, que **ome biua** honestamente, quanto en fi. El **segundo**, que non faga mal, nin daño a otro. El tercero, que de fu derecho a cada vno... (I, 3 3-4)

· omne biua + el || segundo + es β

... e fin mala estança, e fin yerro, e con mefura: e **avn** faze pro a los otros... (I, 2 2)

· avn + mas β

Demanda queriendo fazer vn ome a otro en juyzio, deue catar ante **que** la comience... (II, 2 2)

· que + la faga τ *EY4*

· que + la faga τ ante que *EN5*

Seruiertes, nin criados que ome tenga en fu casa, que biuan a fu bien fecho, o por folada que **del** tomen, non puede ninguno dellos, mouer demanda... (II, 6 1)

- del + tenga o *EN5* || del + tiene o *EY4*

Cambio de orden:

... E es afsi como como fuente onde manan todos los derechos. E non tan **folamente ha logar iusticia** en los pleytos que fon entre los demandadores e los demandados... (I, pról. 3)

- folamente + la || ha logar *post iusticia* β

Omisión:

... el demandador sabra mostrar, e demandar fu derecho como deue, ante aquellos que han poderio de fazer la iusticia **dello** (II, pról. 11)

- En este caso Gregorio López coincide con la lección de β

Sustitución:

... o perdimiento de miembro, o enfamamiento, a aquellos fus **mayorales**, a quien quieren emplazar... (II, 3 8)

- mayorales] naturales *EN5*
- fus + naturales τ *EY4*

EY4, como testimonio contaminado según veremos, posee aquí la lección de su subarquetipo β y la común a la tradición tomada de otro testimonio.

... Fuera ende, si fueffe en razon de adulterio, que alguno dellos **fizieffe o quizieffe fazer contra el o contra el otro, o** sobre razon de traycion, que fizieffe alguno dellos, contra el Rey, o contra fu señorio... (II, 5 14)

- *om.* fizieffe || *om.* contra el otro o β

... E quien lo puede fer. E quien non. E en que manera deuen razonar, e poner **las** alegaciones: tambien el bozero del demandador, como del demandado... (VI, pról. 11)

- las] fus + razones τ β

... que la boz de aquel que primero emplazo, vaya delante, e sea primero judgada: maguer que la demanda de aquel que fue **primero** emplazado sea mayor... (X, 5 9)

· primero] postremero β

E como fablamos primeramente de los escrivanos que fazen los escritos de la Corte del rey, otrosí queremos dezir aquí **d'ellos primero** e mostrar qué galardón deven aver... (XIX, 13 4)

· d'ellos primero] de los primeros β

... mas si fizieren cartas de vendidas, o de compras o d'otras cosas que dixiemos de suso a judíos o a moros den por cada **una d'ellas** tanto como los cristianos... (XIX, 15 13)

· una d'ellas] carta β

2.2.3. *T12 y V88: subarquetipo δ .*

A diferencia de los subarquetipos γ y β , éste que proponemos ahora resulta mucho menos evidente. Los errores y lecciones en común son realmente escasos.

Omisión:

... eftos juezes, que auemos dicho llaman los en latin ordinarios, que muestran tanto, **como omes** que son puestos ordinariamente para fazer sus officios... (IV, 1 11)

· om. como omes *T12, V88*

No hallamos explicación que pueda justificar esta omisión en ambos testimonios. Sin descartar la casualidad, nos parece más verosímil en este caso el error común.

Cambio de orden:

... estonce los primeros perfoneros que los **cogieron, e los pusieron** en logares, son tenudos de se parar a ello... (V, 19 12)

· cogieron e los pusieron] pusieron τ los cogieron *T12, V88*

Este tipo de inversiones de términos en estructuras conjuntivas se producen asiduamente en cualquier texto; no obstante, el orden de los ele-

mentos en *T12* y *V88* es a todas luces erróneo, lo que nos anima a considerarlo como una lección errónea del subarquetipo común.

Otras variantes que podemos considerar más circunstanciales son:

Adición:

... fi algunos dellos vienen, al **dia** queles es puesto, e los otros non. E esto tenemos que es derecho por dos razones... (VII, 10 2)

· al dia + del plazo *T12*, *V88*

Sustitución:

... fon llamados en latin arbitros: que muestra tanto, como judgadores de aluedrio, que fon escogidos, para **librar** algund pleyto señalado, con otorgamiento de amas las partes... (IV, 1 3)

· librar] judgar *T12*, *V88*

A lo señalado hasta aquí respecto de la relación entre *T12* y *V88* quizá cabría añadir la observación siguiente. En algunas ocasiones muy puntuales la lecciones de ambos manuscritos coinciden con algunas de la rama α (especialmente con *S22*), a la que no pertenecen. Esto no es explicable sino mediante la contaminación (8). A nuestro juicio, el hecho termina por justificar la existencia del subarquetipo δ , pues es más verosímil que la reproducción de esas lecciones se produzca en éste que no en los manuscritos *T12* y *V88* de manera independiente (y máxime en ocasiones tan puntuales):

... Ca fi Dios temieren, guardar fe an de fazer pecado, e **auran** en fi piedad, e justicia E fi al Señor ouieren miedo, recelar fe an, de fazer cofa, por do les venga mal del... (IV, 3 5)

· auran] et emuefren *V88* : et en mueftran *T12* : que muefren γ : τ amueftran *S22*

... E dezimos. Que si ambos los contendores mouieren fendas demandas, **o mas**, vno contra otro, que sean por razon de debdas, o de posturas, o sobre endereçamiento de tuertos, o de daños que se ouieffen fecho... (X, 4 5) (9)

· o mas] amos *V88* || amos + en *S22* || o mas + amos *T12*

(8) Vid. § 3 del presente capítulo.

(9) En este caso es posible argumentar en contra de la existencia del subarquetipo δ que la variante puede ser poligenética, pues es fácil confundir en este contexto “o mas” por “amos”:

... o de feruidumbre, o de tenencia, o de señorio, o de peños, o de oficio, o de honores, o de guardadores **de huérfanos**, o de otras personas en razón de yerros, o de otra cosa qualquier, de que podría ser fecha demanda en juyzio, para fazer escarmiento dellos... (XIV, 7 7)

· om. de huérfanos γ , S22, AN3, Z15, T12, V88

Esta última omisión es propia de toda la rama α , de la que hablaremos más adelante (vid. § 2.2.5 y 2.2.6).

2.2.4. AN3, S22, γ : subarquetipo θ .

Una vez establecida la validez del subarquetipo γ , hemos podido comprobar que guarda una estrecha vinculación de parentesco con S22 y AN3. Sin embargo, sólo he encontrado un caso de error común evidente que agruparía al conjunto y que podría justificar un posible subarquetipo θ :

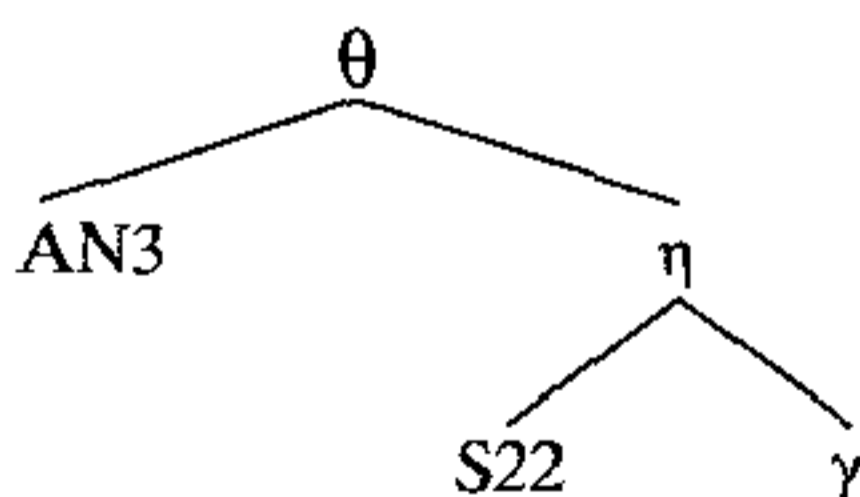
... o si por aventura viniéffe el afforrador de su grado, e le respondiéffe en juyzio, al plazo quel fue puesto, **non caloñando** al afforrador, como nol deuera emplazar sin otorgamiento del judgador... (VII, 5 4)

· om. non S22 || caloñando] callando S22 : calando AN3 : caylando MV6 : negando M22 (10)

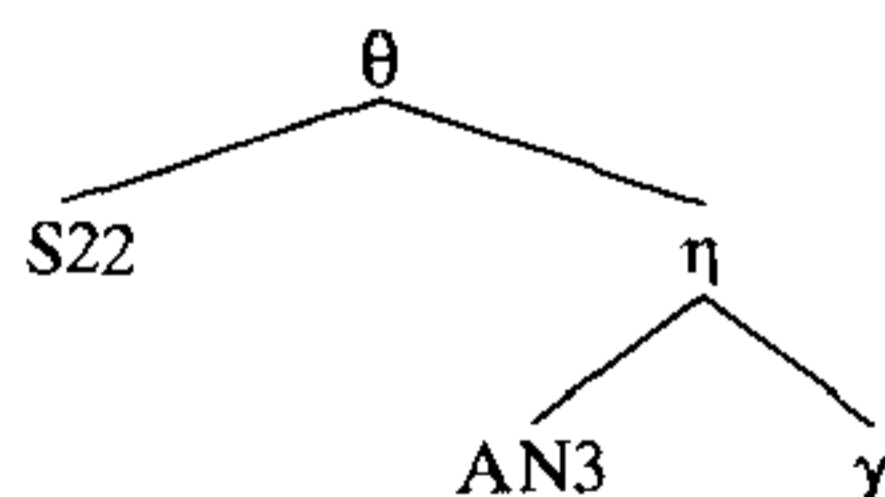
La coincidencia en la mala lectura *callando* nos asegura una dependencia común, que, como ahora veremos, resulta corroborada por variantes de interpretación más compleja.

No es fácil decidir cuál es la estructura interna del subarquetipo θ . En este caso la tradición nos permite plantear dos posibles escenarios estématicos:

a) S22 y γ



b) AN3 y γ



incluso se podrían generar las dos lecciones como en T12. No obstante, también cae dentro de lo verosímil considerar que T12 muestra una doble contaminación, ya que ofrece la lección de su arquetipo (la coincidente con V88, por tanto δ) y la del modelo con que contamina.

(10) La variante de M22 la creemos sin duda relacionada con las del resto del grupo, pues coincide en proponer un verbo de lengua para sustituir a "caloñando"; no obstante, parece que no estimó correcta la lección "callando" y la sustituyó por otra a su juicio más apropiada.

No es descartable que este dilema derive directamente de un problema de contaminación y que, por tanto, no sea posible llegar a un estema definitivo. Sin embargo, estimamos oportuno sopesar el valor y el número de las variantes, ya que este análisis, si no nos proporcionará la certidumbre absoluta, nos permite, al menos, conocer la tendencia predominante de este grupo.

2.2.4.1. S22 y γ.

Sustitución:

E porque en el comienzo desta tercera Partida fablamos en general de la justicia, queremos en este Titulo dezir della especialmente. E mostraremos que cosa es *justicia en fi*... (I, pról. 7)

· es + e quantas cosas a || *om.* justicia en fi S22, γ

... Ca si Dios temieren, guardar fe an de fazer pecado, e **auran** en si piedad, e justicia. E si al Señor ouieren miedo, recelar fe an, de fazer cosa, por do les venga mal del... (IV, 3 5)

· e auran] que muestren γ : τ amuestran S22 (et emuestran V88 : et en muestran T12)

... en fazer seruicio lealmente a Dios, e a los Señores que los ponen en sus logares, guardando toda via, aquellos **pueblos**, que les son encomendados, que non se leuante entre ellos mal, bollicio, nin banderías... (IV, 16 4)

· los pueblos] las palauras γ, S22 (os pleytos AN3)

Omisión:

... Otra manera ya aun de juezes, **aque llaman** delegados, que quiere tanto dezir como omes que han poderio de judgar, segund les mandan los Reyes, o los Adelantados, o los otros juezes ordinarios... (IV, 1 12)

... E los otros, que diximos, que pueden librar pleytos **señalados**: estos pueden poner los Emperadores, o los Reyes, e los otros adelantados... (IV, 2 6)

Esta variante es un error significativo, ya que la omisión falsea el sentido de lo que se quiere afirmar. Los alcaldes que “libran pleitos señalados” son un tipo especial de jueces cuyo ámbito de acción es muy reducido, precisamente esos pleitos *señalados* y no otros.

... E ffo mismo dezimos, de aquellos que fincan para apaziguar, la tierra si la vieren leuantada, o en bollicio, si fueren omes para ello... (IV, 2 13)

Ordinarios juezes, diximos en la segunda ley deste titulo, que son *los Adelantados, e* los judgadores, que pone el Rey... (IV, 17)

... E defi por fanta Maria fu madre, o por alguno de los otros fantos. E esto por razon de la fantidad que recibieron de Dios, o por *los Euangelios, en que se cuentan las palabras, e los fechos de Dios, o por* la Cruz en que fue puesto: o por el altar, porque es consagrado, e consagran en el al cuerpo de nuestro señor Iesu Christo... (XI, 1 9)

· om. Z15, γ, S22

Es posible que esta omisión que, sin duda, obedece a un salto de igual a igual, sea una prueba también de la mayor proximidad entre γ y S22, ya que, aunque podamos argumentar que esta omisión bien se pudo producir de manera independiente en todos, creemos que el hecho de que aparezca en Z15, S22 y γ, siendo desconocida de AN3, es un indicio, al menos a tener en cuenta, de la mayor relación entre S22 y γ.

Adición:

... e a las otras que de fufo fablamos, en la ley que comienza conosco, llaman en latin **peremptorias**, que quiere tanto dezir como amparamiento... (III, 11 10)

· peremptorias + deffensiones S22, γ

... E aun otros, y a que son puestos por todos los menestrales de cada logar, o por la mayor partida dellos... (IV, 1 8)

· son + dados τ S22, γ || om. todos S22 || om. o M22

... es tenuto de fazer enel seruicio de dios: demas seria cosa **fin** razon que el que se defamparo delas riquezas deste mundo que se parasse a oyr ni a librar los omes que contendieffen sobrellas... (IV, 4 9)

· fin + derecho e fin S22, γ

E otroffi dezimos, que el perfonero non puede poner otro en fu lugar, en aquel pleyto mismo, sobre que el fue dado, si primera mente non lo ouieffen comenzado, por demanda, o por respuesta. **Pero** si le fuesse otorgado tal poderio enla carta dela perfoneria: estonce lo podria fazer ante, e despues... (V, 19 8)

· pero + quando tales palabras fueffen y puestas bien lo podrie fazer S22, γ

2.2.4.1.1. *Casos en que S22 coincide exclusivamente con MV6 (o está más próximo a él).*

Sustitución:

... puede lo otorgar por su perfonero para siempre o fasta tiempo señalado. E aun puedelo fazer con **condicion, o fin ella**. (V, 13)

- con condicion, o fin ella] fo condicion *M22* : con derecho *MV6*: con ~~derecho~~ *S22* (*corrige post. al margen en condicion, o fin ella*)

Aquí es fácil resolver el problema aduciendo la existencia de contaminación en *M22*. Como tendremos ocasión de señalar más adelante (§ 3), éste se separa en muchas ocasiones de su rama, si bien parece mostrar aquí un estado intermedio entre ambas lecciones.

Adición:

... O si enla carta dela perfoneria, le ouiesse otorgado libre, e llenero poder, para **fazer** complidamente todas las cosas, enel pleyto que el mismo podria **fazer**. Ca eñtonce, quando tales palabras fueffen y puestas, bien podria **fazer** qual quier delas cosas **fobredichas**... (V, 19 5-6)

- $fazer_2$ + qual quier de las cosas sobredichas *S22*, *MV6*
- fobredichas + complidas *S22*, *MV6* (*M22 add. margen*)

Aquí se ha producido una repetición probablemente por haber equivocado el lugar de vuelta al modelo: se ha adelantado y repetido así la frase “qualquier de las cosas sobredichas” porque el copista volvió al tercer *fazer*, y no al segundo. La dificultad estriba en conocer si el fenómeno se produjo en ambos testimonios de manera independiente o se debe al modelo común, lo que parece más verosímil. Parece plausible argüir que el error se produjo en el subarquetipo común, pero, advertida la repetición por el copista de *M22*, supo evitarla. A favor de la existencia del modelo argumenta también el hecho de que *M22* corrige añadiendo “cumplidas”, tal como *S22* y *MV6*.

Podemos concluir que las disidencias de *M22* respecto del grupo formado por *S22* y γ encuentran probablemente causas específicas y, en todo caso, insuficientes para descartar la existencia de los parentescos propuestos.

2.2.4.2. AN3 y γ

Omisión:

... Otro tal dezimos que non deuen emplazar a los que van en mandaderia del Rey, **o de fu Señor**, o de fu concejo: nin al pregonero de mientras que **va** pregonando por la villa: nin a ome nin a muger que fea fieruo de otro... (VII, 2₂₀₋₂₁)

· *om.* de fu Señor γ, AN3 || va] anda γ : andar AN3

La omisión es fácil que se haya producido por *homoiotéleuton*; más difícil de explicar es la coincidente sustitución del verbo *ir* por *andar*, justo en el mismo pasaje. Otra omisión común en el mismo título vuelve a sugerir una vinculación, aunque tampoco puede considerarse de peso probatorio:

... que peche el alcalde delo fuyo, las despenfas **que fizo**, e el daño que recibio el demandador por que non gelo quiso emplazar, o porque gelo alongo, fin derecho... (VII, 9₅)

· *om.* que fizo γ, AN3, FSM

Sustitución:

Bozero, es ome que razona pleyto de otro en juyzio, o el fuyo mismo, **en demandando, o en respondiend.** *E ha afsi nome*, porque con bozes, e con palabras vfa de fu officio. (VI, 1₁)

- en demandando o en respondiend: T12, Z15, S22
- en demandando o en defendiendo: M94, Y14, V88, EY4, EN5, L22a
- en demandando τ (o M22) en defendiendo o en respondiend: MV6, M22
- en demãdãdo ou respondiend ou defendendo: AN3

La coincidencia de AN3 y γ en presentar la lección más completa parece sugerir la vinculación del grupo. Sin embargo, no podemos desechar la posibilidad de que S22 presentase del sintagma “en defendiendo”, dado que S22 ha omitido la frase que figura justo a continuación “e ha assi nome”, lo que puede implicar que en su modelo se conservase la lección completa.

Adición:

... qual es el fecho porque ha de dar su juyzio e en que manera lo podra **mejor** e mas derechamente departir... (XIV, 13)

- mejor + dar *MV6, AN3* || mejor + poner *M22*

2.2.4.2.1. *Casos en que AN3 coincide exclusivamente o está más próximo a M22.*

Sustitución:

... o de daño que el **fufrieffe**, en figuiendo el pleyto: dezimos, que le deue fer guardada. (V, 25)

- fufrieffe] fizieffe *AN3, M22, M94* (fofrieffe *MV6, S22*, etc.)

Esta variante se debe a un error paleográfico y, además, no es privativa de estos dos manuscritos (*vid.* § 4). Otros cambios en común parecen simplemente de carácter discursivo y fácil poligénesis:

... E agora queremos mostrar, de las otras personas que son como ayudadores... (V, pról. 3)

- mostrar] falar *AN3* : hablar en este *M22*

Omisión:

... E ciertamente juyzio es **dicho** mandamiento que el judgador faga a alguna de las partes en razon del pleyto que mueuen ante el... (XXII, 1 2)

- om. dicho *AN3, M22*

... Otrofi dezimos, que si el que ouieffe **otorgado** la feruidumbre en lo fuyo se murieffe, **e dexasse muchos herederos, que puede fer demandada la feruidumbre toda** enteramente a qualquier dellos e son tenudos a ella, asy como era el señor cuyos bienes herdaron. (XXXI, 9 6-7)

- om. otorgado || om. e dexasse... toda || om. e₂ *AN3, M22*

... E aun dezimos que si aquella villa, o lugar a quien fueffe otorgado tal vsofructo como este sobredicho se hermasse, **de manera** que fueffe arado el suelo... (XXXI, 26 8)

- om. de manera *AN3, M22*

La omisión en común de XXXI (9 g) parece relacionar claramente a estos dos manuscritos, hecho que quizá debamos vincular al carácter contaminado de *M22* (cf. § 3.1.3 y 3.2).

Adición:

... deue dar buenos fiadores, que aquel plazo que el judgador tuuiere **por** guifado, que de aquella cofa... (XXVII, 5 g)

- por + bien τ por *M22*, *AN3*

E fi las touiere fobre el **altar**, fobre que fue confagrado el cuerpo de nuestro feñor Iefu Chrifto... (XI, 19 10)

- altar + que diga que jura por aquel altar *AN3*, *M22*

Esta última variante es ampliamente comentada en el apartado que dedicamos a la contaminación extra-estemática (§ 3.2).

2.2.4.2.2. *Casos en que AN3 coincide exclusivamente o está más próximo a MV6.*

Sustitución:

Pregunta, es demanda que faze el juez a la parte, para faber la verdad **delas cofas fobre que** es dubda, o **contienda** antel... (XII, 1 1)

- delas cofas] deillas *MV6* : del *AN3*
- fobre que] fi *MV6* : fe *AN3* || om. es *AN3* (*S22*)
- contienda + que uiene *MV6* : + naçe fobre a demanda que he feita por *AN3*

La sustitución de “de las cosas” por “deillas / del” (referida “a la parte”, y por tanto, generada por el contexto) provoca pérdida de sentido en la frase, por lo que ambos manuscritos proyectan los elementos que creen necesarios para cumplir con la comprensión de lo que se pretende decir, haciéndose aun más necesario en el caso de *AN3* al omitir también el verbo “es”. Consideramos, pues, que es una variante de tipo discursivo generada muy probablemente de forma independiente.

Esta otra sustitución en común parece acaecida por antonimia, aunque también de forma poligenética:

... que nunca gela demandarian aquella debda, o conociendo, e **otorgando** que eran pagados della... (XIII, 7 17)

- otorgando] negando *AN3*, *MV6*

2.2.4.3. Conclusión sobre la estructura interna de θ .

En conclusión, de la presentación de los datos se desprende que las variantes son menos circunstanciales, más recurrentes y consistentes entre γ y *S22* que entre γ y *AN3* (11). Creemos por ello que en el *stemma* debería proponerse un subarquetipo η que dé cuenta de la relación entre γ y *S22*, aunque por supuesto no debe ser considerado inmóvil y cerrado, ya que es innegable la existencia de cierta relación, aunque más tenue, entre γ y *AN3*, probablemente como resultado de la contaminación protagonizada, según veremos (cf. § 3.1.3), por *M22*.

2.2.5. División de la tradición textual de la Tercera Partida en dos grandes ramas textuales.

Aunque escasas, existen un conjunto de lecciones en común que agrupan la tradición textual de la *Tercera Partida* en dos grandes grupos: el grupo A, constituido por *M94*, *Z15* y los integrantes del subarquetipo θ (*AN3*, *S22* y γ) y el grupo B, formado por *T14*, *Y14*, *L22* y los dependientes de los subarquetipos β (*EY4* y *EN5*) y δ (*T12*, *V88*).

Ejemplos de esta bipartición de la tradición textual son los siguientes:

... O pufiere en fu conocencia otra razon derecha, *estando la otra parte delante o fu perfonero*. Entonces dezimos... (XIII, 7¹²)

- *om.* estando la otra parte delante o fu perfonero *MV6*, *M94*, *Z15*, *AN3*, *S22*
- *no om.* *M22* (12), *T12*, *T14*, *V88*, *Y14*, *L22b*, β

En principio no sabemos dónde se halla el error, si en la omisión o, por el contrario, en una eventual adición de contenido. Consideramos lo más probable que el error se halle en la omisión, y fundamentamos nuestra opinión en dos argumentos. En primer lugar, la omisión parece debilitar el sentido de lo que se pretende decir, y, en segundo, aunque en la *Partida* se ha renovado y modificado por completo la estructura del título de las “conocencias” del *Espéculo*, en éste se puede leer lo siguiente respecto a las “connosçencias... ffuera de juyzio”:

(11) Además de esto, hay indicios para pensar que *S22* contamina con un modelo próximo a *Z15*, por lo que en determinadas ocasiones se separa de las lecciones de γ , lo que puede generar la apariencia de una relación entre *AN3* y γ más íntima y más allá de su pertenencia a la rama α . *Vid.* § 3.

(12) En este caso el manuscrito *M22* completa el texto y se separa de su rama seguramente por contaminación. Más adelante tratamos acerca de la contaminación y los manuscritos contaminados (§ 3).

... Ca ssi ffuera de juyzio ffeziere alguna connoſçençia, non vale ffueras ssi la ffeziessse como mandan las leys deste libro njn ssi la ffeziessse delante el judgador que nol oujessse poder de judgar Et demas dezimos que para valer la connoſçençia **deue sseer ffecha sseyendo y el contendor o ssu perssonero**. Ca ssi algunos destes non ffuesse delante, non enbargarie tal connoſçençia al que la ffeziessse... (*Espéculo* IV, XII, 4)

Lo que no hay forma de saber es si el error estaría en el arquetipo (incluso en el original) de la *Tercera Partida* y en algún momento fue corregido generando una rama textual diferente (el grupo B), quizá recurriendo al *Espéculo*, o si, por el contrario, la omisión se produjo en algún momento de la transmisión textual (caracterizando a la rama A). Sea como sea, la diferencia divide nítidamente la tradición textual.

Es posible añadir a lo apuntado otro par de ejemplos algo menos evidentes, pero que consideramos también significativos:

E porque en el **comienço** desta tercera Partida fablamos en general de la *juſticia*, queremos en este Titulo dezir della especialmente... (I, pról. 7)

· comienço] primero titulo AN3, γ, S22 : proemio M94 : proemio primero Z15

La variante vuelve a corroborar la existencia del subarquetipo θ, ya que sólo AN3, S22 y γ se equivocan en considerar el prólogo como un primer título. Z15 parece conocer también la innovación de emplear la palabra *primero*, aunque correctamente aplicada al *proemio*. Esta distribución de las variantes parece justificar la siguiente génesis de las variantes en los integrantes de la rama A: *proemio* > *proemio primero* > *primero título*.

Otros casos se resisten a la determinación del *locus* del error. Mientras que el primero parece más bien una innovación de la rama B:

... E **esto** ha logar enlos perſoneros, que fon dados para ſeguir los pleytos en juyzio. Mas los otros que fon fechos para recabdar, o fazer otras cosas fuera de juyzio... (V, 19 9) (13)

· esto M94, Z15, S22, γ, AN3] lo que deximos en esta ley δ, β, T14, Y14

el segundo parece tratarse de una sustitución por sinonimia en la rama A:

(13) El manuscrito L22a ha perdido un folio y omite esta sección.

E fi de otra guifa fizieffe, vernien por ende muchos daños. Ca meterfe ya por oluidadizo: e otroffi por **desconocido**, e despreciador (despreciador] menospreciador *Z15* : despreciado *Y14*), de lo que el mismo fiziera... (IV, 15 5-6)

· desconocido *L22a*, δ , *Y14*, *T14*, *EN5*] desdeñofo *M94*, *Z15*, γ , *S22* : denhofo *AN3* || desconocido + τ desdeñofo *EY4*

Sea como fuere, la tradición se divide en dos ramas principales, cuyas relaciones internas son complejas y no siempre identificables, como veremos ahora al tratar del ms. *M94*.

2.2.6. *El entronque de M94.*

Una cuestión compleja es la ubicación de *M94*. A pesar de integrarse en la rama A en un conjunto de variantes no despreciable, como acabamos de ver, carece de otros detalles que agrupan a *Z15* y los miembros del subarquetipo θ . Se trata por lo general de pequeñas variantes discursivas, de fácil poligénesis:

Hermano contra hermano, non puede fazer demanda en juyzio, fobre cofa, porque **recibieffe** muerte, o perdimiento de miembro, o fer echado de la tierra. (II, 4 2) (14)

· recibieffe *Z15*, *AN3*, *S22*, γ] deuieffe recibir *Y14*, δ , *T14*, *M94*, β

... E porque **razon** puede defender el juez al abogado, que non razone por otrí en juyzio... (VI, pról. 16)

· razon *Z15*, *AN3*, *S22*, γ] razones *M94*, *V88*, *T12*, *L22a*, *Y14*, *T14*, β

Más peso probatorio podría presentar la siguiente, en que *M94* coincide con la rama B:

... si fuere rico ome, o concejo...qual quier destos sobredichos, que no viniessen o non embiaffe al plazo, o fuere rebelde non queriendo entrar enel pleyto, fobre que fue emplazado... (VII, 8 4) (15)

· o_2 + fi uiniere τ *T12*, *T14*, β , *M94* (τ] o), *V88* : o_2 + uiniendo *Y14*

El sentido del pasaje evidencia, a nuestro entender, que el error se encuentra en una omisión de *Z15* y el subarquetipo θ .

(14) El manuscrito *L22a* ha perdido numerosos folios y omite este punto.

(15) El manuscrito *L22a* ha perdido un folio y omite este punto.

El desconocimiento de algunos de los errores comunes a *Z15* y θ , así como la coincidencia en algunas variantes discursivas con la rama B, parece asegurar que *M94* debe situarse en las ramas altas del árbol, por encima de un nudo común α que agruparía a *Z15* con θ .

Aunque establecer cualquier tipo de relación textual en las ramas más altas del árbol no es tarea fácil, no obstante, creemos que las variantes que acabamos de examinar pueden orientar algo un posible *stemma*. Si consideramos la omisión de “estando la otra parte delante o su personero” (XIII, 7₁₂) como un error de un arquetipo y no del original, creemos que la solución más apropiada sería la representada por un *stemma* donde el hipotético A habría transmitido el error a α y *M94* pero no a B. A favor de considerar ese pasaje como una omisión (y no una adición de la rama B) está también el hecho de que es posible explicarlo por *homoiotéleuton* desde *estando* a *estonces*, habida cuenta de que las dos palabras comienzan de la misma manera.

2.2.7. Cambios de modelo textual.

Las relaciones estemáticas que acabamos de reconstruir son esencialmente válidas para toda la *Tercera Partida*. Sin embargo, algunos testimonios enlazaron en su constitución al menos dos modelos, de forma que su adscripción textual cambia significativamente hacia la mitad del texto. Este hecho, según veremos, nos obliga a postular dos estemas diversos, uno para los primeros títulos y otro para los últimos.

2.2.7.1. *Z15* y *S22*: el subarquetipo λ .

Hacia la mitad del texto de la *Tercera Partida*, especialmente en el título XVIII –aunque no es en absoluto descartable que el hecho viniera produciéndose con anterioridad, si bien a menor escala–, *S22* y *Z15* empiezan compartir visiblemente un mismo modelo. Se produce la coincidencia de lecciones erróneas y difícilmente inexplicables por poligénesis y en el elevadísimo número de coincidencias en omisiones *ex homoiotéleuton*. Exponemos unos pocos ejemplos de los múltiples casos existentes (16):

(16) Para no saturar estas páginas con más datos remitimos al aparato crítico de nuestra edición de los títulos XVIII-XX. Las lecciones enfrentadas de *S22* y *Z15*, por un lado, y de *AN3*, *M94* y *T14* suelen ser el resultado de errores y lecciones comunes privativas de aquéllos.

... Pero si fuere de confirmamiento de algún **privilegio** que el rey no quisiere confirmar a sabiendas o de que no sopiere la razón... (XVIII, 2 44)

· privilegio] lugar Z15, S22

... E si algún fecho señalado que sea a onra del rey e de su señorío acaeciere en aquel **año** dévelo fazer escribir... (XVIII, 2 51)

· año] no Z15, S22

... e el nombre del escrivano **que la fiziere**, e el año en que regnó aquel rey que la manda fazer... (XVIII, 4 19)

· om. que la fiziere Z15, S22

... no deve valer sino en vida d'aquel rey que la da, porque éstas son cosas que están ajuntadas **siempre** al señorío del regno... (XVIII, 24 7)

· siempre] sin pro Z15, S22

... dado e pagado por mano del comprador ant'el escrivano público que escribió la carta e los **testigos** que son **escritos** en ella... (XVIII, 63 16)

· testigos que son escritos] escrivanos que son testigos Z15, S22

... pagar cada año a él o a sus herederos en la fiesta de Sant Miguel cient maravedís e un par de **capones**... (XVIII, 74 16)

· capones] compañeros Z15 : paños S22

Es significativo también en este sentido cómo en varias ocasiones encontramos en Z15 correcciones sobre raspadura realizadas por una mano posterior exactamente sobre palabras cuya lectura sólo varía en S22:

... manda el rey coger a algunos muchas vegadas o fazer padrón. E las cartas que **an menester** los cogedores o el fazedor del padrón (XVIII, 23 3)

· an menester *in ras.* Z15] amuestran S22

... e por sus herederos, por precio de tantos maravedís, el cual **precio** otorgó e coñoció el albacea sobredicha que recibió... (XVIII, 72 10)

· precio Z15 *in ras.*] prometio S22

Seelladores son una manera de oficiales que conviene mucho que ayan en sí grand **lealtad** e sean muy acuciosos... (XX, pról. 1)

· lealtad Z15 *in ras.*] bondat S22

De este modo, la estrecha relación existente entre *S22* y γ , que demostraba la existencia del subarquetipo η en los primeros títulos de la *Tercera Partida*, es sustituida en esta sección por una parentesco entre *Z15* y *S22*, hecho que sólo puede explicarse por un cambio de modelo en alguno de ellos. La posibilidad de algún tipo de dependencia directa entre *Z15* y *S22* queda descartada, pues ambos siguen mostrando claros errores separativos. Parece, pues, que en esta sección ambos descienden de un antígrafo común que denominaremos λ .

2.2.7.2. La vigencia del subarquetipo α y la reubicación de γ .

Antes defendimos la existencia de un subarquetipo α que agrupaba a *Z15*, *AN3*, *S22* y γ (*vid.* § 2.2.5). El cambio de adscripción textual de *S22*, emparentado en la segunda sección de la *Tercera Partida* con *Z15*, no ha supuesto, sin embargo, su desvinculación de α , pero sí la remodelación de la estructura interna de este subarquetipo. La existencia del mismo parece seguir siendo válida, con una salvedad: los códices integrantes de γ ya no se integran en α , sino que para la segunda sección del texto coinciden con *M94* y la rama B.

Veamos cómo *Z15*, *AN3* y *S22* comparten un conjunto no despreciable de errores conjuntivos en la segunda sección que, en cambio, desconoce γ :

... por fazer mayor merced a aquellos que las **da manda e otórgales** que non den portadgo. (XVIII, 20¹³)

· aquellos + a *M22* || da manda] mandan dar *M22* : demandan *Z15* : demandaren *S22* : demãdã *AN3* : da mandamos *T14* (*c. post.* demandan) || e + que les *M22* : *om.* e *AN3* : raspado *Z15* || otórgales] otorgangelas *Z15*, *S22*: outorgãlhis *AN3* : otorgamos *T14* (*c. post.* otorganles) || *om.* les *M22*

· *Espéculo*: ... por fazer mayor merçed a aquellos que las da, manda que non den portadgo (*Espéculo* IV, XII, 28)

... e en el cerco mayor de la rueda deven escribir el nombre del alferez e del mayordomo cómo l confirman, e de la una parte e de la otra **de la rueda** deven escribir los nombres de los arçobispos e de los obispos e de los ricos omnes de los regnos... (XVIII, 2⁵⁷)

· *om.* de la rueda₂ *Z15* (*add. post.*), *S22*, *AN3*

· *no om.* *Espéculo* IV, XII, 13

... E si fallare el notario que es assí fecho como le dixieron o l mandaron, dé l al escrivano que l fizo que l registre en su libro e lieve l a la chan-

celería *que-l seellen e el que lo oviere de seellar faga-l escribir en el registro de la chancelería* e ponga-l cuerda de seda e seellado con el sello de plomo (XVIII, 3 7)

- *om.* que-l seellen e el que lo oviere de seellar faga-l escribir en el registro de la chancelería Z15 (*add. post.*), S22, AN3

... ni deve y poner maldición ninguna ni confirmamiento de **ningunos** de cuantos diximos en la ley que fabla de los privilegios, si no fuere carta de abenencia o *de postura* que faga con el rey o con algún alto omne... (XVIII, 4 11)

- ningunos] ninguno Z15, S22 : nēhūa AN3 : ningunas + cosas MV6
|| *om.* de postura Z15 (*add. post.*), S22, AN3

... en las otras cosas que tangen en fecho del rey, o de su corte o de su casa, o de las otras cosas que son suyas conocidamiente por el regno, **nninguno** no las deve mandar dar sino rey o aquellos oficiales a qui las él mandare dar señaladamiente... (XVIII, 26 20)

- *om.* ninguno Z15, S22, AN3

... assí como si oviesse echado de tierra algunos malfechores *e oviesse a aver tal gracia porque los oviesse a coger; o toviesse presos a algunos malfechores e los oviesse a soltar* por esta razón misma... (XVIII, 50 4)

- *om.* e oviesse a aver tal gracia porque los oviesse a coger; o toviesse presos a algunos malfechores Z15, S22, AN3

2.2.7.3. EN5 y Y14: el subarquetipo ε.

Aunque, como vimos antes (§ 2.2.2), tanto el ms. EN5 como EY4 derivan de un subarquetipo común β, existen razones para pensar que EN5 usó un doble modelo en la constitución de su texto, pues del título XIII en adelante se vincula, a través de errores comunes y otras variantes privativas a otro ms. de la rama B: Y14.

Omisión:

... E porende queremos primeramente mostrar, que cosa es conocencia. E quien la puede fazer. *E que fuerça ha.* E quantas maneras son de conocencias... (XIII, prol. 8)

... si aquel a quien fizieron la conocencia prouare guisada razon, porque gelo deuián dar. *Mas si alguno conociere la quantia de aquella debda, o la cosa que otorga que deue dar,* e la razon por que la deue... (XIII, 7 9)

... en ellos se enñan también los señores como toda la gente del pueblo de todos los fechos, e los pleitos *e las posturas* que an a fazer o a dezir en juizio... (XIX, 1 4)

... tomen por cada una d'ellas de mill maravedíes *arriba o de mill* ayuso la meatad de lo que dixiemos de suso de las cartas de los cristianos... (XIX, 15 10-11)

Escribir deven *también* los escrivanos de la Corte del rey como los de las cibdades e de las villas... (XIX, 8 1)

... E maguer aquel que auia el vfofructo, *o el vfo* quisiere fazer despues deffo la casa, o el edificio en aquel suelo mismo, non ha poder de lo fazer... (XXXI, 25 4)

Muchas de estas omisiones son por *homoiotéleuton* (por lo que podrían haberse producido de forma poligenética), pero su acumulación parece indicar parentesco si tenemos en cuenta también la existencia de otras lecciones en común.

Sustitución:

... *Otrofi* dezimos que las prueuas deuen fer aduchas sobre cosas que se puedan dar juyzio... (XIV, 7 4)

· Otrofi} E esto mismo *EY4, Y14* : Eflo mismo *EN5*

Leales, e buenos e entendudos deven seer los escrivanos de **la corte** del rey e que sepan bien escribir... (XIX, 3 1)

· la corte] la casa *EN5, Y14*

... la tenié en su poder e que el otro gela **tomara** queriendo quitar la debda... (XIX, 11, n.17)

· tomara] quitara *EN5, Y14*

... si la otra parte respondiesse que la avié perdida o que-l fuera furta-da o **robada**... (XIX, 11 22)

· robada] rota *EN5, Y14*

... fallare que no es raída en lugar sospechoso ni defecha de guisa que non se pueda leer ni **raçada** ni rota de manera que **no** alcance la rotura a las letras... (XIX, 12 4-5)

· raçada] cancellada || *om. no EN5, Y14*

Gualardón deven aver los escrivanos que **estos** escriptos fizieren que avemos dicho... (XIX, 13 1)

· estos] tales *EN5, Y14*

... ca como quier que los reyes les fagan bien e merced en otra manera, **derecho** es que reciban luego algún don... (XIX, 13 7)

· derecho] bien *EN5, Y14*

Aunque la relación que agrupa a *EN5* con *Y14* no resulta desde luego tan estrecha como la que vincula a *EN5* con *EY4* (subarquetipo β), las pruebas expuestas favorecen la hipótesis de la existencia de un modelo común a ambos, utilizado por *EN5* a partir de la mitad del texto: puesto que *Y14* presenta errores particulares desconocidos de *EN5* desde el título XIII en adelante, hemos de suponer que ese antígrafo perdido es un subarquetipo ϵ .

3. Contaminación

No son pocos los especialistas, tanto del campo filológico como de la Historia del derecho, que afirman que en la edición crítica de un texto jurídico no sirve –o no es suficiente– la experiencia ecdótica obtenida de obras de otra índole, principalmente literarias.

Como anticipábamos al principio de este capítulo, uno de los problemas de más difícil detección y que, por tanto, dificulta el establecimiento de las bases de la edición del texto crítico de una tradición jurídica, como el de la *Tercera Partida*, es la extrema inmovilidad de los testimonios. Ésta se debe en gran parte a la contaminación entre varios testimonios y/o sus arquetipos, práctica que, a su vez, viene favorecida por el carácter legal del texto.

Este problema, que podemos considerar de carácter general en los textos jurídicos, se cruza con otro de corte contextual o histórico: la vigencia legal o no de las *Partidas* antes de 1348. Sea como fuere, sin entrar en la polémica, a partir de ese año, según el testimonio de Alfonso XI, los textos habrían sido enmendados y fijados para eliminar toda la variación de que se les venía acusando. ¿Habría variantes en la *Tercera Partida* de las del calado de la *Primera*? No lo parece: si nos atenemos a lo cotejado, no hay versiones estructuralmente divergentes ni redacciones alternativas de títulos o leyes.

Existe un detalle importante que no hemos de obviar. Nuestro testimonio portugués *AN3* está datado en 1341, antes de aquella supuesta la-

bor de corrección iniciada en 1348, y, sin embargo, no muestra diferencia alguna de comportamiento con respecto a testimonios posteriores (supuestamente enmendados). A nuestro entender, la existencia de versiones alternativas del texto, tal como hoy las conocemos para la *Primera Partida*, no afecta a la *Tercera*.

Aunque esas versiones nunca existieran, sin embargo, es de creer que debido a la fuerza legal del texto –segura desde 1348– aquellos que en fechas posteriores estuvieran interesados en poseer alguna copia procederían con sumo cuidado alegando, siempre que fuera posible, más de un testimonio, o, al menos, acudiendo puntualmente a otro testimonio cuando el modelo principal de la copia mostrase errores evidentes, lagunas o puntos oscuros, o tuvieran sospecha de ello, si es que no operaban directamente con más de un modelo como un hábito de trabajo.

La contaminación puede ayudar a explicar que, si bien poseemos dos ramas diferenciadas en la tradición de la *Tercera Partida*, las relaciones internas de ambas no son siempre tan claras, como sería de esperar. Así, por ejemplo, es observable el cambio de criterio de *S22*, manuscrito muy afín al subarquetipo γ en los primeros títulos, pero que comienza a leer en común con *Z15* a partir de la mitad del texto. Es posible que el copista de *S22* (o de un modelo anterior) tuviera dos modelos de copia (uno principal y otro secundario) y que en determinadas ocasiones el modelo principal fuera sustituido por el otro. Tampoco hemos de olvidar que las *Partidas* son un texto legal que, sin duda, también se transmitiría en el ámbito escolar, donde muchos manuscritos eran copiados por el sistema de “pecia” utilizando diferentes cuadernos que bien podían proceder de diferentes familias textuales.

Nuestras investigaciones permiten concluir que hay claros síntomas de contaminación dentro de la tradición textual de la *Tercera Partida*. Se dan aquí dos tipos de contaminación: intra-estemática y extra-estemática. La primera se produce dentro del *stemma* y se detecta cuando un testimonio ofrece lecciones de una rama o de un subarquetipo de los que previamente había sido segregado por mostrar errores separativos no compartidos por éstos. También puede darse la contaminación entre testimonios de una misma rama textual o de un mismo subarquetipo; este tipo de contaminación es más difícil de detectar, además de inducir a error en la mayor parte de los casos. No obstante las dificultades que plantea, puede demostrarse la existencia de la contaminación intra-estemática cuando un testimonio es altamente informativo y repite una misma información con dos formulaciones diferentes, según veremos.

En cambio, la contaminación fuera del *stemma* o extra-estemática es generalmente indetectable y, en nuestra opinión, sólo cabe en la mayor parte de los casos hipotetizar sobre ella.

3.1. Contaminación intra-estemática.

Uno de los casos más evidentes de contaminación dentro del *stemma* se revela cuando un testimonio ofrece las lecciones propias de su rama y las de otras ramas del *stemma* en el mismo *locus criticus*. Varios casos relativamente claros de este tipo de contaminación intra-estemática los encontramos en los manuscritos *EY4*, *T12* y *M22*; de forma menos evidente, aunque también seguramente contaminados, se muestran el subarquetipo δ y el manuscrito *AN3*.

Otros testimonios también ofrecen signos de haber consultado dos modelos textuales en su constitución, pero, en lugar de ir combinándolos al detalle en cada pasaje, parecen haber seguido uno hasta cierto punto en que han continuado con el otro. Se trata, en estos casos, de una contaminación en que se han empalmado burdamente dos modelos textuales diferentes. Presentan indicios de haber sido constituidos por este procedimiento *S22* y *EN5* (vid. *supra* § 2.2.7).

3.1.1. *El ms. EY4.*

... fon llamados en latin arbitros: que muestra tanto, como judgadores de aluedrio, que fon escogidos, para **librar** algund pleyto feñalado, con otorgamiento de amas las partes... (IV, 1 13)

- judgar *T12*, *V88*
- librar *resto*
- librar + τ julgar *EY4*

En este caso tenemos que *librar* es la lección más común en la tradición textual, sin embargo *T12* y *V88* han sustituido el término por el sinónimo *judgar*; parece claro que *EY4* tenía a la vista las dos lecciones y, bien por afán compilador, bien por indecisión, copió los dos verbos (17). Sin embargo, el comportamiento de *EY4* se repite en alguna ocasión más:

... o perdimiento de miembro, o enfamamiento, a aquellos **fus mayores**, a quien quieren emplazar... (II, 3 8)

- mayores] naturales *EN5*
- fus + naturales τ *EY4*

(17) No obstante, hemos de recordar la tendencia del copista de *EY4* a proyectar sinónimos en forma de dobles léxicos. Remitimos al apartado relativo a los errores particulares de *EY4* (§ 2.1.8).

Parece que en este caso *EY4* tiene a la vista la lección errónea de su subarquetipo β (*naturales*) que, por tanto, comparte con *EN5* y, al mismo tiempo, la lección que ha conservado el resto de la tradición: como era de esperar, *EY4* nos da las dos.

... fi de otra guifa fizieffe, vernien por ende muchos daños. Ca meterfe ya por oluidadizo: e otrofi por **desconocido**, e despreciador, de lo que el mismo fiziera... (IV, 15 6)

- desconocido *EN5, V88, L22a, T12, T14* || desconocimiento *Y14*
- desdeñofo *Z15, M94, M22, MV6, S22, AN3*
- desconocido τ desdeñofo *EY4*

El caso es similar a las anteriores: la diferencia radica en que el códice al que recurrió *EY4* ya no podría ser de la rama B, sino de la A, con lo que parece que tuvo que consultar, al menos, dos modelos, uno similar a δ y otro de la rama A. Ello resulta confirmado por la siguiente variante, en que *EY4* conoce una versión sólo existente en algunos manuscritos de esa rama:

... E los embargos derechos, que los pueden escufar, fon estos. Afsi como fi el emplazado, fueffe **embargado**, de grand enfermedad, o ouo embargo enel camino, por llenas de rios... (VII, 11 4)

- embargado *S22, M22, (Z15 ? c. post. embargado)] agraviado todos*
- embargado + τ agraviado *EY4*

La lección buena es la conservada en la mayoría de los testimonios, pues se encuentra en las dos ramas. La confusión se debe probablemente a un error del copista, que anticipa la lección *embargado*, favorecida, además, por el contexto de “embargos” de la ley y por cierto nivel de sinonimia (*embargado / agraviado*). El caso que interesa es que de nuevo *EY4* nos da las dos lecciones: la de su modelo que seguramente era *agraviado*, tal como *EN5*, y la del testimonio de la rama A con el que contamina, *embargado*.

En otros casos, sin embargo, la coincidencia de *EY4* con otros códices debe juzgarse poligenética y no debida a la contaminación. Por ejemplo, en la parcial coincidencia con *M94* en la siguiente variante:

Pregunta, es **cofa de** que nace grand pro. **Ca** por ella **puede** el judgador faber **mas en** cierto la verdad delos pleytos, e delos fechos dubdosos, que vienen ante... (XII, 2 1-2)

- *om. cofa EY4* || de] en *EN5* || ca] τ *EN5* || puede + mas ayna *EY4* || *om. mas en EY4* || *om. mas EN5* || en cierto] ayna *M94*

De nuevo *EY4* nos proporciona una doble lección “puede más ayna el judgador saber cierto”, de la que parte sólo encuentra correspondencia en *M94*: “puede el judgador saber ayna”.

El mismo carácter poligenético atribuimos a otras coincidencias de *EY4* y *EN5* (subarquetipo β) con *M94*, como las siguientes:

... afsi el derecho que fale de la Iusticia, tuelle, e **contrafta** las cofas malas e defaguifadas que los omes fazen. (I, 1 19)

· contrafta + todas *M94*, β

... e le quitaffe aquel pleyto, sobre que le auia emplazado, o fi por auentura viniessse el **afforador** de su grado, e le respondiessse en juyzio, al plazo quel fue puesto... (VII, 5 3)

· aforrador] aforrado + τ el *EN5*, *M94* : aforrado + τ el señor *EY4*

... E desí por santa Maria su madre, o por alguno de los otros santos. E esto por **razon de la fantidad** que recibieron de Dios... (XI, 1 8)

· om. razon de β , *M94*

· fantidad] escritura *EN5* : trinidad *M94* (+ *S22*)

... que es manera de prueua mas cierta, e mas ligera: e con menos **trabajos**, e costa de las partes, que aduzir testigos, o cartas para prouar lo que demandan (XIII, pról. 6)

· trabajos e + fin menos *EN5*, *EY4*

· trabajos e + menos *M94*

· trabajos e + fin *T14* (*tachado*)

· τ mas fin trabajos τ + fin *S22*

Se trata en todos los ejemplos de variantes discursivas a las que no atribuimos mayor importancia.

3.1.2. *El ms. T12.*

El código *T12* también transmite un texto contaminado, por la misma razón que *EY4*, en el que se recogen variantes propias de la rama A y de la rama B. Veamos algunos ejemplos:

E quantas son las **razones** de los sus mandamientos... (I, pról. 9)

· razones *MV6*, *M22*, *M94*, *AN3*, *S22*

· rayzes *Y14*, *Z15*, *T14*, *EN5*, *EY4*, *V88*

· razones τ rayzes *T12*

En este caso el copista de *T12* (o de su modelo) tiene también a la vista las dos lecciones, una de ellas procedente de la rama A y la otra de la rama B:

Que si ambos los contendores mouieren fendas demandas, **o mas**, vno contra otro... (x, 4 5)

- o mas] amos *V88*
- o mas + amos *T12*

Este caso tanto podría explicarse por la existencia del subarquetipo δ común a estos dos testimonios y la contaminación de *T12* con otro (bien de la A o de la B), como por una relación de contaminación entre ambos testimonios que haría prescindible el subarquetipo común; no obstante, sería el único dato obtenido en este sentido.

3.1.3. *El ms. M22.*

Este mismo comportamiento dúplice encontramos en el ms. *M22*, que, en ocasiones, se aparta del subarquetipo γ y se vincula con otra parte de la tradición.

O puiere en fu conocencia otra razon derecha, *estando la otra parte delante o fu perfonero*. Entonces dezimos... (XIII, 7 2)

- *om.* estando la otra parte delante o fu perfonero *MV6, M94, Z15, AN3, S22*
- *no om.* *M22, T12, T14, V88, Y14, L22, EY4, EN5*

En este caso *M22* no se comporta como deberíamos esperar: no sólo no concuerda con *MV6*, manuscrito hermano, sino que su lección tampoco corresponde con ninguno de los testimonios de la rama A. Parece claro que el origen de la lección de *M22* está en una consulta de la rama B.

... puede lo otorgar por fu perfonero para siempre o fasta tiempo señalado. E aun puedelo fazer con **condicion, o fin ella**. (v, 13)

- con condicion, o fin ella] fo condicion *M22* : con derecho *MV6* : con ~~derecho~~ *S22* (*corrige post. al margen* condicion, o fin ella)

De nuevo *M22* se separa de su rama, en este caso del subarquetipo η , para leer con el resto de la tradición, aunque parece mantener una lectura intermedia.

3.1.4. *El subarquetipo δ*

También podemos encontrar signos de contaminación en subarquetipos. Ya preveíamos anteriormente la posibilidad de un subarquetipo común a *T12* y *V88*, y señalábamos que las lecciones que mostraban en consonancia con la rama A o parte de ella sólo podían deberse a la contaminación (lo que otorgaba mayor fuerza a la hipótesis de un subarquetipo δ) (*vid.* § 2.2.3).

3.1.5. *El ms. AN3.*

El ms. *AN3* también muestra algún síntoma de contaminación. Las pruebas son escasas, por lo que no nos atrevemos a afirmar que sea un texto contaminado.

... Pero quando fuere antel, e mostrare fu priuillejo, o alguna otra razon derecha, porque non puede fer apremiado de **responder**, deue le fer cabido. E como quier, que todos sean tenudos de venir antel iudgador quando los emplazaren, afsi como sobre dicho es con todo effo, omes ya que non podrian fer emplazados, e si lo fueren, non fon tenudos de **responder**, antel aquel que los emplazo (VII, 2 4-6)

- responder₂ *S22, Y14*
- responder₂] parecer *Z15, γ , M94, β , V88, T12, T14*
- responder₂ + ne de parecer *AN3*

A nuestro juicio, la lección *responder*, que recogen los manuscritos *S22*, *Y14*, y las ediciones de MONTALVO y Gregorio LÓPEZ, es claramente errónea y tuvo que producirse de forma independiente en los manuscritos de la rama A (*S22*) y B (*Y14*) por contagio del verbo (*responder*) que aparece poco antes. Además, si nos atenemos al contenido de la ley, es evidente que *parecer* es la lección correcta: a pesar de que todo emplazado debe presentarse ante el juez que lo reclama, hay casos en que no sería necesario hacer acto de presencia; ¿cómo podría, por ejemplo, hacer acto de presencia ante el juez el clérigo “en el tiempo que cantasse la missa o dixieffe las otras oras en la eglefia” o el pregonero “de mientras que va pregonando por la villa”?

Ahora bien, lo que aquí nos interesa es determinar cómo han llegado a figurar en *AN3* las dos lecciones. Creemos que hay tres posibilidades: a) aunque el modelo de *AN3* diría *parecer*, el copista de ese código se equivocó por influencia del *responder* anterior y, al advertirlo, rectificó añadiendo la lectura correcta; b) ese amanuense copiaría *responder* que aparece en su modelo, pero, al sentirlo erróneo, rectificaría con la adición.

Para esta solución ha de suponerse un *iudicium* muy agudo por parte del copista que, por otra parte, suele mostrarse bastante desatinado en los puntos conflictivos; c) el copista de *AN3* tuvo ante sí modelos con ambas lecciones y decidió copiar ambas. En realidad, no podemos decantarnos por ninguna. Si bien nos parece más convincente la primera habida cuenta de que podemos probar que la sustitución de *parecer* por *responder* es un error que se ha generado de forma independiente en otras ocasiones en la tradición, quizá avalaría la tercera el hecho de que haya otros síntomas de contaminación en *AN3*, en concreto con el código *MV6*.

Llama nuestra atención la siguiente variante:

... que nunca gela demandarian aquella debda, o conociendo, e **otorgando** que eran pagados della... (XIII, 7)

· otorgando] negando *AN3*, *MV6*

Lo único seguro es que estamos ante un error significativo, aunque no es posible determinar si es verdaderamente común. La poligénesis es siempre posible, pero, dado que se trata de perfectos antónimos en este contexto y que no parece posible ni verosímil la confusión gráfica, es difícil de hallar una explicación satisfactoria que no implique la contaminación.

Encontramos otro caso más de coincidencia llamativa entre *AN3* y *MV6* (aunque de menor peso vinculante entre ambos, *vid. supra* § 2.2.4.2.2 el comentario de esta variante):

Pregunta, es demanda que faze el juez a la parte, para faber la verdad **delas cofas fobre que es dubda**, o **contienda** antel... (XII, 1 1)

· delas cofas] deillas *MV6* : del *AN3*
 · fobre que] fi *MV6* : fe *AN3* || *om.* es *AN3* (S22)
 · contienda + que uiene *MV6* : + naçe fobre a demanda que he feita por *AN3*

A pesar de estas coincidencias, quizá debamos evitar la tentación de achacar todo lo difícilmente explicable al fenómeno de la contaminación. En ocasiones, es posible poner en relación estos hechos con otros. Así, en este caso, los serios indicios acerca de que S22 contamine con un modelo próximo a *Z15* (*vid.* § 3.1.6) y la clara tendencia a contaminar de *M22*, separándose de *A* (*vid.* § 3.1.3), pueden generar la apariencia de una relación *AN3* y *MV6* que no existe más allá de su mera pertenencia a θ .

3.2. Contaminación extra-estemática.

De mucho más difícil detección es la contaminación extra-estemática, es decir, la contaminación de un testimonio a través de una rama perdida y que, por tanto, no es posible situar dentro de la tradición. Incluso es posible que la contaminación no provenga exactamente de un testimonio de la misma obra, sino de otros textos paralelos como pueden ser las fuentes –en el caso de ser muy conocidas, citadas, etc.– u otras obras que hayan conservado fragmentos o refundiciones del texto en cuestión. De existir estas citas en otras obras, deben ser incluidas en la tradición textual como testimonios indirectos.

Uno de los casos a este respecto de más interesante análisis en la tradición textual de la *Tercera Partida* se produce en XI, 19:

E fi las touiere fobre el altar, fobre que fue confagrado el cuerpo de nuestro señor Iesu Christo que aquello quel demandan, non es, afsi como fu contendor dize. Mas que es afsi como el mismo razona. E esto segund la razon, fobre que ouiere de jurar... (XI, 19 10)

- altar + que diga que jura por aquel altar AN3, M22
- christo + nombrelo en aquella misma manera que dize de suso que se deuen nombrar los sanctos euangelios τ desi preguntarle S22

Sólo dos testimonios de la rama A, M22 y AN3 (por añadidura, traducción portuguesa fechada en 1341), “añaden” la frase “que diga que jura por aquel altar”. Creemos que esta es la lección correcta, pues su ausencia hace incomprensible el texto. Prueba de ello es la actitud del copista de S22, quien introduce un pequeño párrafo justo en este lugar, con el que intenta dar sentido a lo que está copiando (*vid.* § 2.1.4).

Además de este indicio, la lectura completa aparece en la fuente, el *Espéculo* V, XI, 15, y en otros dos textos que también se basaron en esta misma ley del *Espéculo* alfonsino: las *Leyes Nuevas* (18) y el *Ordenamiento de las tafurerías* (19). La incógnita, pues, es saber cómo se ha subsanado el error dentro de la tradición textual de la *Tercera Partida*. Cabría la posibilidad de que M22 y AN3 no subsanasen ningún error, sino que conserven el texto original, de forma que la omisión se hubiera producido de forma independiente en todos los testimonios conservados salvo en estos dos, lo que parece muy improbable.

Por ello, nos inclinamos a pensar que la pérdida de la frase es propia del original o del arquetipo de la *Tercera Partida*. Siguiendo un orden ló-

(18) *Leyes Nuevas*: 124, Ley 27.

(19) *Tafurerías*: 229, Ley 41.

gico en la transmisión del texto, podemos suponer, en primer lugar, que la frase se hubiera perdido en la fuente (simplemente por una *omissio ex homoioteleuton* “altar... altar”), pues, aunque se nos haya conservado en el *Espéculo* (según el Ms. 10.123 de la BNM), bien pudo no estar ya en el ejemplar del *Espéculo* del que se sirvieron los compiladores alfonsíes para confeccionar la *Tercera Partida*. No obstante, consideramos poco probable que a la hora de confeccionar el texto de la *Tercera Partida* la vigilancia, el celo y el escrúpulo que caracterizan a los talleres alfonsinos pasaran por alto tal deturpación textual. Quizá sea más atinado considerar que la omisión se produjo en las primeras copias de la *Tercera Partida*, de modo que se perpetuó en toda la tradición: se trata, por tanto, de un error del arquetipo. Pero, en realidad, el origen de la omisión no es el problema que nos preocupa, sino cómo habrían recuperado *M22* y *AN3* (o sus modelos) la frase omitida.

Según lo visto anteriormente (*vid.* § 2.2.4), se hace muy difícil explicar que la enmienda se produjera en ambos manuscritos sin que afectase a *MV6* y *S22*, con los que derivan de un subarquetipo común θ . Es manifiesto que la ausencia de la frase hace incomprensible el sentido de lo que se pretende decir. Ante tal laguna, un copista avezado y algo entendido en leyes habría acudido posiblemente al *Espéculo*, a las *Leyes Nuevas* o (aunque es menos probable) al *Ordenamiento de las tafurerías*, textos en que se recogían estas juras (20), o a alguna de las colecciones que conservaban estos juramentos de manera independiente. No obstante, nos resulta más que improbable que la restitución se produjera de manera independiente en ambos testimonios, recurriendo a la fuente o a estas otras colecciones de leyes. No podemos dejar de apuntar una última posibilidad de restitución de la omisión. Podría postularse que, una vez detectada la omisión –algo no muy difícil si se tienen en cuenta la estructura paralelística de esta sección del texto–, ésta se habría resuelto gracias al *iudicium* de los copistas mediante un calco paralelístico de la estructura inmediatamente anterior que habla del juramento sobre la cruz: “... E fi touiere las manos en la cruz, diga que jura por aquella cruz, que es femerjança de aquella en que prefio muerte nuestro señor Iesu Chrifto...” (XI, 19 9). La solución parece verosímil; sin embargo, la exactitud de los términos en que la frase es restituida por *M22* y *AN3*, y su coincidencia con los otros textos legales alfonsíes (*Espéculo*, *Ordenamiento*, etc.) nos parece un tanto sospechosa. No olvidemos que *S22* actuó de este modo con un resultado muy diferente al de *M22* y *AN3*.

(20) En relación a esto, no creemos que se deba a una simple casualidad, por ejemplo, el hecho de que se hayan conservado de forma exclusiva las Leyes 19-21 del título XI en el ms. 28-15 del ABCT.

Habida cuenta de que el ms. *M22* (según expusimos antes § 2.2.5.2.1 y 3.1.3) parece haber recurrido a la contaminación, tanto dentro de su propia rama (con *AN3* o algún hermano de él) como con testimonios de la rama B, creemos que la frase probablemente se introdujo en *M22* como resultado de esa labor “perfeccionadora” del texto. En el caso de *AN3*, la vía por la que se produjo la enmienda no es tan clara: bien podría haber sido deducción, bien podría haber sido el conocimiento o la consulta de alguno de los textos legales alfonsíes.

En la ley inmediatamente posterior, esto es, en XI, 20, donde se expone cómo han de realizar la jura los judíos, se produce una situación similar a la que acabamos de examinar, y que, por su extraña distribución en la tradición textual, también se hace difícil de explicar. En este caso, varios manuscritos (*M94*, *EY4*, *V88*) recogen una breve frase que no aparece en el resto de la tradición:

... Et guardo a Moyssen seyendo niño que non moriesse quando lo echaron en el rio. E despues quando fue grande apareçiol en semejança de fuego e dio las diez llagas en Egipto por que Faraon non dexaua yr a los fijos de **Ysrael** et ffizo les carreras en la mar por o passassen en sseco et mato a Faraon e a su hueste que yua en pos ellos en aquella mar... (Montalvo, III, XI, 20)

- Yrrael + a sacrificar en el desierto *M94*, *EY4*, *V88*
- Yrrael + a orar *AN3*

Aunque sin coincidir en la variante, *AN3* también innova en este punto. Existe una doble diferencia con respecto al caso de la ley de la jura de los cristianos. Por un lado, la omisión de la frase en el conjunto de la tradición, si bien implica menor información histórica, no perjudica a la comprensión de lo narrado, por lo que no cabe afirmar categóricamente que se trate de una omisión, sino que parece más bien una adición particular de los testimonios que la contienen. Por otro lado, tanto el texto fuente, el *Espéculo* (siempre según el ms. 10.123 BNM), como las *Leyes Nuevas* (21), desconocen la frase. Hemos de notar, sin embargo, que la edición de Gregorio LÓPEZ presenta en este preciso punto una variante similar a la contenida en los tres manuscritos:

... apareçiole en femejança de fuego e dio las diez llagas en Egipto por que Pharaon non dexaua yr los fijos de Ifrael **e fizoles sacrificar en el desierto e fizoles** carreras en la mar por o paffassen en feco... (Gregorio LÓPEZ, III, XI, 20: fol. 61r)

(21) *Leyes Nuevas*: 195. Aquí no hay posibilidad de comparar con el *Ordenamiento de las tafurerías*, ya que el texto del juramento de los judíos es enteramente diferente.

La lección que recoge Gregorio LÓPEZ explicaría fácilmente el hecho de que la frase se perdiera en la mayor parte de la tradición textual de la *Tercera Partida*. La falta se habría debido sin duda alguna a una simple *omissio ex homoioteleuton* (*e fizoles... e fizoles*), bien en la fuente del pasaje, el *Espéculo*, bien ya en la tradición textual de la *Tercera Partida*. Sin embargo, existen motivos para pensar que la variante de Gregorio LÓPEZ es un reajuste posterior sobre la recogida por *M94*, *EY4* y *V88*.

Para justificar la probable génesis de la lección más completa hemos de acudir al pasaje bíblico correspondiente, concretamente al libro XII del *Éxodo*, así como a la versión alfonsí del mismo que se incluyó en la primera parte de la *General Estoria*:

General Estoria I, libro XII, cap. 12

E dixo Nuestro Señor aquell ora a Moisés: —Faraón endurecido á el corazón e non quiere dexar el pueblo. Mas mañana irá andar por la ribera, e tú sal a él, e lieva tu verga, e dil: —El Dios de los ebreos me envía a ti **quel dexasses este pueblo quel vaya a fazer sacrificios en el desierto**, e aún però que tantas vezes te lo avemos dicho, tú non lo quisiste oír nin creer que él era Señor... (*GE* I: II, 99-100)

Éxodo 7, 14-16

¹⁴Dixit autem Dominus ad Moysen: Ingravatum est cor Pharaonis, non vult dimittere populum. ¹⁵Vade ad eum mane, ecce egredietur ad aquas: et stabis in occursum euis super ripam fluminis: et virgam quae conversa est in draconem, tolles in manu tua. ¹⁶Dicesque ad eum: Dominus Deus Hebraeorum misit me ad te, dicens: **Dimitte populum meum ut sacrificet mihi in deserto**: et usque ad praesens audire noluiti (*Vg*)

La idea que se desprende de los pasajes bíblicos es que el Faraón recibe el divino castigo de las plagas por su continuada negativa a permitir que el pueblo de Israel salga a hacer sus sacrificios en el desierto. Así, no encuentra justificación en la fuente la frase transmitida por Gregorio LÓPEZ (“Pharaon non dexaua yr los fijos de Ifrael **e fizoles facrificar en el defuerto e fizoles carreras**”), en la que se introduce de forma espuria un primer *fizoles* que rompe la dependencia de *sacrificar* del causativo *dexar*. La duplicación de *fizoles* responde, pues, a un simple error de anticipación, uno de los más frecuentes en la copia manuscrita, realizada sobre una variante probablemente idéntica a la de *M94*, *EY4* y *V88* y que se encontraría en el código que seguía el humanista en este punto.

Es difícil decidir si la precisión se introdujo en la tradición textual de las *Partidas* por consulta de la Vulgata o simplemente por un buen conocimiento de lo expuesto en el propio código jurídico. En efecto, en *Partidas* II, II, 2, se recoge un pasaje paralelo al de nuestra discusión:

... Ca non podrian fer los pecados tantos dellos, que siempre mayor non fea la fu merced, e la fu piedad como el mismo dixo a Moyfen quando lo embio al Rey Pharaon, e mandole dezir que le dexasse al pueblo de Israel **yr al desierto a fazer sacrificio...** (Gregorio LÓPEZ, II, II, 2: fol. 8r)

Esto deja, a nuestro modo de ver, abierta la posibilidad de que, de no estar la lección de *Partidas* III, XI, 20 en el arquetipo, *M94*, *EY4*, *V88* (y Gregorio LÓPEZ) podrían haber tomado esta lección de *Partidas* III, XI, 20 sobre este pasaje de la *Segunda Partida*, ya que con seguridad sus copistas la conocían de primera mano (22).

Todo parece indicar que la variante se introdujo, en algún punto de la transmisión, por un buen conocimiento de la Vulgata o por consulta de la *Segunda Partida*. Esta hipótesis, que se apoya también en el hecho de que la frase es desconocida del *Espéculo* (ms. 10.123 BNM) y de las *Leyes Nuevas*, nos parece preferible a suponer que todos los demás códices de las ramas A y B omitieron por *homoioteleuton*.

Sea como fuere, no hemos de olvidar un detalle importante. Es muy probable que la lección de *EY4* dependa directamente de *M94* o de su entorno textual por contaminación, algo que ya habíamos hipotetizado, lo que no descarta por tanto que estemos ante una simple adición particular de *M94* (cf. § 3.1.1). La lección de *AN3* no es idéntica y, sin duda, se ha generado independientemente; queda, en cambio, sin explicación la coincidencia de *V88*, que nos hace suponer de nuevo la contaminación en el subarquetipo δ (cf. § 2.2.3, 3.1.2 y 3.1.4). Por otro lado, el testimonio coincidente de Gregorio LÓPEZ nos asegura que alguno de los códices que manejó en su edición estaría relacionado con *M94*, *EY4* o *V88*.

4. Variantes poligenéticas

Es muy habitual que se produzcan lecciones en apariencia adiaforas cuya génesis se debe a errores e innovaciones propios del acto de copia. El hecho de que diversos copistas hayan podido cometer las mismas desviaciones les confiere un carácter poligenético, por lo que no han de tener ninguna repercusión en la *recensio* ni en la *constitutio* del texto crítico. La casuística es inmensa, por lo que sólo expondremos unos cuantos ejemplos. Nos referimos a los casos de variación relacionada con el acto de copia como *sufriesse / fiziesse*, *touieffe / temieffe*, *ayan / oyan*. En principio, estas lecciones suelen provocar la división de la tradición en dos o más

(22) Estos testimonios, al igual que Gregorio LÓPEZ, formaron parte de colecciones que integraban la *Segunda Partida*. Vid. Parte IV, cap. I § 1.1.1, § 1.2.1 y § 1.5.1.

grupos, agrupaciones en las que, en un primer momento, creemos haber encontrado el fundamento de la transmisión del texto en cuestión. Dado que no son lecciones realmente sinónimas –incluso nos atrevemos a decir que en muchas ocasiones son más bien antónimas en su contexto (véase, por ejemplo, el caso de *sufriese / fiziese* en *Partidas* III, v, 25)–, una de las dos lecciones es evidentemente errónea. Sin embargo, a pesar de que lo que pudiera parecer a primera vista, la variación se revela totalmente inútil con respecto a la pretensión de establecer algún tipo de filiación entre los testimonios, ya que es muy fácil que la confusión se produzca de manera poligenética, por lo general, por confusiones gráficas en la lectura de las palabras (*fiz-* y *fuf-*, *tou-* y *tem-*, *fig-* y *fag-*) o por diversos procesos psicológicos del copista, bien motivados por la presencia del elemento novedoso en algún otro punto cercano del texto a aquel en el que se innova, bien por su conocimiento de la práctica jurídica.

En estos casos ni tan siquiera la lección de la fuente –si está en lengua romance como el *Espéculo*–, puede sernos de ayuda, pues es igualmente susceptible del mismo tipo de error. En definitiva, en este ámbito es menos concebible que en ninguno corregir mecánicamente, sino que es necesario recurrir a la interpretación del editor, al *iudicium*.

4.1. Errores paleográficos.

Se trata de variantes causadas normalmente por la coincidencia en las letras iniciales de la palabra, únicas leídas en realidad por el copista, que interpreta el resto dando lugar a una banalización:

... que aquel a quien fueffen tomadas non le podieffe fazer demanda por ellas en juyzio, como por razon de fuerça, nin el, nin fus herederos... (II, 5 9)

- fuerça Z15, AN3, M94, T12, T14 (*corrige mano post. furto*)
- furto M22, MV6, Y14, EY4, EN5, V88, S22

... o de gran partida de su auer, a tanto que ouieffe a fincar probre fi lo perdieffe... (II, 6 4)

- partida Z15, EN5, MV6, AN3, V88 (S22 [*casi ilegible*])
- perdida T12, T14, EY4, Y14, M22, M94

En este caso, *perdida* parece lección generada por anticipación por la presencia de *perdiere*, además de por razones paleográficas.

... en que manera deuen responder a las demandas, que les fizieren, porque cada vno dellos, faga la carrera, que le conuiene, e non faga a los que los han de judgar trabajar en balde... (IV, Prólogo 5)

- faga T14, M94, Y14
- figa T12, EN5, Z15, AN3, M22, MV6, S22, V88
- om. faga EY4

A nuestro juicio, *sig*a es la lección buena, pero la proximidad gráfica y un posible error por anticipación (*faga... fagan*) del copista habrían generado el error *faga*.

... Ca pues que **razon de derecho** le aduze que lo deua fazer, non a por ninguna manera a dexarlo... (iv, 15₃)

- razon de derecho M94, M22, MV6, Z15, S22, EN5, AN3, T14 (tacha *de*)
- razon derecha: Y14, EY4, L22a, T12, V88

... o de daño que el **fufrieffe**, en figuiendo el pleyto: dezimos, que le deue fer guardada. (v, 25)

- fufrieffe MV6, S22, Z15, Y14, EY4, EN5, L22a, V88, T12
- fizieffe M22, AN3, M94

En una primera lectura es difícil discriminar cuál de las dos lecciones es la correcta. A nuestro juicio la lección que debe valer es “sufriesse”, ya que en el párrafo anterior a este que comentamos se advierte al personero que si por su *rebeldía* o *culpa* hubiera algún gasto o *pena*, sería él y no el “señor del pleyto” quien debería pagar, salvo (y este es nuestro párrafo) si el personero y el “señor” hubieran acordado que los gastos que el personero recibiese (*sufriesse*) fueran sufragados por el pleiteante. Si bien con *despensas* podríamos admitir ambas lecciones, *fiziesse* o *sufriesse*, que en este contexto serían prácticamente sinónimas, creemos que ante *daño* sólo tiene verdadero sentido *sufriesse*. En la edición crítica del pasaje “fiziesse” debería anotarse sin más como variante individual de M22, AN3 y M94.

En la misma frase aparece otra variante del mismo tipo:

... o de daño que el fufrieffe, en figuiendo el pleyto: dezimos, que le deue fer **guardada**. (v, 25)

- guardada] gualardonado Z15, MV6, S22

En este caso estamos de nuevo ante un claro error paleográfico que, como venimos diciendo, bien puede producirse de forma independiente en los testimonios. “Guardada (la postura)” es sin duda la lección correcta.

Preuaricator en latin, tanto quiere dezir en romance, como abogado que **ayuda** falfamente, a la parte por quien aboga... (VI, 15₁)

- anda M22, MV6, M94, AN3, Z15, EY4, EN5, L22a, V88, T14 (ilegible: ¿anda?)
- ayuda Y14, T12

Parece claro en este caso que la expresión “anda... a la parte” es errónea frente a “ayuda... a la parte”. Es, sin duda, otro error paleográfico causado probablemente por una primitiva grafía del verbo *ayudar*, en que se empleó la *i* en lugar de la *y*: *aiuda* > *anda*.

Recebir deue el judgador la jura de los testigos ante que **aya** su testimonio... (XVI, 23)

- aya(n) M22, M94, Y14, Z15, S22, EY4, EN5, L22b
- oya(n) MV6, AN3 (ouçan), T12, T14, V88

En este caso podemos acudir a *Dotrinal* IV, IV, 6, para constatar que la lección correcta parece ser *oiga*. Es otro error paleográfico, por tanto. Aunque la fuente nos serviría en todo caso para corregir, no es factible establecer filiación basándonos en el error, dado su carácter poligenético.

4.2. Errores debidos al conocimiento del texto o discursivos.

En este tipo de variantes, los cambios surgen por deducción del copista o por conocimiento del texto:

... E aun despues, falta que uenga el **tiempo**, en que quieran dar juyzio. (III, 11₁₂)

- pleyto M22, M94, EN5
- ~~pleyto~~ plazo Y14
- tiempo MV6, AN3, EY4, Z15, S22, V88, T12, T14 (*borroso*)

El error *pleyto* parece haberse generado por sinonimia en el contexto: el pleito, que es lo que se espera, se produce siempre en un tiempo y un plazo específico.

Judgadores para judgar los **pleytos**... (IV, 2)

- pueblos M22, MV6, M94, V88, T14, T12, Z15, EY4, EN5
- pleytos Y14
- boõs AN3 (*modelo posible* poboõs [pueblos])

En este caso *pueblos* parece la lección correcta y *pleytos* una mala interpretación del copista. La lección *boõs* de AN3 proviene, sin duda, de un modelo *poboõs* ('pueblos').

Mayor de **veynte** años, deue fer aquel, quien otorgaren poderio de judgar... (IV, 5)

- veynte e cinco M94, Z15, Y14, EY4, AN3, S22
- veynte M22, MV6, T12, T14, EN5, L22a, V88

En este punto siempre dudaremos de hasta qué punto la variante elegida en cada caso se debe al seguimiento del modelo o al conocimiento, preferencias o intuición del copista o momento de la copia. Parece que podían admitirse varias tradiciones jurídicas en la fijación de la edad apta para acceder a la condición de juez, según afirma Gregorio LÓPEZ en su glosa a *mayor*:

Ista. l. tollit opiniones, quae erāt de iure comuni super aetatis iudicis ordinarij: nā secundum Azo. & Rofred. non poterat esse ordinarius. nisi attin-gerit. 25. ann[or]um. Specul. in titul. de iudice delegat. §. excipit versicul. Item quod est minor dicebat, quod sufficit, quod sit pubes. per. l. quidam con-fulebant. ff. de re iudicata. vbi Bartolus & Angelus. intelligebant, quod maior. 18. annorum possit esse iudex ordinarius. tu nota istam. l. quae exigit in eo. 20. annos complectos, & adde. l. quartā. titulo. 15. delos alcaldes. libro secun-do. ordina. regalis. & hodie vide pragmati. Catholicorum regum quae exigit aetatem. 26. annorū in hominibus iuristis: & si daretur officium alicui militi, vel alij non literato, qui per alios (veluti suum locum tenētes) iudicat, vide-tur quod non corrigatur ista. lex. sed talis possit esse iudex si esset aetatis. 20. annorum: quia pragmatica illa solum corrigit in literatis argumē. l. praecimus. C. de appellationibus. (fol. 20r)

Parece desprenderse de la glosa que la edad generalmente admitida según el Derecho común estaba claramente fijada en los veinticinco años; pero no era, según se deduce de la glosa, una opinión unánime.

En cualquier caso, es necesario siempre analizar detenidamente las particularidades de cada *locus*, pues podemos encontrarnos con situaciones de aparente contaminación que son de fácil poligénesis por haber actuado mecanismos semejantes en varios copistas. Un ejemplo en el que creemos que ha actuado este factor es el siguiente:

Bozero, es ome que razona pleyto de otro en juyzio, o el fuyo mismo, en **demandando, o en respondiendõ**. *E ha afsi nome*, porque con bozes, e con palabras vfa de su officio... (VI, 1 1)

- demandando o en respondiendo *Z15, S22, T12*] demandando o en defendiendo *M94, Y14, V88, EY4, T14, L22a*
- demandando τ (o *M22*) en defendiendo o en respondiendo *MV6, M22*
- demãdãdo ou respondendo ou defendendo *AN3*
- *om.* E ha afsi nome *S22*

La respuesta al porqué de esta variante es delicada. Varios son los factores que han podido conducir a esta situación textual. Podría ser que *AN3* y γ hereden la versión más completa o bien que ésta se haya generado por contaminación o por deducción de manera independiente en γ y en *AN3*. Aunque *S22* no conoce la variante de sus compañeros de familia, como derivado con γ de un subarquetipo η , no podemos descartar que ésta no fuera también su lección, ya que *S22* posee una omisión más amplia en este punto que bien podría ocultar la misma lección de *AN3* y γ .

Si bien la versión más informativa de la variante podría, pues, corroborar la existencia del subarquetipo θ , aquí me interesa destacar que la dispersión de *respondiendo* y *defendiendo* no respeta la distribución de las ramas A y B, lo que sugiere que distintos copistas generaron de forma independiente la que tanto podría ser sustitución de *respondiendo* por *defendiendo*, como viceversa.

4.3. Conclusión.

La incoherencia que genera este tipo de variantes con respecto a la tradición se muestra claramente cuando se observa la disparidad de agrupamientos que presentan testimonios que con seguridad comparten un subarquetipo [como *EN5* y *EY4* (β) o *M22* y *MV6* (γ)] o que se integran en una misma rama. Por ello, este tipo de variantes, cuya calidad no es siempre fácil de determinar, desvirtúan cualquier intento de filiación y deben ser dejadas de lado a la hora de postular un *stemma* que explique la tradición.

5. Las primeras ediciones: DÍAZ DE MONTALVO y Gregorio LÓPEZ (23)

En la actualidad, cuando se habla de las ediciones de MONTALVO y de Gregorio LÓPEZ, se parte de la creencia de que ambos editores abordaron la confección de sus textos manejando un número indeterminado, pero elevado, de testimonios a los que habrían sometido a exhaustivos cotejos.

(23) No tenemos en cuenta en este estudio el texto de la edición académica de 1807, ya que conocemos de qué manuscritos procede directamente.

También se ha considerado tradicionalmente que las anomalías y deformaciones del texto de MONTALVO se deben a las múltiples intervenciones operadas *motu proprio* por el jurista del siglo XV. Por un lado, un uso desmesurado del *iudicium* y, por otro, un exagerado afán compendiador y compilador habrían llevado a MONTALVO a editar un texto misceláneo, espurio. En definitiva, se suele “acusar” a MONTALVO de ofrecer un texto de las *Siete Partidas* a su gusto, nacido de sus convicciones personales (24). Este hecho condujo algunos años más tarde a la confección de una nueva edición, la de Gregorio LÓPEZ. No vamos a erigirnos en defensores de la edición de MONTALVO, que evidentemente posee innumerables errores de todo tipo, algunos de bulto, pero no creemos que se deban tanto a la intervención directa del editor sobre el texto –que sí la hubo– como a la mala elección de los testimonios base y a un peor criterio editorial. Tras el examen del texto de las ediciones (entiéndase siempre de la *Tercera Partida*) a la luz de la tradición manuscrita, muchos de los ataques dirigidos contra la edición de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO han de ser, no frontalmente rechazados, pero sí al menos muy matizados.

De forma general hemos de hacer las siguientes consideraciones previas al examen de las ediciones. Por lo que respecta al texto de MONTAL-

(24) No podemos compartir lo que José SÁNCHEZ-ARCILLA (2004: xxv) afirma respecto al modo de obrar de MONTALVO. Con respecto al título XXVIII de la *Tercera Partida* dice: “... en sede de refundiciones [...] encontramos en la *Partida* tercera [que las] leyes 3 y 4, título 28, de Gregorio LÓPEZ, se encuentran refundidas en la ley 10 del mismo título y *Partida* en la edición de Montalvo”. Estas diferencias son ciertas, pero sin duda ni la pretendida refundición ni la extraña ubicación de la ley obedecen en primera instancia al criterio y voluntad de MONTALVO, sino que estos cambios ya se encontraban en su modelo manuscrito. La supuesta refundición tuvo lugar simplemente por la omisión en el código del epígrafe que debería hallarse entre las dos leyes (algo que suele producirse en más de una ocasión en cualquier testimonio manuscrito). En cuanto a la divergencia en la ubicación de la ley, parece claro que se debió al desorden de algunos folios en el modelo o en el propio manuscrito aprovechado por MONTALVO, ya que la diferente ubicación no afecta a esta ley exclusivamente, sino al conjunto de las Leyes 9-12 (2-6 en GL y RAH). Pero más grave nos parece la siguiente afirmación: “Pero mucho más llamativa es la omisión en las ediciones de Gregorio López y la Academia de la ley 8 (ley 3 en la presente edición), título 28 de la *Partida* tercera, en la que se definen las cosas sagradas y la prohibición de enajenarlas. Aunque dicha ley, por su referencia a la Iglesia, pudiera pensarse que debía estar situada en la *Partida* primera, lo cierto es que no carece de sentido que Montalvo la colocara en dicho título, en el que se regula propiedad y el modo de adquirirla”, atribuyendo así a MONTALVO la inserción de una ley desconocida –inventada, por tanto– en la tradición de la obra. Lo sorprendente es que, al examinar las ediciones de Gregorio LÓPEZ (vol. II, fol. 158r) y de la Academia (vol. II, p. 714), allí encontramos la misteriosa ley sin que haya sufrido modificación alguna (salvo su ubicación) con respecto a la edición de MONTALVO. Pero si lo afirmado a este respecto parece muestra de poco rigor, peor es el modo de proceder de SÁNCHEZ-ARCILLA en su “edición”, ya que acaba colocando esta supuesta “inexistente” ley como la segunda del título (p. 568) –aunque en la introducción se anuncia como tercera (p. xxv)–, separándola de la Ley 13 de su edición (12 en RAH y GL y 7 en MONTALVO) a pesar de que le daba perfecta cobertura introductoria respecto a lo sagrado.

VO, no sabemos si se siguió un único manuscrito de forma exclusiva como base para todo el texto, aunque parece evidente cuando menos, como enseguida comprobaremos, que se prefirió un testimonio en concreto de forma general sobre los demás, si es que otros fueron realmente consultados. Estas convicciones nacen de haber constatado que la edición conserva muchos errores particulares del testimonio que fue manejado. Creemos que muy posiblemente MONTALVO tenía como base textual un testimonio que hoy desconocemos, pero cuyo arquetipo ha sobrevivido en otro texto: las pruebas son, a nuestro entender, irrefutables, y en este sentido hemos logrado identificar qué familia fue la privilegiada de forma general en la edición (cf. § 5.1).

Por lo que respecta a la edición de Gregorio LÓPEZ, podemos decir que, nacida del afán revisionista de la de MONTALVO, en la necesidad de reparar el “desaguisado”, recibió los parabienes y el éxito que no había conocido la edición de su predecesor, principalmente tras el espaldarazo imperial en 1555. Sin embargo, la edición es mucho más dependiente de la anterior de lo que cabría imaginar y de lo que siempre se ha supuesto. El propio jurista en la glosa (m) al lema *En fu libro* (25) en *Partidas* I, 1, 19, algo nos dice sobre la situación textual previa a su trabajo. Según nos cuenta el propio Gregorio LÓPEZ, los “libri Partitarum” carecían u omitían de frases enteras y en muchas leyes mostraban falta de líneas y otros defectos del mismo estilo, lo que impedía la recta comprensión de su texto.

Pero también nos revela cómo fue su proceder editorial para dar un texto restituido a las prensas. Así, en su infatigable y solitaria labor correctora, acudió a muy antiguos libros manuscritos de las *Partidas*, se ayudó del consejo de expertos y recurrió a los dichos de los sabios antiguos de donde fueron extraídas las leyes de las *Partidas*. A este respecto, queremos hacer notar la diferencia que el propio LÓPEZ parece hacer entre “libros istos Partitarum” y “antiquissimos Partitarum libros de manu conscriptos”: la oposición parece referirse a la diferencia entre los “deprauatos... libros istos Partitarum” impresos y los “antiquissimos Partitarum libros de manu conscriptos” que, claramente, debemos indentificar con los manuscritos. Por tanto, las alusiones a los mencionados defectos de los textos

(25) “... ego homūculus ita deprauatos reperi in litera libros iftos Partitarum, quod in multis locis deficiebāt integrę sententiae, & in multis legibus deficiebāt plures lineae in ipsa contextura literae multae mendositates: ita quod sensus colligi non poterat: in multis vna litera pro alia, & ob Dei omnipotentis obsequium & amorem Patriam laboravi indefensse antiquissimos Partitarum libros de manu conscriptos reuoluens, cum peritis conferens & dicta sapientum antiquorum, de quibus fuerunt sumpti, confyderans, & quantum potui, veritatem literae detegi, & suo candori restitui nullo humano adiutorio concurrente, & vt firmiter credo, cum magis auxilium defecit humanum tanto largius successit diuinum suffragium, a quo cuncta bona procedunt” (fol. 9v).

parecen dirigirse más a las ediciones impresas (evidentemente, de MONTALVO, que hacia 1555 eran ya numerosas) que a los testimonios manuscritos, pues es a éstos a los que afirma recurrir para corregir el texto. Además, la tipología de errores descrita por Gregorio LÓPEZ se ajusta muy bien a los típicos errores tipográficos.

Todo esto viene a confirmar dos de nuestras observaciones (siempre respecto a la *Tercera Partida*): por un lado, que Gregorio LÓPEZ basó su edición en el texto de MONTALVO y, por otro, que en los manuscritos no se hallaban otras diferencias textuales respecto a la edición de MONTALVO que pequeñas omisiones y variantes.

Es evidente que la edición de Gregorio LÓPEZ tiene muchos aciertos frente a la de MONTALVO, pero no es menos cierto que deja pasar errores importantes que no estaban en ninguno de los testimonios medievales, sino únicamente en MONTALVO, la edición que pretendía mejorar. No obstante, Gregorio LÓPEZ acudió a corregir los puntos conflictivos o las desviaciones más evidentes (“veritatem literae”), aunque no siempre, mediante intervenciones de diferente carácter. Desde luego, el cotejo de los antiquísimos manuscritos, si jamás lo hubo, no fue ni mínimamente exhaustivo y el número de códices consultados no debió de ser en absoluto amplio (cf. § 5.2 y 5.3).

5.1. El testimonio manuscrito empleado por MONTALVO.

Por lo que respecta a la edición de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, el examen de los manuscritos ha arrojado algo de luz acerca de la relación entre el texto editado y la tradición medieval manuscrita, desvelándose así gran parte del misterio que se había generado en torno a la edición. No tardamos mucho en percatarnos de que MONTALVO siguió muy estrechamente –de forma ciega en ocasiones– el manuscrito S22 o un testimonio muy próximo; tanto fue así que pasaron a la edición todo tipo de errores, algunos de ellos de gravedad, como la omisión de leyes íntegras, y multitud de lecciones que entorpecen seriamente la comprensión del texto. Examinaremos a continuación algunos casos de los que encontramos a lo largo de la *Tercera Partida*.

Montalvo, fol. 185v

... Otrosi non puede ser testigo onbre contra quien fuesse prouado que dixiera falso testimonio ... nin aquellos que son casados: τ tienen barraganas **conosçidamente** ni aquellos que fuerçan las mugeres quier las lieuen o non nin aquellos que sacan las que son en orden... (XVI, 8)

· conosçidamente] conoçudas mientras las touieren *resto*

S22 y MONTALVO comparten la variante en exclusiva.

En la ley 15 del título XVI, MONTALVO, siguiendo un modelo semejante al del manuscrito S22, introduce una frase aclaratoria dentro del cuerpo de la ley y modifica algo la redacción. Aunque estas modificaciones no aparecen en ningún otro manuscrito fueron aceptadas por Gregorio LÓPEZ.

S22, fol. 53v

... Otroffi dezimos que hermano por hermano non puede dar testimonio en juizo mientre que ambos estudiessen en poder de ffu padre τ bjujendo de ffou no auiendo ffus cosas comunales mient mas despues **que cada uno ganasse apartada mient lo ffuyo τ beujessen por ffi bien podrie testiguar el uno contra el otro.**

Montalvo, fol. 158v

... Otrosi dezimos que hermano por hermano no pueda testimoniar en iuyzio mientra que amos estuieren en poder de su padre τ biuieren deso vno auiendo sus cosas comunales. Mas despues **que cada vno touiese apartadamente lo suyo τ biuiesen por si bien podria testiguar el vno contra el otro.**

Edición crítica

... Otrossí dezimos que hermano por hermano no puede dar testimonio en juicio mientre que ambos estudiessen en poder de su padre e vivieren de so uno teniendo sus cosas comunales mientre, mas después bien lo podrién fazer.

La edición de MONTALVO, de nuevo seguida por Gregorio LÓPEZ, funde las leyes 26 y 27 de este mismo título en una sola frente al conjunto de la tradición manuscrita. La innovación tiene su origen otra vez en una lección particular del manuscrito S22; lo más probable es que al copista se le olvidase dejar el espacio necesario para introducir la rúbrica y copiase ambas leyes sin solución de continuidad, hecho que, por otra parte, es bastante común en la transmisión manuscrita.

Lo que quizá más nos sorprende es la gran cantidad de omisiones *ex homoiotéleuton* que han pasado del manuscrito a la edición de MONTALVO, máxime cuando la mayor parte de éstas implican una deturpación del contenido considerable:

S22, fol. 60r

... Et desí deuen escriuir en el como es fecho por mandado del Rey τ el lugar τ el dia τ el mes τ la era en que los ffezieron Et ffi **alguno ffuere** ffecho señalado que sea a onrra del Rey τ de su señorio [...]

Montalvo, fol. 191v

... E de si deuen escriuir enel como es fecho por mandado del rey e el lugar: e el dia e el mes e el era en que lo fizieron. E si **alguno fuere** fecho señalado que sea a onrra del rey e de su señorio acaesçiere

Edición crítica

... E dessí deve escribir en él cómo es fecho por mandado del rey, e el lugar e el día e el mes e el era en que lo fizieron. E si algún fecho señalado que sea a onra del rey e de su señorio acaeçrié en aquel

non deue lo y fazer escriuir *ley* Et despues de todo esto deue y otro si escriuir los nonbres de los Reyes τ de los *otros* que fueren sus uafallos que los confirman tan bien dotro señorio como del ffuyo Et de ffi deue ffazer la Rueda del signo τ escriuir en medio el nonbre del Rey
[...]

τ el nonbre **delos jnfantes** τ del mayordomo como la confirman Et dela vna parte e de la otra deuen escriuir los nonbres de los arçobispos τ delos obispos τ delos rricos omnes delos

S22, fol. 61r

... Et otorgole libre poderio pora τ delibrar τ de julgar ssegunt ffuero τ derecho todos los pleytos τ las contiendas que acaescieren enre los omnes en Seuilla τ en ssu termjno
[...]

de ssangre o dotra razon qual quier que sea Onde uso mando que vos que lo reçibades por uuestro juíz...

en aquel **no** deuen y fazer escreuir E despues de tod esto deue y otrosi escreuir los nonbres delos reyes e delos *infantes: e delos condes* que fueron sus vassallos que confirman tambien de otro señorio como del suyo. E desi deue fazer la rueda del signo e escreuir en medio el nonbre del rey
[...]

e el nonbre **delos jnfantes** e del mayordomo como le confirman E dela vna parte e dela otra deuen escreuir los nonbres delos arçobispos e delos obispos e delos ricos onbres delos reynos...

Montalvo, fol. 192r

...τ otorguele libre poderio para oyr τ delibrar τ iudgar segund fuere derecho todos los pleytos τ las contiendas que acaescieren entre los onbres en seuilla τ en su termino
[...]

de sangre o de otra razon qualquier que sea. Onde vos mando que vos que lo resçibades por vuestro iuez...

año, dévelo fazer escribir. E después de todo esto, deve ý otrossí escribir los nombres de los reyes e de los infantes e de los condes que fueron sus vassallos que lo confirman, también d'otro señorio como del suyo. E desí deve fazer la rueda del signo e escribir en medio el nombre d'aquel rey *que-l da, e en el cerco mayor de la rueda deven escribir* el nombre **del alférez** e del mayordomo cómo-l confirman e de la una parte e de la otra deven escribir los nombres de los arçobispos e de los obispos e de los ricos omnes de los regnos... (XVIII, 2 48-58)

Edición crítica

...e otorgué-l libre poderío pora oír e delibrar e julgar, segund fuere derecho, todos lo pleitos e las contiendas que acaecieren entre los omnes en Sevilla e en su término, *quier que sean pleitos de herencia o de debda o de libertad o de seruidumbre o de justicia* de sangre o d'otra razón cual quier que sea. Onde vos mando que vos que-l recibades por vuestro juiz... (XVIII, 7 4-9)

Es cierto que en este caso la omisión del pasaje no es privativa de S22 (también se encuentra en EN5, aunque no en idéntica forma); del mismo modo, la sustitución de *año* por *no(n)* también aparece en Z15. Sin embargo, es en S22 donde hallamos la conjunción de los tres errores que se repiten en la edición de MONTALVO (*algun] alguno + fuere; año] non; del*

alférez] delos infantes y la omisión). No obstante, hemos de señalar de nuevo que S22 no es el modelo directo de MONTALVO, sino algún manuscrito de similares características textuales: véase, por ejemplo, que S22 frente a MONTALVO (y la edición crítica) omite *acaescrié en aquel* y reemplaza *de los infantes₁] de los otros e de los condes*. En este caso, Gregorio LÓPEZ no se atiene a la lección de MONTALVO.

De nuevo, MONTALVO incurre en una omisión en el título XVIII (3₆₋₇) que se halla en parte de la tradición manuscrita (en Z15, AN3, T12, Y14 y S22, por supuesto). El mismo error acusa Gregorio LÓPEZ.

Montalvo, 191v

Edición crítica

... E si fallare el notario que es assi fecho como le dixieron o le mandaron delo al escriuano que lo fizo que lo registre en su libro e lieuenlo ala chanceleria

[...]

e pongale cuerda de seda e sellado conel sello de plomo...

... E si fallare el notario que es assi fecho como le dixieron o·l mandaron, dé·l al escrivano que·l fizo que·l registre en su libro e lieve·l a la chancelería *que·l seellen, e el que lo oviere de seellar faga·l escribir en el registro de la chancelería* e ponga·l cuerda de seda e sellado con el sello de plomo... (XVIII, 3₆₋₈)

Tal como el manuscrito S22, MONTALVO omite íntegramente la ley 101 del título XVIII y, del mismo modo, reproduce en la ley 102 omisiones y lecciones particulares del modelo semejante a ese código. Curiosamente, Gregorio LÓPEZ no omite la mencionada ley 101, pero en cambio sigue claramente las lecciones reproducidas por MONTALVO en la ley 102.

Montalvo, fol. 207r

S22, fol. 80r

Edición crítica

Resçiben cuenta los huerfanos de sus guardadores. E la carta deue ser fecha enesta manera...

Reçiben cuenta los huerfanos de los guardadores Et la carta deue sseer fecha en esta manera...

Cuenta toma el huérano a las vezes de su guardador, e la carta *en que·l quiere dar por quito ha de seer fecha d'esta manera...* (XVIII, 102₁)

La actitud de MONTALVO ante la disposición de algunas leyes del título XXVIII (26) nos devuelve de nuevo al entorno textual del manuscrito S22, y es éste quizá el ejemplo más evidente de la reproducción ciega de su modelo por parte del erudito. La fusión de las leyes 3 y 4 (en la tradición manuscrita y Gregorio LÓPEZ) en una sola (10 en MONTALVO), el

(26) Para la estructura del título XXVIII, *vid.* Apéndices *infra* Parte IV, cap. II § 3.

cambio del orden de las leyes 2, 3-4, 5 y 6 por las leyes 9, 10, 11 y 12, y la anómala ubicación de la ley 24 (19 en la edición) proceden del modelo manuscrito empleado por MONTALVO. La diferencia de distribución de las leyes (2-6 por 9-12) se debe posiblemente a la transposición de un folio, de un binión, o a un salto en la lectura, error que ya se encontraría en el arquetipo de S22, al igual que la fusión en una sola de las leyes 3-4, probablemente por olvido del epígrafe, algo que no es extraño y que aparece en otros testimonios a lo largo del texto.

Pero tal como se le achacaba, MONTALVO también interviene en el texto sin apoyo en la tradición manuscrita conocida, aunque siempre es posible considerar que las innovaciones procedan de un manuscrito hoy desaparecido que las incluyera en el cuerpo de la ley o incluso en los márgenes. Tal puede ser el caso de *Partidas* III, XVI, 28:

Montalvo, fol. 187r-v

Preguntado seyendo el testigo por que razon o como sabe lo que dize en su testimonio τ si dixiere que lo sabe por que estauua delante quando fue fecho aquel pleito o aquella cosa τ que la vido fazer en valedero su testimonio mas si dixiere quela oyerá dezir a otro no cunple lo que testigua fueras ende en pleitos τ en posturas quelos onbres pusiesen entresi enque non vale el testimonio de oyda quando es fecho en esta manera que diga el testigo sola mente que oyerá dezir: a otro alguno que tal onbre τ tal pusieran tal pleito entresi: o en tal manera que vn onbre matara a otro tal testimonio non deue valer *por que el testigo depone de oyda. Mas si dixiere asi yo afulan vid fazer tal pleito con tal o que vn onbre matara a otro tal testimonio deue valer seyendo de aquellos que el derecho manda.* Otrosi dezimos que deuen ser preguntados del tienpo enque fue fecho aquello sobre que testiguan assi como del año τ del mes τ del dia & del lugar en quello fizieron. Ca si se desacordasen los testigos diziendo el vno que fuera fecho en vn lugar τ el otro en otra parte no valdria su testimonio E por esta razon desecho Daniel propheta a los testigos que aduxieron ante el contra susaña

S22, fol. 55r

Preguntado seyendo el testigo por que razon o como sabe lo que dize en su testimonio τ dixiere que lo sabe por que estaua delante quando fue fecho aquel pleyto o aquella cosa que la vio fazer es valedero su testimonio mas si dixiere que lo oyerá dezir a otri non cunple lo que testigua fueras ende en pleitos τ en posturas que los omnes posieren entre sy Mas al testigo de oyda quando es fecho en esta manera que diga yo vi a fulan fazer tal postura Mas si non dixiere el testigo si non tan sola mente que oyerá dezir a otro alguno que tal omne o tal moger posieron pleyto entre sy en tal manera o que hun omne matara a otro tal testimonio non deue valer Otrosy dezimos que deuen seer preguntados del tienpo en que fue fecho aquello sobre que testiguan assi como del año τ del mes τ del dia Et otrosy del lugar en que lo fizieron ca si se desacordassen los testigos deziendo el vno que fuera fecho en hun lugar τ el otro a otra parte on valdria su testimonio Et por esta razon desecho daniel propheta a los testigos aduchos antel contra susaña por que desacordaron del lugar en deziendo su testimonio Et aun deuen seer preguntados los testigos quien eran los otros testigos que estauan

por que desacordaron del lugar en diciendo su testimonio E avn deuen ser preguntados los testigos quien eran los otros testigos que estauuan delante quando acaescio aquello sobre que testiguan τ mas preguntas non han por que fazer al testigo *que fuere de buena fama. Mas si fuere onbre vil τ sospechoso...*

delante quando acaescio aquello sobre que testiguan τ mas preguntas non an por que fazer al testigo fueras ende si fuesse omne vil τ sospechoso...

Estas innovaciones de MONTALVO también fueron aceptadas por Gregorio LÓPEZ.

A pesar de la clara correspondencia entre MONTALVO y el manuscrito S22, es seguro que MONTALVO no siguió este manuscrito en concreto. Así, ciertas características de S22 no se reproducen en la edición incunabile, lo que fuerza a suponer que copió de otro testimonio dependiente del mismo subarquetipo y que, por tanto, poseía algunos errores de S22, pero no otros, exclusivos de éste.

Así, en la ley 15 del título XXII, frente a la tradición manuscrita, el texto de MONTALVO reza:

Montalvo, fol. 218v

... Ca si de otra guisa iudgase condepnado señalada mente al demandado en alguna destas cosas sobredichas *tal iuyzio como este no es valedero τ esto non dezimos tan sola mente enestas cosas sobre dichas mas avn en todas otras semeiantes dellas.* Otrosi dezimos que quando los iudgadores no dizen çiertamente en su iuyzio la cosa o la quantia...

S22, fol. 95r

... Ca ssi dotra guisa julgase condenando sseñalada mient al demandado en alguna destas cosas sobredichas

[...]

Mas ahun en todas las otras cosas ssemeiantes dellas Otrosi dezimos que quando los julgadores non dizen cierta mient en ssu iuyzio la cosa o la quantia...

Edición crítica

... Ca si de otra guisa judgasse condenando señaladamientre al demandado en alguna de estas cosas sobredichas, non valdrié su iuyzio. E esto que dezimos en esta ley no tan solamientre á logar en estos casos sobredichos, mas aun lo á en todos los otros semejantes d'ellos. Otrosi dezimos que quando los judgadores no dizen ciertamientre en su iuyzio la cosa o la contía...

En este pasaje S22 omite el tramo “tal iuyzio... sobredichas”, por lo que no ha podido ser el modelo directo de MONTALVO. Sin embargo, MONTALVO coincide de nuevo con S22, separándose de la lección de la tradición, en la estructura adversativa “mas aun en todas otras semejantes dellas”.

En otras ocasiones, el texto de S22 se encuentra demasiado deteriorado como para haber servido de modelo:

... Et ssi por aventura el juyzio que ffue dado por el pleyto que su compañero rrazono por ssin ssu mandado dellos τ contra el non enpesçe a los otros pues que non fueron ellos por ssi Otrossi dezimos...

... E si por aventura el iuyzio fuese dado contra el no enpeceria a los otros sus aparçeros pues que no fueron ellos por si nin otri por su mandado en aquel pleito en su escogencia dellos es de auer por firme el iuyzio que fue dado por el pleito que su compañero rrazono sin su mandado dellos. Otrosi dezimos...

... E si por aventura el juicio fuese dado contra él no empeceré a los otros sus apareceros, pues non fueron ellos por sí ni otri por su mandado en aquel pleita, **ca** en su escogencia d'ellos es de auer por firme el juicio que fue dado en el pleito razonó sin su mandado d'ellos. Otrossí dezimos... (XXII, 21)

Tampoco reproduce MONTALVO la particular subdivisión, ya referida, de los títulos XVIII y XIX practicada por S22 (*vid. supra* § 2.1.4).

En consecuencia, puede afirmarse que MONTALVO siguió regularmente un manuscrito desconocido y muy próximo a S22, cuyas lecciones no fueron corregidas con el apoyo de ningún otro testimonio (al menos, de los que han pervivido).

5.2. El texto de Gregorio LÓPEZ.

A diferencia de MONTALVO, Gregorio LÓPEZ no parece haber seguido regularmente un único testimonio. La base de su edición fue el texto, tan denostado, de su predecesor, que completó o corrigió de forma asistemática con otros testimonios manuscritos y en alguna ocasión mediante su propio *iudicium*. Un caso sintomático de lo que decimos se halla en la ley 2 del título I:

... E por ende la deuen todos amar, afsi como a padre, e a madre, que les **da**, e los mantiene... (I, 2 7)

· da] cria T12, T14, Y14, Z15, AN3, S22, M22, MV6, M94, EN5, EY4, V88

La lección *da* se debe, sin duda, a la mala interpretación de la abreviatura *c'a* (> *cría*). La sustitución, que no aparece en ninguno de los testimonios manuscritos, surge por primera vez en el texto de MONTALVO. La abreviatura de *-ri-* fue mal interpretada o no se desarrolló convenientemente, lo que pudo provocar que el error se produjera incluso en el montaje de la impresión realizado por el componedor.

Pero hay más casos de errores evidentes exclusivos de MONTALVO que recoge irreflexivamente Gregorio LÓPEZ:

... Mas touieron por bien τ por derecho quel podiese demandar quel tornase aquello quele auia tomado delo suyo sin razon o quele fiziese emienda de otro tanto [...]

τ otras demanda no se deuen mouer que les nasçiese denuesto o mala fama o por que ouiesen de resçibir pena de iusticia en los cuerpos en quanto durare el matrimonio. Fueras ende si fuese en razon de adulterio **que alguno dellos fiziese** o sobre razon de trayçion que fiziese alguno dellos contra el Rey o contra su señorío. En tales cosas **como estas sobre dichas** quando *nasçiese entre ellos* bien se pueden demandar en iuyzio para auer derecho.

... Mas tovieron por derecho que pudiessen demandar que·l tornasse aquello que·l avié tomado sin razón de lo suyo o que·l fiziesse emienda d'otro **grande tuerto o daño si lo oviessen recibido el uno del otro**. E otras demandas non se deven mover que les naciesse denuesto o mala fama o por que oviessen de recibir penas de justicia en los cuerpos en quanto durare el matrimonio, fueras ende si fuese en razón de adulterio **o sobre traición que algunos d'ellos fiziessen o quisiessen fazer contra otro o contra so señor, al rey o al reino**. E tales cosas quando *acaeciessen* bien se pueden demandar en juizio por aver derecho. (II, 5)

La versión de MONTALVO (que en este caso no reproduce la versión correcta de S22) es exactamente la que ha pervivido en Gregorio LÓPEZ, lección errónea en la que se suman varias sustituciones y una importante omisión *ex homoiotéleuton*.

Otro claro ejemplo lo encontramos en la ley 26 del título XVI:

... deue lo luego fazer escriuir [o escribirlo] el mismo bien τ leal mente de guisa que no sea menguada nin cresçida ende ninguna cosa. **E despues que fuere todo endereçado, deue lo luego fazer leer antel testigo. E si el testigo entendiere que esta bien deue lo otorgar.** E si viere que ay alguna cosa de emendar deue lo luego endereçar & *despues que fuere todo en dereçado deuelo fazer leer antel testigo τ si el testigo entendiere que esta bien deue lo otorgar* E aquel que reçebiere el testigo que dize que sabe el fecho deue le preguntar como lo sabe faziendole dezir por que razon lo sabe si lo sabe por vista o por oyda o por creençia... (XVI, 26)

Es un claro error de anticipación que reproduce directamente la edición de Gregorio LÓPEZ y que no hallamos en ningún testimonio de la tradición manuscrita. Lo grave es que ya en la lectura se advierte lo redundante y oscuro del pasaje. Estos errores y otros muchos –de los que señalaremos alguno más– habrían sido fácilmente detectados y corregidos simplemente acudiendo (conducido por la falta de sentido textual) a la tradición manuscrita.

Pero, para ser justos, ha de decirse que Gregorio LÓPEZ mejoró indudablemente el texto de MONTALVO, aunque no podemos dejar de insistir

en que se trata más de un texto de reparación que de una edición de nueva planta con planteamientos editoriales originales.

Montalvo, fol. 154r:

... E todos estos iuezes que auemos dicho llaman los en latin ordinarios que muestran tanto como onbres que son pueftos **ordinadamente** para fazer sus ofiçios sobre aquellos que han de iudgar cada vno en lugares que tienen Otra manera ya avn de iuezes aque llaman delegados que quiere tanto dezir como onbres que han poderio de iudgar

[...]

segund les mandan los Reyes o los adelantados o los otros iuezes ordinarios... (IV, 1)

Gregorio López, fol. 19r:

... E todos estos juezes, que auemos dicho llaman los en latin ordinarios, que muestran tanto, como omes que son pueftos **ordinariamente** para fazer sus oficios sobre aquellos que han de iudgar, cada vno en los lugares que tienen. Otra manera ya aun de juezes, aque llaman delegados, que quiere tanto dezir como omes que han poderio de iudgar

[...]

segund les mandan los Reyes, o los Adelantados, o los otros juezes ordinarios... (IV, 1)

Edición crítica:

... E todos estos juezes que avemos dicho llámanlos en latín ordenarios que muestran tanto como omnes que son pueftos **ordenadamente** para fazer sus oficios sobre aquellos que an de yudgar cadaúnos en los logares que tienen. Otra manera y a aún de juezes a que llaman delegados, que quiere tanto dezir como omnes que an poderío de iudgar **algunos pleitos señalados** segund les mandan los reyes o los adelantados o los otros juezes ordenarios... (IV, 1)

MONTALVO omite aquí una pequeña frase que consideramos esencial para la definición del concepto de “jueces delegados”: aquellos que sólo están facultados para juzgar “pleitos señalados”. Gregorio LÓPEZ hereda la lección lagunosa de MONTALVO. Por otro lado, la forma *ordinariamente* que figura en Gregorio LÓPEZ nos parece errónea: la entrada de la glosa al *ordinariamente* del texto reza en realidad como *ordenadamente* (glosa e: *Ordenadamente*, fol 19r).

No es posible determinar cuáles fueron los manuscritos concretos manejados por Gregorio LÓPEZ en su labor correctora. Pero no siempre parece haber seguido un testimonio medieval. En otras ocasiones, Gregorio LÓPEZ parece innovar por su cuenta, separándose de MONTALVO y de la tradición manuscrita. Así sucede, por ejemplo, en el caso de una importante adición de contenido en XVIII, 34, que desconocen todos los testimonios manuscritos:

... E esto es porque los iudgadores siempre deuen ser apercebidos para puñar de saber la verdad por quantas partes podiere. Mas si los plazos fueffen passados non gelos deuen despues recibir. **Saluo ende carta, o instrumento. Ca esto bien gelo puede recibir ante de las razones cerradas.** (fol. 81v)

Quizá el ejemplo más evidente de la actividad editorial de Gregorio LÓPEZ con respecto a la estructura del texto es la conformación del título XXVIII. Ante la divergencia que MONTALVO mostraba al respecto frente a la tradición, Gregorio LÓPEZ habría optado por corregir con alguno de los manuscritos que venía manejando. No obstante, a pesar de separarse en este punto de la edición de 1491, Gregorio LÓPEZ sigue manteniendo un claro vínculo con ella, como lo demuestra la ubicación de la ley 20 (19 en MONTALVO) “Cómo ganan el señorío de las cosas que toman a los enemigos de la fe”, situada en el mismo contexto que MONTALVO frente al resto de la tradición manuscrita (ley 24). La ley no encaja en absoluto en la localización que le dan las ediciones –y su modelo S22–, ya que se inserta dentro de la serie de leyes dedicadas a cómo se gana o se pierde la posesión de las diversas bestias salvajes, temática por completo ajena a las cosas que se toman de los enemigos de la fe. No obstante, tampoco satisface plenamente su ubicación en la tradición manuscrita, en la que la ley se emplaza entre la serie de leyes dedicada a cómo se adquiere el señorío de las bestias salvajes (leyes 17-22) y las dedicadas a la posesión de los animales domésticos (leyes 23-25). Pero esta colocación en el contexto de las bestias y demás objetos naturales (en la que se asimilan los enemigos de la fe a todo tipo de bestias y animales y que nos resulta poco comprensible desde una mentalidad actual), no rompe las series temáticas de las leyes y debe considerarse, por tanto, la original del texto alfonsí.

5.3. Conclusión.

Podemos decir (siempre en referencia a la *Tercera Partida*) que MONTALVO privilegió la lección de la rama que hemos denominado α , al aprovechar intensamente un manuscrito de ésta, testimonio que, además, fue poco corregido. El misterio del que se ha venido rodeando en los últimos tiempos a la edición de 1491 –el extrañamiento que ha producido en algunos estudiosos– queda resuelto en gran parte una vez examinado el texto a la luz de los manuscritos. MONTALVO basó su edición de la *Tercera Partida* en un manuscrito del mismo subarquetipo del que deriva S22, a nuestro juicio, el subarquetipo más innovador de la tradición. No sabemos por qué DÍAZ DE MONTALVO prefirió basar su edición en un manuscrito cuyas lecciones divergían con tanta frecuencia del resto. En un tiempo en que la lección mayoritaria era considerada la mejor, ¿por qué motivo decidiría editar un texto basado en un testimonio realmente anómalo y plagado de graves errores? No es raro que aparezcan omisiones, lecciones únicas y otros errores, usuales en todos los testimonios, pero nos resulta realmente extraño que en la edición se mantuviera un número tan eleva-

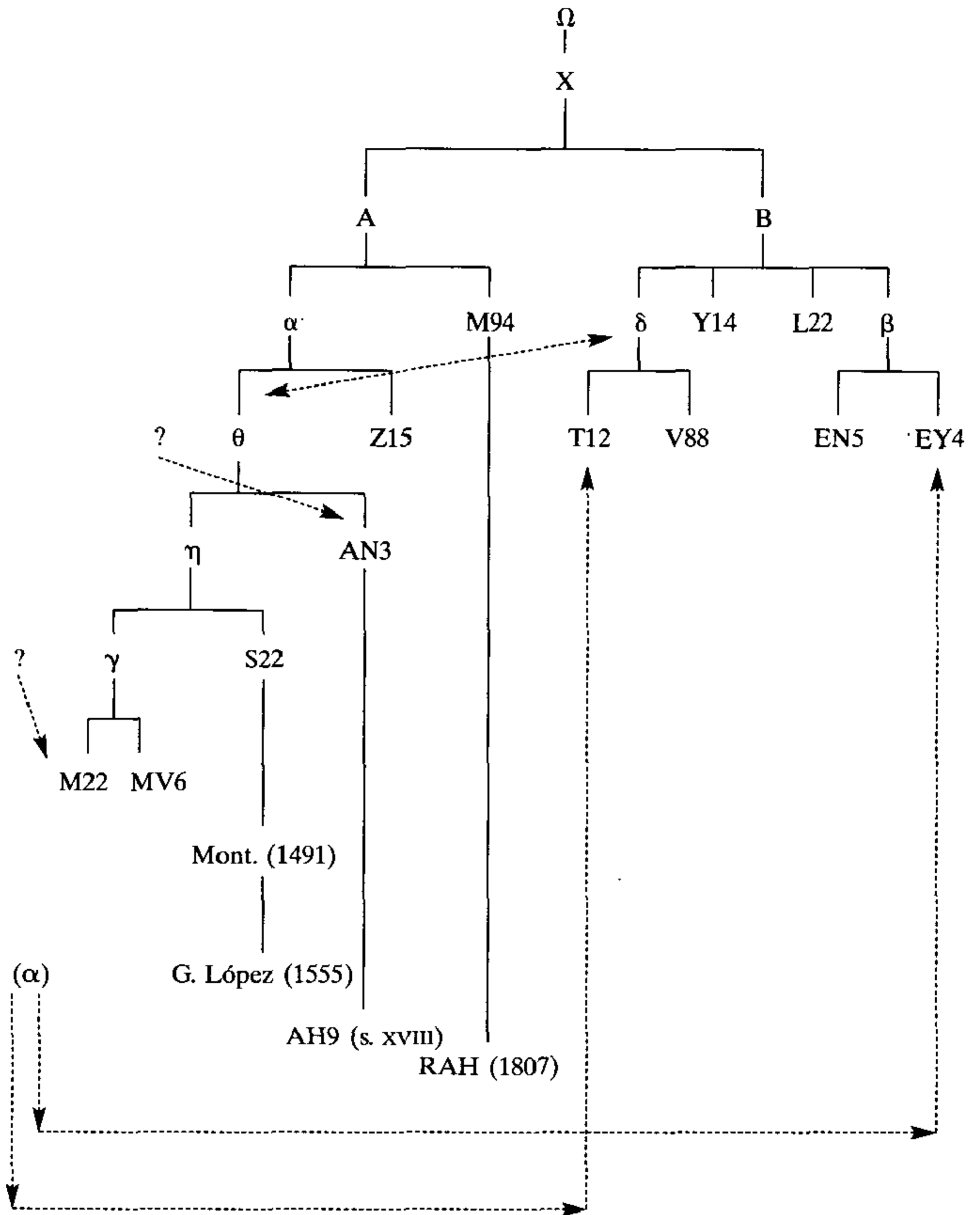
do de ellos (como la omisión de leyes enteras en más de una ocasión), que entorpecían gravemente la comprensión del texto. Ello resulta aún más sorprendente habida cuenta de que, como hemos tenido ocasión de exponer, los textos jurídicos y, en especial, las *Partidas* es una obra de tradición manuscrita singularmente inmóvil, probablemente por las continuas correcciones y cotejos a las que fue sometida dada la repercusión efectiva que tenía la aplicación jurídica de su texto. Viendo la gravedad de algunos de los errores perpetuados en la edición, se desprende que MONTALVO no acudió a otros manuscritos o, si lo hizo, fue muy ocasionalmente y poco apremiado por dificultades técnicas. No parece que tuviera las preocupaciones propias de un jurista.

En lo que respecta a la edición de Gregorio LÓPEZ, cabe concluir diciendo que el texto muestra una gran dependencia respecto a la edición de MONTALVO. Consiguió rectificar muchos desaciertos de su predecesor, pero no la mejoró siempre en lo textual: perpetuó otros tantos errores, incluso transmitiendo lecturas y errores exclusivos de MONTALVO. A pesar de que la edición de 1555 nació para rectificar los “desmanes” de la de 1491, no dejó de constituir éste su principal punto de partida, en lugar del conjunto de los manuscritos que pudo haber tenido a su alcance. Los códices sólo fueron empleados puntualmente, cuando Gregorio LÓPEZ suponía un error en la transmisión. Su *modus operandi* responde, en cambio, al de un jurista y es revelador del método conformador del texto que debieron seguir los autores de los testimonios que hemos conservado. Por ello, su gran logro no fue el texto, como decimos, sino su glosa, fundamental para comprender las fuentes de las que bebía el *ius commune* medieval.

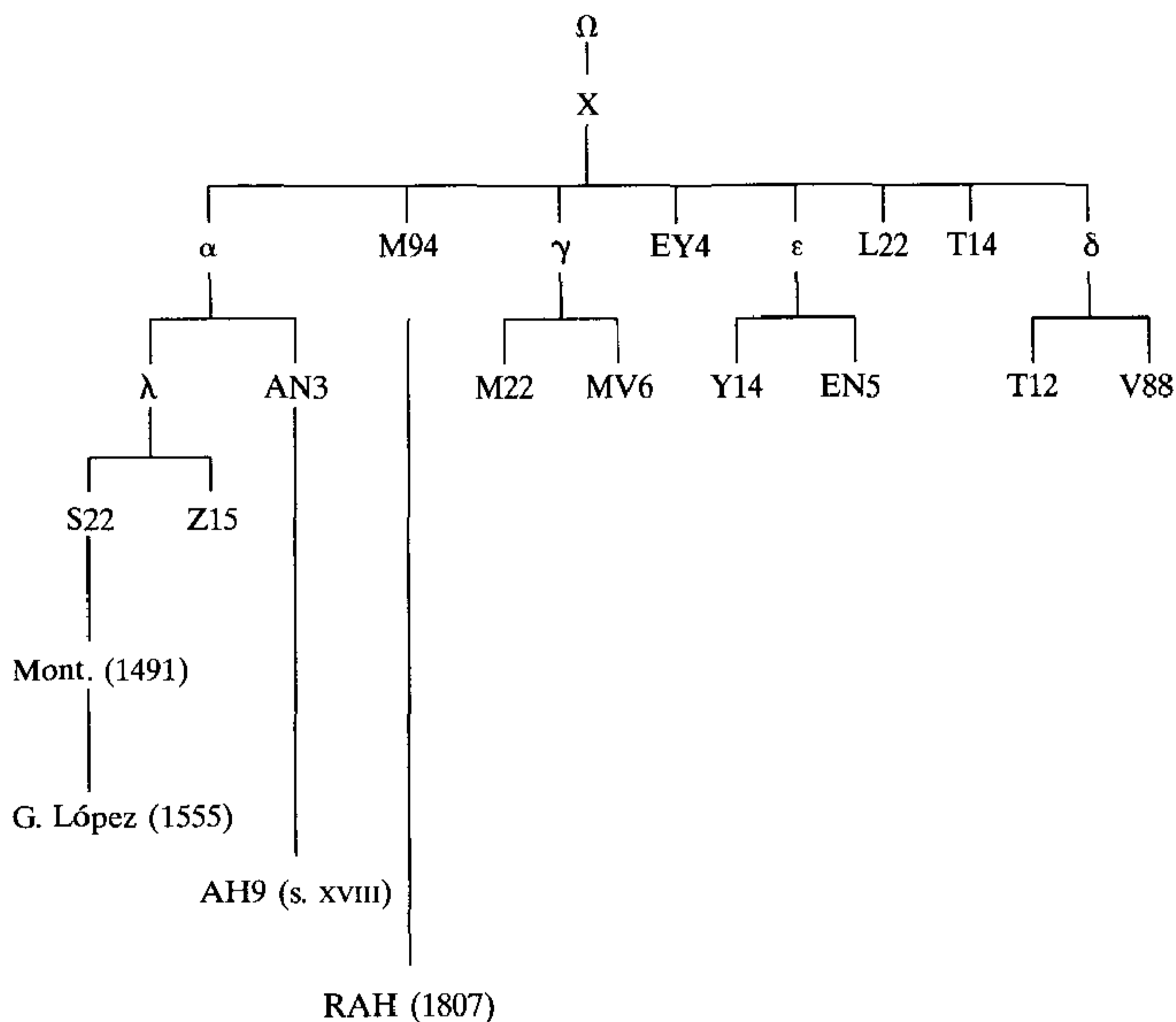
6. El árbol genealógico de la *Tercera Partida*

A la vista de todos los datos expuestos, en la tradición textual de la *Tercera Partida* es necesario considerar al menos dos situaciones estemáticas diversas, una para la primera sección del texto y otra para la segunda. Podemos reconstruir dos *stemmata*, si bien oscurecidos por la contaminación propia de los textos jurídicos y la escasa calidad de muchas de las variantes.

Primera sección



Segunda sección



En la segunda sección, la tradición textual se sigue dividiendo en dos grandes ramas, el subarquetipo α y el resto de la tradición. Sin embargo, los datos de que disponemos no nos permiten asegurar, con la misma certeza que en la primera sección, la existencia de las ramas A y B, sin que por ello haya que descartar su existencia.

Vemos que, por lo general, se hace muy difícil trazar un *stemma codicum* seguro para esta tradición. Aunque la estructura de la rama A ha quedado bastante perfilada, no sucede lo mismo con la rama B, donde sólo hemos podido reconstruir la existencia segura de los subarquetipos β , δ y ϵ . Incluso tampoco existen claros errores conjuntivos que aseguren el nudo B, salvo por oposición en adiaforas a A. Esa bipartición y la ausencia general de errores comunes quizá pueda explicarse por el

hecho de que los textos jurídicos solían recurrir a uno o dos ejemplares autorizados, quizá de la corte, a los que remontaría la inmensa mayoría de los testimonios.

Aun así, ha sido posible señalar ciertos vínculos entre algunos de los diferentes testimonios de la tradición y perfilar ciertos segmentos del árbol textual, alcanzando a dibujar un estema orientativo, que estimamos mínimamente satisfactorio. No obstante, dado el alto grado de poligénesis y de contaminación, sólo con muchas reservas podría aplicarse en el establecimiento del texto crítico. Por otro lado, la esencial inmutabilidad del texto, en que solamente se registran con claridad variantes y errores particulares y muy pocas lecciones comunes, limita las situaciones de intervención problemática a muy pocos casos, en los que siempre ha prevalecido el juicio del filólogo. En todo caso, la reconstrucción del *stemma* ha sido de notoria utilidad para tener seguridad sobre el carácter particular de las variantes y depurar de ellas el texto crítico.

APÉNDICES

Apéndice I

Tabla de correspondencia de manuscritos y ediciones

MANUSCRITOS	ED. RAH (1807)	PHILOBIBLON	ED. CRÍTICA
Ms. 22 BNM	BR 2.º	BETA Manid 1120	M22
Ms. 12794 BNM	Bb.42 (texto base)	BETA Manid 1121	M94
Ms. Vit. 4-6 BNM	∅	BETA Manid 3373	MV6
Ms. Z.i.15 RBME	Escorialense 3.º	BETA Manid 1131	Z15
Ms. L.ii.22 RBME	∅	BETA Manid 1134	L22
Ms. Ni.5 RBME	Escorialense 2.º	BETA Manid 1135	EN5
Ms. Y.ii.4 RBME	Escorialense 1.º	BETA Manid 1136	EY4
Ms. Y.iii.14 RBME	Escorialense 4.º	BETA Manid 1138	Y14
Ms. 43-12 ABCT	Toledano 2.º	BETA Manid 1132	T12
Ms. 43-14 ABCT	Toledano 1.º	BETA Manid 1137	T14
Ms. 88 RCPV	∅	BETA Manid 3590	V88
Ms. 22 RCSI	∅	BETA Manid 1107	S22
Ms. 3 ANTT	∅	BITAGAP Manid 1436	AN3
Ms. 9/5613 BRAH	∅	BITAGAP Manid 1435	AH9
FRAGMENTOS			
Ms. 28-15 ABCT	∅	BETA Manid 2416	T15
Fg. Silva Marques ANTT	∅	BITAGAP Manid 1440	FSM
Fg. Braga 1a	∅	BITAGAP Manid 1441	FB1a
Fg. Braga 1b	∅	BITAGAP Manid 1439	FB1b
Fg. Braga 1c	∅	BITAGAP Manid 1443	FB1c
Fg. Braga 2a	∅	BITAGAP Manid 3711	FB2a
Fg. Braga 2b	∅	BITAGAP Manid 3661	FB2b
Fg. León	∅	BITAGAP Manid 1437	FLe
Fg. Coimbra	∅	BITAGAP Manid 3563	Fco
Fg. Gallego 1	∅	BITAGAP Manid 1438	FG1
Fg. Gallego 2	∅	BITAGAP Manid 3208	FG2
EDICIONES			
<i>Las Siete Partidas</i> , ed. Alfonso Díaz de Montalvo, Sevilla, 1491			Montalvo
<i>Las Siete Partidas</i> , ed. Gregorio López, Salamanca, 1555			GL
<i>Las Siete Partidas</i> , ed. Real Academia de la Historia, Madrid, 1807			Part. RAH

Apéndice II

Texto anotado de las variantes comentadas

El texto base del cotejo general del texto y que mostramos en este apéndice ha sido el de la primera edición de Gregorio LÓPEZ. A pesar del caótico sistema de puntuación de la edición la hemos respetado, al igual que la ausencia de acentuación de la edición y el sistema gráfico (sólo se han desarrollado las abreviaturas).

Hemos utilizado los mismos criterios de anotación establecidos para la edición del texto crítico. No hemos incluido las variantes de los epígrafes para no incrementar el aparato con variantes que poco aportan a nuestros intereses en este punto, ya que no han sido tenidas en cuenta en el análisis precedente.

⁰TERCERA PARTIDA, que fabla de la Iusticia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar, por palabra de Iuyzio, e por obra de fecho, para desembargar los pleytos

Fizo nuestro señor Dios todas las cosas muy complida mente, por el fu gran faber ²e despues que las ouo fechas, mantouo a cada vna, en fu estado. ³En esto mostro, qual es la fu grand bondad, e iusticia. ⁴E en qual manera la deuan mantener aquellos que la han de fazer en la

tierra. ⁵Ca bien afsi como quando la el quifo fazer, ⁶ouo faber e querer, e poder para fazer la, ⁷otrofi los que la iusticia han de fazer por el, han menester que ayan en fi tres cosas. ⁸La primera, que ayan voluntad de quererla, e de amarla de coraçon, ⁹parando mientes en los bienes e proes que en ella yazen. ¹⁰La segunda, que la sepan fazer, como conuie-

⁰ [Epígrafe prólogo]

¹ om. muy S22 || complidamente] complidas M22 || cosas + del mundo EN5

² om. e M94 || fechas + todas EY4 || una + dellas EY4 || estado + Et M94

³ esto + mismo EY4 || om. qual es T12, Y14 || om. grand M94, AN3, T14 (add. post.) || bondat ileg. S22 || bondat + muy grande M94 || e] de T12

⁴ qual + quier Y14 || om. la₃ Y14, AN3, MV6 || deuan + mostrar e EY4 || fazer] mantener M22, T14 (c. post. fazer) || partida] parte Z15

⁵ bien ileg. S22 || om. la AN3

⁶ querer τ poder] poder τ querer Y14 || querer ileg. S22 || om. para S22

⁷ por el] poren AN3 || om. por el EN5 || fi ileg. S22 || fi + estas EY4 || fi + otras T14 (c. post. estas), T12, M94, M22, MV6, Z15, V88

⁸ om. la₁ T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, S22, EN5, Y14, AN3, V88 || primera + mente (mientre/mient) T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, S22, EN5, Y14, AN3, EY4, V88 || om. que ayan T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, S22, Y14, AN3, V88 || querer ileg. S22 || querer post la₂ M94 || amar post la₃ M94

⁹ e + en las EN5, S22, T12, T14, AN3, EY4, V88 || e + en los M22, MV6, Z15, Y14 || proes] prouechos Y14 || en₂] de AN3 || yazen ileg. S22 || yazen] nacē AN3

¹⁰ om. la₂ T14 || la₂] lo M22 || segunda + he AN3 || segunda + manera es EY4 || fazer + afy EY4 || om. como₂ EY4, S22

ne, e como los fechos la demandaren: ¹los vnos con piedad, e los otros con rezedumbre. ²La tercera, que ayan esfuerço, e poder para cumplirla, ³contra los que la quieren toller o embargar. ⁴Onde pues que en la primera Partida deste libro auemos fablado de la justicia spiritual ⁵que faze al ome ganar el amor de Dios por voluntad que es la primera espada, ⁶por que se mantiene el mundo. ⁷E otrofi, en la segunda Partida mostramos delos grandes señores ⁸que la han de mantener generalmente en todas las cosas, ⁹con fortaleza, e con poder, que es la otra espada temporal, ¹⁰que fue puesta contra aquellos que la quiesffen embargar o destruyr por fuerça, ¹¹errando contra Dios soberuiosamente, o contra el señor temporal, ¹²o contra la tierra onde son naturales, queremos en esta tercera

¹ piedad *ileg.* S22 || rezedumbre] crueuidade AN3 || e + a M94

² terçera + coffa es EY4 || terçera] iij + he AN3 || ayan *ileg.* S22 || cumplir *post* la S22

³ que la *ileg.* S22 || embargar + τ destruyr EY4

⁴ que *ileg.* S22 || onde] τ an EN5 || Partida deste *ileg.* S22 || deste + nuestro EY4 || auemos... (11 / 19) con forta- *ileg.* S22

⁵ *ileg.* S22 || *om.* el T12 || Dios + τ Y14 || *om.* que₂ MV6 || que₂] τ Y14, M94, T12, T14, Z15, M22, V88 || uoõtade + de dios AN3 || espada] razon MV6

⁶ *ileg.* S22

⁷ *ileg.* S22 || *om.* E T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, Y14, V88 || señores] omnes M22, MV6 || otrofi] así M94 || partida] parte Z15, V88

⁸ *ileg.* S22 || *om.* la Y14, EY4 || *om.* en EY4 || *om.* las EN5, M22, MV6, Z15, Y14, V88

⁹ con forta- *ileg.* S22 || con₁ y ₂] en M22, MV6 || es + en EY4 || *om.* la AN3

¹⁰ destruyr] cõtraftar AN3

¹¹ *om.* o M22 || o] τ EN5

¹² o] τ EN5, M22 || *om.* dezir Y14 || naturales + et por ende EY4 || queremos] ouemos T12 || *om.* partida AN3, M22 || onde] de que M22 : que MV6

Partida dezir dela justicia ¹³que se deue fazer ordenadamente por sefo e por fabiduria en demandando, e defendiendo ¹⁴cada vno en juyzio, lo que cree que sea de su derecho, ¹⁵ante los grandes señores sobredichos, o los oficiales que han de judgar por ellos. ²⁵E de si fablaremos de todas las personas, e cosas que son menester, para acabamiento de juyzio: ¹⁶ca segund dixeron los sabios antiguos dos tiempos han de catar los grandes señores, ¹⁷en que han de estar guiados para obrar en cada vno dellos, segund conuene. ¹⁸El vno en tiempo de guerra, e de armas, e de gente, ¹⁹contra los enemigos de fuera, fuertes e poderosos. ²⁰E el otro, en tiempo de paz, de leyes, e fueros derechos, ²¹contra los de dentro tortizeros e soberuiosos: de manera que siempre ellos sean vencedores. ²²Lo vno con es-

¹³ ordenadamente + τ S22 || fabiduria + et esto es EY4 || e₂ + en Y14, T12, AN3, Z15, M22, MV6 || defendiendo + a EY4

¹⁴ vno + sũ EN5 || en + su Y14 || *om.* en juyzio S22 || *om.* de AN3, M22 || cree] quiere T14 (*c. post.* cree) || su derecho *ilegible* S22

¹⁵ señores + que EY4 || *om.* sobredichos S22 || sobredichos + que son EY4 || o] et T12 : a M94 || e₂ + de todas las EN5, T12, T14, M94, MV6, Z15, S22, Y14, V88 || e₂ + de las M22 : + de todas estas EY4

¹⁶ dixeron] diximos V88 || *om.* los V88 || tẽpos + hahy que AN3

¹⁷ en que + manera EY4 || guiados τ aperçebidos EY4 || para + faber EY4 || segund + que los EY4 || segund] se Y14 || estar] feer AN3, Z15

¹⁸ en] al S22 || *om.* e₁ todos || de] con S22 || guerra] armas AN3 || armas] guerrear AN3

¹⁹ *om.* fuertes M94

²⁰ e₂ + de T12, Y14, Z15, M22, AN3, EN5, V88, S22 || fuero + τ T14 || fueros + e de T12, T14, Y14, M22, AN3, M94, EY4

²¹ dentro] otro EY4 || de₂] con + tal EY4 || manera + que por EY4 || que siempre *iter.* Y14 || soberuiosos] soberuios Z15

²² al] otro S22

fuerço e con armas, e lo al con derecho, e con justicia. ²³E sobre todo mostraremos del derecho, e de la justicia, ²⁴porque se gana, o se pierde el señorio, o la posesion, o la feruidumbre en las cosas, ²⁵e de las lauores viejas o nueuas, e de los edificios, como se pueden perder, o ganar, ²⁶non los labrando, nin los manteniendo como deuen.

⁰Titulo primero de la justicia.

¹Justicia es vna de las cosas, porque mejor e mas endreçadamente se mantiene el mundo. ²E es afsi como fuente onde manan todos los derechos. ³E non tan solamente ha lugar Justicia en los pleytos que son entre los demandadores e los demandados en juyzio: ⁴mas avn entre todas las otras cosas, que auienen entre los omes ⁵quier se fagan por obra, o se di-

²³ om. e₂ M22, EY4 || todo + esto EY4

²⁴ o₂ + porque EY4 || e₁] de AN3 || porque] ou AN3 || om. se gana AN3 || o₂] de M94 || o₃] o AN3 || coufas + comunhaiis AN3 || en las cosas ileg. S22

²⁵ e₁ ileg. S22 || nueuas e viejas] uiejas τ nueuas M94, EY4 || los ed- ileg. S22 || perder e gan- ileg. S22

²⁶ manteniendo + afy EY4 || señores + que EY4

⁰ [Epígrafe título I]

¹ La add. incip. EN5 || om. es Y14 || om. por AN3 || mantie- ileg. S22 || mantiene + en o (el) AN3 || endreçadamente] ordenadamente T14 : dereytament AN3

² E es afsi... (6) E porque en ileg. S22 || manan] mouē AN3

³ ileg. 3 S22 || E] que AN3 || E + esto EY4 || solamente + la EY4, EN5 || ha lugar post justicia EY4, EN5 || lugar + la T12, Y14, AN3 (a), T14, Z15, M22, MV6, V88 || pleytos] plazos EY4

⁴ ileg. S22 || entre] contra M94, EY4 || om. avn Y14, AN3 || auienen] uienen T12 : acaesçen EY4 || om. otras T14, AN3 || omes + fi T14, EY4

⁵ ileg. S22 || quier] que M22, M94 || fagan] ganen M22

gan por palabra. ⁶E porque en el comienzo desta tercera Partida fablamos en general de la justicia, ⁷queremos en este Titulo dezir della especialmente. E mostraremos que cosa es justicia en si. ⁸E que pro viene della. E porque ha afsi nome. ⁹E quantas son las razones de los sus mandamientos, por que se deuen obrar.

⁰Ley I. Que cosa es Iusticia.

¹Raygada virtud es la Iusticia, segund dixeron los fabios antiguos que dura siempre en las voluntades de los omes justos, ²e da e comparte a cada vno su derecho igualmente. ³E como quier que los omes mueren, pero ella, quanto en si, nunca

⁶ E porque en ileg. S22 || om. e Z15 || comienzo] primero titulo AN3, M22, MV6, S22 : proemio M94 : proemio primero Z15 (in ras. ?) || fablamos iter. M22

⁷ en este titulo post mostrar EY4 || dezir + τ mostrar EY4 || en este titulo post dezir todos || titulo] otro M94 || especialmente] çiertamente T12, Y14, AN3, T14, S22, Z15, M22, MV6, EY4, V88: certeramente EN5 || mostraremos] mostrar T12, Y14, S22, AN3, Z15, M22, MV6, EY4, EN5, V88, T14 (add. post. hemos) || es ileg. S22 || om. en si S22 || en si post justicia M22, MV6 || justicia + E qu(o)antas cosas (h)a M22, MV6, S22

⁸ pro ileg. S22 || E que pro viene della. E porque ha afsi nome] τ porque ha afy nombre τ que pro uiene della EY4

⁹ razones] rayzes Y14, Z15, V88, T14 (corr. post. razones) || razones + et rayzes T12 || om. son las AN3 || razões + hahy AN3 || om. se EY4 || deuen] deua T14, Y14, Z15

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ Raygada + que EN5 || om. virtud T14 (add. post.) || es] a (ha) M22, MV6 || dura] dara T12 || dura + que EY4 || om. antiguos AN3, Z15, EN5, V88 || omes post justos M94 || justos] postos + en dereyto AN3

² da e] donde S22 || su derecho post egualmiente S22, V88 || om. igualmente EN5

³ pero] por Y14, S22, AN3, T14 (c. post. pero), T12 (c. post. pero), M22, MV6, M94 || defallece] defaze MV6 || defaleçe + mays AN3, EY4 || defalleçe + τ a de M22

deffallece ⁴ante finca siempre en los co-
raçones de los omes biuos, que fon dere-
chureros e buenos. ⁵E maguer diga la ef-
criptura, que el ome juſto cae en yerro,
fiete vezes en el dia: ⁶porque el non pue-
de obrar toda via lo que deue por la fla-
queza de la natura que es en el, ⁷con
todo effo en la ſu voluntad, deue ſer
aparejado en fazer bien, e en cumplir los
mandamientos de la juſticia. ⁸E porque
ella es tan buena en ſi, comprehende
todas las otras virtudes principales: aſi
como dixeron los ſabios, ⁹por ende la
aſemejaron a la fuente perenal, que ha
en ſi tres coſas. ¹⁰La primera, que aſi
como el agua que della ſale, naſce con-
tra oriente: ¹¹aſi la Juſticia cata ſiempre
do naſce el ſol verdadero, que es Dios:
¹²e por effo llamaron los Santos en las

eſcripturas a nueſtro ſeñor I E S V Chriſ-
to, fol de Juſticia. ¹³La ſegunda es, que
aſi como el agua de la fuente corre ſiem-
pre, ¹⁴e han los omes mayor ſabor de
beber della, porque ſabe mejor, e es mas
ſana que otra. ¹⁵Otroſi, la Juſticia ſiem-
pre es en ſi: que nunca ſe deſgaſta, nin
mengua: ¹⁶e reſciben en ella mayor ſabor
los que la demandan, e la han menefter,
mas que en otra coſa. ¹⁷La tercera es,
que aſi como el agua della es caliente en
Ynuerno, e fria en Verano: ¹⁸e la bon-
dad della es contraria a la maldad de
los tiempos: ¹⁹aſi el derecho que ſale
de la Juſticia, tuelle, e contraſta las co-
ſas malas e deſaguifadas que los omes
fazen.

⁰*Ley II. Que pro viene de la Juſticia.*

¹Pro muy grande es el que naſce de la
Juſticia: ca el que la ha en ſi, fazel beuir

⁴ siempre + firme EY4 || finca] fincar M22 || om. omnes T12, T14, M94, AN3, M22, MV6, EY4, EN5, V88 || biuos] bonos Y14 || bõos + ca AN3 || om. e buenos EN5

⁵ maguer] pero AN3

⁶ om. porque... en el Y14 || om. por-
que... deue MV6 || porque + quando EY4 ||
toda via + cada dia EY4 || flaqueza] franque-
za EN5 || el₂ + mas EY4

⁷ om. en₁ T12, T14, Y14, S22, AN3,
M94, Z15, M22, MV6, EY4, EN5, V88 || om.
ſu Y14, V88 || uoluntad + ſiempre V88 || apa-
rejado] aperçebida S22 || om. e en cumplir...
juſticia M22 (add. margen)

⁸ om. que₁ Z15 || es] he post bõa AN3
|| que₂ + en T14, M22 || sy + que ella S22 || ſi
+ que EY4 || comprende] cabo prende AN3,
T14, M22, MV6, V88 : prende S22 : departe
EN5 : colren (?) de EY4 || ſabios + antiguos
et EY4

⁹ Ø

¹⁰ que₁ + bẽ AN3 || om. que₂ Y14, EY4
|| om. ſale Y14

¹¹ aſi... do] τ EN5 || ſiempre + contra
Z15, M94, AN3, T12, T14, M22, MV6, EY4,
V88 || ſiempre + contra oriente Y14 || om. do
naſce Y14, T12

¹² en] τ AN3 || effo] por eſſa razon EY4
|| las eſcripturas (tach. y correg. interl. latin)
EY4

¹³ es ileg. S22 || om. es T12, T14, Y14,
AN3, Z15, M22, MV6, EY4, EN5, M94 || om.
aſi EN5 || agua + tal EY4 || la] tal T14, Y14,
AN3, Z15, M94, EY4, EN5

¹⁴ han] a EN5 || om. los omes EN5 ||
mayor] mejor EN5 || ſabor + aquellos EN5 ||
om. de beber Y14 || della] dello Y14

¹⁵ en ſi] aſy EY4 || om. que nunca (add.
interl. otra mano) EN5 || deſgaſta] deſtaja T12,
T14, Y14, AN3, M22, MV6, S22, M94, EY4,
EN5, V88 : deſtajada Z15

¹⁶ e₁ + toda via EY4 || ſabor + todos
EY4 || los] aquellos EY4 || om. mas T12, T14,
Y14, AN3, M22, MV6, S22, Z15, EN5 || que]
ca S22 || en₂] con M22, MV6

¹⁷ tercera + manera EY4 || om. es T12,
T14, Y14, AN3, S22, Z15, M94 || en₁ y 2 + el
Y14, EY4 || en₂ + el EN5 || iter. en Z15 || que
+ bẽ AN3 || en₁] no (en el) AN3 || della]
deſta fuente M94

¹⁸ om. la maldad Y14, T14 (add. post.)

¹⁹ contraſta + todas M94, EY4, EN5 ||
coſas + que fon EY4

⁰ [Epígrafe ley II]

¹ el₂] aquel T12, T14, Y14, Z15, S22,
AN3, M22, MV6, M94, EY4, EN5, V88 || om.
es el que T14 (add. post.) || ca] a M22 || om.
en ſi fazel beuir cueradamente e M22

cuerdamente ²e fin mala eſtaça, e fin yerro, e con meſura: e avn faze pro a los otros. ³Ca ſi ſon buenos, por ella ſe fazen mejores, reſcibiendo gualardones por los bienes que fizieron. ⁴E otroſi, los malos por ella han de fer buenos, recelandoſe de la pena que les manda dar por ſus maldades. ⁵E ella es virtud, porque ſe mantiene el mundo, faziendo beuir, a cada vno en paz, ⁶ſegund fu eſtado, a favor de ſi, e teniedoſe por abondado de lo que ha. ⁷E por ende la deuen todos amar, aſi como a padre, e a madre, que les da, e los mantiene. ⁸E obedecerla, como a buen ſeñor, a quien non deuen falir de manadado. ⁹E guardarla, como a ſu vida: pues que ſin ella, non pueden bien beuir.

⁰*Ley III. Que quiere dezir Juſticia, e quantas mandamientos ſon della.*

¹Segund departieron los ſabios antiguos, Juſticia tanto quiere dezir, como coſa, en que ſe encierran todos los derechos, de

² om. e₁ AN3 || a + todos EY4 || om. avn AN3 || avn + mas EY4, EN5 || pro] por EN5 || om. a EN5

³ om. ca EN5 || ſi] aſſi T12, EY4, EN5 || buenos + ca T12 || los] o (el) AN3 || om. bienes AN3 || por₁ + que EY4

⁴ om. E Y14, AN3, T14 (add. post.) || de₁] por EY4 || recelando] catando S22 || manda] mandan Z15, M22, MV6, V88 || maldades] males Y14

⁵ om. ſe M94 || iter. por EN5

⁶ ſegun + ſu derecho Y14

⁷ da] cria T12, T14, Y14, Z15, AN3, S22, M22, MV6, M94, EY4, EN5, V88

⁸ la] lo MV6

⁹ τ + a V88 || guardarla + bien M22, T12 || guardarla + aſſy AN3 || que + aſſy AN3 || pueden] pueda Y14 || om. bien Y14, S22, M22, MV6, EN5, T14 (add. post.) || bien post beuir T12, M94

⁰ [Epígrafe ley III]

¹ departieron] departimiento + de T12 || om. que Z15 (add. post.) || om. todos AN3 || natura post quier T12 || natura] manera S22 : maneyra AN3 || om. ſe M94

qual natura quier que fean. ²E los mandamientos de la Juſticia, e del derecho ſon tres. ³El primero es, que ome biua honeſtamente, quanto en ſi. ⁴El ſegundo, que non faga mal, nin daño a otro. ⁵El tercero, que de ſu derecho a cada vno. ⁶E aquel que cumple eſtos mandamientos faze lo que deue a Dios: e a aſſi miſmo, ⁷e a los omes con quien biue, e cumple, e mantiene la Juſticia.

⁰**Titulo. II. Del demandador, e de las coſas que ha de catar, ante que ponga la demanda.**

¹Mouimiento de los fechos, ſegund razon natural, es la primera coſa, que tira las otras aſſi. ²E por ende, pues que en el titulo ante deſte fablamos de la juſticia, ³queremos aqui dezir del demandador, que la viene a pedir. ⁴Ca es la pri-

² de la juſticia] della Y14 || om. e del derecho M22 (add. marg.) || tres + coſas Z15

³ om. es T12 (add. post.) || que + los M22 || omne post biua V88 : + el EY4, EN5 || ome] omes M22 || quanto + he AN3

⁴ ſegundo + es EY4, EN5 || faga + ome Y14 : + el ome EN5 || daño] deuen mādār fazer AN3

⁵ terçero + es EY4, EN5 || de + todo EY4

⁶ E + de mas que todo EY4 || cumple + todos Y14 || eſtos + tres M94, EY4 || que + todos T12 || cumpliere post mandamientos T12 || aquel] qual quier T14 (c. post.) || cumple] faze T14 (c. post.)

⁷ om. con AN3, Z15 (add. post.) || om. e cumple Y14, AN3, T14 (add. post.) || juſtiça + τ dereyto AN3

⁰ [Epígrafe titulo II]

¹ mouimientos] mādāmētos AN3 || fechos] fruchos Y14 || om. natural S22 || tira + a Y14 || tira] çierra EN5 || las otras] os outros + dereyos AN3 || otras + coſas T12, EY4 || om. ſegun razon M22 || om. natural S22

² om. que Y14, T14

³ la] le EN5 || viene] conuiene EN5 || om. a EY4, S22

⁴ ca] que Y14 || ca + ele AN3 (Z15 add. el) || han] ha EY4 || el] a M94, EY4, S22

mera persona por cuya razon se mueuen los pleytos, sobre que despues ha de venir el juyzio. ⁵E por effo queremos primero fablar del. E mostrar, que cosa es demandador. ⁶E como deue catar, quien es aquel, a quien quiere fazer su demanda. ⁷E que cosa es aquella, quel quiere demandar. E ante quien deue fazer su demanda. ⁸E el tiempo en que la quier fazer. E que derecho, o que recabdo ha por si para aueriguar, aquello que quiere demandar. ⁹E en que manera deue fazer su demanda. ¹⁰Onde catando todas estas cosas, el demandador fabra mostrar, e demandar su derecho como deue, ¹¹ante aquellos que han poderio de fazer la Iusticia.

⁰*Ley. I. Que quiere dezir demandador.*

¹Demandador derechoero es aquel que faze demanda en juyzio, ²por alcançar derecho, quier por razon de debda, o de tuerto que ha recebido, en el tiempo pa-

⁵ esto + mismo T14 || om. primero T14 (add.) || primero] primeramente M94 || fablar post del EN5 || demandador] demanda EN5 || demandador + τ contrayro AN3 || demandador + que la ha de demandar V88

⁶ om. 6 AN3 || catar] saber Z15 || como deue] de T14 (c. post. como deue) || om. su S22

⁷ demanda + et en que manera T14

⁸ om. E el... demandar Y14 || E₂ + en que manera τ en que T14 || om. el T14 || en que la quiere] deue T14 || fazer + su demanda + onde catando todas estas cosas (tachado) T14

⁹ deue] quier S22 || fazer iter. S22

¹⁰ mostrar τ demandar] demandar τ mostrar EY4 || demandar + todo T12

¹¹ iusticia + dello T12, T14, AN3, MV6, M94, Z15, V88, M22 (add. post. marg.)

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ derechoero] derecho Y14 : derecho T12, T14 (c. post.), M94, M22, MV6 || om. derechoero AN3

² om. quier Y14 || derecho + si T14 || debda + quel deuen T14 || de₂ + otro M94 || tuerto] debdo M94

fado, ³de que non ouo iusticia, o de lo que fazen en aquel en que esta, ⁴tomandole, o embargandole aquello, de que es tenedor, o en que ha algun derecho. ⁵Effo mismo de lo que atiende, que deue auer en el tiempo que es por venir, ⁶del quel femeja, que le fazen cosa, porque adelante, puede ser embargado, o perderlo todo.

⁰*Ley. II. Como el demandador deue catar a quien fazer la demanda.*

¹Demanda queriendo fazer vn ome a otro en juyzio, ²deue catar ante que la comience, quien es aquel contra quien la faze. ³Ca por aventura tal ome seria, contra quien non la podria fazer sobre todas cosas. ⁴Ca si fueffe padre, o abuelo que lo touieffe en su poderio non puede fazer demanda contra el, ⁵por el debdo

³ om. de₁ Z15, S22 || que₂ + lle Y14 : le T12 : l' T14, M94, S22, V88 : lhi AN3 || lo] la M94 || aquel + tiempo T12, AN3 || delo] del M22, MV6

⁴ om. embargandole Y14 || de] a EN5

⁵ mismo + dizemos Y14, AN3: dezimos T12, T14, M94, EY4, V88 : dizimos Z15 || Effo + dezimos EN5 || om. mismo EN5 || que₂ + lhi AN3 || atiende] tiene Y14, T14, M22, MV6, M94, S22, Z15, EY4, EN5, V88 : detiene AN3 || om. que₂ EN5 || por] de S22

⁶ por] de T14 || om. que₃ Y14, S22, M22, MV6 || adelante + le T12, T14, M94, EY4, V88 || adelante + que S22, M22 || adelante + que le MV6

⁰ [Epígrafe ley II]

¹ queriendo] que tiene de MV6

² que + la faga τ EY4 : la faga τ ante que EN5 || quien] que EN5 || om. es Z15 (c. post.)

³ Ca] Et S22 || om. ca... fazer Y14 || tal omne post seria EY4, EN5 || om. contra EY4 || quien] que EY4 || om. non Z15 (c. post.) || om. la S22 || fazer + o EN5 || estas + todas EY4

⁴ touieffe] ouieffe S22 || om. lo Y14 || fazer] mouer T12, T14, Y14, S22, Z15, EY4, AN3, M22, MV6, V88 : auer M94, EN5 || demanda + alguna EY4

⁵ dela] et Y14 || biue] uiene Y14 || om. e₁ Z15, EY4, EN5

de la naturaleza, e del señorio que sobre el ha: e otrofi porque biue con el deffo vno. ⁶Effo mismo dezimos de los que estuuieffen en poder de los que los ouieffen porfijado que les son otrofi en logar de padres. ⁷Pero razones ay, porque tambien contra el auuelo, ⁸como contra el padre natural, en cuyo poderio estuuieffen: ⁹e avn contra el que ouieffe porfijado, podria el que estuuieffe en su poder, mouer demanda en juyzio, ¹⁰sobre cosas que fueffen fuyas quitamente: ¹¹afsi como de aquellas ganancias que los caualleros fazen de las soldadas, ¹²que les dan sus señores por el seruicio que dellos reciben, ¹³e de lo que ganan en guerra, por razon de su trabajo. ¹⁴E esto fizieron los antiguos por honrra de la caualleria, ¹⁵e porque los omes ouieffen sabor de la mantener, e de non olvidar los fechos de las armas, ¹⁶entendiendo que fin el precio, e la honrra que ende han, les viene

⁶ *om.* los₁ Z15 (*add. post.*) || ouieffen] obedescen Y14 || en] con EN5 || son + tenidos Y14 || otrofi + como T12, T14 (*add. interl.*), Y14, M22, MV6, S22, AN3, Z15, EY4, EN5, V88

⁷ tambien + es EY4 || el auuelo *post* contra M94

⁸ como] τ V88 || *om.* en cuyo poderio estuuieffe T14 (*add. post.*)

⁹ *om.* e avn contra el T14 (*add. post.*) || el + otro EN5 || *om.* en su poder T14

¹⁰ affy *iter.* S22 || fuyas] ffeñaladas EN5

¹¹ *om.* fazen EN5

¹² Ø

¹³ e] o T12, T14, Y14, Z15, AN3, M22, MV6, EY4, EN5, V88

¹⁴ los + sabios EY4 || honrra] razon T14 || *om.* la Z15 (*add. post.*)

¹⁵ *om.* la Y14, M22, T14 (*add. mano post.*) || non + deuen EY4 || *om.* los T12, T14, Y14, Z15, AN3, M22, MV6, M94, EY4, EN5, V88 || por + tal AN3 || olvidar] escaecer AN3

¹⁶ *om.* el Y14 || e₁ + fin EN5 || fin] ffrom AN3 || el] a AN3 || precio] pro] AN3 || la] a AN3 || dela + eo AN3 || ende *post* uiene EY4 || han + que T12, T14, Y14, S22, Z15, AN3, M22, MV6 || dellas *post* pro EY4 || dellas] ende T14 (*c. post.* dellas)

dellas pro e bien. ¹⁷Effo mismo pufieron de lo que los maestros ganan en las escuelas, por los saberes que muestran a los omes ¹⁸que les fazen fer mas entendidos, de que viene gran pro a la tierra. ¹⁹Otro tal fizieron, de las ganancias que fazen los juezes e los escriuanos, ²⁰en razon de las soldadas, que ganan en las cortes de los Reyes, o en las cibdades, o en las villas. ²¹E bien afsi como otorgaron esto a las ganancias que fazen los caualleros por honrra de la caualleria, ²²e porque guerrean contra los enemigos: ²³otrofi tuuieron por derecho, que lo ouieffen estos oficiales sobredichos, que son como guerreros, e contralladores, ²⁴a los que embargan la justicia, que es otra manera de muy grand guerra, que vfan los omes en todo tiempo. ²⁵Otro tal feria, si acaecieffe contienda entre el padre e el hijo: ²⁶o el nieta, e el auuelo, e razon a su

¹⁷ escolas + ou os bachaleres polas artes τ AN3 || por los saberes] polas sciencias AN3 || *om.* los₂ EN5 || saberes] saber EN5 || homes + por AN3

¹⁸ *om.* les fazen fer] ffrom AN3 || mas + sabedores τ mas EY4 || de] en M22

¹⁹ tal + dereyto AN3 || fizieron] posier AN3 : posieron T12, T14, Y14, Z15, S22, AN3, M22, MV6, M94, EY4, EN5, V88 || *om.* fazen AN3 || escriuaões + am AN3

²⁰ en] por AN3 || cortes] tierras T12 || Reyes] señores T12, T14, Y14, S22, Z15, AN3, M22, MV6, M94, EY4, EN5, V88 || o₁] τ S22, M22, MV6 || o₂] τ S22

²¹ *om.* E S22, M22, MV6 || a] τ S22 || *om.* a las ganacias M22, MV6

²² guerrean] fazen guerra AN3

²³ por + bien τ por EY4 || oficiales + por Y14 || *om.* sobredichos Y14 || sobredichos + por T12, T14, S22, AN3, EY4, V88, EN5 (*add. post.*) || o (lo) + que AN3 || contralladores] contrallos M22 : contrariadores MV6, V88 : contraiadores + τ contrayros AN3 || tuuieron por + bien τ por T14

²⁴ que embargan] embargâtes AN3 || de muy grand] como de M94

²⁵ *om.* otro tal si Y14

²⁶ nieta o el auuelo] auuelo o el nieta

linaje, negando el vno al otro, el parentesco que ouieffen deffo vno ²⁷o non le queriendo dar lo que ouieffe menester: podiendolo fazer. ²⁸E avn dixieron los fabios antiguos, que si alguno de estos fueffe tan brauo ²⁹contra el que touieffe en poder fuyo, quel dieffe tan fuerte vida, que la non pudieffe sofrir, ³⁰o le consejasse o quel dieffe carrera para fazer alguna maldad, que entonce bien podria mouer pleyto contra el ³¹para mostrar el agrauamiento que le fizieffe, para salir de su poder. ³²Otrofi mandaron, que si el padre, o el auuelo, que touieffe en su poderio al fijo, o al nieto, ³³que ouieffe auido alguna cosa de otra parte, e non por razon de ninguno dellos, ³⁴que si gelo desgastasse, o gelo mal metieffe, en tal

T12, T14, Y14, S22, AN3, M22, MV6, M94, EY4, EN5, V88 || *om.* o el nieto Z15 || *om.* e2 Y14 || ffo vno] confuno Y14, T14 || *om.* deffo vno ... ouieffe (27) AN3

²⁷ *om.* de ffo vno (26)... ouieffe AN3 || ouieffe] fosse Y14 : fueffe T12, T14, M94, M22, MV6, S22, Z15, EY4, EN5

²⁸ dixeron + mas Y14, T12, T14, M94, M22, MV6, S22, Z15, EN5, V88 : mays AN3 || *om.* fabios Y14, T12, T14, M94, M22, MV6, S22, Z15, AN3, EN5, V88 || *om.* tan AN3

²⁹ *om.* que1 Y14 || fuyo] fu Y14, T12, V88, S22, AN3 (ffeu) || poder *post* fu Y14, T12, T14, M94, M22, MV6, S22, Z15, V88, AN3 (ffeu) || poder + o V88 || la] lo T12 || *om.* non Y14

³⁰ consejasse] enignasse Y14 || *om.* que1 V88 || carrera + o dixieffe EY4 || para] por EY4 || fazer] fizieffe EY4 || maldad] mala estança Y14 || podria] deue T12 || *om.* alguna Z15, EY4 || *om.* bien EY4 || mouer + demanda o EY4 || *om.* el MV6 (*add. post.*)

³¹ *om.* el AN3

³² mandaron + los fabios antiguos T12, EY4 || *om.* fu Y14 || poder] poderio Y14, T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, AN3 || *om.* en su poder AN3 || *om.* que2 Z15 (*add. post.*)

³³ auido] coyado (?) Y14 || auido] de ffeu AN3 || ninguno] alguno EY4

³⁴ *om.* si1 S22, Y14, T12 || malmetieffe + que Y14, T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, EY4, EN5, V88 || *om.* o malmetieffe AN3

razon como esta, bien podria el que estuuieffe en poder del otro, ³⁵seyendo de edad, demandarle en juyzio, que le entregue de aquellos bienes. ³⁶E si non ouiere edad complida, deue el juez ante quien acaeciére este pleyto, ³⁷escoger omes buenos, e fin sospecha, e darles en guarda aquellos bienes. ³⁸Pero si el padre, o el auuelo fuere menguado, deue le dar de las rentas, o de los frutos de estos bienes, ³⁹lo que fuere menester, para en su vida, e lo al guardarlo para cuyo es: ⁴⁰de guifa, que non gelo enagenen, nin gelo malmetan mas que le finquen en saluo, ⁴¹para acorrerfe dello, afsi como de lo fuyo, quando le fuere menester.

⁰*Ley.III. En que manera puede el fijo, o el nieto demandar al padre, e al abuelo despues que fuere salido de su poder.*

¹Salen a las vegadas, los fijos, e los nietos, de poderio de sus padres, e de sus auuelos, ²afsi como mostramos en el titulo que fabla enesta razon. ³E despues

³⁵ edad] yda Y14 || le] lo Y14 : la M94 || *om.* le EY4 || aquellos + sus Y14, T12, T14, M94, M22, MV6, Z15, AN3, EY4, EN5, V88 || *om.* de AN3 || beës + que del tē AN3

³⁶ deue] daria EN5 || quien + se Y14 || este] aquel Y14 ; aqueste EY4 || pleyto + τ EN5

³⁷ Ø

³⁸ padre + le da las rentas EN5 || *om.* bienes AN3 || *om.* de1 S22, MV6, EN5 || *om.* o2 M22, MV6, EN5 || o2] τ EY4

³⁹ para2 + aquellos Y14, T12, T14, S22, AN3, V88

⁴⁰ mas que + gelo guarden τ M94 || en saluo] ffo salario EN5

⁴¹ le] les S22

⁰ [Epigrafe ley III]

¹ e2] o Y14, T12, T14, EY4, EN5

² mostramos] mostraremos Y14, T14, AN3 || mostraremos + na quarta parte deste liuro AN3

³ *om.* mismos T14 (*add. interl.*), EN5 || estos + atales M22

que son falidos de su poder, si alguna demanda han estos mismos, ⁴contra aquellos, en cuyo poder ante eran: bien gela pueden entonce demandar en juyzio. ⁵Pero enesta manera, que enante que los emplazen, muestren su querella al judgador del lugar, ⁶demandandol, que les otorgue, que los pueda emplazar, e el deue lo fazer. ⁷Fueras ende, si entendiessse, que la demanda era atal, de que podiessse nacer muerte, o perdimiento de miembro, o enfamamiento, ⁸a aquellos sus mayores, a quien quieren emplazar. ⁹Ca atal demanda como esta non les deue ser otorgada, que la puedan fazer, e esto por dos razones. ¹⁰La primera porque non guardarian a sus mayores aquella honrra, e aquella obediencia, ¹¹que naturalmente eran tenudos de les guardar, faziendo tal demanda contra ellos. ¹²La otra por el linaje que han con ellos. Ca si acaeciese, que por la su demanda, ouieffen de recibir, algunos destos males sobredichos: ¹³aurian muy gran deshonrra en ello, aquellos por cuya demanda

les vinieffe. ¹⁴Pero si gran tuerto ademas les fiziessen en sus cuerpos, o en lo fuyo, ¹⁵por tal razon como esta, bien podrian demandar en juyzio, que gelo enderecassen ¹⁶porque ouieffen emienda dello, de manera que non recibieffen daño en las personas, nin deshonrra, nin denuesto. ¹⁷E todas estas cosas sobredichas, son tenudos de guardar, aquellos, que ouieffen sydo captiuos, ¹⁸e despues aforrados, quando quisiessen mouer pleyto, o demanda, a aquellos que los aforraron. ¹⁹Ca derecho es, e muy guisada cosa, que siempre aya gran reuerencia, ²⁰el fieruo a su señor, que le faco de premia, e de seruidumbre, e lo torno a libertad. ²¹Ca los antiguos, por tanto lo judgaron, como si lo fiziessse ome de nuevo.

⁰*Ley.III. Que hermano a su hermano, non puede fazer demanda en juyzio, si non por cosas señaladas.*

¹Hermano contra hermano, non puede fazer demanda en juyzio, sobre cosa, ²por-

⁴ om. ante... demandar Y14

⁵ Ø

⁶ om. demandandol EY4 || que los pueda] poder a que les pueda demandar EY4 || el + juyz Y14 : + juez T12, V88, T14, M22, MV6, M94, Z15, S22, EN5 : + juiz AN3 : + juez puede τ EY4

⁷ miembro] mjenblo S22

⁸ sus + naturales τ EY4 || mayores] naturales EN5

⁹ puedan] deuan M94 || dos razones] sus mayores M94

¹⁰ la] lo M22, MV6 || primera] una Y14, T12, V88, AN3, T14, Z15, M94, S22, EY4, EN5 : uno M22, MV6

¹¹ naturalmente post guardar EY4 || les] los Y14, T12, T14, S22, AN3 || om. les V88 || fazendo + lhis AN3

¹² om. destos Y14 || om. su M22 (add. margen) || om. alguno (de) AN3

¹³ om. muy EN5 || om. por Y14 || om. los Y14 || vinieffe] ouieffen Y14, EN5 : auinieffe S22 || aurian] cayre T12 || iter. auriem muy... sobredichos (tachado) M22 || cuya] que esta M22

¹⁴ o] τ todos

¹⁵ Ø

¹⁶ de] en EN5

¹⁷ aquellos] aquello + de Y14 || feydo] ffeyendo EN5

¹⁸ despues + los S22 || aforrados] afforraron S22 || aforrados + despues Y14 || om. o demanda S22 || a] contra Y14, T12, V88, T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5 || om. que los aforraron S22

¹⁹ ca + de EY4 || es post cosa EN5 || aya + muy Y14, T12, AN3, EY4 || grande post reuerencia + muy M94

²⁰ fieruo] omne Y14, T12, V88, AN3, T14, Z15, M94, M22, MV6, EN5 : los omnes EY4 (S22 ileg.) || om. lo Y14 || su señor] sus señores EY4 || om. e₁ T14, M22, MV6, M94, Z15, EY4, EN5 || torno] tornaron EY4

²¹ om. por M94 || om. ome de T14 (add. interl.) || nuevo] ? Y14

⁰ [Epígrafe ley IV]

¹ Ø

² om. por T12, AN3 || por] a M94 || recibieffe] deuiessse recibir Y14, V88, T12, T14,

que recibieffe muerte, o perdimiento de miembro, o fer echado de la tierra. ³Fue-
ras ende, si lo fizieffe, por fecho que tan-
xesse a el mismo. ⁴Afsi como, si el se tra-
bajasse por si de lo matar, o de le fazer
perder miembro, o de otra cosa, ⁵que se
le tornasse en muy gran deshonna, o si
le quisieffe deferedar sin derecho, ⁶o por
muerte de señor, que le ouieffe muerto a
traycion, non auiendo otri, quien lo de-
mandasse, ⁷o por fecho de otra gran tray-
cion, que tanxesse al Rey, o al reyno.

⁰*Ley.V. Que el marido, e la muger,
non se pueden demandar en juyzio,
si non por cosas señaladas.*

¹Marido, e muger, son vna compañia, que
ayunto nuestro señor dios, ²entre quienes
deue siempre fer verdadero amor, e gran

*M94, EY4, EN5 || muerte + el mismo T14
(tachado)*

³ Fuera ende] conde S22 || *iter.* fuera
ende M94 || *om.* ende EN5 (*add. mano post.*)
|| tanxese] acaçesse AN3 || a] en EY4

⁴ el + otro Y14, T12, V88, AN3, T14,
Z15, M94, S22, M22, MV6, EY4, EN5 || por
sy + o por otro post lo matar Y14, T12, T14,
M94, Z15, S22, M22, MV6, EY4, EN5 || lo]
le T12, T14, M22, MV6, Z15 || le post fazer
Y14, T12, T14, Z15, M94, S22, M22 || *om.* de₂
S22

⁵ deferedar] defonrrar T14 (*correg. in-
terl.*)

⁶ de + ffeu AN3, EN5 || demandasse]
mandare S22

⁷ *om.* fecho de AN3 || de + muy T12 ||
om. otra T12 || otra + muy Y14, AN3, M22,
MV6, S22, Z15 || grande post traycion + muy
M94 || tanxieffe] cayesse EN5

⁰ [Epígrafe ley V]

¹ muger + que M22 || nuestro señor
post dios M22 || *om.* nuestro señor Y14 || dios
+ uerdadeyro AN3 || *om.* dios EN5

² entre] en T12 || siempre post fer Y14,
AN3, M22, MV6, S22, M94, EY4 || siempre +
muy Y14, AN3, M22, MV6, S22, M94 || *om.*
siempre Z15, T14 (*add. otra mano*) || fer +
muy T14, Z15 || fer + muy post fer EN5 || fer]
aber Y14 || *om.* e gran auenencia S22

auenencia. ³E por ende touieron por bien
los fabios antiguos, que los maridos vsen
delos bienes de sus mugeres, ⁴e se aco-
rriessen dellos, quando les fueffen me-
nester. ⁵E otrofi que gouernassen ellos a
ellas, e que les dieffen aquello que les
conuenia, ⁶segund la riqueza, e el pode-
rio, que ouieffen. ⁷E maguer que acae-
ciece que el vno tomasse de las cosas del
otro, ⁸que aquel a quien fueffen tomadas
non le podieffe fazer demanda por ellas
en juyzio, ⁹como por razon de fuerça, nin
el, nin sus herederos. ¹⁰Mas touieron por
bien, e por derecho, quel podieffe de-
mandar, que le tornasse aquello que le
auia tomado, ¹¹de lo fuyo a fin razon, o

³ *om.* por AN3 (*add. otra mano*) || vsen]
usaffen Y14, T12, S22, M22, MV6 || sus] las
EY4

⁴ quando] u Y14 : hu AN3 : do T12, T14,
M22, S22?, M94, Z15, EN5 : o MV6, EY4

⁵ *om.* ellos Y14, T12, T14, V88, AN3,
M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5 || a
ellas] a (tachado) ellos T14 || *add. interl. otra
mano a ellas T14* || aquello] lo Y14, T12, V88,
T14, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5,
AN3 (o) || conuenia] ouieffen menester T12 :
conuinieste + ffe EN5

⁶ la riqueza e el poderio] el poderio e
la riqueza Y14, T12, V88, T14, AN3, M22,
MV6, S22, M94, Z15, EY4 || *om.* la riqueza...
cosas (7) EN5 || e] de M94

⁷ *om.* (6)... cosas EN5 || *om.* E Y14 ||
delas] algũas AN3

⁸ demanda + al otro Y14, M94, EY4 ||
om. demanda EN5 || fazer + al otro EN5 ||
por] sobre Y14, T14, EY4, EN5 || fazer dema-
nada post per elas AN3

⁹ fuerça] furto Y14, M22, MV6, S22,
M94, EY4, EN5

¹⁰ *om.* por bien e Y14, T14, AN3, M22,
MV6, S22, M94, Z15, EN5 || *om.* le₂ Y14 ||
om. le₃ M94, V88

¹¹ de lo fuyo post razon Y14, T12, V88,
T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4,
EN5 || *om.* a Y14, T12, V88, T14, AN3, M22,
MV6, S22, M94, Z15 || fuyo + τ que se lo tor-
nasse M94 || otro + gran Y14, T12, T14, AN3,
M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5, V88 ||
tanto] tuerto + o daño si lo ouieffe rescebido

que le fizieffe emienda de otro tanto. ¹²E otras demandas, non se deuen mouer de que les nacieffe denuesto, o mala fama, ¹³o porque ouieffen de recibir pena de justicia, en los cuerpos, en quanto durare el matrimonio. ¹⁴Fueras ende, si fueffe en razon de adulterio, que alguno dellos fizieffe, ¹⁵o sobre razon de traycion, que fizieffe alguno dellos, contra el Rey, o contra su señorio, ¹⁶ca en tales cosas como estas sobre dichas, quando nacieffen en-

el uno del otro Y14, T12, T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5, V88

¹² otras + cosas EN5 || demandas] demandadas EN5 || deuen] pueden S22 || deuen] pueden + fazer nin EY4 || om. de M22, MV6, Z15 || de] a S22: por T12 || que + aquellos; om. les EY4 || denuesto] de osto AN3 || om. fama M22 (add. post.)

¹³ om. de recibir AN3 || o por] de T14 (corr. post.) || quanto] mētre AN3 || om. en quanto durare el matrimonio EN5 (add. interl. otra mano)

¹⁴ om. ende T14 (add. interl.) || om. que alguno dellos fizieffe Y14, T12, T14, AN3, M22, MV6, M94, Z15, EY4, EN5, V88, S22

¹⁵ traycion] razon AN3 || om. sobre T14 (add. post.) || alguno] el uno Y14 || om. dellos AN3 || fizieffe post alguno dellos Y14, T12, T14, M22, MV6, S22, M94, Z15, V88 || fizieffe] quiseffe fazer EY4, EN5 || fizieffe + o quiseffe fazer contra el o contra el otro o Y14, T12, T14, AN3, M22, MV6, M94, Z15 || fizieffe + o quiseffe fazer contra al otro o V88, S22 || contra₁ + su señor Y14, T12, V88, T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5 || rey + o al regno Y14, T12, V88, T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5 || om. o contra su señorio T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5, Y14, T12, V88

¹⁶ om. ca EN5 (add. post.) || ca] que Y14 : et M22, MV6, AN3 : quando M94 || om. en Y14, AN3, M22, MV6, M94 || om. estas... quando Y14 || om. como... quando M94 || om. como... sobredichas T12, AN3, M22, MV6, S22, Z15, EY4, EN5, V88 || om. como... nacieffen T14 (add. post. quando acaescen) || nacieffe] acaescen Y14, T12, AN3, M22, MV6, S22, M94, EN5 : acaescieffen Z15, V88, EY4 || om. entre ellos Y14, T12, T14, AN3, M22, MV6, S22, M94, Z15, EY4, EN5, V88

tre ellos, ¹⁷bien se pueden demandar en juyzio, para auer derecho.

⁰Ley.VI. Que los criados, e seruientes non deuen traer a sus señores en juyzio si non por cosas señaladas.

¹Seruientes, nin criados que ome tenga en su casa, que biuan a su bien fecho, o por folada que del tomen, ²non puede ninguno dellos, mouer demanda, contra aquel con quien biue, o biuio ³sobre cosa de quel podieffe venir muerte, o perdimiento de miembro, o de su fama, ⁴o de gran partida de su auer, a tanto que ouieffe fincar pobre si lo perdieffe, ⁵E si alguno dellos, tal demanda mouieffe, contra qualquier delos que de sufo diximos, ⁶en manera de acusacion, non le deue ser cabida, e demas deue morir por ello. ⁷Fueras ende, si lo fizieffe por descubrir

¹⁷ Ø

⁰ [Epigrafe ley VI]

¹ om. que biuan Y14 || om. y₂ Y14 || om. su EN5 (add. otra mano) || fecho] fazer Y14, AN3, T14 || por + su Z15 || tomen] tenha AN3 || del + tenga o EN5 : tiene o EY4 || om. del M22, MV6

² mouer] auer EN5 || mouer + pleyto nin T12 || contra post aquel S22 || uiuio + ante T14 || uiuera + ante AN3 || uiuia + en ante Y14, EN5 || uiuio + en ante T12, M22, MV6, M94, Z15, S22, AN3, V88 || beuieron + en ante EY4

³ de₁ + algun Y14, T14, AN3, M22, MV6, S22, Z15, EN5 || miembro + alguno T12, EY4

⁴ partida] perdida T12, Y14, T14, M22, S22?, M94, EY4 ; departamento AN3 || ouieffe + de T14, Z15, M22, S22, AN3, EY4, EN5 || ouieffe + a T12, Y14, MV6, M94

⁵ quier + dellos EY4 || delos] dellos S22 || om. tal demanda EN5 || mouieffe] fizieffe EN5 || diximos + como T14, Z15, AN3, EY4, EN5, T12, S22, M22, MV6, M94

⁶ en] de T14 || om. ser AN3 (add. post.) || cabida] recebido T14 (c. post. cabida) || ello] ende AN3

⁷ Fueras] Salvo S22 || Fueras ende] ergo AN3 || om. lo AN3 || fizieffe] fosse AN3 || al₁] en el EY4

traycion, que tanxeffe al Rey, o al reyno, ⁸o alguna delas otras personas, que son ayuntadas a el, ⁹porque podieffe caer en pena de traycion, si lo non dixeffe. ¹⁰E esto es, porque maguer son tenudos a los señores con quien biuen por el bien fecho que reciben dellos, ¹¹mayormente lo deuen ser al rey que es señor natural, tambien de aquellos con quien biuen, como dellos mismos. ¹²E otrofi por naturaleza, e al bien fecho, que reciben del, tambien ellos, como fus señores.

⁰*Ley. VII. Quando el huerfano puede entrar en juyzio sin su guardador.*

¹Contra el fijo, o el nieto, que estouieffe en poder de su padre, o de su abuelo, ²auiendo alguno a fazer demanda en juyzio, apercebido deue ser el que la quiere començar, ³que la faga, estando delante el que lo tiene en su poder. ⁴Ca de otra guifa, non gela podria fazer con derecho.

⁸ Ø

⁹ lo *post* non T12, T14 || dixieffe] troxieffe EN5

¹⁰ por₂ + razon d' T14, Z15, M22, MV6, AN3, S22, EY4, EN5, V88, T12, Y14, M94

¹¹ es + fus T12 || dellos] daqueles AN3 || *om.* dellos mismos... como (12) M94

¹² *om.* dellos mismos... (11) Et otrofi... ellos M94 || otrofi + el regno Y14 : + al regno T14, Z15, MV6, S22, AN3 (ao), EY4, EN5, T12, V88, M94 || e₂ + por ; del] della Y14

⁰ [Epígrafe ley VII]

¹ o₁ + contra T12 || padre + o de su madre T12, EY4

² *om.* alguno EY4 || *om.* en juyzio Y14 || demanda + a estos atales Y14, EY4 || quiere + fazer τ AN3 || començar] fazer Y14 || juyzio + a aquellos atales T12, T14 (estos) || juizio + et estos atales EN5 || començar + de guifa que AN3

³ *om.* que la faga AN3 || estando] este AN3 || *om.* estando M22, MV6 || delante *post* el] aquel Y14, EY4 || el] aquel T12, T14, S22, AN3 || *om.* fu EN5

⁴ Ca] Et S22 || gela] lo T14 (*c. post.* gela), AN3 (o) || fazer + en juizo AN3 || con] de AN3

⁵Pero si el que lo ouieffe en guarda, non fueffe en la tierra, ⁶deue el querellofo, pedir al juez del lugar do quiere fazer la demanda, ⁷quel de algund ome que tome en guarda, a aquel a quien quiere demandar, ⁸quanto en aquel pleyto, e que sea como fu personero en el, e el juez gelo deue dar. ⁹E entonce este que quiere demandar, puede fazer su demanda seguramente. ¹⁰Effo mismo dezimos, que deue ser guardado quando aquellos que diximos, que estan en poder de otro, ¹¹quieren començar alguna demanda en juyzio, contra otros. ¹²Ca si aquel que tiene en su poderio, algunos dellos, non fueren en la tierra, do quiere fazer la demanda, ¹³el fijo, o el nieto, la pueden por si mismo fazer, seyendo mayor de veyntecinco años. ¹⁴Mas si fueffe menor, el juez del lugar, le deue dar alguno que sea su guardador, en aquel pleyto, ¹⁵e que le

⁵ ouieffe] touieffe + en poder o EY4 || guarda + ante AN3

⁶ del + su MV6 || del] deste Y14 : de su T12 : deffe T14, S22, Z15, EY4, EN5

⁷ *om.* quel de algun T14 || *om.* de EY4 || algun] alguno S22, EY4 || *omne post* tome + un T14 || *om.* omne EY4 || tome] uiese ? S22

⁸ quanto + he (es) AN3 || sea + aly T12, EY4 || *om.* como Y14 || *om.* ge M94 || gelo *post* deue T12, Y14, M94, M22, MV6, AN3, Z15, EY4, EN5

⁹ que + le Y14, T12, AN3 (o), T14, Z15, M94 || fazer] poner Y14 || seguramente + Et S22

¹⁰ quando] por T14 (*c. post.* quando) || de otro] ageno T12, T14, S22, V88, M94, M22, MV6, Z15, EY4, EN5 : alleno Y14 : alhẽo AN3

¹¹ començar + a demandar ; demanda] cosa EY4 || *om.* en juyzio T14 || en juyzio *post* otros M94 || *om.* alguna demanda... otros EN5

¹² *om.* si aquel... la demanda EN5 || aquel] aquellos || *om.* que T12 || de] τ S22

¹³ por sy mismo *post* fazer EY4 || *om.* fazer EN5 (*add. margen*) || veyntecinco] xv EN5

¹⁴ menor] mayor AN3 || lugar] julgador Y14 || *om.* le Y14 || le] lo S22 || en aquel pleyto *iter.* Z15

¹⁵ *om.* e S22 || en la demanda] de manera T12, V88, EY4, S22, M22, MV6, T14, AN3, M94, Z15 : en aquella manera Y14 : en

ayude, en la demanda, que non reciba engaño della. ¹⁶E desta guisa puede fazer su demanda, ¹⁷maguer non este delante: aquel en cuyo poder esta.

[...]

[Título III]

⁰*Ley .X. Por quales defensiones non se pueden escusar los demandados que non respondan a la demanda.*

¹Defensiones ponen a las vegadas los demandados por si, ante que respondan a la demanda, ²diziendo que non deuen responder a ella, porque aquellos que la fazen son sus fieruos. ³Otrofi es, quando alguno demanda herencia de su padre, ⁴e le dize el demandado, que non es tenuto de responderle, ⁵negando que el demandador non es fijo de aquel, por cuya razon la faze. ⁶O si por ventura faze alguna manda, que dize quel fue dexada en testamento, ⁷e el demandado dize que non es tenuto de responder a ella, porque el testamento fue falsado. ⁸E por ende dezimos que por tales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, ⁹que

manera EN5 || della] enel T12, V88, T14, Y14, AN3, S22, M94, Z15, M22, MV6, EY4, EN5

¹⁶ Ø

¹⁷ Ø

⁰ [Epígrafe ley X]

¹ a las uegadas *post* demandados T12 || por *sy post* demanda M94

² diziendo] dizen AN3

³ *om.* es T12, Y14, M22, MV6

⁴ *om.* dize AN3

⁵ *om.* de aquel... faze EN5

⁶ O] et S22 || *om.* si M94 || *om.* por uentura EN5 || faze] pide *todos* (pede AN3) || manda] demanda T12, S22, M94, Y14, EY4, AN3, Z15 (*borra de-*), EN5 (*borra de-*) || diz + o demandador AN3 || dexada] mandada AN3 || en + algũu AN3 || en + el EY4

⁷ falsado] falso *todos*

⁸ Ø

⁹ los + omnes EY4 || demandados] de-

los demandados pufiessen ante si, para embargar la respuesta, que non se deue el judgador, detener por ellas, ¹⁰de yr adelante, por el pleyto principal. Ante dezimos, que deue constreñir al demandado, ¹¹que llanamente responda si, o non, a la demanda quel fazen. ¹²E despues que ouiere respuesta, deue el judgador recibir, aquellas defensiones, ¹³e yr adelante por ellas en vno, con el pleyto principal. ¹⁴E si las fallare verdaderas, deue dar por quito al demandado, de toda la demanda, quel fazen, ¹⁵e si fueren mentirosas, e el demandador prouare su intencion, en el pleyto principal, ¹⁶deue dar la sentencia contra el demandado, e condenallo, ¹⁷por las despenfas, que fizo el demandador en razon, de aquel pleyto, afsi como de fuso es dicho.

⁰*Ley .XI. Por quales defensiones, puede el demandado embargar el pleyto principal fasta que sea dado juyzio sobrellas.*

¹Aduzen defensiones los demandados, non tan solamente, ante que el pleyto sea

mandadores S22 || *om.* que₂ Y14 || ellas] eyllos MV6 || ellas + τ deue AN3

¹⁰ *om.* principal ... (11) non Z15 (*add. post.*) || *om.* principal ... respuesta (12) AN3

¹¹ *om.* (10) principal... non Z15 (*add. post.*) || *om.* si o non M22, MV6, S22 || si o non *post* fazen Y14 || *om.* todo AN3

¹² *om.* principal (10)... respuesta AN3 || *om.* todo Y14 || respuesta] respondido T12, EY4 : respuesta EN5, Z15, M22, MV6, S22, M94, V88 || recibir] responder a EN5 || por] con EN5 || con] en M94

¹³ *om.* 13 Y14 || *om.* adelante S22

¹⁴ *om.* 14 Y14, M94

¹⁵ *om.* 15 M94

¹⁶ ffentença + affi AN3 || e condenallo] condãdoo AN3 : condepnandol Z15, M22, MV6, M94, Y14, V88, T12 : condenandolo S22, EY4

¹⁷ por] en AN3, EY4, EN5, Z15, M94 || despenfas] costas EY4, EN5 || *om.* de fuso AN3 || es] he *post* dicho] dito AN3 || es dicho] dixiemos Y14

⁰ [Epígrafe ley XI]

¹ Ø

començado por respuesta, ²afsi como diximos en la ley ante desta: mas aun despues. ³E esto feria, quando aduxeffen alguno por testigo contra el demandado, ⁴para prouarle aquello que demandaua en juyzio, e el pufiessse defension contra el testigo, ⁵que non deue ser recibido su testimonio, porque non era de edad, o porque era sieruo. ⁶E si el demandador quisiessse prouar su intencion por carta, ⁷e el demandado dixiessse que era falsa, o que non fuera fecha por mano de escriuano publico. ⁸Ca atales defensiones como estas, o otras semjantes dellas, deue las caber el judgador, e non deue yr adelante por el pleyto principal, fasta que de sentencia sobre ellas. E a estas defensiones, ⁹e a las otras que de sufo fablamos, en la ley que comiença conosco, ¹⁰llaman en latin peremptorias, que quiere tanto dezir como amparamiento, ¹¹que remata el pleyto. E son de tal natura, que las pueden las partes poner, ante que el pleyto sea començado por respuesta. ¹²E aun despues, fasta que venga el tiempo, en que quieran dar juyzio.

² Ø

³ feria + como EY4, EN5 || aduxiesssen] traxiesssen M94 || aduffen *post* alguu AN3 || demandado] demandador S22

⁴ que demandaua] quel demandauan Z15, M22, EN5 ; que demandan M94, MV6: quel demandan S22, T12 || demandado] demandador S22

⁵ *om.* non T12 || era + menor T12 || *om.* por que non era... sieruo M22 (*add. post. margen*)

⁶ E] o T12, EY4 || *om.* si T12

⁷ o₂] τ Z15, AN3

⁸ caber] saber S22 : catar Y14 : reçeber AN3 || E a] Ca S22

⁹ *om.* que comiença M94 || conheçe + aaf uegadas τ AN3

¹⁰ tanto *post* dezir Y14 || peremptorias + deffenssiones S22, M22, MV6

¹¹ poër + ante ffy AN3 || ante *iter.* EY4

¹² tiempo] pleyto M94, M22, Y14 (*corr. post.* tiempo) : + uenga EN5

⁰**Titulo. IV. De los juezes, es las cofas que deuen fazer e guardar.**

¹**A**saz se entiende por las leyes que auemos dichas en los titulos ante deste: ²como los demandadores, deuen ser apercebidos, ante que comiencen sus demandas, ³en catar todas aquellas cofas, porque mas derechamente las puedan fazer, e començar sus pleytos. ⁴E otrofi de los demandados, en que manera deuen responder a las demandas, que les fizieren, ⁵porque cada vno dellos, faga la carrera, que le conuiene, e non faga a los que los han de judgar trabajar en balde. ⁶Mas de aqui adelante, queremos hablar, en este titulo, de los judgadores, ⁷que han de judgar, tambien a los que demandan, como a los demandados. ⁸E mostrar primeramente quantas maneras son dellos. E quien los puede poner. ⁹E quales deuen ser en si mismos. ¹⁰E como deuen ser puestos. E que es lo que han de fazer, e de guardar: ¹¹para ser todo su oficio cumplido.

⁰ [*Epigrafe del titulo IV*]

¹ dichas] dicho EN5

² apercebidos] acordados AN3

³ *om.* todo Y14 || *om.* por S22 || començar] conosco S22

⁴ *om.* ... (3) E otrofi de los demandados Y14 || *om.* E AN3 || *om.* de AN3 || en que manera *iter.* EY4 || fizieren] fazen AN3

⁵ *om.* que₁ M94, Y14, EY4 || *om.* faga₁ EY4 || faga₁] figua T12, EN5 : figa Z15, S22, AN3, M22, MV6 || le] les T12, EY4, M94, Z15 : lhis AN3 || *om.* le Y14 || los₁ + otros T12 || en] de Y14 || balde] maldade AN3

⁶ Ø

⁷ demandados] demandadores S22, M22, EN5

⁸ Ø

⁹ *om.* 9 AN3

¹⁰ como] quales AN3

¹¹ oficio + como deue en todo Y14

* ⁰Ley .I. Que quier dezir juez, e quantas maneras son de judgadores.

¹Los judgadores que fazen, sus officios como, deuen: deuen auer nome con derecho de juezes, que quier tanto dezir, como omes buenos, que son puestas para mandar, e fazer derecho. ²E destos y ha, de muchas maneras. Ca los primeros dellos, e los mas honrrados, son los que judgan en la corte del Rey, ³que es cabeza de toda la tierra, e oyen todos los pleytos de aquellos omes, que se agrauian. ⁴Otros y ha aun sin aquestos, que son puestas señaladamente para oyr las alçadas, de los juezes sobredichos. ⁵E tales como estos, llamaron los antiguos sobrejuezes, por el poder que han sobre los otros, afsi como dicho es. ⁶Otros y a que

* Om. L22

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ om. deuen₁ y ₂ M94 || om. deuen₂ EY4, EN5, Z15, M22, S22, T14, Y14, T12, V88, AN3 || auer] an EY4, EN5, Z15, T14, M22, S22, AN3, M94, T12, V88, Y14 || om. de Z15, EY4, EN5, T14, M22, MV6, M94, T12, V88, Y14 || e] o MV6

² om. d' EN5 || om. y EY4, Y14, T14 (add. post.) || ha] han EY4 || om. de S22 || primeros] unos EY4 || om. mas S22 || om. onrrados Z15 (add. margen) || om. son T14 (add. post.)

³ om. cabeça de toda la tierra e oyen Z15 (add. margen: e oyen] do vienen) || e + que T14 || e oyen] (d)o vienen EY4, EN5, Z15, AN3, M94 (o] τ + a ellos), T12, V88, Y14 (o]τ) || oyen en] S22 || de₂ + que M22, MV6, S22, AN3 (+ ffe), Z15, M94 EY4, Y14 : de₂ + los que T14 || aquellos] los Z15, EY4, T14, M22, MV6, AN3, M94, Y14 || om. que₂ EY4, T14, Z15, S22, M22, MV6, AN3, M94, Y14, EN5 (add. post.) || agrauian] guardan Y14

⁴ om. aun T14 (add. interl. post.) || om. sin EY4 || om. que son puestas M22 (add. margen) || los] estos T14, EN5, Z15

⁵ llamaron los + sabios M22, MV6 : sabedores AN3 || om. antiguos AN3 || por + que EY4, EN5 (EY4 tacha)

⁶ om. otras M94 || otras tierras] otra cosa Y14 || om. señalados Z15, AN3

son puestas sobre reynos, o sobre otras tierras señaladas: e llaman los Adelantados, por razon que el Rey los adelanta, para judgar sobre los juezes de aquellos lugares. ⁷Otros juezes y a que son puestas en lugares señalados, afsi como en las cibdades: e en las villas, o alli, do conuiene que se judguen los pleytos, ⁸E aun otros, y a que son puestas por todos los menestrales de cada logar, o por la mayor partida dellos. ⁹E estos han poderio de judgar los pleytos, que acaeçieffen entresi, por razon de sus menesteres. ¹⁰E todos estos juezes, que auemos dicho llaman los en latin ordinarios, ¹¹que muestran tanto, como omes que son puestas ordinariamente para fazer sus officios sobre aquellos que han de judgar, cada vno en los lugares que tienen. ¹²Otra manera ya aun de juezes, aque llaman delegados, que quiere tanto dezir como omes que han poderio de judgar, segund les mandan los Reyes, o los Adelantados, o los otros juezes ordinarios. ¹³E sin todos aquestos, ya aun otros, que son llamados en latin arbitros: que muestra tanto, como

⁷ om. juezes M22, MV6 || om. y T12 || om. o S22, Y14 || om. o alli AN3

⁸ son + dados τ S22, M22, MV6 || om. todos S22 || om. o M22 || mayor partida] meof AN3

⁹ sus] los Y14 || menesteres] menestrales EY4

¹⁰ Ø

¹¹ om. como omes T12, V88 || om. omes Y14 || sin + todos M94 || ordinariamente] ordenadamente todos || aquellos] aquellas + cosas EY4 || han + poder Y14 || uno + dellos T14

¹² om. aun T14 (add. post.) || om. a que llaman S22, M22, MV6 || judgar + algunos pleytos señalados M22, MV6, S22, AN3, Z15, M94, Y14, T14, T12, V88 : a los pleytos señalados EN5 : los pleytos algunos señalados EY4 || o₁] a T14, EY4, EN5 : et T12, AN3, Y14 : || o₂] a T14

¹³ om. ya T14 (add. post.) || om. en latin Y14 || om. muestra AN3 || tanto + quier dizer AN3 || librar] judgar T12, V88 || librar + τ judgar EY4

judgadores de aluedrio, que son escogidos, para librar algund pleyto señalado, con otorgamiento de amas las partes. ¹⁴E cada vno destos judgadores, mostraremos que cosas han de fazer, e de guardar, por razon de sus officios.

⁰Ley .II. *Quien puede poner los juezes*

¹Judgadores para judgar los pleytos, segund diximos en la ley ante desta, son omes que tienen muy grandes lugares. ²E porende los antiguos, non touieron por bien, que fueffen puestos, quanto en lo temporal por mano de otro, ³si non de aquellos, que aqui diremos. Afsi como Emperadores, o reyes que han poder de poner aquellos que son llamados ordinarios. ⁴E estos tales, non los puede otro poner, si non ellos, o otro alguno, a quien ellos otorgassen señaladamente poder dello fazer, por su carta, o por su preuillejo, ⁵o los preuillejos que pusieffen los menestrales, que los judgassen aquellas cosas que les acaecieffen, en razon de sus menesteres, si eran bien fechos, o non. ⁶E los otros, que diximos, que pueden librar pleytos señalados: estos pueden poner los Emperadores, o los Reyes, e los otros adelantados, de que diximos, e aun los

¹⁴ E + de S22 || *om.* judgadores EY4 || mostraremos + adelante *todos* || *om.* τ de guardar M22 (*add. margen*) || guardar + τ de judgar MV6, S22 || fazer + τ de judgar M22

⁰ [Epígrafe ley II]

¹ pleytos] pueblos *todos excp.* Y14 || *om.* muy T14, EY4

² *om.* non Y14 || mano] mandado EN5

³ *om.* llamados S22

⁴ de] para Y14

⁵ *om.* preuilegios *todos* || menestrales] nestrales V88 || *om.* los judgassen... cosas que Y14 || si] que Y14

⁶ *om.* E₁ Y14 || *om.* señalados S22, M22, MV6 || o₁] et *todos* || e₂] o M22, MV6 || || que + ya M22, MV6, EY4, EN5, Y14, Z15, T12, V88 || *om.* ordinarios... (7) juezes de Z15 (*add. post.*)

juezes ordinarios. ⁷Mas los otros juezes de aluedrio, non pueden fer puestos, si no por auenencia de ambas las partes, afsi como de fufo es dicho.

* ⁰Ley .III. *Quales deuen ser los juezes, e que bondades han de auer en si*

¹Acuciosamente, e con grand femencia, deue fer catado que aquellos, que fueren escogidos, para fer juezes o Adelantados, ²que sean, quales diximos en la segunda partida deste libro. Pero si tales en todo non los pudieren fallar, que ayan en si alomenos estas cosas ³que sean leales. E de buena fama. E sin mala cobdicia. E que ayan sabiduria, para judgar los pleytos, derechamente por su saber, ⁴o por vfo de luengo tiempo. E que sean mansos. E de buena palabra, a los que vinieren, ante ellos, a juyzio, E sobre todo, que teman aDios. E a quien los y pone. ⁵Ca si Dios temieren, guardar se an de fazer pecado, e auran en si piedad, e justicia E si al Señor ouieren miedo, recelar se an, de fazer cosa, por do les venga mal

⁷ con] por S22 || he *post* dicho AN3 || es dcho] diximos EY4, T14 (*corr. post.* es dicho)

* L22 comienza al final de la ley III (n. 5 *in fine*)

⁰ [Epígrafe ley III]

¹ *om.* con Y14 || *om.* femencia Y14 || fer catado] catar AN3 || fer] fazer T14 (*add. post.*) || *om.* o EN5, V88 || *om.* o Adelantados Y14

² *om.* partida T12 || deste + nuestro S22 || fallar + conuiene T14 (*add. post.*) || a lo menos *post* cosas Y14

³ *om.* que ayan sabiduria T14 (*add. post.*) || sabedorya + ē ffy AN3

⁴ por + su EN5 || a₂] en T14

⁵ si₁ + a T14, EY4, EN5, M22, MV6, Y14, M94, T12, Z15 || *om.* fazer T14 (*add. post.*) || auran] que muestren M22, MV6 : amuestran S22 : et emuestran V88 : et en muestran T12 || *om.* si₃ EN5 (*add. post.*) || de] por MV6 || por] de M94, Y14 || por do] onde EY4 || do] que L22a, T12, V88, M94, Y14, T14 (*corr. post.* do) : o EN5

del, ⁶ viniendo feles a miente, como tienen su logar quanto para judgar derecho.

* ⁰ *Ley .IV. Quales non pueden ser juezes por embargos que ayan en si mismos*

¹ Señalados embargos, han los omes en si, por que non deuen ser puestas por juezes. Ca segund establecimiento delos antiguos: ² ome que fueffe desentendido, o de mal feso, non lo deue ser, por que no auria entendimiento para oyr, ni para librar los pleytos derechamente. ³ Nin otro si, el que fueffe mudo, porque no podria preguntar a las partes, quando ouieffe menester, ni responder a ellas, ni dar juyzio por palabra. ⁴ Ni el sordo, por que non oyria lo que antel fueffe razonado. Ni el ciego, porque no veria los omes, ni los fabria conocer, ni honrrar ⁵ ni ome que ouieffe tal enfermedad cotidianamente: que non pudieffe judgar ni estar en juyzio, e que fueffe en dubda, si guareceria della, o non. ⁶ Ca el que fueffe embargado desta guisa, non podria suffrir afan, segund conuiene, para librar los pleytos. ⁷ Ni otro si el que fueffe de mala fama. O

⁶ Ø

* *om. M94*

⁰ [*Epígrafe ley IV*]

¹ los omnes *post* si Y14 || *om.* puestas EY4 || *om.* por y M22 || *om.* por₂ L22a, M22, MV6, EY4, EN5 || puestas *post* juezes L22a || juezes + deste pleyto Y14 || segunt + los M22 || establecimiento] establecieron S22 || *om.* de S22

² fueffe + delos antiguos Y14 || fueffe + de T14 || desentendido] mal sentido T14 (*c. post.* desentendido) || *om.* desentendido... feso Y14 || *om.* lo Y14, L22a, T12, EY4, EN5, AN3, T14, V88 || deue] puede Y14, L22a, T12, EY4, EN5, AN3, T14, V88 || ser + juez Y14

³ ouieffe] fueffe AN3, T12 || palabra] si M22

⁴ antel] ante ffy S22 || *om.* antel Y14

⁵ *om.* della T14 (*add. post.*)

⁶ *om.* librar T14 (*add. post.*)

⁷ o₁] τ EN5 || *om.* o₁ MV6 || fuero] fora

ouieffe fecho cosa porque valieffe menos segund fuero de España, porque no feria derecho, que el que fueffe atal, que judgasse a los otros. ⁸ Ni al que fueffe de religion porque menguaria porende en lo que es tenuto de fazer en el seruicio de dios: ⁹ demas feria cosa fin razon que el que se desamparo delas riquezas deste mundo que se parasse a oyr ni a librar los omes que contendiessen sobrellas. ¹⁰ Ni muger, non lo puede ser porque no feria cosa guifada, que estuuieffe entre la muchedumbre delos omes, librando los pleytos, ¹¹ Pero seyendo Reyna, o Condesa, o otra dueña, que heredasse Señorío, de algund reyno, o de alguna tierra, tal muger como esta, bien lo puede fazer, por honrra del lugar que touieffe: ¹² Pero esto con consejo de omes sabidores, porque si en alguna cosa errasse, la supieffen consejar, e emendar. Otro si dezimos, que al ome que fueffe fieruo non deue ser otorgado poderio de judgar. ¹³ E esto es, porque maguer ouieffe entendimiento, non auria libre aluedrio, para obrar dello, porque non es en su poder. ¹⁴ E porende

Y14 || *om.* atal... (8) fueffe V88 || que] et T12 || derecho] guifado M22, MV6 : razon S22

⁸ Dios + τ T12, V88, EY4, EN5, M22, MV6, L22a, S22, AN3

⁹ fin + derecho e fin S22, M22, MV6 || riquezas + τ cosas EY4 || que₃] τ S22 || ellas] ellos V88, T12, L22a?

¹⁰ *om.* muger L22a || la muchedumbre] los muchos Y14

¹¹ lo] los S22 || puede] podria + ser τ EY4

¹² *om.* con AN3 || omes + bonos Y14, T14 || omes] los || *om.* en AN3, T14, V88, T12, T14 || alguna cosa] algunas cosas Y14, EN5

¹³ emendar] acomendar EY4 || *om.* poderio Y14 || de] para Y14 || judgar] judgador T14 || T14 *om.* porque T14 (*add. post.*) || *om.* maguer EY4 || ouieffe + buen T14, S22, AN3, EY4, EN5, Y14, M22, MV6, Z15, L22a, T12, V88 || aurie + omne MV6 || aluedrio] acuerdo AN3 || dello] della S22 : por ello Y14

¹⁴ segunt + su EY4 || *om.* su EN5, AN3

alas vegadas, feria apremiado de librar los pleytos, segund voluntad de su feñor, e non por su fabiduria, lo que feria contra derecho. ¹⁵Pero si acaeciessse que a algund fieruo, que andouieffe por libre, fueffe otorgado poderio de judgar, non sabiendo que yazia en seruidumbre, ¹⁶en tal razon como esta dezimos que las sentencias, e los mandamientos, e todas las otras cosas, que el ouieffe fecho, como juez, ¹⁷fasta el dia que fueffe descubier-to por fieruo valdrian. E esto touieron por bien los sabios antiguos, por esta razon, ¹⁸porque quando tal yerro como este fizieffe algund pueblo comunalmente, todos le deuen dar passada: bien como si non fueffe.

[...]

⁰*Ley. XV. Como los judgadores deuen ser acuciosos para fazer cumplir sus juyzio.*

¹Porfiado deue ser el juez, en tal manera, que quando diere su juyzio, acabado ²de que non se alço ninguna de las partes, que faga en todas guisas que se cumpla. ³Ca pues que razon de derecho le

¹⁵ pero + que EY4 || algund] alguno EY4 || om. fieruo EY4 || judgar] judgador T14 || en + su S22

¹⁶ om. cosas EN5

¹⁷ om. el dia que EY4

¹⁸ fizieffe] acaeciessse Y14 : fiziefen S22 || fizieffe + a EY4, T12, V88, L22a || algun] alguno + el T14 || algun pueblo] algunos V88 || dar + por T14 || om. bien S22 || bien + affi M22, MV6, EY4, EN5, AN3, T14, Z15, L22a, T14, T12, V88, Y14 || si + lo S22

⁰ [Epígrafe ley XV]

¹ Porfiado] porfioso AN3

² alço] alçe M94, V88, Z15, AN3, EY4, EN5, Y14, M22, MV6, T14, L22a || todas guisas] tal guisa AN3 || todas] dos M94

³ pues] despues L22a, T12 || om. que Z15 || de tachada T14 || om. de V88, Y14, T12, EY4, L22a || derecho] derecha V88, Y14, T12, EY4, L22a || om. le M94, L22a || lo] nõ

aduze que lo deua fazer, non a por ninguna manera a dexarlo, como en oluidança, ⁴por que el su oficio, non se ha de cumplir tan folamente, por palabra, mas aun por fecho. ⁵E si de otra guisa fizieffe, vernien por ende muchos daños. Ca meterse ya por oluidadizo: ⁶e otrofi por desconocido, e despreciador, de lo que el mismo fiziera. ⁷E demas faria mal a ambas partes, primeramente, al que ouieffe recebido el tuerto, alongandole la emienda, que deuia auer. ⁸E a la otra, dando ofadia, que fizieffe, otro tal, o peor. ⁹E por ende, en todas guisas, deue el juez, fazer cumplir en juyzio, en la manera que se muestra, adelante ¹⁰en la leyes del titulo que habla en esta razon.

AN3 || om. non a AN3 || maneyra + non deue AN3 || a₂] de Z15 || a dexar iter. T12 || om. lo S22 || uluidança + ca AN3

⁴ om. su EN5

⁵ guisa + lo S22, T14 || guisa] manera + la M22 || por ende post danos AN3 || oluidadizo] oluidaça Y14 : oluidado T12, V88 : efcaçudo AN3 : oluidaçon EN5

⁶ desconocido] desconocimiento Y14 : desdeñofo M94, Z15, S22, M22, MV6 : denhofo AN3 : + desdeñofo τ EY4 || e] o Y14 || despreciador] despreciado Y14 : menos precia-dor Z15 (in ras.)

⁷ om. E MV6 || faria] feria EN5 || que₁+ primera mient T14 || al] a la Y14, V88, T12, M94, EY4, T14, L22a || le] lo + e Y14 || deuia fazer] auia fecha de auer Y14

⁸ om. E Y14, AN3 || E + la segunda M22, MV6 || om. a la otra M22, MV6 || om. a T12, V88, Z15, S22, EY4, L22a, T14 (add. post.) || otro] otra S22, V88, T12, L22a || dando + lle S22 || ofadia] ofança AN3 : + por EY4 || tal] mal Y14

⁹ todas + las AN3 || todas guisas] toda guisa L22a || en] su S22 || la] tal M22, MV6 || muestra] demuestra T12, V88, M22, MV6, S22, L22a

¹⁰ om. del titulo T12 || del titulo post habla] fablan L22a || habla] fablan Z15, EY4, M22, MV6

⁰*Ley.XVI. Como los juezes que han de judgar cotidianamente deuen mantener en paz e en justicia los logares en que son puestas.*

¹Establecidos son los Adelantados, e los otros juezes, sobre las tierras e las gentes: ²para mantener las en paz: e en justicia: honrrando: e guardando los buenos: e penando, e escarmentando los malos. ³E por ende deuen fer ellos mucho acuciosos, en fazer seruicio lealmente a Dios, e a los Señores ⁴que los ponen en sus logares, guardando toda via, aquellos pueblos, ⁵que les son encomendados, que non se leuante entre ellos mal, bollicio, nin banderia. ⁶E otrofi que non se quebranten las treguas nin las pazes que fueren puestas entre los omes. ⁷Ca maguer ellos ouieffen en si, todas aquellas maneras, e bondades, que de fuso dixi-

⁰ [Epígrafe ley XVI] om. Z15 (add. post. margen)

¹ los₁ + alcalles EN5 || adelantados] en-adelantados S22 : adelantrados EN5 || om. otros Y14, M94

² las] los T12, AN3, Z15, V88, M94, M22 : lo MV6 || guardando] agradando M94 || penando] poendo AN3 || om. e₄ AN3 || e escarmentandolos post los malos M94, EN5 || escarmentando] escarmento AN3

³ feer post ellos V88, M94, EY4, EN5, M22, MV6, T12, T14, L22a || feer post ellos] los judgadores Z15 : of juyzes AN3

⁴ om. via Z15 (add. post.) || aquellos] los EY4 : a sus (corr. post. aquellos) T14 || aquellos pueblos] aquellas palauras S22, M22, MV6 : pleytos AN3 || om. pueblos T12

⁵ encomendados] acomendadas MV6 : encomendadas S22, M22 : en comendas AN3 || non post ffe Z15 || se + les EN5 || entre] ant' S22 || nin iter. EN5 || om. mal Y14

⁶ om. fe M22, MV6, S22, EN5 || non post fe EY4 || fueren] fueron T12, V88, EN5, T14 : son Y14 || que₂ + son ; fueren puestas post omnes + τ M22 || los omes] eles AN3

⁷ om. en si MV6, AN3 || om. e bondades Y14 || de fuso + fson dichas que EN5 || diffemos + en la ley que ffe comença aguçofament AN3

mos, ⁸que deuen auer los juezes, para librar los pleytos, non les compliria: ⁹para fazer sus oficios acabadamente, fi en esto non fueffen acuciosos. ¹⁰Otrofi dezimos, que non deuen consentir, que ome que fea dado por malo, ¹¹o por encartado del Rey, o de algund concejo, que se acoja a su compañía, nin biua con ellos, ¹²ante dezimos, que en qualquier logar, que lo fallaren, que ellos han poderio de judgar, ¹³que le deuen prender, e de lo embiar al Rey: o al concejo, ¹⁴que lo encarto, porque reciba, y aquella, pena, que merece.

[...]

⁰*Ley.XXXV. Que del juyzio de los auenidores non se puede ninguno alçar.*

¹Despaganse a las vegadas alguna de las partes, del juyzio que dan los judgadores de auenencia contra ellas, ²e alçanse, cuy-

⁸ om. juezes (add. post. juyzes) EN5 || non] u AN3

⁹ para fazer sus oficios post acabadamente EN5 || acabadamente] conpridament AN3 || esto] esta razon Y14

¹⁰ omne + del Rey EN5 || om. que₂ EY4 (add. post.) || om. del Rey EY4, M22

¹¹ nin] que S22, M22, MV6, EN5

¹² om. que lo fallaren T14 (add. post.) || que₃] do T12, M22 : o L22a, Y14, Z15, S22, EY4, EN5, T14, MV6, V88 : hu AN3 || ellos + que Y14 || han] ayan T14, M94

¹³ le] lo EN5, T12, M94 : los EY4 || om. de lo T12, T14, V88, S22, M22, MV6, Y14, L22a, EY4, EN5, M94, Z15, AN3 || al₂] a + aquel T12, T14, V88, S22, M22, MV6, Y14, L22a, EY4, EN5, M94, Z15, AN3

¹⁴ encarto] encartara T14

⁰ [Epígrafe ley XXXV]

¹ a las] algũa AN3, M22 || om. a las vegadas EN5 (add. post. algunas uegadas) || vegadas] uezes V88 || del] en M94 || judgadores] juezes V88, AN3 || om. contra ellas AN3 || ellas] ella Y14, V88, T12, Z15, L22a, EY4, EN5, S22, M22, MV6, M94

² cuydando iter. Z15 || del juyzio] de ninguno Y14 || om. del juyzio M22, MV6 ||

dando que lo pueden fazer. E por ende dezimos, que ninguno, non puede tomar alçada, del juyzio destes. ³Mas quien non se pagare del, peche la pena, que fue puesta, e despues non sera tenido de obedecerle. ⁴E si por aventura, pena non fueffe y puesta, a la fazon, que fueren escogidos los auenidores, ⁵estonces dezimos, que quien non se pagare del juyzio dellos, que lo deuen dezir luego, e non sera despues tenido de obedecerlo. ⁶Mas si lo touieffen las partes por bueno, diciendo quando auian judgado, que se pagauan del juyzio, ⁷o escriuiendo por sus manos la carta de la sentencia, que la confirmauan, o si se callassen fasta diez dias despues que fueffe dada que la non contradixessen: ⁸tal sentencia como esta,

juyzio] pleito S22 || destes + mismos S22, MV6

³ om. Mas MV6 || om. del T12 || fera] fea T12, V88, Z15, AN3, Y14, EY4, EN5 : ferie M22 || peche] derecho M94 || obedecer post le] lo EY4, EN5, M22, MV6 || le] la V88, T12, Y14, Z15, S22, M94 : lo L22a || lhi + a ffeu juyzo AN3

⁴ pena post puesta S22 || fueffe] fue T12, M94 || fueffe post y L22a, Z15, EY4, M22 || fueren] fueron V88, M22, MV6, T12, L22a, M94, EY4, EN5, S22, Z15 : foron Y14 : forom AN3

⁵ non₁ post ffe AN3 || e] fe AN3 || fera] fea S22, EY4, EN5 : feria T12 : seerã AN3 : seran L22a || despues + desto EN5 || despues post tenido Y14, EY4 || lo] lhi AN3 || om. lo EN5

⁶ lo] la EY4 || touieffe] tomassen Y14, EY4, EN5 || bueno] bẽ AN3 : buena EY4 || auian judgado] julgauan AN3 : judgaffe M22, MV6, S22

⁷ om. o₁ M94, AN3 || o₁ + fe Z15, T12, L22a || o₁] effo M22, MV6 || escriuiendo] escriuieffe Y14, AN3 || por] con Y14 || om. la₂ Y14 || confirmauan] confirman S22 : confirma M22, Y14 : confirmaua T12 || o₂] τ Y14 || om. fe S22, Y14 || callassen] callaffe S22, T12 : seclasse + τ desl AN3 || om. despues M22, MV6 || dada + la sentencia EY4 || dada] dado EN5 || la₃] lo EN5 || contradixessen] contradixieffe T12

⁸ alguna destas partes pidieffe post def-

deue valer. E si alguna de las partes, pidieffe despues al juez ordinario del lugar, ⁹que la fizieffe cumplir, deue lo fazer, tambien como si fueffe dada por otro juez, de aquellos, ¹⁰que han poder, de oyr e librar, todos los pleytos.

⁰Titulo. V. De los perfoneros.

¹De las mayorales personas, sin quien no puede ser ningund juyzio, segun dixeron los sabios: ²afsi como del demandador, e del demandado, e del judgador que los libre, auemos fablado affaz cumplidamente: en los titulos ante deste. ³E agora queremos mostrar, de las otras personas que son como ayudadores. ⁴E porque las mas vegadas el demandador, o el demandado, no pueden, o no quieren, venir por si mismos, a seguir sus pleytos, ⁵ante los

pues Y14 || de las] destas Y14 || pidieffe] dieffe AN3 || om. ordinarios Y14 || om. del lugar... de (9) Y14

⁹ om. del lugar (8) ... juez Y14 || om. la AN3

¹⁰ oyr] julgar AN3 || et + de T12, V88, Y14, Z15, M94, EY4, EN5, S22, M22, MV6

⁰ [Epigrafe titulo V]

¹ om. ningund M22 || ningund] ninguno + en L22a, EY4, EN5, AN3, T14, Y14, T12 || ningun + delef AN3 || sin + las EY4, EN5 || sin] son AN3, Z15 (c. post. sin) || quien] que AN3 || om. ser Z15 (add. mano post.)

² judgador] juez L22a, M94, V88, M22, MV6, EY4, EN5 : juyz Z15, S22 : juiz AN3 || los libre] librar AN3

³ mostrar] falar AN3 : fablar + en este M22 || las otras personas] los otros T14, T12, L22a, Y14, EY4, EN5, S22, V88, M22, MV6, AN3 || om. como M22, MV6 || ayudadores] julgadores Y14

⁴ om. las mas vegadas M22, MV6 || om. las Y14 || om. non pueden o EY4 || non pueden o non quieren] non quieren o no pueden T14 || om. venir por si mismos Y14 || venir post mismos M94

⁵ ante] delante T12, V88, L22a, EY4 || enojo] daño EN5 || recelan] reciben + o an M94 : reciben + o que atienden Z15 || om.

judgadores, por algun embargo, o enojo, que recelan de recibir ende, ⁶ha menester que pongan otros en sus logares por personeros, que les ayuden, e los figan. ⁷E porende queremos fablar en este titulo dellos. E primeramente mostrar, que cosa es personero. ⁸E porque ha asy nome. E quien lo puede fazer. E qual lo puede fer. E en quales pleytos. ⁹E en que manera deve ser fecho. E que es lo que deve fazer el personero. E como, e quando se acaba el oficio del.

⁰*Ley. I. Que cosa es personero, e que quiere dezir.*

¹Personero es aquel, que recabda, o faze algunos pleytos, o cosas ajenas, por mandado del dueño dellas. ²E ha nome personero porque parece, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar dela persona de otri.

[...]

que recelan de recibir AN3 || ende] onde S22, EY4

⁶ otros + personeros V88 || om. por personeros S22, V88 || les] le M94 || los] lo M94 || figan] fagan + aquellos que ellos farian M22 || figan] den + seu derecho AN3

⁷ om. primeramente M22 || om. E₂ Z15 || om. mostrar EN5, AN3

⁸ fer] fazer T14

⁹ deve] puede T12, T14, L22a, Z15, Y14, EY4, EN5, M94, M22, MV6, AN3 || el + su EN5

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ ajenas] algunas S22, V88 || ajenas] algunas post pleytos T12 || om. o₂ T12 || por mandado iter. M94 || aquel que + procura τ tracta τ AN3 || recabda o faze] faze o recabda EN5

² porque + a parte non AN3 || o] que Y14 || o] τ + el AN3 || om. en V88 || o esta post juyzio EN5 || esta + personalmente add. post.) S22 || om. del M22 || del] de + juyzio L22a || persona] personeria M94, Y14, T12 || doutre + τ demanda τ defende τ procura o seu derecho AN3

⁰*Ley. III. Como el menor de .xxv. años puede dar personero por si con consejo de su guardador.*

¹Menor de veynte e cinco años puede dar personero por si, en juyzio, con otorgamiento de su guardador. ²E si por auentura, el mismo lo diesse por si, no gelo otorgando su guardador, ³si tal personero fiziesse alguna cosa en juyzio, que sea a pro del huerfano, vale. ⁴Mas si diessen juyzio contra el, o fiziesse alguna cosa que fuesse a su daño, por razon de aquella personeria, non valdria. ⁵E otrosi dezimos, que el guardador, non puede dar por si, personero, para fazer demanda, o respuesta, en juyzio, por el huerfano, ⁶si el, primeramente por su persona, non comienza el pleyto, por demanda, e por respuesta. ⁷Mas despues que lo ouiere comenzado asy, bien lo puede fazer, si quisiere.

[...]

⁰ [Epígrafe ley III]

¹ años + bien EY4, EN5, S22, Z15, Y14, L22a, M22, MV6, M94, AN3, T12, T14, L22a, V88 || om. personero M94

² om. todo Z15 (add. marg.) || el mismo post lo T14, T12, Y14, EN5, S22, V88 || om. por si M22, MV6 || por si post otorgando EY4 || om. ge S22

³ om. en juyzo AN3, Z15 (add. post.) || Mas] τ AN3 || cosa + no a L22a

⁴ om. non valdria V88 || ualdria + la personeria T12

⁵ que + sy S22 || om. por si EN5 || dar post por si T14, EY4 || ou + dar AN3 || respuesta + por si MV6 || om. en juyzo Z15 (add. margen)

⁶ om. por demanda e por respuesta EY4, EN5, Z15, Y14, L22a, MV6, M94, AN3, T12, T14, V88, S22 (add. margen)

⁷ Mas] ca M22 || om. que lo ouiere comenzado asy M22 || om. asy EY4 || comenzado post asy S22 || asy post puede MV6

⁰*Ley .XVII. En que manera deue ser fecha la personeria, quando quisiessen acusar a algun guardador de huerfano por sospechofo.*

¹Razones queriendo mostrar vn ome contra otro, que fuesse guardador de huerfanos, para tirar lo dela guarda por sospechofo, ²tal demanda como esta, deuela fazer por si e non por personero quien ouiesse otorgado general poder para fazer por el demanda en juyzio. ³Pero si enla carta dela personeria, dixiesse señaladamente, quel otorgaua poder de acusar al otro por sospechofo: ⁴estonce valdra tal personeria, e deuen la caber los judgadores.

⁰*Ley .XVIII. En que manera pueden ser fechos muchos personeros en vn pleyto*

¹Muchos personeros puede vn ome fazer enel pleyto, para demandar, e respon-

der en juyzio, o vno si quisiessse. ²Pero quando muchos fiziere, dezimos que si dixiere, o otorgare señaladamente enla carta dela personeria: que cada vno dellos sea personero, en todo el pleyto: ³estonce, aquel que primeramente lo començare, es tenuto de lo seguir, fasta que sea acabado: e los otros, non se deuen ende trabajar. ⁴Mas si todos en vno començassen el pleyto, por demanda, e por respuesta: ⁵dende adelante cada vno dellos o podria seguir, fasta que fuesse encimado: maguer los otros non fuesen y. ⁶Pero si todos los personeros vinieren en vno al pleyto, e la otra parte se agrauiare, en razonar con todos, deuen dar vno dellos que razone. ⁷E si non se acordaren, tome el juez qual dellos entendiere que lo fara mejor. ⁸E si por aventura non dixiesse enla carta, de como el dueño del pleyto los fazia personeros, cada vno en todo: ⁹estonce non podria ningun-

⁰ [Epígrafe de la ley XVII]

¹ vn] algun M94, Z15, AN3, FSM, T12, V88, T14, Y14, L22a (excp. M22, MV6, S22) || por + que o ha FSM || sospechofo + ca MV6 || sospechofo] sospeito FSM : sospeyta AN3

² om. la M22, MV6, AN3, Z15, M94, S22, EN5, V88, T12, L22a, T14, Y14 || general + mientre EN5 : general + mientre post poder S22 || om. podra fazer por el demanda en juyzio EN5

³ om. en FSM || dixiesse post señaladamente T14 || otorgaua] daua FSM || de₂] para L22a || acusar] allançar Y14

⁴ tal] la carta de FSM || deuen] deue Y14

⁰ [Epígrafe de la ley XVIII]

¹ Muchos personeros post en juyzio EY4 || personeros] personerias V88 || om. vn M22, MV6, EY4, EN5, S22, AN3, FSM, T12, V88, Z15, M94, Y14, L22a || el] un M22, MV6 || para] por M22, MV6 || demadar] fazer demanda M22 : demanda MV6 || e + por MV6 || responder] respuesta M22, MV6, S22 (corr. post. responder) || om. en juyzio S22 || om. o uno Z15 || om. o (ou) AN3 || o] en FSM || si + se M22, MV6 || om. si AN3 || si] se S22

² om. dezimos S22 (add. post.) || cada] quando MV6 || todo] el T14 || pleyto + todo T14

³ Estonce + dezimos que MV6 || om. Estonce... tenuto FSM || es tenuto de lo] deue AN3 || seguir + todo AN3 || fasta + el pleyto EY4, EN5, Y14, T14 (tachado) || que₂ + lo M22 : que₂ + primeramente S22, MV6 || sea acabado] acabe M22 || e] que FSM || ende post trabajar L22a, EY4, V88 || ende] del post trabajar M22, AN3 || om. ende MV6, S22 (add. post.)

⁴ vno] un + pleyto S22, MV6

⁵ encimado] uençido T14 (c. post.) : acabado EY4, EN5 || nõ fossen + presentes post y AN3

⁶ dar + el S22, MV6 || razone + por elef AN3

⁷ de] en L22a || acordaren + qual dellos lo razonara todos || tome] deue todos || juez + recibir hūu AN3: juez + filhar FSM || juez] judgador + recibir por personero el uno M94, L22a, M22, MV6, S22, EY4, EN5, Z15 : + recibir el uno dellos T14, V88, T12 || qual + quier que AN3 || om. dellos todos

⁸ de] en T14

⁹ ninguno] cada uno T14 || nin defen-

no dellos demandar, nin defender, mas de quanto copieffe en la su parte. ¹⁰Pero si tales personeros, todos ayuntados en vno, lo quisiessen demandar, poder lo yan fazer, estando ellos delante, o faziendo razonar a vno, con consentimiento de todos.

⁰*Ley .XIX. Que es lo que puede fazer el personero*

¹Razonar, nin fazer, non puede el personero mas cosas (en el pleyto, nin meter a juyzio,) de quanto le fueffe otorgado, o mandado, por razon dela personeria. ²E si a mas passare, non deue valer lo que fiziere. E porende dezimos, que si el personero quisiere avenir se con su contendor, o fazer alguna postura con el, ³o quitalle la demanda: o dar jura por que se destajasse el pleyto, que non lo puede fazer. ⁴Fueras ende, si el dueño del pleyto le ouieffe otorgado, señaladamente,

der *post* mas M94, EN5, T14, L22a, FSM, Y14 || demandar nin defender *post* mas EY4 || copieffe] ouieffe AN3 : soubesse FSM

¹⁰ personeros + fueron S22 (*add. post.*) || en hūu *post* demandar + ou defender AN3 || demandar + o defender T14, M22, MV6, S22, L22a, Z15, EY4, M94, T12, V88, Y14 || demandar + o responder EN5 || o] τ T14, L22a, M22, MV6, S22, Y14, Z15, M94, EY4, EN5, T12, V88 || *om.* o AN3 || razonar] razonando EN5 || de + (los) otros FSM, EN5, L22a, Y14 || *om.* todos Y14

⁰ [Epigrafe de la ley XIX]

¹ de₁] que S22 || o] τ M94, T14, EY4 || por] en EY4, EN5, AN3, M94, M22, MV6, S22, L22a || personeria] personero AN3

² passare] fezer AN3 || que + y L22a, T12 || *om.* se M22, MV6, T14 (*add. post.*) || quisiere avenirse] auienesse MV6

³ *om.* la demanda AN3 || destajasse] defate M94, T14 (*c. post.* defate) : defataffe M22, Y14 : destruha AN3 : destoruasse EN5

⁴ Fueras] Saluo S22 || *om.* otorgado T14 (*add. post.*) || otorgado *post* señaladamente L22a, AN3 || señaladamente] señalado T14 || señaladamete *post* poderio M94 : *post* ouieffe EY4, EN5, Y14, V88, T12, AN3, L22a

poderio de fazer estas cosas. ⁵O si en la carta dela personeria, le ouieffe otorgado libre, e llenero poder, para fazer cumplidamente todas las cosas, en el pleyto que el mismo podria fazer. ⁶Ca estonce, quando tales palabras fueffen y puestas, bien podria fazer qual quier delas cosas sobredichas. ⁷E otrossi dezimos, que el personero non puede poner otro en su lugar, en aquel pleyto mismo, sobre que el fue dado, si primera mente non lo ouieffen comenzado, por demanda, o por respuesta. ⁸Pero si le fueffe otorgado tal poderio en la carta dela personeria: estonce lo podria fazer ante, e despues. ⁹E esto ha logar en los personeros, que son dados para seguir los pleytos en juyzio. Mas los otros que son fechos para recabdar, o fazer otras cosas fuera de juyzio: ¹⁰estos atales, bien pueden dar otros personeros en su logar, cada que quisieren. E valdra lo que fuere fecho con ellos, tambien como si lo fizieffen con aquellos que lo pusieron en su logar. ¹¹Pero si estos fizieffen alguna cosa, a daño del señor: estonce los primeros personeros que los

⁵ O] Et M22 || personeria] procuracion T12 || *om.* le T14 (*add. post.*) || le] lo L22a, M22 || ouieffe + fecho M22 || *om.* libre e llenero AN3 || llenero] llano L22a : chão FSM || fazer₂ + quol quier de las cosas sobredichas S22, MV6 || fazer + si presente fosse AN3

⁶ *om.* Ca... fazer T14 (*add. post.*) || fazer + lo M22 || sobredichas + cumplidas S22, M22, MV6 (*M22 add. margen*)

⁷ puede + fazer Y14 || fue dado] he procurados AN3 || dado + por pesoero FSM || dado] puesto M94 || *om.* non le ouieffen comenzado Y14

⁸ pero + quando tales palabras fueffen y puestas bien lo podrie fazer S22, M22, MV6 || estonce + bien L22a, T14, M22, MV6, AN3, V88, EY4, EN5, M94, Z15 (*add. post.*) || ante] estonce T14 (*c. post.* ante) || *om.* bien lo po... *final de la ley 24* L22a

⁹ esto] lo que deximos en esta ley T12, V88, EY4, EN5, T14, Y14 || para] en AN3

¹⁰ *om.* otros M22 || que₂ + fizieren τ T14

¹¹ e] o M22 || cogieron] pusieron T12, V88

cogieron,¹²e los pusieron en sus logares, son tenudos de se parar a ello. E aun dezimos, que los personeros que son dados, para recabdar cosas fuera de juyzio: que cunple que sean de edad de .xvij. años,¹³como quier que los otros, que son puestos para demandar, o a responder por otro en juyzio deuen: ser a lo menos, de edad de .xxv. años.

⁰Ley .XX. Como valdria lo que fiziesse vn ome por otro en juyzio maguer non ouiesse ende recebido personeria

¹Ninguna cosa no puede ser demandada en juyzio por otri, sin otorgamiento del señor della: assi como diximos en la ley ante desta. ²Pero si alguno demandare en juyzio por otro, assi como personero: e aquel a quien fiziesse la demanda, entrasse en pleyto con el, ³non le diziendo que se fiziesse personero de aquel por quien demandaua, si despues deffo viniessse aquel, en cuyo nome fazia la demanda, ⁴e quiesse auer por firme lo que era fecho con el, valdria todo lo que fuesse fecho en juyzio: bien assi como si de comienço, lo ouiesse otorgado por su personero. ⁵Fueras ende, si este que demandaua en boz de personero, fuesse fieruo: o alguno de aquellos a quien es defendido, que no pueda ser personero por otri.

[...]

¹² pusieron] cogieron T12, V88 || om. e los pusieron AN3, EN5 || todo] ello AN3

¹³ xvij] xxv AN3 || o a] τ S22

⁰ [Epígrafe de la ley XX]

¹ por otro + en juyzio M94 || del] de su M22

² pleyto] juyzio T14 (corrige post.)

³ om. de AN3, FSM

⁴ lo] aquello FSM || que₂ + asi FSM || om. aquel T14 (add. post.) || om. en Z15 (add. post.) || om. con el FSM || fuesse] ouiesse T12, V88, EY4, EN5 || en juyzio post feito₁ FSM || ouiesse] dieffe EY4

⁵ Fueras] Saluo S22 || boz] uez FSM || o] et Y14 || alguno] al + segun Y14

⁰Ley. XXVII. En cuyos bienes deue ser cumplido el juyzio que es dado, contra el personero del demandado.

¹Contra el personero de aquel a quien demandassen, seyendo dado juyzio sobre pleyto, en que le fuesse otorgada la personeria: ²dezimos que se deuen cumplir en los bienes, tan solamente de aquel que le dio por su personero. ³E si por auentura non le fallassen tantos bienes de los suyos, en que el juyzio se pudiesse cumplir: ⁴estonce deue ser cumplido, en los bienes de los fiadores, que el personero del demandado dio, e non en los del personero. ⁵Mas si algun ome se parasse por si mismo a defender pleytos agenos, sin carta de personeria, e sin mandado del señor del pleyto: ⁶el juyzio que fuesse dado contra el, se deue cumplir en los bienes de tal defendedor, o de su fiadores, en la manera que fiaron, e non en los bienes del Señor del pleyto. ⁷E si este defendedor quiesse demandar, despues deffo, aquel cuyo pleyto defendiera, ⁸alguna cosa que dixiere que pechara por el, en aquel pleyto, de que fuera vencido, non seria el otro tenudo de gelo dar. ⁹Pero si

⁰ [Epígrafe ley XXVII]

¹ om. aquel S22 || om. en AN3 || demandassen] demandan + sin EN5 || fuesse + dado EN5 || juyzio + afinado S22 || sobre pleyto] por el Y14

² om. tan solamente EN5 || tan solamente post aquel Y14 || om. su S22

³ fallassen] acaçem AN3 || tantos] nombres EN5 || juyzio + [...] se Z15 || juyzio + non S22

⁴ en₁ + todos EN5 || los + bienes T14 || om. demandado... personero M22

⁵ algun] alguno Z15, M22, MV6 || om. ome M22, MV6 || por si] el Y14 || ageno] alguno T14 (corr. post. ageno)

⁶ om. 6 S22 (add. post.) || tal] fu Y14 || fiaron] ficaron AN3 : fizieron M22, MV6 || pleyto + de EY4 || pleyto + ca EN5

⁷ om. E si... aquel EY4

⁸ om. que dixiere Y14 || gelo] gela M22, MV6 : delha AN3 : gelas M94

⁹ dueño + del (add. post.) Z15, Y14 ||

tal defendedor como este venciera el pleyto, tenuto feria el dueño de pechar las costas, ¹⁰e las misiones, que ouieffe fecho derechamente, en defender lo: maguer non quiera. ¹¹E non se puede escufar, diziendo que non le encomendara su pleyto, nin le otorgara de ser su personero, pues que pro, e buen recabdo le vino por el.

⁰**Titulo.VI. De los abogados.**

¹**A**yudanfe los Señores de los pleytos, non tan folamente de los personeros, de quien fablamos en el titulo ante deste: mas aun de los bozeros. ²E porque el oficio de los abogados, es muy prouechofo, para ser mejor liurados los pleytos, ³e mas en cierto, quando ellos son buenos, e andan y lealmente: ⁴porque ellos aperciben a los judgadores: e les dan carrera, para librar mas ayna los pleytos. ⁵Por ende touieron por bien los fauios antiguos, que fizieron las leyes, que ellos pudiesen razonar por otri, ⁶e mostrar tam-

bien en demandando, como en defendiendo los pleytos en juyzio: de guifa que los dueños dellos, ⁷por mengua de saber razonar, o por miedo, o por verguença, o por non ser vfados de los pleytos, non perdieffen su derecho. ⁸E pues que de su menester tanto pro viene, faziendolo ellos derechamente, affi como deuen: ⁹quere- mos fablar en este titulo de los abogados. E mostrar primeramente que cosa es bozero. ¹⁰E porque ha afsi nome. E quien lo puede ser. E quien non. ¹¹E en que manera deuen razonar, e poner las alegaciones: ¹²tambien el bozero del demandador, como del demandado. ¹³E quando el abogado dixiere alguna palabra por yerro, en juyzio, ¹⁴que tenga daño a su parte, como la puede reuocar. ¹⁵E como el abogado non deue descubrir la poridad del pleyto, de su parte a la otra. ¹⁶E porque razon puede defender el juez al abogado, que non razone por otri en juyzio. ¹⁷E que galardón deue auer, si bien fiziere su oficio. E que pena, quando mal lo fizieren.

dono + do preyto AN3 || tenuto *post* preyto AN3 || de + lle Y14 || pechar + le M94, M22, Z15, AN3 (lhi), EY4, V88, T14, T12

¹⁰ Ø

¹¹ *om.* E₁ EN5 || *om.* le₂ L22a, T12, EN5, Y14, T14 (*add. post*) || *om.* ni le otorgara de ser su personero T14 (*add. post.*) || eill + a sufo MV6 || el + al dueño del pleyto T12

⁰ [Epígrafe título VI]

¹ *om.* Ayudanfe EN5 || Ayudanfe] ayudandose T14 (*c. post.* ayudanfe) || de los pleytos] do preyto AN3 || pleytos + τ EY4 || *om.* de los personeros EN5 || personeros] procuradores AN3 || fablamos] auemos hablado EY4 || aun] ante MV6 || bozeros] uogados AN3

² fer] ffe AN3 || liurados] liurarē + d' AN3 || *om.* mejor EN5

³ e₂ + aun EY4 || andan] anden Z15 : amados EN5 || lealmente] derechamente S22

⁴ ellos + ffe EN5 || aperciben] fazen S22 : departē + dē AN3 || *om.* a EN5 || judgadores] juyzes + τ of auyuã AN3

⁵ *om.* antiguos EY4 || ellos] los (*c. post.* ellos) T14 || *om.* razonar M22

⁶ *om.* e₁ M22 || mostrar] demostrar M94:

demonstrando EN5 || mostrar + por outrem ou AN3 || en₃] de EY4 || de] en EY4 || demandando] demandar S22 || defendiendo] defender S22 || dueños] señores M22, MV6

⁷ de + non T14, AN3 || *om.* saber AN3

⁸ E] Onde S22 || de + sufo mostramos que Y14 || mester] oficio Z15 || *om.* lo S22

⁹ fablar *post* titulo (*tachado*) T14 || abogados] uozeros Y14, T14 (*c. post.* abogados) || mostrar *post* primeramente M22, MV6 || *om.* primeramente Y14

¹⁰ Ø

¹¹ deuen] poden AN3 || las] sus + razones EY4, EN5

¹² *om.* el₁ V88, Y14 || bozero] auogado AN3 || como + el M94, T14, AN3 (o)

¹³ abogado] judgador M22, MV6

¹⁴ Ø

¹⁵ deue] puede EN5

¹⁶ razon] razones T12, M94, V88, L22a, Y14, T14, EY4, EN5 || defender *post* juyz S22

¹⁷ E + por EN5 || *om.* auer T14 (*add. post.*) || *om.* bien Z15 (*add. post.*) || bien *post* fezieren S22 || *om.* mal Y14 || mal *post* fezie-

⁰*Ley primera. Que cosa es bozero,
e porque ha assi nome.*

¹Bozero, es ome que razona pleyto de otro en juyzio, o el fuyo mismo, en demandando, o en respondienddo. ²E ha afsi nome, porque con bozes, e con palabras vfa de su officio.

⁰*Ley.II. Quien puede ser bozero,
e quien non lo puede ser por si,
nin por otro.*

¹Todo ome que fuere sabidor de derecho, o del fuero, o de la costumbre de la tierra, ²porque lo aya vfado de gran tiempo, puede ser abogado por otri. ³Fueras ende el que fuesse menor de diez e siete años. O el que fuesse sordo, que non oyesse nada. ⁴O el loco. O el desmemoriado. O el que estouieffen en poder ageno, por razon que fuesse desgastador de lo fuyo. ⁵Ca ninguno destos, non deue ser bozero por si, nin por otro. ⁶E effo

ren S22 || lo + non Y14 || fizieren₂] fizieffen T12, AN3, M94, Z15, L22a, T14, MV6

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ om. ome... officio EN5 || bozero + es hun Y14 || pleyto + en nombre L22a || om. mismo T14 || respondienddo + ou en deffenddo AN3 || respondienddo] deffenddo M94, V88, Y14, T14, EY4, T12, L22a : + τ respondienddo M22, MV6

² om. E ha afsi nome S22 (add. post.) || Et + effo T12 || fu] fo T14

⁰ [Epígrafe ley II]

¹ o₁] τ EN5, L22a, V88 || om. o₁ T14 (add. post.) || o₂] τ EN5, T14 (tachado y corregido en o) || om. o₂ M94

² aya] ha EY4 || vfado] ufada T14 || om. vfado EY4

³ Fueras] faluo S22 || diez e siete] catorze T12 : xxv V88 || siete] seys T14 (corr. post siete)

⁴ om. o el₂ T14 (add. post.), L22a (add. post o) || desgastador] desgardador AN3 || om. de lo fuyo S22

⁵ deue] puede EY4, EN5, Y14, M22, MV6, M94, T14 (c. post. deue)

⁶ E effo mismo] Otroffi M22, MV6 || om. todo EY4 (homeot.)

mismo dezimos, que monge, nin calonge reglar, non pueden ser bozeros por si, nin por otri. ⁷Fueras ende por los monesterios, o por las yglesias, do fazen mayor morança, ⁸o por los otros logares, que pertenezcan a estos.

[...]

⁰*Ley.XII. Porque razones pueden
defender los juezes a los abogados
que non vsen de su officio fasta
tiempo cierto.*

¹Si acaeciére que el judgador defienda al abogado, por alguna razon derecha que non abogue delante del fasta tiempo cierto ²afsi como si lo fizieffe, porque fue el abogado, muy enojoso, o atrauefador de los pleytos, o fablador a demas, ³o por otra razon femejante destas, dende adelante, non deue abogar, antel fasta aquel tiempo, que señalare. ⁴Empero bien

⁷ om. Fueras ende EN5 (add. post. saluo) || Fueras ende + por mandado de sus mayores T14 (in add. interl.) || monesteyros + pobras hu fazē mayor morada ou AN3 || do] en que AN3 || morança] morada AN3

⁸ om. los S22, M22, MV6 || o] τ T12 || om. a estos Y14

⁰ [Epígrafe ley XII]

¹ auogado + enojoso τ muy atrauefador S22 (add. margen: o fablador por alguna derecha razon) || om. por alguna razon derecha S22 (add. post.) || razon derecha] derecha razon EY4, L22a || tiempo] tercero + dia Y14

² fiziese + affy S22 || porque] commo Y14 || om. por Z15 (add.) || fue] fuesse todos || fuesse post el T12 || el abogado... demas] affy como dicho es S22 || om. o₁ Y14, T14 || o₁] τ EY4 || fablador] fablaffe V88 || ademays + que nō deue AN3

³ om. destas S22 || om. antel S22 || om. fasta aquel ...[4] aquel que AN3 || que + el T12 || que + l EY4, EN5, Y14 (lle), V88, L22a, M94 || señalare] señalaron EN5

⁴ om. (3)... Empero... aquel que AN3 || abogar] aiudar MV6 || om. ante M22, MV6 || om. que este EN5 || om. mismo M22 || mismo + que EN5 || judgador] juiz + nē outro quel AN3

puede abogar, ante aquel, que este mismo judgador, pufiessa en su logar, o ante otro juez qualquier.

[...]

⁰*Ley.XV. Que pena deue auer el abogado que falsamente anduuiere en el pleyto.*

¹Preuaricator en latin, tanto quiere dezir en romance, como abogado que ayuda falsamente, a la parte por quien aboga: ²e señaladamente quando en poridad ayuda, e conseja a la parte contraria, ³e paladinamente faze muestra, que ayuda a la fuya de quien recibio salario, o se auino de razonar por el. ⁴Onde dezimos, que tal abogado como este, deue morir como aleuoso. ⁵E de los bienes del deue ser entregado el dueño, de aquel pleyto a quien fizo la falsedad, ⁶de todos los daños, e de los menoscabos, que recibio, andando en juyzio. ⁷Otrofi dezimos, que

⁰ [Epígrafe ley XV]

¹ om. en latin T14 (add. post.) || en latin post quiere EN5 || om. en romance Y14, AN3 || tanto post dezir EN5 || uogado + lenguaje AN3 || ayuda] anda M94, T14 (?), Z15, M22, MV6, EY4, EN5, V88, L22a, AN3 || om. a la parte por quien aboga EY4

² om. e señaladamente EY4 || en poridade post aiuda AN3 || e₂] o EY4, EN5, AN3 (ou) || la + otra V88, AN3

³ om. e M22, MV6, T14 (add. post) || de] por M22, MV6, Z15, AN3 || razonar] razon M22 || por] con M22, MV6 || om. por EY4

⁴ Onde] Por ende Z15 || om. como este Y14 || om. este M94 || deue morir] faze Y14 || morir + por EY4

⁵ entregado + el dano AN3 || ao dono post daquel preyto AN3 || daquel] del Y14

⁶ om. de₂ Z15, EN5, Y14, T14, M94 || om. de los M22, MV6, T12, L22a, EY4, V88 || τ menoscabos post recibio L22a || juizo + sobrestia coufa AN3

⁷ om. el abogado EN5 || hufar post affabēdas AN3 || de + las EY4 || falsas cartas] cartas falsas Y14, T12, T14, L22a, EY4, EN5

quando el abogado fiziere vfar a sabiendas, a la fu parte de falsas cartas, o de falsos testigos, que essa misma pena merece. ⁸E aun dezimos, que el abogado, se deue mucho guardar, de no prometer a la parte, que vencera el pleyto que recibe en su encomienda. ⁹Ca si despues nol venciessa así como auia prometido seria tenuto de pechar al dueño, del pleyto todo quanto daño, o menoscabo le vniessa por ende, ¹⁰e demas las despensas que ouieffa fecho andando en juyzio sobre aquel pleyto.

⁰**Titulo. VII. De los emplazamientos.**

¹Mostramos assaz complidamente en el titulo ante deste delos abogados que muestran e consejan, ²al demandador, e al demandado, en que manera deuen demandar e amparar sus pleytos en iuyzio. ³E porque los emplazamientos son rayz e comienzo de todo pleyto, que se ha de librar por los iudgadores, ⁴e razonar por los abogados en razon de contienda, que acaezca entre el demandador, e el demandado ⁵por ende queremos hablar de-

|| om. falsos V88 || falsos] algunos Y14 || mereçe + que de sufo diffemos AN3

⁸ que₃] τ M94 || en] de Y14

⁹ prometudo + non fincando para el dueño del pleyto S22 || om. de pechar Y14 || om. daño o T14 (add. post.) || om. o menoscabo Y14

¹⁰ aquel] el Y14

⁰ [Epígrafe del titulo VII]

¹ de interl. Z15

² om. e al demandado M94 || om. e al demandado... demandar e M22 || amparar] defender EY4

³ som + par τ AN3 || todo pleyto] todos los pleytos T12 || todo + el S22, EN5 || librar] judgar T14

⁴ e₁ + ffe EN5 : + ffe a EY4 || razonar] razona EN5, M94 || en + esta EY4, EN5, T14 (tachado) || entre el] contral MV6

⁵ dellos] de los emplazados S22 || dellos] delef + τ dizer en que maneyra deuen

llos. E primeramente, que quiere dezir emplazamiento. E quien lo puede fazer. ⁶E en que manera deue ser fecho. E quien puede ser emplazado, o quien no. ⁷E que pena merece el que fuere rebelde, no queriendo venir al emplazamiento. E el que enagenare cosa sobre que fuere emplazado.

⁰*Ley. I. Que quiere dezir emplazamiento, e quien lo puede fazer, e en que manera deue ser fecho.*

¹Emplazamiento tanto quiere dezir como llamamiento, que fazen a alguno que venga antel judgador, a fazer derecho o cumplir su mandamiento. ²E puede lo fazer el Rey, o el judgador, o el portero por mandado dellos. E la manera en que deue ser fecho el emplazamiento, es esta: ³que el Rey puede emplazar por su palabra, o por su portero o por su carta. ⁴E los que han poder de judgar por el, en su corte o en sus ciudades, e en las villas lo pueden otrosi fazer por palabra, o por carta, o por sus omes conocidos, que sean señaladamente puestos para esto. ⁵Otrosi quando alguno ouiesse querella

feer feytos e mostrar AN3 || e₁ + mostrar *post* primeramente EY4, EN5 || *om.* E primeramente AN3 || primeramente + mostrar Z15, V88, T14 (*add. interl.*), M22, MV6, M94 : mostraremos S22

⁶ que] qual (quoal) M22, MV6

⁷ el₂] al MV6 || enagenare] negare T14 (*c. post.* enagenare)

⁰ [Epígrafe de la ley I]

¹ su *interl.* Z15 || algū + home AN3 || mandamiento] mandado Y14

² E₂ + en EY4 || *om.* E₂ EN5 || *om.* Rey Y14 || *om.* esta S22 || esta] este T12, EY4 : esto EN5, V88

³ *om.* que EY4 || palabra + o por su cuerpo Y14

⁴ han poder de judgar] antel judgaren M22 || *om.* por el S22 || *om.* e en villas... que sean EN5 || omes + que son V88 || señaladamente *post* puestos EN5 || *om.* puestos M22, MV6 || puestos *post* esto Y14

⁵ otrosi + dezimos M22, MV6 || otros e

de otro, e lo fallasse en la corte del Rey, bien puede dezir a la justicia del Rey, que gelo emplaze, e el puede lo fazer por si, e por su ome. ⁶E aun ya otra manera de emplazamiento, contra aquellos que se andan escondiendo, o fuyendo, dela tierra porque no fagan derecho, a aquellos, que se querellan dellos. ⁷Ca estos atales, pueden ser emplazados: no tan solamente en sus personas, mas aun en sus casas: faziendolo saber, a aquellos que y fallaren, de su compañía. ⁸E si casas non ouieren, deuen los pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes, e sus amigos, e que gelo fagan saber que vengan fazer derecho, a aquellos que se querellan dellos. ⁹O que sus parientes, o sus amigos, los pueden defender dellos en juyzio, si quifieren. E quando el emplazamiento, fuere fecho por alguno, de los porteros mayores del Rey, ¹⁰o por su

lo] otras e las M22, MV6 || bien + lo Y14, T14 (*tachado*) : bēn + no AN3 || dezir *interl.* L22a || dezir] fazer EN5 || *om.* del rey S22

⁶ contra] et Y14 || *om.* que se andan... aquellos S22 (*add. post.*) || *om.* se EY4, EN5, L22a, T14, Y14, M22, MV6, S22, Z15

⁷ *om.* mas aun en sus casas Z15 (*add. interl.* [cosas]) || fus₂] las T14 || saber + e EY4 || *om.* lo EN5 || *om.* que Z15 || *om.* y M22, MV6, M94 || de su compañía *iter.* EN5

⁸ *om.* e₂ EY4 || e₂] por EN5 || *om.* si casas non ouieren... (*hasta final de la ley XI*) L22a || debdo + fazer S22 || pregonar] emplazar T14 (*c. post.* pregonar) || *om.* e que gelo fagan saber... (9) amigos Y14 || sus parientes... querellan *iter.* AN3 || *om.* se V88, Z15 || querellan] querella + ouieren V88 || *om.* dellos M22

⁹ *om.* (8) ... amigos Y14 || *om.* O que sus parientes... si quifieren MV6 || defender] fazer S22 || *om.* dellos AN3, S22, M22 (M22, MV6), V88, T14, EY4, EN5, M94, T12, Z15 || *om.* en juyzio S22 || *om.* fuere fecho... (10) emplazamiento Z15 (*add. post.*), S22 (*add. post.*) || mayores + de casa EY4, EN5, MV6, M94, Y14, T12, V88, T14 || mayores] mayores EN5

¹⁰ *om.* (9) ... emplazamiento Z15 (*add. post.*), S22 (*add. post.*) || pueda prouar] non

justicia, o por alguno delos judgadores de las villas. Mandamos que tal emplazamiento se pueda prouar por aquel que lo fiziere, con otro testigo, si fuere negado: ¹¹mas si fuere delos menores porteros tenemos por bien, que se prueue por dos testigos, sin el portero porque non pueda y ser fecho engaño. ¹²Pero el emplazamiento, que el rey, o los judgadores, de su corte fizieren por su palabra: mandamos, que sea creydo, sin otra prueua.

⁰*Ley. II. Como los emplazados deuen venir ante los judgadores, e quien puede ser emplazado, e quien non.*

¹Venir deue ante el judgador todo ome que fuere emplazado, por mandado del, e parecer por si, o por otro al plazo que fuere puesto, ²maguer ouiesse preuillejo, o otra razon derecha, por que non fuesse tenuto de lo fazer. ³Esto es, por honrra del lugar, e del poderio, que tiene el juez por el Rey. Ca si non quiesse venir, semejaria que lo fazia: mas por desden que por otra cosa. ⁴Pero quando fuere antel, e mostrare su priuillejo, o alguna otra razon derecha, porque non puede ser apre-

(*add. interl.*) prueue Y14 || por] con S22 || *om.* si fuere negado EY4

¹¹ menores] mayores an dos poderosos AN3 || *om.* porteros AN3 || tenemos por bien que se prueue *iter.* Z15 || por] con S22 || portero] preyto AN3

¹² *om.* de su corte EY4, Y14 || creudo + et elef AN3

⁰ [*Epígrafe de la ley II*]

¹ que + l(e) T12, EY4, EN5, M22, MV6, AN3, S22, V88 || puesto + et EY4

² que + le M94 || fazer + τ (et) Y14, M94, T12, T14, V88, EN5, M22, MV6, S22, AN3, Z15

³ del] por el EY4 || venir + ao emprazamēto AN3 || mas *post* desden T12, V88

⁴ alguna *post* otra S22 || non + fuesse tenuto de lo fazer e que non M94 || *om.* puede ser apremiado de responder AN3 || puede] deue M94 || *om.* le AN3

miado de responder, deue le ser cabido. ⁵E como quier, que todos sean tenudos de venir antel iudgador quando los emplazaren, asfi como sobre dicho es ⁶con todo esso, omes ya que non podrian ser emplazados, e si lo fueren, non son tenudos de responder, antel aquel que los emplazo. ⁷Asfi como aquel que fuesse juez mayor o igual de aquel que lo emplazasse ⁸o el clerigo enel tiempo que cantasse la missa o dixiesse las otras oras enla eglefia. ⁹O monjes, o monjas, o hermitaños, o otros religiosos, delos que estan lo poder de otro su mayoral: sin cuyo mandado non pueden yr a otra parte. ¹⁰Mas quien derecho quisiere alcançar, de tales personas como estas deue fazer emplazar, a sus mayorales, asfi como de sufo es dicho enel titulo que fabla delos demandadores, e judgadores. ¹¹Otrofi dezimos, que non deuen: nin pueden ser emplazados los que han a ser a dia señalado con el Rey en batalla, ¹²o con sus

⁵ sean] son Z15 || judgador + τ M22 || *om.* los EN5, T14 (*add. interl.*) || *om.* sobre S22, AN3

⁶ con] en MV6 || esso] esto Z15 || responder] parecer EY4, EN5, Z15, M22, MV6, M94, V88, T12, T14 || responder + ne de parecer AN3

⁷ como + fy S22 || *om.* que S22 || que fosse *post* juyz AN3 || *om.* que fuesse M22, MV6

⁸ o + se fuefe S22 || *om.* el S22 || clerigo + τ lo emplazasse S22 || otras] missa M94

⁹ *om.* monjas o AN3 || otros + omnes *interl.* Z15 || *om.* otro su Y14 || fo] foz Z15 : en EY4, EN5 || mayoral] senhor AN3 || cuyo *post* mandado MV6 || mandado] poder AN3 || otra] ninguna EY4, EN5, Z15, M22, MV6, M94, T12, T14, V88, AN3 || parte] lugar Y14

¹⁰ alcançar] auer AN3 || deue fazer emplazar, a sus mayorales, asfi como de sufo es dicho] fallarlo a determinado S22 || *om.* e judgadores *todos*

¹¹ *om.* non Y14 || *om.* deuen nin S22, V88, EY4 || a₁] de Y14, EN5 || en batalla + o *post* (12) señores M94

¹² en batalla + o (11) *post* señores M94 || *om.* en fazienda... sus señores T14 || temief-

señores, en fazienda: o en lid, o los que fincan para guardar villas, o castillos, o otras fortalezas que touieren del Rey, o de otros fus señores seyendo en tiempo que temieffen peligro. ¹³Esso mismo dezimos, de aquellos que fincan para apaziguar, la tierra si la vieren leuandada, o en bollicio, si fueren omes para ello, ¹⁴o si fincaren para amparar tierra, o Reyno de su Señor, en tiempo de guerra. E los que fueren enfermos de grandes enfermedades, o feridos de guisa que non pudieffen venir, o presos, ¹⁵nin los que fizieffen bodas que non deuen ser emplazados en aquel dia, que las fizieren, ¹⁶ni aquellos que les muriere alguno en su casa, que deuen luego soterrar, o los que estouieren a muerte, o a soterramiento de Señor, ¹⁷o de su pariente, o de su vezino, o de amigo conosciado fasta que sean tornados a sus casas del soterramiento. ¹⁸Otrofi dezimos que non deuen ser emplazados los que non son de edad, o que son de fuera de su fentido, o desgastadores de sus bienes de manera que les son dados guardadores para ello. ¹⁹Pero los que ouieren querella def-

sen] touieffen V88, MV6, Y14, Z15 (c. post.), T14 (c. post.), AN3 (teuieffē ?) || temieffen + de EY4

¹³ apaciguar] afofegar M94 || om. o S22, M22, MV6

¹⁴ E] o EY4, EN5, T14, V88 || ficaren] fueren omnes EY4 || amaparar] empeynar MV6 || om. de grandes enfermedades S22

¹⁵ nin] o S22 || om. que non deuen ser emplazados S22 || los] aquellos S22

¹⁶ que deuen luego soterrar] con quen aia duyddo AN3 || estouieren] fouieren M22, MV6, S22, Z15, AN3, V88, EY4 : seuieren Y14 : estodieren EN5 : estudiaren T12, T14, M94 || soterramiento] enterramiento T12

¹⁷ om. a sus casas EY4, Y14 || soterramiento + τ uengan a sus casas EY4

¹⁸ o que son fuera de] nin en EY4 || ello] ellas Y14, M22 : esto AN3

¹⁹ om. los que AN3 || om. tales EY4, EN5, Z15, M22, MV6, M94, V88, T12, T14, Y14, AN3 || touieren] ueherē AN3

tos tales, bien pueden fazer emplazar a aquellos que touieren a ellos, e a sus bienes en guarda. ²⁰Otro tal dezimos que non deuen emplazar a los que van en mandaderia del Rey, o de su Señor, o de su concejo: ²¹nin al pregonero de mientras que va pregonando por la villa: nin a ome nin a muger que fea sieruo de otro. ²²Ca este non puede ser emplazado, si non en casos señalados: afsi como dezimos de sufo, en el titulo de los demandadores. ²³Otrofi no deuen emplazar a aquel, que fueffe emplazado de otro judgador para parecer antel, a dia señalado en quanto durare el tiempo del emplazamiento primero. ²⁴Fueras si el judgador que lo emplazasse a postremas fueffe mayor, que el otro que lo ouieffe fecho emplazar primeramente. Ca estonce deue obedecer al emplazamiento del judgador mayor. ²⁵E mientras que durare el tiempo deste emplazamiento, no le deue el otro juez, que le emplazo primero: fazer ninguna cosa nueva contra el, por razon quel emplazara: ²⁶e non pareciera antel. E si por aventura la fizieffe contra el, o contra alguno de los otros sobredichos, en esta ley mandamos que non vala.

²⁰ Otro tal] Otrofi S22 || tal (c. post. si) T14 || om. non... que₂ V88 || om. de su señor M22, MV6, AN3 (no om. S22)

²¹ de mientras que] en quanto M94 || va] anda M22, MV6 : andar AN3 : andaua S22 || omne + apreginado EN5 || sieruo] sierua EN5, AN3, Y14, V88

²² om. ca este non puede ser emplazado AN3 || este] estos T14 : esta EN5 || emplazado] emplazados T14, V88 || casos] cosas S22 || om. de sufo AN3

²³ Otrofi + dezimos que EY4, MV6, T12, V88 || deue + nin puede EY4 || fueffe + ante M94, EY4, EN5, V88, T12, T14, Y14, Z15 (add. post) || tiempo] pleyto EN5

²⁴ Fueras] Saluo ende S22 || obedecer] yr M22 || emplazamiento] mandado Y14

²⁵ om. le₁ M22 || primero] a postre (?) S22 || om. nueva S22, Y14

²⁶ la] lo S22

⁰Ley. III. Como las dueñas ni las donzellas ni las otras mugeres que biuen onestamente en sus casas no deuen ser emplazadas que vengan antel judgador personalmente.

¹Dueña casada, o biuda, o donzella o otra muger, que biua onestamente, en su casa non deuen ser emplazadas ninguna dellas: ²de manera que sea tenuta de venir personalmente ante los judgadores: para fazer derecho en el pleyto que non sea de justicia de sangre, o de otro escarmiento: ³porque assaz abonda, que tales mugeres como estas, embien sus personeros en juyzio, en los otros pleytos. ⁴E esto touieron por bien los sabios antiguos por esta razon. Porque no seria guifada cosa, que tales personas como estas pareciesen embueltas publicamente con los omes, assi como de suso diximos, en el titulo que habla de los abogados. ⁵Pero si los judgadores, quisiesen fazer algunas preguntas a ellas mismas, para saber verdad, deuen ellos yr a su casa, o embiar algund escriuano, que las pregunte, e escriua, lo que dixieren. ⁶Otro si dezimos que todo ome a quien emplazassen, estando en su casa, por razon de pleyto, que non fuese de maleficio: ⁷que non es tenuto de

⁰ [Epígrafe de la ley III]

¹ om. que T14 (add. post.) || biua] baldia (?) T14 (tacha y corrige en biua) || om. en su casa Z15

² de uenir post personalmente MV6 || en el] faluo AN3 || om. non AN3 || om. de sangre M22 (add. margen) || sangre] morte AN3

³ om. en juyzio M22 || assaz] a faz AN3

⁴ om. cosa EN5, M22 || guifada] guifado M22 || om. pareciesen Y14 || en uolta post publicamente AN3 || publicamente post omnes S22 || om. los₂ S22 || publicamente] manifiestamente MV6 || con + a EN5 || los + otros M22

⁵ algund] a un T14 (c. post. algun)

⁶ τ casa + τ auer folgura en ella pero deuen enuiar ssu personero Z15 (tachado) || casa + τ EY4

⁷ personalmente post judgador S22 || om. si non quisiere... (8) parezca Z15 || E esto es]

venir personalmente, antel judgador si non quisiere. E esto es, porque cada vno deue ser seguro en su casa, e auer folgura en ella. ⁸Pero deue embiar su personero, que parezca antel judgador a responder en su lugar. Mas si alguna destas personas, fueren emplazadas, sobre pleyto criminal: ⁹tenido seria estonce de parecer antel judgador: maguer el emplazamiento, fuese fecho, estando el en su casa.

⁰Ley. IIII. Como losijos non pueden fazer emplazar a sus padres nin los afforrados a los que los afforraren.

¹Natural razon es e derecho, que losijos ayan reuerencia, e fagan honrra a sus padres, e a sus madres, ²e que ganen siempre dellos, faziendoles seruicio, e non por contiendas: nin por pleytos, aduziendolos en juyzio. E por ende touieron por bien los sabios antiguos, e defendieron: ³que el hijo, ni el nieto, non pueden fazer emplazar, para aduzir en juyzio al padre,

mas Y14 || om. e auer folgura... (8) lugar T14 (add. post.)

⁸ [seguro] senhor AN3 || folgura] folganga EN5 || parezca ante o juyz post a responder] responda en seu lugar τ AN3 || a] τ S22 || a responder] que responda M94 : τ responda EY4, EN5, V88, Y14, T12

⁹ parecer + personalmente Y14, S22, Z15, T12, T14, M94, M22, MV6, AN3, EY4, EN5 || om. estando el M22 || estando post casa M94 || om. el M94

⁰ [Epígrafe de la ley IIII]

¹ razon] cosa S22 || om. es AN3 || om. e derecho Y14 || derecho] derecha T12, T14, S22, M22, MV6, EY4, EN5, V88, M94, AN3 ||ijos + que M22, MV6 || fagan] ayan T14 || om. e a sus madres EN5

² ganen] fagan Y14 || faziendoles + amor τ EY4 || non tachado S22 || pleytos + nol deuen S22 || aduziendo] adozillos S22 : trayendo T12, M94 || a] en Y14 || e₄] que Z15

³ al₁] su V88 || ni₁] τ EN5 || ni₂] o Y14 || om. al₂ EY4 || om. la₂ EY4 || fueren] estudiar T12

ni a la madre: ni al auuelo, ni a la auuela, mientras que fueren en poderio dellos. ⁴Fueras ende, por aquellas cosas señaladas, que diximos de fuso, en el titulo de los demandadores: e en el otro titulo, que fabla del poderio que han los padres sobre los fijos. ⁵Pero el fijo, que fuere falido del poder de su padre, bien lo podria fazer emplazar en juyzio con otorgamiento del judgador. ⁶Ca de otra guisa, no podria emplazar a su padre, ni a su madre, ni a su auuelo, ni a su auuela. ⁷Otrofi dezimos que el aforrado, non deue emplazar al que le afforro sin otorgamiento del juez. Ca siempre deue auer reuerencia, e fazer honrra a aquel que lo faco de seruidumbre, e le dio libertad. ⁸E esto se entiende, del Señor que afforro su fieruo, por su voluntad, queriendole fazer bien e merced, tomando dineros del fieruo mismo, o no los tomando. ⁹Mas si por aventura, otro ome dieffe dine-

ros al Señor porque afforrasse su fieruo. ¹⁰Estonce tal afforado, bien podria emplazar en juyzio al que lo afforrasse, non pidiendo licencia al judgador e non es tenuto de fazelle aquella honrra, ni aquella reuerencia que los otros afforados, que de fuso diximos.

⁰*Ley. V. Que pena merece el afforado que emplaza sin licencia del judgador al que lo ouiesse afforado.*

¹Pechar deue por pena cinquenta maruedis en oro, el afforado, a aquel que lo afforro, quando lo emplazasse, sin licencia del judgador. ²Fueras ende si el Señor que fue emplazado, non pareciesse antel judgador al plazo, que fue puesto, por razon de emplazamiento, o si viniesse ante del el aforrado arrepintiendose, ³e le quitasse aquel pleyto, sobre que le auia emplazado, o si por aventura viniesse el afforrador de su grado, e le respondiessse

⁴ Fueras] Saluo S22 || por] en T14, T12, EY4, EN5, S22, MV6, Y14, M94, V88 : sobre AN3, M22 : por Z15 (add. interl.) || om. de fuso S22 || los₂ + fus T14

⁵ pero + ffi EY4, EN5 || fuere] estudie M94 || om. emplazar... (6) podria S22 || poder] padre AN3 || judgador] juez T14, M22, MV6 : juyz AN3

⁶ om. (5) emplazar ... podria S22 || om. a su madre... (7) emplazar Y14 || om. nin a su auuela Z15

⁷ om. a su madre ... (6) emplazar Y14 || el aforrado] aquel que for seruo AN3 || om. sin otorgamiento del juez S22 || om. siempre S22 || deue] puede EY4, EN5, AN3, M22 || auer] fazer S22 || e] de S22 || om. fazer S22, T14 (add. interl.) || aquel que lo + aforro τ EY4

⁸ entiende + por S22 || merced + τ non AN3 || om. fieruo mismo AN3 || om. o non los tomando Y14 || del + nẽ outra coufa AN3 || del] al S22 || om. mismo o non los tomando S22

⁹ om. por aventura AN3 || otro omne] o seruo AN3 || dieffe] tornase S22 || om. por AN3 || porque + lo M22 : + l M94 || om. su fieruo... (10) bien AN3

¹⁰ Estonce + dezimos que S22 || tal] el T14 (c. post. tal) || aforrado + como este T12 || aforrado] aforramiento Y14 || emplazar] citar AN3 || om. en juyzio AN3 || al que aforrasse] ao sehnor AN3

⁰ [Epigrafe de la ley V]

¹ por] en EY4, T14 (c. post. por) || om. el afforado S22 (add. post.) || om. lo AN3 || aforro] emprazou AN3 || om. a aquel (add. interl. post) Z15 || lo emplazasse post judgador M94 || judgador + del logar EY4 : del lugar EN5

² Fueras] Saluo S22 || om. Fueras... antel Y14 || om. al plazo... uiniesse ante S22 || uiniesse + τ Z15 || om. del el aforrado... (3) uiniesse Z15 (add. post.) || del] el T12, T14, V88, AN3, M22, MV6 : del] el + τ EY4, EN5, M94, Y14 (S22 en add. marg.)

³ om. e le quitasse... uiniesse Z15 (add. post. margen) || om. e₁ T14, T12, V88, Y14, EY4, EN5, S22, M94 || om. el aforrador de su grado AN3 || afforrador tachado S22 (c. post. margen señor) || aforrador] aforrado + τ el EN5, M94 : + señor EY4 || om. uiniesse Y14 || om. de su grado S22 || de seu grado post posto AN3 || om. e₂ M94

en juyzio, al plazo quel fue pueſto, ⁴non caloñando al afforrador, como nol deuiera emplazar ſin otorgamiento del judgador. ⁵Ca por qualquier deſtas razones, es quito el afforrado dela pena fobre dicha.

⁰*Ley. VI. Como non deue ſer enplazada la muger ante aquel judgado que la quiſo forzar o caſar con ella ſin ſu plazer.*

¹Trabajando ſe el judgador, de caſar con alguna muger, ſin ſu plazer que moraffe en aquella tierra, do el ouieſſe poderio de judgar, o queriendo de otra manera, paſſar a ella por fuerça. ²Dezimos que tal muger como eſta ni otra, ni otro de ſu compañia, que vinielſe con ella dende adelante non deuen ſer emplazados ante aquel judgador. ³E ſi los emplazaſſen non ferian tenudos de venir ni embiar perſoneros, para reſponder delante del. ⁴Ca podria ſer que porque ella non quiſo conſentir, a ſu voluntad, que ſe moueria el juez, maliçioſamente faziendola emplazar, e aſacando torticeras demandas para

⁴ *om.* non S22 || caloñando] callando S22 : calando AN3 : caylando MV6 : negando M22 || *om.* qual M94 || (al] el) afforrado *post* como S22 || aforrador] aforrado T12, T14, Y14, V88, AN3, M94, Z15, EY4, EN5 (*vid.* ms. Z.i.15)

⁵ Ø

⁰ [Epígrafe de la ley VI]

¹ Trabajando] Trabaja S22 || aquella] la S22 || *om.* por fuerça... (2) con (contra S22) ella S22, EN5 || *om.* por fuerça AN3

² *om.* (1) por fuerça (2)... con ella S22, EN5 || *om.* ni otra todos || uinieſſe] biuieſſe AN3, T12, Z15, V88 || dende + en Y14, T12 || deuen adelante *post* non deue M94

³ *om.* E ſi los... del T14

⁴ *om.* non T14 (*add. post.*) || conſentir + de fazer AN3 || conſentir] conſtar T12 || *om.* a AN3 || voluntad + del EY4 || *om.* e M22 || (a)ſacando + l(e) T12, T14, EY4, EN5, Y14, S22, AN3, M22, MV6, V88, M94 || tortiçeras + razones τ M22

tomar vengança della. ⁵Pero aquellos que ouieren querella, de tal muger como eſta, o de algunos de los de ſu compañia, pueden los fazer emplazar ante, otro judgador de aquel lugar ſi lo y ouiere. ⁶E ſi por aventura non lo y ouieſſe pueden los fazer emplazar, antel adelantado, o antel merino, que fuere mayoral de la tierra. ⁷E el mayoral es tenudo de emplazar los, e de fazer les fuero, e derecho o de dar les otros omes buenos de aquel lugar que ſean ſin foſpecha, que los oyan, e que los delibren.

⁰*Ley. VII. Como las partes pueden alongar entre ſi el plazo despues que ſon emplazados.*

¹Avienen ſe entre ſi las partes, para alongar el plazo del emplazamiento, que les fue pueſto por mandado del judgador. ²E en tal razon como eſta dezimos que quando ellos aluengan el plazo, con conſentimiento del judgador, que lo pueden fazer. E ſon tenudos de venir ante el juez a la fazon que puſieren entre ſi. ³E la parte que no viniere, deuen fazer contra el, aſi como contra ome rebelde que non viniere al plazo, que le pone el jud-

⁵ Pero + ſi T14 || *om.* los de EY4, EN5, M22, MV6, Y14, AN3, T14 || emplazar + para T14 || *om.* ante otro judgador... (6) antel M94 || *om.* ſi lo y ouiere Y14

⁶ *om.* E ſi por... antel M94 || antel₂] del EY4, T12 : el EN5, M22, MV6, V88, T14, Y14, Z15

⁷ E + ſin MV6 || *om.* los EN5 || fazer + dela comprimento de AN3 || *om.* les fuero e AN3 || e₃ + de S22 || ſean + para ello τ S22

⁰ [Epígrafe de la ley VII]

¹ Avienen] Auiniendo S22 || Avienen ſe + a las uegadas M22, MV6, M94, EY4, EN5, Z15, Y14, T12, T14, V88 || entre ſi *post* las partes Y14, T12, T14, V88, M94 || *om.* por mandado d' S22

² quando] ſi M94 || *om.* juez T14 (*add. post.*)

³ uiniere₁ + al plazo M94 : antel EN5 || el] ella EY4

gador. ⁴Mas si ellos por si se alongassen el pleyto sin consentimiento del juez: el que no viniere non deve auer otra pena: ⁵si no aquella que ellos pusieren entre si nin puede passar el judgador contra el por razon del emplazamiento. ⁶Esso mismo dezimos que quando algunos que non fueffen emplazados, por mandado del judgador se abinieffen, e tomassen plazo aque parecieffen antel juez. ⁷Ca non tenemos por bien por muchas contiendas, e muchas barajas que acaecieffen entre los omes que vn ome pueda emplazar a otro, ni parar le señal, si non en la manera que de fuso mostraremos.

* ⁰*Ley. VIII. Que pena merece el que fuere rebelde en non venir al emplazamiento.*

¹Rebeldes ya algunos omes de manera que non quieren venir al emplazamiento que les fazen. E estos non deuen fincar sin pena, porque desprecian el mandamiento de aquellos, a quien deuen obedecer. ²E porende dezimos que quando

⁴ *om. si ellos por S22 || om. se S22, T12, AN3, M94 || pleyto] plazo S22, T14, V88 || om. el EN5 || om. que Z15 (add. margen) || deve + porē AN3*

⁵ Ø

⁶ *quando] si M22, MV6 || om. que₁ T14 || que + seria V88 || om. non Z15 || om. e tomassen T12 || om. e tomassen plazo que parecieffen Y14 || tomassen] posieffen AN3 : demandassen M22, MV6 || om. que₂ T14 (add. post.) || parecieffen] uinieffen M22*

⁷ *bien + que M22, MV6 || muchas₁ y ₂] nas AN3 || acaecieffen] nacen AN3 || om. le S22 || mostraremos] diximos Y14, M22, MV6, M94, AN3*

* *A partir de esta ley contamos con el fragmento Silva Marques (FSM).*

⁰ *[Epígrafe de la ley VIII]*

¹ *om. Rebeldes AN3 || ya algunos post omnes AN3 || om. de manera T14 (add. post) || om. el V88, EY4, EN5, Z15, M22, MV6, M94, T12 || om. que₂... mandamiento T14 (add. post.)*

² *porque] por Y14 || desprecian] despreciamiento Y14 || om. el mandamiento Y14*

alguno fuere emplazado del Rey, por su palabra, o por su portero, o por su carta si fuere rico ome, ³o concejo de algund lugar, o otro ome onrrado: assi como arçobispo, o obispo, o maestro de alguna orden, o comendador, o prior, o abad, qualquier destos sobredichos, ⁴que no vnieffen o non embiasse al plazo, o fuere rebelde non queriendo entrar enel pleyto, sobre que fue emplazado, ⁵o se fuere dela corte, sin mandado del Rey peche a el cien maravedis, porque le desprecio su mandamiento. ⁶E si fuere infançon, o otro cauallero, o ome honrrado de villa peche treynta maravedis al Rey. E si fuere ome de menor guisa, peche diez maravedis. ⁷E sobre todo esto deve pechar qualquier destos sobredichos, a su contendor, todas las despenfas que ouiere fecho, ⁸sobre razon de aquel emplazamiento, porque non quiso venir fazer le derecho. ⁹E si aquel que fue rebelde:

³ *o₁] e Z15 || algund lugar], algũa cidade AN3 || om. arçobispo o Y14 || om. o obispo S22, V88 || om o prior o abad AN3 || om. abad M22, MV6 || om. sobredichos AN3*

⁴ *om. non₂ Y14 || plazo] pleito S22 || plazo + que auya de uijr FSM || o₂] que M22, MV6 : τ FSM || o₂ + si uiniere τ T12, T14, EY4, EN5, M94 (τ] o), V88 : o₂ + uiniendo Y14 || entrar] uenir nin embiar S22 || al plazo post fuere EY4 || plazo] pleito S22 || fuere] fosse + fora AN3 || om. rebelde... (5) fuere AN3 || rebelle + τ MV6 || om. el T12, MV6, T14 (add. post.) || sobre + aquello T12*

⁵ *o₁ + si T12, T14, MV6, EY4, EN5, M94, Z15, V88 || a el] le T12 || el] Rey M94 || el + Rey FSM*

⁶ *infançon] infante T12 : ynffant MV6 || om. otro Y14, M22 || omne + mucho M22, MV6, AN3*

⁷ *sobre] se fore Y14 || pechar] pagar FSM || om. qualquier destos sobredichos FSM || destos] delos S22 || destos sobredichos] destas sobredichas M94*

⁸ *sobre] en S22 || om. por T14 (add. post) || om. venir S22 || om. le M22*

⁹ *om. mandamos que FSM || mandamos] mandas T12 || cinco] çient T14 (c. post. cinco) || julgador + para S22*

ouieffe feydo emplazado, para ante algund judgador delos de la corte del Rey, mandamos que peche cinco maravedis al judgador ante quien fue emplazado porque desprecio fu mandamiento. ¹⁰E el que negare, que no fue emplazado, si gelo, prouaren, peche la pena doblada al Rey, o a aquel, para ante quien fue emplazado: e otrofi las despenfas dobladas a su contendor. ¹¹E todo esto que diximos de los emplazados, mandamos, que sea guarado, contra aquellos, que los emplazan, si non vinieren, o non embiaren, como deuen al plazo. ¹²Otrofi dezimos, que todo ome que fuere emplazado, a querella de otri que venga fazer derecho, ante su juez que es puesto en las cibdades, o en las villas, ¹³si non viniere al plazo, o non embiare ome que razone por el, o si el se fuere sin mandado del judgador, que peche por pena al alcalde medio maravedi, e otro medio a su contendor. ¹⁴Essa misma pena deue auer, el que le fiziere emplazar si non viniere, o non embiare su personero, al plazo como deue.

¹⁰ negare] dixiere S22 || om. e otrofi las despenfas dobladas a su contendor EN5 || om. el Z15 (add. post) || prouaren] fuere prouado M94 || otroffi + de Z15

¹¹ todo post esto S22, Z15 || emplazados] emplazamientos T14, FSM || si] que S22 || como deuen post plazo S22 || om. si no... plazo Z15 (add. post.) || uinieren] acharen AN3

¹² Ø

¹³ om. se S22 || e + al otro Y14 || judgador + o se ueniere τ non quesiene responder a la demanda quel feziere su contendor nin deffenderse S22 || otro medio post contendor Y14 || medio₁] vi MV6 || maravedis] dineros MV6 || otro] otros MV6 || medio₂] seys + dineros MV6 || otro medio post contendor S22 || contendor] contador T12

¹⁴ misma post pena T12 || om. al plazo EN5, FSM || seu procurador post deue FSM

⁰Ley. IX. Que pena merece el judgador que non quiere emplazar como deue, e aluenga el pleyto por razones de alguno.

¹La maldad delos omes deste mundo, es tanta, e vsan della en tantas maneras: ²que si la justia, e el derecho non los estoruasse, non podrian los omes buenos, biuir en paz: ni alcançar derecho. ³E porende dezimos, que si el juez, por maldad, o por mal querencia, non quiesse emplazar los omes, a querella de otri, ⁴o alongasse el plazo, por ruego, o por amor, o por ayuda queles quiesse fazer si gelo podieren prouar ⁵que peche el alcalde dello suyo, las despenfas que fizo, e el daño que recibio el demandador por que non gelo quiso emplazar, o porque gelo alongo, sin derecho, ⁶e sea creydo, el demandador, por su jura sobre estas despenfas, e estos daños abien vista de aquel, quien se querello del alcalde.

⁰ [Epígrafe de la ley IX]

¹ e] que Y14 || della + los omnes T14

² non₁ + fosse que AN3 || nõ post los] os FSM || estoruasse] enffyna τ of contrege AN3 : enfinasse os nõ costrangese FSM || om. buenos T14 (add. post) || biuir] uenir Z15, M94

³ por₁ y₂ + su Y14

⁴ fazer + que AN3, EY4, EN5, Y14, Z15, M22, MV6, M94, AN3, T12, V88 (excp. S22) || si] e FSM

⁵ om. que₁ FSM || om. de lo suyo S22 || om. que fizo M22, MV6, AN3, FSM || om. lo₁ FSM || enprazar + seu contendor FSM || om. lo₂ FSM, AN3 || alõgou + o prazo FSM, AN3 || dereito + ao demandado FSM

⁶ om. el demandor FSM || sobre estas despenfas, e estos daños abien vista de aquel, quien se querello] a los daños que fizo querellandose S22 || om. se Y14 || om. del alcalde AN3 || alcalde] juiz FSM

⁰*Ley. X. Quanto tiempo deuen esperar los emplazados a sus contendores en casa del rey de mas del plazo.*

¹Esperar dezimos que deuen los omes emplazados, para la corte del Rey a sus contendores, ²si algunos dellos vienen, al dia queles es puesto, e los otros non. E esto tenemos que es derecho por dos razones. ³La vna por guardar que en la corte del Rey, non pierda ninguno por arrebatamiento de plazo, como en los otros logares. ⁴Ca este es logar, do se deuen fazer las cosas con mayor acuerdo: e con mayor consejo, porque non se ayan ligeramente, a defazer. ⁵E porende ha menester mayor tiempo, que aquel señalado, que les dan por plazo. ⁶La otra razon es, por guardar de daño, al que viniessse, que cuydaria ganar, por arrebatamiento del plazo. E despues, quando viniessse, fu contendor, si pudieffe mostrar, razon derecha, porque non pudiera venir. ⁷Don-

⁰ [Epígrafe de la ley X]

¹ Esperar] Espaçar AN3 || os + que || som FSM || om. omes M22, MV6, T14 || para] en (corr. post.) T14

² al dia + del plazo T12, V88 || non + uem FSM || esto tenemos] este []miento S22 || tenemos + por bien τ EY4 || om. que EY4

³ vna] primera T14 (corr. post.) || una + es S22 || por + se FSM || guardar] guarda T14, AN3, M22, MV6 || ninguno + su derecho M22

⁴ conselho + que em outro AN3 || om. por MV6 || por + tal FSM || por + razon AN3 || se post a M94 || ligeramente post defazer AN3 : + despois FSM

⁵ porem a + y FSM || om. que aquel.. (6) razon es S22 (add. margen) || que₁ + en Y14 || señalado post dan T12 || afinado post que₂ AN3, FSM || señalado] señalada + mente EY4, EN5

⁶ om. es Z15 (add. post.), M22, MV6, AN3 || guardar] que guarde Y14 || arrebatamiento] recabamiento V88 || om. e despues M22 || uiniessse] ueese + ao prazo FSM || que₂ + se non FSM || cuydaria] agordaria FSM || om. ganar FSM || razon] juyzio MV6

⁷ Donde] ante AN3 (onde FSM) || cuydara + o outro FSM || auer] uenir T14 (corri-

de cuydara auer pro: venir leya ende daño: porque auria otra vez, atornar al pleyto, e fazer mas despenfas. ⁸E aquel labor que ouiera, cuydando que auia vencido el pleyto, tornar se leya en defabor, si por aventura el otro venciessse a el. ⁹E porende tenemos por bien, que todos los que fueren emplazados, para la corte del Rey, si fueren de aquel reyno, do el Rey, anduuiere, o morare, que esperen a sus contendores, despues del plazo tres dias. ¹⁰E si fueren de los otros Reynos, esperen los nueue dias.

⁰*Ley .XI. Si aquel que fuere emplazado mostrare escusa derecha por que non vino que le deue valer*

¹Embargamientos han alas vegadas, los que son emplazados, de manera que no pueden venir, ni embiar antel juez, para responder a los plazos, que les fueren puestos. ²E porende dezimos que derecha cosa, e guifada es, que pues ellos no dexan por al, de venir, si no por non poder, que no ayan pena de rebeldes. ³E los embar-

ge post.) : mouer? S22 (corr. post. auer) || pro] pero S22 (corr. post. pro) || om. por FSM || plazo] pleyto V88 || mas post despenfas V88

⁸ labor] saber Y14 || om. que ouiera Y14 || cuydando] cuidado FSM || om. que auia vencido el pleyto FSM || om. vencido Z15 (add. interl. post) || defabor] defamor MV6 || om. el AN3 || outro + tal AN3

⁹ anduuiere] ante dieren S22 (c. post. andodieren)

¹⁰ om. EN5 || om. los T14 || of + despoys AN3

⁰ [Epígrafe de la ley XI]

¹ Embargamientos] Embargos AN3 || han + los omnes EY4 || vegadas] uezes AN3 || om. que M94 || om. que son AN3 || manera] guifa AN3

² derecha] guifada FSM : derecho M94, EN5, V88, T12 || om. e guifado AN3, FSM || cosa] razon S22 || cosa post guifada M94, EN5, V88, T12, Y14 || es post cosa M22, MV6, EY4

³ om. derechos M94 || om. que los pueden escufar FSM || los] lo M22, MV6, Z15 ||

gos derechos, que los pueden escufar, son estos. ⁴Afsi como si el emplazado, fuesse embargado, de grand enfermedad, o ouo embargo enel camino, por llenas de rios, o de grandes nieues, o de otra tempestad, ⁵o si lo embargassen ladrones, o enemigos conocidos que le touieffen los caminos, o quel ouieffen defafiado, e fuesfen mas poderosos que el ⁶de manera que no osasse venir, a menos de peligro de muerte, o si fuesse preso, o embargado por alguna otra razon femejante destas. ⁷Ca prouando la, e mostrandola, al judgador deue valer, de manera que pena, ni daño, non reciba, por razon que no vino al plazo. ⁸Pero si la enfermedad del emplazado, durasse mucho, deue embiar su personero, que faga derecho por el. ⁹Otrofi, quando el emplazado, esta defafiado, se teme de sus enemigos quel tienen en camino, afsi como de fuso diximos, ¹⁰deue lo fazer saber al judgador,

om. los AN3 || escufar + que sean derechos M94

⁴ om. si M94, T14 (add. post.) || embargado] agrauado todos excp. M22 (Z15 corr. post. embargado) || embargado + τ agrauado EY4 || o₁ + de algun M22, MV6 || om. ouo Z15, M94, S22, AN3, M22, MV6, EY4, EN5, T12, V88 || embargo] embargado T14, Z15, M94, EY4, EN5, T12, V88 || por] de AN3, FSM || llenas] grandes AN3 : llenos Z15 : abenidas T12

⁵ om. lo T14 (add. post. interl.) || ouieffen] touieffen EY4 || e + aquel que o defafiasse AN3, FSM || e] o M94, EY4, T14 (correg. post.) || que₃ + non M22, MV6

⁶ manera] guisa AN3 || osasse] oueasse AN3 || alguna post otra T14

⁷ Ca] e S22, FSM : om. Y14 || la₁ y 2] lo Y14 || om. e mostrandola MV6 || om. nin daño M22, MV6 || om. razon S22

⁸ om. del emplazado S22 (add. post.) || emplazado] prazo AN3 || personero] procurador FSM

⁹ Otrofi] Et si S22 || defafiado + o M22, MV6, S22, AN3, FSM, Y14, Z15, V88, T12 : τ EN5, M94, T14 (corr. post. o) : que EY4 || de fuso post diximos Z15

¹⁰ emparazou + τ AN3 || emplaze + o

que lo emplazo, que por esta razon, no es ofado, de venir antel. ¹¹E el juez luego que lo fupiere, deue y dar tal consejo, que por el emplazamiento, pueda venir o embiar antel, seguramente. ¹²E mientras tal segurança non le diere, non deue yr adelante, por razon del emplazamiento.

[...]

⁰Titulo VIII. De los assentamientos.

¹Congisa es, que pues que diximos enel titulo ante deste, de los emplazamientos: que fablemos eneste delos assentamientos, ²que mandan fazer los judgadores, en los bienes de los demandados, ³porque non vienen ante ellos al plazo queles fue puesto, el dia del emplazamiento. ⁴E porende queremos primeramente mostrar que cosa es este assentamiento. ⁵E

Y14 || esta] tal FSM || es ofado] ofou AN3, FSM || el] ellos M94

¹¹ luego] tâto AN3, FSM || que₂ post por M22, MV6, EY4, EN5, V88, T12, AN3, Y14, T14, Z15, M94 || om. deue y... FSM || emplazamiento] emplazado M22, MV6, EY4, EN5, V88, T12, AN3, Y14, T14, Z15, M94 || por antel post venir AN3 || seguramente] seguramiento MV6

¹² om. E mientras V88 || mientras + hi AN3 || yr adelante] judgar nē hūa coufa AN3

⁰ [Epigrafe titulo VIII]

¹ Conguisa] Guysada S22 : En guisa AN3 : Cosa guisada Y14 || emplazamiento] aplazamiento Z15 || fablemos] digamos S22 : hablar MV6 : hablamos EN5 || este] esta AN3 || delos assentamientos] das entregas AN3 || assentamientos + que fazen los omnes por palabra S22

² om. 2 Z15 (add. post.) || judgadores] juezes AN3 || vienen] uinieron M94

³ ellas + a los plazos ho EY4 || om. el dia del emplazamiento AN3

⁴ om. este S22, AN3, M94, EY4, EN5, Y14

⁵ cuyo in ras. Z15 || fecho] feita AN3 || om. en que manera Y14 || manera + deue fer fecho EY4

por cuyo mandado deue ser fecho. E contra quien. E en que manera. ⁶E que deue ser fecho contra aquellos, que lo embargaren: e non quifieren consentir que se faga. ⁷E que derecho gana el demandador, en aquella cosa en que le mandan assentar: maguer non le dexen apoderar en ella. ⁸E otrofi que pena deue auer, el que gelo forçare. E fasta quanto tiempo, puede el demandado cobrar la cosa, en que fue fecho el assentamiento, al demandador. ⁹E otrofi como el judgador deue passar contra el, que fuere emplazado, sobre algun yerro, que aya fecho, e non quisiere venir al plazo.

[...]

⁰*Ley. VII. Como el judgador deue passar contra el que fuere emplazado sobre algun yerro que aya fecho si non quisiere venir al plazo.*

¹Maleficios fazen los omes a las vegadas sobre que los han de emplazar, e de acusar. ²E ellos temiendose de la pena que

⁶ *om.* 6 Y14 || lo] los EN5, T12 || embargaffen] embargaren AN3 : embargare T12 || quifieren] quisieron AN3 : quisiere T12 || *om.* consentir AN3

⁷ le mandan] la demandan T12 || assentar] entregar AN3 || dexen] dexe Z15 : leyxaffen AN3 : quisiessen M22, MV6 : deuen EY4, Y14 || apoderar en ella] en poder del AN3

⁸ *om.* E AN3, M94, V88 || *om.* otrofi M22, MV6 || gelo] gela S22, M22 : a AN3 || forçare] forçou AN3 : fiziera EY4 || *om.* cobrar MV6 || la] aquella AN3 || *om.* cosa AN3 || fecho assentamiento] feita entrega AN3 || *om.* al demandador AN3

⁹ *om.* E Z15, M94 || judgador] juiz AN3 || passar] yr AN3 || el₂] al Z15 : aquel M22 : aquel MV6 || fuere] fue MV6, EN5 : fue T14 (c. post. fuere) || emplazado] aplazado M94 || *om.* e non... plazo EN5 || quisiere] quisiese S22, T14

⁰ [Epígrafe de la ley VII]

¹ los omnes post uegadas EY4 || uegadas] vezes AN3

² refusingo] refuyendo M94, M22, MV6,

merescen, andan refusingo, de manera que non quieren venir delante del judgador, a estar a derecho. ³En tal razon como esta, dezimos que el judgador, deue passar contra el rebelde en esta manera: ⁴faziendo pregonar en aquel lugar, do folia morar el emplazado, e si morada non le fallaren, deue ser pregonado alli do el yerro fizo, ⁵como sepan todos, que fulan fue emplazado que viniessse delante del judgador sobre tal yerro que dizen que fizo, e non quiso venir. ⁶E porende el judgador le manda emplazar, otra vez que venga el mismo por su persona, ante el fasta treynta dias, ⁷a estar a derecho, sobre aquello de que le acusan, e si fasta este plazo, non viniere, que le entraran todo lo fuyo. ⁸E quando el pregonero

L22a, T14 : refoyendo Z15, EY4, EN5, V88, T12 : refugiendo Y14 : refogindo AN3 || estar] esto M22 || *om.* a derecho M22

³ *om.* En tal... esta M22 || *om.* el judgador L22a || judgador] juiz AN3 : juzgado + a estar a derecho en tal razon como esta dezimos quel judgador EN5 || contra] con T12 || el₂] tal T12

⁴ pregonar + en esta manera T14 (tachado) || lugar + ou na casa AN3 || folia] fuele M22, V88 : fuel EN5 || morada + y EY4 || le + y EN5, L22a || fallaren] fallaffen Z15 : acharen AN3 : + y Y14

⁵ como + [] que Z15 : por que M22 || *om.* fulan M22 || judgador + a cumplir derecho M22 || *om.* que dizen M94, T14 || dizen] dizien MV6 : dezian S22, AN3, Y14 || fizo] fezera AN3 : fiziera Y14

⁶ le] lo EY4, EN5, Y14, L22a || *om.* que venga... ante el T12 || por₂] en Z15, M22, MV6, T14, EN5, V88, L22a || fu] fy S22 || *om.* persona S22 || *om.* ante el EY4 || ante el + judgador S22

⁷ sobre] ha EY4 || *om.* de AN3, M94, T14 (add. post.), Y14, L22a || que₁ + lo emplazan e de que L22a || le₁] lo S22, AN3, M22, EN5, Y14, T12, L22a || entraran] tomaran AN3 : entren T12, EN5, T14 (c. post. entraran) || *om.* todo T12

⁸ *om.* esto T14 (add. post.) || esto post ouiere + todo V88 || *om.* antel Y14 || los actos] las actas S22, M22, EY4, EN5, L22a :

esto ouiere pregonado afsi deue venir ante el judgador, e fazer escriuir antel, en el libro de los actos, en que manera fizo el pregon, por su mandado. ⁹E si por aventura, el emplazado, non viniessse fasta el plazo sobredicho, deue el judgador mandar escreuir todos sus bienes, e poner tal recabdo sobre ellos, que non puedan fer malmetidos, ni enagenados, ¹⁰e desí deue le mandar emplazar tres vezes, pregonando lo cada vez en essa misma manera dandole tres plazos de treynta dias. ¹¹E si desde el dia que fueron dados, e fueron pregonados, estos tres plazos postrimeros fasta vn año ¹²non viniere en su persona delante del judgador, a estar a derecho, o non embiare a mostrar escusa derecha, porque non pudo venir dende adelante deuen fer entrados sus bienes, ¹³que es como manera de assentamiento, pero toda via deuen fincar para la camara del Rey, saluo el derecho que

fu muger ouiere en ellos, o otro quien quier que lo aya. ¹⁴E si por aventura viniessse ante que cumpliesssen estos tres plazos postrimeros, e diessse fiadores para estar a derecho, sobre aquello que era emplazado: deue fer oydo e cobrar sus bienes. ¹⁵Pero por la rebeldia que fizo, puedele el judgador mandar que peche tanto como es sobre dicho de sufo, ¹⁶en el titulo de los emplazamientos, que deuen pechar los rebeldes, que non quieren venir al emplazamiento. ¹⁷E esto se entiende, si non mostrasse escusa derecha, porque non pudo venir. ¹⁸E si por aventura acaeciesse, que el que fueffe emplazado, e pregonado, afsi como sobredicho es, se muriesse ante que se cumpliessse el plazo de sufo dicho: ¹⁹estonce deuen tornar los sus bienes, a sus herederos, e non deuen pechar ninguna pena por el finado, por razon de la rebeldia. ²⁰E esto es porque

las actos T12 || pregon] pregonero Z15 (c. post. pregon)

⁹ om. tal Y14

¹⁰ le₁]lo S22, EY4, EN5 : o AN3 || emplazar] apregoar AN3 || cada + una L22a || vez] uegada S22 || om. pregonados... plazos T14 || le₂] lhis AN3 || om. tres AN3 || plazos] prazo AN3 || treynta iter. M94, EY4, T12, L22a : + en xxx V88

¹¹ E + de EY4 || fueron₁] fueron S22, T14, EY4, EN5, V88, L22a, T12, Y14 || om. e Z15 (add. post.) || om. fueron₂ S22, T14, EY4, EN5, V88, L22a, T12, Y14 || plazo] pregões AN3 || postrimeros] pescumeyros AN3 || fasta un ano post (I2) viniere] ueer AN3

¹² viniere] viniendo Y14 || en] por AN3, EY4 || en su persona] personal mientras M22 || judgados] juiz AN3 || om. o no embiare... derecha S22 || embiare] ueniere EY4 || pudo] puede Y14 : pode AN3 dende] et otrofi S22 || entrados] entregados EY4 : + todos EN5 || entrados + todos V88, T12, T14, Y14

¹³ assentamiento] entrega AN3 || pero] por S22 || para la camara del rey S22 tachado || ellos] os seus beës AN3 || quien] qual AN3, S22, T14, T12 || om. que lo aya S22 || aya + ha auer EY4

¹⁴ viniessse] uiniessen EN5 || que₁ + se todos || cumpliesssen] fueffen conplidos S22 : cumpliessse V88 || estos] los EY4 || plazos] emprazam AN3 || postrimero] pescumeyro AN3 || era + o AN3 || era] fuera S22 || oydo + sobrello EY4 || cobrar + todos V88

¹⁵ Pero] et S22 || por a rebeldia que faze] que foy rebel AN3 || puede] deuel T14 || om. le EN5 || el judgador] o juiz post mandar AN3 || tanto como] quanto AN3 || es sobredicho] como dize M22 || om. sobre todos || om. de sufo AN3 || dicho post de sufo T12

¹⁶ non quieren] deuen S22 || al emplazamiento] a los emplazamientos S22

¹⁷ om. E M22, MV6 || escusa] razon MV6 || pudo] pode AN3, Y14

¹⁸ emplazada] aplazada M94 || e] o Z15 || om. afsi como sobredicho es M94 || om. sobre EY4, L22a || conprido + o ano AN3 || plazo + del año todos

¹⁹ tornar] seer tornados M22, MV6, M94, AN3, Z15, EY4, EN5, Y14, L22a, T12, T14, V88 || ninguno + cosa V88 || pena] coufa AN3 || el finado] la morte AN3 || fnado] fiador EY4 || finado + y Y14 (tachado)

²⁰ destaja] destorua EY4, EN5 : tolhe AN3 || yerro] bienes Y14 (tachado) || om. penas AN3 || deuia] deue S22, EN5, Y14, T14,

la muerte destaja los yerros, que fizo el finado, en su vida e las penas que deuia sofrir, por ello. ²¹Fueras ende, si el yerro fuese de traycion, o de aleue, o otro alguno, de aquellos, sobre que pueden acusar al ome, ²²e dañar la fama maguer sea finado, así como dize en las leyes deste nuestro libro, que fablan de los maleficios. ²³Mas seyendo el biuo, si passare el plazo del año sobredicho, e despues viniere el emplazado delante del judgador, ²⁴e quisiere entrar en derecho sobre aquello que era acusado, e pregonado deue ser oydo. ²⁵E si mostrasse prueuas, o escusas derechas, que le ayuden, e la otra parte non prouare contra el, que fizo aquello de que lo auia acusado, ²⁶estonce deue ser dado por quito de aquel yerro.

T12 : deuen AN3 || ellos] ellas M22, MV6, M94, S22, Z15, EY4, EN5, Y14, L22a, T12, T14, V88 : eles AN3

²¹ Fueras] saluo S22, AN3 || om. ende AN3 || o de aleue *tachado* T14 || o₂ + de M22, AN3, EY4, EN5, V88 || outro + erro AN3 || om. de aquellos AN3, EY4 || sobre] por AN3 || acusar] escusar AN3

²² om. e Z15 (*add. post. o*) || dañar] demandar M94 : dauer fy AN3 || la] su M22, M94, EY4, EN5, Y14, L22a, T12, T14, V88 : essa AN3 || maguer] como quer que AN3 || finado] morto AN3 || om. dize MV6 || dize + en la vij partida M22 || las leyes *post* libro M22 || om. nuestro M22

²³ el + bueno τ V88 || fy *post* mas EY4 || despues + deso EY4, EN5, T14, M94, L22a, M22, MV6, T12, V88, Z15 || despues + desto AN3, Y14 || judgador] juiz AN3

²⁴ om. e quisiere M22, MV6, AN3 || entrar] estar AN3 || en] a AN3 || en + el EY4 || derecho] pleyto S22, M22, MV6 || derecho + o en el pleito EY4 || aquello] aquella + cosa de T14 || om. aquello M94, EY4

²⁵ mostrasse] aduxer AN3 || le] lo EY4, EN5, Y14 : o AN3 . .1 resto || e₂] o Y14 || om. non prouare AN3 || contra] a EY4 || contra + aquello el *post* aquello S22 || acusado] escusado AN3

²⁶ om. dado M22 (*add. post.*) || Pero] mas Y14 || por + esta T14 (*tachado*) || puede] deue T14 (*c. post. puede*)

Pero los bienes que le auian tomado, por razon de la rebeldia, non los puede despues cobrar. ²⁷Fueras ende, si el Rey le quisiere fazer bien, e merced auiendo piedad del.

[...]

⁰Titulo X. Como se deuen començar los pleytos por demanda e por respuesta.

[...]

⁰*Ley. IIII. Quando muchas demandas acaecieren en vno antel judgador, quales dellas deuen ser primero oydas.*

¹Acaece alas vegadas, que el demandador quiere fazer su demanda, a aquel que fizo emplazar delante el judgador. ²E dize su contendor, que el quiere demandar, e que primeramente deue el fazer su demanda. ³E por ende queremos nos aqui mostrar, quando esto acaeciere, ⁴qual demanda deue ser oyda. E dezimos. ⁵Que si ambos los contendores mouie-

²⁷ Fueras] saluo S22 || quisiere] quisiere T14 : + despues EY4, EN5 || om. bien e M22, T12 || auendo + beñ AN3

⁰ [*Epígrafe título X*]

⁰ [*Epígrafe de la ley IV*] om. ley L22a

¹ alas] muchas T14 (*c. post. alas*) || demandador] demandado M22, MV6, Z15, M94, V88, T12, EY4, EN5, Y14 || que₂ + 1 M94, T14, M22, MV6, S22, V88, Z15, T12, EN5 : lo EY4 || fizo] faz Z15

² om. su T14 (*add. post.*) || e₁] .1 M94, EY4, EN5 || demandar + primero S22 || om. e M94 || deue] deuia Y14 || om. e₂ Y14 || fazer + la V88, T14, EN5, Y14

³ om. nos M22 || nos] bos Y14 || om. aquí M94

⁴ deue] de EN5 (*c. post. deue*) + primero EN5 || deue + primeramente EY4 || ser + primero MV6, S22, T12, V88, AN3, T14, Z15, Y14 || oyda + primero M22, M94

⁵ si *post* contendores T14 || mouieren] mostraren T14 (*c. post. mouieren*) || o mas]

ren sendas demandas, o mas, vno contra otro, ⁶que sean por razon de debdas, o de posturas, o sobre endereçamiento de tuertos, o de daños que se ouieffen fecho: ⁷o sobre algunas cosas otras, que fueffen muebles, o rayzes, en que no cupieffe justicia de muerte, o de lifion: ⁸ambas las deve oyr el judgador, e librar en vno: assi que la boz de aquel que primero emplazo, vaya delante, e sea primero judgada: ⁹maguer que la demanda de aquel que fue primero emplazado sea mayor. ¹⁰Mas si las demandas que faze la vna parte ala otra, fueren de acufameinto, en que aya pena de cuerpo. o de auer: ¹¹la que fuere

amos V88 : + en S22 || o mas + amos T12 : en T14 || mas] may + o AN3 || vno] o no MV6

⁶ que] porque EY4 || sean] sea S22, MV6, Y14 || de₂] sobre T14 (c. post. de) || posturas + que ouieffen feitas AN3 || posturas] postura MV6 || om. o₂ MV6 || o₂] τ S22 || sobre] de M22 || tuertos] muertes MV6 : cosas AN3

⁷ om. otras T14 (add. post.) || muebles] mueble S22, Y14 || rayzes] rayz S22, V88, Y14 : razoẽs AN3 || om. en EN5 || non + ouiese o EY4 || cupieffe] acaeeffe AN3 || om. justicia AN3 || justicia + de fangre T14 (tachado) || lifion + a M22, MV6, EY4

⁸ om. las Z15 (add. post.) || las] os AN3 || las + partes M22, MV6, EY4 || las + demandas S22 || oyr post el judgador T14, EY4, EN5 : el judgador] o juiz AN3 || librar + los M22 || que] como MV6 || boz] uez M22, V88 || primero emplaze] emplazo primero M94, Z15, EY4, EN5, T12, T14, V88, AN3 : fizo primero enprazar S22 : enpraze primeramente Y14 : fue primero MV6 || vaya + primero Y14 || primero₂] primera MV6 || judgada] judgado M22, T12, M94, T14, EY4 : librada Y14

⁹ maguer] pero AN3 || primero] postremero EY4, EN5 || emplazado] aplazado Z15

¹⁰ las demandas] a demãda AN3 || faze] fazen M94, T14, Y14 : fizo Z15 : fez post hũa AN3 || om. parte T14 (add. post.), AN3 || om. que₂ EY4 (add. post.) || aya] caya M22, MV6, M94 || cuerpo] muerte S22

¹¹ la que] qual AN3 || primero] primeramente Y14 || primero post ser S22, M94,

mayor, deve primero ser oyda, e librada ante que comiencen la menor a oyr la. ¹²Fueras ende, si el que faze la menor acufasse ala otra parte, en razon de mal, o de tuerto, que fueffe fecho a el, o a los fuyos, ¹³Ca estonce deuen ser tales acufamientos, oydos, e librados en vno. ¹⁴E enesta razon fablamos mas cumplidamente, enel titulo delas acufaciones, enla setena partida deste nuestro libro.

⁰Ley. VI. Si dos omes fizieren demanda en vno, qual deve ser oydo.

¹Podria auenir que dos omes aurian demanda contra vno, sobre vna misma cosa, o sobre mas. ²E porende dezimos, que si la demanda delos dos contra el tercero, es de vna misma cosa, que el demandado

EY4, Y14 || ante que + se EY4 || comiencen] comience M22, MV6, S22, Z15, T12, Y14, EY4, EN5 || om. oyr la EY4 || om. la S22

¹² om. Fueras.. menor EY4 || Fueras] saluo S22, AN3 || om. ende AN3 || faze] fez AN3 || acufasse] acufare M22, MV6, EN5 : acufe EY4 || om. otra S22 || tuerto + o de auer la EN5 (tachado) || fueffe + menor EN5 (tachado) || fueffe fecho] feziefe EY4 || om. a el EY4

¹³ tales + los EY4 || acufamientos] acufadores T14 (c. post. acufamientos)

¹⁴ Et en] Etonçe AN3 || en₁] d' M22 || om. en₁ T14 (add. post.) || razon + dos maleficios AN3 || om. mas T14 (add. post.), Y14 || en el titulo de las acufaciones + en las leyes que fablan en esta razon post en la vij partida deste libro M22 || om. en la setena... libro AN3 || las acufaciones] los acufamientos M94 || om. nuestro M22, MV6, M94, T12, T14, EY4, EN5, Z15, Y14, V88

⁰ [Epígrafe de la ley VI]

¹ Podria + ser EY4 || auenir] conteeçer S22: acaesçer M94 : ser Y14 || aurian] podien auer T12 || demanda + demandança T14 (c. post. demanda) || demanda + vno Y14 || contra + el M22 || vno] otro M22, MV6, Y14 || om. o sobre mas Y14

² om. si M94 || los] las T12 || dos + outros AN3 || om. que el demandado M22, MV6

es tenuto de responder ³ala demanda de aquel que primero lo fizo emplazar, e despues al otro. ⁴Empero si el primero le venciere, non es tenuto de entregar le aquella cosa, de que le vencio, ⁵si primeramente non le diere recabdo, que le defienda del otro, sobre aquella cosa de que le ha vencido. ⁶Mas si acaecieren ambos en vn tiempo a fazer la demanda al tercero, ⁷estonce el judgador puede escoger vno dellos, qual entendiere que ha mayor derecho en fazer la. ⁸E aquel puede demandar primeramente, e de si el otro. ⁹Pero si la demanda fuesse sobre debda, o postura que ouiesse fecho el demandado, con ambos en sendos tiempos: ¹⁰de-

zimos, que a aquel deue responder primero, con quien fizo primeramente la debda, o la postura.

[...]

*** ⁰Titulo XI. De las iuras que las partes fazen en los pleytos, despues que son comenzados por demanda e por respuesta**

1Dezimos affaz cumplidamente en los titulos ante deste, de los emplazamientos, e de las otras cosas que se figuen en razon dellos, ²e otrofi de los pleytos, en que manera se deuen comenzar por demanda, e por respuesta. ³Mas agora queremos aqui dezir de las juras que las partes deuen fazer en juyzio. ⁴Porque los pleytos despues que fueren comenzados, se puedan mas ayna librar. ⁵E primeramente mostraremos que cosa es jura. E quantas maneras son della. ⁶E quien la puede dar, o tomar. E sobre que cosa. E en que lugar. E que pro nace de la jura. ⁷E sobre todo diremos, quien deue fazer

³ om. que AN3 || primero] primeramente Y14 || lo] la MV6

⁴ Empero] Pero M22, T14 : Et pero M94 || primero] principal M22, MV6 || om. le₁ S22, Z15, EN5, Y14 : o AN3 : lo T12, M94, EY4 || om. le₂ S22 : o AN3 : lo T12 : + de M22, MV6, AN3, Z15, V88, T12, M94, T14, EY4, EN5, Y14 || om. de EY4 || om. le₃ EY4 || vencio] a uencido T14

⁵ le] lhi post se] si AN3 || primeramente] ante AN3 || le₂] o AN3 || del] el EN5 || cosa + mesma Y14 || le₃] lo S22, AN3, M94 : el Y14 || om. ha S22 (add. post)

⁶ acaecieren] acaeciére M22 : + ha M94 || amos] mas Z15 (c. post. amos) : ambas T12

⁷ judgadores] juiz AN3 || qual] que S22 || qual + escogiere T14 (tachado) || ha] es de T14 (c. post. a)

⁸ aquel] qual AN3 || puede] pueda M94 || demandar post primeramente Y14, T14, EY4, EN5, M94, T12, Z15, V88, M22, MV6 || om. e MV6 || el] al T14 (c. post. el)

⁹ om. debda M22 (add. post.) || o] τ Z15 || fecho] fecha Y14, EY4, EN5, T14, T12, V88, AN3, S22, MV6 || el demandado] en demandando post amos MV6 || om. con AN3 || ambos] omnes Y14, T14 (c. post. amos) : dos omnes EY4, EN5

¹⁰ om. primero M22, MV6 || con] en M94 || quien] aquel que AN3 || fizo post postura V88 || fizo primeramente] fez primeyro post postura AN3 || om. debda o T14 (add. post.) || o] e EY4, EN5

* Om. el ms. L22b

⁰ [Epígrafe título XI]

¹ dezimos] diximos Y14, M22, MV6, S22, Z15, EY4, V88: diffemos AN3 : deximos T12, EN5: diximos M94

² om. e₁ AN3 || om. otrofi de los Z15 (add. interl.)

³ om. Mas M22 || agora post queremos M94 || aqui + mostrar τ AN3 || dezir] fazer Z15 || dezir + en este M22

⁴ om: despues que AN3 || comenzados] + per elaf AN3

⁵ om. E₁ Z15 || primeramente post mostrar S22 || della] dellas M22

⁶ om. dar τ M22 || dar e tomar] tomar τ dar S22, Y14 || tomar] razonar EY4 : outorgar AN3 || sobre] ffo AN3 || cosa] cosas + τ en que manera T12, T14, Y14, EY4, EN5, V88, AN3 (τ] ou), Z15, M22, MV6, M94 || pro nace] perteneçe EY4

⁷ deue] puede Z15, EY4, EN5, Y14, T14, T12, V88, M22, MV6, M94 || fazer + el EN5, Y14, T12, EY4, T14, V88, M22, MV6,

juramento de calumnia. E que pena merefca quien jurare mentira. ⁸E en quantas maneras fe puede ome efcufar de perjuo: maguer non guardaffe la jura que ouieffe fecho.

* ⁰*Ley. I. Que cofa es jura, e fobre que deue jurar.*

¹Ivra es aueriguamiento que fe faze, nombrando a dios, o a alguna otra cofa fanta, ²fobre lo que alguno afirma que es affi, o lo niega. ³E podemos aun dezir en otra manera, que jura es afirmamiento de verdad. ⁴E por effo fue afacada, porque las cofas que los omes non quieren creer, por que fe non podrian prouar, ⁵que la jura les mouieffe, e les abondaffe para creerlo. ⁶E lo que diximos que deuen jurar por alguna cofa fanta, non fe entiende por cielo, nin tierra, nin por otra

M94 || de + la M94 || jurare] jura T14, T12, M22, MV6, AN3 : jurafe M94

⁸ om. ome Y14, EY4 || omne post efcufar M22, MV6 || puede] deue M94 || perjuo] juro AN3 : jurar EN5 || non + fe EY4 || fecho] fecha MV6, AN3, Z15, EY4, Y14, V88

* Om. el ms. L22

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ auerygamēto + de proua por AN3 || om. fe AN3 || nombrando] nombrado EY4 : llamando Y14 || alguna post otra T12 || otra post cofa M94 || om. otra Y14 || otra + que MV6 || lo] ello + que EY4

² om. alguno T12 || alguno + otro EY4, V88

³ aun post dezir T12 || afirmamiento] afinamiento MV6: afrentamiento S22 || de + la M22, MV6, M94, EY4, EN5, Z15, T12, V88, S22

⁴ effo] ende MV6 || afacada] achada AN3 : afoldada (?) Y14 || om. que EN5 || om. las cosas que AN3 || creer + τ AN3

⁵ om. jura AN3 || mouieffe] monteueffe ; abondaffe] ajudaffe AN3 || lo] las M22, MV6, T12, Y14, Z15, T14, V88 : los M94, AN3, EY4, EN5, S22

⁶ que₁ + l Y14 || cofa post fanta T14 || om. fanta S22 || fanta + por (tachado) EN5 || om. otra EY4 || fe entiende] tan folamente S22 || om. nin tierra S22

criatura: ⁷maguer fea biua, o non, mas por Dios primeramente. ⁸E defi por fanta Maria fu madre, o por alguno de los otros fantos. E efto por razon de la fantidad que recibieron de Dios, ⁹o por los Euangelios, en que fe cuentan las palabras, e los fechos de Dios, ¹⁰o por la Cruz en que fue puefto: o por el altar, porque es confagrado, e confagran en el al cuerpo de nuestro feñor Iefu Chrifto. ¹¹E otrofi por la yglesia, porque alaban y a Dios, e lo adoran.

[...]

⁰*Ley. XIX. En que manera deuen jurar los Christianos.*

¹Qvitar deuenos a los omes quanto pudieremos, de contiendas. ²E porque muchas vezes acaecen, fobre las juras, queremos mofttar cierta manera, en efta ley como deuen jurar los Christianos. ³E despues mofttraremos, como deuen jurar los

⁷ o non (tachado) Y14

⁸ om. de T12 || om. defi AN3 || om. otros S22 || efto + he AN3 || om. razon de EY4, EN5, M94 || fantidad] efcritura EN5 : trenidad M94, S22 || de₃] por AN3

⁹ om. los Euangelios... o por (10) S22, Z15, M22, MV6 || o] τ V88 || los₁ + fantos AN3 || om. e los fechos EN5 || fechos] fruchos Y14

¹⁰ om. ...(9) o por S22, Z15, M22, MV6 || cruz] cruces V88 || om. por₃ S22, M22, V88 || confagrado] fagrado M94, Y14, T14, EY4, EN5, AN3, V88 || om. en el (add. post.) T14 || om. el₂ M94, EN5

¹¹ om. otrofi S22 || om. por la yglesia M22, MV6 || alaban] loan (c. post. alaban) T14 : louuan AN3 || om. y Z15, EN5

⁰ [Epígrafe ley XIX]

¹ om. a M94 || quanto + mas Y14

² acaefcen + contiendas T12 || fobre las] fobrellas S22 || las + cofas L22 || juras + contiendas T14: muytas contēdas AN3 || manera] mente Y14, L22b, M94 || çierta manera post ley S22 || deuen] deuenos M94, M22, MV6

³ judios e moros] moros τ los judios T14, AN3

judios, e los moros. ⁴E dezimos, que los Christianos, deuen jurar afsi, poniendo las manos sobre alguna de aquellas cosas, que dize en la primera ley deste titulo, ⁵e aquel que tomare la jura, del que ouiere de jurar, a le de conjurar, diziendo desta guifa, ⁶vos me jurades por dios padre que fizo el cielo, e la tierra, e todas las otras cosas, que en ellos son, ⁷e por Iesu Christo su fijo, que nacio de la virgen gloriosa fanta Maria, e por el espiritu fante, ⁸que son tres personas, e vn verdadero Dios, e por estos santos euangelios, que cuentan las palabras, e los fechos de nuestro señor Iesu Christo. ⁹E si touiere las manos en la cruz, diga que jura por aquella cruz, que es semejança de aquella en que prefio muerte nuestro señor Iesu Christo por los pecadores fallar. ¹⁰E si las touiere sobre el altar, so-

bre que fue confagrado el cuerpo de nuestro señor Iesu Christo, ¹¹que aquello quel demandan, non es, afsi como fu contendor dize. ¹²Mas que es afsi como el mismo razona. E esto segund la razon, sobre que ouiere de jurar. ¹³E sobre todas estas palabras ha de responder aquel que faze la jura al otro, que gela toma, ¹⁴afsi lo juro como vos lo auedes dicho. E despues desto, a le de dezir aquel que toma la jura del, ¹⁵que afsi le ayude Dios, e aquellas palabras que el le dixo, e los Euangelios, ¹⁶o la cruz, o el altar sobre el que jura, como dize verdad. E aquel que jura ha de responder, amen, sin refierta ninguna. ¹⁷Ca non es guifado, que aquel que toma la jura, fea maltraydo, por su derecho que demanda.

[...]

⁴ aquellas] las *EY4, EN5, M22, MV6* || daquellas *post* cosa] *S22, AN3* (cousas) || *om.* cosas que dize *Z15* (*add. supral.*) || *om.* primera *AN3*

⁵ que₁ + la *V88* || jura + desie *Y14* || a le] o *S22* || *om.* diziendo *T14* (*add. post.*)

⁶ *om.* padre *S22* || las otras] aquellas *T14* (*corrige. en* las otras) || *om.* en *EN5* || ellos] ella *S22, T12, V88, M94*

⁷ *om.* fu fijo *S22* || nacio] yaçio *M94* || virgen *post* gloriosa *M22, MV6, S22* (uirgo) || *om.* gloriosa fanta *Y14*

⁸ *om.* verdadero *T14, M94, S22, Z15, T12, V88, Y14, EY4, EN5, L22b* || verdadero *post* dios *M22, MV6, AN3* || *om.* por *EY4* || *om.* santos *L22b, EN5* || *om.* Iesu Christo *Y14*

⁹ *om.* E si ... christo *S22* || en] sobre *T12, Y14, V88, EY4, EN5, T14* (*tacha y corr. en*) || *om.* diga que jura por aquella cruz *M94* || que jura *post* cruz *MV6* || prefio] prifo *T12, Y14, M94, M22, MV6, V88, EY4, EN5, L22*: prendio *AN3* || daquela₂ + cruz *AN3* || *om.* Christo *Y14*

¹⁰ si + las manos *S22* || altar + que diga que jura por aquel altar *AN3, M22* || confagrado] confecrado *MV6* || Christo + nombrelo en aquella misma manera que dize de sufo que se deuen nombrar los sanctos euangelios τ desí preguntarle *S22*

¹¹ que₁] por *AN3* || aquello + seu contêdor *AN3* || *om.* quel *AN3* || quel] que el *Z15* || demandan] demanda + fu contendor que *S22* || demandan] demanda *M94* : + que *M22, MV6, L22b, Z15, AN3* || demandan + que *T12, Y14, V88, EY4, EN5, T14* || *om.* fu contendor... afsi como (12) *EY4, AN3*

¹² *om.* (11)... Mas que es afsi como *EY4, AN3* || Mas] o *L22, M94, V88, T12, S22, M22, MV6* : e *Y14* || *om.* Mas *EN5, Z15* (*add. supral.*), *T14* (*add. supral.*) || *om.* afsi *Y14* || *om.* mismo *AN3* || razona] razonaua *L22b, V88, S22, M22* || Esto + deue feer *AN3*

¹³ *om.* otro *S22* || toma + yo *EY4* || gela toma] a pergütā *AN3*

¹⁴ *om.* lo juro *AN3* || affi lo + yo *L22* || juro + yo *V88, T12, Z15, T14, M22, MV6, M94* || uos *post* auedes *M22, MV6* || vos auedes] nos auemos *M94* || *om.* le *S22, EY4* || *om.* de *M94* || de] a *L22b, V88, T12, Z15, M22, MV6* || *om.* que *M22* (*add. marg.*) || *om.* del *AN3, M22, MV6, S22*

¹⁵ el *post* le *M94* || *om.* le *Y14, AN3, L22b*

¹⁶ *om.* el *S22* || jura₁] juro *MV6, Y14* || E] ca *M94* || aquel] aquella *AN3* || *om.* que *AN3* || ha de] deue *S22* || *om.* amen *AN3*

¹⁷ toma] pide *S22* || toma la jura] o pon en fía uerdade *AN3* || por su] sobre *EY4* || *om.* derecho que *Y14*

⁰Titulo. XII. De las preguntas que los juezes pueden fazer a las partes en juyzio, ^{0bis} despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta, a que llaman en latin poficiones.

¹Començamiento toman los pleytos por las demandas, e por las respuestas ²que fazen las partes en juyzio: afsi como de fufo mostramos. ³E porque toda cofa que ome comiença deue puñar ⁴primeramente de la traer a acabamiento, por la mas ligera carrera que pudiere. ⁵Por ende dezimos que se deuen los judgadores trabajar luego que el pleyto es començado ante ellos ⁶por demanda, e por respuesta, de fazer jurar a las partes. ⁷E despues preguntarle por aquella jura que le digan verdad. ⁸Ca por tal manera caen los juezes mas de ligero en ella. ⁹E pues que en el titulo ante deste fablamos de la jura,

⁰ [Epígrafe título XII]

^{0bis} [Epígrafe título XII]

¹ Començamiento] començanffe AN3 || toman] commo EN5

² mostramos] diximos M22, MV6 || fufo + diximos τ Y14

³ om. que, T12 || toda] cada una V88, L22b || om. punar S22: omne (puñar *in ras.*) || punar *post* primeramente (4) T14

⁴ punar (3) *post* primeramente T14 || om. primeramente AN3 || ligera carrera] ligeras carreras M22 || carrera] coufa AN3

⁵ trabajar *post* luego T14 || luego] tanto AN3 || començado + por AN3 || om. ante ellos S22 || ante + que M94 || ellos + ayan M94

⁶ om. por demanda e por respuesta de todos || jurar] jura EN5, M94 || a + amas Y14

⁷ le₁] las EN5, V88, Y14, AN3, T14, T12, L22b : los Z15, M22, MV6, M94 (EY4 ?) || aquella jura] aquellas juras M22

⁸ manera + como esta V88 || caen] cōuē AN3 || de ligero] aginha AN3 || ligero] ligeramente Z15

⁹ om. E Y14 || el titulo] los titulos V88 || la jura] las juras T12 || om. agora MV6, S22, AN3 || estas] las Y14, MV6

queremos agora aqui fablar destas preguntas. ¹⁰E primeramente mostrar que cofa es pregunta. E que pro nace della. ¹¹E quien la puede fazer. E sobre quales cofas.

⁰Ley. I. Que cofa es demanda.

¹Pregunta, es demanda que faze el juez a la parte, para saber la verdad delas cofas sobre que es dubda, o contienda antel. ²E tales preguntas como estas, se pueden fazer despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta, e non ante. ³Fueras ende, en aquellas cofas señaladas, que diximos enel titulo, que fabla de como se deue començar el pleyto.

⁰Ley. II. Que pro nace de la pregunta, e quien la puede fazer, e sobre que cofas.

¹Pregunta, es cofa de que nace grand pro. Ca por ella puede el judgador saber mas en cierto la verdad delos pleytos, ²e delos fechos dubdosos, que vienen antel.

¹⁰ om. pregunta EN5 || nace] cae T12

¹¹ Ø

⁰ [Epígrafe ley I]

¹ delas] del AN3 || om. delas M22 || delas cofas] deillas MV6 || om. cofas AN3 || cofas *post* sobre M22 || sobre que] si MV6 || sobre que es] se AN3 || om. es S22 || dubda] dubdan S22 || om. o contienda EY4 || contienda] contienden S22 || contienda + que uiene MV6 || contienda + nace sobre a demanda que he feita por AN3

² om. se EY4 || fazer + en ellos M94 || om. por demanda AN3

³ Fueras] saluo S22 || om. Fueras ende AN3 || Fueras ende] sy non *iter.* M94

⁰ [Epígrafe ley II]

¹ om. cofa EY4 || om. de S22, L22b, M94, T12 (*add. interl.*), T14 (*add. interl.*) || de] en EN5 || nace + ende S22 || ca] τ EN5 || puede + mas ayna EY4 || om. mas en EY4 || om. mas EN5 || en cierto] ayna M94 || om. en S22, T12 || pleytos + τ de las contiendas Y14

² la] lo S22, EN5

E puede la fazer el juez, fasta que de el juyzio: ³e aun la una parte a la otra, ante el judgador. ⁴E deue fer de tal natura, que pertenzca al fecho, o a la cosa sobre que es la contienda. ⁵E ha fe de fazer en cierto, e por pocas palabras, non emboluiendo muchas razones en vno, ⁶De manera que el preguntado las pueda entender, e responder ciertamente a ellas. ⁷Ca si de otra guisa fuesse fecha, non deue fer cabida: ni aun la parte a quien la fizieffen, ⁸non feria tenuto de responder a ella.

⁰Titulo. XIII. De las conocencias, e delas respuestas que fazen las partes en juyzio alas demandas, ^{0 bis}e alas preguntas que son fechas en razon dellas.

¹**C**onocencias fazen a las vegadas las partes, dela cosa o del fecho sobre que le fazen preguntas en juyzio: ²de manera que non ha menester sobre aquel pleyto otra prueua, nin otro aueriguamiento. ³E pues que enel titulo ante deste fablamos de las preguntas: ⁴queremos aqui dezir de

³ aun + la puede fazer S22

⁴ cosa] contienda Y14 || om. la contienda Y14

⁵ e por] de MV6 || emboluiendo] boluiendo Y14, M94 || emboluiendo + otras L22b

⁶ preguntado] preguntando S22, MV6, M94 || las] lo EN5: la T12, T14 || cierto post a eilla MV6 || as + nō AN3 || e] nē AN3

⁷ ca] E AN3 || guisa] manera EY4, EN5 || guisa + lo fizie[ren] τ V88 || cabida] reçebuda AN3

⁸ tenido] tehuda AN3: tenuta MV6 || de] a M94 || om. de responder Y14

⁰ [Epígrafe título XIII]

^{0 bis} [Epígrafe título XIII]

¹ la cosa] las cosas MV6: as coufas AN3 || fecho] derecho EY4 || om. sobre Y14

² de] en Z15 || om. sobre L22b

³ om. E M94 || om. E pues que enel titulo ante deste fablamos T14 (add. margen post.)

⁴ Ø

las conocencias, e delas respuestas que nacen dellas, ⁵que es manera de prueua mas cierta, e mas ligera: ⁶e con menos trabajos, e costa de las partes, que aduzir testigos, o cartas para prouar lo que demandan. ⁷E porende queremos primeramente mostrar, que cosa es conocencia. ⁸E quien la puede fazer. E que fuerça ha. E quantas maneras son de conocencias. ⁹E como deuen fer fechas. E qual deue valer, e qual non.

[...]

⁰Ley. IIII. Como la conocencia que es fecha en juyzio deue valer.

¹Muchas cosas ha menester que aya en si, la conocencia que fuere fecha en juyzio, ²para tener daño a aquel que la faze, e pro a su contendor, e son estas: ³que sea de edad cumplida el que la faze, afsi como de sufo mostramos. ⁴E que la faga de su grado, e non por premia: e aabiendas e non por yerro, e que la faga contra si. ⁵Ca si el conocieffe cosa que

⁵ es + en M94

⁶ e₁ + mas S22 || con] fin S22, L22b, V88, Z15, M22, MV6, EY4, EN5, T12, M94 : de AN3: son T14 (corrige en fin) || trabajos e + menos M94 || trabajos e + fin S22, T14 (tachado) || trabajos e + fin menos EY4, EN5 || partes + an S22 || om. que S22 || que + an L22b, S22, MV6, V88, M94, T14 : que + quieren M22 || aduzir] a dezir M94 : aduzen Y14 || lo] la M94 || om. que₂ M94 || demandan] demanda M94, EY4

⁷ primeramente post mostrar EY4, L22b

⁸ om. E que fuerça ha Y14, EN5

⁹ e₃] ou AN3 || om. qual₂ AN3

⁰ [Epígrafe ley IV]

¹ cosas + y S22 || fecha + ante ffi Z15

² om. daño MV6

³ sea] sean V88, T14 (c. post. sea) || faze] razonare V88 || sufo + deximos T12 || mostramos] diximos M22

⁴ om. e non por premia τ aabiendas V88

⁵ om. que fuesse L22b || lo post non M94 || om. non EY4, Y14

fueſſe a ſu pro: non ternia daño a ſu contendor, ſi lo non prouaſſe. ⁶E otroſſi que ſea dicha en cierto, ſobre coſa, o quantia, o fecho: e la conocencia que fiziere, non ſea contra natura, nin contra las leyes deſte nueſtro libro. ⁷E ſobre todo que ſea fecho en juyzio, eſtando ſu contendor, o ſu perſonero delante. ⁸E todas eſtas coſas dezimos que deue auer la conocencia que ha de ſer valedera: ⁹e ſi alguna deſtas fallecieſſe, no ternia daño a la parte que la hizo.

[...]

⁰*Ley. VII. Que la conocencia que es fuera de juyzio non deue valer.*

¹Conociendo algun ome fuera de juyzio que al auia fecho algund yerro o mal a otri: ²ſi deſpues que le demandaffen en juyzio, negaffe que nunca fiziera aquel yerro: ³dezimos que ſi de otra manera non le puede ſer prouado non le empece la conocencia que aſſi hizo: ⁴como quier que grand ſoſpecha pueden auer del en

⁶ dicha] dicho S22 || cierto + e T14 || om. coſa M22 || coſa + que ſea en S22 || quantia + de mrs post fecho + o en dicho S22 || o₂ + en S22 || quantia] contia V88, M94 || la] aquella EY4 || e₂] que T14, T12, EN5, M22, MV6, Y14 || e₂ + que L22b, V88 || om. las AN3 || leyes] ley AN3 || om. deſte nueſtro libro AN3

⁷ eſtando + y T14 || om. o ſu perſonero M22 || perſonero] gardador AN3 || ſu contendor post perſonero o MV6

⁸ ha de] deue S22 || valedera] ualioſa AN3: uerdera M94 : uerdadera Y14, EY4

⁹ om. todo M22 || deſtas] dellas S22 || parte + contra M94 || que] quien M94 || la₂ + conoſcencia S22

⁰ [Epígrafe ley VII]

¹ el + que EY4

² le] gelo M22 || nunca] non S22

³ om. ſi EN5 || puede ſer] fuer M22 : fueſſe MV6 || prouado + que M22, EY4 || empece] deue empeçer L22b || la] tal L22b

⁴ quier que + aia AN3 || om. pueden auer AN3 || del] della T12 || om. de la coſa S22

razon del fecho, o dela coſa que aſſi conocio. ⁵Otroſi dezimos que ſi algunos conocen fuera de juyzio que deuen dar marauedis, o otra coſa a otri, ⁶e non dicen ſeñalada razon por que deuen dar aquello que conocen ⁷tal conocimiento, como eſte non empece a los que lo fazen, nin ſon tenudos de pagar aquella debda, ſi non quifieren. ⁸Fueras ende, ſi aquel a quien fizieron la conocencia prouare guiſada razon, porque gelo deuián dar. ⁹Mas ſi alguno conociere la quantia de aquella debda, o la coſa que otorga que deue dar, ¹⁰e la razon por que la deue, diziendo ¹¹otorgo que deuo a fulan tantos marauedis: que me preſto o tal coſa que e dio en guarda: ¹²o puſiere en ſu conocencia otra razon derecha, eſtando la otra parte delante, o ſu perſonero. ¹³Entonces dezimos que vale demanera que es tenudo de pagarlo, que conocio. ¹⁴Fueras ende ſi quifiere prouar por carta derechurera, o por buenos teſtigos, ¹⁵que el

⁵ coſa + qual quier EY4 : qual afinada AN3

⁶ om. e S22 || dicen] diciendo + açima da AN3 || ſeñalada + mientras L22b, T14 (tachado post.) : + la S22 || razon] coſa M22 || om. que conocen EY4

⁷ conocimiento] conoçencia L22b, T14 (tachado) || om. como eſte M94, Z15, T12, V88, Y14, EY4, EN5, L22b, T14 (tachado) || tenudos de + los M22 || om. aquella debda M22 || om. ſi non... (9) debda AN3

⁸ Fueras] faluo S22 || la] aquella M94 || om. a EN5 || fizieron] hizo EN5 || prouare] for prouado Y14

⁹ om. ſi non... (7)... debda AN3 || om. deue... (10) la EY4 || om. 9 EN5, Y14 || conociere + ende ſy aquel a quien fizieren M94 || o] fueras M94

¹⁰ om. diciendo Y14 || deue + dar V88

¹¹ deuo + dar V88, L22b, MV6

¹² o] τ MV6 || om. eſtando... perſonero Z15, M94, S22, AN3, MV6

¹³ om. dezimos EY4 || lo] aquello EY4

¹⁴ teſtimunhas + ualioſa AN3

¹⁵ la] lo M22 || om. coſa M22 || om. aſſi AN3

pagara despues la debda, o la cosa que afsi conocio, ¹⁶o que gela quitaran de su grado aquellos que auian poderio de lo fazer, ¹⁷faziendo pleyto que nunca gela demandarian aquella debda, o conociendo, e otorgando que eran pagados della. ¹⁸Ca prouando qualquier destas razones dezimos que deue ser quito de aquella debda, ¹⁹o de aquella cosa que conociera, afsi como mostramos en el titulo de los testigos en las leyes que fablan en esta razon.

⁰Titulo. XIII. Delas prueuas, e delas sospechas que los omes aduzen en juyzio sobre cosas negadas, e dudasas.

¹**P**reguntas fazen los judgadores a las partes en juyzio, para faber la verdad del pleyto. ²E maguer las fagan con premia de de jura, tanta es la maldad de algunos omes ³que cuydando estorcer delas demandas que les fazen niegan la verdad dellas. ⁴E porende pues que en el titulo ante deste fablamos de las conocencias ⁵queremos aqui dezir delas prueuas que los omes aduzen en juyzio sobre las cosas negadas. ⁶E mostraremos prime-

¹⁶ aquellos] aquel M22 || auian] auie M22 || lo] gela M22 || fazer quitar M22

¹⁷ demandarian] demandarie + en MV6 || demandarien + aquella cosa τ Y14 || otorgando] negando MV6, AN3: otorgaffen M94

¹⁸ razones] cosas S22 || om. debda L22b

¹⁹ om. o de L22b || enesta] desta S22

⁰ [Epígrafe título XIV]

¹ om. fazen Z15 (add. interl.)

² las] les S22 || fagan] fazen S22 || om. con S22

³ cuydando] cayda EY4 || om. delas T12 || las] algunas M22 || demandas] maldades EN5 || fazen + τ EY4 || niegan] minguan AN3 || dellas] dellos L22b, M22 : delef AN3

⁴ ∅

⁵ om. los omes Y14, T12, EN5 || om. omes T14 (add. margen post)

⁶ deue] puede M22, Y14, EY4 || deue fazer e] puede adozir τ ante S22

ramente que cosa es prueua. E quien la deue fazer, e a quien. ⁷E sobre que cosas, e quantas maneras son della.

[...]

⁰Ley. VII. A quien deue ser fecha la prueua, o sobre que cosa.

¹Averiguamiento de prueua de qual natura quier que sea deue ser fecho e mostrado al judgador ante quien es el pleyto, ²e non a la parte contra quien la aduze comoquier que esto se deua fazer estando ella delante: ³e deuen le dar despues dar traslado del: si lo pidiere. ⁴Otrofi dezimos que las prueuas deuen ser aduchas sobre cosas que se puedan dar juyzio: ⁵afsi como sobre cosa mueble, o rayz, o en razon de la libertad, ⁶o de seruidumbre, o de tenencia, o de señorio, o de peños,

⁷ della] dellas Z15, AN3

⁰ [Epígrafe de la ley VII]

¹ Averiguamiento] Auerigãdo AN3 || fecho] fecha M94, EN5 || e] o Z15 : om. M22 || mostrado] mostrando M94: amostrando + lo M22 : mostrada T12, EN5 || judgador] juiz AN3, S22 || om. quien es AN3

² la₁ + otra M94, EY4, EN5, Y14, L22b, V88 || la₂ + faze T12 || la₂] las EY4 : lo Y14 : om. AN3, V88 || aduze] aduzen T12 : + τ AN3 || ella] el AN3 : la parte T12

³ e + mas MV6 || om. deuen... (4) prueuas MV6 || deuen] deue M22, S22, AN3 || dar + el S22 : o AN3 || om. despues T14 (add. post.) || del] della T12 : om. AN3

⁴ om. (3)... prueuas MV6 || Otrofi] E esto mismo EY4, Y14: E esto mismo EN5 || deuen] deue MV6 || aduchas] aducha MV6: fechas M22 || cosas] cosa MV6, S22, AN3, EY4 iter. || cosas + de M22, Z15, V88, T12, L22b || puedan] pueda MV6, Z15, Y14, V88, T12, T14, EY4, EN5: pueden M94: puede + feer M22 : possa + hi AN3: puede L22b || dar] dado M22 : dar + en M94

⁵ om. sobre T14 (add. post.) || rayz] razon M94

⁶ o de seruidumbre iter. M22 || om. de₂ S22 || peños] peones MV6: peões AN3: penas M94 || honores] aueres M22: huerfanos T14

o de oficio, o de honores, ⁷o de guardadores de huerfanos, o de otras personas en razon de yerros, o de otra cosa qualquier, ⁸de que podria ser fecha demanda en juyzio, para fazer escarmiento dellos. ⁹Ca non deuen ser recibidas prueuas sobre las questiones, o argumentos de filosofia, ¹⁰porque tales contiendas como estas non se han de librar por fuero, nin por juyzio, ¹¹si non por la sabiduria de aquellos que se trabajan de saber, e de

⁷ guardadores] galardones *MV6, T12, EY4* || *om.* de huerfanos *M22, MV6, S22, AN3, Z15, T12, V88* || otras + cosas *M22 (tachado)* || otras personas] otros personeros *M22, AN3, Z15, V88, M94, EY4, EN5, Y14* || personas + o *T12, S22* || en] por *AN3* || *om.* en razon... cosa *M94* || *om.* en razon... (8) demanda *M22* || cosa] guifa *L22b*

⁸ *om.* (7) ... demanda *M22* || *om.* de *S22* || podria] pudieffe *MV6, AN3, Z15, T12, V88, L22b, T14, EY4, EN5, Y14* || escarmiento] estromento *AN3* || escarmiento + en juyzio *EY4* || dellos] dellas *M22, V88, T12*

⁹ Ca non] como *AN3* || non + pueden nin *S22* || deuen] deue *M22, MV6, AN3, Z15, V88, T12, L22b, T14, EY4, EN5, M94* || recibidas] recibida *EY4, EN5, M22, MV6, AN3, L22b, Z15, M94, T14, V88, T12* || prueuas] prueua *EY4, EN5, MV6, AN3, L22b, Z15, M94, T14, V88, T12* : *om.* *M22* || las + fenyaladas *MV6* || las] los + finaes que estimou *AN3* || las + fotiles *Z15, V88, T14, L22b, Y14, M94, EY4* || *om.* *M22* || questiones o argumentos *blanco T12* || *om.* o argumentos *V88* || argumentos] agrauamientos *M22*: apagamentos *AN3* || filosofia] ? *MV6* : philosophos *L22b*

¹⁰ *om.* por₁ *MV6* || *om.* que *AN3* || razones] contendias *AN3* || *om.* se *AN3* || se an] sean a *MV6* : fon *M22* || de librar] delibrar *MV6* : a librar *AN3* : a delibrar *Z15, V88, T12, L22b* || fuero] fuerça *M94* || nin] mas *todos* || *om.* por juicio *AN3*

¹¹ *om.* si non... sabiduria *todos* || aquellos + maestros *M22, MV6, Z15, L22b, M94, T14, V88, T12, EY4, EN5* : meestres *AN3* : mestros *Y14* || e + de *Z15* : *om.* e *M22* || departir] enparar *T14 (c. post. departir)* || cosas contiendas *EN5*

partir estas cosas. ¹²Otrofi dezimos, que aquella prueua deue ser tan folamente recibida en juyzio ¹³que pertenece al pleyto principal sobre que es fecha la demanda. ¹⁴Ca non deue consentir el juzgador que las partes despiendan su tiempo en vano ¹⁵en prouando cosas de que non se puedan despues aprouechar, maguer las prouassen.

[...]

⁰*Ley. XIII. Como se deue dar prueua, si acaecieffe dubda en razon de ome que biuieffe en otra tierra si es muerto o biuo.*

¹Dvdba podria acaecer ligeramente de algunos omes que andan en tierras estrañas, si son biuos o muertos ²porque aurian a contender sus parientes en razon de los bienes dellos razonando ³los vnos que son mas cercanos del parentesco, e que deuen herdedar lo fuyo que es muerto: ⁴e los otros que quieren contra

¹² Otrofi] Pero *EY4, EN5* || que + ante que *AN3* || en] al que *T14 (c. post.en) T14*

¹³ *om.* que *T14 (add. post.)*

¹⁴ consentir] conseiar *MV6* || juzgador] juiz *AN3* || despiendan] deffie *MV6*

¹⁵ *om.* en *S22* || prouando + estas *V88* || cosas] coufa *AN3* || *om.* de *AN3* || non se puedan] pueden *post* despues *MV6* || puedan] pode *AN3*: pueden *M22, S22* || despues + ayudar nin *S22* || aprouechar + dela *AN3* || maguer] pero *AN3*

⁰ [Epigrafe de la ley XIV]

¹ *om.* de *S22* || *om.* en *M94* || en + otras *M22* || en tierras estrañas] entre los estraños *MV6* || *om.* biuos o *T14 (add. post.)*

² razonando] Razon + los *Y14*

³ que son] por *Y14* || *om.* mas *S22* || cercanos + que los otros *L22b* || cercano] propincos *M22* || *om.* parentesco *Y14* || parentesco + que los otros *T12* || parentesco + que dizen que he passado τ que nõ he uyuo *AN3* || *om.* que es muerto *MV6, M94, S22, AN3, T14, T12, V88, L22b, Z15, Y14, EY4, EN5*

⁴ *om.* a esto *AN3* || esto] esta razon *EY4* || razonan] razonando *M22, EN5, V88, T12*

dezir a esto razonan que es biuo. ⁵E por ende queremos aqui dezir en que manera deue el judgador recibir prueua sobre tal contienda como esta. ⁶E dezimos que si aquel cuya muerte dubdan dizen que en esotraña e luenga tierra es muerto, ⁷e grand tiempo es passado, afsi como diez años arriba que abonda que prueuen que esto es fama entre los de aquel lugar: ⁸e que publicamente dizen todos que es muerto. ⁹Ca non podria ome tan ligeramente auer testigos para prouar fecho que ouieffe contecido en tan luenga tierra, ¹⁰e de tan grand tiempo, e mayormente que lo ouieffen visto muerto, o foterrar: ¹¹mas si aquel que dizen que es

⁵ om. por Y14 || om. aqui EN5 || dezir] departir MV6, M94, S22, AN3, T14, T12, V88, L22b, Z15, Y14, EY4, EN5 || deue] deuemos AN3 || om. el judgador AN3 || om. sobre tal contienda como esta AN3

⁶ aquel + sobre M22 || dubdan] dubda L22b || en] a MV6, S22, T12: om. Y14 || es post en esotraña... tierra EY4, EN5, L22b, T14 || esotraña] estaua S22: espanha AN3 || e₂ + en M22, EY4, EN5 || e₂] en S22 : ou + en AN3

⁷ om. e T14, EY4 || gran tiempo post es] a T14: es] a passado M22 || om. afsi como M22 || abonda] abonde Y14 : comiença T14 (c. post. abonda) || prueuen] prueue EY4, Y14 || om. prueuen que... entre AN3 || que₃ + d' T12, V88, Z15, EY4, T14, M94, L22b : om. EN5 || entrelos] entrellos S22 || los + omnes M22, V88, T12, EY4, EN5, T14, M94, L22b || om. daquel lugar S22

⁸ om. e M22, AN3, EN5, T14 || om. que S22, AN3 || om. todos M22 || morto + auõda esta fama por ser prouado AN3

⁹ Ca] que Y14 || om. omne M22 || om. omne tan L22b || prouar + de EY4 || ouieffe contecido] conteçesse AN3 || contecido] començado S22, L22b || tan lõge post en (+ aquela) terra AN3 || luenga + lugar o Y14

¹⁰ om. tan MV6 || ouieffen visto] uiffe AN3 || visto + finado ho EY4 || o] τ S22 || om. o foterrar M22 || foterrar] foterrado AN3, V88, T14 (c. post. foterrar)

¹¹ dizen] dize MV6, Y14: diz M22: razonan M94 || finado] foterrado EN5 || razonan]

finado razonan que murio de poco tiempo aca, afsi como de cinco años ayuso, ¹²o en tal tierra de que se pueda ligeramente prouar e saber verdad ¹³estonce deue ser prouada la muerte por testigos que le vieron muerto, e foterrar, ¹⁴e non abundaria que fueffe prouado por fama tan solamente.

[...]

⁰Titulo. XVI. De los testigos.

[...]

⁰Ley. XXIIII. En que manera deuen juramentar a los testigos quando les quisieren preguntar por algun fecho.

¹La manera de como deue jurar el testigo delante el judgador e esta: ²deue poner las manos sobre los santos euangelios e jurar que diga verdad de lo que sopiere ³en razon del pleyto sobre que es aducho tambien por la vna parte como por la otra, ⁴e que en diziendo la non mezclara y falsedad, e que por amor, ni

razona M22, MV6, S22: dizen M94 || om. razonan Y14

¹² om. o Y14, T14 (add. post.) || om. prouar e todos || uerdad + dello Y14

¹³ om. la muerte AN3 || om. muerto V88 || e] o M22 || foterrar] foterrado M22, AN3, EY4, EN5

¹⁴ abundaria] abonda M22, AN3 || fueffe prouado + por testigos quel vieron muerto τ foterrar no abundarie que fueffe prouado MV6 || por fama post solamente AN3

⁰ [Epigrafe titulo XVI]

⁰ [Epigrafe de la ley XXIV]

¹ de] en Y14, T14 (c. post. de) || el testigo] los testigos Y14

² om. los S22, T14 (add. post.) || diga] digan M22: dira V88

³ om. sobre EN5 || om. sobre que es aducho EY4 || aducho + τ EN5 || tambien + como Y14 || om. por₁ EN5 (add. post.) || por₁ y 2] de S22

⁴ om. e Y14, MV6 || la] lo EY4, EN5, S22: llano + que T12: om. S22 || mezclara +

por defamor, ⁵ni por miedo, nin por cofa que le fea dada, o prometida, nin por daño, ⁶nin por pro que el atienda ende auer, non dexara de dezir la verdad, ni la encubrira, ⁷e que toda cofa que fopiere de aquel pleyto fobre que es aducho por testigo que la dira maguer non gela pregunte el judgador. ⁸E aun deue jurar que non descubrira a ninguna de las partes lo que dixo, ⁹dando fu testimonio fasta que el juez lo aya publicado. ¹⁰E todas estas cofas deue jurar por Dios, e por los santos, ¹¹e por aquellas palabras que fon escritas en los euangelios. ¹²Pero si el testigo fueffe Arçobispo, o obispo non ha porque poner las manos fobre los euangelios. ¹³Mas abonda que jure que

ninguna Y14: mezclando EY4 || om. y Y14 || y + ninguna M22, MV6, EY4, EN5, S22, AN3, T14, T12, V88, Z15, L22b || y + ninguna cofa de M94

⁵ miedo] ruego AN3, T14 || miedo + nin por ruego EY4, EN5, Y14, Z15, T12, MV6, V88, S22 || miedo + ni por verguença nin por ruego M22, L22b || om. ni por cofa... daño Y14 || daño] don M94

⁶ om. nin por pro... ende auer M22 || atienda] entienda EY4, AN3 || om. ende L22b || om. la T14, M94 || encubrira] encubra EY4, EN5, Y14

⁷ fopiere] fopieren M22 || es aducho] fon aduchos M22 || om. por testigo S22 || testigo] testigos M22 || om. que la EY4 || dira] diga EN5: diera Z15 : diran M22 || la₂] lo EY4, EN5, Y14 || judgador + o el que tomare el dicho del T12 || judgador] juiz AN3

⁸ deue] deuen Z15, M22 || descubra] encobrirá L22b: descubran M22 || dixo] dicho auian V88: dixeron M22

⁹ donde] en M94 || om. lo AN3 || aia + todo AN3

¹⁰ deue] deuen M22 || jurar + cada hũa das testemunhas AN3 || por₂ + todos AN3 || palabras] parauoas AN3

¹¹ Ø

¹² fueffe] fuere T12, T14, M94, EY4, EN5, L22b, V88 || om. o Z15 (add. post.) || om. o obispo M22 || los + santos EY4

¹³ om. Mas abonda... euangelios EN5 || om. que jure M94 || jure] diga EN5 || diga]

diga la verdad segun que le conuiene estando los euangelios delante, afsi como de fufo diximos.

⁰Ley. XXV. Quantas cofas deuen jurar aquellos que fon llamados para dezir verdad en razon de pesquisa que el Rey quiera fazer, o otro por su mandado.

¹Iurar deuen aquellos que fon llamados para dezir verdad en razon de pesquisa que el Rey quiera fazer, ²o otro por su mandado, en la manera que dize en la ley ante desta ³segun costumbre de España, e señaladamente deuen jurar estas tres cofas. ⁴La primera que digan verdad de lo que faben ciertamente. La segunda de lo que oyeron dezir. ⁵La tercera de lo que creen fobre aquel fecho de que les preguntan si es afsi, o non. ⁶Pero si el Rey ouiere de fazer la pesquisa puede les tomar jura: en esta guisa fin libro, ⁷to-

dira T14, T12, V88, Z15 || verdad + de lo que fopiere M94 || que₂ + ha todos || le] el todos

⁰ [Epigrafe de la ley XXV]

¹ llamados] aduzudos AN3 || razon] pleyto M22 || que₂ el] del EY4 || rey + que EY4 || quiera] quisiere MV6, L22b

² desta + ca EY4 || desta + et M22, MV6, M94, T14, V88

³ om. costumbre de M94 || costumbre + es MV6 || om. e M22, MV6, M94, T14, EN5, L22b, V88 || om. e señaladamientre EY4 || señaladamiento post cofas Y14 || deuen] deue T12 || om. estas Y14, S22

⁴ primera] una EY4, EN5 || digan] diga Y14 || faben] fabe T12, Y14 || oyeron] oyere MV6, T12 : ouieron EY4: odieren EN5 : ouieron AN3

⁵ creen] creyeren M22: queren AN3 || de₂] fobre M94, T14 (c. post. de), AN3 || les] los MV6, T14 (c. post. les), EY4, EN5, Y14, V88, L22b : lo T12 || om. non Z15 (add. post.)

⁶ ouiere] ouiesse EN5 || de] a AN3, M94, EN5 || enesta] desta todos || fin] τ que non tomen M22 || om. fin libro Y14 || fin + a menos S22 || fin] a menos de MV6, M94, Z15, M94, T14, EY4, EN5, T12, V88, L22b

⁷ tomando + les M94, T14 || las] les MV6, EN5 || om. fus Y14 || om. dellos M22 ||

mando las fus manos dellos entre las fuyas, e conjurandolos por tales cofas como las que diximos enesta ley, ⁸demas por el feñorio que ha sobre ellos, e fo aquella pena que el entendiere que merecen, ⁹segun el fecho fuere si le negassen la verdad.

[...]

⁰Titulo. XXII. De los juyzios que dan fin, e acabamiento a los pleytos.

[...]

⁰*Ley. I. Que es juyzio.*

¹Juyzio en romance tanto quiere dezir como sententia en latin. ²E ciertamente juyzio es dicho mandamiento que el judgador faga a alguna de las partes en razon del pleyto que mueuen ante el. ³Pero deue fer atal que non sea contra natura, nin contra derecho de las leyes deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres. ⁴E contra natura feria quando el judgador dieffe por juyzio que alguno era

om. los M94 || om. las que T12 || enesta + otra M22, MV6, AN3, M94, T14, EY4, EN5, Y14, T12, V88, L22b, Z15 (en add. post.) || ley + τ M94, M22, EY4, EN5, T14, Y14, T12, L22b

⁸ demas] damos M94 : demandar T12 || por] sobre EN5 || que + y V88 || fo] sobre todos || merecen] mereçe Y14

⁹ Ø

⁰ [Epigrafe título XXII]

⁰ [Epigrafe de la ley I]

¹ en romance] he language que a nome AN3 || como sententia post en latin T12, S22 || sententia post en latin AN3

² çertamente + o AN3 || om. dicho M22, AN3 || dicho] todo Z15 (in ras.), MV6, M94, T14, EY4, EN5, Y14, V88, L22b, T12 || el judgador] o juiz AN3 || om. faga L22b || faga] faze M22 || en + juyzio AN3

³ deue] he EY4 || contra₂ + el MV6, Z15, T14 || de] a M94 || deste] de Z15 (add. post. este) || om. nuestro M22, T12, EY4

⁴ el judgador] o juiz AN3 || om. por EY4, EN5 || outro + τ AN3

fijo de otro ⁵seyendo aquel que daua por fu fijo de mayor hedad que el otro que judgaua que era fu padre. ⁶E contra derecho, e contra ley feria el juyzio en que ome libre fueffe judgado por fieruo, ⁷o alguno que era fieruo, e christiano que pudieffe fer fieruo, de judio. ⁸E contra buenas costumbres feria el juyzio en que mandasse el judgador que non fueffe ome leal a fu feñor, o que mataffe a otro, ⁹o si mandasse a alguna muger que fizieffe maldad de fu cuerpo con otri para pagar lo que deuia. ¹⁰Ca en qualquier destas cofas, o en otras semejanter dellas todo juyzio que fueffe dado non deue valer, ni ha nome de juyzio.

[...]

⁵ que + l MV6, EY4, T12 || om. fu₁ MV6, AN3, M94, T14, EN5, T12, L22b, V88 || judgaua] judga MV6 || que era fu] por AN3

⁶ om. E Y14 || E ... (8) mano dif. Z15 || derecho] ley M22 || om. e contra ley AN3 || e contra ley post ferie M94 || om. contra₂ Z15, T14, EY4, EN5, Y14, L22b, V88 || ley] derecho M22 || que] como S22 || libre post fosse AN3 || judgado] julgando + o AN3: dado T14 (c. post. julgado)

⁷ o] a T14 || om. o alguno... fieruo₁ V88 || om. o alguno... fieruo₂ M94 || era] fueffe T14 (c. post. era) || era + julgado por Y14 || e + fosse AN3 : o EN5 : om. MV6 || om. que₂ T14 || pudieffe] fueffe T14 (c. post. pudieffe) || om. fer T14 (add. post.) || om. fer T14 (add. post.)

⁸ el judgador] o juiz AN3 || judgador + a alguno todos || om. omne M22, MV6, Z15, AN3, M94, T14, EN5, EY4, Y14, T12, T12, V88, L22b

⁹ si] que L22b, V88 || om. de fu cuerpo S22 || deuia] deue M22, AN3, T14 (c. post. deue), L22b

¹⁰ om. en₁ M94 || en₁ + tales o en Y14 || o] E S22 || destas cofas] destos casos MV6, L22b, T12 || om. cofas EN5, Y14 || otras] otro MV6, L22b, V88: otros EN5: otra Z15 (add. post. -s), S22, M94, Y14 || otras + maneras T12 || semejantes] semejante Z15 (add. post. -s), MV6, M94, Y14, L22b, V88 || dellas] dellos MV6, EN5, T12, L22b, V88 || fosse + asi Y14 || ha] auer AN3 || valer] juyzio Y14 || om. nome Y14 || juyzio] ualer Y14

⁰*Ley. XXIII. Que gualardon deuen auer, los judgadores quando fizieren su oficio.*

¹Buen galardón merecen auer los judgadores quando bien, e lealmente cumplan sus oficios, e esto es en dos maneras. ²La vna que gana por ende buen prez, e buena fama, e los Reyes los aman, e los honrran, e todo el pueblo. ³La otra manera es que les dan buena soldada, e fazen les algo en otras muchas maneras fiando fe en ellos, ⁴e poniendo los en sus lugares para judgar a las gentes derecho, e demas esperan auer de dios ⁵buen galardón en este mundo, e en el otro por el bien que fizieren. ⁶E por ende los judgadores deuen puñar de fer buenos, e leales, e sin codicia, ⁷segun dize en las leyes que faldan de los juezes en esta razón.

⁰ [Epígrafe de la ley XXIII]

¹ om. Buen AN3 || galardón + deuen τ EY4 || merecen] deuen AN3, Y14 || auer post judgadores V88 || om. auer T14 (add. post.), T12 || cumplen] fezerem AN3

² vna] primera M22 || ganan] gaanhõ AN3 || ende] el M22 || los reyes] las leyes MV6 || los reyes post los₁ post aman M22 || los₁ post aman EY4 || aman] onrran M94, T12 || los₂ post onrran M22, EY4 || honrran] aman M94, T12 || pueblo + Et Y14 || pobõo + por em AN3

³ om. manera M94 || om. es EY4, V88 || les] le T12 || buena] ende? EY4 || buena soldada] buenas soldadas S22, T14

⁴ om. en Y14 || om. de1 T14 (add. post.) || gentes + en su S22 || gentes + fuero τ M22, MV6, AN3, Z15, M94, T14, EY4, EN5, Y14, T12, L22b, V88 || esperan] esperando Y14 || auer] a uerdade AN3 || om. auer M22 || dios + τ dellos V88 || dios + e de los santos EY4

⁵ el₁] aquel EN5 || om. por EN5 || fizieren] fazen EN5 : fizieron L22b

⁶ de] en Z15, M94, T14, EY4, EN5, Y14, T12, L22b, V88

⁷ dize] dizen AN3 || om. en AN3 || leyes + deste nuestro libro Y14 || juezes] juyzios MV6 : post razón Y14 || om. de los juyzes EY4 || que faldan post juizes AN3

⁰**Titulo. XXVII. Como los juyzios que son valederos deuen fer cumplidos, e quien los puede cumplir.**

[...]

⁰*Ley. IIII. Como se deue cumplir la sentencia que fuere dada contra muchos sobre alguna cosa.*

¹Acaece alas vegadas que dan sentencia contra muchos omes sobre alguna cosa que deuen dar, ²o fazer condenando los que la paguen, o la fagan. ³E por ende dezimos, que si el judgador que diere tal sentencia como esta condenare señaladamente a cada vno dellos por todo, ⁴que se puede cumplir la sentencia en los bienes de cada vno dellos. ⁵E si ciertamente non fueffe dada condenando a cada vno por todo: ⁶estonce dezimos que se deue cumplir en los bienes de todos cumulamente, pagando lo todos por cabeças, ⁷e non pueden apremiar a ninguno

⁰ [Epígrafe título XXVII]

⁰ [Epígrafe de la ley IV] om. epígrafe EN5: ley 4 sin solución de continuidad con respecto a PIII, xxvii, 3

¹ om. sentencia Z15 (add. post.) || alguna cosa] algunas cosas M22, AN3 || dar] fazer T12

² fazer] dar T12 || condenado] con no demãdado AN3 || om. la AN3, T14 (add. post.) || paguen] fagan M22, MV6, V88 || fagan] paguen M22, MV6, V88

³ om. E S22 || om. que M22 || om. si L22b || esta + a o AN3 || esta + a τ EY4, T14 (tachado) || condenare] condena T14 || cada vno] qual quier T14 (c. post. cada uno)

⁴ om. se MV6 || puede] possa AN3

⁵ si + dotra guisa S22 (in add. post.) || ciertamente] torticeramente S22 || non tachado S22 || dada] dado EN5 || todo] todos AN3

⁶ om. dezimos que se deue cumplir MV6 || om. dezimos que M22, AN3, Z15, M94, T14, EY4, EN5, Y14, T12, L22b, V88 || se post deue M22, AN3 || se] la S22 || deue] puede Z15 || lo] los T12, L22b

⁷ apremiar post nẽ hũu AN3 || apremiar a + cada uno dellos ni a EN5 || om. a

dellos por todo, quando la sentencia fue-
re afsi dada: ⁸maguer se ouieffe obligado
cada vno por todo, ala sazón que entra-
ron fiadores, o debdores de fo vno.

⁰*Ley. V. Faſta quanto tiempo deue ſer
cumplido el juyzio que fuere dado
contra alguno.*

¹ Seyendo juyzio valedero, de manera que
ſe deue cumplir, porque alçada non to-
maron del, ²o ſi fue tomada que confir-
maron la ſentencia, afsi que non ay mas
alçada: ³ſi el juyzio fue dado en razón de
debda que el demandado conocieffe, o
fueſſe vencido della delante el judgador,
⁴deuen lo cumplir en ſus bienes faſta diez
dias. ⁵E ſi por auentura fueſſe dado fo-

ninguno *T12* || *om.* dellos por todo... (8) uno
AN3 || por + que *M94* || *om.* quando... dada
V88 || fuere] fueſſe *T12* || fuere *post* *affi* *M22*,
S22, *EY4* || *affi post* dada *MV6*

⁸ *om.* (7) ... uno *AN3* || maguer + *affi*
T12, *T14* || cada] quando *EY4* (*c. post.* cada)
|| *om.* cada uno *M22* || fiadores o debdores]
debdores o fiadores *EY4*

⁰ [*Epígrafe de la ley V*]

¹ *om.* valedero *S22* || *om.* ſe *EY4* ||
deue] deua *M22*, *MV6*, *AN3*, *Z15*, *S22*, *M94*,
EY4, *EN5*, *T14*, *V88*, *L22b* : deuia *Y14* : pue-
da *T12* || que₂ + el *M94* || alçada] *apelaçõn*
AN3 || tomaron] *tomaffen* *T12* || del] por el
AN3

² fue] fueſſe *MV6*, *AN3*, *T12* || tomada
+ alçada *Y14* || *om.* que₁ *EN5* || que₁] τ *S22*
AN3, *T14* || confirmaron] *confirmaffen* *T12* ||
ſentencia + para *EY4* || ſentencia + por ſi *Y14*
|| afsi] ſſy *EY4* || a] aya *MV6*, *EY4*, *T14*, *V88*,
L22b : an *post* y *M22* : ouieffe *T12* || *om.* y
MV6, *L22b*, *T12*, *V88* || alçada] *apelaçõ* *AN3*

³ ſi] en *MV6* || juyzio + que *MV6* || fue]
fueſſe *EY4*, *EN5* || dado] tomado *Y14* || deb-
da] *debdas* *Z15*

⁴ deuen] deue *M94*, *T14* || lo] la *Z15*:
om. *EY4*, *EN5*, *Y14*, *T14* (*add. post.*) || cun-
plir + el judgador *M22* || en + los *MV6*, *M94*,
Z15, *EY4*, *S22*, *V88* || ſus] los *Y14*, *T14* (*add.*
post. ſus) : ſuyos *post* bienes *M22* || diez] tres
Y14 ? : ix *S22*

⁵ dado] dada *M22*, *MV6*, *AN3*, *V88*

bre alguna coſa cierta que ome deman-
daffe por fuya: ⁶eſtonce deue ſe cunplir
luego en aquella coſa ſobre que fue dado
el juyzio: ⁷e ſi el condenado dixieffe que
non podria fazer luego entrega della, por-
que es en otra parte, ſi eſto non dixef-
ſe malicioſamente, ⁸deue dar buenos fia-
dores, que aquel plazo que el judgador
tuuiere por guiſado, ⁹que de aquella coſa,
o aquello en que fuere apreciada, ſi non
la pudieffe auer. ¹⁰E ſi la ſentencia fueſ-
ſe dada contra el demandado, en razón
de alguna coſa que deuiette fazer, ¹¹deue
lo apremiar que la faga afsi como fue
pueſto, o lo prometio: ¹²e ſi el juyzio
fueſſe dado ſobre algund pleyto de eſ-
carmiento de juſticia de muerte, ¹³o de

⁶ *om.* ſe *AN3*, *M94*, *Y14*, *L22b* || en]
por *AN3* || *om.* aquella ... (7) porque es en
AN3 || el juyzio *post* dado *EY4*

⁷ condenado] demandado *Y14* || *om.*
dixieffe... luego *EN5* || dixieffe₁] *dixiere* *M22*,
MV6, *Z15*, *EY4*, *T14*, *Y14*, *V88*, *L22b*: differ
AN3 || podria] puede *M22*, *MV6*, *M94*, *Z15*,
EY4, *Y14*, *T14*, *V88*, *L22b* : podie *S22* : podia
T12 || *om.* luego *L22b* || entrega] la enga (?)
EN5 || dixieffe₂] *dixiere* *M22*, *MV6*, *M94*,
EY4, *EN5*, *T14*, *Z15*, *V88*, *L22b*

⁸ aquel] al *post.* *Z15* (*orig.* aquel) || pla-
zo] pleito *Z15* || touiere] tomare *T12* || por +
bien τ por *M22*, *AN3* || guiſado + τ ſi la non
diere que de *Z15 in add. post.*

⁹ aquella] la *M22*, *MV6*, *M94*, *Z15*,
EY4, *EN5*, *T14*, *Y14*, *T12*, *L22b*, *V88* : a *AN3*
|| en] por *M22*, *MV6*, *AN3*, *M94*, *Z15*, *EY4*,
EN5, *Y14*, *T14*, *V88*, *L22b* : a (?) *S22* || fuere]
foe *Y14* : foy *AN3* || apreciado] *enprazado*
AN3 || *om.* non *MV6*, *V88* || non *post* la *T12* :
+ coſa *M22* || la] o *AN3* || pudieffe] *podiere*
M22, *T14* : *podier* *S22*: poder *AN3* || auer +
logo *AN3*

¹⁰ *om.* ſi *AN3* || contra el... deuiette *iter.*
Z15 || demandado] demandador *EY4* || ra-
zón] *razoãdo* *AN3* || deuiette + a *S22*

¹¹ lo₁ + el judgador *M22* || *om.* lo₂ *AN3*
|| prometio] prometudo *AN3*

¹² eſcarmiento + o *T14* || *om.* juſticia de
S22 || *om.* de juſticia... (13) *perdimiento* de *Y14*

¹³ *om.* (12) ... *perdimiento* de *Y14* ||
concejeramente] *paladimamente* *M22*, *MV6*,

perdimiento de miembro, deue se luego cumplir de dia concejeramente ante los omes, e non de noche a furto. ¹⁴Ca la justicia non tan folamente deue ser cumplida en los omes por los yerros que fazen: ¹⁵mas aun porque los que la vieren tomen ende miedo, e escarmiento para guardarfe de fazer cofa, ¹⁶porque merezcan recibir otro tal.

[...]

⁰Titulo. XXXI. Delas feruidumbres que han vnas cofas en otras, e como se pueden poner.

[...]

⁰Ley. IX. Como cada vno de los herederos puede demandar toda la feruidumbre que fue otorgada a la heredad de que el es heredero.

¹Plaziendo algun ome de otorgar feruidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio o a herdamiento de otro: ²si des-

M94, Z15, EY4, EN5, Y14, T12, L22b, V88: señaladamente T14 : conplidamente S22 : apremadamente AN3 || om. ante AN3

¹⁴ non tan folamente post conplida Y14 || tan folamente post ser S22 || deue] (h)a de M22, MV6, AN3, M94, Z15, EY4, EN5, T14, T12, L22b, V88 : post conplida Y14 || fazen] fizieren Y14 || fazen + por negligença AN3

¹⁵ la] lo MV6, M94, EY4 : los Y14 || om. que la vieren S22 || om. la vieren AN3 || vieren in add. post. Z15 || tomen] ouerem AN3 || escarmiento] miedo M94 || miedo] escarmiento M94 || para] de AN3

¹⁶ om. por AN3 || merezcan + de Y14 || otro] otra T12 || tal + pena T12

⁰ [Epígrafe título XXXI]

⁰ [Epígrafe de la ley IX]

¹ Plaziendo] Faziendo EY4 || a₁ + su M94 || a₁] o Z15 (c. post. a) : o + en EY4, Y14, AN3 : o + de EN5 || om. o₂ Z15, S22 || a₂] o + en EY4 || a₂ + l Y14 || om. o a herdamiento AN3, M22 || de₂] a AN3

² si despues de] dezimos que S22 || de₁ + effo EN5 || om. como este M22 || este + si

pues de tal otorgamiento como este se muriesse aquel a quien fueffe fecho. ³Maguer dexasse muchos herederos cada vno dellos puede demandar toda la feruidumbre. ⁴E esto es, porque la feruidumbre non se puede partir. ⁵E porende non podria cada vno demandar su parte apartadamente. ⁶Otrofi dezimos, que si el que ouiesse otorgado la feruidumbre en lo fuyo se muriesse, ⁷e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la feruidumbre toda enteramente a qualquier dellos ⁸e son tenudos a ella, afsi como era el señor cuyos bienes herdaron.

[...]

⁰Ley. XXV. Como se desfata el vsofructo quando se quema, o se cae la casa en que es otorgado.

¹Quemando se toda la casa, o el edificio en que fueffe otorgado a algun ome el

despues S22 || om. se S22, AN3, Y14 || fueffe] fue EN5 || fecho] fecha T12

³ dexasse] dixiesse T12 || muchos] sus MV6 || om. herederos EN5 || om. toda M22

⁴ om. E esto es porque la L22b

⁵ non podrie post cada uno EN5, T12 || om. non podria AN3 || cada uno post demandar Y14 || cada uno] nēhūu AN3

⁶ om. otorgado AN3, M22 || la] fa AN3 || feruidumbre + Et esto es porque la feruidumbre Z15 (tachado) || om. en lo fuyo AN3 || om. en lo fuyo se muriesse... (7) toda M22 || om. en lo fuyo se muriesse... (7) feruidumbre S22 || lo fuyo] ello T12

⁷ om. e dexasse... toda AN3, M22 || om. en lo fuyo (6) ... feruidumbre S22 || enteramente] entregamiente V88, T12, Y14, EY4, Z15 : entregamiente MV6 : entirgamiente M22 : entregadamente S22 || entregamiente a + cada uno dellos o EY4 || quier post dellos L22b || om. dellos EY4

⁸ om. e AN3, M22 || son] foy AN3 || ella] ello Y14 || om. era EY4 || era] es T12

⁰ [Epígrafe de la ley XXV]

¹ Quemando se] Quando se quema T12 || om. la AN3 || casa] cofa Z15, M22, MV6, EN5, V88 || om. el₁ AN3 || om. a algun ome

vsofructo, o el vfo tan folamente, ^{2o} de-
rribando se toda por terremoto de rayz,
o de otra guifa. ³Pierde se porende el vfo-
fructo que auia enella. ⁴E maguer aquel
que auia el vsofructo, o el vfo quifiere
fazer despues deffo ⁵la casa, o el edifi-
cio en aquel suelo mismo, non ha po-
der de lo fazer. ⁶Fueras ende, si el feñor
de la propiedad le otorgasse poder de lo
fazer.

⁰*Ley. XXVI. Quanto tiempo dura
el vsofructo, que es otorgado
a cibdad, o a villa, si non es
señalado el tiempo.*

¹Cibdad, o villa seyendo otorgado vfo-
fructo en algun edificio, o en heredad,
o en otra cosa agena: ²tal otorgamiento,
deue durar cien años e non mas, si tiem-
po señalado non fuere y puesto: ³e de los
cien años en adelante tornase el vsofruc-

to al feñor de la heredad, o sus herede-
ros. ⁴E esto es por esta razon, porque el
vsofructo que es otorgado señaladamen-
te al comun de algun lugar, por la muerte
de todos se pierde. ⁵E asmaron los sabios
que enel tiempo de los cien años ⁶pue-
den ser muertos quantos eran nacidos, el
dia que fueffe otorgado el vsofructo. ⁷E
aun dezimos que si aquella villa, o lu-
gar a quien fueffe otorgado tal vsofructo
⁸como este sobredicho se hermase, de
manera que fueffe arado el suelo, o fin-
casse todo el lugar yermo, que se destaja
porende el vsofructo. ⁹Pero si todos los
moradores daquel lugar, o alguna parti-
da dellos poblaffen despues deffouno ¹⁰en
otro lugar: en saluo les fincaria el dere-
cho que auian en aquel vsofructo, ¹¹ma-
guer defamparaffen el suelo dela villa do
estauan poblados, ala fazon que ganaron
el vsofructo.

M94 || *om.* el vsofructo o *V88* || *om.* o el vfo...
(3) vsofructo *S22*

² *om.* 2 *S22* || *om.* de rayz *Z15*, *AN3*,
M22, *MV6*, *EY4*, *EN5*, *M94*, *T14*, *Y14*, *T12*,
V88, *L22b*

³ *om.* vfo (1) ... vsofructo *S22* || *om.* que
auia... (4) vfo *AN3*

⁴ *om.* auia (3) ... vfo *AN3* || *om.* o el vfo
EN5, *Y14* || quifiere] quifiessse *M22*.

⁵ casa] cosa *Z15* (c. post. casa), *M22* ||
edificio + de nuevo *M22*, *MV6*, *Z15*, *T14*,
T12, *V88*, *EY4*, *EN5*, *L22b*: de nouo *AN3*,
Y14 : dende *M94*

⁶ *om.* poder *AN3*, *Y14*, *M22* (*add. post.*
marg.)

⁰ [Epígrafe de la ley *XXVI*]

¹ seyendo + ·1 *M22* || heredat] renta *T12*

² fuere] fueffe *Z15*, *T14*, *EN5*, *V88*,
T12, *L22b*, *M22*, *MV6*: fuefe *S22*, *M94*, *EY4* :
fosse *AN3* : fose *Y14*

³ *om.* en *Z15*, *M94*, *T12* || *om.* en ade-
lante *AN3*, *Y14* || heredat] proprietat *Z15* (*in*
ras.), *V88*, *T12*, *T14*, *L22b*, *AN3*, *M22*, *EY4*, *Y14*

⁴ lugar + τ *V88* || *om.* de todos *Z15*

⁵ E] qua *MV6*

⁶ quantos + y *EY4*, *L22b* || eran + y
Z15, *M94*, *S22*, *T14*, *EN5*, *Y14*, *V88*, *T12*,
M22, *MV6* || fueffe] fue *Z15*

⁷ *om.* 7 *Z15* (*add. post.*), *AN3*

⁸ *om.* este *Z15*, *AN3*, *M22*, *MV6*, *M94*,
T14, *EY4*, *EN5*, *Y14*, *V88*, *T12*, *L22b* || sobre-
dicho + es *Z15*, *AN3*, *EY4*, *EN5*, *M94*, *T14*,
EY4, *EN5*, *Y14*, *V88*, *T12*, *L22b* || *om.* de
manera *M22*, *AN3* || fueffe] se feziessse *S22* ||
arado] arada *MV6*, *V88* || *om.* arado *M22*
(*add. post.*), *AN3* || o + que *M22* || fincasse]
fosse *AN3* || destaja] destajarie *Z15*, *M22*, *MV6*,
M94, *T14*, *EY4*, *EN5*, *Y14*, *V88*, *T12*, *L22b*:
deffarya *AN3*

⁹ todos + aqueles *AN3*

¹⁰ les] ·1 *MV6* || fincaria] fica *AN3* ||
auian] auie *MV6*, *M94*, *AN3*

¹¹ *om.* el suelo de *AN3* || ganaron] fue
otorgado *T12*

Apéndice III

Tabla de correspondencias del título XXVIII

TRADICIÓN MANUSCRITA *	ED. GREGORIO LÓPEZ	ED. MONTALVO	Ms. 22 RC SAN ISIDORO LEÓN
Titulo xviii. De como gana el omne el señorío de las cosas de qual natura quier que sean. Sus leyes son I.	Titulo. XVIII. De las cosas en que ome puede auer señorío e como lo puede ganar	Titulo .xxviii. Delas cosas enque onbre puede auer señorío e en como lo onbre puede gañar	Titollo xxx.** Como τ en que manera gana omne el señorío de lo ageno
Prólogo	Prólogo	Prólogo	Prólogo
Ley 1	Ley 1	Ley 1	Ley 1
Ley 2	Ley 2	Ley 9	Ley 9
Ley 3	Ley 3	Ley 10	Ley 10
Ley 4	Ley 4	Ø (<i>integrada en la anterior</i>)	Ø (<i>integrada en la anterior</i>)
Ley 5	Ley 5	Ley 11	Ley 11
Ley 6	Ley 6	Ley 12	Ley 12
Ley 7	Ley 7	Ley 2	Ley 2
Ley 8	Ley 8	Ley 3	Ley 3
Ley 9	Ley 9	Ley 4	Ley 4
Ley 10	Ley 10	Ley 5	Ley 5
Ley 11	Ley 11	Ley 6	Ley 6
Ley 12	Ley 12	Ley 7	Ley 7
Ley 13	Ley 13	Ley 8	Ley 8
Ley 14	Ley 14	Ley 13	Ley 13
Ley 15	Ley 15	Ley 14	Ley 14
Ley 16	Ley 16	Ley 15	Ley 15
Ley 17	Ley 17	Ley 16	Ley 16
Ley 18	Ley 18	Ley 17	Ley 17
Ley 19	Ley 19	Ley 18	Ley 18
Ley 24	Ley 20	Ley 19	Ley 19
Ley 20	Ley 20 [21]	Ley 20	Ley 20
Ley 21	Ley 22	Ley 21	Ley 21
Ley 22	Ley 23	Ley 22	Ley 22
Ley 23	Ley 24	Ley 23	Ley 23
Ley 25	Ley 25	Ley 24	Ley 24
Ley 26	Ley 26	Ley 25	Ley 25

(*) Tomamos como base el ms. Z.i.15 RBME.

(**) El origen de esta numeración de los títulos son el resultado de una subdivisión practicada en los títulos XVIII y XIX.

TRADICIÓN MANUSCRITA*	ED. GREGORIO LÓPEZ	ED. MONTALVO	Ms. 22 RC SAN ISIDORO LEÓN
Título xvij. De como gana el omne el señorío de las cosas de qual natura quier que sean. Sus leyes son L	Título. XVIII. De las cosas en que ome puede auer señorío e como lo puede ganar	Título .xxvij. Delas cosas enque onbre puede auer señorío e en como lo onbre puede gañar	Titollo xxx.** Como r en que manera gana omne el señorío de lo ageno
Ley 27	Ley 27	Ley 26	Ley 26
Ley 28	Ley 28	Ley 27	Ley 27
Ley 29	Ley 29	Ley 28	Ley 28
Ley 30	Ley 30	Ley 29	Ley 29
Ley 31	Ley 31	Ley 30	Ley 30
Ley 32	Ley 32	Ley 31	Ley 31
Ley 33	Ley 33	Ley 32	Ley 32
Ley 34	Ley 34	Ley 33	Ley 33
Ley 35	Ley 35	Ley 34	Ley 34
Ley 36	Ley 36	Ley 35	Ley 35
Ley 37	Ley 37	Ley 36	Ley 36
Ley 38	Ley 38	Ley 37	Ley 37
Ley 39	Ley 39	Ley 38	Ley 38
Ley 40	Ley 40	Ley 39	Ley 39
Ley 41	Ley 41	Ley 40	Ley 40
Ley 42	Ley 42	Ley 42 [41]	Ley 41
Ley 43	Ley 43	Ley 43 [42]	Ley 42
Ley 44	Ley 44	Ley 44 [43]	Ley 43
Ley 45	Ley 45	Ley 45 [44]	Ley 44
Ley 46	Ley 46	Ley 46 [45]	Ley 45
Ley 47	Ley 47	Ley 47 [46]	Ley 46
Ley 48	Ley 48	Ley 48 [47]	Ley 47
Ley 49	Ley 49	Ley 49 [48]	Ley 48
Ley 50	Ley 50	Ley 50 [49]	Ley 49

(*) Tomamos como base el ms. Z.i.15 RBME.

(**) El origen de esta numeración de los títulos son el resultado de una subdivisión practicada en los títulos XVIII y XIX.

Bibliografía: fuentes documentales y estudios

a) FUENTES DOCUMENTALES

Ediciones de *Las Siete Partidas*

- Montalvo = *Las Siete Partidas*, ed. de Alfonso DÍAZ DE MONTALVO, Sevilla, 1491 y Venecia, 1501.
- GL = *Las Siete Partidas de Alfonso el nono glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555 [edición facsímil, Madrid, BOE, 1974].
- Part. RAH = *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, I-III, Madrid, 1807 [edición facsímil, Madrid, Atlas, 1972].
- Adelantados* = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 171-177.
- CARLYC = *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, I, RAH, 1861.
- Cr. Alfonso X = M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, ed., *Crónica de Alfonso X el Sabio*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1998.
- DEDAL = M.^a Á. SÁNCHEZ, *Diccionario español de documentos alfonsíes*; Madrid, 2000.
- Docs. Oña = I. OCEJA GONZALO, *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1032-1284)*, Burgos, 1983.
- Dotrinal* = R. UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, eds., *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, pp. 187-376.
- Espéculo* = G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Leyes de Alfonso X. I. Espéculo*, Ávila, 1985.
- Estilo* = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 235-338.
- F. Iud.* = *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Real Academia Española, Madrid, 1815.
- F. Juz.* = V. ORAZI, ed., *El dialecto leonés antiguo (edición, estudio lingüístico y glosario del "Fuero Juzgo" según el Ms. escurialense Z. III. 21)*, Madrid, 1997.
- F. Viejo* = I. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, eds., *El Fuero Viejo de Castilla*, Madrid, Ibarra, 1771.
- Flores* = R. UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, eds., *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, pp. 1-184.
- FR = G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real*, Ávila, 1988.
- GE I = P. SÁNCHEZ-PRIETO, ed., *General estoria de Alfonso X el Sabio. Primera parte*, Madrid, Biblioteca Castro, 2001.

- LFL* = J. A. ARIAS BONET, ed., *Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Universidad de Valladolid, 1975.
- LN* = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 179-209.
- MHE* = *Memorial Histórico Español*, I y II, Real Academia de la Historia, Madrid, 1851.
- Mozárabes* = Á. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo del siglo XII y XIII*, Valencia de Don Juan, 1926-1928.
- Notar. Sevilla* = P. OSTOS y M.^a L. PARDO, *Documentos y notarios de Sevilla en el siglo XIII*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1989.
- Oliva* = A. CORTIJO OCAÑA, "El tratado *Oliva* de Boncompagno da Signa (edición y traducción)", *Revista de poética medieval*, 13, 2004, pp. 75-212.
- Or. Alc.* = I. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, eds., *Ordenamiento de la leyes que fizo D. Alfonso XI en las Cortes de Alcala de Henares el año de 1348*, Madrid, 1771.
- PCG* = R. MENÉNDEZ PIDAL, ed., *Primera Crónica General de España que mandó componer Alfonso el Sabio y se continuaba bajo Sancho IV en 1289*, I-II, Madrid, 1955.
- Repartimiento* = J. GONZÁLEZ, *El Repartimiento de Sevilla*, I-II, 1951.
- Rolandino* = Rolandino DE PASSAGGERI, *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphini Bononiensis*, Venezia, 1546: Ristampa anastática a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Bologna, 1977.
- Salatiel* = G. ORLANDELLI, ed., *Salatiele, Ars Notariae, I, I frammenti della prima stesura dal codice bolognese dell'Archiginnasio B 1484*, Milán, 1961; *Salatiele, Ars Notariae, II, La seconda stesura dai codici della Biblioteca Nazionale di Parigi lat. 4593 e lat. 14622*, Milán, 1961.
- Setenario* = K. H. VANDERFORD, ed., *El Setenario*, Barcelona, 1984².
- Speculum* = W. DURANTIS (Guillaume Durand), *Speculum iudiciale illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo Degli Ubaldi*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1574 [Scientia Verlag Aalen, 1975].
- Tafurerías* = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 211-231.
- Vcrít* = I. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, ed., *Versión crítica de la Estoria de España. Estudio y edición desde Pelayo hasta Ordoño II*, Madrid, Seminario Menéndez Pidal-UAM, 1993.
- Vg* = A. COLUNGA y L. TURRADO, eds., *Biblia Sacra iuxta Vulgatam Clementinam*, Biblioteca de Autores Cristianos, Decima Editio, Madrid, 1999.
- X* = *Gregorius IX Decretalium libri V cum glossa*, Venezia, Baptista de Tortis, 1496.

b) ESTUDIOS

- ALBERTE, A.: *Retórica medieval: historia de las artes predicatorias*, Centro de Lingüística aplicada atenea, Madrid, 2003. ARIAS BONET, J. A., “Manuscritos de las *Partidas* en la Real Colegiata de San Isidoro de León”, *AHDE*, XXXV, 1965, pp. 565-568.
- ALONSO CORTÉS, M.: *Catálogo de manuscritos de la Biblioteca de Santa Cruz*, Valladolid, 1976.
- ARIAS BONET, J. A.: “El depósito en las *Partidas*”, *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 560-566. — “Derecho marítimo en las *Partidas*”, *Revista de Derecho Mercantil*, 41, 1966, pp. 91-108.
- “Un epítome de las *Partidas*. El ms. 140 de la Biblioteca universitaria de Valladolid”, *AHDE*, XXXVIII, 1968, pp. 671-673.
- ed., *Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Universidad de Valladolid, 1975.
- ASKINS, A.; G. AVENZOÁ; A. F. DIAS y H. L. SHARRER: “Novos fragmentos de textos jurídicos galegos (s. XIV)”, *Revista de Literatura medieval*, IX, 1997, pp. 9-43.
- ASKINS, A. L.; A. F. DIAS y H. L. SHARRER: 2002, *Fragmentos de Textos Medievais Portugueses da Torre do Tombo*, Lisboa, 2002.
- AZEVEDO FERREIRA, J.: “Dois fragmentos da *Tercera Partida*”, *CLHM*, 5, 1980 a, pp. 101-141.
- *Alfonso X: Primeyra Partida. Édition et Étude*, Textos de lingüística 3, Braga, 1980 b.
- “Subsídios para uma edição da *Terceira Partida* de Alfonso X”, *Boletim de Filologia* XXIX, Lisboa, 1984, pp. 101-118.
- “Un nouveau fragment de la *Terceira Partida* d’Alphonse X”, en *Petru Skok o Stotoj Oblejetnici Rodenja (1881-1956)*, Zagreb, 1985, pp. 45-64.
- “A obra legislativa de Alfonso X em Portugal”, *Diacrítica* 1, Braga, 1986, pp. 5-21.
- “Fragmentos das *Partidas* de Alfonso X reencontrados em Braga”, *CLHM* 18-19, 1993-1994, pp. 367-402.
- “*Terceira Partida* de Alfonso X: subsídios para a sua edição e estudo linguístico”, en R. LORENZO, ed., *Actas do XIX Congresso Internacional de Lingüística y Filología Románicas*, La Coruña, 1994, pp. 187-204.
- “Um fragmento reencontrado da *Terceira Partida* de Alfonso X”, *Miscelânea de Estudos Linguísticos, Filológicos e Literários in Memoriam de Celso Cunha*, 1995, pp. 577-82.
- BALLESTEROS-BERETTA, A.: *Sevilla en el siglo XIII*, Sevilla, 1913.
- *Alfonso X Emperador (electo) de Alemania*, Madrid, 1918.
- “Itinerario de Alfonso X, rey de Castilla” *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CIV, 1934, pp. 49-88, 455-516; CV, 1934, pp. 123-180; CVI, 1935, pp. 83-150; CVII, 1935, pp. 21-76, 381-418; CVIII, 1936, 15-42; CIX, 1936, pp. 377-460. Aquí concretamente CV, pp. 130-137.
- *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, “El Albir”, 1984².
- BERISTÁIN DÍAZ, H.: *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa, 2001.
- BERTOLUCCI PIZZORUSSO, V.: “Un trattato de *ars dictandi* dedicato ad Alfonso X”, *Studi mediolatini e volgari*, 15-16, 1968, pp. 9-88.

- BLECUA, A.: *Manual de crítica textual*, Madrid, Castalia, 2001.
- BONO HUERTA, J.: *Historia del Derecho Notarial español*, t. I. *La Edad Media*, 2 vols., Madrid, 1979.
- “La legislación notarial de Alfonso X el Sabio: sus características”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, 1984, pp. 31-43.
- “Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV”, *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, Valencia, 1986, pp. 481-506.
- *Breve introducción a la Diplomática Notarial española. Parte primera*, Sevilla, 1990.
- BOSCH, S.: “Las Partidas i els textos catalans didàctics sobre cavalleria”, *Homenatge a Antoni Rubio i Lluch III*, Barcelona, 1936, pp. 655-680.
- BOUREAU, A.: “La norme épistolaire, une invention médiévale”, en R. CHARTIER, ed., *La correspondance: Les usages de la lettre au XIX^e siècle*, Paris, 1991, pp. 127-157.
- BURNS R. I.: ed., *Las Siete Partidas*, Translations and notes by S. Parson Scott, Introduction table of contents and index of CH. Summer Lobinger, Bibliography by J. Vance, Chicago-New York-Washington, 1931 [R. I. Burns 2000].
- CALASSO, F.: *Introduzione al Diritto comune*, Milán, 1951.
- CAMARGO, M.: “Ars dictaminis. Ars dictandi”, *Typologie des sources du Moyen Age occidental*, Fasc. 60, Brepols, 1991.
- CANO AGUILAR, R.: “Los prólogos alfonsíes”, *CLHM*, 14-15, 1989-1990, pp. 79-90.
- *Comentario filológico de textos medievales no literarios*, Madrid, 1998.
- CARDENAL DE IRACHETA, M.: *Alfonso el Sabio*, CSIC, 1946.
- CÁRDENAS, A.; J. GILKISON; J. NITTI; E. ANDERSON: *Bibliography of Old Spanish Texts* (Literary Texts, Edition 2), Bibliographical Series n. 1, Madison, Wisconsin, 1977.
- CASKEY, A. F.: *An Edition, Study, and Glossary of the Old Portuguese Translations of Partidas I & III of the Alfonsine Siete Partidas*, Madison, 1979.
- CASTÁN LANAPASA, G.: *Política económica y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2000.
- CASTRO, M.: “La edición del *Dictaminis Epithalamium*, de Juan Gil de Zamora”, *AIA*, 153-154, 1979, pp. 217-227.
- CATALÁN, D.: *La Estoria de España de Alfonso X. Creación y evolución*, Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal-UAM, 1992.
- CORTIJO OCAÑA, A.: “El tratado *Oliva* de Boncompagno da Signa (edición y traducción)”, *Revista de poética medieval*, 13, 2004, pp. 75-212.
- CRADDOCK, J. R.: “La nota cronológica inserta en el prólogo de las *Siete Partidas*”, *Al-Andalus*, 39, 1974, pp. 363-89 [reimpresión electrónica con suplementos del 30 de julio de 2004].
- “La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio”, *AHDE*, XLI, 1981, pp. 365-418.
- “Must the King Obey his Laws?”, en Dorothy Clotelle Clarke, ed., *Florilegium Hispanicum*, Madison, 1983, pp. 71-79.
- *The legislative works of Alfonso X, el Sabio. A critical bibliography*, 1986 (a).
- “El *Setenario*: última e inconclusa refundición de la *Primera Partida*”, *AHDE*, LVI, 1986 (b), pp. 441-466.

- CRADDOCK, J. R.: "Dynasty in dispute: Alfonso X el Sabio and the succession to the throne of Castile and Leon in history and legend", *Viator*, 17, 1986 c, pp. 197-219.
- "El texto del *Espéculo*", *Initium*, 3, 1998, pp. 221-274.
- D'ABADAL I VINYALS, R.: "Les *Partidas* a Catalunya durant l'edat Mitja", *Estudis Universitaris Catalans* 6, 1912, pp. 13-180.
- DA COSTA, A. J.: "Fragmentos preciosos de códices medievais", *Bracara Augusta*, 2, 1950, pp. 50-52.
- DAUMET, H.: *Mémoire sur les relations de la France et de la Castille de 1255 á 1320*, Paris, 1913.
- D'AZEVEDO, P.: "Duas traduções portuguesas do sec. XIV, um fragmento das *Partidas* de Castilla", *Revista Lusitana* 16, 1913, p. 101.
- DEL MONTE, A.: *Elementi di ecdotica*, Milán, 1987.
- DEYERMOND, A. D.: *Historia de la literatura española, I. La Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1994.
- DIAS, A. F.: "As *Partidas* de Alfonso X: novos fragmentos em língua portuguesa - 2", *Romance Philologie*, 54, 2001, pp. 263-275.
- DOMÍNGUEZ APARICIO, J.: *El códice escurialense N.ii.19: Ars Notariae de Rolandino*, Tesis doctoral, UCM, 1992.
- DOMÍNGUEZ BORDONA, J.: *Manuscritos con pinturas, 1-2*, Madrid, 1933.
- *Exposición de Códices*, Barcelona, 1962.
- DURO PEÑA, E.: "Los códices de la Catedral de Orense", *Hispania Sacra*, 14, 1961, pp. 185-212.
- ESTEPA DíEZ, C.: "La política exterior en la época de Alfonso X: el «fecho del imperio»", *Alfonso X, Toledo 1984*, MEC, 1984, pp. 13-20.
- FALLETTI, L.: "Guillaume Durand", *Dictionnaire de Droit Canonique*, 5, 1950, pp. 1014-1075.
- FAULHABER, Ch. B.: "Retóricas clásicas y medievales en bibliotecas castellanas", *Ábaco*, 4, 1973, pp. 151-300.
- ed., *Juan Gil de Zamora, Dictaminis Epithalamium*. Edición y estudio, Biblioteca degli Studi Mediolatini e Volgari, Nuova serie II, Pisa, Pacini, 1978 (a).
- "The *Summa dictaminis* of Guido Faba", en J. J. MURPHY, ed., *Medieval Eloquence. Studies in Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, University of California Press, 1978 (b), pp. 85-111.
- "Las retóricas hispanolatinas medievales, siglos XII-XV", *Repertorio de Historia de las ciencias Eclesiásticas en España*, 7, 1979, pp. 11-64.
- *Medieval Manuscripts in the Library of the Hispanic Society of America. Religious, Legal, Scientific, Historical, and Literary Manuscripts*, 2 vols., The Hispanic Society of America, 1983.
- FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, I.: *Las Estorias de Alfonso el Sabio*, Madrid, Istmo, 1992.
- ed., *Versión crítica de la Estoria de España*, Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal-UAM, 1993.
- "La evolución del pensamiento alfonsí y transformación de la obras jurídicas e históricas del rey Sabio", *CLHM*, 23, 2000, pp. 264-283.
- "Antes de la *collatio*. Hacia una edición crítica de la *General Estoria* de Alfonso el Sabio" (segunda parte), en Aengus Ward, ed., *Teoría y práctica de*

- la historiografía hispánica medieval*, University of Birmingham Press, 2000, pp. 124-148.
- “Tras la *collatio* o cómo establecer correctamente el error textual”, *La corónica* 30 (2), 2002, pp. 105-180.
- GACTO FERNÁNDEZ, E.; J. A. ALEJANDRE GARCÍA y J. M.^a GARCÍA MARÍN: *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1982 (1987^a).
- GARCÍA-GALLO, A.: “El *Libro de las leyes* de Alfonso el Sabio. Del *Espéculo* a las *Partidas*”, *AHDE*, XXI-XXII, 1951-1952, pp. 345-528.
- “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, *AHDE*, XLVI, 1976, pp. 609-670.
- *Manual de Historia del derecho español*, I-II, Madrid, 1977.
- GARCÍA GOYENA, J.: “La promulgación de las *Partidas*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 68, 1886, pp. 141-166.
- GARCÍA Y GARCÍA, A., y R. GONZÁLVZ RUIZ: *Catálogo de los manuscritos jurídicos de la Catedral de Toledo*, Roma-Madrid, 1970.
- GARCÍA Y GARCÍA: “Un nuevo código de la *Primera Partida* de Alfonso X el Sabio”, *AHDE*, XXXIII, 1963, pp. 267-343.
- “Obras de derecho común medieval en castellano”. *AHDE*, XLI, 1971, pp. 665-686.
- “La canonística ibérica medieval posterior al *Decreto* de Graciano (III)”, *Repertorio de las ciencias Eclesiásticas en España*, 5, 1976, pp. 360-434.
- “La tradición manuscrita de las *Siete Partidas*”, en A. PÉREZ MARTÍN ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 655-699.
- “Las fuentes canónicas de las *Partidas*”, *Glossae*, 3, 1992, pp. 93-101.
- “El Derecho común en Castilla durante el siglo XIII”, *Glossae*, 5-6, 1993-1994, pp. 45-74.
- GARCÍA Y GARCÍA, A.; F. CANTELAR RODRÍGUEZ y M. NIETO CUMPLIDO: *Catálogo de los manuscritos e incunables de la Catedral de Córdoba*, Biblioteca Salamanticensis, 6, Estudios 5, Salamanca, 1976.
- GAUDENZI, A.: ed., *Guidonis Fabe Summa dictaminis*, en “*Il Propugnatore*”, 3, 13-14, 1890, pp. 287-338; 3, 16-17 1890, pp. 345-393; 5, 25-26, 1892, pp. 86-129 y 5, 28-29, 1892, pp. 58-109 [reed. Guido Faba, *Dictamina Rhetorica Epistole*, Bologna 1971].
- *Rhetorica novissima*, en *Bibliotheca iuridica mediæ ævi*, 2, Bologna, 1892 b.
- GIBERT, R.: *360 preguntas y respuestas sobre historia del derecho español. Addenda para el curso primero en la Distancia*, Madrid, 1982.
- GIL FARRÉS, O.: *Historia de la moneda española*, Madrid, 1976.
- GIMÉNEZ Y CARVAJAL, J.: “El *Decreto* y las *Decretales* fuentes de la *Primera Partida* de Alfonso el Sabio”, *Antológica Anua*, II, pp. 239-248.
- “San Raimundo de Peñafort y las *Partidas* de Alfonso X el Sabio”, *Anthologica Anua*, III, 1955, pp. 201-238.
- GIMENO MENÉNDEZ, F.: *Estudio filológico de la versión romance de Privilegios de Alfonso X el Sabio a Alicante guardados en su Archivo municipal*, Alicante, 1971.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P.: “El Código de Don Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las *Siete Partidas*. Introducción histórica”, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, II, Madrid, 1848, pp. I-XLVI.

- GÓMEZ REDONDO, F.: *Historia de la prosa medieval castellana*, I, Madrid, Cátedra, 1998.
- GONZÁLEZ, J.: *El Repartimiento de Sevilla*, I-II, 1951.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M.: ed., *Crónica de Alfonso X*, Murcia, Academia Alfonso X el Sabio, 1998.
- *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, Ariel, 2005.
- GONZÁLEZ PALENCIA: *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, Madrid, 1926-1930.
- GONZÁLEZ RUIZ, R.: *Libros y hombres de Toledo*, Madrid, Fundación Areces, 1997.
- HERNÁNDEZ, F. J.: *Los cartularios de Toledo*, Madrid, Fundación Areces, 1996.
- *Las rentas del rey*, Madrid, Fundación Areces, 1996.
- HERNÁNDEZ, F. J., y P. LINEHAN: *The morazabic Cardinal. The life and times of Gonzalo Pérez Gudiel*, Florencia, Sismel-Edizioni del Galluzzo, 2004.
- IGLESIA FERREIRÓS, A.: “Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte”, *AHDE*, XLI, 1971, pp. 945-971.
- “Fuero Real y Espéculo”, *AHDE*, LII, 1982, pp. 111-191.
- “El privilegio general concedido a las Extremaduras en 1264 por Alfonso X”, *AHDE*, LIII, 1983, pp. 455-521.
- “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, en A. PÉREZ MARTÍN, ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 275-599.
- “Una traducción catalana de la Segunda Partida”, *Anuario de estudios medievales* 17, 1987, pp. 265-278.
- *La creación del derecho. Una historia del Derecho español*, Barcelona, 1988.
- “El poder de hacer leyes de Alfonso X”, en *Federico II legislatore del Regno di Sicilia nell'Europa del Duecento*, Messina-Reggio Calabria, 1995, pp. 397-409.
- “Libro de leyes y privilegio”, en *Sevilla, ciudad de privilegios*, Sevilla [separata sin año], pp. 117-175.
- INGUANEZ, D. M., y H. M. WILLARD: eds., *Alberici Casinensis, Flores rhetorici, Miscellanea cassinese* 14, Montecassino, 1938.
- *Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional*, XIII, Madrid, 1995.
- JUÁREZ BLANQUER, A., y B. RUBIO FLÓREZ: eds., *Partida segunda de Alfonso X el Sabio (manuscrito 12.794 de la B.N). Edición y estudio*, Granada, 1991.
- KLEIN, J.: *La Mesta. Estudio de la historia económica española 1273-1836*, Madrid, 1981.
- LARMON PETERSON, J.: “The transmission and reception of Alberic of Montecassino’s *Breviarium de dictamine*”, *Scriptorium*, LVII, 3 (1), 2003, pp. 27-50.
- LAWRENCE, J.: “Nueva luz sobre la biblioteca del conde de Haro”, *Crotalón. Anuario de Filología española*, I, 1984, p. 1103.
- LEPAGE, Y. G.: *Guide de l'édition de textes en ancien français*, Paris, 2001.
- LICITRA, V.: “Il mito di Alberico de Montecassino iniziatore dell’*Ars dictaminis*”, *Studi medievali*, serie 3, núm. 18, 1922, pp. 609-627.
- LLACAYO Y SANTAMARÍA, A.: *Antiguos manuscritos de historia, ciencia y arte militar, medicina y literarios en la Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial*, Sevilla, 1878.
- LÖFSTEDT, B.: “Zum *Dictaminis Epithalamium* des Juan Gil de Zamora”, *Habis*, 22, 1991, pp. 383-398.

- LÓPEZ GUTIÉRREZ, A. J.: *La Cancillería de Alfonso X a través de las fuentes legales y la realidad documental* (Microfichas), Universidad de Oviedo, 1999.
- LÓPEZ-IBOR, M.: “El pleito de sucesión en el reinado de Alfonso X”, *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 55-65.
- LÓPEZ ORTIZ, Fray J.: “La colección conocida con el título *Leyes Nuevas*”, *AHDE*, XVI, 1945, pp. 5-70.
- LUCAS ÁLVAREZ, M.: “Documentos notariales y documentos en el monasterio de Osera”, *Primeras jornadas de Metodología aplicada a las ciencias históricas*, V, Santiago de Compostela, 1975, pp. 223-240.
- MACDONALD, R. A.: “Problemas políticos y derecho alfonsino considerados desde tres puntos de vista”, *AHDE*, LIV, 1984, pp. 25-53.
- “El *Espéculo* atribuido a Alfonso X, su edición y problemas que plantea”, en A. PÉREZ MARTÍN, ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 611-653.
- MADERO, M.: *Las verdades de los hechos. Proceso, juez y testimonio en la Castilla del siglo XIII*, Universidad de Salamanca, 2004.
- MALDONADO, J.: “Un manuscrito del *Fuero Viejo*”, *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 471-481.
- MARAVALL, J. A.: *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997⁴.
- *Estudios de historia del pensamiento español. Serie primera*, Madrid, Ediciones cultura hispánica, 2001⁴.
- MARCOS RODRÍGUEZ, F.: “La antigua biblioteca de la Catedral de Salamanca”, *Hispania Sacra*, 14, 1961, pp. 281-319.
- MÁRQUEZ VILLANUEVA, F.: *El concepto cultural alfonsí*, Barcelona, Bellaterra, 2004.
- MARTIN, G.: *Les juges de Castille. Mentalités et discours historiques dans l'Espagne médiévale*, Annexes des *CLHM*, Paris, Klincksieck, 1992.
- “Alphonse X ou la science politique (*Septénaire* 1-11)”, *CLHM*, 18-19, 1993-1994, pp. 79-100, y *CLHM*, 20, 1995, pp. 7-33.
- “Alphonse X de Castille, roi et empereur”, *CLHM*, 23, 2000, pp. 323-348.
- “Datation du *Septénaire*: rappels et nouvelles considérations”, *CLCHM*, 24, 2001, pp. 325-342.
- MARTÍNEZ DÍEZ, G.: “Los comienzos de la Recepción del Derecho romano en España y el *Fuero Real*”, *Diritto comune e Diritti locale nella storia dell'Europa*, Milán, 1980, pp. 251-262.
- *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Burgos, 1982.
- MARTÍNEZ MARINA, Fco.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente el código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, I-III, Madrid, 1808 (1832 y 1835). Usamos la edición que se encuentra en F. MARTÍNEZ MARINA, *Obras escogidas*, BAE, Madrid, 1966.
- MARTÍNEZ SALAZAR, A.: “Fragmento de un nuevo código gallego de *Las Partidas*”, *Boletín de la Real Academia Gallega*, 3, 31, 1909, pp. 149-158; 32, 1910, pp. 171-179.
- MARTÍN-RETORTILLO Y BÁQUER, S.: “Notas para un estudio de la prueba en la tercera *Partida*”, *Argensola* 22, 1955, 101-122.

- MCNAAB, R.: "Innovations and Compilations: Juan Gil de Zamora's *Dictaminis Epithalamium*", *Rhetorica*, 21 (4), 2003, pp. 225-254.
- MENÉNDEZ PIDAL, R.: *Documentos lingüísticos de España. I: Reino de Castilla*, Madrid, 1919.
- *La epopeya castellana a través de la literatura*, Madrid, Espasa-Calpe, 1945.
- *La España del Cid. Obras completas*, t. VI, 1-2, Madrid, Espasa-Calpe, 1947.
- *Crestomatía del español medieval*, 1-2, Madrid, 1965-66.
- *La épica medieval española. Obras completas*, t. XIII, Madrid, Espasa-Calpe, 1992.
- *Historia de la lengua española* (D. Catalán ed.), Madrid, 2005.
- METTMANN, W.: ed., *Alfonso X el Sabio. Cantigas de Santa María*, 3 vols., Madrid, Castalia, 1986, 1988, 1989.
- MINGUIJÓN, S.: "Fuero Real", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VIII, 1960, pp. 346-352.
- MOLINA, Á. L.: "Aspectos de la vida cotidiana en *Las Partidas*", *Glossae* 5-6, 1993-1994, pp. 171-185.
- MURPHY, J. J.: *Rhetoric in the Middle Ages*, 1974.
- *Medieval Rhetoric: A Select Bibliography*, Toronto, 1989.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: *Documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1951.
- O'CALLAGHAN, J. F.: *Las Cortes de Castilla y León 1188-1350*, Valladolid, Ámbito, 1989.
- *El rey Sabio. El reinado de Alfonso X de Castilla*, Universidad de Sevilla, 1999².
- OCHOA SANZ, J.: *Vicentius Hispanus, canonista boloñés del siglo XIII*, Roma-Madrid, CSIC, 1960.
- OVIEDO Y ARCE, E.: "Cuatro fragmentos de distintos códigos gallegos de las *Partidas* de Alfonso el Sabio", *Colección diplomática de Galicia Histórica*, 1, Santiago, 1901, pp. 103-135.
- "Fragmento de un código galaico de las *Partidas* (apógrafo del siglo XIII)", *Boletín de la Real Academia Gallega* 10, 1915, pp. 72-82.
- PALACIOS ALCAINE, A.: ed., *Alfonso X el Sabio, Fuero Real*, Barcelona, 1991.
- PAZ Y MELIÁ, A.: "Códices más notables de la Biblioteca Nacional", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 11, 1904, pp. 437-438.
- PENSADO, J. L.: "Tres fragmentos jurídicos galaicoportugueses", *Cuadernos de estudios gallegos*, 29, 1975, pp. 102-129.
- PÉREZ-EMBED, F.: *El almirantazgo de Castilla hasta las capitulaciones de Santa Fe*, Sevilla, 1944.
- PÉREZ LLAMAZARES, J.: *Catálogo de los códigos y documentos de la Real Colegiata de San Isidoro de León*, León, 1923.
- PÉREZ LÓPEZ, J. L.: "Las *Siete Partidas* según el código de los Reyes Católicos de la Biblioteca Nacional de Madrid", *Dicenda. Cuadernos de Filología Hispánica*, 14, 1996, pp. 235-258.
- PÉREZ MARTÍN, A.: "Estudiantes zamoranos en Bolonia", *Studia Zamorensia* 2, 1981 a, pp. 23-66.
- "El Ordo iudiciarius «Ad sumariam notitiam» y sus derivados (I)", *Historia, Instituciones y Documentos*, 8, 1981 b, pp. 195-266 y "El Ordo iudiciarius «Ad sumariam notitiam» y sus derivados (II)", *Historia, Instituciones y Documentos*, 9, 1982, pp. 327-424.

- PÉREZ MARTÍN, A.: "El *Fuero Real* y Murcia", *AHDE* LIV, 1984.
- "El estudio de la recepción del Derecho Común en España", *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, pp. 241-325.
- "La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las *Siete Partidas*", *Glossae*, 3, 1992 a, pp. 9-63.
- "Fuentes romanas en las *Partidas*", *Glossae*, 4, 1992 b, pp. 215-246.
- "La obra jurídica de Jacobo de las Leyes: *Las Flores del derecho*", *CLHM*, 22, 1998-1999, pp. 247-270.
- *El derecho procesal del «Ius Commune» en España*, Universidad de Murcia, 1999.
- "La Institución Real en el «Ius Commune» y en las *Partidas*", *CLHM*, 23, 2000, pp. 305-321.
- PÉREZ-PRENDES, J. M.: "Las leyes de los Adelantados Mayores", *Hidalguía*, 51, 1962, pp. 1-22.
- "Las leyes de Alfonso el Sabio", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 67-84.
- *Historia del Derecho español*, I-II, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- "El trabajo de un legislador cortesano: Alonso Díaz de Montalvo", *Torre de los Lujanes: Boletín de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, 2005, pp. 119-134.
- PÉREZ PRIEGO, M. Á.: *La edición de textos*, Madrid, Síntesis, 1997.
- PERONA, J.: "Lenguas, traducción y definición en el *Scriptorium* de Alfonso X", *CLHM*, 14-15, 1989-1990, pp. 247-276.
- PIMENTA, A.: *Fuero Real de Alfonso o Sabio, Versão portuguesa do século XIII, publicada e comentada*, Lisboa, 1946.
- PROCTER, E. S.: *Curia y Cortes en León y Castilla 1072-1295*, Madrid, Cátedra, 1988 [traducción española de *Curia and Cortes in Leon and Castile 1072-1295*, Cambridge University Press, 1980].
- *Alfonso X de Castilla, patrono de las letras y del saber*, Murcia, 2002 [traducción española de *Alfonso X of Castile, Patron of the Literature and Learning*, Oxford, Clarendon Press, 1951].
- RÁBADE OBRADÓ, M.^a del P.: *Las universidades en la Edad Media*, Madrid, 1996.
- RAMOS BOSSINI, F.: *Primera Partida de Alfonso X el Sabio* (Ms. HC 397/573, de la Hispanic Society, New York), Granada, 1984.
- REY, A.: *Castigos e documentos para vivir bien ordenados por el rey don Sancho IV*, Boomington, Indiana, 1952.
- REYNOLDS, R.: *An Edition of a Portion of the "Livro primeyro das Partidas de Castella"*, Universidad de North Carolina, 1967.
- RICO, F.: *Alfonso el Sabio y la "General Estoria"*, Barcelona, Ariel, 1984².
- RIESCO TERRERO, Á.: *Introducción a la paleografía y la Diplomática general*, Madrid, 2000.
- ROBLES, A.: "Manuscritos del Archivo del Real Convento de Valencia", *Escritos del Vedat*, 14, 1984, pp. 400-401.
- ROCKINGER, H.: *Briefsteller und Formelbücher des elften bis vierzehnten Jahrhunderts*, I-II, Munich, 1863-1864.

- RUBIO MORENO, L. M.^a: *Contribución al estudio de las definiciones léxicas de "Las Partidas" de Alfonso X el Sabio*. Leyes de Alfonso X, III, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila, 1991.
- RUIZ GARCÍA, E.: *Introducción a la codicología*, Madrid, Fundación Germán Rui-pérez, 2002.
- SABATINO PÉREZ, R.: "Entre el Medioevo y el Renacimiento. Alfonso X y Federico II", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 7-14.
- SALVADOR MARTÍNEZ, H.: *Alfonso X, el Sabio. Una biografía*, Madrid, Polifemo, 2003.
- SÁNCHEZ, G.: "Para la redacción del antiguo derecho territorial castellano", *ADHE*, VI, 1929, pp. 260-328.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: "La obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Historia de una polémica", en J. MONTROYA MARTÍNEZ y A. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, coords., *El scriptorium alfonsí: de los libros de astrología a las "Cantigas de Santa María"*, Madrid, 1999.
- ed., *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Madrid, Ed. Reus, 2004.
- SÁNCHEZ-PRIETO, P.: *Cómo editar los textos medievales. Criterios para su presentación gráfica*, Madrid, Arco Libros, 1998.
- SAVIGNY, F. C.: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, V, 1850 [1961].
- SCHMALE, F. J.: ed., *Adalbertus Samaritanus, Praecepta dictaminum*, Nachdruck, 1961.
- SIMÓN DÍAZ, J.: *Bibliografía de la literatura hispánica*, 3 (1-2), Madrid, 1963².
- SUTTER, C.: ed., *Palma*, en *Aus Leben und Schriften des Magister Boncompagno*, Freiburg im Breisgau, 1894.
- TENORIO Y CEREZO, N.: *El Concejo de Sevilla. Estudio de la organización político-social desde su reconquista hasta el reinado de D. Alfonso XI (1248-1312)*, Sevilla, 1901.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1997.
- TORRES FONTES, J.: "Murcia y las Partidas", *AHDE*, XXXIV, 1964, pp. 531-545.
- TORRES SANZ, D.: *La administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid, 1982.
- UBIETO ARTETA, A.: *Colección diplomática de Cuéllar*, Segovia, Diputación Provincial, 1961.
- ULLMANN, W.: *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1983.
- VALDEÓN BARUQUE, J.: "Alfonso X el Sabio: semblanza de su reinado", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 15-28.
- "La Mesta y el pastoreo en Castilla en la Baja Edad Media (1273-1474)", en G. ANES ÁLVAREZ, coord., *Mesta, trashumancia y vida pastoril*, 1994, pp. 49-66.
- *Alfonso X el Sabio. La forja de la España moderna*, Madrid, 2003.
- VALLEJO, J.: "La regulación del proceso en el Fuero Real", *AHDE*, LV, 1985, pp. 495-703.
- VICENTE VELA, V., y R. NÚÑEZ LAGOS: eds., *Rolandino Passaggeri, Aurora. Con las adiciones de Pedro de Unzola*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 1950.

- WAHRMUND, L.: ed., *Die Summa Libellorum des Bernardus Dorna*, L. Wahrmund, ed., Neudruk der Ausgabe Basel, 1905 [Scientia Verlag Aalen, 1962].
- *Das Formularium des Martinus de Fano*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1906 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- *Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drokedo*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1914 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- *Der Ordo iudiciarius des Aegidius de Fuscarariis*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1916 [Scientia Verlag Aalen, 1962].
- *Die Ars Notariae des Rainerius Perusinus*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1917 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- WITT, R.: "Boncompagno and the Defense of Rhetoric", *The Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 16, 1986, pp. 1-32.
- ZARCO CUEVAS, J.: *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial*, 1-2, Madrid, 1924-1926; 3, El Escorial, 1929.
- ZURITA, R.: "Los títulos de las *Siete Partidas* y el *Corpus Iuris Civilis*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 9, Alfonso X el Sabio, VII Centenario, 1985, pp. 129-155.

Abreviaturas

- AA = *Antológica Annua*.
ABCT = Archivo y Biblioteca Capitulares de la Catedral de Toledo.
AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español*.
ANTT = Arquivo Nacional da Torre do Tombo.
BA = *Bracara Augusta*.
BAC = Biblioteca de Autores Cristianos.
BAE = Biblioteca de Autores Españoles.
BNM = Biblioteca Nacional de Madrid.
BOOST = *Bibliography Of Old Spanish Texts* (Literary Texts, Edition-2). Comp. by Antonio Cárdenas, J. Gilkison, J. Nitti, E. Anderson, Bibliographical Series n. 1; Madison, Wis., 1977.
CARLYC = Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla.
CLCHM = *Cahiers de linguistique et civilisation hispaniques médiévales*.
CLHM = *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*.
CPPV = Convento de Padres Predicadores de Valencia.
Glossae = *Glossae. Revista de Historia de Derecho Europeo*.
HDNE = J. Bono, *Historia del Derecho Notarial Español*, I-II, Madrid, 1979.
HS = *Hispania Sacra*.
HSA = Hispanic Society of America de Nueva York.
Inventario = *Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional*.
MHE = *Memorial Histórico Español*.
NEJS = *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*.
RABM = *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*.
RAH = Real Academia de la Historia.
RBME = Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.
RCSI = Real Colegiata de San Isidoro de León.
ROc = *Revista de Occidente*.
Zarco = J. Zarco Cuevas, *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial*, 1-3, Madrid, 1924, 1926 y El Escorial, 1929.

INEFICACIA SOBREVENIDA DEL TESTAMENTO DE HERMANDAD

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. LA CUESTIÓN. 2. QUÉ ES EL TESTAMENTO DE HERMANDAD. 3. COMENTARIOS DOCTRINALES A LA REFORMA DE 1987. **A)** Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ. **B)** Luis Díez-PICAZO GULLÓN. **C)** Teresa HUALDE MANSO. 4. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. 5. EL DERECHO COMPARADO. **A)** Derecho civil de Aragón. **B)** Derecho civil de Galicia. 6. LA INFLUENCIA DEL MATRIMONIO. 7. LA INSTITUCIÓN A FAVOR DE LOS HIJOS. 8. RECAPITULACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

1. La cuestión

La Ley 201 del Fuero de Navarra establecía como única causa de pérdida de la eficacia del testamento de hermandad la revocación en vida de todos los otorgantes, bien realizada por todos ellos conjuntamente o bien por cualquiera de ellos separadamente, con los requisitos establecidos en

la norma. La Ley 5/1987, de 1 de abril, no modificó el régimen de revocación, pero insertó el párrafo 1.º de la Ley 201, que dice:

LEY 201. Ineficacia.— Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro.

La cuestión que se plantea consiste en determinar hasta dónde alcanza la ineficacia de las liberalidades contenidas en un testamento de hermandad otorgado por marido y mujer que posteriormente se encuentren en situación de nulidad matrimonial, separación legal o divorcio. ¿La ineficacia del testamento de hermandad alcanzará solamente a la institución recíproca de herederos entre los esposos?, ¿también alcanzará a la institución conjunta de herederos preventiva y de residuo a favor de los hijos comunes?, ¿alcanzará a cualquier cláusula conjunta otorgada por ambos esposos?

Parece que si la causa del testamento de hermandad es testar en común y ordenar conjuntamente las dos sucesiones, todo el testamento debería quedar ineficaz al producirse una crisis matrimonial. Sin embargo, la norma no dispone la ineficacia total del testamento de hermandad sino sólo la de algunas de sus cláusulas.

Antes de analizar esta ley vamos a exponer muy brevemente las notas esenciales del testamento de hermandad.

2. Qué es el testamento de hermandad

El testamento de hermandad, conjunto, mancomunado o colectivo, siguiendo las explicaciones de Juan GARCÍA-GRANERO, fue una figura conocida ampliamente y bajo distintas modalidades en todos los Derechos de la Península Ibérica, pero en nuestro Código Civil desapareció por influencia del movimiento codificador que arranca del Código Napoleón y pretendió unificar los derechos existentes en España.

El hecho de testar en común o de hermandad no tiene precedentes en el Derecho romano posclásico y vulgar, sin embargo, fue una creación de la sabiduría y la experiencia medievales como reflejo de la concepción solidaria de la familia que se funda en una comunidad de vida.

Por tratarse de una creación natural y espontánea de la práctica medieval, ajena a los dogmatismos y las formalidades propias de las escuelas jurídicas, no puede reconducirse a los esquemas teóricos conceptuales

de la ciencia jurídica actual. Al jurista contemporáneo le resulta muy difícil, cuando no imposible, encajar la naturaleza jurídica de esta figura, que por ser un testamento debe ser tratada como un acto de última voluntad, pero por ser conjunta no es un acto individual por definición, con toda la carga conceptual que esta nota lleva consigo.

Al estudiar la figura del testamento de hermandad no encajan bien las distinciones entre actos *inter vivos* y *mortis causa*, revocabilidad e irrevocabilidad, eficacia y nulidad. Para situarnos en los antecedentes históricos del testamento de hermandad debemos tener en cuenta que en los primeros siglos alto medievales no existía propiamente un testamento como acto de última disposición en el que se instituía un heredero universal de los bienes del testador y se le configuraba como un continuador en la personalidad del causante. Más bien, lo que se otorgaba eran *donaciones post obitum*.

El testamento de hermandad, considerado como un acto conjunto de disposición *mortis causa* de los bienes de los cotestadores, era un acto frecuente en las poblaciones rurales del Imperio romano y su desarrollo es paralelo al desarrollo de la comunidad de bienes conyugal como sustrato económico del matrimonio y de la familia.

En la época alto medieval no se instituye heredero, sino que se transmiten bienes por causa de muerte, existe una suma de bienes concretos, pero no existe una sucesión universal. De la costumbre de otorgar conjuntamente donaciones queda la de concurrir ambos esposos a los testamentos.

Las primeras costumbres conocidas, así la de Uccle (siglo XIV), declaran de modo terminante que los testamentos hechos entre marido y mujer tienen pleno valor, derogan la costumbre del país, y sólo pueden ser revocados o anulados durante la vida de ambos cónyuges mediante mutuo acuerdo, y surten efectos después de la muerte del primer fallecido.

Sin embargo, en algunos lugares se refleja esta irrevocabilidad, así en Limbourg (año 1696) si marido y mujer han testado conjuntamente, el más viviente puede cambiar la disposición, en cuanto a su parte en la sociedad conyugal y respecto a sus bienes propios.

La progresiva relajación de la irrevocabilidad del testamento conjunto se pone de manifiesto en la jurisprudencia de los *échevins* o Magistrados de Vliermael, a lo largo de los siglos XVII y XVIII.

Concepto.

Según ALBALADEJO “el testamento único que otorgan dos o más personas a la vez se llama *mancomunado*, como se podría llamar común o colectivo”.

Las notas esenciales conforme a la Ley 199 son tres: 1) pluralidad de testadores, 2) unidad instrumental y 3) simultaneidad del acto. Pero existe otra nota fundamental, la necesaria conexión de las declaraciones. Es decir, 1) que existan dos o más testadores, porque si solamente existe un testador se trata de un testamento abierto normal y corriente en todas las legislaciones; 2) que exista unidad instrumental, se trata de otorgar un solo testamento, no son dos testamentos uno detrás de otro, como cuando van dos hermanos a testar y primero hace testamento uno y luego pasa el otro y testa sin que sepa el contenido el otro; no, el testamento de hermandad es un único testamento otorgado por varias personas a la vez y para todos ellos; y 3) es simultáneo en su otorgamiento, es decir, que el testamento se otorga a la vez por todos, no uno detrás de otro, sino todos a la vez y al mismo tiempo.

Caracteres.

A) *Es un acto mortis causa.*— No se trata de una donación conjunta de marido y mujer, sino que es un acto de última voluntad, aunque puede llegar a producir efectos en vida de ambos como los condicionamientos a la facultad de revocar.

B) *Es un testamento colectivo, no un contrato sucesorio.*— Aunque en sus orígenes se podría remontar a las *donationes post obitum*, no se trata ahora de un contrato sucesorio o de un pacto sucesorio. Pero sí se puede decir que representa una figura intermedia entre los pactos sucesorios y los testamentos. Siguiendo a MESSINEO, se puede decir que el testamento de hermandad es un acto o negocio colectivo. No es un acto unilateral, sino plurilateral, pero no es un contrato porque no existen dos voluntades contrapuestas, sino una suma de voluntades coincidentes, yuxtapuestas. Esto se aprecia cuando se ordena la sucesión a favor de terceras personas que es común a los cotestadores.

C) *Es un solo acto en instrumento único.*— No es una pluralidad de actos contenidos en el mismo instrumento. Es este acto colectivo el que vincula a los otorgantes, no su carácter de contrato, que no lo tiene.

D) *Es un solo testamento.*— No se trata de varios testamentos iguales otorgados en un único instrumento. Esto abriría la posibilidad de la revocación unilateral de cada uno de ellos. Sin embargo, se trata de una sola declaración asumida por todos y cada uno de los otorgantes.

E) *Regula varias sucesiones mortis causa.*— Aunque sea un solo testamento, contiene la ordenación de varias sucesiones por causa de muerte.

Y entre estas sucesiones surge una interdependencia o conexión. Implica un condicionamiento a la libre revocabilidad que se sitúa entre el principio de buena fe y de recíproca lealtad entre los cotestadores. En este sentido, se encuentra como un *tertium genus* entre la libertad de revocación del testamento personal y la irrevocabilidad del contrato sucesorio.

F) *Es un modo de ordenar la sucesión, no una forma testamentaria especial.*— Quiere decir que no es una cuestión de forma y por tanto, no rige la ley del lugar del otorgamiento, sino que es una cuestión de sustancia y rige la ley personal del testador, por ello la Ley 200 faculta a los navarros para testar de hermandad fuera de Navarra.

CLASES.

Por razón de las personas:

A) *Testamento entre cónyuges o entre personas distintas.*— La principal especialidad se da en los testamentos de personas que no son cónyuges y puede que no sean ni parientes, incluso en los testamentos otorgados por tres o más personas. En estos casos, es de especial importancia las caute- las sobre revocación del testamentos al fallecimiento de alguno de los co- testadores. Aquí debemos hacer una mención especial respecto de los tes- tamentos de hermandad otorgados por parejas de hecho y por parejas estables, también por los futuros esposos, ahora novios y por todas las situaciones de convivencia distinta de la matrimonial que están previstas en el Fuero Nuevo y, sin embargo, no están previstas en la nueva causa de ineficacia parcial del testamento de hermandad.

Por razón del contenido:

B) *Testamentos mutuos.*— Son los que contienen disposiciones recípro- cas entre los otorgantes, sin que existan otras disposiciones posteriores a favor de terceras personas.

C) *Testamentos conjuntos.*— Son los que, careciendo de disposiciones recíprocas entre los otorgantes, sólo contienen disposiciones en favor de terceras personas.

D) *Testamentos mixtos.*— Es el que contiene a los dos anteriores. Es el normal y contiene una institución mutua de heredero entre los otor- gantes y luego una disposición de residuo a favor de los hijos u otros parientes, estas últimas de modo irrevocable o revocable, como disposi-

ción preventiva de carácter subsidiario para el caso de fallecer el supérstite sin haber dispuesto otra cosa.

Por su revocabilidad:

A diferencia del pacto sucesorio, para el testamento de hermandad el Fuero Nuevo mantiene la revocabilidad como una nota natural que puede ser matizada y modalizada, y no como algo esencial respecto del testamento unilateral.

En vida de los otorgantes el testamento es revocable, bien por acuerdo unánime, bien por decisión unilateral con notificación a los restantes cotestadores.

Fallecido alguno de los testadores, prevalece la nota de la irrevocabilidad, pero con ciertas excepciones respecto de las disposiciones que no fueren correspectivas del testador difunto, si se renuncia a los beneficios en la herencia del premuerto o respecto de las disposiciones ineficaces por renuncia, premoriencia o incapacidad del beneficiario.

Como resumen de este apartado interesa destacar lo siguiente:

1. En Navarra el testamento de hermandad no es un contrato sucesorio, de manera que no se trata de una disposición *mortis causa* irrevocable, siempre se puede revocar de común acuerdo o unilateralmente con los requisitos de notificación exigidos por la ley.
2. No es una institución típicamente familiar o para ordenar la sucesión familiar, puesto que a esto obedecen mejor los contratos sucesorios y las capitulaciones matrimoniales con nombramiento de heredero en el patrimonio familiar.
3. El testamento de hermandad tampoco es una institución matrimonial que precise el matrimonio de los testadores, a diferencia de otras legislaciones que asimilaban el testamento mancomunado al matrimonio de los testadores por unificar el testar en común con el vivir en común.
4. Consecuencia de lo anterior es que el testamento de hermandad no tiene como presupuesto esencial la convivencia de los cotestadores, de la misma manera que tampoco tiene como presupuesto el matrimonio de los mismos, sino que el presupuesto es la voluntad de ordenar en común varias sucesiones.

3. Comentarios doctrinales a la reforma de 1987

La inserción del párrafo 1.º en la Ley 201 y su causa de ineficacia ha dado lugar a distintos comentarios por la doctrina.

A) Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ.

Para GARCÍA-GRANERO el añadido del primer párrafo de la Ley 201 es una copia de la Compilación de Aragón y es objeto de una fuerte crítica. Hace notar que mientras en Aragón el testamento mancomunado sólo era posible entre esposos, en Navarra no era así. De tal manera que en Navarra el matrimonio de los testadores no es un *præsumptio* de validez ni de eficacia del testamento de hermandad. Se plantea el supuesto en que los testadores todavía solteros, contraigan matrimonio entre sí con posterioridad al otorgamiento del testamento de hermandad. Para este autor en este caso la subsistencia del matrimonio se convierte en una *condictio iuris* de eficacia del testamento y quedará afectado por la regla de ineficacia del primer párrafo de la Ley 201.

El párrafo primero de la Ley 201 carece en absoluto de antecedentes históricos en el Derecho navarro. El testamento de hermandad navarro no se funda en la existencia previa de un matrimonio, hasta cabría un testamento de hermandad otorgado por dos divorciados.

Por el contrario, el testamento mancomunado aragonés, del cual afirma que se copió esta causa de ineficacia, sí traía causa del matrimonio de los testadores. El *efecto aragonés* era propio de la causa del testamento mancomunado como un testamento matrimonial. Sin embargo, el *efecto navarro* es impropio de los antecedentes del testamento de hermandad navarro. De hecho, hasta la reforma del año 1987, los divorcios de los navarros no producían la ineficacia de los testamentos de hermandad que hubieran otorgado.

Con todo, entiende que las fuentes de interpretación del párrafo añadido deben ser las del Derecho aragonés, puesto que el Código Civil carece de principios jurídicos que puedan fundar la interpretación del testamento de hermandad. No deja de criticar la falta de previsión legal ante los supuestos de falta de firmeza de la sentencia de separación o divorcio, a diferencia del Derecho aragonés, donde sí existe la previsión en tal sentido.

Propugna que la mejor solución hubiera sido no establecer la ineficacia parcial legal del testamento de hermandad en tales supuestos, dejando a la libertad civil de los navarros el buscar la solución adecuada a cada caso particular y, en cualquier caso, a semejanza de los efectos de la revocación unilateral del testamento de hermandad, que la ineficacia en los casos de crisis matrimonial fuera total y no solamente parcial.

B) Luis Díez-Picazo Gullón.

Para Díez-Picazo, la Ley Foral 5/1987 no ha modificado el régimen de revocación del testamento de hermandad, sino que ha insertado en el primer párrafo una norma determinante de la ineficacia del testamento de hermandad cuando lo hayan otorgado los cónyuges como consecuencia de la nulidad del matrimonio, de la separación y del divorcio.

Para el autor, se trata de una causa de ineficacia automática que libera de la carga de revocar el testamento de hermandad que se hubiera otorgado. Explica que se trata de una ineficacia sobrevenida del testamento porque en estos supuestos de crisis matrimonial se produce una desaparición de la base del negocio. Entiende que el testamento de hermandad otorgado entre cónyuges se basa en la continuación de la vida en común de los esposos hasta el fallecimiento de uno de ellos, de manera que solamente se contempla la disolución del matrimonio por muerte de uno de los esposos. La modificación de esta base del negocio por nulidad, separación o divorcio determina la ineficacia del testamento de hermandad.

Esta teoría parece dar a entender que es el matrimonio y la vida en común de los esposos lo que constituye la base del testamento de hermandad que han otorgado y, por tanto, la causa que explica cada una de las cláusulas del mismo. Por esta vía podríamos llegar a entender que toda cláusula que tenga relación con la situación matrimonial queda aquejada de ineficacia en los supuestos de nulidad, separación y divorcio de los testadores. Algo así como poder interpretar que tiene causa recíproca todo lo que tenga que ver con el matrimonio y su vida en común. Y hasta poder llegar a simplificar pensando que toda cláusula común tiene causa recíproca.

La ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad no es total sino que se limita a dos tipos de disposiciones: a) las liberalidades que en el testamento se hubieran concedido los cónyuges, aunque no sean recíprocas o correspectivas de uno para el otro; y b) las disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia cuando éstas tengan su causa en las disposiciones del otro, aunque el otro no las hubiera hecho en el mismo sentido.

La primera parte de la regla es clara, cualquier liberalidad entre los cónyuges quedará ineficaz, sea la institución de heredero, un legado o cualquier otro tipo de disposición en la que un cónyuge favorezca al otro quedará ineficaz como consecuencia de la sentencia de nulidad, separación y divorcio posterior de los testadores.

La segunda parte de la regla obliga a dilucidar lo que significa *disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tengan su causa en las disposiciones del otro*. La causa es única para todo el testamento y consiste en testar en común los esposos. Pero

parece que la ley obliga a averiguar la causa particular de cada disposición testamentaria y determinar si se funda en las disposiciones del otro. Para DÍEZ-PICAZO esto lleva a entender por causa particular el motivo o móvil particular de cada disposición.

Resulta evidente que en un testamento de hermandad todas las disposiciones se han otorgado de común acuerdo por los testadores y proceder a deslindar las que no se funden en las disposiciones del otro testador es una tarea casi imposible. Por esta vía llegaríamos a afirmar que todo el testamento de hermandad tiene causa recíproca, salvo las cláusulas que de manera manifiesta queden aisladas del resto, por ejemplo, si uno de los testadores lega a un sobrino un recuerdo familiar.

Dicho de otra manera, habría que entender que en caso de duda se presume la causa recíproca y la cláusula en cuestión queda ineficaz por causa de nulidad, separación o divorcio de los testadores.

C) Teresa HUALDE MANSO.

La profesora HUALDE se encuentra entre los que han criticado la inserción de esta nueva causa de ineficacia del testamento de hermandad, por ser innecesaria para el funcionamiento de la institución testamentaria. Se suma a la corriente doctrinal que entiende que los avatares matrimoniales no tienen por qué influir en la eficacia del testamento, puesto que la valoración de su impacto debe quedar al libre albedrío de los propios testadores, máxime en un sistema jurídico que se basa en la libertad civil como pilar fundamental de todo el ordenamiento.

Sostiene que la solución establecida de ineficacia parcial del testamento no es adecuada. No le parece que quepa la analogía con el supuesto previsto en la Ley 202 para el caso de fallecimiento de uno de los testadores. En el presente caso, se trata de una crisis matrimonial y es el propio matrimonio que motivó el otorgamiento del testamento de hermandad el que decae haciendo decaer todo el testamento. A juicio de la profesora, la solución adecuada debiera haber sido la ineficacia total de todo el testamento de hermandad. Y esta solución no es exagerada, porque a la misma solución se llega en el supuesto previsto en la Ley 201.4, que provoca la ineficacia total del testamento de hermandad en los casos de revocación unilateral del mismo.

La profesora HUALDE se suma a la opinión de DÍEZ-PICAZO cuando entiende que ante la dificultad por deslindar la causa de cada disposición testamentaria para averiguar su correspectividad o no, habrá que entender que todo el testamento de hermandad está modalizado por la disposición del otro cónyuge. Por este camino sólo se salvarán de la ineficacia las cláusulas que claramente aparezcan aisladas de las demás o desvinculadas del carácter de hermandad.

4. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión. Se trata del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra número 1/2002, de fecha 8 de abril de 2002, recaído en el recurso gubernativo contra la calificación registral.

Los antecedentes de hecho serían los siguientes: A y B contrajeron matrimonio en el año 1949 y por sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia de Pamplona de fecha 28 de febrero de 1992 se declaró la disolución del matrimonio por divorcio. Dicho matrimonio tuvo seis hijos, todos mayores de edad.

Constante matrimonio y siendo los cónyuges de vecindad civil foral navarra, otorgaron testamento de hermandad en el año 1972, en el cual se instituían recíprocamente herederos los testadores, en pleno dominio y libre disposición y para el caso de muerte simultánea de ambos testadores, o para después del fallecimiento del sobreviviente, si éste no otorgara nuevo testamento instituyeron herederos por partes iguales a todos sus hijos habidos y por haber de su actual matrimonio.

El esposo falleció en el año 1999 siendo su último testamento el referido testamento de hermandad. Al año siguiente, todos los hijos y su madre, ex esposa del difunto, otorgaron escritura de aceptación de herencia con base en el referido testamento de hermandad, en la que los hijos se repartían los bienes en partes iguales como herederos de su padre y la madre reconocía que, respecto de ella, el testamento de hermandad era ineficaz por causa de su divorcio con el causante.

Presentada la escritura pública a inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente, se deniega la inscripción por entender aplicable al testamento de hermandad la Ley 201.1 del Fuero de Navarra, al entender que el divorcio de los testadores llevaba aparejada la ineficacia del testamento no solamente en cuanto a la institución recíproca entre los testadores, sino también en cuanto al llamamiento preventivo realizado a favor de los hijos comunes por ser “disposiciones correspectivas”. Por tanto, siendo el testamento de hermandad ineficaz en cuanto a la institución de herederos, debería procederse a efectuar la declaración de herederos abintestato.

El notario autorizante de la escritura de aceptación de herencia recurrió la calificación registral, al entender que la ineficacia del testamento de hermandad por causa del divorcio de los testadores alcanzaba sólo a la institución recíproca entre los mismos, pero no a la institución preventiva a favor de los hijos comunes. Y argumentaba su interpretación por entender que el llamamiento a favor de los hijos comunes no se realizaba en atención al otro cónyuge, como si pudiera calificarse tal llamamiento

de correspectivo, sino más bien coincidente con la voluntad del otro cónyuge. De tal manera que la institución a favor de los hijos comunes del matrimonio no guardaba relación al matrimonio de los testadores. Y siendo esto así, la disolución por divorcio del matrimonio de los testadores no afectaba a la institución a favor de los hijos comunes.

El Auto hace constar que la redacción original de la Ley 201 del Fuero de Navarra sólo contemplaba el supuesto de revocación voluntaria del testamento de hermandad porque en su época no existía más causa de disolución del matrimonio que la muerte de uno de los cónyuges. A partir de la Ley 30/1981, 7 de julio, se introdujo el divorcio como causa de disolución matrimonial y se modificó la Ley 201 para adecuarla a la normativa vigente por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

La cuestión de la decisión judicial se concreta en determinar si la institución de herederos realizada a favor de los hijos comunes se realizó en atención a la hecha por el otro cónyuge, en cuyo caso será ineficaz, o bien, con independencia de la realizada por el otro cónyuge, en cuyo caso continuará subsistente.

La argumentación judicial se funda en los siguientes razonamientos:

- A)** La declaración de ineficacia no afecta a la totalidad del testamento de hermandad, sino a determinadas cláusulas. Luego una parte del testamento de hermandad podrá ser eficaz y así se supone en el Fuero de Navarra. De aquí se sigue que la declaración de ineficacia de una parte o de otra del testamento de hermandad precisa una previa declaración y examen de sus cláusulas, no pudiendo alegarse la ineficacia del testamento de hermandad de una manera total y automática por el solo hecho del divorcio de los testadores.
- B)** La disposición de ineficacia sobrevenida regulada en la Ley 201.1 no procede de la tradición jurídica navarra, sino de la coordinación con la ley del matrimonio civil y la regulación del divorcio en España. Por esta razón no procede acudir a una interpretación romanística de dicho precepto basada en las fuentes jurídicas del Fuero Nuevo.
- C)** La regulación navarra del testamento de hermandad tiene unos criterios legislativos propios, que tienen sus antecedentes en la tradición jurídica navarra y en los propios fueros navarros. Por esta razón, no procede asimilar la nueva regulación del testamento mancomunado aragonés y la del Derecho comparado, en especial, el alemán, sobre las disposiciones correspectivas testamentarias.
- D)** El llamamiento hereditario a favor de los hijos comunes es usual en los testamentos de hermandad navarros y siendo de un padre

a favor de sus propios hijos se entiende que más bien se trata de un llamamiento “natural” y no forzado o causalizado por el llamamiento del otro cónyuge. Es así que la sucesión intestada se defiere en primer lugar a los descendientes y las legítimas se afirman en primer lugar de la descendencia. Por estas razones se entiende que no se trata de una cláusula correspectiva.

Por todo lo cual, el Auto entiende que el divorcio de los testadores es causa de la ineficacia sobrevenida del llamamiento sucesorio entre los testadores, pero no afecta de ineficacia al posterior llamamiento a favor de los hijos comunes, declarando por tanto eficaz dicho llamamiento posterior.

5. El Derecho comparado

A) Derecho civil de Aragón.

La Ley aragonesa 1/1999, 24 de febrero, modificada por la Ley 13/2006, 27 de diciembre, sobre Sucesiones por Causa de Muerte dispone lo siguiente:

Artículo 105. Disposiciones correspectivas .

1. Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume.

2. La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter. (...)

Artículo 123. Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación

Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

La solución es la misma que en Navarra, aunque en este caso se salva la disposición en contrario por voluntad de los esposos, que en Navarra no tiene lugar. Además, se refiere a las disposiciones correspectivas, mientras que en Navarra se habla de “disposiciones que tengan su causa en las disposiciones del otro”.

En el artículo 105 define lo que entiende por disposiciones correspectivas. Se trata de disposiciones de contenido patrimonial, de ambos testadores, que se declaren expresamente como correspectivas, y que su eficacia esté recíprocamente condicionada. La correspectividad no se presume.

De aquí resulta que la correspectividad debe ser expresa y que en caso de duda no se presume y se entiende que la cláusula no es correspectiva. Si aplicáramos estos criterios al testamento de hermandad navarro se debería entender que mientras no se declare expresamente la correspectividad el divorcio de los testadores no provoca la ineficacia del llamamiento a los hijos comunes porque lo único que existe es una cláusula conjunta de los testadores, pero no correspectiva.

Aunque esta interpretación valdrá para el caso de institución de herederos a los hijos comunes, puesto que es natural instituir herederos a los hijos propios. Pero no sería lo mismo si se instituye heredero a la Fundación Z. En tal caso, no habrá declaración expresa de correspectividad, ni se podrá presumir pero la interpretación de la voluntad del testador lleva a concluir que si en un mismo testamento después de instituirse herederos recíprocamente ambos cónyuges, los dos de común acuerdo nombran heredero a la Fundación Z es porque esa era su voluntad común para que las herencias de ambos tuvieran un mismo beneficiario. Y lo mismo se podría decir en el supuesto de institución conjunta de herederos pero sólo a una parte de los hijos comunes y no a la totalidad.

En estos casos todo hace pensar que aunque la correspectividad no fuera expresa, sí es cierta y segura que la eficacia de este llamamiento se ha condicionado a la eficacia del llamamiento del otro cónyuge. “Yo nombro heredero a la Fundación Z porque tú nombras heredero a la Fundación Z”.

B) Derecho civil de Galicia.

La Ley gallega 2/2006, 14 de junio, modificada por la Ley 10/2007, 28 de junio, sobre Derecho civil de Galicia, regula en su artículo 187 el testamento mancomunado.

Artículo 187

1. Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial.

2. *Los otorgantes que fueran esposos podrán, además, establecer en el testamento mancomunado disposiciones correspectivas.*

Son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes. La correspectividad no se presume. (...)

Artículo 208

Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges.

Dispone que cuando los testadores fueran esposos podrán establecer disposiciones correspectivas, luego los testadores no casados entre sí no podrán hacerlas. Y define la correspectividad de manera análoga a la aragonesa, diciendo que no se presume y que debe ser declarada en forma expresa por los testadores.

Para la Ley gallega la correspectividad es algo propio del testamento de cónyuges, porque al hacer testamento hay una causa remota de las cláusulas que es el matrimonio de los testadores, cosa que no ocurre en los demás testamentos. Parece que se trata de un efecto derivado a la ineficacia sobrevenida por el divorcio. Serán ineficaces las disposiciones a favor del otro cónyuge en todo caso y además las que fueran de eficacia recíproca.

Señala LÓPEZ SUÁREZ que el concepto de correspectividad no es objeto de formulación específica en la Ley gallega, tan sólo se establece una regulación diferenciada de la revocación de unas disposiciones y otras por el carácter de correspectivas. Pero el carácter de correspectivas está estrechamente vinculado a los conceptos de reciprocidad y de condicionalidad, así puede afirmarse que se hace referencia a la vinculación material de las disposiciones de uno de los testadores con las del otro, de suerte que no habrían tenido lugar sin las del otro testador.

Se puede diferenciar entre correspectividad bilateral y unilateral cuando existe la correlación entre las disposiciones de los dos testadores o solamente entre las de uno. También se puede distinguir entre correspectividad expresa y tácita. La expresa es cuando se prevé de manera terminante en el testamento, mientras que la tácita es la que se infiere del contenido general del testamento.

Así, podemos llegar a concluir que las disposiciones correspondientes son las conjuntas de los esposos que además son de eficacia recíproca condicionada.

6. La influencia del matrimonio

La regla de la Ley 201.1 dice así “*Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer (...)*”. De la lectura de la misma se infiere como primer requisito para la aplicación de la norma el matrimonio previo de los testadores. Los que van a otorgar testamento de hermandad ya son marido y mujer y, por tanto, están casados entre sí.

Sin embargo, el Fuero de Navarra ni en la actualidad ni en sus antecedentes históricos ha exigido como requisito de eficacia el matrimonio de los testadores, a diferencia de la Ley aragonesa, como ya se ha visto. Pueden otorgar testamento de hermandad los sujetos a la vecindad civil navarra sin necesidad de estar casados, según resulta de las Leyes 199 y 200.

Luego el comienzo de la Ley 201 nos sitúa frente a dos grandes grupos de testadores: los que se encuentran casados entre sí y los que no lo están. Porque para estos últimos, los no casados, parece que no les afecta en la eficacia de su testamento las vicisitudes de su matrimonio, según parece. Sin embargo, habría que deslindar supuestos.

La Ley 201 no se fija sólo en el dato civil de estar casados o no, sino que causaliza el hecho de estar casados, puesto que hace de su crisis matrimonial una causa de ineficacia sobrevenida. Si importa estar casados a los efectos de la Ley 201 es para provocar una ineficacia sobrevenida en el testamento de hermandad que los cónyuges hubieran otorgado.

Esta importancia del matrimonio de los testadores hay que interpretarla en el sentido que el compromiso matrimonial con la vida en común que implica modaliza el testamento de hermandad de manera que no es un testamento de dos o más personas, sino un testamento de casados frente a los restantes testamentos de hermandad, de los no casados entre sí.

Pero, puesto que la influencia que el matrimonio y la vida común matrimonial pueda tener en el consentimiento de los testadores es lo que justifica la regla de la Ley 201.1, nos podemos preguntar si en otros supuestos de vida en común de los testadores, aunque no se encuentren casados, puede tener aplicación la regla de ineficacia. Así, nos encontramos con tres posibles grupos:

a) Los testadores solteros que luego se casan vigente el testamento de hermandad otorgado con anterioridad. Este es el supuesto de los novios que tienen bienes comunes y en previsión del futuro matrimonio otor-

gan testamento de hermandad, en el que se nombran recíprocamente herederos y luego instituyen preventivamente a la descendencia futura y común que puedan tener.

Literalmente no sería de aplicación a este caso la Ley 201.1, puesto que no se trata de un testamento otorgado por marido y mujer. Se podría entender que puesto que los efectos de la ley son negativos deberían ser de aplicación restrictiva y rigurosa y que además siempre rige el principio del *favor testamentii*, por lo cual el posterior matrimonio de los novios testadores no incluye su testamento en el ámbito de la Ley 201.1.

Sin embargo, entiendo que no debe ser así. El testamento de hermandad otorgado por los novios es un testamento otorgado en previsión de un futuro matrimonio. Tan es así, que si no llegara a celebrarse el matrimonio se revocaría el testamento de mutuo acuerdo. El testamento se otorga porque se van a casar y van a vivir en común luego, celebrado el matrimonio, su testamento es como el otorgado por *marido y mujer*. En este sentido puede consultarse a los autores como GARCÍA-GRANERO y HUALDE MANSO, que son de esta opinión, como se ha indicado.

b) El segundo grupo lo constituye los testadores solteros que constituyen una pareja estable y viven en común pero no contraen matrimonio, ni lo piensan contraer. En este supuesto existe vida en común, pero no existe matrimonio ni va a existir. No se puede decir de los testadores que son marido y mujer, sino miembros de una pareja.

Por una parte, existe el mismo sustrato social tenido en cuenta por la norma que es la vida en común. Precisamente la pareja estable tiene vida común y la ley le concede beneficios legales en atención a una situación análoga a la de afectividad conyugal, algo así como si estuvieran casados. En este sentido habría que entender que le es de aplicación la regla de ineficacia en los supuestos de ruptura de la convivencia.

Sin embargo, entiendo que no debe ser de aplicación.

Primero, porque los interesados voluntariamente no quieren estar casados ni ser considerados como cónyuges, es decir, se sitúan fuera de la órbita de aplicación de la norma y esto es tanto como si en su testamento de hermandad hubieran dicho que no quieren que se les aplique lo que la ley dice para los casados.

Segundo, porque la Ley 6/2000, de parejas estables, en su artículo 4.4, para el caso de ruptura de la convivencia sí tiene en cuenta que quedarán revocados los poderes recíprocos que se hubieran otorgado los miembros de la pareja, mientras que nada prevé para el supuesto del testamento de hermandad.

Y tercero, porque la vida en común de una pareja estable no es asimilable a la vida en común de un matrimonio: falta el compromiso legal.

El matrimonio no es solamente vivir en común, es prometerse fidelidad y esta promesa está ausente en la pareja estable.

c) El tercer grupo estaría integrado por los testadores que constituyen una pareja de hecho y aunque tienen vida en común no pueden ser matrimonio ni pareja estable por causa de impedimentos legales. Éstas serían unas situaciones de mero hecho que no tienen ninguna importancia para la norma, toda vez que no pueden ser considerados como cónyuges, ni como pareja estable, ni cabe la analogía legal a su situación. El puro dato fáctico de la convivencia entre los testadores queda relegado a la intimidad de los mismos y no trasciende a los efectos del testamento de hermandad que hubieran otorgado. Por tanto, tampoco a este grupo de testadores les sería aplicable la ineficacia establecida en la Ley 201.1.

d) Al margen de los anteriores supuestos y como curiosidad anecdótica se podría todavía citar el caso de los divorciados que después del mutuo divorcio otorgan testamento de hermandad instituyendo herederos a los hijos comunes. En este caso no se trata ya de marido y mujer, ni tampoco existe vida en común que romper, luego no puede tener aplicación nunca la Ley 201.1.

7. La institución a favor de los hijos

Caben los siguientes supuestos:

a) Institución conjunta de los testadores a favor de todos los hijos comunes. Esta es la cláusula preventiva más común en todos los testamentos de hermandad existentes. La pregunta a responder es la siguiente: ¿por qué se nombra herederos a los hijos comunes? Porque se les nombraría herederos en todo caso o porque los nombra el otro cónyuge.

La tendencia natural a la prole y el cariño natural a la descendencia hacen pensar que la institución a favor de los hijos es siempre natural y no causada. Así se comporta también la ley al establecer el orden de llamamientos a la sucesión intestada y en la determinación de los legitimarios. Esta es la línea argumental seguida por el Auto 1/2002 del TSJN.

Sin embargo, la pregunta a responder debe ser la siguiente ¿por qué se otorga el testamento de hermandad entre los cónyuges? La respuesta no es porque tienen hijos en común, sino porque están casados y tienen una vida en común. En mi opinión, ésta es la respuesta acertada. Y a tal respuesta la consecuencia es que el nombramiento de los hijos es consecuencia del matrimonio de los testadores y no de la filiación. Es algo así

como si uno a otro cónyuge se dijeran entre sí *yo nombro herederos a todos los hijos porque tú también los nombras herederos*.

Por tanto, entiendo que esta cláusula es correspectiva o tiene su causa en la disposición del otro testador y quedará ineficaz en los casos de crisis matrimonial.

b) *Institución conjunta de los testadores pero solamente a favor de algunos de los hijos comunes*. En estos casos queda más patente la causa recíproca entre los testadores para la institución a favor de sólo algunos de los hijos comunes. El que sean algunos y no todos descarta la tendencia natural a la descendencia, mientras que el hecho de que sean los mismos elegidos por ambos consortes refuerza la causalidad recíproca de la institución.

Me parece que en este tipo de cláusulas se manifiesta más claramente que la institución a favor de los hijos no es una institución natural en ningún caso, sino que siempre se encuentra causalizada por el matrimonio previo de los testadores. No cabría decir lo mismo cuando se trate de un testamento abierto, porque de un lado la voluntad testamentaria es individual y no conjunta, pero además la revocación del mismo no tiene ningún requisito especial.

Por tanto, este tipo de cláusulas quedará ineficaz por tener su causa en la disposición del otro testador.

En suma, parece que la intención del legislador al incluir el párrafo primero en la Ley 201 ha sido la de presumir la revocación tácita de un testamento de hermandad otorgado constante matrimonio entre cónyuges que luego se encuentran en alguna causa de crisis matrimonial. De no existir la ineficacia legal el testamento de hermandad de los divorciados seguiría eficaz y debería revocarse conforme a las disposiciones de la Ley 201, es decir, con puesta en conocimiento del otro ex-cónyuge y, en su caso, con publicación de edictos.

La ley presume una voluntad revocatoria en los testadores y se adelanta a la misma provocando una ineficacia. Es una solución como podría haber sido otra solución no haber hecho nada y dejar a la voluntad de los testadores el revocar o no el testamento de hermandad otorgado.

La ineficacia legal se encuentra en consonancia con la revocación legal de los poderes recíprocos entre cónyuges, con el cese de la obligación de convivencia, con la ruptura de una vida en común.

La solución adoptada de ineficacia parcial presenta los inconvenientes de forzar una interpretación de todas y cada una de las cláusulas del testamento de hermandad para calificar su reciprocidad o no. Al margen de casos particulares, entiendo que la cláusula general de institución preventiva a favor de los hijos, incluso cuando sean instituidos todos los hi-

jos, deberá declararse ineficaz como afectada por la correspectividad, quedando, por tanto, los testadores en situación de testadores sin herederos instituidos y sujetos a los llamamientos legales previa la declaración de herederos.

c) Respecto de las demás cláusulas del testamento de hermandad que sean comunes a ambos testadores, siempre surgirá la duda y la cuestión de averiguar si son correspectivas o no. Por ejemplo, si los testadores casados sin hijos instituyen heredera a una fundación de beneficencia y vigente el testamento se divorcian. ¿Habrá que interpretar que la institución trae causa del otro testador o no? ¿Se mantiene la eficacia en todo caso?

Este supuesto es semejante a la institución conjunta a favor de los hijos, pero no de todos, sino sólo de una parte, por cuanto se manifiesta una voluntad común o al menos coincidente de los cónyuges en instituir heredero a los mismos sujetos. Se podría llegar a sostener que la voluntad, siendo coincidente, no es correspectiva. Porque siempre que se decida de la misma manera no tiene por qué entenderse que se decide recíprocamente condicionado. Sin embargo, como todos sabemos, la interpretación de una voluntad jurídica debe atenerse a los actos coetáneos y posteriores y, desde luego, no es indiferente que se encuentren casados o no los que testan de la misma forma y a favor de los mismos beneficiarios.

A salvo de la manifestación de voluntad en contrario, entiendo que habrá que presumir que la cláusula conjunta ordenada por marido y mujer a favor de las mismas personas o de la misma institución es siempre correspectiva y, en consecuencia, quedará ineficaz en los casos de crisis matrimonial.

d) ¿Deberán otorgar un nuevo testamento, incluso de hermandad, los ya divorciados para mantener su voluntad? Desde luego que sí. Esta es la solución de perplejidad a que nos lleva la aplicación de la Ley 201.1, que los divorciados que quieran seguir instituyendo herederos a todos sus hijos y en partes iguales deberán volver a otorgar testamento, individual o hasta mancomunado de hermandad para salvar la eficacia de una cláusula conjunta declarada ineficaz por la ley. Quedará a salvo siempre la manifestación en contrario en el testamento de hermandad de los casados, aunque quizá sea una cautela poco elegante que en un acto de última voluntad se prevea la crisis matrimonial de los que quieren testar en común.

e) En suma, ante las dudas y dificultades de interpretación que ofrece la norma, entiendo que por motivos de seguridad jurídica lo más prudente es calificar siempre como correspectiva cualquier cláusula que sea

común, de manera que deberá declararse ineficaz y para asegurar la eficacia de la voluntad testamentaria de los testadores lo más seguro será recomendarles que otorguen un nuevo testamento individual o de hermandad en la nueva situación civil en que se encuentren.

8. Recapitulación final

Como conclusiones de todo lo expuesto se puede afirmar lo siguiente:

1. El párrafo primero de la Ley 201 está vigente y es aplicable. Es más, se trata de una regla de derecho necesario que por imperativo legal declara la ineficacia de determinadas cláusulas testamentarias. No se puede obviar y, por tanto, se debe realizar el esfuerzo de aplicarlo correctamente, puesto que no se pueden ignorar sus efectos.

2. Cuando el testamento de hermandad se otorga por cónyuges, a la causa propia del testamento de hermandad que es testar en común se superpone la causa de mantener vida en común matrimonial entre los testadores, de manera que se puede afirmar que se otorga testamento de hermandad porque se está casado con el otro testador.

3. Toda cláusula testamentaria que sea común a los dos testadores se debe reputar como correspectiva o que trae causa de la disposición del otro. El testamento de hermandad puede contener cláusulas comunes o particulares de uno solo de los testadores. Teniendo en cuenta que los testadores son cónyuges y que como causa superpuesta de su testamento se encuentra la convivencia en común, se debe interpretar que toda cláusula de su testamento de hermandad que sea común a los dos testadores se encuentra causalizada por la vida en común, y que al decaer la vida en común también debe decaer la eficacia de la cláusula común.

4. Cuando se trata de la institución conjunta de herederos a favor de los hijos comunes de los testadores no se debe interpretar como “yo nombro herederos a mis hijos aunque tú no nombres herederos a mis hijos”, sino que se debe entender así “yo nombro herederos a todos mis hijos porque tú nombras herederos a todos mis hijos”. No se resalta la institución natural a favor de la descendencia, sino la institución recíproca común a favor de los herederos.

5. Si el testamento de hermandad ha sido otorgado por cónyuges, la posterior sentencia de nulidad, separación o divorcio produce la inefica-

cia de todas las cláusulas del testamento que tengan como beneficiario al otro cónyuge y además la de todas aquellas que sean comunes. Solamente mantendrán su eficacia las cláusulas particulares de cada cónyuge que pudieran existir.

6. Los que al tiempo de otorgar testamento de hermandad se encuentren solteros pero tengan intención de contraer matrimonio y así lo hagan con posterioridad, les será de aplicación la Ley 201.1 en analogía con los casados, puesto que se puede entender que el testamento de hermandad se otorgó en previsión del futuro matrimonio y para la situación de convivencia marital.

7. Los que al tiempo de otorgar testamento de hermandad se encuentren solteros pero constituyan una pareja estable y no tengan intención de contraer matrimonio, no les será de aplicación la ineficacia sobrevenida establecida por la Ley 201.1, de manera que en los supuestos de cese de la convivencia o ruptura de la pareja será necesaria la revocación expresa del testamento de hermandad vigente en cualquiera de las maneras previstas en el Fuero Nuevo, con la consiguiente puesta en conocimiento del otro cotestador en su caso.

Bibliografía

1. HUALDE MANSO, Teresa: "Comentario a la Ley 201", en *Comentarios al Fuero Nuevo*, Enrique RUBIO TORRANO (director), ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 588 y ss.
2. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel ALBALADEJO (director), tomo XXXVII, volumen 1.º, Ed. Edersa, 1998, pp. 509 y ss. y pp. 769 y ss.
3. LÓPEZ SUÁREZ, Marcos: *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 47.
4. MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel-Ángel: *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado y Colegio Notarial de La Coruña, Madrid, 1996, pp. 123 y ss.
5. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: "Notas sobre la sucesión *mortis causa* en la Ley Foral 5/1987, de 1.º de abril", en *Revista Jurídica de Navarra*, número 6, volumen II, pp. 63 y ss.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS INDEMNIZACIONES ENTRE CÓNYUGES (Y EX CÓNYUGES)

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho.

*Miembro de la Asociación Española
de Abogados de Familia*

Introducción al tema

El Derecho de Familia plantea numerosas cuestiones y conflictos y, en definitiva, una extensa problemática que se agudiza, últimamente, por lo que respecta a algunos temas, entre ellos, no cabe duda, se encuentra el relativo a las posibles indemnizaciones por daños morales causados por un cónyuge (o ex cónyuge) a otro.

El tema que va a ser objeto de atención y análisis en este artículo es el referido a determinar –e intentar, por fin, establecer– si entre cónyuges –o ex cónyuges– se van a aplicar –y pueden aplicarse– las mismas reglas que en los daños ocasionados a extraños, o bien se tipifican determinados daños, excluyéndose, sin embargo, todos los que no se encuentren en la lista.

Sobre este aspecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el artículo 1.902 de nuestro Código Civil no contiene ninguna excepción que

le impida ser aplicado a cualquier persona que haya ocasionado un daño, un perjuicio y, por supuesto, con mayor razón aún, si cabe, va a suceder en el marco de la responsabilidad civil producida como consecuencia de un delito.

En segundo lugar, hay que resaltar que la tendencia, parece que, hasta cierto punto, natural y lógica, es la de evitar reclamaciones entre parientes, sobre todo en lo referente a daños patrimoniales, estableciendo, en cambio, una serie de supuestos en los que la propia Ley será la que prevea la reclamación pertinente.

Sobre este tema, controvertido, complejo y delicado, va a girar este trabajo, centrándome en el análisis y estudio de una interesante sentencia dictada hace relativamente poco tiempo.

El problema de la indemnización por daños morales entre cónyuges (y ex cónyuges): referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007

Tal como ha expresado Encarna ROCA TRÍAS (1), desde el punto de vista histórico, en otras latitudes distintas a la nuestra, han tenido bastante claro que no existía responsabilidad civil en el marco del Derecho de Familia, pero ello por razones que, a juicio de esta jurista, no dejan de resultar curiosas, al estar acostumbrada al razonamiento neutro de los países latinos. En este sentido, los anglosajones se ocuparon de argumentar por qué los daños entre cónyuges no existían, a partir del texto del Génesis 2.24, entendiéndose que el principal efecto del matrimonio, en el *Common Law*, era la fusión de las personalidades del hombre y de la mujer, con la pérdida por ésta de su propia personalidad. A partir de aquí, todos los autores citan un texto del conocido jurista del siglo XVII, inglés, BLACKSTONE, que, traducido, viene a decir lo siguiente: *“Por el matrimonio, el marido y la mujer son una única persona en el derecho. Así, el ser o la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio o, al menos, se incorpora y consolida en el del marido; bajo su ala, su protección y su cobertura, ella lo realiza todo y, por tanto, es llamada en nuestro derecho femina viro co-operta...; y su condición durante el matrimonio es llamada su cobertura. De la aplicación de dicho principio de la unión de las personas del marido y la mujer, dependen casi todos los derechos lega-*

(1) ROCA I TRÍAS, Encarna: “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ), Ediciones Dykinson, Madrid, 2000.

les, deberes e incompatibilidades que cada uno de ellos adquiere durante el matrimonio" (2).

El Derecho anglosajón se refiere al *consortium*, como efecto principal del matrimonio, aunque, en la actualidad, se le atribuyen efectos distintos y muy menores a los que las palabras de BLACKSTONE hacen referencia.

Según PROSSER (3), cualquier acción entre marido y mujer encontraría al principio la doctrina del *Common Law* acerca de la identidad entre ambos. Esta doctrina –tan obsoleta, a mi juicio, cuanto machista y negadora, abiertamente, de la personalidad propia de la mujer– estaba basada en la posición del padre de familia romana y del concepto de la familia como una unidad informal de gobierno que tiene como cabeza visible a la persona más fuerte (¿?), o la propiedad feudal. Por ello, en el *Common Law* no existían "torts" entre marido y mujer, tal como el citado autor concluye.

En definitiva, se establecía que ningún cónyuge podía interponer una acción contra el otro, por un "tort" personal u ocasionado a su propiedad (patrimonio), tanto si se hubiera cometido antes como durante el matrimonio. Esta acción se entendió que tampoco podía interponerse después del divorcio. Tengamos en cuenta que el divorcio llegó al Derecho inglés después que se hubiesen establecido estas reglas. La esposa recibía una protección limitada de acuerdo con las reglas del Derecho penal, que no admitió, en todo caso, la teoría de la identidad de la personalidad, excepto en aquellos delitos relativos a la propiedad y que algunos "torts" cometidos entre marido y mujer fueron considerados como causas para accionar la separación o el divorcio.

La situación histórica, no obstante, por lo que respecta al Derecho anglosajón, se modificó bastante en el año 1910, cuando el juez Harlan, en Estados Unidos, rechazó los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer. En la actualidad, la Married Women's Act admite la acción contra el otro cónyuge por los "torts" causados, sea intencionalmente o por culpa.

En Inglaterra ha ocurrido algo similar, porque la regla que establecía que no existían daños entre cónyuges –con lo cual se rechazaba, de plano, una posible reclamación e indemnización por los posibles daños sufridos– fue cayendo en desuso, siendo, al fin, derogada por la Law Reform (Husband and Wife), de 1962, que reconoció a cada cónyuge legitimación para interponer acciones contra el otro como si no hubieran estado casados.

Hay que resaltar que, en el marco de las relaciones paternofiliales, la situación no era la misma que ha quedado descrita, ya que, desde anti-

(2) PROSSER: *Handbook of the law of torts*, Saint Paul, Minnesota West Publishing, 1971.

(3) Ídem: *ibídem*.

guo, se admitió la existencia de la personalidad independiente de los hijos, legitimados, por tanto, para adquirir los beneficios de su propiedad, entre los que se incluían las reclamaciones derivadas de daños causados por sus progenitores.

En nuestro país no se ha discutido este tema, porque, en realidad, nunca ha habido polémica, hasta ahora, sobre el mismo y no han existido doctrinas que pusieran de relieve los factores más interesantes a tener en cuenta.

Últimamente ha habido algunas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, y alguna del Tribunal Supremo, sobre esta cuestión. Voy a destacar ahora la Sentencia, reciente, de la Audiencia Provincial de Valencia dictada el 5 de septiembre de 2007, que, por su enorme interés e importancia, transcribo a continuación.

En los Antecedentes de Hecho, se pone de manifiesto que se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, con el Fallo siguiente: estimar parcialmente la demanda interpuesta, condenando al demandado a hacer pago al demandante de la suma de 100.000 euros (con los intereses legales correspondientes). Se le absolvía de los demás pedidos deducidos en su contra.

Contra esta Sentencia antedicha se interpuso, por la representación de la parte demandada, recurso de apelación.

El recurso se formula por la parte demandada contra la Sentencia que, en parte, estimó la demanda de juicio ordinario instada en reclamación de cantidad por los daños morales, derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que el último hijo que tuvo constante matrimonio no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste.

El recurso se funda en que tal resolución incurrió en una errónea valoración de las pruebas y en la aplicación del Derecho, razonando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime en la no concesión de indemnización alguna derivada de la infidelidad conyugal, ni por la vía del artículo 1.902 del Código Civil, regulador de la responsabilidad extracontractual, ni tampoco por la vía del artículo 1.101 del citado *corpus* legal, regulador de la responsabilidad contractual.

Razona la recurrente que, aun de aplicar estas normas citadas, por su parte no existió ni dolo ni la negligencia que exigen, al no haber conocimiento ni ocultación de la no paternidad de su esposo en relación con su tercer hijo hasta que, en febrero de 2005, se manifestaron las dudas por su esposo en el transcurso del proceso de separación instado tras el verano del 2004 y, a instancias del esposo, se hicieron las pruebas biológicas que así lo confirmaron, siendo los únicos que alegaron ese conocimiento previo los testigos tachados por su parte.

No se probó, por las periciales médicas de contrario, que la depresión, ansiedad y demás enfermedades físicas en las que se basa la indemnización objeto de la demanda, sean por el hecho citado –el desconocimiento de no ser el progenitor del que pensaba era su hijo–, ni su existencia, al no haber habido baja laboral y, en todo caso, la Sentencia afirma que la suma solicitada era desproporcionada.

Centrémonos ahora en los Hechos, que son realmente interesantes a la hora de hacer una crítica y valoración de la *litis*.

La demandada contrajo matrimonio con el actor y tuvo su tercer hijo el 18 de febrero de 2004, fruto de las relaciones extramatrimoniales que mantuvo con D., pero inscribió al hijo en el Registro Civil como hijo de su esposo.

La situación matrimonial de los cónyuges –hoy, partes en el proceso–, ya antes del embarazo estaba deteriorada, yendo a peor por las sospechas del actor de esas relaciones y de sus dudas sobre esa paternidad. Los cónyuges, efectivamente, habían pasado el verano del 2004 separados y el proceso de separación judicial se había instado por la esposa, suscribiéndose escritura pública de compraventa de la vivienda conyugal.

El padre biológico del tercer hijo no negó su relación con la demandada, sino que incluso manifestó su deseo de vivir con ella.

La Sentencia de separación se dictó el 4 de febrero de 2005 y, en este proceso, ya el actor manifestó sus dudas sobre su paternidad sobre el tercer hijo, pese a lo cual se fijaron alimentos a favor del mismo, habiendo instando las pruebas de paternidad correspondientes en el mes de enero anterior, a raíz de cuyo resultado negativo y de la Sentencia dictada el 23 de noviembre de 2005 en otro proceso de impugnación de la paternidad, al que la demandada se allanó, se le devolvieron aquéllos.

En diciembre de 2004 el actor siguió tratamiento psicológico por ansiedad, depresión, trastornos del sueño, cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades, patologías que requirieron de tratamiento con diversos fármacos (Tranquimazin, Atarax y Omeprazol). Estas patologías persistieron como tales durante el siguiente año y el inicio del 2006, con altibajos de mejoría y empeoramiento y derivadas, según informes de los peritos, como también ratificaron en sus declaraciones, con examen del paciente frente al aportado de contrario que no lo hizo y las niega, del duelo de pérdida de un hijo, duelo del que nunca se recuperará del todo, por las dudas previas al respecto de su paternidad y por la ruptura matrimonial, aunque por ellas no haya estado de baja laboral.

La Audiencia se remite, llegados a este punto, al criterio de la Sentencia de 2 de noviembre de 2004, citada en la demanda y dictada en un supuesto similar, en el sentido de afirmar claramente que la infidelidad conyugal no es indemnizable, pero sí que lo es la procreación de un hijo

extramatrimonial con ocultación de esta circunstancia al otro cónyuge –al presunto progenitor–. En este sentido, distingue la Audiencia diversos factores a tener en consideración: el primero de estos factores es la infidelidad conyugal, respecto de la que hay que acoger, en plenitud, los razonamientos de la Sentencia de Instancia y, ya en concreto, acoger la doctrina emanada de las Sentencias –cruciales en este extremo– del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que se tuvo en cuenta que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro –en este supuesto, de la esposa– no era susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal.

El segundo factor está referido a la procreación de los hijos, tres hijos. En este extremo, la Sentencia comparte el criterio del Juzgador de Instancia en relación con la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, no estimando que actuaran de forma dolosa o intencional para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos.

La esposa invocó que usaban anticonceptivos y desconocían su ineficacia. Este extremo es rechazado por la Sala, porque el primero de los hijos que concibieron la esposa sabía que no era del marido y que, en consecuencia, los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros.

La tercera faceta está referida a la ocultación al esposo de la paternidad y la atribución de ésta al amante de la esposa. La Sala estimó que la conducta de los demandados era dolosa, suponiendo incluso un plus en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado, citando en este punto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2002.

Cita la Sala una Sentencia muy importante, la primera de las que abren el precedente jurisprudencial, que es la dictada por nuestro Tribunal Supremo el 22 de julio de 1999, interpretándola a *sensu contrario*, afirmando que “no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la esposa, lo que permite concluir que sí sería aplicable el artículo 1.902 del Código Civil, y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa.”

Progresivamente, en efecto, pero tímidamente también y, quizá con ciertas cautelas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido estableciendo unas excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales y, entre tales excepciones, se pueden destacar la exclusión de los daños dolosos.

En este sentido, cabe aludir al Tribunal Supremo de Alemania, que reconoció, excepcionalmente, el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños contra *bonos mores*, siempre que el adulterio fuera acom-

pañado de una intención cualificada de causar daño, como en el supuesto en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a la reparación del daño causado.

La Sentencia, en relación con el supuesto planteado, estimó que, si bien los demandados no buscaron la procreación a propósito de los tres hijos habidos, pero sí conocieron, desde el primer momento, que los mismos eran hijos no del esposo de la demandada, sino de su amante. Esta conclusión lleva a considerar las actuaciones subsiguientes de la esposa. La primera actuación, además de la ocultación de la paternidad, fue la de permitir que los hijos se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, es decir, hijos del matrimonio, y que pasaran a formar parte de la familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitió con los tres hijos habidos y que mantuvo desde 1999 hasta octubre de 2002. En este actuar consciente de la esposa –respaldada por el padre biológico de los hijos– es donde radica el dolo de los demandados, que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el esposo de la demandada –presunto progenitor de los mismos– el propio de una relación paternofilial y, por tanto, un daño moral que ha de ser resarcido.

La esposa demandada y su amante alegaron que, desde un punto de vista meramente formal y objetivo, tan sólo se había destruido la presunción de paternidad, o la apariencia de esa paternidad biológica, pudiendo subsistir la afectiva. Pero no se puede prescindir, ni mucho menos, del normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, ni, como mera hipótesis, podría sostenerse que se pudieran mantener, sin alteración alguna, las relaciones del presunto padre –que no lo es– con los menores. La realidad, por el contrario, lleva a una conclusión opuesta.

Un factor a tener en cuenta, asimismo, es el relativo al impacto emocional en los hijos menores de edad, impacto que ha generado la situación citada, por lo que, sólo hipotéticamente, podría sostenerse que se mantuvieran, sin alteración alguna, las relaciones del presunto padre –que no lo es– con aquéllos.

La Sala estima que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción del hijo y dolosa, además, en su ocultación al actor. El posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido, estimándose adecuado valorar el daño moral que ha sufrido, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede enmarcarse en dicho concepto de daño moral.

A mi juicio, no cabe dudar del alcance de ese daño moral sufrido por el que creía ser padre biológico, pero no lo era, de ese menor de edad, al que trató y educó, formó y alimentó como si fuera suyo.

Hubo negligencia en la procreación de hijos por parte de la demandada –madre del mismo– y dolo al ocultar al actor, y entonces esposo, su no paternidad, lo que conocía, según los citados testimonios, y, sobre todo, al permitir ese conocimiento, inscribiéndole como propio en el Registro, fijándole alimentos en la tramitación de la separación matrimonial, tanto en primera como en segunda instancia, y pese a que el esposo había tramitado un proceso de impugnación de la paternidad.

A la vista de todo ello, procede, a mi juicio, la indemnización al ex esposo y presunto padre, y, desde luego, por el concepto de daños morales sufridos como consecuencia de una situación tan engañosa para él.

La Sentencia se refiere a la dictada por el Tribunal Supremo en fecha 2 de noviembre de 2004, que señaló: “... estimamos adecuado realizar un examen sobre la consideración del daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede encuadrarse en dicho concepto. Sobre esta materia consideramos necesario hacer hincapié en la doctrina emanada del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, en la que se indica: «Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1.107 impone el resarcimiento de ‘todos’ y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo –que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil– la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido...»”.

En este punto, la Sentencia cita, a su vez, las Sentencias de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000. Lo que se trata, en definitiva, no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino contribuir, de alguna manera, a paliar o sobrellevar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por la actuación injusta, abusiva o ilegal de otra, en este supuesto del cónyuge y del amante de éste.

La Sentencia de 22 de febrero de 2001 analizó el daño moral afirmando que éste se sustantiviza para referirlo al dolor inferido, sufrimiento, desazón, tristeza e inquietud que afecta a la persona que los padece.

En el mismo sentido, explica la citada Sentencia que integra el daño moral cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre, que se dan entre personas allegadas, fundamentalmente, por vínculos parentales, cuando, a consecuencia del hecho ilícito, se ve una de ellas privada temporal o definitivamente de

la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones o por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa, y demás parientes, o, a veces, incluso por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudoparentales.

Me interesa destacar ahora un aspecto que estimo que no ha sido debidamente estudiado hasta ahora por nuestra doctrina: es el referido a los daños morales que sufren los menores de edad en el supuesto que venimos analizando, es decir, cuando no sólo el que era tenido como progenitor o padre biológico descubre que no lo es y, a un tiempo, los menores descubren que la persona que ellos creían que era su padre no lo es. Es decir, desde mi punto de vista, el Ordenamiento Jurídico se enfrenta aquí, en estos supuestos, con dos daños diferentes: el daño sufrido por el que se creía progenitor, y no lo es, y el daño sufrido por los menores, que se creían hijos de la persona que, como tal, era tenida, porque les crió, cuidó y educó, además de alimentarles. Son dos tipos de daños muy diferenciados, pero, al fin y al cabo, son daños morales que han de ser indemnizados. El hijo o hijos menores ha/han sufrido un engaño también y, aunque nunca se dice nada a este respecto, me parece obvio que la existencia de ese daño moral es indiscutible. ¿Cómo se indemnizaría el daño al hijo o hijos? Creo que es ésta una cuestión muy interesante y a la que el Derecho aún no ha dado respuesta.

En el supuesto resuelto por la Sentencia que estoy analizando se estimó, efectivamente, que había quedado probado fehacientemente, a través, asimismo, de los Informes oportunos, el padecimiento que el demandante había sufrido, como consecuencia del conocimiento de la no paternidad de los tres menores a los que él creía sus hijos y, como tales, les trataba, y la pérdida de su contacto y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, lo cual, según Informe de los facultativos que depusieron, generó un sufrimiento que puede incluso ser superior al de la muerte de los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida.

El daño moral, que genera una indemnización, ha de ser probado por quien lo reclama y ello *por mor* del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, cuando emane de un daño material, según estableció la Sentencia de 19 de octubre de 1996, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa*

loquitur (la cosa habla por sí misma), o cuando se dé una situación de notoriedad, según las Sentencias de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000. En estos últimos supuestos enunciados no será exigible una concreta actividad probatoria.

En el supuesto concreto objeto de estudio, los trastornos físicos y psíquicos que el actor padeció no le produjeron baja laboral, pero pudieron obedecer no sólo al duelo de pérdida de un hijo –yo diría mejor a la ausencia de ese duelo, precisamente–, de lo que nunca se recuperará, sino a otros factores, como el cambio de su cargo político como concejal a profesor de secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa, y todo ello enmarcado en el ámbito de sus fuerte creencias religiosas. Su situación depresiva derivó del dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón e inquietud, todo ello le ocasionó, no cabe ninguna duda, un daño moral, notorio, desde luego, que hay que resarcir.

La Sentencia, no obstante, redujo significativamente la cuantía de la indemnización solicitada, en aras del escaso tiempo de convivencia del actor con el menor y su convicción, desde prácticamente el nacimiento, de que no era hijo biológico suyo, y la no excesiva duración de todo el proceso que tuvo lugar hasta que, por fin, tuvo la certeza de ello. El menor nació en febrero de 2004 y un año más tarde el actor supo que no era su hijo biológico.

Examinada esta Sentencia, voy a considerar ahora la doctrina y la jurisprudencia mantenida en nuestro país en relación con este controvertido y delicado tema.

Como ya sabemos, fueron dos Sentencias, las dos resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo, en fechas cronológicamente casi idénticas, 22 y 30 de julio de 1999, las que situaron esta problemática en el punto de mira. En ambos casos, efectivamente, se trataba de maridos que habían tenido hijos de su matrimonio, se habían separado, con posterior nulidad o divorcio; después de la solución de la crisis matrimonial, descubren, al haber interpuesto sendas impugnaciones exitosas de la paternidad, que uno de los hijos del matrimonio no es su hijo biológico.

Hay que tener en cuenta, como no podía ser menos, que los frustrados padres habían contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, entre las que se encontraban los alimentos pagados no sólo mientras duró la convivencia, sino incluso después de la separación, a personas –menores– que no eran hijos suyos biológicos. Ambos maridos, en sus respectivas demandas, habían solicitado la indemnización correspondiente.

En la Sentencia de 22 de julio de 1999, el demandante alegaba que el pago de las pensiones alimenticias efectuado a quien resultó no ser su hijo biológico había enriquecido el patrimonio de la madre, porque, de no ha-

ber sido considerado como hijo matrimonial, hubiera sido la progenitora la persona que debería haber pagado las cantidades correspondientes, añadiéndose a esto el daño moral sufrido por el demandante, al creerse padre biológico de un hijo que no lo era.

La Sentencia argumentó negativamente en lo que respecta al derecho pretendido por el demandante a la indemnización, pero se basó en cuestiones de hecho: la primera cuestión, que la esposa tampoco conoció, hasta que se interpuso la reclamación, que el hijo no era de su marido. De ahí concluyó en que no se estaba ante una situación dolosa que le obligara a indemnizar, por lo que el Tribunal Supremo concluyó afirmando que “los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1.902 del Texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esta aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como queda razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento de la señora C.”.

No tuvo en cuenta este razonamiento que el artículo 1.902 del Código Civil se refiere “al que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Que la esposa incurrió, en este supuesto, en culpa o, al menos, en negligencia, parece evidente.

La otra Sentencia, dictada el 30 de julio de 1999, se fundamentó en unos hechos semejantes, aunque no exactamente coincidentes. En este supuesto, la esposa fue la que impugnó la paternidad de los dos hijos del matrimonio, después de haberse producido la crisis matrimonial, declarándose progenitor de los menores a un tercero. El marido interpuso una demanda en concepto de daños patrimoniales y morales, argumentando, en el recurso de casación, que la violación del deber de fidelidad comportaba un resarcimiento y, como este deber es una consecuencia del contrato matrimonial, debería aplicarse el artículo 1.101 del Código Civil. Esta vez se reclamaba una indemnización en función de una responsabilidad contractual –y no extracontractual, como en la Sentencia anteriormente citada.

El Tribunal Supremo, en esta ocasión, se pronunció de forma contundente: “Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en el artículo 82, pero sin

asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo, es posible comprenderlos dentro del caso de la pensión compensatoria... e igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen contractuales estos deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario obligaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

Como ha puesto de relieve Encarna ROCA I TRÍAS (4), las dos sentencias del Supremo tienen unas características comunes, pero también unas notables discrepancias.

En la primera Sentencia, el argumento que sirvió para construir el recurso de casación fue la mala fe de la esposa, que no quedó suficientemente probada, rechazándose, en función de ello, la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con la obligación de reparar el daño causado (al esposo y no progenitor). Sin embargo, hay que recordar que el citado precepto civilista no exige el dolo para la imposición de la obligación indemnizatoria. Ni tan sólo la culpa se considera un elemento esencial para imponer al causante del daño dicha obligación de reparar, en cuanto la culpa se configura como título de imputación.

El argumento del Tribunal Supremo, al excluir el resarcimiento por la no concurrencia de dolo, es ciertamente débil, a no ser, como afirma esta jurista, que hubiera considerado que, teniendo en cuenta que el supuesto por el que se reclamaba la indemnización quedaba inserto en las relaciones familiares a las que no se aplica, sin más, el artículo 1.902 del Código Civil, lo que hubiera requerido de un plus, como el dolo. El argumento, en cualquier caso, hubiera sido discutible, si bien tendría un peso mayor.

El argumento, por su parte, de la segunda Sentencia citada, se ajusta plenamente al marco en el que se desenvuelven las relaciones familiares. El Tribunal Supremo separa claramente determinados incumplimientos de los deberes del matrimonio, como el deber de fidelidad, por ejemplo, de la indemnización propiamente dicha. Es decir, el incumplimiento del deber de fidelidad de uno de los cónyuges no va a constituir un supuesto de responsabilidad contractual, según el recurso de casación. Antes, la transgresión de este deber de fidelidad era causa de separación conyugal; hoy en día, el elenco de causales desapareció de nuestro Código Civil (en el año 2005).

Desde mi punto de vista, estas dos últimas sentencias citadas ponen de manifiesto, con bastante claridad, que nuestra jurisprudencia temía que se produjera un desbordamiento de reclamaciones indemnizatorias por parte de uno de los esposos, dentro del marco de la relación familiar. De

(4) ROCA I TRÍAS, Encarna: obra citada en nota 1.

ahí que, ante este temor, ciertamente justificado, se dictaran estas dos resoluciones, denegatoria, la primera, de la responsabilidad en función de la no existencia de dolo en la esposa demandada, y, por lo que respecta a la segunda resolución, denegatoria también, pero en base al rechazo del artículo 1.101 de nuestro Código Civil en el seno de las relaciones entre cónyuges (o ex cónyuges).

Es decir, ambas sentencias llegan a similares conclusiones, pero circulando por razonamientos diversos. Son, en definitiva, sentencias duras para los intereses del recurrente, pero espero que, de cara al futuro próximo, nuestra jurisprudencia y, a un tiempo, nuestra doctrina más autorizada, vayan reconociendo que es justo indemnizar a uno de los cónyuges –o ex cónyuges– cuando, en la creencia, errónea, de que un hijo –o hijos– era suyo, ha contribuido a su sustento, educación y formación integral.

No hay que recurrir, como ya ha quedado analizado, a la invocación de la mala fe de uno de los cónyuges. Tampoco es preciso invocar el artículo 1.101 del Código Civil.

Estimo que basta con la concreción de unos gastos realizados en aras de la alimentación, educación y formación del menor (o menores), en aras de una paternidad biológica que, en definitiva, no es tal, al ser otra persona el padre biológico. Hay que tener en cuenta que las relaciones familiares no tienen por qué ser causa de impunidad.

EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA (II) (*)

AGUSTÍN ROMERO PAREJA

*Doctor en Derecho,
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 1. EL PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. 2. LA ELECCIÓN DEL SEXO DE LOS HIJOS.

1. El principio de veracidad biológica y la investigación de la paternidad

El acceso al conocimiento de la auténtica y verdadera identidad de las personas es un proceso que se desarrolla y regula por medio del mencionado “*principio de veracidad biológica*”, acogido expresamente en los países anglosajones, en Alemania (1), en la Constitución de Suiza y en nuestro

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en la *Revista Jurídica del Notariado* número 63, julio-septiembre 2007, pp. 283-313.

(1) Artículos 1.1 y 2.1 en relación con el artículo 93.1.4 *Ley Fundamental de Bonn*, y artículo 13.Nr.8.a) y 90 y concordantes de la *Ley del Tribunal Constitucional*; de forma que es un derecho conocer el propio origen biológico como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Y es susceptible de recurso de amparo.

ordenamiento jurídico (2). En efecto, la Constitución de *Suiza* [art. 119.2 g)], tras la aprobación en referéndum el 18 de abril de 1999, ha establecido el conocimiento del propio origen biológico como un verdadero y protegido *derecho*. Por su parte, en *Alemania*, “la doctrina se ha inclinado tradicionalmente por admitir un derecho a conocer la propia filiación biológica (3), como un derecho de la personalidad con base en la intangibilidad de la dignidad humana y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad” (4). En los *Países Bajos*, resulta capital la sentencia de su Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994 (*sentencia Valkenhorst*), donde se aceptó el derecho del niño a su personalidad, que comprende, entre otros, el derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos. Por su parte, *Francia* promulgó la Ley número 1993, 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas, por la que se crea un Consejo Nacional para la Búsqueda de los Orígenes Personales.

En defensa de este principio también existe numerosa doctrina jurisprudencial del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (TEDH). Entre otras, cabe citar los asuntos *Marckx, Gaskin* (5), *Bensaid, Mikulik* y la más reciente sentencia de 20 de febrero de 2003, dictada en el asunto

(2) Es en sede de adopción donde más claramente se puede plantear el problema de la prevalencia entre filiación biológica o filiación jurídica. En este sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 1994 afirmaba categóricamente que: “La adopción no supone que desaparezca jurídicamente la situación anterior del adoptado, ni menos la falsedad de que el hijo adoptivo sea hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes; sin perjuicio de que a partir de la adopción el adoptado reciba en principio el mismo trato que los hijos por naturaleza conforme al artículo 108 del CC. Por esto, cuando se inscribe una adopción se respetan los datos anteriores del nacido y se practica la oportuna inscripción marginal”. Y continúa afirmando la citada resolución que “La importancia de que no se cancelen las menciones anteriores del nacido está en armonía con el derecho de éste, que no debe ser obstaculizado, a **conocer sus orígenes**”. (FELIU REY, Manuel Ignacio: “El derecho del neonato a la «inequívoca identificación». La responsabilidad de la administración y personal sanitario”, *Diario La Ley*, 16 de noviembre de 2005, núm. 6360.)

(3) También la jurisprudencia admite este derecho, en este sentido baste citar la *Sentencia de 31 de enero de 1989 del Tribunal Constitucional federal*.

(4) QUESADA GONZÁLEZ, C.: “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1994. En igual sentido, MAGALDI, N.: *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004.

(5) La sentencia del **Tribunal Internacional de Derechos Humanos**, 7 de junio de 1989 (caso *Gaskin contra Reino Unido*), afirma que el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad. Sobre las SSTEDH asuntos *Marckx* y *Gaskin*, véase SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: “Derecho a la identidad”, *Actualidad Civil*, número 45, 1999, 6 a 12 de diciembre. También propone dicho autor alguna reflexión de interés en “La protección de los derechos del niño en el Registro Civil”, publicado en el libro *Detección del riesgo social de la embarazada y prevención del maltrato infantil*, Madrid, ed. Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Servicios Sociales de la CAM, 1999.

Odièvre (6). En cualquier caso, la sentencia *Marckx* “ha sido considerada, por los principios interpretativos del Convenio que en ella se establecen, una de las más importantes dentro de la jurisprudencia europea” (7). De hecho, a raíz de la sentencia del asunto *Marckx*, Bélgica modificó su Código Civil. Y es que, como señala el propio TEDH en su fundamento jurídico 28 *in fine*, “es en la imposibilidad de acceder a sus orígenes y a los datos identificativos de éstos en los que la demandante basa, en nombre de la verdad biológica, su reivindicación de **conocer su historia personal**” (8).

Una vez analizadas, aunque brevemente, la doctrina del TEDH y el estado de la cuestión en el Derecho Comparado, conviene continuar con la exposición en relación al **Derecho español** (9). En este sentido, los artículos 10.1.º, 15, 18, 20.4.º y 39.2.º de nuestra Constitución enmarcan la

(6) En su fundamento jurídico 29, la STEDH, asunto *Odièvre*, afirma que: “El Tribunal recuerda a este respecto que «el artículo 8 protege el derecho a la identidad, al desarrollo personal y a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior [...]. La protección de la estabilidad mental es una condición previa ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada» (sentencia *Bensaid contra Reino Unido*, núm. 44599/1998, 6 de febrero de 2001)”. Dentro de este desarrollo figuran el establecimiento de los detalles de su identidad de ser humano y el interés vital, protegido por el Convenio, en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el de la **identidad de sus progenitores** (sentencia *Mikulic contra Croacia*, núm. 53176/1999, 7 de febrero de 2002).

(7) CENEN, M., y MARTÍNEZ FIGUERAS, A.: “Comentario a la sentencia *Marckx*”, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983-31, p. 1441. En igual sentido, MAGALDI, N.: *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 34.

(8) En el fundamento jurídico 44 de la Sentencia asunto *Marckx*, siguiendo la sentencia *Mikulic*, se afirma que “... el derecho al conocimiento de sus **orígenes** encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de la vida privada. El interés vital del menor en su desarrollo es también ampliamente reconocido en la economía general del Convenio (con mención a la sentencia *Johansen contra Noruega*, 7 de agosto de 1996)”.

(9) Aunque es un tema que no vamos a tratar directamente, sí queremos hacer constar que la evolución actual del concepto de familia hace que los nuevos modelos familiares y, por tanto, la idea sobre la planificación familiar sea variable. Al respecto, nos remitimos a lo que expusimos en el *Diario La Ley*, de fecha 9 de abril de 2003, número 5757, sobre *uniones familiares no matrimoniales*, especialmente pp. 1 y 2. Véase también ROCA Y TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999. Igualmente, GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, RDP, 2003, pp. 147-165; y dos trabajos de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: “Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, pp. 4915-4954, y “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho”, *Revista de Derecho comparado* 2004, número 9, Derecho de Familia-I, pp. 89-120. También, desde este planteamiento general de evolución de los tipos familiares, véase VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales”, *Diario La Ley*, 20 de diciembre de 2005, número 6382. En la doctrina italiana, véase SCALISI, A.: “La famiglia nella cultura del nostro tempo”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXI, aprile-settembre 2002, pp. 701-724, y M. FORTINO: *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Giuffrè Editore, 2.ª edizione, Milano, 2004, especialmente pp. 3-46.

primera aproximación al derecho a la veracidad biológica, que encuentra amparo en estos artículos por las vinculaciones que contienen con la *protección de la integridad física y moral, la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad* (10).

Así, la STS de 21 de septiembre de 1999 (11) ha provocado varios pronunciamientos (12), de forma que se puede afirmar que actualmente *existe una nueva doctrina jurisprudencial consolidada que contempla el “principio de veracidad biológica”* (13). Y es que, como señala tal sentencia: “... cuando las *investigaciones científicas* tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, *cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética...*” (14).

(10) DELGADO ECHEVERRÍA: “La persona física”, en *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1990. En el mismo sentido, QUESADA GONZÁLEZ, C.: “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1994, p. 34. También, MAGALDI, N.: *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 34.

(11) La STS de 21 de septiembre de 1999 (ponente ALMAGRO NOSETE) declara la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 47.1.º LRC y los artículos 167 y 187 del Reglamento del Registro Civil (y sus normas de desarrollo), por clara oposición con los artículos 39.2.º, 14, 10 y 24 de la Constitución. Por otra parte, las dudas sobre tal inconstitucionalidad fueron en su día apuntadas por la DGRN en sus resoluciones de 11 de abril de 1997 y 28 de febrero de 1997. La STS de 21 de septiembre de 1999 es comentada extensamente por SALVADOR GUTIÉRREZ, S., en “Derecho a la identidad”, *Actualidad Civil*, número 45, 1999, 6 a 12 de diciembre. También en su trabajo “La protección de los derechos del niño en el Registro Civil”, publicado en el libro *Detección del riesgo social de la embarazada y prevención del maltrato infantil*, Madrid, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Servicios Sociales de la CAM, 1999.

(12) En este sentido, cabe citar la STS de 9 de julio de 2001 y la STSJ Navarra, 18 de enero de 2002, que en su fundamento de Derecho 2.º expone: “tal cuestión, que no es ni mucho menos nueva (véanse, por ejemplo, los autos de la sección 3.ª de la AP Navarra, 24 de febrero de 1994 y de 14 de septiembre de 1995), no es tal al día de hoy, tras la sentencia del TS de 21 de septiembre de 1999, que declara inaplicable, por inconstitucionalidad sobrevenida, el artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, por entender que pugna con el principio de libre investigación de la paternidad recogido en el artículo 39.2.º de la Constitución, además de erosionar el artículo 10 de la misma al afectar a la dignidad del hijo y a sus derechos inviolables, y al conculcar el artículo 24.1.º, en cuanto resulta proscriptivo de indefensión, **concluyendo que es principio constitucional el de la investigación libre de la paternidad y que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética**”.

(13) Principio que fue recogido expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del Código Civil de 1981, si bien tal referencia no se contemplara en el texto definitivo.

(14) La STS de 21 de septiembre de 1999 abrió un nuevo horizonte. No obstante, algunas *legislaciones autonómicas* habían anunciado ya dicha realidad y otras la establecieron posteriormente. Entre las más significativas citamos las siguientes: – La *Ley 3/1997, 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia*. Su artículo 8 c) establece que los “centros sanitarios, públicos ou privados, nos que se produzcan nacementos ou se operen **técnicas de reproducción asistida** dispoñerán das garantías suficientes para asegurar la inequívoca identificación dos nacidos ou concebidos”; – La *Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y*

En definitiva, por mor del interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad existe una nueva jurisprudencia consolidada que contempla y sanciona este principio, ya que estamos ante una cuestión que entronca directamente con los derechos de la personalidad; pues, como ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional, *la identificación del origen forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo* (15), de forma *que incide en su esfera de la personalidad*. Principio aplicable a cualquier filiación, en virtud del artículo 14 de la Constitución y del artículo 108 del Código Civil (16). Por otra parte, afecta a “*la función primera del Derecho, que es determinar quiénes son los miembros de la comunidad jurídica que organiza y cuál sea el significado que en ella se atribuye a sus diferentes componentes*” (17).

Por otra parte, en cuanto a la **investigación de la paternidad**, hay que tener en cuenta que la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LRHA) dispone que la donación será anónima y que los bancos de gametos y los respectivos registros de los centros deberán garantizar la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes. Resulta, pues, que los hijos concebidos por mujeres fecundadas por varón anónimo (mediante técnicas de reproducción asistida) nacerán huérfanos de padre, ya que no podrán conocer la identidad de sus padres biológicos. Y debe reflexionarse hasta qué punto el anonimato del donante es compatible con la investigación de la paternidad (18), que consagra el artículo 39

protección a la infancia en Castilla y León. Su artículo 14 (“Derecho a la identidad”) dispone que: ... 3. La efectividad en el ejercicio del derecho a conocer los propios orígenes debe ser garantizada en función de la edad del menor y de su capacidad para comprender.

(15) Entre otras, STC 231/1988 y STC 197/1991. Especialmente relevante es también la Resolución DGRN de 8 de noviembre de 2001, donde se ventila una cuestión de filiación. Dicha cuestión trae causa de un abandono de la madre a los pocos días del parto, afirmando que “no puede permitirse que el **hijo biológico** pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación”.

(16) FELIU REY, Manuel Ignacio: “El derecho del neonato a la «inequívoca identificación». La responsabilidad de la administración y personal sanitario”, *Diario La Ley*, 16 de noviembre de 2005, número 6360.

(17) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 2000.

(18) La Audiencia Provincial de Cuenca, en sentencia de 15 de abril de 2004, resuelve que la modificación del Código Civil, operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (modificación del CC, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), patentizó la tendencia a que prevalezca la verdad biológica y real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclamó dicha Ley y resultaba del artículo 127.1 CC (art. 767.2 LEC 2000). En consecuencia, teniendo en cuenta la necesidad de asentar la filiación sobre la verdad biológica..., lo decisivo es el hecho veraz de ser hijo biológico y también el hecho de ser verdadero padre y progenitor (se citan las sentencias del TS de 26 de junio de 2002 y 15 de septiembre de 2003). Y según resuelve la sentencia del TS de 15 de septiembre de 2003, en los juicios sobre filiación se admite toda clase de pruebas que puedan desvanecer las situaciones presuntas, pues la reforma legal 11/1981, integró como presupuesto importante asentar la filia-

de la Constitución, y hasta qué punto no supone una discriminación de los hijos concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida y una conculcación del consolidado principio de veracidad biológica.

En nuestra opinión, el alcance que la LRHA atribuye a la acción de “investigación” de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual; pues hoy sabemos hasta qué punto nuestra dotación genética, procedente de nuestros progenitores, padre y madre, fundamenta biológicamente al nuevo ser, haciendo de cada uno de nosotros un individuo único e irrepetible.

En tal sentido, a favor del principio del anonimato del donante podría argumentarse que la situación del hijo concebido mediante las técnicas de reproducción asistida no es diversa a la del adoptado, aunque lo cierto es que también cabe cuestionar la oportunidad de la norma que impide a los hijos adoptivos conocer la identidad de sus padres biológicos (19), y ello desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18 de la Constitución. Pues el **derecho a la intimidad** implica una facultad positiva; esto es, la de exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para que cada persona pueda conocer efectivamente aspectos fundamentales de su propia vida y, por lo tanto, pueda acceder a los detalles que determinan su identidad como ser humano (20). Y el origen biológico de la persona es, a nuestro parecer, uno de los aspectos de la vida personal y familiar cuyo conocimiento ha de ser garantizado por los poderes públicos de manera efectiva (21).

ción sobre la verdad biológica, ya que resulta decisivo el hecho veraz de ser hijo natural y también el hecho de ser padre biológico, además el artículo 39 de la CE asegura la protección integral de los hijos.

(19) GARRIGA GORINA, Margarita: *La adopción y el Derecho a conocer la Filiación de Origen*, ed. Aranzadi, 2000, pp. 25 y ss.

(20) CÉSAR PAZ, Sonia Regina: *Los derechos humanos en la reproducción asistida*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2005, pp. 250 y ss.

(21) La sentencia del **Tribunal Internacional de Derechos Humanos** de 7 de junio de 1989 (caso *Gaskin contra Reino Unido*, véase nota 5), estimó, así, que existía una obligación positiva, a cargo de los poderes públicos, de permitir el acceso de una persona, que había estado a cargo de los servicios sociales, al expediente de su época infantil, considerando que existía un interés vital, protegido por el Convenio, en recibir la información necesaria para conocer la propia infancia y las primeras etapas de su desarrollo. Afirmó que el expediente del demandante aportaba informaciones que se referían a aspectos muy personales de su infancia, desarrollo e historia y que, en consecuencia, el referido expediente era la mayor fuente de información sobre su pasado y los años de su primera formación.

En cualquier caso, si admitimos que la filiación biológica es un elemento que determina la identidad de la persona como ser humano (22), no se comprende por qué este argumento no ha de valer también para los hijos adoptivos (23) y por qué se ha de negar a éstos la posibilidad de conocer un aspecto de la vida personal y familiar de tanta importancia en la estructuración de la personalidad (en todos sus aspectos: psicofísico, inmunológico, transmisivo-hereditario, etc.). Y, en igual sentido, los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida pudieran identificar a sus padres biológicos (24), lo que, ciertamente, acabaría con el anonimato del donante (25), pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría, tan sólo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer sus orígenes biológicos (26).

2. La elección del sexo de los hijos

Entre las cuestiones que surgen de los avances biomédicos no queremos dejar de plantear la posibilidad de los progenitores de elegir el sexo

(22) NOMBELA, César: "La vida humana embrionaria", diario ABC semanal, 05/06/06.

(23) A este respecto, parece interesante destacar que se ha demostrado que los niños adoptados despiertan a menudo un considerable interés por buscar a sus padres biológicos y que el niño que no puede acceder a sus orígenes familiares es puesto en una situación de incertidumbre. (LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo: "La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos", *Cuadernos de Bioética*, núm. XVII: 151-191, editado por la Asociación Española de Bioética y Ética Médica, con adaptación tras la entrada en vigor de la nueva Ley 14/2006. *Diario La Ley* de 26 de julio de 2006.)

(24) La sentencia de 24 de septiembre de 2002 del **Tribunal Internacional de Derechos Humanos** (caso *M. G. contra Reino Unido*) estimó la demanda de un ciudadano, que había estado varios años bajo el cuidado de los servicios sociales, a que se le facilitara el acceso completo a su expediente. El demandante alegaba que una de las principales razones por las que había solicitado el acceso a su expediente era su creencia de que, siendo niño, había sido víctima de abusos deshonestos por parte de su padre, así como argüía la necesidad de tener toda la información sobre su infancia, para poder aceptar el impacto emocional y psicológico de tales abusos y para poder comprender su comportamiento posterior. El Tribunal entendió que la negativa del Estado demandado a facilitar el acceso completo al expediente, que contenía la principal fuente de información relativa a períodos esenciales de los años de formación del demandante, había supuesto un incumplimiento de la obligación positiva de proteger su vida personal y familiar, reconociéndole al demandante el derecho a una indemnización de 4.000 euros por daño moral.

(25) PÉREZ MONGE, Marina: *La Filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2002, pp. 197 y ss.

(26) Conviene recordar la posición mantenida por la **legislación inglesa**, que, tras las Regulaciones de la Autoridad de Fertilización Humana y de Embriología, 14 de junio de 2004, se muestra favorable a que los hijos puedan llegar a conocer datos tendentes a la identificación de los donantes de gametos o embriones, tales como sus nombres y apellidos, la fecha y el lugar de su nacimiento y su última dirección postal conocida.

de sus hijos. Al respecto, nos centraremos en una cuestión relevante: la constitucionalidad de tal elección (27). Así –dice VELA SÁNCHEZ–, si no se utiliza como discriminación la elección por los padres del sexo de sus hijos, podría ser admitida, en circunstancias determinadas y siempre cumpliendo unos requisitos establecidos legalmente (28). Pues en la actualidad, cuando el incesante avance de la Medicina y, en particular, de la Biotecnología, ha proporcionado ya métodos científicos casi certeros para determinar el sexo de los hijos (29), la cuestión radica en resolver si se debería permitir a los padres elegir el sexo de aquéllos por razones no terapéuticas, por estar ligada tal opción al libre desarrollo personal de los progenitores y como tal ser un derecho (30). En tal sentido, no puede perderse de vista que existen países de nuestro entorno (como Bélgica), en

(27) Conforme a los dictados de la Constitución Española de 1978, ¿sería inconstitucional una Ley que permitiese la práctica de la elección del sexo de los hijos? En este punto, en cuanto al respeto a los derechos de la persona, hay que recordar que la Exposición de Motivos de la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 1988, señalaba que no “parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos...”. Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, indica que esta “ley tiene como uno de sus ejes prioritarios asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano...”.

(28) Es a la luz de éstas y parecidas consideraciones como debe interpretarse –continúa VELA SÁNCHEZ– la prohibición de elección de sexo contenida en el artículo 14 del llamado Convenio de Oviedo de 1997 y vigente en España desde el año 2000 (VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, núm. 6647).

(29) En efecto, de los métodos existentes, hay uno sencillo e inocuo, consistente en la selección de espermatozoides. El sexo del bebé es determinado por los espermatozoides, que si tienen la carga cromosómica X formarán una niña y si tienen carga Y formarán un niño, luego de fecundar al óvulo. El semen contiene aproximadamente la mitad de espermatozoides X e Y. El método científico de separación de los espermatozoides X de los Y se basa en el hecho de que el cromosoma X es considerablemente más grande que el Y. Así, mediante FISH (Fluorescence In Situ Hybridization) es posible marcar los cromosomas X e Y con colores para poder identificarlos y contarlos. Si el porcentaje de espermatozoides que contienen el cromosoma X o el Y es aumentado, también aumentará la probabilidad de tener un bebé del sexo deseado. Actualmente, los resultados que se obtienen son los siguientes: 94 por 100 para los espermatozoides X y 81 por 100 para los espermatozoides Y.

(30) Idea importante en la que hay que hacer hincapié es la distinción semántica y significativa entre el **concepto de elección** y el de **selección de sexo**. La expresión selección de sexo tiene unas connotaciones más directamente ligadas a la aceptación del sexo preferido y rechazo injustificado del otro. En cambio, el término elección de sexo deja de lado esas connotaciones discriminatorias y hace referencia a la aspiración legítima de los progenitores de tener un hijo de sexo distinto al del nacido o nacidos anteriormente, con lo que surge ya un primer requisito para ejercitar un hipotético derecho de elección de sexo por los padres: la existencia de uno o varios hijos anteriores de sexo diverso al que se elige, lo que impediría a los progenitores la elección discriminatoria respecto de un sexo concreto. (VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, núm. 6647.)

los que cabe la elección de sexo por motivos no terapéuticos. En efecto, aunque la ley belga relativa a la investigación sobre los embriones *in vitro* prohíbe su selección en función del sexo, salvo si se trata de evitar una enfermedad genética grave, en cambio, ninguna ley prohíbe la selección de espermatozoides con la finalidad de elegir el sexo del *nasciturus* (31); pues el hecho de que el hijo o la hija aún no hayan sido siquiera concebidos en el momento en que se realiza la selección, o que sea precisamente en el momento en el que son concebidos en el que se realiza técnicamente la selección, hace difícil hablar de que alguien ha sido discriminado. ¿Cómo podría –se pregunta LEMA AÑÓN (32)– ser discriminado o discriminada alguien que no existe? ¿Puede ser discriminado alguien cuyo sexo ha sido predeterminado por una acción que precisamente ha provocado que haya nacido?

No existe en la Constitución española ningún derecho o bien jurídicamente protegido que quede directamente vulnerado si se permitiese la libre elección del sexo de los hijos por medio de las técnicas de reproducción asistida, por lo que la prohibición a la mencionada elección trata de proteger, no la libertad personal, sino un hipotético equilibrio natural entre los nacimientos de niños y niñas (33). Pero desde una tesis ecléctica, el llamado derecho a la reproducción –dice VELA SÁNCHEZ (34)–, concretado en el derecho a elegir el sexo de los hijos, no puede considerarse propiamente un derecho fundamental, por mucho que se desarrolle el alcance de los derechos fundamentales, sino un derecho circunstancial o accidental que el ordenamiento jurídico positivo puede o no reconocer. En otras palabras, tal derecho de elección de sexo sería un derecho admisible constitucionalmente y protegible y regulable dentro de ciertos límites, en cuanto supondría colmar una legítima aspiración humana. Si los medios usados para efectuarla son proporcionados (en concreto, la técnica de selección espermática), la elección de sexo por razones no terapéuticas –continúa dicho autor– podría ser admitida; pero en circunstancias determinadas y cumpliendo unos requisitos establecidos legalmente: en especial, la exis-

(31) Este vacío jurídico permite a las clínicas belgas proponer este tipo de método selectivo tanto a nacionales como a extranjeros, por lo que se habla de *turismo reproductivo*, y ello con el propósito de equilibrar los sexos en la familia (*family balancing*); eso sí, siempre que se tenga ya un hijo del otro sexo y se renuncie expresamente al aborto del descendiente concebido mediante esta técnica de selección espermática.

(32) LEMA AÑÓN, Beatriz: *Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*, Comares, Granada, 2003, pp. 135-136; 163 y ss.

(33) GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 152.

(34) VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, número 6647.

tencia de un descendiente anterior de distinto sexo al elegido, con lo que se evitarían cuestiones de discriminación sexista. Así, tratándose de elección de sexo mediante la técnica de selección espermica, en la que ni hay manipulación genética ni se maneja preembrión alguno, y exigiéndose a los progenitores la existencia de, al menos, un descendiente de sexo diverso al que se elige, no parece que se vulnere el derecho a la dignidad de la persona del artículo 10.1.º CE, ni el derecho a no ser discriminado por razón de sexo del artículo 14 CE.

En este contexto, también se plantea la aplicación de la cláusula de excepción terapéutica de los artículos 1 b) y 12.1 a) de la LRHA, por la que, a través de la técnica de diagnóstico preimplantacional, sólo se permite elegir el sexo de los hijos si con ello se evita la transmisión de enfermedad hereditaria grave (35) y esta decisión del legislador supone permitir la actuación sobre preembriones humanos.

Hasta aquí tenemos que el fin anhelado sería el de tener un hijo de sexo determinado, que los métodos existentes son el de selección espermica y el de diagnóstico genético preimplantación (36) y que los princi-

(35) Con arreglo a la legislación anterior, un Auto de 2 de agosto de 1990 del Juzgado de Primera Instancia de Mataró aplicó la **cláusula de finalidad terapéutica** respecto de la madre como “terapia” a su depresión sufrida por no tener una hija, mientras que otro Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó la interpretación realizada por dicho Juzgado y consideró que la cláusula de excepción terapéutica sólo era factible en relación con los hijos, pues “los derechos del niño deben prevalecer sobre los derechos al niño; los derechos sobre los resultados de la fecundación deben anteponerse a los de los progenitores”, de manera que el “destinatario de la terapia sola y exclusivamente puede ser *El o La que va a venir*”. En resumen, se trataba del caso de una mujer de cuarenta y cinco años, madre de cinco hijos varones, que pretendía que le fuera aplicada una técnica de elección de sexo con la finalidad de llegar a alumbrar a una niña. Alegaba como causa legitimadora la gran depresión que padecía por no ser madre de una niña, deseo que había tenido desde siempre, incrementado por la idea de que una hija suya la cuidara en su vejez como ella misma, que no había tenido hermanas, había cuidado a su propia madre. Ese deseo, y la correspondiente depresión, se habían agravado al nacer su último hijo, pues a través de un diagnóstico prenatal erróneo se le había dictaminado que esperaba una niña. Al respecto, véase HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (“Selección de sexo y derechos de la persona”, *La Ley*, t. 1992-2, pp. 965 y ss.) y VIDAL MARTÍNEZ (“Elección del sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de reproducción asistida”, *Revista General del Derecho*, núm. 59, 1991, pp. 2535 y ss.).

(36) En la discusión y valoración de las técnicas de reproducción humana asistida, pues, hay que destacar la diferencia fundamental –dice VELA SÁNCHEZ– entre el método de selección espermica y el de diagnóstico preimplantacional. La técnica de selección de espermatozoides permite elegir el cromosoma sexual (X o Y), por lo que no hay que manipular preembriones o cigotos, que son células huevo que resultan ya de la fusión de un gameto masculino o espermatozoide con otro femenino u óvulo. En el caso de la elección preimplantacional del cromosoma sexual todavía no se ha constituido el cigoto, ya que aquella elección se realiza previamente a su formación, por lo que aún no hay una nueva entidad configurada y no tiene sentido ni otorgarle estatuto ético-jurídico, ni considerarlo bien jurídico protegible, ni, por último, oponer su hipotético derecho al de los padres a escoger el sexo de sus hijos. (VELA SÁNCHEZ,

pales valores en juego serían la libertad (arts. 1.1.º y 17.1.º de la CE), el pleno desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE), el respeto a los progenitores y a la dignidad de las personas (art. 10.1.º CE) y el respeto a la vida en cuanto al *nasciturus* (art. 15 CE). Como puede comprobarse, se trata de un conjunto de fines y valores de complicada o difícil compatibilidad con dichas técnicas, pero sí parece claro –dice LEMA AÑÓN (37)– que tenemos deberes con respecto al *nasciturus*.

En definitiva, el Derecho requiere un amplio margen de adaptación a las nuevas exigencias sociales (38), de modo que, en la actualidad, no puede quedar fuera de nuestra consideración el fin positivo del Derecho de servir al desarrollo del bienestar humano y de procurar *el libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1.º CE), que, en nuestro caso, puede concretarse en el deseo legítimo de elegir el sexo de los hijos (39).

No obstante, la elección de sexo mediante selección de preembriones (Diagnóstico Genético Preimplantación, DGP, o, en abreviaturas anglosajonas, PGD) (40), en sentido biotécnico estricto, no supone manipulación genética, ni implica modificación alguna en el ADN (41). Dicha técnica

Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, núm. 6647.)

(37) LEMA AÑÓN, Beatriz: *Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*, Comares, Granada, 2003, p. 134. DEL TORO MARZAL entiende que existe manipulación genética también en este tipo de técnica reproductiva (DEL TORO MARZAL: “La reproducción asistida. Elección de sexo”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 22, 1994, p. 60).

(38) Baste recordar aquí el elemento sociológico de la interpretación de las normas recogido en el artículo 3.1.º CC (*Las normas se interpretarán según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*), conforme al cual VIDAL MARTÍNEZ (“Elección del sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de reproducción asistida”, *Revista General del Derecho*, núm. 59, 1991, p. 2540) considera que en España la opinión pública está lejos de considerar merecedor de sanción un acto como el de la elección de sexo.

(39) En parecidos términos, VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, número 6647.

(40) A través de esta técnica la determinación del sexo se realiza tras la fecundación. Las parejas se someten a una fecundación *in vitro* y se forman varios preembriones. A los tres días, dichos preembriones contienen unas seis u ocho células totalmente idénticas, de las cuales se extraen una o dos para su análisis cromosómico. Así se sabe con certeza el sexo de cada uno de los preembriones, implantándose finalmente en la mujer solamente el preembrion o preembriones del sexo elegido. (ROMEO MALANDA: *Aspectos jurídicos de la selección de sexo*, ed. Sociedad Internacional de Bioética, 2001, p. 444.)

(41) En la selección preembrionaria no “se actúa sobre el contenido de un gen concreto para alterar su estructura e información genética mediante terapia génica o ingeniería genética, sino que se selecciona un contenido genético (gameto o preembrion) con sexo determinado en lugar de otro”, por lo que no existe manipulación genética. (ROMEO MALANDA: *Aspectos jurídicos de la selección de sexo*, ed. Sociedad Internacional de Bioética, 2001, p. 447.) Igualmente, VALLE MUÑOZ Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ (“Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 26, 1992, p. 131, nota 14).

se acepta en España en los casos de prevención de enfermedades genéticas serias (42), pues se permite analizar los preembriones para ver si tienen el gen que causa la enfermedad diagnosticada antes de implantarlos *in vitro* en el útero materno (43).

Con todo, la LRHA parece ser contundente en la prohibición de utilizar las técnicas de elección de sexo para fines no terapéuticos. Pero mediante la comúnmente llamada “cláusula de excepción terapéutica” se legaliza la elección del sexo de los descendientes únicamente por causas médicas justificadas. En nuestro país, pues, como en toda la Unión Europea, la elección de sexo de los hijos sólo está expresa y legalmente admitida si hay una indicación médica que la justifique en evitación de una enfermedad genética o hereditaria grave. En estos casos lo que se busca es evitar unos riesgos de transmisión de una enfermedad que viene biológicamente vinculada a un determinado sexo (44).

Por otra parte, la prohibición legal de elegir el sexo de los hijos choca con el espíritu de la LRHA en su pretensión de defender un derecho a la procreación sin ningún tipo de discriminación. Por ello, parece contradictorio, por ejemplo, negar a una mujer casada o en pareja, en ejercicio

(42) Artículos 1 b) y 12.1 a) de la LRHA.

(43) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Vasca de 20 de septiembre de 2005 consideró que si la asistencia sanitaria pública no puede prestar la técnica PGD para evitar la transmisión de una enfermedad grave, distrofia miotónica Steinert, quedan a su cargo los gastos de su realización en un centro privado. Para SAVULESCU, J., y DAHL, E. (“Sex selection and pre-implantation genetic diagnosis. A response to the Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine”, *Human Reproduction*, 2000, núm. 15, pp. 1879-1880), el método PGD debería estar disponible, por lo menos, dentro de los fondos destinados al cuidado de la salud.

(44) Por tanto –dice MARTÍ–, no es legal el decidir tener un hijo o hija en función del deseo de la madre, del padre o de la pareja, o en relación con el sexo de los hijos o hijas previos. No obstante, una interpretación sistemática de las normas aplicables podría llevar a la conclusión de que la prohibición legal sólo alcanza a la elección de sexo mediante la técnica de la fecundación *in vitro* con previa selección preembrionaria, PGD, pero no la realizada mediante inseminación artificial con previa selección espermática. En efecto, tiene sentido que la interdicción normativa vaya referida únicamente al empleo del PGD cuando no tenga finalidad terapéutica o no esté autorizada, puesto que dicho método implica una cierta manipulación de preembriones humanos que debe ser limitada y controlada estrictamente. Cosa que no sucede en la hipótesis de la inseminación artificial con previa selección de espermatozoides; pues en esta técnica sólo se usan células reproductoras, pero no preembriones humanos, verificándose la concepción del nuevo ser en el seno materno con los espermatozoides seleccionados, siguiendo luego la gestación su curso natural. Una célula reproductora no constituye un ser ni un bien jurídicamente protegible, por lo que ni ética ni legalmente se estaría incurriendo en infracción alguna si se emplea dicha técnica de selección espermática en la elección del sexo del *nasciturus*. (PUIGPELAT MARTÍ: “La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 6, 1997, p. 96. En contra, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes: *La clonación y selección de sexo. ¿Derecho genético?*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 139, para quien “de lo que se trata es de atender al tenor literal de la norma”.)

del derecho constitucionalmente reconocido al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE), la posibilidad de constituir su familia de manera libre y responsable, eligiendo el sexo de su descendencia; descendencia que, a diferencia de los hijos derivados de técnicas de reproducción asistida realizadas a mujeres sin pareja, no nacería sin padre y sin posibilidad legal de determinar su filiación (45) (arts. 5.5.º y 8.3.º de la LRHA). Sin olvidar tampoco la contradicción que implica en esta sede el recurso a la fecundación *post mortem*, en cuanto que la mujer puede ser fecundada con el semen criopreservado de un fallecido, con lo que se engendra una orfandad planificada y premeditada (46).

A pesar de lo dicho, y no obstante la dicción de la LRHA y la apuntada interpretación restrictiva de la cláusula de excepción terapéutica, contenida en los artículos 1 b) y 12.1.º a) de la LRHA, podría existir un resquicio al derecho a elegir el sexo de los hijos, en virtud del propio artículo 12.2.º LRHA, en cuanto que la *aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquier otra finalidad no comprendida en el apartado anterior...*, *requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso* (47). Así, ante ciertas *características clínicas, terapéuticas y sociales* podrían acogerse supuestos con finalidad terapéutica para la madre, el padre o ambos progenitores. La técnica de elección de sexo podría de este modo satisfacer una aspiración legítima (48), también desde el punto de vista social, digna de protección, y paliar así problemas terapéuticos (psicológicos, por ejemplo, ante la falta de un hijo o hija tras embarazos o intentos anteriores) existentes en cualquiera de los progenitores, no sólo respecto de la madre, y

(45) VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, número 6647.

(46) Fecundación *post mortem* que se ha considerado inconstitucional por algunos autores, porque, como dice LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Principios de Derecho Civil*, t. 6, *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 2000, p. 379), esta técnica implica que el nacido se ve condenado tanto a nacer como a vivir sin padre, vulnerando su derecho a una familia estable formada por padre y madre, como ambiente propicio para su desarrollo físico y espiritual.

(47) Completando el artículo 20.4.º LRHA que será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida en los siguientes supuestos: ... b) Para la autorización ocasional en casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en el artículo 12.2.

(48) Eso sí —dice VELA SÁNCHEZ—, habría que limitar esta posibilidad a la inseminación artificial con selección espermática, y no ampliarla a la técnica de fecundación *in vitro* con selección preembrionaria, aunque el precepto comentado así lo permitiría, técnica electiva que debería quedar reservada para evitar la transmisión a los descendientes de enfermedades graves genéticas o hereditarias (VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, núm. 6647).

calificables en definitiva como enfermedades reales diagnosticadas por especialistas (49). Además, esta postura quedaría reforzada a través de una interpretación lógica de la prohibición contenida en el artículo 26 c) 10.ª LRHA; pues, teniendo en cuenta la ausencia de una interdicción expresa y los principios de los que parte la Ley, entre ellos el de fomentar la natalidad, debería concluirse que sólo el intento de modificar o intervenir en la composición del genoma humano mediante cualquier técnica, salvo que se persiga una finalidad terapéutica autorizada, constituiría la infracción muy grave a que dicho precepto se refiere, y que sólo aquellas actividades serían merecedoras del rígido control legal, y no la elección de sexo por motivos terapéuticos referidos al progenitor (50) y realizada mediante la técnica de selección espermica (51).

En definitiva, el orden social debe procurar el bienestar físico y psicológico intrafamiliar con la llegada, dado el caso, de un hijo de sexo contrario al previo, bienestar que se funda en razones de equilibrio; bien en el equilibrio social de la distribución de ambos sexos, bien en la procreación responsable para no caer en la búsqueda de un hijo de sexo distinto, procreando varios de sexo no deseado, o bien en la evitación del recurso

(49) Y sin que los requisitos de los artículos 3.1.º y 6.1.º de la LRHA de que la aceptación por la mujer de las técnicas de reproducción asistida debe ser *libre y consciente y con plena capacidad de obrar* limiten el acceso a ellas a las “mujeres que padezcan un leve desequilibrio mental derivado de su propia situación, puesto que ésta desaparecerá en cuanto tengan el hijo que desean y cuya imposibilidad de concebirlo ha dado origen al problema” (ROMEO MALANDA: *Aspectos jurídicos de la selección de sexo*, ed. Sociedad Internacional de Bioética, 2001, p. 451). Del mismo modo, cuando el trastorno psicológico afectare sólo al marido o pareja, se requerirá el “*libre*” consentimiento de la mujer a someterse a la técnica electiva de reproducción; pues, obviamente, nunca podrá ser obligada a ello. No obstante, en contra de la aplicación de la cláusula terapéutica a la madre están, entre otros, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes: *La clonación y selección de sexo. ¿Derecho genético?*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 138-139.

(50) Ésta era la posición que en relación con el idéntico artículo 20.2.º B), n) de la Ley de 1988 mantenía VIDAL MARTÍNEZ (“Elección del sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de reproducción asistida”, *Revista General del Derecho*, núm. 59, 1991, p. 2540), a la cual se oponía LEMA AÑÓN, Beatriz: *Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*, Comares, Granada, 2003, pp. 90-91.

(51) Obsérvese, además, que cuando se elige el sexo de un descendiente a través de la técnica de selección espermica no hay privación de vida, ni siquiera preembrionaria, sino creación de vida; es más, de admitirse la elección de sexo posiblemente muchos progenitores se animarían a tener hijos, por lo que el uso de esta técnica electiva podría ser un estímulo a la creación de vida. (LEMA AÑÓN, Beatriz: *Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*, Comares, Granada, 2003, p. 119.) En el mismo sentido, PUIGPELAT MARTÍ: “La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 6, 1997, p. 103. También, ROMEO MALANDA: *Aspectos jurídicos de la selección de sexo*, ed. Sociedad Internacional de Bioética, 2001, p. 453. De hecho, la elección de sexo de los hijos tiene como virtud ser un medio que permite disminuir el número de abortos (MAHONEY: “La ética de la selección de sexo”, *Revista Labor Hospitalaria*, núm. 218, 1992, p. 330).

al aborto por razones de salud psicofísica de la mujer ya embarazada (52).

En conclusión, entendemos que en la actualidad el derecho a la elección del sexo de los hijos es admisible constitucionalmente y protegible y regulable dentro de ciertos límites, pues su reconocimiento supondría instituir una aspiración legítima de las personas (53).

(52) De concederse financiación pública a las familias numerosas, concebida como una ayuda a éstas –dice VELA SÁNCHEZ–, ello implicaría, pues, la exigencia de no uno sino, al menos, de tres descendientes anteriores. Por otra parte, también cabría aquí la posibilidad de que el Estado proporcionase ayudas económicas para la elección del sexo del tercer hijo, que daría lugar a una familia numerosa, como medida dirigida a aumentar la tasa de natalidad de las familias españolas, una de las más bajas del mundo. (VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “El derecho a elegir el sexo de los hijos”, *Diario La Ley* de 8 de febrero de 2007, núm. 6647.)

(53) La Exposición de Motivos de la **Ley sobre Investigación Biomédica** parte de que la “investigación biomédica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar, que ha cambiado de manera sustancial, tanto metodológica como conceptualmente, en los últimos años. La aparición de nuevas herramientas analíticas ha llevado a grandes descubrimientos que permiten albergar fundadas esperanzas sobre el tratamiento e incluso la curación en un futuro no muy lejano de patologías hasta ahora inabordables. En pocos años ha cobrado enorme relevancia... la investigación con gametos, embriones o células embrionarias (hasta el punto de que) se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano”. (Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.)

LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN (III) (*)

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza.

Secretario de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil

SUMARIO

TERCERA PARTE

RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. ESPECIALIDADES DE LA DISOLUCIÓN POR MUERTE

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

**II. MUERTE DE UN CÓNYUGE Y TRANSMISIÓN DE SU PARTICIPACIÓN CON-
SORCIAL A SUS HEREDEROS.**

III. COMUNIDAD POSCONSORCIAL Y COMUNIDAD HEREDITARIA.

**IV. COMUNIDAD POSCONSORCIAL Y USUFRUCTO DE VIUEDAD. 1. Com-
patibilidad y preferencia en caso de concurrencia. 2. La preferencia del
derecho de viudedad. 3. Consecuencias de la coexistencia de los dos**

(*) Incluimos en este número de la Revista la parte III de este trabajo, cuya publicación iniciamos en el número 65, enero-marzo 2008.

regímenes. 4. El usufructo del cónyuge viudo en el Código Civil. V. COMUNIDAD POSCONSORCIAL, USUFRUCTO DE VIUEDAD Y FIDUCIA SUCESORIA. 1. La herencia pendiente de asignación en la Compilación. 2. La situación de pendencia en la regulación vigente.

CAPÍTULO II. BIENES COMUNES

I. PATRIMONIO INICIAL. 1. El activo inicial del patrimonio posconsorcial. 2. El pasivo inicial del patrimonio posconsorcial.

II. AUSENCIA DE PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD FRENTE A TERCEROS. 1. La situación en la comunidad conyugal continuada. 2. La situación en la comunidad conyugal en liquidación.

III. BIENES QUE INGRESAN EN EL PATRIMONIO COMÚN DURANTE LA INDIVISIÓN. 1. Frutos y rendimientos de los bienes comunes. A) *Ingreso en el patrimonio común.* B) *Excepción: pertenencia al viudo usufructuario.* 2. Bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes. A) *Aplicación del principio de subrogación real.* B) *Inaplicación del principio de subrogación real. Derecho de reembolso.* 3. Incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan.

IV. BIENES QUE NO INGRESAN EN EL PATRIMONIO COMÚN.

V. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS BIENES POSCONSORCIALES.

CAPÍTULO III. GESTIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA DISOLUCIÓN POR MUERTE

I. INTRODUCCIÓN A LA GESTIÓN.

II. LA ADMINISTRACIÓN POR EL CÓNYUGE VIUDO. 1. Contenido del artículo 71 Lrem. 2. El párrafo olvidado por la CADC. 3. El cónyuge viudo, usufructuario y administrador. 4. La administración en virtud del usufructo de viudedad. 5. Contenido de la administración en cuanto cónyuge viudo. 6. Diligencia y modo de actuar del administrador. 7. Duración de la gestión en cuanto cónyuge viudo. 8. Supuestos excluidos de este régimen de gestión.

III. LA DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES ENTRE VIVOS EN LA DISOLUCIÓN POR MUERTE.

IV. LA FACULTAD DE DEDUCIR ALIMENTOS DEL PATRIMONIO COMÚN. 1. Las necesidades alimenticias a cargo del matrimonio. 2. Persistencia de las necesidades alimenticias a cargo del viudo. 3. La contribución a la satisfacción de las necesidades alimenticias. 4. La contribución subsidiaria con el patrimonio de la comunidad disuelta. 5. Facultad del viudo de disponer de bienes comunes a este fin. 6. La responsabilidad interna. 7. Duración de la facultad.

V. LA DONACIÓN CON OCASIÓN DE CASARSE UN HIJO O HIJA DE AMBOS. 1. Antecedentes. **A)** *El Derecho histórico.* **B)** *Elaboración de la norma vigente.* 2. Naturaleza y requisitos. 3. Elementos subjetivos. 4. Elemento objetivo. 5. Causa y cuantía de la donación. 6. Régimen de la donación.

VI. LA GESTIÓN EN CASO DE FIDUCIA SUCESORIA. 1. La administración por el cónyuge viudo. 2. Las facultades de disposición. 3. Facultades de asignación de bienes.

VII. MEDIDAS CAUTELARES Y RESPONSABILIDADES EXIGIBLES AL CÓNYUGE VIUDO. 1. El punto de partida: el artículo 53-3 Comp. 2. El debate en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. 3. El presupuesto de la norma. 4. Las cautelas previstas para el usufructo de viudedad. 5. Pluralidad de obligaciones de hacer inventario. 6. La responsabilidad del administrador. 7. La rendición de cuentas de la administración.

VIII. LA PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO COMÚN DE LOS BIENES CONSUMIBLES QUE NO APAREZCAN AL TIEMPO DE LA DIVISIÓN. 1. La presunción en el Derecho histórico. 2. La presunción en la Compilación. 3. Requisitos de la presunción. 4. Efectos. 5. Destrucción. 6. Usufructo de dinero y otras cosas consumibles.

CAPÍTULO IV. GESTIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA DISOLUCIÓN POR OTRAS CAUSAS

I. EL ARTÍCULO 54 DE LA COMPILACIÓN. 1. Novedad introducida en 1967. 2. La reforma de 1985.

II. EL ARTÍCULO 72 DE LA LREM. 1. Elaboración por la CADC. 2. La enmienda de Chunta Aragonesista. 3. Ámbito de aplicación: los casos no regulados en el artículo 71 Lrem.

III. GESTIÓN “PROVISIONAL” DE LOS BIENES COMUNES Y MEDIDAS “PROVISIONALES”.

IV. LA GESTIÓN CONFORME A LO ACORDADO.

V. LA GESTIÓN SUBSIDIARIA DISPUESTA POR EL JUEZ.

VI. RÉGIMEN SUPLETORIO DE LA GESTIÓN. 1. Consideraciones generales. **A)** *Titularidad conjunta.* **B)** *Ausencia de economía familiar.* 2. Derecho a solicitar un anticipo de bienes comunes para alimentos: el artículo 1.408 CC. 3. La administración propia de una comunidad ordinaria. 4. La disposición de bienes comunes concretos. **A)** *La regla de codisposición.* **B)** *Inaplicación de las reglas de la gestión de la comunidad conyugal.* 5. Consecuencias de la falta de consentimiento de todos los partícipes al acto de disposición. **A)** *Actos a título oneroso.* **B)** *Actos a título lucrativo.* 6. Disposición de los derechos sobre un bien común concreto.

TERCERA PARTE

RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ESPECIALIDADES DE LA DISOLUCIÓN POR MUERTE

I. Planteamiento general

Una vez conocidos los antecedentes históricos y la elaboración de la regulación vigente, así como el origen y naturaleza de la comunidad conyugal en liquidación, entramos en el desarrollo de su régimen jurídico a partir de las normas que a ella dedican los artículos 68 a 75 de la Lrem., integrantes de la sección 2.^a, titulada *la comunidad que continúa tras la disolución*. Tendremos también en cuenta lo que la doctrina y la jurisprudencia dicen sobre el régimen de la comunidad posganancial.

Sabemos ya que el régimen contenido en esta sección de la Ley aragonesa hay que completarlo con el régimen de la comunidad hereditaria, en cuanto no contradiga la naturaleza de la comunidad posconsorcial, según dice específicamente el artículo 75 Lrem. En la fase de liquidación y división también hay remisión a las normas de liquidación y partición de la comunidad hereditaria (art. 88 Lrem.; arts. 1.402 y 1.410 CC).

Asimismo, ya hemos dicho que algunas de las normas de esta sección integran el régimen común de esta comunidad, en lo relativo al activo (art. 68 Lrem.), pasivo (arts. 69 y 70 Lrem.) y disposición por causa de muerte (art. 73 Lrem.). Es un régimen común que, sin embargo, en caso de disolución por muerte, hay que completar con la preferencia del derecho de viudedad que de modo general señala el artículo 74 al decir que *los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección*. Lo que quiere decir que al exponer el activo, el pasivo y la gestión de la comunidad posconsorcial hay que tener presente, para la disolución por muerte, la preferencia de los derechos y obligaciones derivados de la viudedad. Lo mismo cabe decir para el Código Civil, en la medida en que el cónyuge viudo sea usufructuario de los bienes del premuerto por Derecho de sucesiones.

Esta circunstancia nos ha inclinado a dedicar un apartado inicial a las especialidades de la disolución por muerte en el que, sin abordar las normas específicas de la gestión contenidas en el artículo 71, se hace una exposición general del entramado de figuras que pueden entremezclarse con la comunidad posconsorcial.

A continuación, en capítulos sucesivos, se expone el activo, la gestión y el pasivo; la gestión se antepone al pasivo, alterando así el orden de la Lrem., porque entendemos que primero es saber cómo se pueden gestionar los bienes comunes para luego conocer mejor el ámbito de responsabilidad que les afecta (1); en la gestión se expone por separado, en capítulos independientes, el régimen en caso de disolución por muerte y en caso de disolución por otras causas, así como el régimen de la disposición por causa de muerte en ambos supuestos.

Parte importante, la principal, de la comunidad posconsorcial es la relativa a su liquidación y división. Pero es una parte muy extensa que requiere de un estudio monográfico que aquí es imposible abordar.

II. Muerte de un cónyuge y transmisión de su participación consorcial a sus herederos (2)

La comunidad posconsorcial en caso de disolución por muerte conserva parte de su carácter familiar por el papel preponderante del viudo y porque el patrimonio común sigue siendo garante, en última instancia, de las necesidades familiares; en todo caso, es una institución de Derecho de familia. Pero, desde otro punto de vista, es innegable que sobre esta comunidad inciden preceptos y conceptos del Derecho sucesorio, puesto que los partícipes que vienen a subrogarse en el lugar del cónyuge difunto en el consorcio conyugal lo hacen en virtud de su calidad de herederos.

Al morir uno de los cónyuges se abre su sucesión y su participación en la comunidad matrimonial se transmite por Derecho de sucesiones a sus sucesores, quienes por serlo pasan a ser cotitulares, junto al cónyuge viudo, de la nueva comunidad en liquidación. Que la situación de comunidad persista hasta la división no puede ocultar la existencia de una transmisión sucesoria de la participación consorcial del cónyuge fallecido a sus herederos, quienes al aceptar o adquirir esta condición se convierten en partícipes de la comunidad posconsorcial (y de la comunidad hereditaria,

(1) En este mismo sentido, RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 98.

(2) En este apartado me sirvo, debidamente adaptado, de lo publicado en 1993 (pp. 398-401) sobre la transmisión de la participación del cónyuge premuerto a sus herederos en la comunidad conyugal continuada.

si son varios). La titularidad de la participación consorcial del cónyuge premuerto corresponde a quienes, de acuerdo con el Derecho sucesorio aplicable, sean sus herederos (3).

Lo que los herederos adquieren en virtud de transmisión sucesoria es el patrimonio del causante, del que forma parte su participación en la comunidad conyugal. Esta participación conserva su naturaleza y caracteres (si bien ahora es disponible y embargable) y su valor, por ejemplo a efectos fiscales, será el que tenga en el momento de la muerte del causante, de manera que tanto los bienes y derechos comunes adquiridos, como las deudas y responsabilidades comunes originadas, con posterioridad a la muerte del causante no aumentan ni disminuyen dicho valor, sino el del patrimonio de la nueva comunidad y, en consecuencia, el de las participaciones de los nuevos titulares.

El cálculo del valor de la participación del cónyuge premuerto puede efectuarse sin necesidad de proceder a una liquidación definitiva de la comunidad matrimonial, de forma que un mero balance permite conocer el valor de dicha participación y no obstaculiza el nacimiento y continuidad de la comunidad en liquidación. La realización de inventario o descripción de los bienes comunes, incluso la liquidación de las deudas de la anterior comunidad, no evita que se siga en situación de comunidad hasta que se dividan y adjudiquen los bienes comunes (4).

(3) Para la comunidad conyugal continuada en la Compilación, MERINO HERNÁNDEZ (1990, pp. 163, 164) defiende que “no hay ningún tipo de transmisión de los bienes que integran la comunidad conyugal anterior a favor de los nuevos elementos subjetivos que conforman la actual continuada”. [...] “No hay, pues, según creo, transmisión de bienes, sino simple continuación del consorcio. [...] De ahí que no se pueda ni se deba hablar de sucesión hereditaria en la conformación de la comunidad conyugal continuada. Yo creo que cuando fallece uno de los cónyuges y la continuación del consorcio procede, no se produce la apertura de la sucesión hereditaria del premuerto, sino que la misma se aplaza, de igual manera que se aplaza la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Unas y otras, y por expresa decisión de la ley, quedan momentáneamente en suspenso hasta el instante en que se produzca el evento que determine su efectiva realización, o sea, la definitiva disolución de la comunidad continuada, momento en el que se debe entender extinguido el consorcio conyugal que la originó y abierta la sucesión del cónyuge primeramente fallecido (y, según los casos, también la del segundo).”

(4) Recuérdese que en el Derecho histórico, incluida la Compilación, la formación de inventario podía significar el deseo de no estar en comunidad conyugal continuada; si bien, mientras *no se practica la división, sigue habiendo una comunidad en liquidación sujeta a las reglas de la indivisión ordinaria y con preferencia del derecho de viudedad*. Como ahora la comunidad que continúa es directamente la comunidad incidental, sobre la que prevalece el derecho de viudedad, la realización de inventario no cambia el régimen aplicable, sino que simplemente supone, o puede suponer, el inicio de la primera fase de la liquidación.

En ese contexto histórico se planteó la relevancia extintiva de la comunidad continuada del inventario realizado a efectos fiscales:

El artículo 37 del Proyecto de Apéndice de 1904, tras señalar que la sociedad conyugal tácita se entiende disuelta por la muerte de uno de los consortes, en tercer lugar, “si los herederos del difunto practican con el supérstite inventario y descripción de bienes, u otra diligen-

Es cierto que normalmente en la división y adjudicación de los bienes de la comunidad posconsorcial no se distinguirá entre los bienes que ya eran del consorcio conyugal y los adquiridos después. Para hacer este desglose con garantías habría que haber procedido a inventariar el activo y pasivo inicial. En el caso del cónyuge sobreviviente, la distinción tiene menor importancia al haber sido partícipe de ambas comunidades, pero no es intrascendente para los partícipes herederos dado que los bienes adjudicados en la división de la comunidad posconsorcial, que ha podido demorarse bastante tiempo, procederán fundamentalmente de los bienes del consorcio, con sus accesiones y subrogados, pero también puede haber otros que sean consecuencia de los frutos y ganancias de la nueva comunidad de la que han sido partícipes desde su inicio.

En la comunidad en liquidación, a diferencia de la comunidad conyugal continuada, los frutos y ganancias de los bienes comunes pertenecen al cónyuge sobreviviente por derecho de viudedad, de manera que la distinción es menos trascendente: los bienes que reciban los partícipes herederos serán bienes consorciales, accesiones o subrogados de los mismos. En todo caso, puede sostenerse que, desde el punto de vista de los partícipes herederos, hay una inicial transmisión sucesoria de la participación consorcial del causante, con un valor determinado y determinable en el momento de la apertura de la sucesión, y una posterior gestión de la comunidad en liquidación de la que ya son partícipes, cuyas pérdidas o ganancias en relación al patrimonio inicial no son atribuibles al cónyuge premuerto, sino a los cotitulares de la nueva comunidad: son ganancias o pérdidas adquiridas entre vivos y a título oneroso (5).

cia expresiva de su voluntad de que cesen los efectos de dicha sociedad”, añade *que no tendrá fuerza de inventario o diligencia suficiente a los fines de este número la mera declaración o relación que para satisfacer el impuesto sucesorio suscriban los interesados, a menos de consignarse en la misma lo contrario.*

También ISÁBAL (*Exposición y comentario*, Zaragoza, 1926, p. 488) parece inclinarse a negar trascendencia para la disolución del consorcio continuado al inventario formulado para la liquidación del impuesto de derechos reales. Por su parte, RIVAS PÉREZ señala que “quizá la eficacia para este efecto civil de la relación jurada suscrita con fines fiscales dependa del detalle mayor o menor con que se formule, porque siendo frecuente en la práctica desde el establecimiento del impuesto, la consignación de un valor global en lo tocante a muebles, con excepción de los valores mobiliarios, es claro que ello no habría sido bastante a producir efectos en cuanto a la disolución del consorcio” (*Hmo.*, 1954, p. 650).

(5) En el régimen de la Compilación, varios autores defendieron que el nacimiento de una comunidad conyugal continuada no devengaba el Impuesto General sobre Sucesiones y donaciones, o que lo devengaba, pero debiendo suspenderse su liquidación o, cuando menos, su pago hasta el momento de disolución de la comunidad conyugal continuada. *Vid.* EIROA GARCÍA, Emilio: “Fiscalidad de las instituciones forales”, en *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés* (Jaca, septiembre 1985), Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pp. 186-187; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *Comentarios*, tomo XXXIII, volumen 2.º, Madrid, 1990, pp. 163-164; FER-

En la comunidad conyugal en liquidación por muerte de uno de los cónyuges los herederos partícipes son, normalmente, sólo nudo propietarios de la participación consorcial del premuerto, correspondiendo el usufructo universal al cónyuge sobreviviente por derecho de viudedad. En el Código Civil el usufructo que por Derecho de sucesiones corresponde al cónyuge viudo no es universal, sino que tiene una extensión variable en función de la clase de herederos con quienes concurra.

III. Comunidad posconsorcial y comunidad hereditaria

Al subrogarse los herederos en la titularidad de la participación posconsorcial del cónyuge premuerto en virtud de su condición de herederos, es preciso atender a las reglas del Derecho de sucesiones para solucionar los posibles problemas de capacidad para suceder, indignidad, desheredación, legítima, responsabilidad del heredero, etc.

Además, si la participación posconsorcial no ha sido atribuida a un único heredero, los cotitulares de la misma serán dos o más, con lo que esa participación en la comunidad en liquidación pertenecerá a su vez a la *comunidad hereditaria*, comunidad que normalmente no recaerá exclusivamente sobre este bien (en cuyo caso sería una comunidad proindiviso), sino que se extenderá a los bienes privativos del cónyuge premuerto; en la comunidad hereditaria tampoco hay cuotas de titularidad individual sobre cada uno de los bienes que la integran.

La participación posconsorcial deferida a los herederos es un bien particular dentro del patrimonio de la comunidad hereditaria: una de las dos participaciones en que se halla dividida la comunidad en liquidación es parte de la comunidad hereditaria, de manera que los titulares de ésta lo son también de dicha participación posconsorcial, pero no tienen cuotas individuales sobre ella. Así que, por un lado, una de las dos participaciones en la comunidad posconsorcial es parte de la comunidad hereditaria, y, por otro, los titulares de la comunidad hereditaria son cotitulares, en unión del cónyuge viudo, de la comunidad posconsorcial. Una y otra comunidad llegan a coincidir parcialmente en cuanto a las personas y bienes concretos que las forman (6). Pero la presencia de una pluralidad de

NÁNDEZ PORTILLO, J.: "Fiscalidad de las instituciones civiles aragonesas", ponencia de las *Jornadas de Derecho aragonés* (Jaca, septiembre 1990).

La opinión contraria sostuvo, con todo fundamento, Jesús SOLCHAGA LOITEGUI en *Comentarios*, 1993, pp. 611-621.

(6) Como dice la STS de 10-06-2005 para el Código Civil, la sociedad posganancial es "similar a la hereditaria y coincidente con ella, en parte, en cuanto a bienes y personas, al haber

titulares sobre una de las participaciones no hace que sobre ésta existan cuotas individuales en proporción a su participación en la comunidad hereditaria.

Como puso de manifiesto DELGADO respecto de la comunidad conyugal continuada en el Apéndice (7), la participación de cada uno de los partícipes en el patrimonio de la comunidad posconsorcial es compleja:

a) El viudo por una parte, y el conjunto de herederos por otra, tienen cada uno el 50 por 100 sobre la totalidad del patrimonio, activo y pasivo. En consecuencia, no podemos saber cuál es la parte que les corresponde sobre cada uno de los bienes sin referirnos a los demás bienes, créditos y deudas comunes, y, en particular, a los que la comunidad tiene a favor y en contra de los partícipes.

b) La cuota perteneciente a cada uno de los herederos, en caso de pluralidad, está a su vez indeterminada, ya que la participación de todos los herederos sobre la comunidad posconsorcial funciona como un bien concreto dentro de la comunidad hereditaria, y sólo con relación a los demás bienes, derechos y deudas, de la comunidad hereditaria, tendremos la medida de los derechos de los coherederos sobre la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal.

c) Cada objeto concreto de la comunidad posconsorcial pertenece en copropiedad al conjunto de herederos y al viudo, que juntos recomponen la plenitud del derecho sobre ella; pero la medida de su derecho sufre una doble indeterminación: a) indeterminación de la participación relativa al viudo, y la relativa al conjunto de coherederos y b) indeterminación de la participación de cada uno de los herederos, la medida de la cual hay que referirla, a la vez, a la comunidad hereditaria y a la comunidad posconsorcial.

No obstante, señala BLANDINO GARRIDO que, pese al innegable paralelismo existente entre ambas indivisiones, la indivisión posganancial presenta en relación a la hereditaria un relativo particularismo. Ello deriva de que no hay en este caso transformación de una titularidad privativa (la del *de cuius*) en una cotitularidad, sino sucesión de dos figuras de titularidad colectiva (la indivisión "posganancial" sustituye a la comunidad

fallecido uno de los cónyuges, de modo que la demandante sería titular de una cuota disponible no sobre cada bien concreto, sino sobre todo el patrimonio antes consorcial".

Pese a su coexistencia, estas dos indivisiones forman jurídicamente universalidades distintas. *Vid.* al respecto COSSÍO Y CORRAL: 1963, pp. 242 y 246.

(7) DELGADO ECHEVERRÍA: "La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés", ADA, XII, 1963-64, pp. 285-295.

ganancial). En efecto, la indivisión hereditaria es la continuación de la titularidad individual del difunto y, por consiguiente, es a raíz del fallecimiento cuando, previa aceptación de la herencia, los herederos se subrogan en todos los derechos y obligaciones del causante (art. 661 CC). Por el contrario, la indivisión posganancial es continuación de un régimen de cotitularidad, cuyos partícipes –salvo que alguno fallezca o ceda su parte– siguen siendo los mismos. Ello provoca, por una parte, que el cónyuge o ex cónyuge partícipe en la comunidad posganancial conserve la misma titularidad parciaria sobre todos y cada uno de los bienes y derechos que integran la masa común (bienes de los que él ya era gestor en cuanto cónyuge sometido al régimen de gananciales); y, por otra parte, que cada uno siga siendo deudor de las mismas deudas, por las cuales, en su caso, continúa respondiendo el patrimonio común (8).

A la disposición y embargo de la participación en la comunidad posconsorcial que pertenece a los herederos se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria; también las posibilidades de cada coheredero de disponer de su derecho hereditario serán las determinadas por el Derecho de sucesiones. En cambio, para la gestión de la comunidad posconsorcial (art. 71 Lrem.), hay reglas específicas, lo mismo que para la disposición por causa de muerte (art. 73 Lrem.).

En esta situación de doble comunidad, lo normal es liquidar y dividir primero los bienes de la comunidad posconsorcial y luego o a la vez, frecuentemente al fallecer el cónyuge viudo, hacer la partición de la herencia o de las dos herencias. La presencia del usufructo de viudedad hace que, aunque se divida la comunidad en liquidación, el viudo usufructuario mantenga la posesión y administración de los bienes comunes adjudicados en nuda propiedad al caudal relicto, bienes que hasta la división de la comunidad hereditaria seguirán todavía indivisos.

Hacer la partición de la herencia antes que la división del patrimonio posconsorcial, cosa no imposible si todos los interesados están de acuerdo, implica adjudicar la titularidad de la participación consorcial del premuerto a uno o varios sucesores, que pasarán a ser cotitulares de ella en proporción a sus cuotas y, junto con el cónyuge sobreviviente, partícipes en la comunidad que continúa sobre el patrimonio común indiviso; en tal caso, la cuota de cada sucesor en la participación consorcial del causante sería disponible y embargable separadamente.

Hasta la nueva LEC, en la partición judicial de una comunidad hereditaria, si para la determinación de los bienes del causante hubiera de liquidarse el régimen económico matrimonial, cuando había cónyuge sobreviviente era llamado al procedimiento de división de la herencia, a fin de

(8) BLANDINO GARRIDO: 1999, pp. 34-35.

practicar la liquidación del consorcio conyugal con los herederos del cónyuge premuerto; propiamente con el contador partidor en representación de la comunidad hereditaria. Tras la vigencia de la nueva LEC, las partes, de común acuerdo, pueden mantener el anterior sistema; pero la nueva LEC establece dos procedimientos, uno de división de la herencia y otro de liquidación del régimen económico matrimonial, éste previo al anterior (*vid.* AAP Zaragoza 13 noviembre 2001).

IV. Comunidad posconsorcial y usufructo de viudedad

1. Compatibilidad y preferencia en caso de concurrencia.

El viudo usufructuario tiene la posesión, uso y disfrute de los bienes sobre los que recae su derecho real. Hasta la Compilación de 1967 la viudedad legal no era universal, sino que estaba limitada a los bienes inmuebles, si bien podía pactarse con carácter universal. Desde 1967, y en la actualidad también, la viudedad es por ley universal, si bien puede pactarse la reducción o exclusión en los términos previstos en la Ley.

Por otra parte, en la disolución del consorcio conyugal por muerte de uno de los cónyuges, el cónyuge sobreviviente es por ley el administrador del patrimonio común indiviso. Si a la vez es usufructuario universal, o al menos de los bienes de la comunidad, o de parte de ellos, tiene facultades de posesión y administración de estos bienes por dos títulos distintos, que pretenden satisfacer las mismas necesidades sociales, produciendo efectos similares en cuanto a la conservación del patrimonio y cohesión del grupo familiar (9). Pero el destino de los frutos de los bienes comunes no puede ser a la vez para el viudo y para la comunidad. En las cuestiones en las que el régimen del derecho de viudedad y el de la comunidad posconsorcial son incompatibles hay que decidir qué régimen es el que prevalece sobre el otro.

Históricamente se afirma, como hemos visto, la compatibilidad de la viudedad inmobiliaria (establecida por ley) y la incompatibilidad de la universal (voluntariamente establecida) con la comunidad conyugal continuada. Lo cual significa, simplemente, que en un caso prima la regulación de la comunidad continuada y en otro la del derecho de viudedad, subsistiendo de forma latente el régimen no prevalente con posibilidad de ser aplicado en los puntos no contradictorios con el principal. Pero puede afirmarse que es de la misma clase la incompatibilidad parcial de la comunidad continuada con la viudedad limitada que con la universal: el pro-

(9) *Vid.* LACRUZ: ADA, III, 1946, p. 126.

blema es, en ambos casos, el de establecer cuál de los dos regímenes es el aplicable en los supuestos de concurrencia (10).

En la *Compilación*, al existir dos tipos de comunidades que continúan (la continuada propiamente dicha y la comunidad en liquidación), hay dos soluciones distintas para los casos de concurrencia, una para cada tipo de comunidad:

a) El régimen de la comunidad conyugal continuada prevalece sobre el de la viudedad (art. 60-2 *Comp.*) (11). La concurrencia de los supuestos fácticos de la comunidad prorrogada y de la viudedad, cualquiera que sea su extensión, se resuelve en la *Compilación* a favor de la primacía de la primera. La compatibilidad expresamente prevista en el artículo 60-2 *Comp.* representa un evidente sacrificio para el esposo sobreviviente, pues esa compatibilidad se realiza a costa de su derecho de usufructo, que permanece quiescente mientras la comunidad dure (12). La declaración de compatibilidad con la viudedad universal, que no deja de plantear difíciles problemas, significa sustancialmente que, dados los requisitos necesarios tanto para la aplicación del régimen de la comunidad continuada como del de la viudedad universal, prevalece sustancialmente aquél, y en particular los frutos que en otro caso adquiriría el cónyuge como usufructuario pasan a ingresar en la comunidad (13).

b) El régimen de la viudedad prevalece sobre el de la comunidad conyugal en liquidación (deducible del art. 53 *Comp.*). La problemática de las normas del artículo 53 *Comp.* queda, como dice LORENTE SANZ, reducida al examen de la compatibilidad de ellas con las que regulan el usufructo vidual. Habrán de compararse unas y otras para integrar el régimen de esta comunidad conyugal provisionalmente continuada, en que el supérstite sea usufructuario universal y en que el patrimonio se halle pendiente de división (14). El régimen dominante será el de la viudedad.

(10) DELGADO: ADA, XII, p. 233.

(11) *Vid. mis Comentarios*, 1993, pp. 449-452; MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios*, 1990, pp. 193-194; SANCHO REBULLIDA: "La viudedad en la *Compilación del Derecho Civil de Aragón*", en *Estudios de Derecho Civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 607-608 (= ADC, octubre-diciembre 1967); LORENTE SANZ, *BCAZ*, número 26, 1967, p. 100; JIMÉNEZ PÉREZ, Eloy: "Concurrencia sucesoria del cónyuge viudo y de descendientes comunes del mismo y el premuerto en Aragón ante la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte", en *RDCA*, 1999-1, pp. 149-154; SAPENA TOMÁS, Joaquín: *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Zaragoza, 2001, 92 pp.

(12) LACRUZ: *Derecho de Familia*, 1974, p. 400.

(13) DELGADO: "Viudedad universal, omisión de inventario y comunidad conyugal continuada. Adquisiciones a título oneroso por el viudo continuador (Comentario a la sentencia de 19 de febrero de 1970)", *H. Palá*, IFC, Zaragoza, 1974, p. 63.

(14) *BCAZ*, número 26, 1967, p. 90.

2. La preferencia del derecho de viudedad.

En cambio, en la Lrem., al haberse suprimido la comunidad conyugal continuada, la respuesta sólo puede ser una: la propia de la comunidad en liquidación de la Compilación. Expresamente se ha establecido la preferencia del derecho de viudedad en el artículo 74 Lrem., según el cual *los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección* (15).

La preferencia de los derechos y obligaciones derivados del derecho de viudedad, ya en fase de usufructo, es una regla general que opera no sólo respecto del régimen específico de la gestión de la comunidad en liquidación causada por la muerte de uno de los cónyuges (art. 71 Lrem.), sino también respecto del régimen general del activo y pasivo de la comunidad que continúa tras la disolución (arts. 68 a 70 y 73 Lrem.), así como respecto del régimen supletorio en cuanto resulte de aplicación (art. 75 Lrem.).

De esta manera, la falta de liquidación y división del patrimonio consorcial en nada perjudica al cónyuge sobreviviente, pues, de entrada, tiene el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad (art. 101-1 Lrem.). Este derecho de usufructo, unido a su derecho de propiedad sobre la otra participación consorcial, permite afirmar que, al margen de las cuestiones de naturaleza de la comunidad, el viudo tiene el usufructo sobre todos los bienes comunes indivisos, la posesión civilísima de los mismos (art. 101-4 Lrem.), así como los restantes derechos y facultades propios de un usufructuario. Existirá obligación de hacer inventario de los bienes usufructuados en los casos previstos en el artículo 103 Lrem. y la sanción por el incumplimiento de dicha obligación será la contenida en el artículo 106 Lrem.: pérdida por parte del viudo de los disfrutes de la viudedad hasta la terminación del inventario. El usufructo viudal atribuye a su titular los derechos y obligaciones de todo usufructuario, con las modificaciones que resultan de los artículos 101 a 120 Lrem. (art. 107). En particular, los frutos de los bienes afectos al usufructo de viudedad pertenecen en exclusiva al cónyuge viudo (16).

(15) La CADC aprobó el texto propuesto por la ponencia (*vid.* Acta 126, de la sesión de 18 de julio de 2001), texto que no fue objeto de ninguna enmienda y que, por consiguiente, ya no sufrió ninguna modificación en la tramitación parlamentaria.

Recoge el Acta indicada que la ponencia en una redacción anterior del texto de la sección 2.^a había ido haciendo en distintos artículos referencias a la preferencia del derecho de viudedad cuando pudiera surgir un posible conflicto entre las normas de ésta y las de la comunidad en liquidación, pero que finalmente consideró preferible establecer una regla de carácter general.

(16) Sobre el derecho de viudedad en la Lrem., *vid.* BAYOD LÓPEZ, Carmen: 2006, pp. 387-434; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: "La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de

Por tanto, en la actualidad, las relaciones del derecho de viudedad y la comunidad posconsorcial son inversas a las que existían entre la comunidad conyugal continuada y el derecho de viudedad (17). La viudedad es la institución dominante, las deudas y gastos de la gestión del patrimonio común no son compartidos con los herederos nudo propietarios, que tampoco tienen derecho a los frutos y beneficios con ella obtenidos. Las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común debe soportarlos el viudo usufructuario (arts. 112 y ss. Lrem.), que es quien tiene derecho a percibir todos los frutos y rendimientos de los bienes usufructuados (arts. 107 Lrem., 471 y ss. CC). La preferencia del derecho de viudedad hace inaplicables la letra a) del artículo 68 y la segunda parte del artículo 69-1 Lrem. El viudo administra en beneficio suyo y debe soportar las cargas propias del usufructo.

Por su parte, los herederos del premuerto tienen los derechos y obligaciones de todo nudo propietario y en particular las facultades concedidas en la regulación del usufructo viudal: pedir inventario y fianza, intervenir en su formalización, solicitar mientras tanto la adopción de medidas cautelares, requerir su conclusión cuando haya finalizado el plazo para tener derecho a los disfrutes de la viudedad hasta la terminación del inventario (cfr. arts. 104 a 106 Lrem.); concurrir con el viudo para la enajenación de la plena propiedad de bienes determinados (art. 108 Lrem.), pactar con el viudo la transformación del usufructo (art. 109 Lrem.), acudir al juez para que dicte las medidas oportunas cuando de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se deriven graves perjuicios para ellos (art. 110 Lrem.), ejercitar las facultades y opciones reconocidas en relación a los gastos y mejoras (art. 112 Lrem.), reparaciones extraordinarias (art. 113 Lrem.), tributos (art. 115 Lrem.), seguros (art. 115 Lrem.), alimentos (art. 116 Lrem.), usufructo de fondos de inversión (art. 118 Lrem.), etc.

3. Consecuencias de la coexistencia de los dos regímenes.

Pero en las cuestiones en que no hay concurrencia entre ellas, las dos instituciones son compatibles y contribuyen a la conservación del patri-

febrero de 2003”, en *Libro Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, 2 volúmenes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 311-331; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio (ponente), BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, y LERMA RODRIGO, María del Carmen (coponentes): “Extinción del derecho expectante de viudedad”, en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 131-160.

(17) Vid. SANCHO REBULLIDA: “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, en *Estudios de Derecho Civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 607-608 (= ADC, octubre-diciembre 1967). En el texto me sirvo del planteamiento de este autor, al que intento darle la vuelta para aplicarlo a la situación actual, que es inversa a la anteriormente existente.

monio y al mantenimiento de la cohesión familiar; tanto el usufructo de viudedad como la comunidad en liquidación se originan por el hecho y desde el momento del fallecimiento de un cónyuge; esta coexistencia se traducirá en interesantes consecuencias prácticas, principalmente:

a) Producción inmediata de los efectos o manifestaciones de la comunidad en liquidación que sean material y actualmente compatibles con el régimen de la viudedad; así sucederá con el ingreso en el patrimonio común de los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes, así como de los incrementos y accesiones de éstos [art. 68-b) y c) Lrem.], pero seguirán afectos al usufructo de viudedad (18); así sucederá también con las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal, así como con los gastos necesarios y útiles, reparaciones extraordinarias y tributos que no sean de cargo del usufructuario (cfr. arts. 112, 113 y 114 Lrem.), todos ellos serán de responsabilidad de los bienes comunes en los términos de los artículos 69 y 70 Lrem. Por otra parte, la disposición por causa de muerte se regirá por el artículo 73 Lrem., y también en el artículo 71 hay algunas facultades de administración y disposición entre vivos (deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos –art. 71-2–, hacer donaciones a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos –art. 71-3–), que exceden de las que pudieran corresponder al viudo en virtud del usufructo de viudedad, como indica el propio artículo 71-4.

b) Separación, en lo que sea necesario, de una institución y la otra: El usufructo puede recaer sobre bienes que no pertenecen a la comunidad, y en la viudedad paccionada, bienes de la comunidad (por ejemplo, los muebles) pueden estar excluidos del usufructo. Más difícil resulta imaginar un supuesto de enajenación de bienes comunes durante el consorcio conyugal, sin pérdida del derecho expectante del cónyuge que no ha concurrido a la operación ni ha renunciado a su derecho, supuesto en el que en fase de usufructo viudal podría éste recuperar el uso y disfrute, pero, obtenido, no se integraría en el patrimonio consorcial.

(18) Como dice DELGADO (ADA, XII, 1963-64, p. 228), ni siquiera todos los problemas sobre aumentos y productos de los bienes indivisos quedan resueltos aplicando las normas de la viudedad: el titular de la viudedad hará suyos los frutos y productos en cuanto puedan caer dentro del derecho de usufructo, pero ¿y los aumentos de valor de los bienes usufructuados? ¿Y las accesiones? El viudo no los hace suyos (ningún usufructuario los haría); forman parte de la masa indivisa, común o privativa del premuerto, cuya titularidad comparte el viudo con los herederos o pertenece exclusivamente a éstos y, cuando se proceda a la división, las plusvalías y accesiones de los bienes comunes corresponderán por mitad a estos herederos y al viudo (o a los suyos) y las de los privativos del prefallecido a sus herederos.

c) Restablecimiento automático, *ope legis*, del régimen de la comunidad posconsorcial en su total manifestación, tan pronto se extinga el usufructo de viudedad por cualquier causa y permanezca la indivisión del patrimonio común. Los frutos y rendimientos de los bienes comunes indivisos pertenecen a los comuneros y no exclusivamente al viudo. Al no haber viudedad sólo hay comunidad en liquidación (19). Pero como ésta, en el plano de la gestión, tiene una doble manifestación, habrá que determinar cuál de las dos es ahora la aplicable. En caso de muerte del cónyuge viudo, el régimen ha de ser el de la disolución por otras causas; y lo mismo cabe decir para todos los casos de pérdida de la viudedad como sanción por el comportamiento del viudo, que si no es digno de mantener el derecho de viudedad tampoco ha de serlo para conservar su condición de administrador de la comunidad en liquidación.

En suma, la preferencia del derecho de viudedad no excluye la coexistencia y compatibilidad con la comunidad que continúa y la aplicación de las normas de ésta que no sean material y actualmente concurrentes con las derivadas del régimen de la viudedad. En las cuestiones en las que hay concurrencia, es el régimen de la comunidad en liquidación el que queda como comprimido, limitado y provisionalmente excluido, pero con toda su flexibilidad y capacidad de expansión; en aquellas manifestaciones que no encuentren obstáculos constante la comunidad, ésta se manifestará actual y realmente; en las demás se manifestará por su propio impulso y sin necesidad de acto alguno, tan pronto desaparezca el obstáculo.

4. El usufructo del cónyuge viudo en el Código Civil.

Al cónyuge viudo le corresponde en la sucesión del cónyuge premuerto un derecho de usufructo del tercio destinado a mejora cuando concurre con descendientes del mismo (art. 834 CC). No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 CC). No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia (art. 838 CC) (20).

Al no ser un usufructo universal se plantean muchos problemas. ¿En qué medida afecta a la participación del cónyuge premuerto? Si por dis-

(19) En este caso –dice LORENTE SANZ– puede hablarse, por tanto, de pseudo-sociedad conyugal continuada o consorcio o comunidad *sui generis* [“La omisión de inventario en la viudedad (notas para su estudio)”, *Hmo.*, Zaragoza, 1954, p. 509].

(20) El estado de la cuestión sobre estos preceptos puede verse, por todos, en BUSTO LAGO: “Comentario a los artículos 834-840”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ), Ed. Aranzadi, 2.ª edición, 2006, pp. 1024-1030.

posición del testador que la destina al tercio de mejora, o por efecto de la partición hereditaria, la participación en el patrimonio posganancial resulta toda ella afectada por el usufructo del cónyuge viudo, podría servir la solución aragonesa: la administración y los frutos de todo el patrimonio común son para el viudo. Por la misma razón, pudiera ser que el usufructo en nada afectara a la participación en la comunidad posganancial. Pero, a falta de disposición del testador o de partición que clarifique la situación de la porción que le corresponde en el patrimonio común, habrá que entender que este bien, como todos los demás de la comunidad hereditaria, está afecto, en la proporción que corresponda (un tercio, un medio o dos tercios) al usufructo del viudo (21).

Ahora bien, el usufructo sobre la cuota posconsorcial, al no ser universal y al hallarse los bienes de esta comunidad indivisos, no parece que pueda trasladarse sobre concretos bienes comunes. El usufructo recae sobre una fracción de la cuota, lo que da derecho al usufructuario a esa parte proporcional de frutos y a intervenir en la gestión de la cuota.

Queda la duda de si los frutos restantes, de esta porción y de la otra, se hacen comunes, según la regla general, o si corresponden al viudo los de su mitad (además de los que le corresponden por el usufructo). Es la solución aragonesa cuando el usufructo es universal. En cambio, aquí, al no ser universal, no parece justo tratar mejor al cónyuge viudo que a los herederos, en la medida en que también éstos son plenos propietarios de la cuota. Si todos los frutos que no correspondan al usufructuario son para la comunidad posganancial y luego se reparten en la división por mitad, resultan favorecidos los herederos. Por ello, la solución más coherente puede ser entender que la presencia del usufructo hace que los frutos ya no sean para la comunidad: de la mitad correspondiente a la cuota de los herederos una parte es para el viudo como usufructuario y otra para los herederos, mientras que la otra mitad de los frutos corresponde al viudo como titular de la otra cuota.

En esta situación, el viudo, en cuanto titular de una participación y usufructuario de parte de la otra, tiene la mayoría, por lo que, de conformidad con el artículo 398 CC, a él le corresponde la administración de la comunidad posganancial (22).

(21) GALICIA AIZPURÚA (2000, p. 754) entiende que, no habiéndose liquidado la comunidad, no es posible conocer aún qué concretos bienes han de resultar gravados por el usufructo viudal.

(22) Indica BLANDINO GARRIDO (1999, p. 33) que "si el cónyuge supérstite sólo resulta llamado a la herencia de su consorte en su condición de usufructuario legal (arts. 834 y ss. CC), no formará parte de la comunidad hereditaria, pues entre usufructuarios y nudo propietarios, titulares de derechos reales distintos, no puede existir indivisión. Ahora bien, la cuota usufructuaria en la herencia del premuerto debe ser computada en la determinación de la mayoría exi-

V. Comunidad posconsorcial, usufructo de viudedad y fiducia sucesoria

Hasta aquí hemos partido del presupuesto de que a la muerte de uno de los cónyuges se abre su sucesión y tiene lugar, por sucesión voluntaria o legal, la transmisión de su herencia a los llamados a ella que la aceptan. Pero la delación de la herencia y, por tanto, la adquisición por los herederos, se retrasa en caso de fiducia hasta que el fiduciario cumple su encargo. En este caso, mientras la herencia se halla pendiente de asignación, no hay herederos todavía y nos encontramos en una situación de herencia yacente que, en la actualidad, se halla bien regulada en la Ley de sucesiones.

El cónyuge viudo es, conforme a las reglas de la comunidad en liquidación, su administrador, y es también, normalmente, usufructuario de todos los bienes del premuerto. Pero en caso de fiducia, a falta de herederos del premuerto, surgen una serie de preguntas: ¿quién administra y representa a la herencia yacente?, ¿cómo se dispone de los bienes objeto de la fiducia?, ¿quién puede solicitar y practicar la división de la comunidad matrimonial en liquidación?, etc.

En la Compilación las cosas eran muy complicadas; en la actualidad han cambiado y ahora todo es bastante más sencillo (23).

1. La herencia pendiente de asignación en la Compilación.

En el Apéndice, la situación de pendencia que se crea desde la apertura de la sucesión hasta que el fiduciario cumple su encargo y los designados herederos aceptan la herencia carecía de regulación específica, por lo que era necesario aplicar la propia de la herencia yacente del Código Civil.

Es la Compilación de 1967 la que introduce en su artículo 113 una regulación de la situación de pendencia en la fiducia sucesoria, estableciendo que “mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente el encargo recibido, la administración y disposición de los bienes pendientes

gida en el artículo 398 CC, a efectos de la administración de los bienes del patrimonio posganancial”.

(23) Me sirvo en este apartado de algunas de las ideas expuestas en mi “Comentario STS de 2 de abril de 2003: Contrato privado de permuta: petición de elevación a escritura pública *versus* petición de resolución por incumplimiento; situación del codemandante enfermo mental no incapacitado; Derecho aragonés: permuta no cumplida por el causante, derecho de viudedad y representación de la herencia pendiente de asignación mientras se ejecuta la fiducia sucesoria: inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario que obligue a demandar también al cónyuge viudo fiduciario y usufructuario universal”, en CCJC, número 65, 2004, pp. 503-534 (marginal 1736).

de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria”. Esta es la norma que desde la vigencia de la Compilación hay que aplicar a toda sucesión con fiducia sucesoria que se abra con posterioridad, y ello también en el hipotético caso de que el testador ya no sea de vecindad civil aragonesa al fallecer. Hasta su derogación, en el año 1999, la norma del artículo 113 Comp. no fue objeto de modificación alguna, por lo que su texto ha sido siempre el de 1967.

La situación de pendencia contemplada en el artículo 113 Comp. puede durar muchos años, puesto que el cónyuge fiduciario no tiene plazo para ejecutar su encargo y además puede hacerlo en testamento, en cuyo caso habrá que esperar a su muerte para que lo dispuesto surta efectos frente a terceros (cfr. art. 111 Comp.). Pero, cualquiera que sea su duración, el artículo 113 Comp. no dice que en este tiempo exista una comunidad hereditaria (algo de todo punto imposible puesto que no hay todavía herederos o sucesores que puedan integrarla), sino que se aplicarán sus normas a la situación de pendencia creada por la existencia de fiducia no cumplida.

Además, en la fiducia sucesoria aragonesa no existe una situación asimilable a la de una sustitución fideicomisaria, por la sencilla razón de que el fiduciario no es heredero ni sucesor, ni están designados tampoco los sucesores. Ni el fiduciario es sucesor, ni hay otros que lo sean. Y que no haya sucesores durante la pendencia de la fiducia sucesoria no impide que el cónyuge viudo tenga el usufructo de todos los bienes del premuerto.

Pues bien, en esta situación lo que nos dice el artículo 113 Comp. es que “la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria”. Pero esta norma entra en concurso con las de la viudedad y la comunidad conyugal en liquidación. Los bienes del premuerto los usufructúa el cónyuge viudo y los bienes del patrimonio común los gestiona también el cónyuge sobreviviente. Ya sabemos que, en caso de comunidad conyugal en liquidación, el régimen del derecho de viudedad tiene preferencia sobre el de aquélla. Y lo mismo cabe afirmar respecto del régimen de la herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria: sus normas sólo serán aplicables en cuanto no haya otras de aplicación preferente. Con lo cual resulta que en primer lugar hay que atender a lo dispuesto en sede de derecho de viudedad, completado en lo compatible con lo previsto para la comunidad en liquidación, y finalmente, en lo no resuelto por estas normativas, aplicar la norma del artículo 113 Comp.

Así, por ejemplo, las deudas de gestión del patrimonio común serán de cargo del viudo que tiene el usufructo del mismo; las deudas comunes anteriores a la disolución del consorcio conyugal podrán exigirse del cónyuge viudo que es ahora su administrador; pero las deudas privativas del

cónyuge premuerto no son responsabilidad del cónyuge viudo, ni como usufructuario ni como administrador del patrimonio común: habrá que aplicar las normas de gestión de la comunidad hereditaria.

Por otra parte, el viudo usufructuario no tiene facultades para disponer de bienes de la herencia del premuerto, ni el cónyuge sobreviviente tiene, normalmente, facultades de disposición de los bienes del patrimonio de la comunidad en liquidación. Para disponer habrá que atender igualmente a lo dispuesto en el artículo 113 Comp. y contar con el consentimiento de la "comunidad hereditaria".

Pues bien, en estos casos, la "comunidad hereditaria" estará integrada por los presuntos herederos del cónyuge premuerto. Será a esa "comunidad hereditaria" a la que habrá que acudir para todos los actos de administración y disposición de bienes de la herencia yacente que el cónyuge viudo, en cuanto usufructuario o administrador del patrimonio común, no pueda realizar por sí solo.

El artículo 113 es un precepto introducido por la Compilación en 1967, inexistente en el Apéndice, que ha sido muy criticado por la doctrina por remitir a las normas de la comunidad hereditaria del Derecho supletorio, prácticamente inexistentes salvo en lo relativo a la partición; por la incongruencia que supone remitir a las normas de la comunidad hereditaria cuando en la situación de pendencia no hay todavía –en el supuesto normal– sucesores designados; también por la falta de claridad en la coordinación de la norma del artículo 113 Comp. con los derechos del cónyuge viudo usufructuario, con independencia de si es o no a la vez fiduciario. Por lo demás, era la única norma prevista para los complejos problemas que la situación de pendencia plantea (24).

2. La situación de pendencia en la regulación vigente.

No habiendo sucesores, en la nueva LEC se dice expresamente que pueden ser parte en los procesos ante los tribunales civiles las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular (art. 6-1-4.º LEC); tales masas o patrimonios comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, los administren (art. 7-5 LEC); para la situación general de herencia yacente previene el artículo 798 LEC que *mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el admi-*

(24) Vid. por todos MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *La fiducia sucesoria en Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, y ZUBIRI SALINAS, Fernando: "Comentarios al título de la fiducia sucesoria", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J. L. LACRUZ BERDEJO y J. DELGADO ECHEVERRÍA, volumen III, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 353-469.

nistrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercerán en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley aragonesa de Sucesiones de 1999 (Lsuc.), después de regular la administración de la herencia yacente, dice en su apartado 5 que *la situación jurídica de la herencia yacente en los casos de fiducia se regirá por sus propias normas.* Ya en sede de fiducia sucesoria, el apartado 2 del artículo 133 Lsuc. reitera que *mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en el capítulo siguiente.*

El capítulo siguiente está dedicado a “la herencia pendiente de asignación” que comprende siete largos artículos (del 134 al 140 Lsuc.), el primero de los cuales, que lleva por rúbrica “administrador y representante”, dice en su apartado 1 que *pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá:*

1.º Al cónyuge viudo sobre todos los bienes y derechos del premuerto, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, o, en otro caso, sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad.

2.º Al fiduciario o fiduciarios.

Es el cónyuge viudo el administrador nato del patrimonio sujeto a fiducia, aunque él no sea fiduciario, mientras sea el administrador de la comunidad conyugal disuelta y no liquidada, pero también después sobre los bienes que tenga en usufructo; incluso en el caso de que el viudo no sea administrador de los bienes consorciales indivisos, ni tenga usufructo de viudedad, será el administrador de la fiducia si ha sido designado fiduciario. El cambio con la situación anterior es muy grande: se cuenta con el viudo siempre que ya es administrador de bienes de la herencia por algún otro título y, en su defecto, se atribuye la administración y representación al fiduciario o fiduciarios, sin que en ningún caso sea preciso contar para nada con los “presuntos herederos”.

Las posibles dudas que pudieran quedar sobre las posibilidades de actuación del administrador de la fiducia se resuelven con claridad en el artículo 137 Lsuc., titulado “contenido de la administración y representación”, que dice así:

1. El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior [entre ellas están las cargas y deudas de la herencia], gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar

créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.

2. *En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.*

Con esta regulación queda claro que hay que demandar exclusivamente al administrador y representante del patrimonio sujeto a fiducia, no al cónyuge viudo cuando no ostente este cargo; el administrador está obligado a satisfacer las cargas y deudas de la herencia y, asimismo, puede cobrar los créditos vencidos de que fuera titular el causante.

Sin duda es una regulación mucho más completa y clarificadora de la situación de pendencia de la herencia sujeta a fiducia sucesoria (25). Pero, en todo caso, hay que recordar que es una regulación concurrente con la del derecho de viudedad y la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio, concurrencia que en caso de incompatibilidad se resuelve con la aplicación preferente del régimen del derecho de viudedad, después del régimen de la comunidad en liquidación y, por último, del régimen de la fiducia sucesoria en situación de pendencia (26). Como el cónyuge viudo

(25) Vid. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "De la fiducia sucesoria", en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 109-121 (= *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999-1, pp. 87-96); PASTOR EIXARCH, Luis: "La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria", en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1999, pp. 141-185; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Carmen: "El consorcio foral aragonés: derecho transitorio, nacimiento y caso de fiducia", en RJN, número 30, 2000, pp. 191-207; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: "De la fiducia sucesoria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIV, volumen 1.º, Edersa, Madrid, 2002, pp. 859-1029; CURIEL LORENTE, Fernando: "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos", en *Actas de los Undécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 89-112; MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús: "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés", en M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL (coords. generales): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV: *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Consejo General del Notariado y Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2005, pp. 305 a 357; PARRA LUCÁN, M. A.: "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho Civil Aragonés* -dir. J. DELGADO-, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 529-557; SERRANO GARCÍA, José Antonio: "Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés", en *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán* (coords.: Sergio NASARRE AZNAR y Martín GARRIDO MELERO). Monografías *La Notaría*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2006, pp. 243-265; en este mismo volumen, CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa", pp. 223-241.

(26) En el caso resuelto por la STSJ Aragón de 10 de marzo de 2006 dice el Tribunal que "resulta que el cónyuge viudo tenía la administración de la herencia pendiente de asignación en su condición de usufructuaria universal de los bienes de su esposo (art. 134-1-1.º Lsuc.)

tiene la administración de los bienes comunes por los tres títulos (usufructuario, administrador de la comunidad y administrador de la fiducia), las reglas de administración de la fiducia serán útiles para la gestión de los bienes privativos del cónyuge premuerto o de los comunes una vez partidos y no afectos al usufructo de viudedad (si llega a darse este supuesto), pero también como complemento de las otras reglas de gestión (27).

A las facultades de disposición del fiduciario se refieren los artículos 138 y 139 Lsuc., las facultades de asignación de la participación consorcial o de bienes del patrimonio común en uso parcial de la fiducia se desprenden de los artículos 141 a 143 Lsuc., artículos que comentaremos al tratar de la gestión en la disolución por muerte.

Además, la Lsuc. concede al fiduciario la facultad de *solicitar la liquidación* de la comunidad conyugal disuelta (art. 140 Lsuc.), previsión que ha sido reiterada en el artículo 76 de la Lrem. (*derecho a la división*) y que sólo tiene sentido cuando el fiduciario no sea el cónyuge viudo, pues, si lo es, esta facultad ya le corresponde en cuanto partícipe. Pero la Lrem. ha regulado también la liquidación y división de la comunidad que continúa cuando la herencia del premuerto se halla en situación de fiducia pendiente de cumplimiento (art. 77, apartados 2 y 3).

Parece que las conclusiones a las que se llega en Derecho aragonés son exportables al Código Civil cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 831 en la redacción que le ha dado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

y hacía suyos los frutos que se obtenían; consiguientemente, si [la usufructuaria] en vez de ejercer personalmente dicha administración encomendaba parte de sus funciones a su hijo José Alfonso, asignándole una retribución, el pago de la misma no es a cargo del caudal relicto, sino de ella, pues es quien percibe los frutos, ostentando la administración del total patrimonio del esposo en su condición de cónyuge usufructuario". Por tanto, la deuda exigible (de existir) debía ser satisfecha por la viuda en su condición de cónyuge usufructuario.

(27) La CADC no consideró necesario introducir ninguna norma específica para regular la administración de la comunidad en liquidación en caso de fiducia sucesoria, por entender que las normas sobre gestión del patrimonio pendiente de asignación de la Lsuc. concuerdan bien con las de gestión de la comunidad posconsorcial (*vid.* Acta de la sesión de 27 de enero de 2000).

CAPÍTULO II

BIENES COMUNES

I. Patrimonio inicial

Lo mismo que decía el artículo 62 de la Compilación para la comunidad conyugal continuada cabe decir ahora para la comunidad que continúa tras la disolución: ésta asume el activo y pasivo del disuelto consorcio conyugal (1). Así es también, sin duda, en la comunidad posganancial (2).

En Aragón así se deduce, para el activo, del inicio del artículo 68 Lrem., que da por supuesto que el patrimonio común inicial tiene la misma composición que el patrimonio final del consorcio conyugal y se limita a decir qué bienes ingresan en él; para el pasivo, el artículo 69-1 Lrem, al principio, deja claro que los bienes comunes responden también “de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal”.

La situación del patrimonio de la comunidad posconsorcial en el momento en que se disuelve el consorcio conyugal parece ser la de una masa patrimonial indivisa compuesta de todos los bienes que marido y mujer

(1) Sigo aquí, con las necesarias adaptaciones y añadidos, lo escrito en 1993 al comentar el artículo 62 Comp. (vid. SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, pp. 467-469).

(2) Dice la STS de 23 de diciembre de 1992 que “nos encontramos ante una sociedad de gananciales en liquidación; como consecuencia de ello, aun cuando dicha sociedad haya dejado de existir a título de estricto patrimonio dinámico, esto es, productor de beneficios, cargas o gravámenes que sus bienes originaban, unos y otros seguirán beneficiándole o gravándolo mientras subsista la fase liquidatoria, bien que ya no con sujeción a las normas que lo regulaban cuando era patrimonio ganancial propiamente dicho, sino a título o manera de una comunidad continuada de naturaleza más bien germánica cual acontece con la hereditaria –arts. 1.402 y 1.410 CC y SS de 11 de junio de 1951, 20 de octubre de 1958 y 17 de febrero de 1992, así como Rs. DGRN de 10 de julio de 1952, 20 de octubre de 1958, 22 de mayo y 16 de octubre de 1986”.

Señala LACRUZ (2005, p. 247) que “la comunidad posmatrimonial se inicia en el momento de cesar la sociedad de gananciales, como sucesora de ella, sin solución de continuidad. Cada cónyuge o ex cónyuge conserva la titularidad parciaria que tenía, y sigue siendo deudor de las mismas deudas, por las cuales, en su caso, continúa respondiendo el patrimonio común. Los herederos reciben la misma posición que hubiera tenido su causante en la comunidad disuelta”. Por consiguiente –en palabras del mismo autor–, una vez disuelta la comunidad de gananciales queda, no sólo una masa indivisa de bienes, sino, a la vez, un conjunto de deudas que los gravan, y de las que son acreedores, ya terceras personas, ya los propios cónyuges (1963, p. 570).

Dice RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 72; 2000, p. 2527) que “es lógico considerar que el patrimonio posganancial queda constituido *ab initio* por todos aquellos bienes que conformaban el patrimonio ganancial; sin que, en principio, quepa la posibilidad de incrementarlo a través de las fuentes propias que lo nutrían”. Añade (p. 2528) que “dicha comunidad responderá de las deudas que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga alguno de ellos [los comuneros] con posterioridad”.

poseían como propios o como comunes a ambos, de modo que todos ellos les siguen perteneciendo de la misma manera y, en caso de disolución por muerte, son administrados indiferenciadamente por el supérstite (por títulos diferentes: propietario, usufructuario, viudo continuador). Esto no significa que todos los bienes así tratados tengan o adquieran la misma naturaleza; por el contrario, para la liquidación de la comunidad que continúa será tarea previa reconstruir en cuanto sea posible la verdadera situación jurídica de aquellos bienes existentes a la disolución del consorcio conyugal y de los que se ha utilizado quizá sin discriminación (3).

1. El activo inicial del patrimonio posconsorcial.

Aunque los bienes comunes y los privativos permanezcan inicialmente indivisos, especialmente en el caso de disolución por muerte, sólo forman propiamente el patrimonio de la comunidad en liquidación los bienes comunes del consorcio determinados por las capitulaciones matrimoniales (4) o, en su defecto, por las normas reguladoras del activo del consorcio conyugal (arts. 28-35 Lrem.). Tanto los créditos de la comunidad contra los patrimonios privativos como contra terceros integran también el activo y no se fraccionan entre los partícipes (5). La disolución del consorcio produce el efecto de sustituir la comunidad conyugal legal por la comunidad que continúa, sin solución de continuidad. Los cónyuges o el cónyuge sobreviviente y, en lugar del premuerto, sus herederos, son titulares de la masa de bienes comunes existente a la disolución del consorcio.

A los frutos de los bienes privativos pendientes en el momento de la disolución del consorcio conyugal se les aplica por analogía las normas referentes a la liquidación de frutos en el usufructo (cfr. art. 111 Lrem.).

Desde el momento de la disolución del consorcio deja de aplicarse frente a terceros la presunción de comunidad del artículo 35 Lrem. No quiere esto decir que los bienes comunes presuntos dejen de serlo, sino que la presunción sólo opera con todo su vigor previa prueba de que el bien se adquirió vigente el consorcio conyugal.

(3) DELGADO: ADA, XII, 1963-64, p. 206.

(4) Pero, como dice DELGADO (ADA, XII, 1963-64, p. 207), estas determinaciones capitulares no rigen para el desarrollo de la continuada, que, en cuanto a la dinámica de su patrimonio, no es alcanzada por las estipulaciones ordenadoras de la vida económica del matrimonio.

(5) De modo que ninguno de los cónyuges puede, mientras dura la indivisión, exigir el pago de su mitad del crédito, ni el deudor puede librarse parcialmente pagando la mitad a uno de los cónyuges. Del mismo modo, cuando exista un crédito consorcial contra uno de los cónyuges, a pesar de que el deudor sea a su vez cotitular de ese crédito ganancial, no se dice por ello que sea deudor de la mitad.

2. El pasivo inicial del patrimonio posconsorcial.

Del mismo modo, la comunidad que continúa asume también las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal (art. 69-1 Lrem.), de manera que la situación inicial del patrimonio de la nueva comunidad es, en el activo y pasivo, la del patrimonio común al disolverse el consorcio. La comunidad que continúa asume, no las mismas fuentes de ingresos, pero sí las posiciones activas y pasivas ya existentes (6). Y no sólo sucede en las deudas frente a terceros, sino también en las relaciones internas entre las masas patrimoniales en juego. Quiere esto decir que si, a la disolución del consorcio, los bienes comunes eran deudores a los privativos del marido (por ejemplo, por haberse confundido su dinero propio con el caudal común), la comunidad que continúa recibe el patrimonio común con esta deuda. Lo mismo si la deuda es a favor de la mujer o de los herederos de uno u otro (7).

Obsérvese que, aunque, en principio, la participación que corresponde a los cónyuges, o al supérstite y a los herederos del premuerto, en el patrimonio común es idéntica (mitad para cada uno, o mitad para el viudo y mitad para los herederos), el valor real de la participación que en él corresponde a su titular, en el momento de la disolución del consorcio, puede ser muy distinto en función de las cantidades que se adeuden al fondo común. Durante la continuación, si no se pacta cosa distinta (8), la cuota seguirá siendo del 50 por 100, pero en la liquidación y división del patrimonio común se tendrán en cuenta los créditos y deudas existentes entre la masa común y las privativas de los cónyuges o herederos. La cuota ahora es enajenable y embargable.

(6) LACRUZ: *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 401.

(7) DELGADO: ADA, XII, p. 211. Así, cuando un cónyuge sea acreedor frente a la masa común tendrá derecho, no a la mitad de la deuda, sino al todo, y ello a pesar de que la deuda afecta a un patrimonio del cual el acreedor también es titular.

(8) No existe en la doctrina del CC, según dice BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 42-43, nota 59), acuerdo sobre la validez de un posible pacto entre los cónyuges que altere las cuotas legales de división de la sociedad de gananciales del 50 por 100 fijadas legalmente: en contra de esta posibilidad se alegan los artículos 32 Const. y 1.328 CC, preceptos ambos en los que se establece la igualdad entre los cónyuges y la nulidad de cualquier pacto que atente contra este principio; a favor del carácter dispositivo de la fijación legal de las cuotas se argumenta que los cónyuges pueden contratar libremente (art. 1.323 CC) y que aunque debieran respetar las cuotas nada les impediría, después de realizadas las adjudicaciones, cambiar la situación por medio de otros negocios. Sobre el tema, puede consultarse ROBLES LATORRE: 1996, pp. 25-26.

II. Ausencia de presunción de comunidad frente a terceros

1. La situación en la comunidad conyugal continuada.

En la doctrina y jurisprudencia del Apéndice (9) predomina claramente la tendencia favorable a la aplicación en la comunidad continuada de la presunción de comunidad del artículo 49, según el cual “tienen la consideración de comunes de la sociedad [...] 3.º Por presunción legal, cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o a la mujer no esté suficientemente comprobada”. Con ello todos los bienes adquiridos por el viudo se presumían comunes, recayendo en él la prueba de la regular subrogación en su patrimonio privativo. En este sentido se pronuncian las SSAT Zaragoza de 26 de mayo de 1944, 30 de diciembre de 1953 y 8 de julio de 1960.

Esta opinión, con todo, no ha prevalecido siempre. La rechaza la SAT Zaragoza de 28 de mayo de 1948 (10) y la STS de 19 de febrero de 1970 (11). También CAMÓN AZNAR se muestra opuesto a la presunción de comunidad, e incluso al principio de subrogación, afirmando que las adquisiciones a nombre propio, aun con dinero de la sociedad, provocarán una adquisición propia y no común (12). Según DELGADO, la aplicación de la presunción de comunidad del artículo 48 del Apéndice, dictada para la sociedad conyugal, a la sociedad continuada, es por lo menos discutible, no obstante se inclina a predicar la aplicación analógica de la norma de presunción (13).

En cambio, si los bienes han sido adquiridos por los herederos (da lo mismo que estén o no en la situación de trabajo en familia) los hacen suyos, aunque el dinero provenga del patrimonio común, puesto que carecen de facultades de administración y disposición sobre el mismo. Nacerá en este supuesto un crédito a favor del patrimonio común.

La Compilación incluyó, en el apartado 3 del artículo 63, un texto del siguiente tenor: *Frente a terceros, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad, se considerarán privativos del adquirente.*

(9) Reproduzco aquí gran parte de lo escrito en 1993 al comentar el artículo 63-3 Comp. Vid. SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, pp. 478-479.

(10) ADA, V, 1949-50, con comentario en contra de LORENTE SANZ.

(11) Sentencia que aplica la normativa del Apéndice y acoge el principio de subrogación con prueba de ésta. Vid. el comentario de J. DELGADO ECHEVERRÍA, en HPalá, Zaragoza, 1974, pp. 57-64.

(12) Hmo., Zaragoza, 1954, p. 226.

(13) HPalá, Zaragoza, 1974, pp. 62-63.

El artículo 63 Comp., aplicable tanto al viudo como a los partícipes herederos, no establece ninguna presunción de comunidad y tiene por finalidad que, frente a terceros, no pueda pretenderse la aplicación analógica de la presunción de comunidad del artículo 40 Comp., para el consorcio conyugal. Es un apartado que está directamente relacionado con el número 2.º del artículo 63-1, según el cual, *constante la comunidad continuada, ingresarán en el patrimonio común los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes de la comunidad*. El artículo 63-3 quita fuerza frente a terceros al principio de subrogación real en la condición de bien común del adquirido con fondos comunes si la adquisición la ha hecho un partícipe a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad: en tal caso, frente a terceros, el bien es propio del adquirente.

Dice LACRUZ que “la condición común o privativa de los bienes que se hallan en poder del cónyuge administrador es, pues, cuestión de prueba. No obstante, sería excesivo presumir la naturaleza privativa de tales bienes, gravando a los partícipes con una demostración de su pertenencia al consorcio nada fácil acaso de realizar. Yo pienso que hay una suerte de presunción de hecho en favor de la comunidad (referida a los bienes en poder del cónyuge administrador) que el juez apreciará en cada caso con mayor o menor fuerza según las circunstancias, y que podrá desvirtuarse con cierta facilidad: demostrando, por ejemplo, no la propiedad privada de unos concretos objetos, sino el hecho de que el cónyuge tenía ingresos propios suficientes para comprarlos, y que él fue quien los compró luego de disuelto el matrimonio, etc.” (14).

2. La situación en la comunidad conyugal en liquidación.

La situación en la Ley de 2003 creo que no ha cambiado respecto de la existente en la Compilación para la comunidad conyugal continuada, que, en realidad, era ya una situación aplicable también entonces a la comunidad conyugal en liquidación.

La nueva Ley, como la Compilación, no ha establecido una presunción de comunidad para la comunidad posconsorcial. Por tanto, disuelta la comunidad matrimonial, deja de aplicarse la presunción de comunidad del artículo 35 Lrem. (o 1.361 CC), lo mismo que deja de aplicarse todo el régimen propio del consorcio conyugal. La aplicación supletoria del régimen de la comunidad hereditaria, ordenada por el artículo 75 Lrem. (o 1.410 CC), tampoco conduce a la existencia de una presunción de este estilo.

Tras la disolución del consorcio conyugal, la adquisición por los cónyuges o partícipes de bienes de cualquier clase a título oneroso, mientras

(14) *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 401, n. 53.

dure la comunidad posconsorcial, no se considera hecha a costa del caudal común; ni se presumen comunes *erga omnes* todos los bienes que hayan adquirido durante este tiempo, cuyo carácter propio, con arreglo a los principios del Derecho patrimonial, no puedan justificar.

Durante la comunidad posconsorcial, las adquisiciones a título oneroso de los partícipes casados se rigen por las normas de su régimen económico matrimonial (15) y las de los no casados por las normas aplicables a las adquisiciones de una persona no casada. Salvo en los regímenes de comunidad, es el título de la adquisición el que sirve para determinar al adquirente y no la procedencia de los bienes empleados para el pago (16). En el régimen de separación de bienes, *cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad de algún bien o derecho o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitades indivisas* (art. 24-2 Lrem.).

No obstante, lo mismo que en la Compilación, pero ahora generalizado a todos los supuestos de disolución del consorcio conyugal, el artículo 80 Lrem. incluye en el activo del inventario *todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes* (17). Esta presunción de comunidad de los bienes que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de la liquidación hay que limitarla, por sentido común, al supuesto de que los partícipes sean administradores y excluir de ella, por tanto, a los herederos no administradores del patrimonio posconsorcial. Históricamente se defendía la presunción de comunidad para el viudo administrador, nunca para los herederos del premuerto carentes de facultades de gestión: si éstos adquieren bienes con fondos comunes nacerá un derecho de reembolso a favor del patrimonio común, pero el bien será

(15) Por ello, la expresión bienes “privativos” del adquirente del artículo 63-3 Comp.—como indica MERINO HERNÁNDEZ (1990, p. 204)— no es exacta, puesto que, si éste es un heredero que se halla casado en régimen de comunidad, los bienes así adquiridos pueden pertenecer al patrimonio común del matrimonio y no al privativo del partícipe; en el artículo 63-3 Comp., bienes “privativos” del adquirente significa simplemente que no se trata de bienes de la comunidad continuada, sino propios del partícipe adquirente sin prejuzgar sobre la condición concreta que puedan tener dentro de su concreto régimen matrimonial de bienes, caso de estar casado.

Disuelto el consorcio conyugal y subsistente el matrimonio, a falta de pacto en contrario, comienza a regir el régimen de separación de bienes, por lo que será de aplicación lo dispuesto sobre titularidad de los bienes en el artículo 24 Lrem.

(16) Como dice el artículo 24-1 Lrem., relativo al régimen de separación de bienes, *la titularidad de los bienes corresponderá a quien determine el título de su adquisición*.

(17) La STSJA de 29 de noviembre de 1996 (RDCA, 1997-1, marginal 3) dice que en el inventario deben incluirse solamente aquellos bienes que se hallen en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de formalizarlo y que, “real o presuntivamente, sean comunes, así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial”, como resulta de la adecuación del artículo 55 Comp. a las situaciones de quiebra del matrimonio.

siempre suyo. Hecha esta salvedad, la presunción resulta aplicable tanto al viudo administrador como a los cónyuges o ex cónyuges administradores, y también, en su caso, a los herederos que hayan tenido la administración del patrimonio común.

Pero esta presunción del artículo 80-a) Lrem. sólo opera entre los partícipes y en el momento de la liquidación. La presunción hará que los bienes cuya titularidad privativa no se pueda acreditar por el título de adquisición o por el juego de alguna regla de atribución de titularidad aplicable en el momento de la adquisición, se tengan por comunes. El partícipe que pretenda que el bien no se incluya en el patrimonio común tendrá la carga de destruir esta presunción de comunidad, y podrá hacerlo con cierta facilidad: demostrando, por ejemplo, no la propiedad privada de unos concretos objetos, sino el hecho de que tenía ingresos propios suficientes para comprarlos, y que él fue quien los compró luego de disuelto el matrimonio, etc.

Para la comunidad posganancial del Código Civil, la doctrina cree igualmente que no se aplica el artículo 1.361 CC, relativo a la presunción de ganancialidad de los bienes, por lo que el interesado en la inclusión de un determinado bien en la comunidad posganancial deberá demostrar que dicho bien tenía carácter ganancial antes de la disolución o que, habiendo sido adquirido con posterioridad, le es aplicable el principio de subrogación real (18). En el caso concreto de disolución subsistente el matrimonio, salvo que los cónyuges hayan dispuesto otra cosa, se aplica el régimen de separación de bienes, por lo que hay que tener en cuenta la regla del artículo 1.441 CC (o 24-2 Lrem.), según la cual aquellos bienes cuya titularidad no pueda ser demostrada corresponden por mitad a ambos cónyuges (19).

(18) CRESPO ALLUÉ: 1991, p. 114; GONZÁLEZ ACEBES: 1992, p. 1185; MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 228; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 92; 2000, p. 2530. *Vid.* STS de 24 de octubre de 1990.

“La presunción del artículo 1.361 –dice con claridad DE LOS MOZOS (1999, p. 585)– también cesa, no conservando más que un efecto pretérito, referido exclusivamente a la duración de la sociedad.”

Dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 196) que “en el estado de indivisión no existen reglas especiales sobre la carga de la prueba de la naturaleza de los bienes adquiridos en esa situación, que se estimará libremente por el tribunal, no por la presunción del artículo 1.361”.

Para BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 216-217 y nota 476), “si las adquisiciones tienen lugar una vez disuelto el régimen de gananciales, durante la posterior fase de indivisión posganancial, la prueba de la titularidad exclusiva sobre los bienes vendrá facilitada por la concurrencia de dos factores: por un lado, resulta decisivo la no aplicación, a partir del momento disolutivo, de la presunción de ganancialidad, por otro lado, al resultar inaplicables, tras la disolución, las normas de los artículos 1.346 y ss., en la determinación de la pertenencia de las adquisiciones, en adelante, los bienes pertenecerán formalmente a quien haya realizado el negocio adquisitivo. Lógicamente, si el partícipe realiza la adquisición utilizando fondos del patrimonio común, tendrá que reembolsar a la comunidad el dinero que ha tomado prestado”.

(19) GONZÁLEZ ACEBES: 1992, p. 1185; RIVERA: 1997, p. 93.

III. Bienes que ingresan en el patrimonio común durante la indivisión

El activo de la comunidad posconsorcial está integrado por los bienes y derechos del patrimonio común en el momento de la disolución del consorcio conyugal, así como por los que ingresen en él con posterioridad hasta tanto no se divida. A estos efectos, dice el artículo 68 Lrem., inspirado en la letra del artículo 63-1 de la Compilación, que, *disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común:*

- a) *Los frutos y rendimientos de los bienes comunes.*
- b) *Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes.*
- c) *Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan (20).*

El precepto, primero de la Sección 2.^a, titulada *la comunidad que continúa tras la disolución*, deja claro de entrada que esta comunidad es posterior a la comunidad matrimonial o conyugal porque tiene como presupuesto que ésta se haya disuelto.

El contenido del artículo 68 se basa en las normas generales que regulan la adquisición de bienes: derecho a los frutos, subrogación real y accesiones. No es por tanto un precepto innovador y, aunque no existiera, todo sería parecido. Sin embargo, sistemáticamente resulta adecuada su inclusión (21).

En el Código Civil no hay una regulación del activo de la comunidad posganancial, pero doctrina (22) y jurisprudencia (23) llegan a conclusio-

(20) El texto del precepto coincide prácticamente con el presentado por la ponencia, y fue aprobado en la sesión de la CADC de 4 de julio de 2001 (Acta 124), si bien en la sesión de 17 de abril de 2002 (Acta 155) se quita de la letra b) el inciso “que eran” que precedía a “comunes”. La enmienda número 95, del GP Chunta Aragonesista, que fue retirada, proponía sustituir “Disuelta la comunidad matrimonial” por “Disuelto el consorcio conyugal”, a fin de distinguir el “consorcio conyugal” de la “comunidad posconsorcial”.

(21) Así lo cree CALATAYUD SIERRA, Adolfo: Acta 124, sesión de la CADC del día 4 de julio de 2001.

(22) LACRUZ: 2005, p. 248; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: 2004, pp. 201-202; PEÑA: 1989, p. 284; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 72-73; 2000, pp. 2527-2529.

(23) SSTS de 10 de noviembre de 1988, 8 de octubre de 1990, 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 23 de diciembre de 1993, 25 de febrero de 1997, 7 de noviembre de 1997.

Así la citada STS de 8 de octubre de 1990 indica –dice que con palabras de la doctrina más especializada– que “la comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas del trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes”.

nes similares a las expresadas por la norma aragonesa. Así, dice BLANDINO GARRIDO que la indivisión posganancial comprende todos los bienes que formaban parte de la comunidad conyugal al día de la disolución, pudiendo aumentar o disminuir de diversas maneras entre dicho instante y el de la partición. Sin embargo, mientras no se divide, la masa indivisa no se acrece más que por las aportaciones internas, es decir, las que derivan de la percepción de los frutos de los bienes que la componen, de las plusvalías por tales bienes o de los efectos de la accesión, quedando excluida la posibilidad de aumento por el efecto de nuevas adquisiciones, a no ser que tengan su origen en uno de los elementos constitutivos de dicha masa (usucapión, cobro de créditos). Por su parte, las disminuciones de la consistencia o del valor de la masa indivisa pueden resultar de pérdidas fortuitas o de minusvalías (24).

1. Frutos y rendimientos de los bienes comunes.

Como en la comunidad hereditaria, los frutos, rentas y demás rendimientos de la explotación de los bienes comunes, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos, ingresan en el patrimonio común (*vid.* art. 1.063 CC); no obstante, en caso de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de un cónyuge, los frutos y rendimientos de la totalidad del patrimonio común pertenecerán directamente al cónyuge sobreviviente cuando, por derecho de viudedad, sea usufructuario de los bienes del premuerto (art. 74 Lrem., *preferencia del derecho de viudedad*).

La doctrina y la jurisprudencia del Código Civil (25) también consideran que ingresan en el patrimonio posconsorcial los frutos de los bienes comunes por aplicación de la regla *fructus augent haereditatem* propia de la comunidad hereditaria, lo que algunos deducen del artículo 1.408 CC interpretado *a contrario* (26), y otros en virtud del artículo 1.410 CC en relación con los artículos 760, 1.063 y 1.533 CC (27).

(24) 1999, p. 41, nota 55.

(25) *Vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: 2006, p. 195 y SSTs de 10 de noviembre de 1988, 23 de diciembre de 1992, 23 de diciembre de 1993 y 7 de noviembre de 1997.

(26) LACRUZ: 2005, p. 248; en el mismo sentido, PEÑA: 1991, p. 769; CRESPO ALLÚE: 1991, p. 114; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 72-73. Dice RIVERA (1997, 73; 2000, p. 2527) que es probable que durante el período de indivisión se perciban frutos provenientes de los bienes gananciales, en cuyo caso es lógico pensar que incrementan el patrimonio posganancial. "No en vano, el artículo 1.408 da a entender dicha posibilidad de incremento al señalar que aquéllos que hayan obtenido de la masa común alimentos verán rebajado su haber *en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas*, de donde se puede concluir que tales frutos y rentas se incorporan al patrimonio posganancial."

(27) PEÑA: 1989, p. 284, nota 195. Señala MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 232) que también puede verse modificado el activo durante la comunidad posganancial por vía de accesión dis-

A) *Ingreso en el patrimonio común.*

La fórmula de la letra a) del artículo 68 Lrem. está inspirada en el texto del número 1.º del artículo 63-1 de la Compilación, que, en lo relativo a los bienes comunes, era más completo al indicar que ingresan en el patrimonio común “los frutos y rendimientos de explotación de los bienes de la comunidad [...], así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos”. En el artículo 68 a) Lrem. se ha preferido decir simplemente frutos y rendimientos de los bienes comunes, sin matices; luego toda clase de frutos y todo tipo de rendimientos de los bienes comunes ingresan en el patrimonio común. Por tanto, la extensión de la fórmula viene a ser la misma que la del artículo 63-1 Comp. (28).

El ingreso en el patrimonio común de estos bienes se producirá salvo disposición en contrario de los cónyuges.

Los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes comunes obtenidos después de la disolución de la comunidad conyugal se hacen comunes por entero, aunque parte del período productivo haya tenido lugar antes del inicio de la nueva comunidad. No es preciso hacer liquidación alguna porque el derecho a los frutos es común tanto en la comunidad conyugal como en la comunidad en liquidación.

Además de los frutos ingresan en el patrimonio común los rendimientos de los bienes comunes. En primer lugar, los rendimientos de su explotación, que exige la realización de las actividades y trabajos necesarios para hacerlos fructificar y rendir; el trabajo o actividad inherente a la explotación de estos bienes será realizado frecuentemente por los partícipes o por alguno de ellos, en la forma que hayan acordado (29); naturalmente, la explotación de estos bienes puede tener lugar también con la colaboración de personas no partícipes, o puede ser realizada exclusivamente por

creta. “Especialmente nos referimos a los frutos de los bienes comunes que son los rendimientos de la explotación industrial, comercial o agrícola común, aunque sea el cónyuge sobreviviente quien dirija la empresa. Sin embargo, es preciso distinguir según la comunidad esté orientada decididamente a la liquidación o continúe sin orientarse a la división. En la primera hipótesis, se aplicará, como en la comunidad hereditaria, la regla *fructus augent hereditatem*, especialmente confirmada en nuestro caso por el artículo 1.408 del Código interpretado *contrario sensu*. En el segundo, se aplicarán las normas ordinarias de la indivisión y, en su caso, las de la sociedad” (LACRUZ).

(28) *Vid.* mi comentario al artículo 63-1-1.º Comp., 1993, pp. 471-474.

(29) En el caso de que se trate de un estudio profesional cuya explotación exija conocimientos especiales y trabajo propio, que sólo puedan desarrollarse por el cónyuge o el heredero que ejerza la profesión, las ganancias –dice LACRUZ (1963, p. 564)– se considerarán privativas en cuanto derivadas de una actividad fundamentalmente personal e individual, aunque para llevarlas a cabo el cónyuge o heredero se sirva de medios pertenecientes a la comunidad, por cuya utilización deberá indemnizar.

personas extrañas a la comunidad, a cambio de la oportuna contraprestación. En los rendimientos “de explotación” habrá que estar al resultado del ejercicio económico: lo que se hace común es el beneficio que queda después de abonar los gastos de producción.

Junto a los rendimientos de explotación ingresan en el patrimonio común cualesquiera otros rendimiento o ganancias de cualquier clase obtenidos con los bienes comunes. Para que exista rendimiento o ganancia ha de darse algún tipo de actividad, incluso meramente especulativa, dirigida a obtener un aumento de valor de los bienes comunes, y el rendimiento o ganancia ha de tener una individualidad distinta de la del bien que la ha producido; de forma que los simples incrementos y accesiones de los bienes comunes, que son también comunes, no están contemplados en esta letra a), sino en la c).

El derecho de la comunidad en liquidación a los frutos y rendimientos de los bienes comunes se extiende a los obtenidos durante la indivisión; en el momento de la división y adjudicación de los bienes comunes a los partícipes sí que habrá que hacer la liquidación de los frutos pendientes, que, desde ese momento, pasarán a pertenecer al partícipe adjudicatario. Conforme a la regla prevista para el usufructo, la liquidación de los frutos naturales, industriales y civiles obtenidos durante el correspondiente período productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla regirá en cuanto a los gastos de producción (art. 111 Lrem.). Los frutos civiles se entienden percibidos día a día y pertenecen a la comunidad en proporción al tiempo que dure su derecho (cfr. art. 474 CC).

B) Excepción: pertenencia al viudo usufructuario.

Ya hemos expuesto anteriormente que, conforme a la regla general del artículo 74 Lrem., los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección. Pues bien, el usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, de los bienes usufructuados (art. 107 Lrem. en relación con el 471 CC). Este derecho, derivado de la viudedad, es preferente al derecho de los partícipes, contenido en el artículo 68 a) Lrem., a que los frutos y rendimientos de los bienes comunes ingresen en el patrimonio común (30).

Por tanto, en los casos de disolución de la comunidad matrimonial por

(30) En una redacción anterior de la ponencia, la letra a) de este artículo decía: “a) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes, *en cuanto no correspondan al cónyuge sobreviviente por derecho de viudedad*”.

muerte de uno de los cónyuges, si el supérstite tiene derecho de viudedad sobre los bienes comunes, no se aplica la regla del artículo 68 a), sino la que atribuye al viudo usufructuario todos los frutos de los bienes usufructuados.

En este caso, como tras la disolución de la comunidad conyugal el derecho a los frutos cambia de titular y pasa a corresponder ahora al cónyuge viudo, será necesario proceder a la liquidación de los frutos, no sólo a la extinción del usufructo que normalmente coincidirá con la liquidación y división de la comunidad posconsorcial, sino también a la constitución del usufructo. La norma aplicable es el artículo 111 Lrem.: La liquidación de los frutos naturales, industriales y civiles obtenidos durante el correspondiente período productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla regirá en cuanto a los gastos de producción.

La Compilación, según la regla tradicional aragonesa, consideraba que los frutos ingresaban en el patrimonio común desde que eran aparentes (“desde que aparecen”, decía el artículo 37-3.º), sin necesidad de esperar al momento de la recolección. Por esta razón había que considerar excluidos de la liquidación de frutos a los ya aparentes en el momento de la disolución del consorcio conyugal, que ya eran bienes que pertenecían en exclusiva al patrimonio común, si bien los gastos que tales bienes ocasionen hasta la recolección eran también comunes. Y lo mismo había que entender que sucedía durante la comunidad conyugal continuada (31).

En la actualidad, la Lrem. ha suprimido la regla tradicional, por lo que desde su entrada en vigor ya no se distingue entre frutos aparentes y no aparentes. Los frutos naturales o industriales hasta que se recolectan, aunque ya sean aparentes, están pendientes, y si durante el período de producción hay cambio de titular de los bienes, todos los frutos pendientes entrarán en la necesaria operación de liquidación de frutos.

(31) Vid. SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, pp. 601-602.

El Apéndice contenía una norma especial para la división de la comunidad conyugal continuada referida a los frutos aparentes que decía así: *Se entenderá subsistente la comunidad en los frutos aparentes de las heredades, los esquilmos de ganados y los gastos que por razón de unos y otros se ocasionen hasta la recolección u obtención respectiva; a menos que todos los partícipes opten por dejarlo a cuenta y riesgo del sobreviviente a quien está atribuida la administración mediante un valor concertado que se incorpore al caudal divisible* (art. 57, regla 1.ª). La regla que hace comunes a los frutos desde que son aparentes se aplicaba también a la comunidad conyugal continuada y, por esto, al disolverse e iniciarse la comunidad en liquidación era preciso no olvidarse de ella, aunque pudiendo optar por la alternativa prevista en la propia norma.

2. Bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes.

A) Aplicación del principio de subrogación real.

La letra b) del artículo 68 Lrem., que coincide literalmente con el texto del número 2.º del artículo 63-1 Comp. (32), hace aplicación al patrimonio común de la regla de subrogación real. En este caso los bienes no ingresan de modo originario en el patrimonio común, sino que llegan a él procedentes de la sustitución o enajenación de bienes que ya eran comunes.

Al no existir la presunción de que la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, durante la indivisión, ha sido hecha a costa del caudal común (cfr. art. 35-2 Lrem.), la subrogación real es más necesaria para mantener eficazmente la consistencia del patrimonio común. Pero, por otra parte, la falta de dicha presunción hace que la subrogación real haya de ser probada (33). Si, pese a haberse empleado fondos comunes, el bien no se hace común, la comunidad tiene derecho al correspondiente reembolso.

Cuando la adquisición se hace con fondos comunes y con el consentimiento de todos los partícipes o por uno sólo, pero manifestando que adquiere para la comunidad posconsorcial, el principio de subrogación real opera sin dificultad tanto en la relación interna como externa (34). Con sólo probar la condición común de los fondos o bienes empleados en la adquisición se producirá automáticamente la subrogación real, siempre que los cónyuges o partícipes consientan el acto que produce el reemplazo, o el acto realizado por uno sea ratificado por el otro (o sus herederos), o la

(32) Vid. SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, pp. 474-475.

(33) MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 227-229), partiendo del hecho de que la comunidad posganancial constituye un patrimonio separado especial, al igual que lo era la masa ganancial antes de la disolución del régimen, pero ahora con finalidad distinta, considera justificada la posibilidad de actuación de la subrogación real en esta materia: estamos ante un patrimonio separado en liquidación. Pero al dejar de regir la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC, los nuevos bienes que se adquieran no se presumirán comunes, sino privativos, salvo que se demuestre que lo fueron a costa del patrimonio común. De ahí que, aunque la subrogación real también actúa en defensa de las masas privativas, desarrolla su más importante papel en la defensa de la masa posganancial.

(34) Así lo defienden también para el Código Civil DÍEZ-PICAZO: 1981, p. 294; CRESPO ALLÚE: 1991, p. 114; GONZÁLEZ ACEBES: 1992, p. 1193; MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 229; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 80, y la STS de 7 de noviembre de 1997. Las SSTS de 30 de abril de 1935 y 6 de febrero de 1984 aplican el principio de subrogación real a la venta de cosa del patrimonio hereditario realizada por todos los comuneros. Aunque no faltan tampoco pronunciamientos contrarios a su aplicación, así las SSTS de 10 de julio de 1947 y 10 de julio de 1954.

Dice RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 80; 2000, p. 2528) que “cualquier otra opción, como estimar que la adquisición supusiese la constitución de una comunidad ordinaria, podría suponer una vía propicia para vulnerar los derechos de los acreedores propios de la sociedad de gananciales”.

actuación individual se haya producido en ejercicio de las facultades, convencionales o legales, de gestión de la comunidad posconsorcial. Pero si es un solo comunero, sin facultades de gestión o sin actuar en su ejercicio, el que dispone de dinero indiviso o enajena un bien indiviso, para que se produzca la subrogación real, al menos frente a terceros, no basta con probar que el bien se ha pagado con fondos comunes, sino que es preciso además que haya habido intención de subrogar por parte del adquirente (35).

Mediante la subrogación real, el carácter común de los bienes, una vez adquirido, se transmite a los nuevos bienes que vienen a reemplazarlos en el patrimonio común por sustitución o enajenación; el bien nuevamente adquirido, conforme a la regla *subrogatum sapit naturam subrogati*, recibe las cualidades que caracterizaban al antiguo, y, por tanto, la condición de común (36).

En caso de disolución por muerte con derecho de viudedad del cónyuge sobreviviente, la enajenación de bienes comunes afectos al usufructo requiere la concurrencia del cónyuge viudo, en su doble condición de usufructuario y partícipe, y los nudo propietarios. Y como dice el artículo 108-2 Lrem., *salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado*. Así que, salvo pacto en contrario, la subrogación se produce tanto en la condición de bien común como en la de bien afecto al usufructo de viudedad (37).

La letra que comentamos alude tanto a la subrogación por adquisición como a la subrogación por sustitución. Dentro del primer supuesto distingue la doctrina: a) la subrogación automática: un bien individualizado del patrimonio común es reemplazado por otro bien individualizado

(35) Sin hacer distinción entre la relación interna y la externa, MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 229) cree que “no es preciso hacer declaración formal alguna de la voluntad de subrogar, tal y como sucedía antes de la disolución, sino que basta con probar que el bien o fondos objeto de reemplazo, son comunes, lo cual ya supone tal voluntad”. Si bien, poco después, añade que “esto no está tan claro cuando quien realiza el acto de adquisición es sólo uno de los comuneros”.

(36) Señala PEÑA (1989, p. 284) que el patrimonio posganancial puede verse aumentado por la consumación de la usucapión en su beneficio (arts. 1.410 y 1.934 CC) y por el cobro de los créditos que la comunidad ostente frente a los cónyuges o frente a terceros.

MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 231-232) cita los siguientes ejemplos de supuestos en que opera la subrogación real: a) Permuta de bien ganancial por otro; b) Bienes adquiridos por derecho de retracto ganancial; c) Bienes adquiridos por compra con fondos de la comunidad posganancial; d) Precio, producto de la venta de un bien ganancial; e) Cantidades percibidas como consecuencia de créditos gananciales contra terceros; f) Indemnizaciones, por daños o desaparición de bienes gananciales asegurados, por responsabilidad de tercero o expropiación forzosa...

(37) En una primera redacción de la ponencia de la CADC, la redacción de la letra b) de este artículo decía así: “b) Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes que eran comunes, sin perjuicio del derecho de viudedad que, en su caso, corresponda al cónyuge sobreviviente”.

que ingresa en la masa común (el caso tipo es el de la permuta de bienes comunes por otros); b) la subrogación por empleo o reemplazo: los bienes adquiridos por compra con dinero común son, a su vez, comunes; si el dinero proviene de una aportación originaria, la operación se llama empleo, mientras que si proviene de la enajenación, constante la comunidad, de bienes comunes se llama reemplazo.

También ingresan en el patrimonio común los bienes y caudales procedentes de sustitución de bienes de la comunidad: por tanto, los bienes muebles que sucedan a otros de condición común, aun comprados con dinero privativo, se hacen de la misma condición común que tuvieron los anteriores. Así se deduce de la redacción del precepto, que considera como dos hipótesis distintas de adquisición de la condición común, ya conseguirlos por enajenación de bienes de la comunidad, ya recibirlos en sustitución de aquéllos: por tanto, en este segundo caso, sin necesidad de emplear caudales de la comunidad. La sustitución es un hecho objetivo (supone que ambos objetos desempeñan idéntica función), y no depende de quién sea el adquirente del nuevo objeto, si bien tampoco podría imponerse éste al dueño del desaparecido (38).

La doctrina del CC señala, por otra parte, que pueden considerarse hábiles para generar un incremento del patrimonio posganancial, por ejemplo, el cobro de créditos, la práctica de los reembolsos a favor de la comunidad a cargo de los cónyuges o la consumación de la usucapión en su beneficio (39). Pero se matiza que en estos supuestos, más que ante un incremento del patrimonio, estamos ante una realización de derechos pertenecientes al patrimonio posganancial, que, evidentemente, en la medida en que se pueden llegar a hacer efectivos, supondrán una alteración en positivo del patrimonio posganancial (40).

(38) LACRUZ (-Sancho): *Elementos de Derecho civil*, IV, 1989, 3.^a edición, p. 389.

Para el Código Civil, dice MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 229) que en la comunidad posganancial no cabe la subrogación por sustitución, introducida por la reforma de 1981 (art. 1.346), por haberse establecido sólo a favor de los patrimonios privativos, y para actuar durante la vigencia de la sociedad. Por ello, la subrogación real sólo será por adquisición, ya sea automática o por empleo o reemplazo.

(39) Los bienes que constituyen la masa común durante la comunidad posganancial pueden verse incrementados por medio de la usucapión comenzada durante la vigencia de la sociedad sin causa que justifique la pertenencia exclusiva a un solo cónyuge, y concluida durante la comunidad posganancial. Según MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 233-236), ello es así por dos razones: la remisión del artículo 1.410 a las normas sobre las herencias (arts. 1.934 y 440) y el espíritu de ciertas reglas que determinan el carácter ganancial o privativo de los bienes, aplicables durante la vigencia de la sociedad. Es lógico que estos bienes sean gananciales si observamos que son privativos los que se adquirieron por usucapión iniciada antes del comienzo de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges, el cual tenía la posesión a título de dueño; el mismo espíritu anima la solución que establece el artículo 1.357 CC.

(40) GONZÁLEZ ACEBES: 1992, p. 1185; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 74.

B) Inaplicación del principio de subrogación real. Derecho de reembolso.

Cuando la adquisición del bien se haya hecho a nombre de uno de los cónyuges o partícipes con fondos comunes, pero sin facultades de gestión o sin referencia alguna a la comunidad posconsorcial, el bien se considerará, frente a terceros, propio del adquirente. Así lo decía el artículo 63-3 Comp. para la comunidad continuada, como hemos visto, y así parece que ha de ser también en la comunidad en liquidación (41). Habrá intención de subrogar cuando en el acto de adquisición se haga, explícitamente, alguna referencia a la comunidad, de modo que quede clara la voluntad de reemplazar unos caudales comunes determinados y concretos por otros adquiridos a cambio (42); en otro caso se aplica el principio “lo que compré con tu dinero es mío, y no tuyo”: el bien así adquirido es propio del partícipe adquirente y a él corresponden en exclusiva las facultades de administración y disposición. En definitiva, si no se actúa como gestor de la indivisión y no se hace referencia alguna a la comunidad, sucederá, como en el régimen de separación de bienes o en las adquisiciones de personas no casadas, que la titularidad del bien pertenecerá a quien determine el título de su adquisición (cfr. art. 24-1 Lrem.) (43).

Cuando el cónyuge o partícipe no tenga facultades para disponer de los fondos o bienes comunes empleados en la adquisición, resultará de aplicación lo dicho en el artículo 53 Lrem. a la compra hecha con ellos. La compraventa es válida y produce sus efectos obligacionales exclusivamen-

(41) Dice LORENTE SANZ que era indispensable la regla del artículo 63-3 Comp., que se debe a la iniciativa de D. Manuel Batalla, porque es difícil que en el Registro de la Propiedad conste esta situación de comunidad continuada (BCAZ, núm. 26, 1967, p. 97). Vid. BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: “Innovaciones en el definitivo Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, redactado por la Comisión de Juristas Aragoneses”, BCAZ, número 12, 1964, pp. 13-14.

MERINO HERNÁNDEZ indica que es “una norma de protección de terceros con los que los partícipes contraten, partiendo del principio lógico de que tales terceros no tienen por qué conocer la existencia de una comunidad conyugal continuada a la que su co-contratante pueda pertenecer” (*Comentarios*, 1990, p. 204).

(42) La referencia a la comunidad que exigía el artículo 63-3 Comp. no debe interpretarse como una alusión a la *contemplatio domini* –propia del instituto de la representación–, sino al mecanismo de la subrogación: se exige una manifestación no de que se actúa en representación de la comunidad –lo cual es imposible–, sino de que se quiere que los bienes adquiridos ocupen el lugar de los que se enajenan que consta son comunes (SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, p. 481).

(43) En opinión de DELGADO (*HPalá*, Zaragoza, 1974, p. 62), este sistema parece correcto respecto de los partícipes distintos del viudo que carecen de poderes de administración, pero es más criticable aplicado al supérstite, órgano ordinario de adquisición de la comunidad que no tiene necesidad en sus actuaciones jurídicas de indicar en beneficio de quién actúa para que, esto no obstante, pueda adquirir para la comunidad en lugar de para sí mismo.

te entre las partes, pero la entrega del precio o contraprestación, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al vendedor, salvo si la ha adquirido por usucapión o, si es el caso, en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe (cfr. art. 464 CC). Mientras no haya habido transmisión de la propiedad al vendedor, el cónyuge o partícipe cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, la compraventa le es inoponible y puede exigir la restitución al patrimonio común de la cosa o fondos entregados.

En los casos en que haya habido transmisión de la propiedad de la cosa o fondos comunes empleados para la adquisición del nuevo bien, la falta de intención de subrogar hace que éste adquiera frente a terceros la condición de bien propio del adquirente, si bien en la relación interna nacerá el oportuno derecho de reembolso. Para corregir los desequilibrios entre la situación interna y la externa y evitar que los partícipes puedan constituirse impunemente bienes privativos a costa del caudal común, el adquirente vendrá obligado a reembolsar a la comunidad el valor actualizado de lo tomado del patrimonio común para tal adquisición.

En la relación interna bastará probar la condición común de los bienes que han servido para la adquisición para que, si no opera la subrogación real y tampoco se pueden recuperar los bienes o fondos dados en contraprestación, nazca el derecho de reembolso a favor del patrimonio común. El reembolso será del importe actualizado de los bienes comunes empleados en la adquisición del bien privativo (cfr. art. 44-3 Lrem.). Parece que la obligación de reembolso genera los intereses propios de una deuda dineraria, puesto que tras la disolución del consorcio conyugal los réditos o intereses normales devengados por las obligaciones de cada partícipe ya no son deudas comunes [cfr. art. 36-1-b) Lrem.]. Por aplicación analógica del artículo 44-5 Lrem., el pago de este reembolso, con sus intereses, aunque válido en cualquier momento por acuerdo de los partícipes, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiera pactado o cuando medie justa causa. Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.

Además, en todo caso, el patrimonio del adquirente debe indemnizar al común el importe actualizado de los daños y perjuicios que el cónyuge o partícipe le haya causado por acción dolosa o gravemente negligente (cfr. art. 44-4 Lrem.), como es la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.

En el ámbito del Código Civil, para el caso en que la adquisición fuera realizada por un solo partícipe actuando en su propio nombre y derecho y no en "representación" de la comunidad, la doctrina plantea dos

soluciones (44): aplicar el principio de subrogación real (45) o entender que la comunidad es acreedora del valor de los bienes comunes empleados en la adquisición, pero que no es titular del bien adquirido, el cual ingresa en el patrimonio del adquirente como bien privativo, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido dicho partícipe por haber hecho uso de fondos comunes sin el consentimiento de los demás (46). El Tribunal Supremo no se acaba de decidir y, por otra parte, en la doctrina ya hemos indicado que ambas posturas tienen sus partidarios (47). Pare-

(44) *Vid.* CRESPO ALLÚE: 1991, pp. 115-116; GONZÁLEZ ACEBES: 1992, pp. 1193-1194; MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 229) indica que tales soluciones son: a) Considerar que el bien adquirido es propio del adquirente, naciendo un derecho de crédito a favor de la comunidad posganancial; b) Estimar que dicho bien es común. Observa esta autora (p. 230) que, “siguiendo cualquiera de las soluciones, opera la subrogación real: según la primera, en el lugar del bien o fondos comunes se subrogaría un derecho de crédito, según la segunda, la subrogación tendría lugar en el nuevo bien adquirido”. Añade que, “aunque la diferencia de resultados de una y otra puede ser insignificante en momentos de estabilidad económica, y cuando entre la adquisición y liquidación no media mucho tiempo, la primera tiene contra ella el contratiempo que puede suponer, para el resto de los partícipes, la posible insolvencia del adquirente; la segunda, que no puede dejarse a un solo comunero que adquiera para la comunidad sin contar con los demás, puesto que ello supondría una burla al artículo 397 CC, ya que no hay duda de que quien adquiere con fondos comunes, dispone de ellos, lo cual es mucho más claro cuando se trata de una permuta”.

Dice RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 79-80) que, “de entrada, nos vemos en la disyuntiva de optar entre dos principios que entran en confrontación: el de la *subrogación real*, aceptado por el Código reiteradamente en la fase activa de la sociedad de gananciales (arts. 1.346-3.º y 1.347-3.º) y de cuya vigencia en el período de liquidación no se tiene constancia, y, por otro lado, el de que quien percibe rentas o frutos de una masa hereditaria, debe devolverlos (art. 1.063, por remisión del 1.410. Igualmente, en lo que exceda de lo que le hubiese correspondido en razón de frutos y rentas, art. 1.408). Con base en el primer principio, lo adquirido se integra en la masa patrimonial común, viniendo a sustituir a la prestación; de acuerdo con el segundo, el que se apropió de frutos o rentas comunes, debe, simplemente, devolverlos, pero no está obligado a más, conservando el dominio de lo adquirido”.

(45) Dice LACRUZ (2005, p. 248) que en el patrimonio posganancial “se produce la subrogación de los bienes nuevamente adquiridos en lugar de los que sirvieron para conseguirlos, pero no nacen nuevas ganancias”. *Vid.*, a favor de la aplicación de la subrogación real, DíEZ-PICAZO y GULLÓN: 2006, p. 196; DE LOS MOZOS: 1999, p. 595; CRESPO ALLÚE: 1991, p. 116.

(46) *Vid.*, a favor de este segundo criterio, RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 82-84; GONZÁLEZ ACEBES (1992, p. 1194) cree que “la solución debe ser el nacimiento de un derecho de crédito a favor de la comunidad, pues lo contrario supone admitir la validez del acto de disposición realizado unilateralmente”; ESCRIVÁ DE ROMANÍ: 1960, pp. 104 y ss.; este autor se basa en el artículo 1.063 CC, que establece la no devolución, sino el abono de los frutos y rentas percibidos por los herederos de la masa hereditaria.

(47) MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 230) cita las SSTS de 2 de julio de 1908; 8 de mayo de 1953, 29 de abril de 1965 y 4 de mayo de 1965. Esta autora piensa que “la decisión corresponde tomarla al resto de los partícipes, los cuales por unanimidad podrán confirmar la operación y lograr así que el bien adquirido sea común; pero si ello no les conviene, podrán ejercitar una acción de nulidad (absoluta) para recuperar el bien enajenado o los fondos utilizados. Eliminamos, por tanto, que nazca un derecho de crédito en contra del adquirente y a favor de la indivisión, porque ello supondría que ésta quedaría convertida en un banco de cuyos fondos

ce preferible considerar, con RIVERA FERNÁNDEZ (48), que, “frente a la subrogación real *stricto sensu*, debe sostenerse el criterio por el cual el bien adquirido individualmente por un partícipe con fondos comunes pertenece a éste, si bien con el consiguiente nacimiento de un crédito a favor de la comunidad posganancial por el importe actualizado de los fondos comunes utilizados (STS de 12 de marzo de 1993)”, con sus intereses. Y con independencia de la responsabilidad en que hubiese incurrido por haber tomado dinero, sin tener en consideración a los demás, de una comunidad de la que él sólo era uno de los partícipes.

3. Incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan.

La letra c) del artículo 68 Lrem. reproduce literalmente el texto del número 3.º del artículo 63-1 Comp. (49). Es, por otro lado, una regla similar a la de la letra h) del artículo 29 Lrem. (anterior art. 38-7.º Comp.) para los bienes privativos durante el consorcio conyugal, con la adición de la referencia a los reintegros que procedan si los incrementos o accesiones de los bienes comunes se han hecho, en todo o en parte, a costa de bienes privativos de los partícipes (50).

podrían disponer para sus propios fines, cada uno de los comuneros, pudiendo llegar la masa común a perder su liquidez, transformada en un conjunto de derechos de crédito, quizá inco-brables después”.

(48) 1997, pp. 82-83; 2000, p. 2529. Posición dice ya defendida por ESCRIVÁ DE ROMANÍ y GAVIDIA SÁNCHEZ.

La solución defendida en el texto la aplica también RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 84) al supuesto de adquisición de bienes a plazos, realizada durante el consorcio conyugal, en la que los primeros pagos se han realizado con fondos estrictamente privativos del cónyuge adquirente y, disuelta la sociedad conyugal, el resto de los mismos se satisfacen con fondos pertenecientes a la comunidad posganancial. Considera que, con una interpretación conjunta de los artículos 1.356, 1.410 y 1.063 CC, todo el bien es privativo del adquirente, pero con un derecho de crédito a favor de la comunidad posganancial frente a él por el importe actualizado de los fondos comunes utilizados.

Creo que esta misma solución es la deducible en Derecho aragonés: por aplicación del artículo 29-e) Lrem., el bien sería privativo en el momento de la disolución; tras ella ya no se aplica la regla del artículo 28-2-c) que hace que sean comunes los bienes adquiridos a título oneroso con precio aplazado, salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo; en situación de comunidad en liquidación, la toma de dinero común para terminar de pagar un bien privativo, salvo si hay explícita intención de subrogar, obligará a devolver el importe actualizado de lo tomado, con sus intereses.

(49) *Vid.* mi comentario a este precepto, 1993, p. 476.

(50) La SAPH de 10 de julio de 1995, en virtud del artículo 38-7.º Comp., como en el caso de autos nadie discute que los solares sobre los que se reedificaron las casas en litigio correspondían al causante —que estaba casado—, considera que estas edificaciones a él pasaron a pertenecer por accesión según lo que establece el artículo 353 CC, y ello sin perjuicio de que

Esta norma da a entender que los incrementos y accesiones de los bienes comunes no son ganancias, pues si lo fueran se hallarían incluidas en la letra a), que habla de frutos y rendimientos y no hubiera hecho falta un apartado nuevo.

Los bienes comunes pueden aumentar (o disminuir, en su caso) considerablemente de valor constante la comunidad en liquidación, sea por efecto de circunstancias económicas generales o de eventos de cada bien en concreto: situación, escasez, nuevas utilidades, etc. (51). Ya se ha dicho que los incrementos patrimoniales siguen siendo bienes comunes en cuanto conserven su individualidad, y sólo habrá que reintegrar, en su caso, a los partícipes aquellos fondos que efectivamente hubieren gastado en los bienes comunes.

Todo lo que por accesión se une a un inmueble de la comunidad o es producido por él sigue su condición consorcial. El principio de accesión desarrolla sus efectos en el caso de edificación con bienes privativos de los partícipes en solar de la comunidad.

Son igualmente comunes los bienes muebles que devienen “inmuebles por destino”, al estar afectos a un inmueble consorcial. Presentan analogía con la accesión, y son comunes aquellas adquisiciones constante la comunidad, aun con fondos privativos, de derechos accesorios a un mueble o inmueble de la comunidad, y que carecen de autonomía; naturalmente, la comunidad tendrá que reintegrar a los partícipes el precio pagado. Por último, los derechos que se consolidan en los bienes de la comunidad son asimismo comunes. Los incrementos y accesiones pueden ser, por tanto, materiales y jurídicos.

En relación al momento de realización de los reintegros no existe norma específica para la comunidad en liquidación; por ello, parece lógico acudir por razón de analogía a lo previsto en el artículo 44 Lrem.

los medios económicos que se emplearon para la reconstrucción deban estimarse comunes y deban ser reembolsados al patrimonio común (RDCA, 1997-1.º, marginal 18).

En el mismo sentido, la SAPT de 4 de febrero de 2004 indica que lo dispuesto sobre accesión en el CC (arts. 353 y ss.) es aplicable en Aragón como Derecho supletorio (art. 1-2 Comp.). El artículo 38-7 Comp., el vigente 29-h) Lrem. y el 1.359 CC vienen a considerar bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios (lo edificado sobre solar privativo del marido), sin perjuicio, en cualquier caso, del reembolso del valor satisfecho bien por el otro cónyuge, bien por la sociedad conyugal si se hiciera con bienes comunes (RDCA, 2005-2006, marginal 65).

(51) La STS de 23 de diciembre de 1992 afirma que “los incrementos de valor o plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las disminuciones o minusvalías son de riesgo y ventaja de todos” (circunstancia que no admitía la STS de 26 de octubre de 1962).

IV. Bienes que no ingresan en el patrimonio común

En la comunidad conyugal continuada de la Compilación ingresaban también en el patrimonio común los frutos y rendimientos de los bienes que eran propios de cada cónyuge, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos (art. 63-1-1.º Comp.). Por ello, el legislador aclaraba en el artículo 63-2 Comp. que *no serán comunes los beneficios y ganancias obtenidos por los partícipes con independencia de los bienes y negocios de la masa común* (52).

En la comunidad en liquidación, en cambio, producida la disolución del consorcio conyugal, ya no se hacen comunes los frutos y rendimientos de los bienes que eran privativos de los cónyuges, ni las ganancias que obtengan los partícipes con ellos. Mucho menos los frutos y rendimientos de los bienes propios que adquieran luego. Los bienes propios de los partícipes no fructifican para la comunidad en liquidación, sino en su propio beneficio (53).

Tampoco se hacen comunes los beneficios y ganancias obtenidos por los partícipes con su trabajo o actividad con independencia de los bienes comunes (54). Todo lo que cada partícipe, incluido el viudo, obtenga en cualquier actividad manual o intelectual, productiva o inventiva, a título habitual o episódico, comprendiendo los trabajos de aficionado y sin importar, en su caso, la naturaleza de la remuneración es propio del adquirente si el trabajo o actividad no está relacionado con los bienes de la masa común; también las pensiones de jubilación, las indemnizaciones por despido o cualquier cantidad por concepto análogo relativo a la extinción de la relación laboral (55). Por el contrario, lo conseguido por los partí-

(52) Vid. el comentario de SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, pp. 477-478.

(53) Ya sabemos que la jurisprudencia, por ejemplo la STS de 28 de septiembre de 1993, haciendo suya la opinión de la doctrina que considera “más especializada”, entiende que “la comunidad indivisa no se ve aumentada por las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes”.

Dice RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 72) que “es razonable que frutos, rentas e intereses de los bienes privativos modifiquen el destino *ganancial* que el legislador les asigna mientras la sociedad de gananciales está en funcionamiento (art. 1.347 CC) y pasen a incrementar el patrimonio particular de cada uno de los cónyuges”.

(54) El AAP Huesca de 15 de julio de 1999 (RDCA, 2000-2, marginal 14) señala que la comunidad posconsorcial “estará integrada por los bienes que constituían el activo de la masa común en el momento de la disolución del consorcio, incrementados con los frutos que produzcan esos bienes, pero no con los de los bienes privativos ni sus productos o el trabajo de cada cónyuge, precisamente por la disolución de la comunidad (art. 37 Comp.)”.

(55) Dice la STS de 29 de junio de 2005 que “esta Sala entiende que una vez producida la separación legal, es decir, disuelta la comunidad de gananciales (art. 1.392-3.º CC), háyase o

cipes en la explotación de los bienes comunes ingresa en el patrimonio común [art. 68-a) Lrem.] (56).

Obviamente, los bienes adquiridos por uno de los partícipes después de la disolución, por su cuenta y a su cargo, son de titularidad del adquirente y no ingresan en el patrimonio posconsorcial (57).

Por lo además, ya se ha indicado que deja de existir la presunción de comunidad.

No hay una enumeración de los bienes que ingresan en los patrimonios propios de los partícipes, mientras dura la comunidad en liquidación, porque no es algo necesario. Al no existir una presunción de comunidad, hay que considerar como bienes propios todos los adquiridos por los par-

no practicado la liquidación de la misma que se exige legalmente (art. 1.396), la percepción de una pensión de jubilación o de una indemnización por despido o una cantidad por concepto análogo, relativo todo a la extinción de una relación laboral, no se conecta con ésta para ser considerada como bien ganancial (art. 1.347-1.º), sino que se estima que es un bien adquirido una vez extinguida la comunidad de gananciales, por lo que no se imputa a ésta, ya inexistente; ni siquiera puede llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando ha dejado de existir aquella comunidad. Es un bien adquirido personalmente por la persona que tiempo atrás fue miembro de una comunidad, ya disuelta; es un bien propio, ajeno a aquélla". "Esta ha sido la doctrina de esta Sala, con la excepción de una sentencia, la de 25 de marzo de 1988, criterio que no puede tener el concepto de jurisprudencia, por tratarse de una sola sentencia." Después de recordar lo dicho en las SSTs de 22 de diciembre de 1999, 29 de junio de 2000 y 20 de diciembre de 2004, concluye que "la indemnización es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere". "La indemnización, como ha tenido ocasión de pronunciar esta Sala, se satisface por la pérdida del trabajo, no atendiendo al pasado, sino mirando al futuro; se tiene en cuenta que deja de desarrollar su trabajo, derecho reconocido en la Constitución (art. 35-1) y se le indemniza por ello." Vid. el comentario de VIVAS TESÓN, *Inmaculada*: RdP, 2006, pp. 309-315. Esta doctrina jurisprudencial es trasladable al Derecho aragonés sólo una vez disuelto el consorcio conyugal, ya que, mientras se halla en vigor, el artículo 28-2-e) Lrem. dice con claridad que "durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común... las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional".

En la doctrina, G. BERCOVITZ ÁLVAREZ (*Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Pamplona, 2003, pp. 97 y ss.) propone diferenciar las partes del crédito por despido, según los períodos de tiempo y causas que lo van generando e incrementando; Javier BARCELÓ DOMÉNECH ("La indemnización por despido o cese de la actividad profesional en la sociedad de gananciales", en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 246-252) considera injusto hacer depender el carácter ganancial o privativo de la indemnización del día en que se produjo la disolución, por lo que cree que la solución adecuada pasa por permitir al otro cónyuge participar en el montante de la indemnización que se generó en el período en que estuvo vigente la sociedad de gananciales.

(56) Así es también en la comunidad posganancial. Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 195) señalan que "la comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas. A los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución habrá que aplicarles análogicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo. Por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes".

(57) Para el Código Civil, RIVERA FERNÁNDEZ: 2000, p. 2527.

típicos en este tiempo, cuyo carácter común, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 68, no pueda acreditarse.

Por supuesto, todos los bienes que adquiridos durante el consorcio conyugal hubieran sido privativos de los cónyuges, según lo dispuesto en los artículos 29 y 30 Lrem., serán propios de los partícipes si los adquieren durante la comunidad en liquidación.

Los bienes y derechos propios adquiridos durante la fase de indivisión se suman a los bienes privativos existentes en el momento de la disolución. Cada cónyuge (o sus herederos) sigue ostentando la titularidad de su propio patrimonio, ahora con libertad prácticamente absoluta para gestionarlo según su exclusivo interés.

En la comunidad conyugal en liquidación, como dice la STS de 29 de junio de 2005, ya no cabe contraponer bienes privativos a bienes gananciales, puesto que no hay tal distinción cuando la comunidad de gananciales ya ha dejado de existir. La regulación de los bienes privativos y consorciales ha dejado de aplicarse, y ahora, para referirse a los bienes de una u otra naturaleza, es preferible hablar, por un lado, de bienes propios y, por otro, de bienes comunes, posconsorciales o posgananciales.

V. La inscripción registral de los bienes posconsorciales

Dice la RDGRN de 11 de diciembre de 1998: “Durante la pendencia de la liquidación de la sociedad disuelta o de la partición hereditaria, los concretos bienes gananciales o relictos no corresponden a los titulares respectivos por cuotas determinadas, sino que aparecen integrados en una masa patrimonial definida por un ámbito propio de responsabilidad y un específico régimen de gestión y disposición y respecto de la cual se predicen las cuotas de los cónyuges o de los herederos, respectivamente. Ahora bien, esa inexistencia de cuotas sobre los concretos bienes integrantes de la herencia indivisa o de la sociedad de gananciales disuelta no puede ser obstáculo a su inscripción, en función del artículo 54 del Reglamento hipotecario...”. “En la inscripción de cada uno de los singulares bienes que las integran, habrán de recogerse las circunstancias necesarias para que queden debidamente expresadas la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 LH y 51 RH), esto es, practicado el asiento a favor de los cotitulares de la masa patrimonial en que aquél se integra, con especificación de sus respectivas cuotas sobre el todo, y en su caso, de las especiales normas de gestión y disposición que conforme al título resulten aplicables” (58).

(58) En igual sentido, la R. de 20 de abril de 2005.

Los bienes inmuebles de la comunidad posconsorcial tienen acceso al Registro de la Propiedad, tanto los procedentes de la disuelta comunidad conyugal como los adquiridos durante el período de indivisión posterior.

Desde el punto de vista registral, la situación de los bienes comunes inscritos no se alterará en tanto no se acredite la producción de una de las causas de disolución de la sociedad conyugal (59). Los bienes comunes aparecerán inscritos a favor de ambos cónyuges para su sociedad conyugal (art. 93 RH), o inscritos a favor de uno de los cónyuges para su sociedad conyugal (art. 93-4 RH) o inscritos a favor de uno de los cónyuges como presuntamente comunes (art. 94 RH). Y así pueden seguir inscritos tras la disolución de la comunidad matrimonial por causa distinta de la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. En estos últimos casos, y en todos los que se quiera reflejar la existencia de la nueva comunidad, para adecuar el Registro a la realidad puede bastar con inscribir el hecho de la disolución de la comunidad matrimonial que ha dado origen a la comunidad conyugal en liquidación (arts. 1.333 CC, 26-3.^a LH y 75 RH) (60).

En caso de disolución por muerte, el heredero o herederos podrán pretender, en cuanto que son nuevos cotitulares de todos los bienes comunes, que se actualice la inscripción de cada uno de ellos para reflejar el paso de la comunidad conyugal a la comunidad posconsorcial de la que son cotitulares. Esta actualización de los datos de la cotitularidad sobre la masa común en la inscripción registral de cada uno de los bienes que la integran es cosa distinta del reflejo registral sobre cada una de las fincas comunes de la titularidad de una cuota en la comunidad posconsorcial, que podría practicarse mediante anotación preventiva (cfr. arts. 42-6.^o y 46 LH) (61).

Durante la comunidad posconsorcial, la condición común de los inmuebles adquiridos sólo tendrá acceso al Registro si consta en el título de adquisición la subrogación explícita en bienes consorciales. Se inscribirán a nombre de todos los partícipes, con carácter común, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por todos ellos para la comunidad en liquidación o atribuyéndoles de común acuerdo tal

(59) BATALLA CARILLA: 1986, p. 88.

(60) Parece que el vehículo adecuado para hacer constar en el Registro de la Propiedad la disolución del consorcio conyugal y su transformación en comunidad en liquidación es la nota marginal en las inscripciones de bienes gananciales o presuntamente gananciales, siendo de aplicación aquí el artículo 96-2 RH (RODRÍGUEZ OTERO: 2006, p. 199; MARTÍNEZ SANCHIZ: 1997, p. 272).

(61) *Vid.*, para la comunidad conyugal continuada en el Apéndice, DELGADO: ADA, XII, pp. 216-220; para la Compilación, actualiza su planteamiento y soluciones SERRANO GARCÍA, J. A.: 1993, pp. 482-485.

condición o adquiriéndolos en forma común y sin atribución de cuotas (cfr. art. 93-1 RH). En su caso, los bienes adquiridos a título oneroso por uno sólo de los partícipes para la comunidad en liquidación se inscribirán, con carácter común, a nombre del partícipe adquirente (cfr. art. 93-4 RH). Si no consta en el título de adquisición la intención de subrogar del adquirente, el bien se inscribirá como privativo a todos los efectos.

CAPÍTULO III

GESTIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA DISOLUCIÓN POR MUERTE

I. Introducción a la gestión

La Lrem. dedica tres artículos a la gestión de la comunidad que continúa tras la disolución. Son los artículos 71, para el supuesto de disolución por muerte, excepto en los casos que el mismo señala; 72, para la disolución por otras causas y los casos de disolución por muerte a los que no se aplica el artículo 71, y 73, que, para la disposición por causa de muerte, se remite a lo dispuesto en el artículo 56, en sede de consorcio conyugal.

Es una regulación en parte ya contenida en los artículos 53 y 54 de la Compilación, que con algunas matizaciones se reproducen sustancialmente en los artículos 71 y 72; en cambio, es nuevo el artículo 73, lo mismo que el 56, al que se remite, y que hace aplicable durante la comunidad en liquidación, cualquiera que haya sido la causa de disolución de la comunidad matrimonial, el mismo régimen de disposición por causa de muerte que durante el consorcio conyugal.

Así que, mientras dura la situación de indivisión, hay dos regímenes de gestión del patrimonio común (o de administración y disposición entre vivos de los bienes comunes), uno para el caso de disolución por muerte, con sus excepciones, y otro para la disolución por otras causas y los casos de disolución por muerte exceptuados del régimen del artículo 71. El régimen de la gestión en caso de disolución por muerte contenido en el artículo 71 habrá que completarlo en lo necesario, y en cuanto no contradiga la naturaleza de la comunidad en liquidación, con el régimen jurídico de la comunidad hereditaria, como dice el artículo 75 Lrem. En cambio, en la disolución por otras causas y casos asimilados, a falta de acuerdo en-

tre los cónyuges o partícipes, el artículo 72 remite a lo dispuesto por el juez en el correspondiente procedimiento, de manera que será el juez el que, en su caso, podrá tener en cuenta el régimen supletorio de la comunidad hereditaria; si no se acude al juez, el régimen supletorio también será aplicable para resolver extrajudicialmente los problemas de administración y disposición de bienes comunes que puedan presentarse entre los partícipes.

Y además, mientras dura la situación de indivisión, los problemas de la disposición por causa de muerte de la participación en la comunidad, de bienes comunes o de los derechos que le corresponden a un partícipe en un determinado bien común, se resuelven en todo caso de disolución por las mismas reglas previstas en el artículo 56 Lrem. para estos actos de disposición *mortis causa* realizados durante el consorcio conyugal. El régimen de la disposición por causa de muerte durante el consorcio conyugal y durante la comunidad en liquidación es el mismo. No ha parecido necesario hacer distinciones dentro de la comunidad en liquidación: las mismas reglas, en principio, son las previstas para la disposición por causa de muerte cuando la disolución se ha producido por la muerte de uno de los cónyuges y cuando se ha producido por otras causas.

La existencia de esta regulación específica, con el complemento de la previsión de un régimen a aplicar supletoriamente, da a entender, de entrada, que el régimen de la gestión del consorcio conyugal (arts. 45 a 61 Lrem.), incluido lo pactado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales sobre gestión del patrimonio común, deja de aplicarse desde la disolución. Las facultades de los cónyuges o partícipes ya no serán las pactadas para la situación anterior, ni las que, en defecto de pacto, establecía la ley con amplias posibilidades de actuación indistinta o separada; ahora las facultades de administración y disposición de los cónyuges o partícipes habrá que determinarlas conforme a la nueva regulación aplicable a la situación de indivisión. Nueva regulación que para la disolución por muerte mantiene al cónyuge viudo como administrador ahora único. La manifiesta analogía existente entre las dos situaciones de comunidad, puesta de manifiesto por el propio legislador con la remisión del artículo 73 al 56 Lrem., hará que algunas de sus normas puedan resultar de aplicación todavía, en particular las que prevén las consecuencias de los actos de disposición de un cónyuge, a título oneroso (art. 53 Lrem.) o lucrativo (art. 55 Lrem.), sin el necesario consentimiento del otro.

Por supuesto, tras la disolución del consorcio conyugal, sigue correspondiendo a cada cónyuge o a sus herederos la administración y disposición de sus propios bienes.

En el Código Civil no hay una regulación de la gestión de la comunidad posganancial y la doctrina y la jurisprudencia que se ocupan de ella, tras indicar que las reglas generales de gestión de la sociedad de ganan-

ciales desaparecen con ella (1), exigen, como veremos, tanto en la disolución por muerte como en los demás casos, una administración y disposición conjunta de los cónyuges o partícipes, como en el artículo 72 Lrem. Esta es una primera y fundamental diferencia con el Derecho aragonés (2).

II. La administración por el cónyuge viudo

1. Contenido del artículo 71 Lrem.

Es el largo artículo 71 Lrem. el que ahora se ocupa de la gestión de la comunidad en liquidación en caso de disolución por muerte. En cinco apartados, uno más que en la Compilación, recoge sustancialmente el mismo contenido del artículo 53 Comp. (3), con algunos matices y aclaraciones para mejorar su comprensión y su coordinación con la viudedad (4).

Empezando por el final, el apartado 5 del artículo 71 Lrem., que contiene la presunción de aprovechamiento común de los bienes consumibles

(1) Indica RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 98) que “las facultades que los cónyuges tenían sobre el patrimonio común cesan tras la disolución, tal y como nos da a entender la redacción de los artículos 1.392 y 1.393 CC y sus taxativas afirmaciones: *La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, y concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales*”.

Añade este autor que “la situación descrita nos conduce, nuevamente, a un patrimonio indiviso huérfano de reglas, en este caso, relativas a su gestión, lo cual no es solamente importante en el ámbito señalado, sino en el propio estatuto de responsabilidad concerniente a los bienes que conforman el patrimonio posganancial. Hay que saber cómo se pueden gestionar (administración y disposición) los bienes para, así, poder conocer el ámbito de responsabilidad que les afecta”.

(2) Así lo señala para la Compilación MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios*, 1990, p. 65.

(3) Respecto de este precepto, dice RAMS ALBESA, con razón, que “la presencia en la Compilación de un texto tan extenso y detallado sobre las funciones y poderes como administrador del cónyuge supérstite puede fácilmente conducirnos al error de considerar que es este supuesto (el de la disolución por muerte de uno de los cónyuges) el más relevante jurídicamente en el estudio y tratamiento de la comunidad posconsorcial, cuando es éste precisamente el menos enjundioso en el plano de la problemática jurídica” (*Comentarios*, 1993, p. 294). Añade en la página 295 que la existencia de la comunidad conyugal continuada y la viudedad universal, junto con la detracción de las ventajas, “tienden a hacer, en la mayoría de los casos, de la comunidad posconsorcial en caso de muerte de uno de los cónyuges un elemento institucional carente, o poco menos, de relevancia económica propia, consecuentemente de escasa conflictividad, pese al lujo de detalles con que nos regala el legislador”.

(4) *Vid.* Acta 125, de la sesión de la CADC de 11 de julio de 2001. Se dice en esta Acta que “Don José-Luis Batalla Carilla pone objeciones al titulillo del precepto, ya que todos los preceptos anteriores de esta sección se refieren también a la disolución por muerte.

Se le contesta por varios miembros de la comisión que los preceptos anteriores se refieren a todos los casos de comunidad posmatrimonial, el artículo 10 es específico para la disolución por muerte, y el 11 específico para la disolución por las demás causas. Además, los miembros de la ponencia dicen que es el titulillo existente para el precepto equivalente, el artículo 53, de la Compilación”.

que no aparezcan al tiempo de la división, es reproducción literal del apartado 4 y último del artículo 53 Comp.; el apartado 4 del artículo 71 Lrem., sobre las obligaciones del viudo de responder de su gestión y dar cuenta de ella a los partícipes, intenta aclarar el sentido del apartado 3 del artículo 53 Comp.; también el apartado 3 del artículo 71, sobre la facultad del viudo de hacer donación al hijo que se casa análoga a la que hicieron a los hijos casados en vida de los dos, es reproducción casi literal (salvo el “por sí solo”) del apartado 2 del artículo 53 Comp. Es el apartado 1 del artículo 53 Comp. el que ha dado origen a los dos apartados primeros del artículo 71 Lrem.

En el artículo 71-1 se recoge, casi con la misma letra que en el artículo 53-1 Comp., la regla fundamental de este régimen de gestión propio de la disolución por muerte: *Disuelto el consorcio* [“Disuelta la comunidad”, decía el art. 53] y *hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará*. El resto del artículo 71-1 es novedad y viene a recoger los casos en que, como excepción a la regla general, el cónyuge viudo no es, por esta mera condición, el administrador del patrimonio de la comunidad en liquidación, lo que sucede *cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio*.

El apartado 2 del artículo 71 Lrem. clarifica y completa la norma del artículo 53-1 Comp., según la cual el cónyuge viudo “podrá deducir de él [del patrimonio de la comunidad disuelta] alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivan”. Ahora dice el artículo 71-2: *El cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes*. Se indica con mayor precisión para qué personas puede deducir alimentos el cónyuge viudo, además de para sí mismo, y se hace aplicación concreta de la regla general de preferencia del derecho de viudedad al señalar que esta facultad de deducir alimentos del patrimonio común existe sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes: mientras los frutos de tales bienes sean suficientes, la obligación de alimentos del viudo ha de satisfacerse con cargo a los frutos de los bienes comunes. Da a entender que aunque haya frutos de los bienes privativos del fallecido, si no los hay de los comunes, el viudo puede ya deducir alimentos del patrimonio común para las personas que convivían con el matrimonio y que sigan viviendo en casa con el viudo.

2. El párrafo olvidado por la CADC.

Ha prescindido la Lrem. de la parte final del artículo 53-1 Comp., según el cual el cónyuge viudo “atenderá el pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes”. En realidad, comprobadas las Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, no es que se haya querido prescindir de esta referencia, ni de otra más existente en el texto de la ponencia, sino que fueron aprobadas por la Comisión en su día, pero luego, por un error material, no pasaron al texto aprobado. Se trata de un mero olvido. Veamos:

En la sesión de 11 de julio de 2001 (Acta 125), la Comisión aprueba, con algún pequeño cambio de redacción sobre lo propuesto por la ponencia, el siguiente texto para el apartado 1: *Disuelto el consorcio por muerte de uno de los cónyuges, la administración del patrimonio de la comunidad disuelta corresponde al cónyuge viudo, siempre que no se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio. En dicha función, deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio, atendiendo en particular el pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes* (5).

En el debate y deliberación de los apartados 2 y 3 de este artículo surgen propuestas que afectan también al apartado 1, pero sólo a su primera parte, lo que obliga a volver sobre ella. Así, en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126), se aprueba por unanimidad la siguiente redacción: *1. Disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio o se solicite la liquidación judicial, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio. Pero expresamente advierte el Acta que “la segunda parte del artículo 10-1 continúa tal y como se aprobó en la sesión anterior”.*

En la misma sesión, después de aprobar el texto del apartado 2, y con motivo del debate del apartado 3, que, en la propuesta última de la ponencia, limita su aplicación si se ha solicitado la liquidación judicial, se vuelve sobre este mismo límite introducido en el apartado 1. Dice literalmente el Acta que “El presidente vuelve a someter a votación la enmien-

(5) La segunda parte de este apartado comienza con una regla tomada de la regulación de la comunidad conyugal continuada (art. 65 Comp.) y el final es transcripción literal de la última parte del artículo 53 Comp. *Vid.* Acta 125, de 11 de julio de 2001.

da de supresión del inciso *o se solicite la liquidación judicial*, que es aprobada por mayoría, quedando la primera parte del artículo 10-1 de la siguiente manera:

1. Disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio. [...].

La Comisión ya no volverá a introducir ninguna modificación más en el apartado 1, con lo cual el texto aprobado, sumadas la primera y la segunda parte, es el siguiente:

1. Disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio. En dicha función, deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio, atendiendo en particular el pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes.

Sin embargo, al transcribir el texto aprobado, la Comisión olvidó sumar la segunda parte aprobada pacíficamente en la primera sesión y así, por este error material, pasó al Anteproyecto de Ley como si sólo debiera contener la primera parte (6). No obstante, la falta de esta segunda parte puede suplirse con una adecuada interpretación que la tenga en cuenta.

3. El cónyuge viudo, usufructuario y administrador.

Estas son las normas que hay que exponer, pero sin olvidar, como nos recuerdan los apartados 2 y 4 del artículo 71, la preferencia general del derecho de viudedad (art. 74) (7).

El régimen del artículo 71 Lrem. —como dice RAMS ALBESA para el del art. 53 Comp. (8)— está inspirado en una vocación de continuidad que es impropia de la comunidad en liquidación, su orientación no es el ám-

(6) El apartado 1 del artículo 71 no fue objeto de ninguna enmienda en la tramitación parlamentaria.

(7) Recordar lo dicho sobre la comunidad posconsorcial y el derecho de viudedad en las pp. 316-320.

(8) Sigo aquí muy de cerca las, en general, acertadas observaciones de este autor sobre el régimen de administración por el cónyuge viudo contenido en el artículo 53 de la Compilación, que considero trasladables al vigente artículo 71 Lrem.: *vid. Comentarios*, 1993, pp. 295-296.

bito de la liquidación y división, se encamina en la mente del legislador hacia la comunidad continuada y tiene muy presente en los poderes que describe la presencia de un usufructo vidual (que alcanza a todos los bienes privativos del difunto y a la mitad neta de los bienes comunes), que ya no es expectativa, sino derecho presente.

El cónyuge viudo no es un mero administrador legal reforzado, como podría considerarse en un sistema jurídico rectamente encaminado en este punto hacia una liquidación con partición material inmediata de la masa común, sino que es un cotitular de la mitad de los bienes comunes que es además usufructuario (y en cuanto tal titular de pleno derecho de los frutos y poseedor de los bienes que los producen) de la otra mitad y de todos los bienes privativos del premuerto; este cotitular del patrimonio común y usufructuario de los bienes del premuerto (incluida su participación consorcial) es también el administrador de la comunidad en liquidación, pero sólo ejercerá como tal en cuanto las facultades que este título le conceden excedan de las que tiene en virtud del usufructo de viudedad. Así está dicho ahora de forma general en el artículo 74 Lrem., que establece la preferencia de los derechos y obligaciones derivados de la viudedad sobre los contenidos en la sección dedicada a la comunidad que continúa tras la disolución, y en relación a la gestión en el apartado 4 del artículo 71 Lrem.

“Por ello, no es extraño ni exagerado –como dice el autor citado– que se predique doctrinalmente que la «administración» abarca a la totalidad de la economía familiar que se continúa provisionalmente hasta la partición con adjudicación de bienes” en cabeza del cónyuge sobreviviente, que tiene a su cargo esta función familiar de administrador general, a ejercitar dentro de los límites que impone el ser una mera continuación, situación en la que la ulterior división del patrimonio pendiente de liquidación sólo dará lugar a nudas propiedades, quedando el patrimonio en manos del viudo por derecho de viudedad.

4. La administración en virtud del usufructo de viudedad.

El régimen del artículo 71 Lrem., y el del anterior artículo 53 Comp., es el que mejor enlaza con la regulación tradicional de la comunidad conyugal continuada en el sistema de las Observancias, si bien ahora, aunque la viudedad legal es universal, existe situación de comunidad en liquidación compatible con el derecho de usufructo del cónyuge viudo, compatibilidad que en caso de concurrencia se resuelve, a diferencia de lo que sucedía en la comunidad conyugal continuada, con la aplicación preferente de los derechos y obligaciones derivados del usufructo de viudedad,

por disposición expresa del artículo 74, como ya hemos tenido ocasión de exponer.

Recordemos que tanto en la Compilación como en el Derecho anterior, cuando hay situación de comunidad conyugal continuada, el régimen de ésta prevalece sobre el de la viudedad y sólo sucede lo contrario cuando a la muerte de uno de los cónyuges no hay comunidad continuada, sino mera indivisión o cuando la comunidad continuada se disuelve y persiste la indivisión del patrimonio común hasta la partición.

Ahora, de entrada, si no se pacta una situación de comunidad continuada a la antigua usanza, lo que hay es una situación de comunidad en liquidación, considerada desde el principio como provisional y dividenda y, por ello, con preferencia desde el inicio de los derechos y deberes del cónyuge titular del usufructo de viudedad sobre los resultantes de la situación de comunidad en liquidación (9).

Si intentamos hacer aplicación de estas ideas al asunto de la gestión de los bienes comunes resulta, como ya hemos dicho, que el viudo usufructuario administra los bienes afectos al usufructo en beneficio suyo y, en contraprestación, debe soportar las cargas propias de la condición de usufructuario. El régimen del usufructo de viudedad será el que los cónyuges hayan pactado (art. 90 Lrem.) o el que acuerden el viudo y los nudo propietarios (art. 109 Lrem.); a falta de pacto o para completarlo, el régimen legal aragonés es el contenido en los artículos 101 a 120 Lrem., donde se regula el comienzo y extensión del usufructo vidual (art. 101 Lrem.), la posibilidad de sustituir el usufructo sobre explotaciones económicas por una renta mensual (art. 102 Lrem.), supuestos en que hay obligación de formalizar inventario y prestar fianza (art. 103 Lrem.), la formalización del inventario cuando sea obligatorio hacerlo (art. 104 Lrem.), otras medidas cautelares cuando proceda el inventario y hasta tanto éste se formalice y, en su caso, se constituya la fianza (art. 105 Lrem.), la sanción por la falta de inventario cuando éste sea obligatorio (art. 106 Lrem.), la inalienabilidad e inembargabilidad del usufructo vidual (art. 108 Lrem.), la liquidación de los frutos (art. 111 Lrem.), el régimen de los gastos y mejoras (art. 112 Lrem.), de las reparaciones extraordinarias (art. 113 Lrem.), de los tributos (art. 114 Lrem.) y de los seguros de los bienes afectos al usufructo vidual (art. 115 Lrem.), la obligación de alimentos (art. 116 Lrem.), el usufructo de dinero (art. 117 Lrem.), el usufructo de fondos de

(9) “Por ello —dice RAMS ALBESA—, la comunidad posconyugal como situación provisional que limita el acceso a tales bienes por parte de los herederos del premuerto no tiene aquí la importancia que puede concedérsele en los sistemas jurídicos que no conocen la institución del usufructo vidual o no lo hacen con esta extensión o recae sobre una parte alícuota de la herencia que es preciso delimitar y establecer” (*Comentarios, op. cit.*, p. 294).

inversión (art. 118 Lrem.), la extinción del usufructo de viudedad (art. 119 Lrem.) y la posesión de los propietarios (art. 120 Lrem.).

En el artículo 110 Lrem. está prevista la intervención de los nudo propietarios: *Cuando los nudo propietarios estimen que en la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se deriven graves perjuicios para ellos, podrán acudir al Juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo.* Para acudir al juez no se requiere negligencia grave o malicia en la gestión, basta que de ésta deriven graves perjuicios para los nudo propietarios. El usufructo de viudedad se extingue, entre otras causas, *por incumplir como usufructuario, con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo lo dispuesto sobre negligencia en la formalización del inventario* [art. 119-1-e) Lrem.].

El contenido del usufructo de viudedad, en lo no pactado (arts. 90 y 109 Lrem.), ni regulado en la Lrem., es el propio del usufructo del Código Civil (art. 107 Lrem.). Como todo usufructuario, el cónyuge viudo puede usar y disfrutar de los bienes ajenos según su naturaleza y, en principio, debiendo conservar su forma y sustancia (arts. 467 y ss. CC). Son facultades que se inician con el nacimiento de su derecho y se extienden mientras éste dura.

El cónyuge viudo usufructúa la masa de bienes comunes, pero también la masa integrada por los bienes privativos del cónyuge difunto, masa sobre la que ningún poder tiene el cónyuge viudo en cuanto administrador de la comunidad en liquidación. Pero es una masa indivisa que por derecho de viudedad usufructúa también el cónyuge supérstite y que está destinada a ser liquidada y dividida entre los herederos. La existencia de la viudedad universal del supérstite sobre todos los bienes del difunto exige, para que pueda enajenarse la plena propiedad de bienes determinados del premuerto, la concurrencia del viudo usufructuario con los nudo propietarios (art. 108-2.º Lrem.). Nudo propietarios cuyo representante legal para actos de disposición mientras sean menores de catorce años será normalmente el padre sobreviviente (que en los casos previstos en el art. 12 la Ley de Derecho de la persona necesitará autorización previa de la Junta de Parientes o del juez); el padre viudo, en cuanto titular de la autoridad familiar sobre el hijo menor, conserva las facultades de administración de los bienes de éste, en concurrencia con él desde que cumpla catorce años, hasta su mayoría de edad (arts. 6, 23 y 81 a 86 de la Ley de Derecho de la persona), de manera que puede ser administrador de los bienes privativos del premuerto como usufructuario y como padre administrador de los bienes de sus hijos menores de edad. Esta concurrencia de administraciones hay que resolverla, en cuanto resulten incompatibles, con la apli-

cación preferente del régimen del usufructo de viudedad (10). Además algunos de estos bienes pueden hallarse mezclados con los comunes, de forma que, en cuanto a algunos de ellos, es difícil saber, al menos por el momento, su procedencia. El apartado 3 del artículo 71 contempla el supuesto de que los bienes comunes y los que fueron privativos del cónyuge estén indivisos, es decir, mezclados unos con otros.

No hay normas específicas, como en la Compilación navarra (11), el Código de sucesiones de Cataluña (12) o la Ley de Derecho civil de Gali-

(10) En la comunidad conyugal continuada los frutos de los bienes que eran privativos de cada cónyuge ingresaban en el patrimonio común en perjuicio del derecho de viudedad (art. 63-1-1.º Comp.). *Vid.* SERRANO GARCÍA: "Comentario al artículo 63 Comp.", 1993, pp. 471-474. Cfr. para el Apéndice, DELGADO: ADA, XII, 1963-64, pp. 234-235.

El artículo 3, párrafo 2.º i. f. del Apéndice decía que *acerca de los haberes y derechos que a los hijos menores pertenezcan en sociedad conyugal continuada después de disuelto el matrimonio de los padres, se llevará cuenta de administración separada, a fin de que conste en su día cuanto pueda interesar a la guarda de aquellos intereses.*

El "Proyecto Gil Berges" decía que *cuando el cónyuge sobreviviente deba ejercer en dicha sociedad la administración, y recaiga en él por título diferente la de otros bienes de los herederos del prefallecido que no les provengan de la comunidad, llevará aparte la cuenta de las demás administraciones.*

(11) El legislador navarro, en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, ha dado nueva redacción a la Ley 259 de la Compilación y ha establecido que *El cónyuge usufructuario debe:*

1. *Administrar y explotar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia.*
2. *Pagar los gastos de última enfermedad, entierro, funeral y sufragios del cónyuge premuerto.*
3. *Prestar alimentos, dentro de los límites del disfrute, a los hijos y descendientes del cónyuge premuerto, a quienes éste tuviere obligación de prestarlos, y siempre que los alimentistas se hallaren en situación legal de exigirlos.*

4. *Pagar con dinero de la herencia las deudas del cónyuge premuerto que fueren exigibles. Si no hubiere dinero suficiente, podrá enajenar bienes de la herencia previo acuerdo con los nudo propietarios, y a falta de acuerdo o si los nudo propietarios fueren desconocidos o estuvieren ausentes, será necesaria la autorización judicial para enajenar bienes.*

5. *Pagar todas las cargas inherentes al usufructo.*

(12) El artículo 69 del Código de Sucesiones de Cataluña regula el contenido del usufructo universal capitular (el art. 24 del Código de Familia de Cataluña dice que este usufructo debe tener el contenido establecido en el art. 69 del Código de Sucesiones). Este usufructo autoriza al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos sus bienes. *Además de las facultades inherentes a todo usufructo, corresponderá al usufructuario:*

- 1.º *Pagar las legítimas y, en su caso, las dotes con los bienes de la herencia, pero con el beneplácito del heredero si fuera preciso enajenar o adjudicar en pago o gravar bienes muebles de especial valor o bienes inmuebles.*

- 2.º *Realizar mejoras necesarias y útiles.*

- 3.º *Enajenar el mobiliario y los semovientes que estime necesario, con la obligación de reponerlos en la medida en que sea posible y aconsejable.*

El usufructuario tendrá que:

- 1.º *Dar, con cargo al usufructo, alimentos al heredero, a su consorte y a los hijos del heredante y del heredero que vivan en la casa, y proporcionarles conocimientos y preparación de acuerdo con su rango familiar.*

- 2.º *Permitir en su usufructo las disminuciones necesarias para dotar y acomodar a los susodichos hijos, y para que el heredero efectúe en los bienes usufructuados las obras de conser-*

cia (13), que contemplen la obligación del cónyuge usufructuario de pagar las deudas y cargas de la herencia. Debe pagar las cargas inherentes al usufructo, pero no otras propias de los herederos nudo propietarios.

La gestión por el usufructuario no incluye la obligación de pagar las deudas exigibles de responsabilidad común cuando han sido originadas durante el consorcio conyugal y, por tanto, antes de ser titular del dere-

vación, aunque sean extraordinarias, y las mejoras útiles que crea convenientes, mientras no mengüen sensiblemente el usufructo.

3.º Poner en conocimiento del heredero, en el plazo más corto posible, toda usurpación o novedad dañosa contra los bienes de la herencia.

4.º Defender, a su costa, la posesión de los bienes, ejercitando las acciones correspondientes.

Este usufructo será inalienable, sin perjuicio de que, con el consentimiento de los nudo propietarios, sean enajenados bienes determinados, con subsistencia del usufructo sobre los bienes subrogados no destinados a mejorar el patrimonio o a pagar deudas y legítimas. Sólo será embargable la parte de los frutos que exceda de lo necesario para atender las obligaciones propias del usufructo.

(13) En la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se regula el “usufructo del cónyuge viudo”. Al contenido de este usufructo voluntario sobre la herencia del premuerto se refieren los artículos 233, 234 y 235, que dicen así:

Artículo 233. Además de las facultades que incumben a todo usufructuario, el cónyuge que lo fuera por la totalidad de la herencia está facultado para:

1.º Pagar los gastos de última enfermedad, enterramiento, funerales y sufragios del cónyuge premuerto, con cargo a la herencia.

2.º Pagar las deudas exigibles del causante con metálico de la herencia. Si no hubiera dinero o éste no fuera suficiente, el usufructuario podrá enajenar semovientes, arbolado o mobiliario ordinario en la cuantía precisa. Para la enajenación de cualquier otro bien con la finalidad de pagar las deudas del causante será necesario el consentimiento de los propietarios sin usufructo o, en otro caso, la autorización judicial.

3.º Cobrar créditos de la herencia, aun cuando se prestara fianza.

4.º Enajenar el mobiliario y los semovientes que considere necesarios, de acuerdo con una buena administración, debiendo reponerlos en cuanto sea posible conforme al mismo criterio.

5.º Realizar las talas de árboles maderables, incluso por el pie, y hacer suyo el producto de las minas, siempre que sean adecuadas a una normal explotación forestal.

6.º Realizar mejoras no suntuarias con cargo a la herencia.

7.º Explotar las minas según su reglamento jurídico.

Artículo 234. La persona referida en los artículos anteriores habrá de:

1.º Cumplir las obligaciones que expresamente le impusiera el causante.

2.º Administrar los bienes objeto del usufructo con la diligencia propia de un buen padre o madre de familia.

3.º Prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes que lo precisen.

4.º Defender, a su costa, la posesión de los bienes.

Artículo 235. Si los propietarios sin usufructo fueran descendientes de la persona viuda, las reparaciones, tanto las ordinarias como las extraordinarias, serán a cargo y por cuenta de quien fuera usufructuario, a no ser que por su entidad y atendida la rentabilidad del patrimonio usufructuado no pudiera costearlas aquella persona. En este último caso, las reparaciones se realizarán en conformidad con los propietarios sin usufructo o, si no hubiera acuerdo, por determinación judicial.

cho de usufructo, como tampoco incluye la obligación de pagar las deudas de la herencia. Lo que no quiere decir que los bienes comunes y, en su caso, los privativos del causante no estén afectos a esta responsabilidad. Incluso los derechos de los acreedores pueden ser preferentes a los del usufructuario sobre los bienes usufructuados si se trata de deudas que en caso de ejecución de bienes extinguen el derecho de viudedad. Pero no es obligación del usufructuario atender al pago de las deudas anteriores y, por tanto, existentes al adquirir su derecho de usufructo, salvo si así se hubiera pactado y sin perjuicio de poder hacerlo voluntariamente (cfr. arts. 510, 506, 642 y 643 CC).

En la regulación aragonesa, el pago de las deudas exigibles de los bienes comunes que no deriven de la gestión del patrimonio común propia de un usufructuario es una facultad que excede del contenido propio del usufructo de viudedad. La gestión del cónyuge viudo, en cuanto administrador del patrimonio común, es más amplia y puede exceder de las facultades de gestión que como usufructuario le puedan corresponder. Esta mayor amplitud está expresamente contemplada en el artículo 71-4. Habrá también exceso respecto de las facultades en cuanto usufructuario cuando el cónyuge viudo haga uso de las facultades de los apartados 2 y 3 del artículo 71: *detraer alimentos del patrimonio común es algo que no puede hacer el usufructuario y mucho menos donar bienes comunes o privativos afectos al derecho de usufructo.*

5. Contenido de la administración en cuanto cónyuge viudo.

Los derechos y obligaciones del viudo en cuanto usufructuario de los bienes del premuerto son un punto de partida a tener siempre presente, pero las facultades del viudo en cuanto administrador del patrimonio de la comunidad disuelta, del que es cotitular, son lógicamente mucho mayores que las que le corresponden como mero titular de un derecho de usufructo sobre bienes ajenos o en parte ajenos. Hay actos de administración y disposición de los bienes comunes que el viudo puede realizar por sí solo, sin contar con los herederos del premuerto, en cuanto cotitular-administrador del patrimonio de la comunidad y que no podría realizar como mero usufructuario sin la colaboración de los nudo propietarios: son poderes y facultades que exceden de los derivados del usufructo de viudedad. El exceso o aumento de las facultades del cónyuge viudo como administrador no infringe el derecho de viudedad, sino que lo sobrepasa o supera.

Y es que el legislador ha querido que el cónyuge viudo tenga la gestión del patrimonio común indiviso con unas facultades de administración y disposición de los bienes comunes que son continuación de las que tenía durante el matrimonio.

Durante la vigencia del consorcio conyugal, las decisiones sobre la economía del hogar y el gobierno de la familia corresponden a ambos cónyuges (arts. 4 y 45-1 Lrem.). La gestión del patrimonio común les corresponde a ambos, conjuntamente o por separado, en la forma pactada en capitulaciones matrimoniales y, en su defecto o para completar lo pactado, por lo dispuesto en los artículos 48 a 60 Lrem. La Lrem. concede a cada uno de los cónyuges amplias facultades de actuación por separado, bien de forma indistinta o solidaria (art. 48 Lrem.), bien de forma disjunta (arts. 49 y 50 Lrem.), y sólo en los supuestos en que, conforme a lo pactado o dispuesto por la ley, no basta la actuación separada, se requiere la actuación conjunta de los cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (art. 51 Lrem.), que sólo es precisa, en su caso, para actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes, puesto que la administración ordinaria puede ser realizada siempre por cada uno de los cónyuges por sí solo (14).

A la muerte de uno de los cónyuges, si el patrimonio común continúa existiendo, se produce una concreción automática de las facultades legales de administración en la persona del cónyuge sobreviviente (cfr. art. 60 Lrem.). Él es ahora el único administrador del patrimonio común, dado que los nuevos cotitulares, los herederos del premuerto, no ocupan el lugar de éste en la gestión. Ahora el gobierno de la familia, las decisiones sobre la economía del hogar y la administración del patrimonio común corresponden exclusivamente al cónyuge supérstite.

Ahora, la gestión de la comunidad se regirá, en su caso, por lo pactado por los cónyuges en escritura pública o lo dispuesto en testamento mancomunado para esta nueva situación (cfr. art. 90 Lrem.) o por lo pactado por el cónyuge viudo y los herederos (cfr. art. 109 Lrem.). En cambio, uno de los cónyuges no puede excluir el derecho de administrar del otro (15).

En defecto de pactos válidos o para completarlos, se aplicará el régimen legal deducible del artículo 71 Lrem. Comienza diciendo este artículo que *disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará* (art. 71-1) (16). Es la solución tradicio-

(14) Vid. SERRANO GARCÍA, J. A.: 2006, pp. 281-304.

(15) En la sesión de 11 de julio de 2001 (vid. Acta 125), don José García Almazor se plantea si la norma que examinamos es imperativa en el sentido de si un cónyuge puede disponer que el otro no tendrá esta administración. Dice el Acta de la sesión que “hay acuerdo en que aunque cabe el pacto en contra de ambos cónyuges o del cónyuge sobreviviente con los herederos del otro, uno de los cónyuges no puede excluir el derecho de administrar del otro; en este punto, es parecido a lo que sucede con el derecho de viudedad. De todos modos, lo que podrán hacer los partícipes disconformes con la administración del cónyuge viudo es solicitar la división del patrimonio común”.

(16) En la sesión de la CADC de 11 de julio de 2001 (vid. Acta 125), don Ricardo Giménez Martín defendió que, en su opinión, desde que se hace inventario ya no habría que atri-

nal aragonesa para los casos de disolución del consorcio por muerte (17). Es también, como hemos visto, la solución tradicional en la comunidad conyugal continuada.

La solución aragonesa es realista (18), dado que el cónyuge sobreviviente, además de partícipe en el patrimonio común, es normalmente usufructuario de los bienes y derechos del premuerto por derecho de viudedad, representante legal de los hijos hasta los catorce años y administrador de sus bienes mientras son menores (los hijos serán frecuentemente los herederos de aquél), y puede ser incluso fiduciario, único o con otros, del cónyuge fallecido. En cualquiera de estas situaciones, el cónyuge viudo ya es administrador de los bienes del premuerto; pero aunque no lo fuera (por no tener derecho de viudedad, ni existir fiducia sucesoria, ni herederos descendientes y menores de edad), la ley quiere que sea él el administrador

buirle la administración al cónyuge viudo. Ante lo cual don Jesús Delgado Echeverría recordó que la solución propuesta por la ponencia es la propia del Derecho civil aragonés, que por supuesto puede discutirse, pero que estamos ante parte fundamental, junto con la viudedad y la fiducia, de lo que constituyen los *poderes* históricos del cónyuge viudo. Y añadió poco después que lo que pretendemos es, una vez suprimida la comunidad conyugal continuada, mantener el régimen tradicional de la comunidad posmatrimonial aragonesa, que incluye los poderes del cónyuge viudo, sobre la idea de que el cónyuge viudo no es un partícipe más, sino que tiene derecho a mandar. Mientras vive uno de los cónyuges todo sigue tendencialmente igual. Y hay razones de fondo importantes: la idea del legislador sobre la estructura familiar.

Dice el Acta de la sesión citada que “Se sigue debatiendo hasta dónde deben llegar las facultades del cónyuge viudo. Don Jesús Delgado Echeverría explica que lo que hay detrás es un modelo de sociedad y que nos encontramos ante algo que es un identificativo aragonés y que no ha causado problemas; se entiende que, a pesar del fallecimiento de uno de los cónyuges, el matrimonio de alguna forma continúa y que eso justifica los poderes del cónyuge viudo, respecto del cual se estima que va a gestionar bien; téngase en cuenta que normalmente será usufructuario.

Parece haber acuerdo general en mantener como punto de partida esta posición poderosa del cónyuge viudo”.

(17) Cuenta ARREGUI LUCEA en el *Informe del Seminario de la Comisión Compiladora* sobre “Disolución y división de la comunidad legal” (de 1956, pero editado en 1996, pp. 499-500) que “entre las cuestiones previas a la propuesta de articulado, tratóse de a quién debía ser adjudicada la custodia de los bienes que el vigente Apéndice Foral, en su artículo 55, atribuye al cónyuge supérstite, y que luego desenvuelve más por extenso al tratar de la viudedad legal. Y el Seminario, en sesión de 3 de febrero de 1956, a propuesta de su Director, Sr. Lacruz, acordó que dicha materia debía ser sustraída a la viudedad, reconociendo al cónyuge supérstite auténtico carácter de *administrador* de la sociedad en liquidación, dotado de las facultades que éste lleva consigo; función que, en los otros supuestos de disolución correspondería al administrador designado por los cónyuges o, en su defecto, por el Consejo de parientes”.

(18) Como dice RAMS ALBESA, en este precepto no puede verse una concesión a un tradicionalismo trasnochado, sino más bien una respuesta realista de la norma que se corresponde con una vivencia mayoritaria en la sociedad a la que va dirigida. La norma atiende a dos datos de la realidad, uno, la continuidad de la familia y de sus necesidades, que no se destruye con la muerte de uno de los cónyuges y que se atiende mucho mejor con una posición en la que se evita una brusca interrupción de las incumbencias ordinarias. El otro dato entronca con la institución foral de la viudedad (*Comentarios*, 1993, pp. 293-294).

del patrimonio conyugal hasta su liquidación y división y con unas facultades más amplias que las de un simple usufructuario.

Lo más frecuente suele ser que el cónyuge viudo concentre en sus manos la administración de todo el patrimonio familiar, pues administra sus propios bienes, también los que eran privativos del otro (por derecho de viudedad, fiducia, representación de los herederos menores), y continúa la administración del patrimonio común mientras permanece indiviso –frecuentemente hasta su muerte–. Si no hay fiducia ni derecho de viudedad, cualquiera de los partícipes puede conseguir que el viudo no administre, pidiendo la división del patrimonio común.

El cónyuge viudo es el administrador del patrimonio consorcial y puede realizar cualesquiera actos propios de todo administrador, en particular, como especificaba el apartado 1 del artículo 53 Comp. y decía la segunda parte del artículo 71-1 Lrem. olvidada por la CADC, *atenderá al pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes*; parece que podrá también cobrar los créditos consorciales vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen (cfr. art. 137-1 Lsuc.). La STS de 13 de febrero de 1987 dice que el cónyuge viudo, en cuanto administrador, no está facultado para ejercitar acciones –como la de retracto de colindantes– en beneficio exclusivo: sí cuando lo haga en beneficio de la comunidad. Además, conforme al apartado 2, *podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes*. Y según el apartado 3, *el viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos*. Son ejemplos de actos de administración de un patrimonio familiar (19).

En cuanto administrador del patrimonio común, y en la medida en que no le corresponda hacerlo como usufructuario del mismo, debe atender al

(19) En palabras de RAMS ALBESA: “Las notas funcionales del artículo 53-1 Comp. (deducción de alimentos, pago de deudas exigibles, continuación de los negocios y conservación de bienes) no constituyen, a mi modo de ver, un catálogo de facultades de administración, sino una ejemplificación del ejercicio de la función familiar de administrador general de un patrimonio pendiente de liquidación, en el que la ulterior división sólo dará lugar a nudas propiedades y a contadas entregas materiales, quedando el grueso del patrimonio en manos del supérstite” (*Comentarios*, 1993, p. 295).

pago de las deudas exigibles (20) de los bienes comunes, es decir, de las deudas de gestión que no sean cargas usufructuarias y de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal (art. 69-1 Lrem.). Cuestión distinta es la del pago de las deudas privativas.

Como usufructuario es deudor y responsable del pago de las cargas del usufructo y puede disponer para ello de los frutos de los bienes usufructuados. En cuanto administrador debe atender también al pago de las demás deudas comunes exigibles. Esto implica que podrá serle solicitado el pago por los acreedores extrajudicialmente. Implica también la posibilidad de disponer de dinero consorcial y, tal vez, de cualesquiera otros bienes muebles que puedan servir para el pago (21). Pero si el administrador no paga voluntariamente, él no es representante de la comunidad en el ámbito procesal, y los acreedores deberán ejercitar sus acciones contra el deudor o deudores (el cónyuge viudo o los herederos del premuerto) (22). Como se trata de deudas de cargo o responsabilidad común, la

(20) Dice ARREGUI LUCEA (1956, p. 501) que “las deudas abonables serán únicamente las que, con arreglo a las normas del Derecho común sobre exigibilidad de créditos, tengan tal carácter, modificándose la terminología del actual Apéndice Foral, que en su artículo 55-3.º une a la nota de exigibilidad la de que consten de manera fehaciente, ya que aquélla constituye suficiente garantía y concreta, en forma adecuada, las deudas que podrán ser reclamadas”.

En el mismo sentido hace notar MERINO HERNÁNDEZ que “el Apéndice de 1925 requería, para que ese pago se efectuara, que las deudas «sean exigibles y consten de manera fehaciente». Exigencia esta última que ha desaparecido del texto foral vigente. Por ello, cualquier deuda contra la sociedad conyugal que sea exigible (por estar vencida y no existir nada que impida o retrase su pago) deberá ser solventada por el cónyuge viudo administrador, aunque no conste de modo fehaciente; bastará con que la misma pueda demostrarse por cualquier procedimiento” (*Comentarios*, 1990, p. 72).

(21) Como dice RAMS ALBESA, el acreedor consorcial “no tiene por qué esperar a la liquidación del consorcio y el administrador para realizar el pago no requiere de una habilitación especial, pues se trata del cumplimiento de una obligación y no de un nuevo negocio; que fuera el difunto el contrayente de la deuda debe resultar indiferente a los efectos de responsabilidad pues ésta no se extingue por el hecho de la conclusión de la comunidad legal ni se modifican los elementos propios de la exigibilidad de un crédito existente contra ella” (1993, p. 297).

(22) El artículo 54 del Apéndice decía que “el cónyuge sobreviviente representará en juicio y fuera de él a la sociedad continuada”; el TS reconoció la legitimación a la viuda para demandar como representante de la comunidad en S. de 13 de diciembre de 1958. Dice el TS en uno de sus considerandos que el argumento esgrimido negando la legitimación activa a la viuda “no puede prosperar, porque cuando el pleito se plantea doña M.ª J. es viuda y como aragonesa está sometida al régimen foral y en ese concepto le es de aplicación el artículo 54 del Apéndice que la erige su representante en juicio y fuera de él de los bienes a que alude el artículo 53”.

Pero, como dice DELGADO, desde el punto de vista procesal, el supérstite no es “representante”, pues no comparece en nombre de otro: ni en el de los herederos, que no son incapaces ni por tanto necesitados de representación legal, ni en nombre del patrimonio común, el cual carece de personalidad jurídica. Su posición es la de un legitimado por sustitución que deduce en juicio, en nombre propio, una relación jurídica (parcialmente) ajena (ADA, XII, 1964-64, p. 243).

enajenación judicial de bienes comunes para su pago conllevará la extinción del usufructo.

Atender al pago de las deudas externamente privativas del cónyuge premuerto no es obligación del cónyuge viudo, ni como usufructuario ni como administrador de la comunidad en liquidación (23), sino que es obligación de los herederos del premuerto y, en su caso, del cónyuge viudo como administrador de la fiducia sucesoria.

El cónyuge viudo debe atender también *al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes*. Son facultades que le corresponden igualmente, incluso sobre los bienes privativos del premuerto, en virtud del usufructo de viudedad. El cónyuge viudo puede realizar sobre los bienes comunes los actos de administración que ya podía realizar por sí solo durante el consorcio: actos de administración ordinaria; actos de modificación inmobiliaria de fincas inscritas expresamente para el consorcio conyugal, o inscritas con carácter presuntivamente consorcial si las hubiera adquirido él; actos de defensa, judicial o extrajudicial (cfr. art. 48 Lrem.) (24). El cónyuge viudo está legitimado también, como durante el matrimonio, para realizar los actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio (cfr. art. 49 Lrem.). Pero la disposición de los frutos de los bienes comunes es una facultad que ahora corresponde al cónyuge viudo por derecho de viudedad.

Parece defendible igualmente la aplicación analógica del artículo 50 Lrem. Frente a terceros de buena fe, la posición del cónyuge viudo no parece que deba ser distinta de la que tenía durante el matrimonio. En cuanto a los bienes que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder, el cónyuge viudo está legitimado, frente a terceros de buena fe, para realizar actos de administración extraordinaria, así como los de disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles.

Es razonable entender que, aunque el consorcio se ha disuelto y no se aplica ahora su régimen, el cónyuge viudo sigue siendo el administrador del patrimonio común, ahora el único, y tiene, en cuanto no ha sido modificado por el artículo 71 Lrem., las mismas facultades de administración y disposición de los bienes comunes que ya tenía por sí solo antes. En este sentido, cabe entender que el artículo 71 viene a confirmar las fa-

(23) Así lo cree también MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios*, 1990, p. 72.

(24) La defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción corresponde sólo al cónyuge administrador, mientras que por vía de excepción parece que hay que admitir la legitimación de todos los partícipes.

cultades de gestión separada que ya tenía el cónyuge viudo antes de la disolución del consorcio conyugal (25).

La alternativa es entender, como hace el TS para la sociedad posganancial del Código Civil, que disuelta la comunidad matrimonial dejan de aplicarse las normas que regían durante su funcionamiento, de manera que la administración y disposición de las acciones comunes a nombre del cónyuge sobreviviente sigue, desde su disolución hasta su liquidación, las reglas de la protección a la apariencia jurídica [Ss. de 31 de diciembre de 1998 (26) y de 14 de febrero de 2005 (27)].

Los actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes comunes que durante el consorcio requerían la actuación conjunta de ambos cónyuges o de uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 51), son los que ahora precisan la intervención del cónyuge viudo y los herederos del otro, salvo en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 71, en los que se faculta al cónyuge viudo para actuar por sí solo.

Por lo demás, el cónyuge sobreviviente administra y puede enajenar sin dificultad los bienes de su patrimonio privativo, sin necesidad de previa liquidación de la comunidad conyugal disuelta [art. 95-3 RH (28)]. En

(25) Antes de la reforma de 1985, la situación del viudo o viuda en la comunidad conyugal continuada recordaba a la del marido durante la sociedad conyugal, porque éste era su administrador. Dice DELGADO para el Apéndice que “nacen, *ope legis*, en el cónyuge supérstite, unas facultades similares a las que el marido tenía en el consorcio conyugal; pero cuando sea la viuda quien continúe no puede decirse que suceda en tales facultades a su marido, sino que éstas nacen para ella al darse unos supuestos contemplados por la ley, entre los que se encuentra la muerte del consorte” (ADA, XII, 1963-64, p. 239).

Después de la reforma de 1985, la situación del cónyuge sobreviviente, tanto en la comunidad continuada como en la comunidad en liquidación, era similar a la que ya tenía durante el matrimonio. A efectos de administración, pero sin tener que contar con el consentimiento de los herederos del otro. Cfr. mis “Comentarios a los artículos 67 y ss. Comp.”, 1993, pp. 513-527.

En palabras de MERINO HERNÁNDEZ, “al fallecimiento de cualquiera de ambos [cónyuges], si la comunidad conyugal continúa, no se produce ninguna especial alteración en lo que concierne a la administración de sus bienes; simplemente, el paso de una administración compartida a una administración unitaria, pero siempre por parte de uno de los ya administradores. Hay una especie como de expansión, en beneficio del cónyuge sobreviviente, de todas las facultades de administración que, antes del matrimonio, correspondían a los dos” (“Comentario al artículo 65 Comp.”, 1990, p. 218).

(26) Que denegó la protección al comprador de unas acciones tituladas a nombre del cónyuge supérstite, que las vendió al disolverse la sociedad de gananciales y antes de su liquidación.

(27) Esta sentencia dice que “es obvio que la protección de la apariencia jurídica no podría tener aplicación en este caso para afirmar que las 420 acciones a nombre del cónyuge supérstite tenían derecho a voto en la Junta de la SA, cuando los restantes socios de la misma [los tres hijos comunes del matrimonio] conocen la realidad, están junto con aquél, envueltos en un juicio de testamentaría sobre la herencia de su fallecida madre”.

(28) Se discutió en tiempos si el cónyuge sobreviviente podía enajenar bienes de su patrimonio privativo (o los herederos del premuerto del de éste) sin la concurrencia de los otros partícipes en el consorcio posmatrimonial. Contra la opinión de MANRESA (*Comentarios al Có-*

cambio, sobre los bienes privativos del cónyuge difunto, al margen del usufructo de viudedad, ningún poder tiene el cónyuge viudo en cuanto administrador de la comunidad en liquidación, salvo si se hallan confundidos con los bienes comunes (29).

6. Diligencia y modo de actuar del administrador.

La gestión del patrimonio común es una función que se encomienda al cónyuge viudo en beneficio de la comunidad en liquidación y de la familia, de la que responde ante los partícipes herederos en cuanto exceda de las facultades que le correspondan como usufructuario. En principio, por tanto, la diligencia y las garantías exigibles en la administración del patrimonio común son las propias del usufructuario por derecho de viudedad. La gestión con negligencia grave o malicia obliga a responder del daño causado y es causa de extinción del usufructo de viudedad [cfr. art. 119-1-e) Lrem.]. El cónyuge viudo *debe cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia* (art. 497 CC). Pero según el artículo 109 Lrem., *basta que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se deriven graves perjuicios para los nudo propietarios para que puedan acudir al juez en solicitud de medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo*. Aunque no haya dolo o culpa grave en la gestión, si ésta causa graves perjuicios a los nudo propietarios tienen acción para solicitar al juez los oportunos remedios, que incluyen el cambio del sistema de administración (que puede pasar a ser conjunta o exclusiva de los nudo propietarios o encomendarse a terceros) y la transformación o

digo Civil, IX, pp. 619-621), la DGRN (Resoluciones de 30 de junio de 1887, 24 de abril de 1888, 15 de junio de 1892, 4 de enero de 1893, etc.) ha venido declarando que el cónyuge superviviente puede disponer libremente de sus bienes privativos, doctrina evidente consagrada hoy por el artículo 95-3 del RH, a cuyo tenor todos los actos inscribibles relativos a bienes privativos *se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta*, que ha venido a sustituir en la nueva redacción del Reglamento al antiguo artículo 93 (“Serán inscribibles los actos y contratos otorgados por el cónyuge sobreviviente, de disposición de sus bienes privativos, sin necesidad de previa liquidación de la sociedad conyugal disuelta”). La misma regla debe aplicarse al conjunto de los herederos del cónyuge premuerto y al divorciado o separado (LACRUZ: *Elementos*, IV, 1989, p. 483. Cfr. DE LOS MOZOS: “Comentarios”, XVIII, vol. 2.º, 1982, p. 465).

(29) MERINO HERNÁNDEZ, con apoyo en el artículo 71 del Apéndice, interpreta que las facultades que el artículo 53 atribuye al cónyuge viudo para “la conservación de los bienes” se refieren probablemente a todos los bienes, los comunes y los privativos del cónyuge premuerto (1990, p. 66).

También RAMS ALBESA (1993, pp. 297-298) indica que el adjetivo “comunes” no puede entenderse referido a las cosas de titularidad común, sino a los intereses, con lo que no quedan excluidos los recursos e intereses privativos del consorte difunto, que también deben ser atendidos provisionalmente por el administrador legal que lo es del conjunto en tanto no se divida.

modificación del usufructo (cfr. art. 520 CC). La extinción del usufructo requiere gestión dolosa o con culpa grave.

En cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad, el cónyuge viudo, según decía la norma aprobada en la CADIC, *deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio gestionado*. Así lo exigía también el artículo 65 Comp. para la comunidad conyugal continuada (30). Las circunstancias personales del cónyuge viudo y la índole familiar del patrimonio gestionado priman sobre los criterios puramente económicos (31). Desde luego, el viudo ha de ser persona jurídicamente capaz y no hallarse ausente (32). Pero puede suceder que por su avanzada edad, estado de salud, falta de preparación, etc., no se encuentre en condiciones de soportar personalmente toda la carga de la gestión del patrimonio común. Aunque la actividad prestada por el viudo sea la adecuada a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio puede acontecer que, objetivamente, se trate de una administración poco eficaz e insuficiente para enfrentarse a la gerencia profesionalizada que requieren las empresas en la actualidad (33).

Indicaba LACRUZ que el tema de la gestión del consorcio se halla enfocado en la Compilación más desde el punto de vista agrario que desde uno industrial, y vale sobre todo para el supuesto de ser el cónyuge sobreviviente quien anteriormente gobernaba la explotación. Cuando enviuda el cónyuge que se ha dedicado a la atención de las tareas domésticas y el premuerto deja una importante empresa individual que constituye el núcleo de la fortuna familiar, el sobreviviente habrá de limitarse a dirigir discretamente y con los oportunos asesoramientos al personal que ha de llevar el negocio, y difícilmente se le podrá exigir una cooperación directa a la marcha del mismo, porque sus circunstancias personales están en pugna con los puestos, muy subalternos, que podría ocupar en la empre-

(30) Con más detalle, decían los Anteproyectos aragoneses que la actividad de gestión a desempeñar por el viudo debía ser adecuada a sus circunstancias de edad, sexo, capacidad y a la índole del patrimonio. La referencia al sexo, aunque pudiera tener apoyos sociológicos, hubiera resultado jurídicamente discriminatoria para la mujer (*vid.* art. 131 del Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora de 1961).

Pero en la Compilación sólo la gestión y administración dolosa o negligente *con grave perjuicio para los intereses familiares* era causa de disolución de la comunidad continuada (art. 68-5.º Comp.).

(31) A MERINO HERNÁNDEZ, en cambio, le parece fuera de todo lugar, e impropio de una norma legal, este inciso del artículo 65 y cree que debería desaparecer en una futura reforma de la Compilación (1990, p. 219).

(32) La comunidad conyugal continuada se disolvía por muerte, incapacidad o ausencia del cónyuge supérstite (art. 68-1.º Comp.).

(33) *Vid.* LORENTE SANZ: BCAZ, número 26, 1967, p. 98.

sa con verdadera eficacia. Otras veces no es así, y el cónyuge supérstite, o porque antes las tenía o porque las adquiere, muestra dotes de empresario y capacidad de dirección. Pero cuando no las tenga, queda como una autoridad para decidir —con o sin preparación para ello— aquellas cuestiones tan graves que no puede resolver por sí un gerente; y como un elemento de vigilancia y control (también con los convenientes asesoramientos) de la marcha de la empresa (34).

En la comunidad en liquidación, el viudo puede renunciar a la gestión, puede ser privado de ella por el juez si causa grave perjuicio a los intereses familiares o si actúa con dolo o negligencia grave [por ejemplo, no llevar la contabilidad adecuada a la índole del patrimonio (35)], y cabe que el viudo y los herederos pacten lo que estimen más oportuno, si es que desean mantenerse en la indivisión.

Tampoco hay inconveniente en aplicar el mecanismo de la representación voluntaria o del mandato para justificar la gestión de alguno de los herederos sobre negocios concretos, incluso será deseable en ocasiones, ya que los hijos de ordinario gestionan y administran (36). Puesto que la administración es exclusiva del supérstite, no necesitará del consentimiento de los herederos para conceder la gestión por mandato a alguno de ellos (37). Más dudoso es si podría concederla libremente a un extraño. Hay que admitir que con el consentimiento expreso o tácito del supérstite también los demás partícipes pueden realizar actividades de gestión de la comunidad. El artículo 69-2 Lrem. habla del “gestor que contrajo las deudas”, dando a entender que además del viudo pueden actuar como gestores otras personas. En principio, parece que estas personas han de ser herederos partícipes, hallarse debidamente autorizadas para ello por el supérstite y aparecer ante los terceros como gestores de la comunidad. El mandato puede ser tácito, deducido de hechos concluyentes. Admitida

(34) *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 402, n. 54. Para las empresas o explotaciones económicas privativas, el artículo 102 Lrem. permite al cónyuge titular ordenar, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo viudal del sobreviviente sobre las mismas por una renta mensual a cargo del adquirente.

(35) Cfr., para el Apéndice, DELGADO ECHEVERRÍA: ADA, XII, 1963-64, p. 250.

(36) *Vid.* LORENTE SANZ: BCAZ, número 26, 1967, pp. 98-99.

(37) Será frecuente que, de hecho, los herederos no sólo presten su trabajo o servicio, sino que sean quienes lleven la administración de la comunidad, cultiven los campos, vendan las cosechas, dirijan la empresa industrial o comercial, etc. Como garantía de los acreedores, debe admitirse que el heredero que así se comporta, con el consentimiento expreso o tácito del supérstite, hace responsable a la masa común cuando las deudas por él contraídas son de las que responsabilizan externamente a la comunidad, si bien serán los acreedores quienes tengan que demostrar que la obligación tiene ese carácter; de otra manera, la comunidad se vería injustamente enriquecida en perjuicio del acreedor de buena fe (cfr. DELGADO: ADA, XII, 1963-64, p. 214).

esta posibilidad, el régimen de las deudas contraídas por el gestor en la gestión del patrimonio común será también el del artículo 69-2 Lrem.

Por supuesto que a los hijos que convivan con la familia, aunque sean mayores de edad, se les podrá exigir una colaboración en los negocios familiares, adecuada a su edad y condición vital (38).

El cónyuge viudo, si es usufructuario, sólo vendrá obligado a la formalización de un inventario inicial y, en su caso, a prestar fianza y otras medidas cautelares, en los casos previstos en el artículo 103 Lrem. Si no lo es, o en cuanto su gestión exceda de las facultades derivadas del usufructo de viudedad, cualquiera de los partícipes podrá solicitar la aplicación de las mismas cautelas previstas para el usufructo viudal (art. 71-4 Lrem.).

7. Duración de la gestión en cuanto cónyuge viudo.

Lo mismo que en la Compilación, el cónyuge viudo administrará la comunidad en liquidación *hasta tanto no se adjudique su patrimonio* (39), o lo que es lo mismo, su administración dura mientras existe la comunidad que continúa tras la disolución (40). Mientras no se practique la división y adjudicación de los bienes comunes, aunque ya se haya formaliza-

(38) El artículo 65 Comp. después de decir que *El cónyuge supérstite es el gestor administrador de la comunidad continuada. En dicha función deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio*, añadía que *A los partícipes que reciban alimentos o sean atendidos con cargo a la comunidad, se les podrá exigir una colaboración similar. Vid. mi Comentario, 1993, pp. 519-521.*

El apartado 3 del artículo 5 Lrem. dice que *Los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres, deben contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares.*

El deber de contribución personal del hijo ha quedado formulado así en el artículo 63 de la Ley de Derecho de la persona: *Mientras el hijo conviva con la familia tiene el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa.* Deber de contribución personal que se mantiene aunque los hijos sean mayores de edad mientras el hijo conviva con la familia (cfr. art. 67 de la misma Ley).

(39) En una primera redacción del Seminario de la Comisión Compiladora se decía que “el cónyuge viudo administrará el patrimonio de la disuelta comunidad hasta que se divida y adjudique”. Cuenta ARREGUI LUCEA que se suprimió el vocablo *divida* por entender que podía ofrecer en ocasiones dificultades de interpretación –piénsese en el caso de adjudicación diferida con respecto a la división formal–, y constituir una redundancia cuando división y adjudicación fuesen simultáneas (*Informes*, 1956, p. 501).

(40) La redacción inicial de la ponencia de la CADC no incluía el inciso “y hasta tanto no se adjudique su patrimonio”, que sí aparece en el artículo 53 de la Compilación. En opinión de la ponencia, dado que ahora el precepto está incluido en una sección específica dedicada a la comunidad posmatrimonial que, precisamente, se extingue con la adjudicación de los bienes a los cónyuges o partícipes, ya no era necesario el indicado inciso. No obstante, como la supresión del inciso llamó la atención a don Ricardo Giménez Martín, la propia ponencia prefirió reintroducirlo en una segunda redacción. *Vid. Actas* 125, de 11 de julio de 2001, y 126, de 18 de julio de 2001.

do el inventario como medida cautelar o como primera operación de la liquidación, su administración corresponde al cónyuge viudo. Sirve a estos efectos cualquiera de las modalidades de liquidación y división admitidas en el artículo 77 Lrem., incluida la llamada “partición impropia”, en la que se adjudican pro indiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y al cónyuge sobreviviente en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio.

La simple formalización extrajudicial del inventario o la mera solicitud de liquidación judicial no producen el efecto automático de privar al cónyuge viudo de la administración del patrimonio común (41). Si se solicita inventario judicial, el juez podrá determinar el régimen de administración de los bienes comunes si los partícipes lo solicitan y hay causa para ello, pero en otro caso la gestión sigue correspondiendo al cónyuge viudo. También cabe la renuncia del cónyuge viudo o el acuerdo con los herederos para cambiar el régimen de gestión.

La comunidad que continúa es una comunidad en liquidación, cuyo régimen se mantiene hasta que se practica la división, propia o impropia, o,

(41) Don Ricardo Giménez Martín, en la sesión de la CADC de 11 de julio de 2001 (*vid.* Acta 125), defendió que el régimen de administración por el cónyuge viudo sólo debería aplicarse mientras no se hiciera inventario. En la práctica es frecuente, dado el control fiscal, que el inventario se haga enseguida, antes de los seis meses que dispone la legislación tributaria para el Impuesto de Sucesiones. Si bien otros miembros de la Comisión dicen que en la práctica la situación de comunidad posmatrimonial suele ser breve, ya que, incluso aunque haya fiducia, lo normal es que en las notarías, al hacerse el inventario, se liquide la comunidad conyugal convirtiéndola en tantas comunidades ordinarias como bienes haya en la herencia. Matiza don Ricardo Giménez Martín que a veces sólo se hace el inventario a efectos fiscales, en cuyo caso se alarga el régimen de la comunidad posmatrimonial.

En la sesión de 18 de julio de 2001 (*vid.* Acta 126), la ponencia presentó una nueva propuesta de redacción que, en cumplimiento del encargo recibido, recogiera las ideas expuestas el día anterior y que comenzaba diciendo así: *Disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio o se solicite la liquidación judicial...* Don José Luis Batalla Carilla propuso suprimir de este apartado 1 el inciso *o se solicite la liquidación judicial*, pero sometida a votación la enmienda de supresión fue rechazada y aprobado el texto de la ponencia. No obstante, al llegar al debate del apartado 3, en el que también se había introducido en el nuevo texto de la ponencia el límite de no haber solicitado la liquidación judicial, “Don José García Almazor dice que él preferiría suprimir *y no se haya solicitado la liquidación judicial*, porque cree que es una facultad del cónyuge que no tiene que verse afectada por la liquidación, de tal manera que incluso sería posible que uno de los hijos impidiera que el viudo llegara a hacer una donación a otro hijo solicitando la liquidación judicial”.

“Don Jesús Martínez Cortés y otros miembros de la comisión se muestran de acuerdo con este planteamiento. Don Jesús Delgado Echeverría pone de relieve que lo que dice este apartado 3 se vincula a lo que dice el apartado 1, y tras un breve intercambio de opiniones se sugiere que podría reconsiderarse la enmienda de supresión anteriormente no aceptada en el artículo 10-1. El presidente vuelve a someter a votación la enmienda de supresión del inciso *o se solicite la liquidación judicial*, que es aprobada por mayoría”.

“Don Jesús Delgado Echeverría advierte que ello no impedirá que se pueda presentar una reclamación judicial, en lo que los asistentes están de acuerdo.”

por otra causa, se extingue la situación de comunidad. Pero no hay unas causas específicas de disolución, como las había en la comunidad conyugal continuada, que operen la transformación de esta comunidad en otra más simple u ordinaria (42). Desde el principio ya estamos en esa comunidad provisional y dividenda.

No obstante, el mantenimiento de la gestión del cónyuge viudo requiere, como es obvio, que siga vivo, no se halle incapacitado o ausente, y que desempeñe la gestión sin causar graves perjuicios para los intereses familiares, ni incurrir en dolo o grave negligencia.

La muerte, incapacitación o ausencia del cónyuge viudo no conllevan la extinción de la comunidad en liquidación, que subsiste hasta que se practique la división y adjudicación de los bienes comunes, pero a falta de cónyuge viudo que pueda administrar se aplicará el régimen del artículo 72, que requiere el acuerdo de los partícipes. Al cónyuge viudo fallecido le sustituirán sus herederos (43), y al incapacitado o ausente sus representantes legales. Ni la subsistencia del cónyuge viudo ni su papel como administrador son elementos esenciales de esta comunidad en liquidación, a diferencia de lo que sucedía en la comunidad continuada de la Compilación.

La gestión gravemente perjudicial, así como la dolosa o realizada con culpa grave, permitirán a los herederos, a falta de acuerdo con el viudo, solicitar al juez que dicte las medidas de gestión oportunas (cfr. arts. 110 y 59 Lrem.).

No es requisito de esta comunidad posmatrimonial que el cónyuge viudo mantenga su derecho de viudedad, que puede renunciar expresamente en escritura pública (art. 119-1) sin perder su condición de gestor del patrimonio común, ahora ya en beneficio de la comunidad. Pero más bien parece que la extinción del usufructo de viudedad por causa no voluntaria implica también la pérdida de su condición de administrador de la co-

(42) Recordemos que, según el artículo 68 de la Compilación, *la comunidad conyugal continuada se disuelve:*

1.º *Por muerte, incapacidad o ausencia del cónyuge supérstite.*

2.º *Por petición del supérstite o de partícipes que representen intereses mayoritarios en la herencia, hecha en tiempo oportuno, dejando siempre a salvo lo dispuesto en los artículos 60 y 61. En nombre de los menores, podrá formular la petición quien los represente y, en su caso, el Ministerio Fiscal.*

3.º *Por pérdida del derecho de viudedad.*

4.º *Por renuncia del cónyuge supérstite a su participación.*

5.º *Por gestión y administración dolosa o negligente con grave perjuicio para los intereses familiares.*

Vid. SERRANO GARCÍA: 1993, pp. 537-558.

(43) El artículo 74-4.º del Apéndice preveía esta comunidad de herederos. *Vid. DELGADO: 1963-64, p. 281.*

munidad en liquidación que, mientras no se divida, pasará a gestionarse por el régimen del artículo 72 Lrem. En todo caso, extinguido el usufructo de viudedad, los herederos ya pueden conseguir la adjudicación de bienes en plena propiedad si piden la división.

8. Supuestos excluidos de este régimen de gestión.

De la administración del patrimonio común por el cónyuge viudo se han excluido una serie de supuestos de disolución del consorcio conyugal por muerte de uno de los cónyuges en los que ya estaba presente la crisis del matrimonio, la falta de confianza entre los cónyuges o su deseo (al menos de uno de ellos) de no continuar en régimen de comunidad de bienes; estas circunstancias previas a la muerte de un cónyuge han aconsejado al legislador suprimir la atribución de la administración del patrimonio común al cónyuge viudo (44).

Dice el artículo 71-1 Lrem. que el cónyuge viudo administrará el patrimonio común, *salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio.*

Luego resulta, en primer lugar, que la administración por el cónyuge viudo requiere la existencia en el momento del fallecimiento del premuerto de matrimonio válido (sin divorcio ni declaración de nulidad), no separado judicialmente, y con régimen de comunidad de bienes en vigor. O lo que es lo mismo: no se aplica la norma del artículo 71-1 si al fallecimiento del primero de los cónyuges no estuvieran casados en régimen de comunidad de bienes o estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación.

Pero, por otra parte, basta con que los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio, se encuentren ya en trámite en el momento de fallecer el primero de los cónyuges para que el sobreviviente quede privado, salvo pacto en contrario, de la administración del patrimonio común. Los procedimientos se encuentran ya en trámite, según la fórmula del artículo 64 Lrem. y 808 LEC, desde la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o desde el inicio del proceso en que se haya

(44) RAMS ALBESA (1993, p. 288, nota 13) había señalado, con acierto, que “el régimen especial del artículo 53 de la Compilación está redactado con anterioridad a la introducción del divorcio vincular y de la ampliación de los supuestos de separación judicial, por ello entendía que este precepto no era de aplicación en los casos en que la muerte de uno de los cónyuges sobrevenga después de iniciado el procedimiento de separación o divorcio, e incluso cuando se han iniciado los trámites de disolución de la comunidad legal por las causas previstas en el artículo 49-2 de la Compilación o en los de remisión al artículo 1.393 CC”.

solicitado la disolución del consorcio conyugal. Y seguirán en trámite mientras en el momento del fallecimiento del cónyuge premuerto no haya recaído aún sentencia o resolución firme, cualquiera que sea el signo de la resolución de primera instancia. Si la resolución judicial recae (cuando esto sea posible), o adquiere firmeza, después de la muerte de uno de los cónyuges, aunque sea desestimatoria, el cónyuge viudo no es el administrador del patrimonio en liquidación (45).

La norma del artículo 71-1 hay que ponerla en relación con la que regula la extinción del derecho de viudedad. Según el apartado 2 del artículo 94 Lrem., el derecho de *viudedad se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista*. En ausencia de este pacto, el derecho de viudedad queda definitivamente extinguido si luego se produce la muerte de uno de los cónyuges sin que la viudedad haya renacido (46); en presencia de dicho pacto, la muerte de uno de los cónyuges mientras el matrimonio subsista no extingue el derecho de viudedad del sobreviviente, porque la separación judicial no afecta a la subsistencia del matrimonio, y, en caso de demanda de nulidad o divorcio, porque se pactó el mantenimiento del derecho de viudedad hasta la firmeza de la sentencia de nulidad o divorcio, que es cuando deja de existir el matrimonio, también en caso de nulidad si uno de los cónyuges o los dos son de buena fe (47). Sólo la sen-

(45) El artículo 53-1 del Apéndice exigía para la continuación que el matrimonio haya sido válido. La declaración de nulidad previa a la muerte impedía la continuación, pero la cuestión era más dudosa si la declaración se producía con posterioridad. También surgían dudas si la resolución judicial de separación de bienes recaía, o adquiría firmeza, después de la muerte de uno de los cónyuges. *Vid.* DELGADO: 1963-64, pp. 192-193.

(46) Añade el artículo 94-2 Lrem. que *el derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos*.

Señala Manuel CALDUCH GARGALLO (*Las causas de extinción del Derecho de viudedad en el Derecho civil aragonés*. Institución “Fernando el Católico”, de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2006, p. 256) que, “al amparo de la norma, podrían darse prácticas fraudulentas al quedar abierta la posibilidad de transmitir los bienes privativos una vez admitida a trámite la demanda y hasta que se resuelva la misma, sin la carga del derecho de viudedad. Se abre la vía a la iniciación de procedimientos matrimoniales con el único objeto de obviar la necesaria renuncia del cónyuge a su derecho. Entiendo –dice– que, en estos casos, se ha primado la movilidad sobre la seguridad en el tráfico jurídico”.

(47) No comparto la interpretación que hace CALDUCH GARGALLO (2006, p. 257) cuando, tras decir que curiosas situaciones pueden producirse en los casos de demanda de separación o divorcio con pacto de mantenimiento del derecho mientras subsista el matrimonio, afirma que “si se produce la muerte del demandante tras la admisión de su escrito y antes de que se resuelva el pleito, se producirá la extinción del derecho de viudedad, al haberse disuelto el matrimonio como consecuencia de la muerte”. Por mi parte, entiendo que, precisamente por haberse disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, en un momento en que

tencia firme de nulidad o divorcio anterior a la muerte de uno de los cónyuges conllevará, si se pactó el mantenimiento del derecho de viudedad en el momento de admisión a trámite de la demanda, la extinción del derecho de viudedad; firmeza que puede alcanzarse tras la muerte de alguno de los cónyuges, e incluso cabe que la sentencia de nulidad pueda recaer una vez fallecido uno o ambos cónyuges, pero que, en cuanto se ha producido ya tras la muerte de uno de los cónyuges, no afecta a la subsistencia del derecho de viudedad.

Por tanto, el hecho de haberse iniciado en el momento de la muerte del primero de los cónyuges los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, conlleva por ley siempre como consecuencia que el cónyuge viudo no sea el administrador del patrimonio común, mientras que la pérdida del derecho de viudedad sólo se produce si no hay pacto en contrario o si, pese a haberlo, ha recaído sentencia firme de nulidad o divorcio antes de la muerte de uno de los cónyuges. No obstante, aunque el artículo 71-1 no lo diga expresamente, el principio *standum est chartae* permite entender que cabe también el pacto en contrario porque no se trata de una norma imperativa.

En cambio, el inicio del procedimiento para obtener la disolución del consorcio conyugal no conlleva la extinción del derecho de viudedad nunca, de manera que en este caso el cónyuge viudo no será el administrador del patrimonio común por aplicación del artículo 71-1 Lrem., pero lo será en virtud de su derecho de usufructo de viudedad.

También cabe recordar que, *salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de*

subsistía el derecho de viudedad gracias al mencionado pacto, la consecuencia debe ser la contraria que extrae este autor: se mantiene el derecho de viudedad, ahora ya transformado en usufructo. El indicado pacto sólo incide sobre la eficacia extintiva de la admisión a trámite de la demanda, de manera que la muerte de uno de los cónyuges produce sobre el derecho de viudedad los efectos ordinarios.

Tampoco me parece acertada su interpretación del supuesto específico de la nulidad. Entiende que, “existiendo convenio sobre el mantenimiento del derecho, si la resolución judicial que pone fin al proceso declara la nulidad del matrimonio, nos podremos encontrar con un pacto que no debió considerarse válido, puesto que el matrimonio no «subsistía» –de hecho, no llegó a existir–. Esto viene a cuestionar la posibilidad de un acuerdo de esta naturaleza para los supuestos de demandas de nulidad matrimonial, puesto que, pese a que su alcance debiera limitarse a aquellos supuestos de persistencia del vínculo, *de facto* alcanzará también a los demás casos en los que finalmente recaiga resolución estimatoria de la pretensión”. En mi opinión, el derecho de viudedad es un efecto patrimonial del matrimonio que la declaración de nulidad de éste no invalida respecto del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume (art. 79 CC). Salvo en caso de mala fe de ambos contrayentes, el matrimonio subsiste para ellos hasta la fecha de la sentencia firme de nulidad y, en consecuencia, el pacto es válido porque el matrimonio existía cuando se hizo y su posterior nulidad carece de efectos retroactivos en este terreno.

aqué estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin (art. 125-2 Lsuc.). La correspondencia con lo dicho para el artículo 71-1 es total, salvo en la posibilidad de un cónyuge de disponer lo contrario. En todos los casos contemplados en la norma el cónyuge viudo no será fiduciario del premuerto ni tendrá la administración del patrimonio común. Pero si al fallecimiento del primer cónyuge estuviera iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio, el cónyuge viudo no tendrá la administración del patrimonio común, pero surtirá efecto su nombramiento como fiduciario si no fue revocado.

El hecho de que al fallecimiento de uno de los cónyuges se encuentren ya en tramitación los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, tiene consecuencias, como hemos visto, además de en la gestión de la comunidad en liquidación, en el derecho de viudedad (aunque no siempre) y en la eficacia del nombramiento del cónyuge supérstite como fiduciario del premuerto, pero también en las atribuciones sucesorias pactadas entre los cónyuges (art. 89 Lsuc.), en las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro (art. 123 Lsuc.) y en el llamamiento al cónyuge sobreviviente por sucesión legal (art. 216 Lsuc.), que quedan sin efecto o no tienen lugar.

La decisión del legislador de excluir estos supuestos del régimen de gestión del artículo 71 parece claramente justificada.

Tampoco será de aplicación el artículo 71 en caso de disolución de la comunidad matrimonial por muerte de ambos cónyuges, supuesto que se regirá por lo dispuesto en el artículo 72 Lrem.

La regla general aplicable a todos los casos de disolución de la comunidad matrimonial no regidos por el artículo 71 Lrem., incluidos los de disolución por muerte exceptuados en su apartado 1, es la del artículo 72 Lrem. Este precepto comienza diciendo que “en los demás casos de disolución”, es decir, en todos los no comprendidos en la delimitación del artículo 71 Lrem., bien por no ser de disolución por muerte, bien por serlo, pero estar exceptuados de su régimen, la administración y disposición de los bienes comunes, se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes (en este caso, por el cónyuge viudo y los herederos partícipes) y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el juez en el correspondiente procedimiento (48). No obstante, si el viudo, pese a no aplicarse el artículo 71 Lrem., tiene derecho de viudedad, le corresponderá a él la administración como usufructuario.

(48) La enmienda número 97, del GP Chunta Aragonesista, que fue rechazada, pretendía añadir al final del apartado 1 la frase “en cuyo caso la administración corresponderá al

III. La disposición de bienes comunes entre vivos en la disolución por muerte

Disuelto el consorcio, nadie puede disponer de partes indivisas de concretos bienes comunes. La disposición de bienes comunes se rige, por una clara razón de analogía, por las reglas de la copropiedad. Es regla general en las situaciones de cotitularidad que los actos de disposición de bienes comunes entre vivos, a título oneroso o gratuito, requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes, en nuestro caso, de los cónyuges o ex cónyuges o del viudo y los herederos del premuerto (cfr. STSJA de 20 de diciembre de 2004), sin posible recurso judicial ante la negativa de uno.

Por otra parte, la existencia de un pasivo común no obsta a la libre alienabilidad de los bienes singulares pertenecientes a la masa común (cfr. S. de 15 de marzo de 1945). La existencia de acreedores consorciales no limita las posibilidades de los copartícipes de enajenar bienes comunes, ni se requiere contar con la conformidad de tales acreedores. No es aplicable a este supuesto el artículo 1.030 del CC (49).

En caso de disolución del consorcio por muerte de uno de los cónyuges, al continuar el cónyuge viudo su administración con los mismos poderes que tenía antes, resulta que la regla general de codisposición presenta ahora las mismas excepciones que tenía durante el matrimonio.

Veremos seguidamente que puede deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos, lo que implica la facultad de realizar por sí solo los actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones de la familia a cargo del cónyuge viudo [cfr. art. 48-d) Lrem.]. Para la inscripción del acto de disposición de inmuebles comunes realizado por el cónyuge viudo para atender las necesidades familiares será preciso, si falta el consentimiento de los herederos, justificar la necesidad del acto; recordemos que el artículo 48-d) Lrem. dice que a tal efecto será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge, que aquí tendría que ser de los herederos; la declaración de la Junta de Parientes sólo tiene sentido si los herederos se hallan impedidos transitoriamente

cónyuge viudo y a los partícipes en la forma que pacten y, a falta de pacto, en la forma que fije el Juez a petición de cualquiera de ellos". El Grupo enmendante entendía que existía una laguna al no aclararse a quién corresponderá la administración en esos casos y, por ello, proponía extender la misma solución ya prevista en el artículo siguiente, a su entender, sólo para la administración del patrimonio común en los casos de disolución del consorcio por causa distinta de la muerte.

Nosotros creemos que la letra del artículo 72 es suficientemente clara y no existe la pretendida laguna.

(49) Cfr. LACRUZ: 1963, p. 577; 2005, p. 248.

para consentir el acto y es urgente llevarlo a cabo porque las necesidades apremian (50).

Además, al existir el usufructo de viudedad, el cónyuge sobreviviente tiene también la posibilidad de disponer, tanto a título oneroso como gratuito, de los frutos de los bienes comunes y privativos que usufructúa, no siendo necesario en tales casos, aunque se trate de inmuebles, acudir a la legitimación del artículo 49 Lrem. porque los frutos son de su exclusiva propiedad. El usufructo de dinero le da también la facultad de disponer del mismo (art. 117 Lrem.).

Por aplicación analógica del artículo 50 Lrem., el cónyuge viudo está legitimado, en cuanto a los bienes que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder, para realizar, frente a terceros de buena fe, actos de disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles. Sin necesidad de que intervengan los herederos (normalmente nudo propietarios), los terceros adquirirán la plena propiedad del bien y la contraprestación se subrogará en la posición del bien enajenado. Habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio (art. 71-5). Esta presunción de aprovechamiento común viene a confirmar las facultades del cónyuge viudo de consumir y disponer a título oneroso de los bienes muebles. Si no se hace inventario, los bienes muebles se confundirán fácilmente con los frutos de los bienes usufructuados y, en la práctica, el viudo dispondrá indistintamente de todos ellos, si bien unos bienes son de su propiedad y otros de la comunidad en liquidación. Para solucionar estos problemas de prueba está la presunción de aprovechamiento común de los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división del artículo 71-5 y, como complemento de la misma, la presunción de que los bienes que tenga el viudo en el momento de formalizar el inventario son de la comunidad [art. 80-a) Lrem.].

De manera que, según hemos dicho antes, sólo los actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes comunes que durante el consorcio requerían la actuación conjunta de ambos cónyuges o de uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 51), son los que ahora precisan la intervención del cónyuge viudo y los herederos del otro, salvo en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 71, en los que se faculta

(50) Desde el punto de vista registral, la situación jurídica de los bienes comunes inscritos no se alterará en tanto no se acredite la producción de una causa de disolución de la sociedad conyugal. En tanto no se inscriba dicha liquidación sólo serán inscribibles los actos otorgados por todos los que ostenten algún derecho sobre el bien de que se trate, por tenerlo sobre el patrimonio al que el mismo pertenece (BATALLA CARILLA: 1986, pp. 88-89).

al cónyuge viudo para disponer de bienes comunes, incluso inmuebles, por sí solo.

La disposición de bienes comunes entre vivos a título lucrativo requiere la actuación conjunta del viudo y los herederos (art. 397 CC), tanto si se trata de bienes muebles o inmuebles, con la excepción de las liberalidades usuales según las circunstancias de la familia (cfr. art. 55 Lrem.) y las donaciones contempladas en el artículo 71-3 Lrem. Fuera de estas excepciones, será nula de pleno derecho la donación de un bien común realizada por el cónyuge viudo sin el consentimiento de todos los herederos partícipes (51).

En cambio, en la disposición entre vivos a título oneroso hay que distinguir según se trate de bienes comunes muebles o inmuebles. Para los primeros, el cónyuge viudo está legitimado para actuar individualmente en los términos de los artículos 50, aplicable por analogía, y 71-5. Para los segundos, a salvo la facultad de deducir alimentos del artículo 71-2 [cfr. art. 48 d) Lrem.], se requiere la intervención conjunta de todos los partícipes (art. 397 CC): el cónyuge viudo y los herederos (52).

El cónyuge viudo y los herederos del premuerto vienen obligados a cooperar en la disposición de los bienes inmuebles comunes, cuando ésta sea precisa o conveniente a todas luces. Es un supuesto de codisposición en el que el consentimiento de los herederos es tan importante como el del viudo, y ninguno de los dos consentimientos puede ser suplido por el juez en caso de negativa a prestarlo (53). Bastará con que el partícipe

(51) Sin embargo, la SAPT de 8 de junio de 2002 considera válida la donación de cuatro de los diez millones del patrimonio común que el padre viudo hace a favor de uno de los hijos, porque entiende que el viudo puede disponer por cualquier título de su mitad indivisa en cada bien común, por cuanto ninguna lesión se produce a los herederos de su cónyuge fallecida. Dice también que de estimar necesario el consentimiento de los demás cotitulares del depósito bancario, su falta conllevaría posiblemente la anulabilidad de dicha donación (*vid.* RDCA, 2003-2004, marginal 56).

Cabe defender el fallo de la sentencia argumentando que lo que hace el padre es disponer a título gratuito de una porción importante de su participación en el patrimonio común, que a resultas de la partición adquirirá definitivamente el donatario.

(52) En la comunidad conyugal continuada de la Compilación, el acuerdo del viudo y los demás partícipes se requiere para los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes, tanto si son muebles como inmuebles (art. 67-1 Comp.); el cónyuge continuador ya no goza del poder de disposición a título oneroso sobre los muebles comunes que de forma ilimitada le concedía el Apéndice (cfr. art. 54): todos los bienes comunes están sujetos al mismo régimen de disposición. Lo dicho para la disposición onerosa es aplicable, con mayor motivo, a los actos de disposición a título gratuito con la excepción de las donaciones del artículo 53-2 Comp. *Vid.* SERRANO GARCÍA: 1993, pp. 522-525, y MERINO HERNÁNDEZ: 1990, pp. 236-237; LACRUZ: *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 403; cfr., para el Apéndice, DELGADO: ADA, XII, 1963-64, p. 244.

(53) En la comunidad conyugal continuada de la Compilación el consentimiento de los sucesores partícipes podía ser suplido por el juez (cfr. art. 67-1 Comp.).

La suplencia judicial de la negativa de alguno de los sucesores partícipes a consentir, constituye –como dice LACRUZ– una excepción en relación con el régimen de la indivisión ordina-

que se opone tenga una visión distinta e igualmente razonable de la economía familiar para que su negativa se halle justificada. No obstante, cuando un partícipe pretenda realizar o haya realizado actos de disposición a título oneroso que requieran el consentimiento del otro partícipe y éste se halle impedido para prestarlo, se podrá acudir al juez para que resuelva lo que estime procedente (cfr. art. 52 Lrem.). En caso de que el heredero partícipe no haya cumplido catorce años, así como en los de incapacitación con sometimiento a tutela o ausencia del viudo o del partícipe heredero, no se produce como durante la vigencia del consorcio conyugal la concreción automática de facultades de gestión en el otro partícipe (cfr. art. 60 Lrem.), sino que por el menor, incapacitado o ausente interviene en el acto de disposición quien legalmente le represente (54).

Es dudoso si, junto al supuesto de actuación conjunta de ambos partícipes, cabe admitir la actuación de uno de los partícipes con el consentimiento del otro (cfr. art. 51 Lrem.), suficiente para vincular los bienes comunes, pero no los propios del partícipe que no interviene en el acto. Admitido en el consorcio conyugal, parece preferible admitirlo también en la comunidad en liquidación por muerte de uno de los cónyuges, que es continuación de aquélla y tiende a reforzar los poderes del cónyuge viudo.

Si alguno de los comuneros no presta su consentimiento cuando es necesario el de todos, la venta del inmueble común realizada por el otro es válida y produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos, pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador, como dice el artículo 53 Lrem. cuyo régimen es sin duda aplicable por analogía en la comunidad en liquidación.

Corresponde a cada partícipe la disposición de sus propios bienes (55).

ria, o el de la sociedad civil, al requerirse en aquélla la unanimidad para los actos de disposición, y al tener en ésta el derecho de veto cualquier socio si no se ha pactado lo contrario: en ambos supuestos, la negativa a consentir alguna operación constituye un obstáculo insuperable para la realización de la misma. El que no ocurra así en la comunidad conyugal continuada confirma que su administración y disposición, dirigida a asegurar la buena marcha de la familia más que la conservación de los bienes, presenta aspectos particulares que no consienten clasificarla en los esquemas ya conocidos (*Elementos*, IV, 1989, p. 494).

(54) El artículo 68-2.º Comp. decía que *en nombre de los menores, podrá formular la petición [de disolución de la comunidad conyugal continuada] quien legalmente los represente y, en su caso, el Ministerio Fiscal.*

El menor mayor de catorce años, lo mismo que el incapacitado sometido a curatela si la sentencia de incapacitación no dispone otra cosa, interviene por sí mismo en el acto de disposición pero con la necesaria asistencia (arts. 6, 20, 36 y 136 de la Ley de Derecho de la persona).

(55) Dice LACRUZ: 2002, p. 259, que “se ha discutido si el cónyuge sobreviviente podía enajenar bienes de su patrimonio personal sin la concurrencia de los otros partícipes en el consorcio posmatrimonial. La DGRN ha venido declarando que el supérstite puede disponer libremente de sus privativos, doctrina evidente consagrada hoy por el artículo 95-3 RH, a cuyo tenor

Pero parece que necesitará el consentimiento de los demás partícipes que vivan en la casa o, en su defecto, autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común (cfr. art. 8 Lrem.). Piénsese en el supuesto de que la vivienda familiar sea privativa del cónyuge superviviente.

La disposición de los bienes que eran privativos del cónyuge premuerto sobre los que tiene viudedad el superviviente puede realizarse concurrendo el viudo usufructuario con el nudo propietario, pero salvo pacto en contrario quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado (art. 108-2 Lrem.).

IV. La facultad de deducir alimentos del patrimonio común

El apartado 2 del artículo 71, aclarando y completando el texto del artículo 53-1 Comp., dispone que *el cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes* (56).

1. Las necesidades alimenticias a cargo del matrimonio.

Pese a los intentos de clarificación, el precepto sigue siendo difícil de comprender. El punto de partida es que el matrimonio constituye una comunidad de vida entre los cónyuges (art. 1-1 Lrem.), en la que se integran o pueden integrarse otras personas que conviven con ellos y están a su cargo; se trata fundamentalmente de los hijos comunes mientras dependen económicamente de sus padres (deber de crianza y educación o de alimentos), pero también de los hijos de uno solo de ellos en cuanto dependan del matrimonio de su padre o madre [cfr. art. 36-1-a) y d) Lrem.], y no hay que excluir que con el matrimonio convivan y de él dependan otras personas, bien por obligación legal de alimentos debidos por cual-

«todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente, aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta». La misma regla debe aplicarse al conjunto de los herederos del cónyuge premuerto y al divorciado o separado». *Vid.* RDGRN de 16 de octubre de 2003.

(56) El texto legal coincide prácticamente con el aprobado por la CADIC. En la tramitación parlamentaria se presentaron tres enmiendas, las números 98, 99 y 100, del GP Chunta Aragonesista. Las dos primeras, que proponían sustituir “podrá deducir” por “podrá detraer” y “mientras continúen viviendo en casa” por “mientras continúen habitando en la vivienda familiar”, fueron retiradas. La tercera, que proponía sustituir “cuando tenga usufructo de viudedad” por “cuando sea titular del usufructo de viudedad”, fue aprobada por unanimidad.

quiera de los cónyuges [cfr. art. 36-1-d) Lrem.], bien porque voluntariamente así lo han querido los dos.

Más que la convivencia, lo decisivo es que el matrimonio tenga la obligación de atender los gastos de crianza y educación o de mantenimiento de determinadas personas. La convivencia con el matrimonio de los hijos de uno solo de los cónyuges es necesaria para que respondan también los bienes privativos del cónyuge no progenitor (cfr. art. 38-2 Lrem.), pero no para generar la responsabilidad directa de los bienes comunes que existe en todo caso [art. 36-1-d) Lrem.]. La obligación de alimentos legales debidos por cualquiera de los cónyuges es de cargo de los bienes comunes aunque el alimentista no viva con ellos [cfr. art. 36-1-d) Lrem., en relación con el art. 149 CC].

2. Persistencia de las necesidades alimenticias a cargo del viudo.

Producida la muerte de uno de los cónyuges, las necesidades alimenticias en sentido amplio del cónyuge viudo y de las personas que convivían con el matrimonio o que estaban a su cargo siguen existiendo, el patrimonio común sigue indiviso, se mantiene la dependencia económica de las personas que continúan viviendo en casa con el cónyuge viudo o en otro lugar, pero a su cargo. Pero ahora ya no está vigente el consorcio conyugal y lo que hay es una comunidad en liquidación, no una comunidad conyugal continuada (57), de manera que no puede decirse que estos gastos sean de responsabilidad externa de los bienes comunes; de hecho, el artículo 69-1 no los incluye entre las deudas comunes. Los "alimentistas" no son acreedores por deudas comunes. No obstante, al cónyuge viudo se le permite deducirlos del patrimonio de la comunidad disuelta.

Es el cónyuge viudo el que tiene el deber de procurar alimentos en sentido amplio, además de a sí mismo, a las personas que de él dependen por obligación legal de alimentos (descendientes, incluidos los de sólo el premuerto por derecho de viudedad -art. 116 Lrem.-, ascendientes y hermanos), por el más amplio deber de criar y educar a los hijos (de sólo el cónyuge viudo, comunes o hijastros bajo su autoridad familiar) o por cualquier otro deber legal (acogimiento familiar, tutela, etc.) o voluntario (ali-

(57) En la comunidad conyugal continuada, además de las deudas y responsabilidades de la anterior comunidad conyugal, son cargas suyas, entre otras:

“1.º Las atenciones legítimas de la economía del hogar, las personales del cónyuge superviviente, de los hijos y descendientes de ambos y los de cualquiera de ellos, en tanto unos u otros continúen viviendo en la casa, así como las de aquellos sucesores que colaboren en la gestión y administración en la forma prevenida en el artículo siguiente.

2.º Los alimentos legales debidos por las personas enumeradas en el apartado anterior” (art. 64 Comp.).

mentos voluntarios, guarda de hecho, etc.) que le obligue a ello, aunque inicialmente fuera un deber que pesara sobre ambos cónyuges; además cabe entender que el cónyuge viudo, mientras no se dividan los bienes comunes, sigue obligado a continuar con cargo a ellos el mantenimiento de los parientes del premuerto que estaban a cargo del matrimonio por obligación legal de alimentos debidos por el premuerto (58).

(58) La delimitación de las personas beneficiarias de esta facultad del cónyuge viudo suscitó debate en el seno de la CADC. El artículo 53-1 de la Compilación decía simplemente alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivan. La primera redacción de la ponencia de la CADC se limitaba a sustituir convivan por convivían, puesto que, por hipótesis, el matrimonio ya ha desaparecido.

En la sesión de 11 de julio de 2001 (*vid.* Acta 125), “Don Ricardo Giménez Martín manifiesta su disconformidad con que se incluyan aquí a los hijos y otras personas que convivan con el matrimonio. Antes, podía ser más lógico, ya que solía tratarse de personas que trabajaban para la casa, pero esa realidad ha cambiado.

“Don Jesús Martínez Cortés tampoco está de acuerdo en que la sola convivencia dé derecho a personas que no sean hijos a percibir alimentos.

“Añade Don Ricardo Giménez Martín que los alimentos a que se refiere esta norma no son, en realidad, verdaderos alimentos, de modo que su cuantía está en función de lo que decida el cónyuge viudo, no de las necesidades de las personas en cuestión.

“Don José-Antonio Serrano García defiende la norma indicando que estos alimentos se derivan de la convivencia y tienen su base en el artículo 1 de la regulación del pasivo ya aprobado. De lo que se trata es de que, a pesar de la muerte de uno de los cónyuges, los mismos gastos y cargas existentes antes puedan continuar después. Por lo demás, el precepto que examinamos contiene una fórmula sintética, que debe ser objeto de interpretación de conformidad con la regulación del pasivo de la comunidad conyugal.

“Don Jesús Delgado Echeverría también defiende la propuesta indicando que no sabe que esta norma haya provocado lesiones de intereses de hijos o herederos. Lo normal será que el viudo sea usufructuario y además fiduciario, con lo que no habrá problema; en los demás casos, hipotéticamente podrían plantearse, pero él prefiere que se mantenga.

“Don Ricardo Giménez Martín insiste en que la convivencia puede no tener nada que ver con la existencia de una necesidad que justifique los alimentos.

“Don José-Luis Batalla Carilla dice que tal vez podría incluirse en la norma una remisión al artículo 1 de la regulación del pasivo para aclarar su contenido.

“Don José-Antonio Serrano García explica que probablemente la expresión «deducir» quiere decir que el cónyuge toma de su parte, de modo que lo tomado se imputa como un anticipo de su parte en la comunidad.

“Se debate sobre toda esta materia, insistiéndose en los mismos argumentos. [...]

“En este punto, Don José-Luis Batalla Carilla propone que se limite el ámbito de los apartados 2 y 3 al momento en que se pida la división judicial del patrimonio. Sin embargo, Don José García Almazor dice que el apartado 2 atiende a unas necesidades que no desaparecen por la petición de división del patrimonio común.

“Don Jesús Martínez Cortés, por su parte, propone aclarar que en el apartado 2 entran sólo las personas que convivían con el matrimonio al fallecer uno de los cónyuges y continúan conviviendo después. También cree que sería conveniente aclarar la expresión «deducir» que utiliza la norma.

“Don Jesús Delgado Echeverría le contesta diciendo que probablemente no se quiso precisar más porque hay casos distintos que merecen tratamientos diferentes.

“Tras lo cual, y dada la hora, se encarga a la ponencia que traiga para el próximo día una propuesta que incluya las sugerencias relativas al final del régimen especial regulado en este

La obligación de alimentos del cónyuge viudo se extiende por razones del derecho de viudedad a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto (art. 116 Lrem.) y por razones de la indivisión de la comunidad en liquidación a los parientes que eran alimentistas del premuerto; en ambos casos parece que su derecho de usufructo se halla gravado con esta obligación de alimentos.

3. La contribución a la satisfacción de las necesidades alimenticias.

El cónyuge viudo debe atender al mantenimiento de las personas que están a su cargo, en principio, como cuando estaban casados: con la atención directa al hogar y a los hijos, la dedicación de sus bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio (art. 5-1 Lrem.). También los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres, deben contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 5-3 Lrem.) (59). Lo mismo cabe decir de las otras personas que convivan en casa con el cónyuge viudo.

Todo esto está presupuesto en la norma que comentamos. El obligado principal al levantamiento de las cargas familiares, incluidas las de los

precepto cuando se solicite la liquidación judicial y se aclare lo relativo a qué debe entenderse en el apartado 2 por convivencia.”

La nueva redacción de la ponencia, presentada en la sesión siguiente (*vid.* Acta 126, de 18 de julio de 2001), dice así: *El cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y los hijos comunes o de cualquiera de ellos, en tanto unos y otros continúen viviendo en casa, pero cuando tenga usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.*

“Don José-Antonio Serrano García explica que el artículo 10-2 traído hoy limita a los hijos que convivan el ámbito de personas a los que el viudo puede alimentar con cargo al patrimonio de la comunidad disuelta. Añade que enlaza con el criterio mantenido en el artículo 64-1 de la Compilación para la comunidad conyugal continuada y también con lo que se ha establecido en el pasivo como cargas, de tal manera que habría una continuidad con esas cargas que había antes de la disolución.

“Don Jesús Delgado Echeverría presenta una enmienda en el sentido de volver a la redacción el artículo 53 de la Compilación, porque cree que pueden convivir otras personas a las que debe extenderse la posibilidad de que el viudo pueda detraer alimentos del patrimonio de la comunidad disuelta, y pone el ejemplo de las personas mayores, por ejemplo, los padres de los cónyuges, que vinieran conviviendo con ellos. En este sentido, propone añadir “y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa”.

“Sometida a votación esta enmienda, es aprobada por mayoría.”

Aprobado el apartado 2, “Don Ramón Torrente Giménez plantea la dificultad de interpretar la expresión «deducir» y se intercambian algunas opiniones sobre la naturaleza de este supuesto. La mayoría de los asistentes ponen de relieve cómo el artículo no establece un deber de alimentos, sino que se trata de que el cónyuge no tiene que satisfacer con su patrimonio esos gastos de alimentos porque son de cargo del patrimonio de la comunidad”.

(59) Norma que ha sido desarrollada con todo detalle por la Ley de Derecho de la persona: artículos 63 a 66.

parientes del premuerto que estaban a cargo del matrimonio, es ahora el cónyuge viudo, que puede exigir la contribución equitativa de las personas que conviven en casa. Cumple este deber aportando su contribución personal y económica en la forma indicada por el artículo 5-1 Lrem. No obstante, en la determinación de su contribución económica hay que tener presente que es cotitular del patrimonio consorcial, usufructuario de todos los bienes comunes y su administrador único. Por tanto, una forma de satisfacer las necesidades familiares será la dedicación de los bienes comunes al uso familiar (lo que puede hacer como administrador), otra el destino de los frutos de los bienes comunes a este menester [lo que puede hacer como usufructuario (60)]. A esta contribución preferente se refiere la segunda parte del artículo 71-2 al decir que *cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes*. Es también una aplicación del principio general de preferencia del derecho de viudedad y una extensión de la obligación de alimentos del cónyuge viudo.

4. La contribución subsidiaria con el patrimonio de la comunidad disuelta.

De manera que sólo subsidiariamente tiene obligación de contribuir al levantamiento de las necesidades familiares con el patrimonio común, y, en última instancia, si se trata de obligación personal a su cargo, con su patrimonio personal. En el carácter subsidiario coinciden tanto el artículo 5-1 como el 71-2 Lrem. Pero el patrimonio de la comunidad en liquidación no le pertenece en exclusiva, el viudo es sólo cotitular de una mitad indivisa (o en la proporción pactada) y no puede disponer de los bienes inmuebles comunes sin el consentimiento de los herederos del premuerto. Esta es la dificultad que, como ya hiciera la Compilación en el artículo 53-1, viene a solucionar el artículo 71-2 Lrem. al permitir al viudo *deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa*.

El legislador, desde 1967, agotados los frutos de los bienes comunes, permite al cónyuge viudo disponer por sí solo de concretos bienes del patrimonio común, aunque sean inmuebles, para atender a las necesidades familiares, y lo hace en cuanto que es el administrador único del mismo y titular único de las potestades familiares. Es una facultad que no le corresponde por derecho de viudedad, y que excede los poderes propios de un administrador ordinario, pero que se le concede a él por la espe-

(60) Hay que recordar que, según el artículo 116 Lrem., la obligación de alimentos, con las condiciones y el alcance con que corresponde a los ascendientes, se extiende para el viudo usufructuario respecto de los descendientes no comunes del cónyuge premuerto.

cial posición que ocupa en la familia. En otro caso no podría disponer de los bienes inmuebles comunes para este fin y podría verse abocado a dividir el patrimonio común, para con los bienes adjudicados en su lote poder atender las necesidades familiares a su cargo sin necesidad de recurrir a sus bienes privativos, mientras que con los adjudicados en el de los herederos serán éstos quienes normalmente se ocuparán de las de los parientes del premuerto.

Es, por tanto, una facultad extraordinaria que le permite disponer de los bienes comunes sin contar con el consentimiento de los herederos del premuerto, siempre que lo haga para atender las necesidades familiares de las personas que continúan a su cargo, incluidas sus propias necesidades. Es una facultad reservada a la libertad del sobreviviente, que puede preferir dividir o disponer antes de sus bienes privativos, y que ningún derecho permite esgrimir directamente contra los bienes comunes a los posibles alimentistas (61). Para éstos su reclamación debe ser tratada como una deuda privativa del deudor de los alimentos.

5. Facultad del viudo de disponer de bienes comunes a este fin.

Parece seguro que *deducir* alimentos del patrimonio común, a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes, implica la facultad *erga omnes* del cónyuge viudo de disponer entre vivos y a título oneroso de concretos bienes del patrimonio consorcial, aunque sean inmuebles, para destinar la contraprestación a la satisfacción de las necesidades familiares. Desde la reforma de 2003, es ésta una facultad que la Ley ha concedido a cada uno de los cónyuges también durante el consorcio conyugal, pues según la letra d) del artículo 48 Lrem. cada uno de los cónyuges puede realizar por sí solo sobre los bienes comunes los actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 36. Añade que para justificar la necesidad del acto será suficiente la declaración, en este sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge. Norma que, aplicada por analogía, puede ser de utilidad también para conseguir que la disposición de inmuebles comunes por el cónyuge viudo, cuando sea necesaria para atender a las necesidades familiares, pueda acceder al Registro de la Propiedad.

(61) En el Informe de la Comisión Compiladora dice ARREGUI LUCEA que en la primera propuesta de articulado del Seminario se decía que el cónyuge viudo tomará alimentos, expresión que se sustituyó por la de podrá tomar alimentos. Explica que la primera "parece aludir a la existencia de un derecho esgrimible por los posibles alimentistas", siendo que se trata de "una nueva facultad reservada, en su ejercicio, a la libertad del sobreviviente" (1956, p. 501). En el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965 se cambió "podrá tomar" por "podrá deducir" (art. 52). Cfr. el "Comentario al artículo 53 Comp." de MERINO HERNÁNDEZ, 1990, p. 70

Por otra parte, las liberalidades usuales, según las circunstancias de la familia, pueden ser realizadas durante el consorcio conyugal por uno solo de los cónyuges (art. 55 Lrem.), y parece natural que tras la muerte de uno de ellos también pueda seguir haciéndolas el cónyuge sobreviviente. Forman parte de las atenciones legítimas a que tiene derecho el cónyuge viudo y las personas que con el matrimonio convivían y continúan viviendo en casa. De manera que la facultad de deducir alimentos del patrimonio de la comunidad permite al viudo no sólo consumir y disponer a título oneroso de los bienes comunes, sino también hacer las donaciones usuales suyas y de las personas a su cargo (62).

Que puede disponer de los bienes muebles comunes y consumirlos para atender las necesidades alimenticias a su cargo es algo que resulta confirmado, habiendo sólo hijos comunes, por la presunción de aprovechamiento en beneficio del consorcio de los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división (art. 71-5).

6. La responsabilidad interna.

En cambio, el artículo 71-2 es mucho más oscuro en cuanto a la relación interna: ¿lo así pagado es carga definitiva del patrimonio común o es un anticipo a cuenta de lo que al cónyuge viudo corresponda en la partición?, ¿puede ser un anticipo a cuenta de lo que corresponda a los herederos del premuerto? (63).

La respuesta no es sencilla. Una primera solución sería entender que lo tomado por el viudo del patrimonio común para atender deberes alimenticios suyos se imputa en su participación y se tiene en cuenta al hacer la liquidación, división y adjudicación de los bienes comunes. Si en lugar de mantener la indivisión se hubiera procedido a la partición de los bienes comunes, la satisfacción de estas cargas familiares hubiera sido igualmente de cargo del cónyuge viudo, quien podría pedir la colaboración equitativa de las personas que con él conviven, pero, a falta de otros recursos, sería él el obligado a disponer de su patrimonio (del que formarían parte los bienes comunes adjudicados) a tales fines, y sólo cuando ya no dispusiera de otros medios podría destinar a este fin los bienes de los

(62) SERRANO GARCÍA (1993, p. 526) defendía que en el concepto de cargas de la comunidad continuada de la Compilación había que entender incluidas las donaciones de uso de los familiares y partícipes que recibían alimentos o eran atendidos con cargo a la misma, pues son verdaderas atenciones legítimas (cfr. para el Apéndice DELGADO: 1963-64, p. 243).

(63) La enmienda número 98, del GP Chunta Aragonesista, que proponía sustituir “podrá deducir” por “podrá detraer”, fue retirada. El cambio tampoco hubiera servido para esclarecer definitivamente el significado, pero parece inclinarse a entender que los alimentos son carga definitiva de la comunidad y que, por ello, no se imputan en la participación del obligado a darlos.

hijos en la parte que, según la situación económica de la familia, resultara equitativa (cfr. art. 64 Ley de Derecho de la persona). Cuando para atender las necesidades familiares o los alimentos en sentido amplio hay que recurrir a disponer del propio patrimonio, primero se dispone del patrimonio del padre y sólo en su defecto se puede recurrir al del hijo.

Ahora bien, cuando no se trata de un deber personal del cónyuge viudo, sino de la continuación de un deber legal de alimentos a parientes del premuerto que soporta el viudo por razón de la indivisión del patrimonio común, habría que imputar lo pagado a estas personas en la participación de los herederos del premuerto, al menos si éstos son los obligados a prestarles los alimentos legales. De haber dividido los bienes comunes, los herederos del premuerto, normalmente sus descendientes o hermanos, serían por razón de parentesco los obligados a prestar alimentos a los ascendientes o hermanos del cónyuge fallecido; no parece sensato que, si no se divide el patrimonio común, deba soportar estos gastos el cónyuge sobreviviente con cargo a su participación.

Una segunda solución, más sencilla y tal vez preferible, es entender que en todo caso los alimentos deducidos por el viudo en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 71-2 Lrem. son de cargo del patrimonio de la comunidad disuelta y no hay necesidad de imputarlos específicamente en la participación del viudo o de los herederos. La Ley le faculta en caso de necesidad a tomar alimentos del patrimonio común y los bienes gastados o empleados en estos menesteres son bienes aprovechados en beneficio del consorcio (cfr. 71-5) que, por tanto, no hay que devolver ni imputar en la participación del viudo o los partícipes.

7. Duración de la facultad.

Esta facultad especial de disponer de los bienes comunes para alimentos dura mientras el cónyuge viudo sea administrador de la comunidad en liquidación, persista su obligación de mantener, en la cuantía en cada momento exigible de él, a determinadas personas y siempre a sí mismo, y no pueda hacerlo de otra manera sin tener que recurrir a la enajenación de sus bienes privativos. En tales circunstancias, aunque se haya hecho inventario y/o iniciado la liquidación, esta facultad –como todo el régimen contenido en el art. 71– persiste hasta tanto no se adjudique el patrimonio de la comunidad disuelta.

Aunque el precepto habla literalmente de *las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa* con el viudo (64),

(64) La enmienda número 99, del GP Chunta Aragonesista, que proponía sustituir “mientras continúen viviendo en casa” por “mientras continúen habitando en la vivienda familiar”,

el requisito de la convivencia no parece que sea algo imprescindible; lo decisivo es que se trate de personas que, por una u otra razón, estaban a cargo del matrimonio en el momento de la muerte del primero de los cónyuges y ahora están a cargo del cónyuge viudo (65). Esto sucederá normalmente con las personas que convivían con el matrimonio y continúan viviendo en casa, pero puede haber convivencia sin dependencia económica del matrimonio, en cuyo caso la persistencia de la convivencia no hace que los gastos de estas personas pasen a ser de cargo del cónyuge viudo; por otra parte, si las personas que convivían y dependían del matrimonio pueden ahora, terminada su crianza y educación, mantenerse por sí mismas, aunque continúen viviendo en casa, sus gastos no son de cargo del cónyuge viudo; incluso cabe admitir la existencia de personas económicamente dependientes del matrimonio que no convivían con él y que, sin embargo, el cónyuge viudo tiene la obligación de continuar manteniéndolas. La convivencia es un indicio del que la ley se sirve para indicar que se trata de personas que estaban a cargo del matrimonio y ahora lo están del viudo. En definitiva, entiendo que el precepto debe interpretarse como si dijera que *el cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que estaban a cargo del matrimonio y mientras continúen necesitándolos*.

Es dudoso si esta facultad especial del cónyuge viudo puede extenderse también respecto de los alimentos a personas que no dependían del matrimonio, pero que ahora dependen del cónyuge viudo y están a su cargo (66).

fue retirada. Habitar en la vivienda familiar es un concepto más restrictivo que vivir o convivir en casa, porque puede haber convivencia familiar aunque por circunstancias de estudio, trabajo o cualesquiera otras no se habite en la vivienda familiar.

(65) MERINO HERNÁNDEZ compara el artículo 53-1 Comp. con el 41, resultante de la reforma de 1985, y observa que el artículo 53 limita la obligación de alimentos a sólo los hijos convivientes con el disuelto matrimonio. “Con ello se deja fuera claramente a otras dos clases de hijos: los mayores de edad, propios de uno de los cónyuges, habidos con persona distinta constante matrimonio, que no convivan en la casa, y aun a los menores de edad propios también de uno solo de los cónyuges, si éstos tampoco viven con el matrimonio”. A su juicio, “no tiene ningún sentido ni justificación esta clara discriminación del legislador foral, sólo explicable (aunque no justificable) por el despiste de los elaboradores de la reforma del 85 [...], que no advirtieron la necesidad de modificar este artículo 53 de la Compilación, una vez que se había variado sustancialmente el contenido del artículo 41” (1990, p. 70). No comparte esta crítica, en parte con razón puesto que los alimentos a los hijos adulterinos mayores de edad no son de cargo del patrimonio consorcial, RAMS ALBESA (1993, p. 296).

Señala también MERINO HERNÁNDEZ que la convivencia “ha de ser inmediata al momento de producirse el fallecimiento de uno de los cónyuges (que determina la disolución de la sociedad conyugal). No bastaría, así, una convivencia anterior, que se hubiera interrumpido y no existiera en ese momento” (1990, p. 71).

(66) Para RAMS ALBESA (1993, p. 296), la deducción de alimentos queda circunscrita al dato objetivo de la convivencia anterior. “Ello supone que el supérstite no puede ampliar, sin el con-

V. La donación con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos

Hemos dicho que la disposición de bienes comunes entre vivos a título lucrativo requiere la actuación conjunta del viudo y los herederos, tanto si se trata de bienes muebles o inmuebles, con la excepción de las liberalidades usuales según las circunstancias de la familia (cfr. art. 55 Lrem.) y las donaciones contempladas en el artículo 71-3. El apartado 3 del artículo 71 Lrem. contiene, por tanto, una excepción a la regla general que exige la unanimidad de los partícipes para disponer de los bienes comunes a título lucrativo.

Dice así: *El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos (67).*

Estas donaciones no son frecuentes en la práctica, pero sí que existe algún caso (68). El supuesto de hecho del precepto es difícil que se pueda dar porque presupone la existencia de la boda de un hijo durante el período de vigencia de la comunidad en liquidación, o sea, normalmente, al poco tiempo del fallecimiento de su padre o madre (69).

1. Antecedentes.

A) El Derecho histórico.

Ya hemos visto que esta facultad del padre o madre viudo es tradicional en la comunidad conyugal continuada desde el Derecho de Observancias (70).

curso del resto de los partícipes, el ámbito de los destinatarios y se subraya su posición de continuador del *status quo*, en el que el dato de la convivencia no hace más que exteriorizar el consentimiento anterior de los cónyuges en prestarlos.”

(67) El texto legal coincide con el aprobado por la CADC. En la tramitación parlamentaria se presentaron dos enmiendas y las dos fueron rechazadas: la número 101, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (GP Mixto), que proponía sustituir “marido y mujer” por “los cónyuges”, y la número 102, del GP Chunta Aragonesista, que proponía extender la facultad de hacer donaciones respecto de los hijos que abandonan el hogar familiar para vivir solos o en pareja sin contraer matrimonio.

(68) Así lo manifestaron don José Luis Batalla Carilla y don Jesús Martínez Cortés en la sesión de la CADC de 26 de enero de 2000 (*vid.* Acta de dicha sesión).

(69) *Vid.* MERINO HERNÁNDEZ: 1990, p. 77.

(70) El profesor LACRUZ, con ocasión de su análisis de los artículos 54 y 72-6.º del Apéndice (1947-48, pp. 133 y ss.), se refiere a los precedentes históricos, y RAMS ALBESA (1993, p. 300) hace el siguiente resumen:

Los precedentes históricos nos sitúan ante un panorama de evolución de la posición del cónyuge viudo ciertamente sorprendente. Ya que partiendo de una inicial prohibición de las

El Apéndice (arts. 54-4.º y 72-6.º) no exigía el precedente para permitir al cónyuge sobreviviente asignar legítimas, donaciones o dotes, con los bienes comunes, a los descendientes de ambos y permitía tales donaciones no sólo con ocasión del matrimonio del hijo o hija, sino también para ayudarles a negociar por cuenta propia, vivir con independencia o entrar en religión. La existencia de un precedente análogo durante el matrimonio autorizaba al sobreviviente a disponer, además, de los bienes privativos del finado con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos (71).

La Compilación unificó todas estas facultades en un solo artículo, el 53-2 (72), al que en sede de comunidad conyugal continuada se remitía el artículo 67-2 (73), concediendo al viudo, tanto en la comunidad en liquidación como en la continuada, los mismos poderes de disposición sobre los bienes comunes que sobre los privativos del prefallecido, siempre que unos y otros continúen indivisos, pero limitando los supuestos de hecho a las donaciones por razón de matrimonio de los hijos comunes y exigiendo siempre un precedente análogo durante la anterior comunidad. Es una facultad más propia de la comunidad conyugal continuada que de la

donaciones de bienes comunes a los hijos, salvo pacto solemne entre los cónyuges que las prevea (Fuero 1.º *De donationibus*), la jurisprudencia posterior evoluciona crecientemente hacia la permisividad de las donaciones, primero admitiéndolas, sin pacto expreso, restringidamente sobre los bienes comunes indivisos y con dos límites cuantitativos, que sean iguales a una donación anterior hecha por ambos cónyuges y que “quede de los bienes comunes tanto, poco más o menos, cuanto pueda darse en casamiento a cualquiera de los hijos o hijas restantes que no hayan contraído matrimonio” (Obs. 12 *De donationibus*, traducción de MARTÓN y SANTA-PAU: 1865, p. 79). Después desaparecerá la referencia al remanente para posteriores donaciones posibles (Obs. 15 *De iure dotium*), hasta, por último, permitir donaciones que recaigan sobre bienes indivisos del premuerto y sin los límites cuantitativos de referencia (Obs. 17 *De iure dotium*).

Puede verse en ISÁBAL (*Exposición y comentario*, pp. 230-234) una ordenación secuencial de los preceptos históricos mencionados, vertida al lenguaje moderno en los artículos 59, 60 y 61 de su obra.

(71) *Vid.* LACRUZ BERDEJO: “Algunas observaciones sobre la facultad que conceden al cónyuge continuador de la Comunidad los artículos 54 y 72-6.º del Apéndice”, ADA, IV, 1947-48, pp. 133 y ss.; CHUECA CORNAGO, José: “Algunas ideas sobre las donaciones hechas por los padres a favor de los hijos en Aragón y Navarra”, ADA, VI, 1951-52, pp. 109-114; SANCHO REBULLIDA: ADA, VIII, 1955-56, pp. 172-176; BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: “La Compilación aragonesa y el Registro de la propiedad”, BCAZ, número 34, 1969, pp. 39-40.

(72) Es una norma que no existía en los Anteproyectos aragoneses de Compilación. Fue LORENTE SANZ quien propuso a la CGC introducir este precepto en su Anteproyecto de Compilación (*vid.* LORENTE SANZ, José: “Las tareas de la Comisión General de Codificación sobre el Anteproyecto de Compilación aragonesa”, ADA, XIV, 1968-69, pp. 585-601). Este hecho lleva a MERINO HERNÁNDEZ a decir que “por una vez, la Comisión General de Codificación fue más foralista que la propia Comisión aragonesa” (1990, p. 64). En cambio, para RAMS ALBESA, “el legislador no ha estado afortunado en la revivificación de esta institución frente al parecer de la Comisión Compiladora y los estudios del Seminario” (1993, p. 304, nota 32).

(73) *Vid.* SERRANO GARCÍA: 1993, pp. 525-527.

comunidad en liquidación; no obstante, si la indivisión se prolonga, podrá darse también en ésta (74).

B) Elaboración de la norma vigente.

La Lrem. ha mantenido, para la única comunidad posconsorcial que en caso de disolución por muerte regula, el texto de la Compilación en el que se ha limitado a añadir el inciso “por sí solo” para dejar más claro que el cónyuge viudo puede hacer estas donaciones sin el consentimiento de los herederos del premuerto. Por lo demás, en la regulación vigente no ha parecido necesario exigir también –como en las Observancias– que quede otro tanto para los hijos restantes (75).

En el debate de la CADC este apartado fue aprobado por mayoría. En una primera sesión, don Ricardo Giménez Martín insiste en su idea de que en este apartado, lo mismo que en el anterior, se le están dando excesivas facultades al cónyuge viudo. Don Jesús Delgado Echeverría dice que es coherente con un sistema, como el aragonés, en el que no existe colación, de modo que el hijo que se ha casado antes puede salir mejorado respecto de los demás si recibió entonces donación de los padres que los demás hijos todavía no han recibido. Don José Luis Batalla Carilla propone que se limite el ámbito de los apartados 2 y 3 al momento en que se pida la división judicial del matrimonio (76).

En la siguiente sesión, en cumplimiento del encargo recibido, la ponencia presenta una segunda redacción, en la que se condiciona esta facultad del viudo a que los bienes comunes y los privativos del cónyuge fina-

(74) Esta coyunturalidad y limitada duración de la comunidad en liquidación hace que, como señala MERINO HERNÁNDEZ, ese especial poder dispositivo concedido al cónyuge viudo tenga, en realidad, menos importancia de lo que a primera vista pueda parecer y, desde luego, bastante menos que en el Derecho del Apéndice (1990, p. 77).

Vid. también la crítica que a la colocación sistemática fuera de la comunidad conyugal continuada hace RAMS ALBESA (1993, pp. 302, 303 y 304), quien termina su comentario con la siguiente afirmación: “De lo que no hay duda es que el legislador no ha estado afortunado en la revivificación de esta institución frente al parecer de la Comisión Compiladora y los estudios del Seminario y claramente desafortunado al situar esta facultad en el contexto claramente equivocado de la comunidad posconsorcial y no en la comunidad continuada”.

(75) En el texto de la ponencia de la CADC, este apartado tenía un inciso final (siempre que quede otro tanto para los hijos restantes) que fue suprimido en la sesión de 18 de julio de 2001, por los problemas prácticos y porque además no hay razones para tal exigencia (*vid.* Acta 126).

RAMS ALBESA había defendido “que la correcta interpretación teleológica [del art. 53-2 Comp.] debe añadir el límite cuantitativo de mantener bienes para los hijos que permanecen solteros, es decir, en los términos del inciso final de la Observancia 12 *De donationibus* (1993, p. 302)”.

(76) *Vid.* Acta 125, de la sesión de 11 de julio de 2001.

do estén indivisos y *no se haya solicitado la liquidación judicial*. En el debate del apartado 3 don Ricardo Giménez Martín señala que le parecen demasiado amplias las facultades atribuidas al cónyuge viudo en una comunidad posmatrimonial que es provisional: tal y como está redactado podría incluso hacer donación a un hijo que ya hubiera celebrado un anterior matrimonio y hubiera sido favorecido por una donación en vida de ambos cónyuges. Se discute este supuesto y se pone de relieve que no hace falta añadir expresamente que la donación se puede hacer a los hijos solteros porque se desprende del artículo que habla de “donación análoga” a la que hubieran otorgado a hijos casados en vida de los dos, y parece preferible no modificar la redacción. Don José García Almazor dice que él preferiría suprimir *y no se haya solicitado la liquidación judicial*, porque cree que es una facultad del cónyuge que no tiene que verse afectada por la liquidación, de tal manera que incluso sería posible que uno de los hijos impidiera que el viudo llegara a hacer una donación a otro hijo solicitando la liquidación judicial. Don Jesús Martínez Cortés y otros miembros de la Comisión se muestran de acuerdo con este planteamiento. Don Jesús Martínez Cortés propone suprimir *siempre que quede otro tanto para los hijos restantes*, por los problemas prácticos y porque además no hay razones para tal exigencia. Don Jesús Delgado Echeverría somete a votación la enmienda propuesta de supresión de *y no se haya solicitado la liquidación judicial*, que es aprobada por mayoría. Somete a votación la enmienda de supresión del inciso *siempre que quede otro tanto para los hijos restantes*, que también es aprobada (77).

2. Naturaleza y requisitos.

Es ésta una facultad de disposición a título gratuito sobre cosa ajena o en parte ajena, limitada y con fines específicamente familiares que la ley atribuye al cónyuge viudo en su calidad de padre o madre y, en cuanto tal, este poder es personalísimo e intransmisible. La naturaleza personalísima de la función no supone que ésta sea irrenunciable o ilimitable.

Se le concede al viudo, no como usufructuario o administrador de bienes ajenos, sino en cuanto cabeza de un grupo familiar que se supone subsistente y cuyo mantenimiento y cohesión se consideran dignos de protección legal. Por ello, no es necesario que los hijos sean partícipes en la comunidad en liquidación y no están legitimados para recibir estas liberalidades los herederos partícipes que no sean hijos comunes. La facultad de disposición debe ejercerse conforme a los fines previstos en la ley,

(77) Vid. Acta 126, de la sesión de 18 de julio de 2001.

aunque es preciso admitir un ejercicio discrecional prudente: la desviación de poder podrá ser corregida por los tribunales (78).

Son requisitos para el ejercicio de esta facultad, además de la propia existencia de la situación de comunidad en liquidación, que los cónyuges hayan otorgado donación a favor de hijo o hija casados en vida de los dos (se requiere este precedente) y que un hijo o hija de ambos se case durante el tiempo de indivisión del patrimonio común.

3. Elementos subjetivos.

El sujeto del poder de disposición es —como dice RAMS ALBESA— exclusiva e intransmisiblemente el cónyuge viudo administrador de la comunidad en liquidación; en consecuencia, no se puede delegar esta facultad ni ejercerla por medio de representación que exceda la posición de un mero *nuntius* (79). Poder que desaparece con la extinción de la comunidad en liquidación o antes si el viudo pierde su condición de administrador.

La expresión “hijo o hija de ambos” permite comprender a cualesquiera hijos comunes de los cónyuges, por naturaleza o adoptivos, matrimoniales o extramatrimoniales; y sirve para excluir a los hijos no comunes de cualquiera de ellos y a otros descendientes, aunque lo sean de hijos comunes (80). Pero han de ser hijos comunes que permanezcan solteros en el momento de la muerte de su padre o madre, que contraigan matrimonio en el tiempo en que dura la comunidad en liquidación y que no hayan recibido por otro motivo donación *análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos* (81).

(78) Son ideas expuestas por LACRUZ (1947-48, pp. 133 y ss.) para el Apéndice, que la doctrina (MERINO y RAMS en sus respectivos comentarios) repite para la Compilación y que, en mi opinión, sirven igualmente para el Derecho vigente.

(79) 1993, p. 303; LACRUZ: 1947-48, p. 137.

En el mismo sentido, dice MERINO HERNÁNDEZ (1990, p. 75) que “es difícil de admitir en la práctica el ejercicio de esta facultad de disposición por medio de poder, y quizás sólo si éste viene configurado rigurosamente en todos sus aspectos y elementos, de manera que el apoderado se limite exclusivamente a lo que es la pura formalidad del otorgamiento del acto dispositivo de que se trate, sin facultades para intervenir en modo alguno en su contenido”.

(80) *Vid.* MERINO HERNÁNDEZ: 1990, p. 75. RAMS ALBESA cree que los descendientes, a la vista de la función familiar de la institución y su carácter igualatorio, pueden ser también donatarios, siempre y cuando su padre o madre en tanto que hijos no hubieran sido o podido ser beneficiarios de la donación por matrimonio que aquí se contempla (1993, p. 303, nota 30).

(81) RAMS ALBESA exige también que los hijos comunes sean partícipes en la indivisión posconsorcial. En su opinión, aunque es un dato que no aparece en la norma, carecería de sentido que pudiese ser beneficiado el hijo que recibió ya bienes, en igual o mayor cuantía, aunque por diferente causa-motivo, por lo que ha sido excluido de la herencia del premuerto o aquel que ha sido formalmente desheredado por éste (1993, p. 303 y nota 30).

Lo normal será que los hijos comunes sean los herederos del cónyuge premuerto, pero creo que lo decisivo no es si el hijo común es heredero o no del cónyuge difunto, sino si ha

A falta de bienes comunes, para poder ser donatario de bienes privativos del premuerto (confundidos con los comunes) será preciso que el hijo común sea heredero de éste.

4. Elemento objetivo.

La donación puede hacerse a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos; es obvio que el viudo también puede donar sus propios bienes privativos. Pero como advierte MERINO HERNÁNDEZ, el viudo sólo podrá donar los bienes, comunes o privativos del premuerto, de los cuales su titular no haya dispuesto ya por acto *mortis causa* (82); para que así suceda lo decisivo no es que el cónyuge premuerto haya hecho testamento o pacto sucesorio, puesto que en otro caso su herencia se defiere igualmente por disposición de la ley, sino que haya hecho atribuciones sucesorias a título particular sobre concretos bienes, privativos o comunes, que siendo válidas hayan resultado eficaces y hayan transmitido el bien al sucesor por causa de muerte. En tales casos, el bien, privativo o común, ha dejado de estar indiviso al pertenecer al sucesor a título particular. Por otra parte, el viudo no puede disponer de los bienes privativos del premuerto a favor de hijo común que no sea sucesor voluntario o legal de éste, porque aunque tales bienes no se hayan separado aún de los comunes tienen ya un destino que el viudo no puede desconocer.

En la disposición por causa de muerte de bienes determinados del patrimonio común, en defecto de otra previsión, habrá que estar a lo que dispone el artículo 56-2 Lrem. Si la disposición la realiza un cónyuge a favor del otro, éste adquirirá su propiedad directamente al deferirse la herencia de aquél, sin necesidad de liquidación del consorcio (letra a); este bien deja de ser común y se integra en el patrimonio privativo del cónyuge viudo, que puede disponer de él con libertad. Si la disposición fuera hecha por ambos cónyuges conjuntamente, al deferirse la herencia del que primero fallezca, el legatario tendrá derecho a que en la liquidación del consorcio la mitad indivisa de los indicados bienes se adjudique a la parte correspondiente al causante (letra b); en este caso el bien legado sigue siendo común hasta la división, pero el legatario tiene un derecho de adjudicación preferente de la mitad indivisa en el lote correspon-

recibido o no donación análoga en vida de ambos padres. Puede no ser heredero del premuerto, no haber recibido donación análoga ni estar desheredado y tener que esperar al momento de la boda para recibir algo de sus padres. En caso de fiducia sucesoria es evidente que los hijos no son todavía herederos.

(82) 1990, p. 76.

diente al causante, lo que inclina a pensar que el viudo, mientras sea posible, ha de respetar este derecho y no emplear este bien común al hacer donaciones a los hijos comunes (además podría entenderse que se trata de una disposición correspectiva irrevocable tras la muerte del primer otorgante y con los efectos del art. 107 Lsuc. en caso de disposición del bien entre vivos). En los demás casos de disposición por causa de muerte de bienes comunes (letra c), así como en los de disposición de la participación en el patrimonio común (art. 56-1 Lrem.) o de los derechos que le correspondan en un bien determinado del patrimonio común, la disposición *mortis causa* carece de efectos atributivos directos sobre concretos bienes comunes, no hace nacer ningún derecho de adjudicación preferente y no parece que limite las facultades del cónyuge viudo de disponer de estos bienes para hacer las donaciones del artículo 71-3.

Los bienes comunes están por hipótesis indivisos, pero puede haber bienes privativos de los cónyuges confundidos con ellos. Sólo de esta masa indivisa puede disponer el viudo. De los bienes claramente privativos, no mezclados con los comunes, no puede disponer. Entiendo con RAMS ALBESA que la redacción de la norma prevé un verdadero orden secuencial (83): mientras haya bienes claramente comunes no habrá que recurrir a los privativos confundidos con ellos.

5. Causa y cuantía de la donación.

En el Derecho vigente, lo mismo que en la *Compilación*, esta donación a los hijos comunes con bienes del patrimonio común o privativos del premuerto, mientras unos y otros estén indivisos, sólo puede ser hecha por el viudo *con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos* (84). Los compiladores de 1967 no aceptaron la ampliación de supuestos que el Apéndice había hecho y volvieron a limitar la facultad dispositiva del viudo, como en las *Observancias*, al supuesto de que algún hijo o hija de ambos contraiga matrimonio.

Señala LACRUZ que la liberalidad “tiene que ser actual, inmediata, anterior o, por lo menos, coetánea al acontecimiento previsto por la ley” (85),

(83) 1993, p. 304.

(84) La enmienda número 102, del GP Chunta Aragonesista, que fue rechazada, proponía añadir entre “casarse” y “un hijo o hija” la expresión “o independizarse” y entre “hijo o hija casados” y “en vida de los dos” la expresión “o independizados”, de modo que el final del apartado quede con la siguiente redacción: “con ocasión de casarse o independizarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados o independizados en vida de los dos”. En la motivación decía que la posibilidad de poder hacer donaciones únicamente en los casos de matrimonio de los hijos es discriminatoria respecto de los hijos que abandonan el hogar familiar para vivir solos o en pareja sin contraer matrimonio.

(85) 1947-48, p. 145.

y añade MERINO HERNÁNDEZ que “esa simultaneidad no ha de ser tan rigurosa que no permita efectuar la donación poco tiempo después de celebrado el matrimonio, si no pudo o no convino realizarla antes, y queda manifestada la causa propia de la liberalidad, es decir, el matrimonio del hijo” (86). Por su parte, RAMS ALBESA no ve inconveniente en que estas donaciones se efectúen en capítulos prenupciales o en documento público constante la indivisión y que se contraiga el matrimonio tenido en consideración en un momento posterior a la liquidación y división del caudal común. En estos casos, la celebración del matrimonio será *conditio iuris* de la eficacia y validez de la propia donación (87).

La cuantía de la donación ha de ser *análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos*. Habiendo precedente, la ley tiene en este punto –como dice LACRUZ– un propósito claramente igualatorio, aunque la igualación queda al arbitrio del viudo, siempre que la fortuna de la familia lo permita (88). Ya hemos dicho que no es un requisito del ejercicio de esta facultad que quede otro tanto para los restantes hijos que permanecen solteros.

Si el precedente consiste en que al hijo o hijos que contrajeron matrimonio en vida de sus padres no les fue hecha liberalidad alguna por tal causa, el criterio de la máxima equiparación, o de igualación, debe impedir efectuar ahora, en los términos del artículo 71-3, una donación al hijo que se va a casar constante la comunidad en liquidación (89). Y si falta el precedente por la no celebración de matrimonio alguno de hijos durante la vida de ambos cónyuges, el viudo no podrá ahora hacer uso de la facultad extraordinaria del artículo 71-3 Lrem. (90). El precedente no es sólo índice de referencia de la cuantía de la donación, sino presupuesto de la misma (91).

(86) 1990, p. 76.

(87) 1993, p. 304, nota 31.

(88) 1947-48, p. 145. En el mismo sentido, MERINO HERNÁNDEZ: 1990, pp. 78-79.

(89) Así lo expone MERINO HERNÁNDEZ (1990, pp. 79-80), que, sin embargo, añade algo que no comparto: “salvo, claro está, que la falta de donaciones *causa matrimonii* en vida de ambos cónyuges haya podido tener algún tipo de justificación hoy inexistente (carencia de bienes suficientes por parte de los padres, que han venido, con el tiempo, a mejor fortuna; suficiencia de bienes por parte del hijo que contrajo matrimonio; negativa de éste a recibir la liberalidad de sus padres, etc.)”. En mi opinión, si a los hijos casados en vida de ambos padres no se les hizo, por la razón que fuera, donación por razón de matrimonio, el viudo carece ahora de la facultad prevista en el artículo 71-3, aunque las circunstancias hayan cambiado. Concedérsela sólo contribuiría a desigualar más a los hijos.

(90) Lo contrario opina MERINO HERNÁNDEZ: 1990, p. 79.

(91) En la sesión de la CADC de 18 de julio de 2001 (*vid.* Acta 126), don Jesús Delgado Echeverría “advierte que, en realidad, siempre se va a poder llevar a cabo ese control, aunque no se establezca la rendición de cuentas, pero el camino será otro porque, por ejemplo, se podrá impugnar la validez de la donación efectuada con el argumento de que no hubo otra análoga”.

6. Régimen de la donación.

Esta facultad es un complemento extraordinario de la posibilidad de deducir alimentos del patrimonio de la comunidad, que por un lado amplía notablemente las facultades del cónyuge viudo, al permitirle hacer donaciones no usuales análogas a las que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos, y por otro las limita al exigir que los donatarios sean exclusivamente hijos comunes.

En lo demás, creo que el régimen de estos actos de disposición, cuando se hacen a expensas de los bienes comunes, tanto en la relación externa como en la interna, es el mismo ya expuesto para la disposición de bienes comunes para atender las necesidades familiares con fundamento en el artículo 71-2 Lrem.

La novedad respecto del artículo 71-2 es que en el supuesto del apartado 3 el viudo puede hacer la donación también a expensas de los bienes que fueron privativos del cónyuge finado, mientras se encuentren mezclados con los comunes, lo que hace pensar que normalmente se tratará de bienes muebles. La legitimación se basa en el hecho de la confusión existente con los bienes comunes, y sólo es ejercitable a falta o insuficiencia de bienes cuya condición consorcial no sea dudosa. Por ello, si hecha la donación se acredita que los bienes donados eran privativos del cónyuge premuerto, los herederos de éste tienen derecho de reintegro contra el patrimonio común por el importe actualizado de los bienes privativos empleados en la donación [cfr. art. 44-2-a) Lrem.]. Pero a falta de bienes comunes para hacer el reintegro, parece que si los donatarios son herederos del premuerto lo así recibido se imputa en su parte alícuota de la herencia; si no son herederos, o la donación no vale o ha de soportarla con sus bienes privativos el viudo donante (92).

El cónyuge viudo deberá dar puntuales cuentas de esta especial gestión, que claramente excede de las facultades que le corresponden como usufructuario (art. 71-4), y tendrá que contar con el resto de los partícipes para la documentación de los inmuebles (93), especialmente si son privativos del cónyuge finado.

(92) Porque, como dice LACRUZ, "parece de sentido común que los comuneros que no sean descendientes, así como no pueden ser favorecidos, así tampoco perjudicados por las disposiciones del cónyuge viudo. Por tanto, si una persona ha sido instituida heredero juntamente con los descendientes del cónyuge premuerto, y la institución es en parte alícuota de la herencia, conserva intacto su derecho a retirar, a la disolución de la comunidad, una parte del capital igual a la que le hubiera correspondido de liquidar la herencia en el momento de la muerte del causante, juntamente con la cuota de ganancias a que haya lugar" (1947-48, pp. 141 y 142).

(93) RAMS ALBESA: 1990, p. 304.

VI. La gestión en caso de fiducia sucesoria (94)

1. La administración por el cónyuge viudo.

En caso de fiducia sucesoria, mientras la herencia está pendiente de asignación no hay herederos del premuerto (cfr. art. 133 Lsuc.). La gestión de los bienes afectos al usufructo de viudedad le corresponde al viudo, en los términos vistos, quien ahora, además de administrador del patrimonio de la comunidad disuelta, es, normalmente, también administrador y representante de la herencia del premuerto pendiente de asignación, a la que pertenece su participación consorcial (cfr. art. 134 Lsuc.).

Aunque el cónyuge no sea fiduciario, si hay fiducia sucesoria, la administración de la herencia yacente corresponde igualmente al cónyuge viudo mientras sea administrador de la comunidad en liquidación o, en otro caso, sólo sobre los bienes afectos el usufructo de viudedad (art. 134-1 Lsuc.). Con lo cual el cónyuge viudo mantiene las facultades de gestión que ya tenía por otros títulos sobre los bienes comunes y los privativos del premuerto y las amplía por la existencia de fiducia sucesoria; la condición de administrador del patrimonio hereditario le añade la legitimación para pagar las deudas de la herencia, incluidas las deudas privativas del causante, y además le convierte en representante de la misma a efectos procesales (art. 137 Lsuc.) (95).

(94) Sobre la fiducia sucesoria en la Ley de Sucesiones de 1999, *vid.* CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "De la fiducia sucesoria", en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 109-121 (= *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999-1, pp. 87-96); PASTOR EIXARCH, Luis: "La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria", en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1999, pp. 141-185; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Carmen: "El consorcio foral aragonés: derecho transitorio, nacimiento y caso de fiducia", en *RJN*, número 30, 2000, pp. 191-207; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: "De la fiducia sucesoria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIV, volumen 1.º, Edersa, Madrid, 2002, pp. 859-1029; CURIEL LORENTE, Fernando: "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos", en *Actas de los Undécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2002, pp. 89-112; MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús: "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés", en M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL (coordinadores generales): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV: *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Consejo General del Notariado y Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2005, pp. 305 a 357; PARRA LUCÁN, M. A.: "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho Civil Aragonés* -dir. J. DELGADO-, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 529-557; SERRANO GARCÍA, José Antonio: "Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés", en *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán* (coords.: Sergio NASARRE AZNAR y Martín GARRIDO MELERO). Monografías La Notaría, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2006, pp. 243-265; en este mismo volumen, CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa", pp. 223-241.

(95) Lo dispuesto por los artículos 136 y 137 Lsuc., en relación con las obligaciones y cargas que se pagarán con cargo al caudal relicto, se comenta en sede de pasivo; lo dispuesto en

Si resulta, como será lo más normal, que el cónyuge viudo ha sido nombrado fiduciario, su posición de administrador del patrimonio hereditario se mantiene, aunque no sea administrador del patrimonio común ni usufructuario por derecho de viudedad, en virtud de su condición de fiduciario (art. 134-1 Lsuc.). Además, en tal caso tiene facultades de disposición (arts. 138 y 139 Lsuc.).

Ya hemos visto que en la gestión de los bienes comunes se aplican con preferencia las reglas del usufructo de viudedad (96); si no lo hay, o en cuanto sean compatibles con ellas, se aplican las reglas de gestión de la comunidad conyugal en liquidación; las reglas de gestión de la fiducia sucesoria sólo son aplicables como complemento de las anteriores, en cuanto resulten compatibles con ellas, y son directamente aplicables a la gestión de los bienes privativos del causante o de los comunes una vez partidos y sin usufructo de viudedad sobre ellos.

2. Las facultades de disposición.

El administrador de la herencia sujeta a fiducia sucesoria debe satisfacer las obligaciones y cargas del caudal hereditario, en cuanto no sean cargas usufructuarias ni deudas de responsabilidad de la comunidad en liquidación (arts. 136 y 137 Lsuc.), pudiendo ser demandado por los acreedores si no lo hace.

El pago de las deudas es un acto de administración, pero para pagar a los acreedores el administrador ha de poder disponer de dinero del patrimonio administrado. Si no hay dinero suficiente para el pago y se hace necesario disponer de bienes o derechos a tal fin, el administrador de la fiducia no tiene facultades de disposición, sino que éstas corresponden al fiduciario o fiduciarios, que tendrá que actuar junto con el usufructuario de los bienes privativos si es persona distinta.

Según el artículo 138-1 Lsuc., es el fiduciario, y no el administrador, quien puede *disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para*

el artículo 137 Lsuc. ha sido tenido en cuenta al delimitar el contenido de las facultades de administración del patrimonio de la comunidad en liquidación por el cónyuge viudo.

(96) En el caso resuelto por la STSJ Aragón de 10 de marzo de 2006 dice el Tribunal que “resulta que el cónyuge viudo tenía la administración de la herencia pendiente de asignación en su condición de usufructuaria universal de los bienes de su esposo (art. 134-1-1.º Lsuc.) y hacía suyos los frutos que se obtenían; consiguientemente, si [la usufructuaria] en vez de ejercer personalmente dicha administración encomendaba parte de sus funciones a su hijo José Alfonso, asignándole una retribución, el pago de la misma no es a cargo del caudal relicto, sino de ella, pues es quien percibe los frutos, ostentando la administración del total patrimonio del esposo en su condición de cónyuge usufructuario”. Por tanto, la deuda exigible (de existir) debía ser satisfecha por la viuda en su condición de cónyuge usufructuario.

atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 136, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad.

2. *La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.*

3. *El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados.*

La eficacia de la disposición habiendo legitimarios requiere el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 139 Lsuc.: *Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios y objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente.*

Pero este régimen de disposición de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia, cuando son bienes privativos y hay derecho de viudedad, ha de completarse con las normas de disposición de bienes afectos al usufructo viudal del artículo 108-2 Lrem.: *Puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. Salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.* En caso de fiducia, el lugar del nudo propietario lo ocupará el fiduciario o fiduciarios con legitimación para disponer, debiendo contar en su caso con la autorización requerida en el artículo 139 Lsuc. Si el cónyuge usufructuario es también el fiduciario podrá disponer de los bienes de la herencia por sí mismo, pero necesitará en su caso la autorización del artículo 139 Lsuc. (97).

(97) El GP Chunta Aragonesista entendió, en cambio, que esta era una materia en la que había una laguna en el Proyecto de Ley. Su representante dijo en el Pleno de las Cortes de Aragón que “el proyecto de ley no da solución a un supuesto que se plantea frecuentemente en la práctica: los casos en que el usufructo viudal recae sobre bienes que están pendientes de asignación fiduciaria y, en consecuencia, no existen nudo propietarios que puedan ejercer las facultades que la ley les concede. Por eso proponemos, mediante esa enmienda 152, la adición de un nuevo artículo cuyo contenido no es contradictorio con la regulación de la fiducia contenida en la Ley de Sucesiones, sino que se inspira precisamente en los artículos 135-4 y 139 de la misma”.

La enmienda número 152, del GP Chunta Aragonesista, proponía añadir un artículo 119 bis (en sede de derecho de viudedad) con la siguiente redacción:

“Artículo 119 bis. *Usufructo sobre bienes pendientes de asignación fiduciaria*

Si los bienes sobre los que recae el usufructo viudal están pendientes de asignación fiduciaria, las facultades concedidas en este Capítulo a los nudo propietarios se entenderán otorgadas a

Lo adquirido a cambio del bien privativo enajenado ocupará su lugar en la herencia y en el usufructo de viudedad, con las salvedades que indican los artículos 138-2 Lsuc. y 108-2 Lrem. Es decir, cabe, por una parte, que la contraprestación obtenida con la enajenación *se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación* (art. 138-2 Lsuc.), decisión que corresponde al administrador, en cuyo caso no hay subrogación y se extingue el usufructo de viudedad; pero cabe también que el precio o la cosa adquirida en lugar del bien privativo enajenado ingrese en el patrimonio hereditario del que salió, pero sin quedar afecto al derecho de usufructo del viudo si éste concurrió a la enajenación del bien para renunciarlo [art. 119-2-a) Lrem.] o el viudo y el fiduciario pactan (o el viudo que sea fiduciario así lo decide) que no haya usufructo sobre la contraprestación (art. 108-2 Lrem.).

Si además de fiducia sucesoria y derecho de viudedad hay una situación de comunidad conyugal en liquidación, la disposición de bienes del patrimonio común requiere integrar las normas de disposición de la fiducia con las propias de esta situación de comunidad. Hemos visto que la disposición de bienes comunes, con las excepciones derivadas de los apartados 2 y 3 del artículo 71 Lrem., requiere el consentimiento unánime del viudo y los herederos partícipes cuando se trata de bienes inmuebles, mientras que el cónyuge viudo administrador puede disponer por sí solo del dinero y los bienes muebles.

En todos los casos en que el cónyuge viudo administrador puede disponer por sí solo de los bienes de la comunidad en liquidación, sean muebles o inmuebles, y se disponga a título oneroso o gratuito, no se requiere la intervención del fiduciario ni en su caso la autorización del artículo 139 Lsuc. En los restantes casos, en los que el cónyuge administrador no puede disponer por sí solo de los bienes comunes, necesitará el consentimiento del fiduciario o fiduciarios, que en su caso deberá contar con la autorización prevista en el artículo 139 Lsuc. Si fiduciario lo es también el cónyuge viudo, en su persona se concentran todos los poderes sobre los bienes comunes por su condición de partícipe de la masa común y fiduciario de la herencia pendiente de asignación, por lo que podrá disponer por sí solo (o junto con los otros fiduciarios, si los hay) cuando lo juzgue conveniente *para sustituirlos por otros* (art. 138 Lsuc.), pero necesitará en su caso la autorización requerida en el artículo 139 Lsuc.

los legitimarios del premuerto y, en su defecto, a sus parientes dentro del cuarto grado o a cualquier otro interesado en la herencia."

En realidad, como se dice en el texto, no hay tal laguna, porque en los artículos 138 y 139 Lsuc. se han contemplado específicamente las facultades de disposición del fiduciario. De haberse aprobado la enmienda, se hubiera roto el sistema de la Lsuc. y se hubiera vuelto al incomprensible y criticado sistema del artículo 113 de la Compilación.

En todos los supuestos de disposición de bienes comunes quedarán subrogados en el patrimonio común el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado, salvo que la contraprestación obtenida se haya destinado al pago de las deudas y gastos comunes. Si se destina al pago de otras deudas, el patrimonio común tendrá derecho a ser reembolsado del valor actualizado por el patrimonio deudor.

3. Facultades de asignación de bienes.

En ejecución de la fiducia, el fiduciario puede atribuir la cuota consorcial del premuerto, o parte de ella, a alguno o algunos de los descendientes (cfr. arts. 141-143 Lsuc.); en tal caso no desaparece la comunidad consorcial, sino que los nuevos titulares de la participación del premuerto son ahora los adjudicatarios. Es una operación que no tiene mucho sentido mientras subsista la viudedad.

Y si el único fiduciario es el cónyuge viudo, en uso parcial de la fiducia, puede atribuir bienes de la comunidad conyugal, sin necesidad de practicar su previa liquidación, como dice el artículo 142-3 Lsuc. y había reconocido el A. del Presidente del TSJA de 3 de octubre de 1989. Es una facultad extraordinaria que entraña un acto de adjudicación parcial del patrimonio común, sin ningún control externo y sin previa liquidación. Podrá hacerlo bien obrando exclusivamente como fiduciario, en cuyo caso el bien se incluirá en el lote del premuerto y se computará en su participación a efectos de la liquidación del consorcio; o bien podrá hacerlo como fiduciario de una parte y como copropietario de la otra, supuesto en el que se producirá una extinción parcial de la comunidad en liquidación.

VII. Medidas cautelares y responsabilidades exigibles al cónyuge viudo

1. El punto de partida: el artículo 53-3 Comp.

Según el apartado 3.º del artículo 53 Comp., “el cónyuge responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes *en aquello que les afecte*. A instancia de cualquiera de ellos se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas en esta Compilación para el usufructo viudal”.

El inciso subrayado de la primera parte del artículo 53-3 Comp., así como en general la relación entre las facultades de gestión que concede al cónyuge viudo y las que puedan corresponderle por derecho de viudedad, son cuestiones oscuras que cuesta descifrar si no se tiene en cuenta que el texto del artículo 53 Comp. está pensado para un supuesto de viu-

dedad legal limitada a los inmuebles. La viudedad legal universal se introdujo en la fase final de elaboración de la *Compilación* sin que se llevara a cabo la necesaria adaptación de muchos de sus preceptos pensados para la pervivencia de la situación anterior en materia de viudedad.

En efecto, nos dice ARREGUI LUCEA que el párrafo propuesto inicialmente por el Seminario, según el cual *el cónyuge deberá dar cuenta de su administración a los partícipes*, planteaba una cuestión de interés. “Dentro de la sociedad conyugal en liquidación –dice– puede haber dos masas de bienes: una sometida al régimen de viudedad y otra al de indivisión.”

“En el primer supuesto, los herederos del premuerto no serán partícipes en los frutos pero sí en la propiedad de los bienes; en el segundo, lo serán en ambos extremos. *Y la importancia del problema aumenta si se trata de un cónyuge que disfrute de la viudedad universal.*”

“En su consecuencia, se decidió añadir al párrafo las palabras *en lo que les afecte*, debiendo concretarse en cada caso particular la masa de bienes de cuya administración pueda ser exigida cuenta” (98).

Queda claro que si hay viudedad, sea universal o limitada, los herederos del premuerto no son partícipes en los frutos de los bienes comunes usufructuados por el cónyuge viudo. Prevalece, por tanto, el régimen de la viudedad sobre el de la comunidad en liquidación, a diferencia de lo que sucede, según hemos visto ya, en la situación de comunidad conyugal continuada.

Pero si la viudedad es por ley universal, lo normal será que todos los frutos de los bienes comunes sean para el viudo usufructuario, quien no responde de su gestión como usufructuario, ni tiene que dar cuenta de ella a los nudo propietarios, porque es algo que no les afecta, al no tratarse de la gestión de un patrimonio ajeno, sino del ejercicio de las facultades propias del derecho real de usufructo.

¿Cuándo les afecta a los partícipes la gestión del cónyuge supérstite sobre el patrimonio común indiviso? (99). Parece que, en primer lugar, en la medida en que existan bienes comunes no sujetos al derecho de viudedad, pues entonces los frutos y rentas de tales bienes aumentan el patrimonio divisible y, por tanto, la participación en éste de los herederos del premuerto. Habrá que concretar, por tanto, en cada caso la masa de bienes comunes de cuya administración pueden exigir cuentas los partícipes.

(98) *Informes del Seminario*, 1956, volumen II, p. 502. El subrayado largo es nuestro.

(99) Los comentaristas del precepto no alcanzan a descifrar la trascendencia del inciso “en aquello que les afecte”. Nada dice al respecto MERINO HERNÁNDEZ (1990, p. 67) y RAMS ALBESA, que lo califica de limitación genérica e indeterminada exclusivamente del deber de rendición de cuentas, entiende que los partícipes pueden pedir cuentas de la gestión, pues ésta, directa o indirectamente, les afecta, y que cada uno puede pedir cuentas tan sólo por su parte concreta (1993, p. 299).

Pero, en segundo lugar, también les afecta la gestión, aunque haya viudedad, en cuanto el viudo ejercite facultades, como las del artículo 53-2 Comp., que exceden de las propias de un usufructuario.

La segunda parte del apartado 3, aunque la redacción permite interpretar lo contrario, estaría igualmente condicionada por el requisito de que la administración del viudo, por carecer en todo o en parte de derecho de viudedad o exceder de lo que es propio de él, afectara a los partícipes. Sólo en tal supuesto tiene sentido añadir la facultad de los partícipes de pedir (a instancia de cualquiera de ellos) las cautelas previstas para el usufructo de viudedad: si hay viudedad universal ya tienen, en cuanto nudo propietarios, esta facultad sobre todos los bienes del premuerto (100).

2. El debate en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

En la sesión de 18 de julio de 2001 (101) tiene lugar la deliberación y debate del apartado 4 del texto presentado por la ponencia, cuya redacción es la siguiente:

El cónyuge viudo que no tenga derecho de viudedad responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes. En tal supuesto, a instancia de cualquiera de ellos se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas para el usufructo vidual (102).

En nombre de la ponencia, don José Antonio Serrano García explica que se trata de una regla equivalente al actual artículo 53-3.º de la Compilación con alguna variante: en primer lugar, se añade que el responder de la gestión es para el caso de que el viudo no tenga viudedad y, en segundo lugar, se suprime la expresión “en aquello que les afecte”, porque da lugar a dudas sobre la interpretación que debe dársele y parece innecesario.

Don Ricardo Giménez Martín propone que se pueda exigir la responsabilidad en la gestión y la rendición de cuentas también al cónyuge viudo que tenga viudedad, lo que le parece razonable a la vista de la amplitud

(100) La doctrina tampoco se plantea esta cuestión y parece dar a entender que esta norma faculta a cualquiera de los partícipes y en todo caso para exigir las cautelas previstas para el usufructo de viudedad (*vid.* MERINO HERNÁNDEZ: 1990, p. 66). RAMS ALBESA llama la atención sobre la difícil interpretación de la frase “en sus respectivos casos” y entiende que basta con la falta de confianza en su gestión para que deban prestarse estas cautelas sin necesidad de que medien actos del administrador que justifiquen su adopción (1993, p. 298).

(101) *Vid.* Acta 126, de la que transcribo la parte relativa al debate de este apartado.

(102) En una primera redacción de la ponencia, el inicio del apartado decía así: “El cónyuge viudo, en cuanto no sea usufructuario, responderá de su gestión...”.

de facultades que la ley les está atribuyendo como administradores del patrimonio.

Don Jesús Martínez Cortés, por el contrario, manifiesta una opinión favorable al texto de la ponencia tal y como está redactada. Señala que, en su opinión, en el caso ordinario, cuando el viudo tenga viudedad, no debe limitarse su posición, ni el legislador debe fomentar la posibilidad de que los partícipes puedan estar exigiendo rendición de cuentas más allá de lo que resulte del régimen de la viudedad.

En este sentido, don José Antonio Serrano García aclara que, en efecto, el criterio de la ponencia es que, cuando haya viudedad, se aplican las reglas propias de esa sede.

Don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo señala que, en realidad, el cónyuge viudo debe responder siempre, lo que sucede es que la exigencia de esa responsabilidad será distinta, según tenga o no el usufructo de viudedad: está claro que, si como usufructuario le corresponden los frutos, no debe responder de cómo se los ha gastado.

Tratando de alcanzar una propuesta consensuada que satisfaga a todos los miembros de la comisión, propone suprimir el inciso *que no tenga derecho de viudedad* y añadir otro que diga que en todo lo que el cónyuge viudo realice como usufructuario se aplicarán las normas de la viudedad, y en lo que pueda realizar más allá, como administrador, deberá rendir cuentas a los partícipes de su gestión.

Don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo señala que la referencia a la viudedad complica la regulación, porque son en realidad muchas las posibilidades que pueden darse (el viudo ha podido renunciar a la viudedad sobre algunos bienes, o no corresponderle viudedad universal, por ejemplo).

Don Ricardo Giménez Martín insiste en su argumento de que son tan numerosas las facultades atribuidas por la ley al cónyuge que debe exigírsele responsabilidad por la gestión como administrador en todo caso, para que los partícipes tengan un cierto control sobre la donación efectuada, o la deducción de alimentos, por ejemplo. Don Jesús Delgado Echeverría advierte que, en realidad, siempre se va a poder llevar a cabo ese control, aunque no se establezca la rendición de cuentas, pero el camino será otro porque, por ejemplo, se podrá impugnar la validez de la donación efectuada con el argumento de que no hubo otra análoga. Don Ricardo Giménez Martín le contesta que ese control es mucho menor que la exigencia de cuentas de la gestión.

Tras un breve intercambio de opiniones entre los asistentes, el presidente somete a votación la enmienda de supresión en el texto de la ponencia del inciso *que no tenga derecho de viudedad*. La enmienda de supresión no es aprobada.

Don José Luis Batalla Carilla dice que a él le parece adecuada la alternativa sugerida por don Adolfo Calatayud Sierra para llegar a una postura de consenso. La redacción que se propone sería la siguiente:

El cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad.

Don Jesús Martínez Cortés señala que esta redacción es más farragosa que la de la ponencia, que le parece preferible. Observa, además, que no sólo es cuestión de redacción, y que permite controlar la gestión que se reconoce al viudo en los apartados 1 y 2 también cuando tenga viudedad.

Sometida a votación la propuesta alternativa es aprobada por la mayoría de los asistentes. En consecuencia, la redacción del artículo 10-4 queda de la siguiente manera:

El cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. En tal supuesto, a instancia de cualquiera de ellos se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas para el usufructo vidual.

Don Adolfo Calatayud Sierra plantea que quizá el artículo 10-4 ya aprobado podría redactarse de otra manera que resulte más sencilla. Don Jesús Delgado Echeverría dice que es preferible dejarlo como está y, en su caso, que traiga para la próxima sesión una propuesta de mejora de redacción del texto aprobado.

Al principio de la sesión de 25 de julio de 2001 (103), don Adolfo Calatayud Sierra recuerda que en la sesión pasada, aunque se aprobó el apartado 4 del artículo 10, se habló de la posibilidad de mejorar su redacción y él ha traído una propuesta dirigida a ese fin:

4. El cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. Cualquiera de los partícipes podrá, entonces, solicitar la aplicación de las mismas cautelas previstas para el usufructo vidual.

Explica que lo que se ha cambiado es la segunda parte del apartado que, en la redacción inicialmente aprobada, quedaba un poco incoheren-

(103) *Vid.* Acta 127, de la que transcribo los siguientes párrafos.

te. Don Jesús Martínez Cortés se plantea si el adverbio *entonces* no podría entenderse que tiene un sentido temporal. Le contesta don Jesús Delgado Echeverría diciendo que probablemente así sea, pero que sobre todo se refiere al caso que recoge el precepto. Don Adolfo Calatayud Sierra explica que lo que ha pretendido es evitar la repetición de expresiones como “*en ese caso*” o “*en ese supuesto*”. Tras el examen del texto, se aprueba en los mismos términos en que ha sido propuesto (104).

3. El presupuesto de la norma.

Tanto la facultad de cualquiera de los partícipes de solicitar las mismas cautelas previstas para el derecho de viudedad como las obligaciones del viudo administrador de responder de su gestión y dar cuenta de ella a los partícipes sólo existen *en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad*. La ley vigente ha formulado este presupuesto de forma mucho más clara que la Compilación, que se limitaba a decir *en aquello que les afecte*. Además ha quedado claro que el presupuesto se aplica también a la segunda parte del apartado 4. El presupuesto de hecho lo es de todas las consecuencias previstas en la norma, de manera que todas ellas requieren que la gestión del viudo como administrador exceda de las facultades de gestión que le pudieran corresponder como usufructuario.

Si el viudo no es usufructuario, o no lo es sobre los bienes comunes, o no lo es sobre todos los bienes comunes, es evidente que sus facultades de administrar el patrimonio común exceden de las que le corresponden por derecho de viudedad (que no tiene, o no afecta a los bienes comunes o no afecta a todos ellos).

Pero aunque el viudo tenga viudedad sobre todos o parte de los bienes comunes, será de aplicación el artículo 71-4 en cuanto realice sobre ellos actos de administración o disposición, incluidos en sus facultades como administrador, que sobrepasen sus facultades como usufructuario. Ya hemos tratado ampliamente de las facultades de gestión del viudo administrador que exceden de las del viudo usufructuario: sin ánimo de exhaustividad, la disposición de bienes muebles comunes, el pago de las deudas y gastos comunes que no sean cargas usufructuarias, la posibilidad de deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos conforme al artículo 71-2, la facultad de hacer donaciones con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos en los términos del artículo 71-3, etc.

(104) A este apartado no se presentó ninguna enmienda en la tramitación parlamentaria, por lo que el texto vigente coincide con el aprobado por la CADC.

La inexistencia de derecho de viudedad sobre todos o parte de los bienes comunes es un hecho que existirá, en su caso, desde el inicio de la comunidad en liquidación, y hará operativa desde entonces la norma del artículo 71-4. En cambio, cuando se trate de actos de gestión que exceden las facultades propias del usufructo de viudedad, habrá que esperar a su realización para poder aplicar las consecuencias del artículo 71-4.

Pues bien, si se da el presupuesto de la norma, y desde el momento en que se dé, cualquiera de los partícipes podrá solicitar la aplicación de las cautelas previstas para el usufructo viudal, y el cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y vendrá obligado a dar cuenta de ella a los partícipes.

4. Las cautelas previstas para el usufructo de viudedad.

Hay aquí una remisión a las cautelas previstas para el usufructo de viudedad en los artículos 103 a 106 Lrem., que tratan del inventario y fianza, la formalización del inventario, otras medidas cautelares y la sanción de la falta de inventario, y que deben aplicarse a la comunidad en liquidación con las necesarias adaptaciones.

En cuanto administrador, el viudo sólo vendrá obligado a formalizar inventario del patrimonio común y a prestar fianza cuando, dándose el presupuesto de la norma, lo solicite cualquiera de los partícipes. La legitimación de los herederos partícipes es individual, y parece que no podría impedirla una disposición en contrario del premuerto [cfr. art. 103-b)].

Cuando se haya solicitado la formalización de inventario, se practicará con citación de los partícipes herederos o sus representantes y comprenderá el activo y pasivo del patrimonio común (art. 79), incluyendo en el activo las partidas que indica el artículo 80 y en el pasivo las que indica el artículo 81 (105). El plazo para terminarlo será de cincuenta días, contados desde el oportuno requerimiento fehaciente, si bien, mediando justa causa, el cónyuge viudo o cualquiera de los partícipes podrá pedir al juez y éste acordar la prórroga o reducción del plazo. El inventario extrajudicial deberá formalizarse en escritura pública (cfr. art. 104).

(105) Como dice la SAPH de 28 de octubre de 2003 (RDCA, 2005-2006, marginal 21), el inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas o depósitos bancarios debe procederse, dentro del inventario, a la determinación de su importe, pues ello deviene imprescindible para la determinación del bien. Otra cosa distinta es la valoración de los bienes, cual es el caso de los inmuebles, que a efectos de formación del inventario son identificables, sin necesidad de establecer su valor, siendo ésta una cuestión que debe plantearse en una fase posterior: el avalúo.

Cuando se haya solicitado el inventario y hasta tanto éste se formalice y, en su caso, se constituya la fianza, los partícipes podrán instar del juez la adopción de medidas de aseguramiento respecto de los bienes del patrimonio común (cfr. art. 105).

Cuando el viudo obligado a formalizar inventario no lo concluya dentro del plazo podrá ser requerido por los partícipes para que lo termine. Los disfrutes de viudedad, desde el día del requerimiento y hasta la terminación del inventario del patrimonio común, corresponderán definitivamente a los partícipes nudo propietarios (cfr. art. 106). A falta de derecho de viudedad, los partícipes podrán acudir al juez para que dicte las medidas oportunas (por ejemplo, la formación de inventario judicial), incluida la transformación de la administración de la comunidad en liquidación (cfr. art. 110).

El inventario del artículo 71-4, en cuanto medida cautelar en garantía de una adecuada gestión de la comunidad en liquidación por el cónyuge viudo, no tiene que implicar necesariamente el ejercicio por parte del partícipe solicitante de su derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial (cfr. art. 76). Se puede solicitar inventario como medida cautelar y no pedir todavía el inicio de las operaciones de liquidación y división de la comunidad (106). Cuando se practiquen las operaciones de liquidación y división habrá que actualizar el inventario anterior, pero hasta la adjudicación de los bienes comunes a los partícipes permanece el régimen de gestión del artículo 71.

Por lo demás, aún pedido el inventario con finalidad liquidatoria, no siempre bastará con inventariar inmediatamente después de la disolución, sino que a veces será necesario inventariar también mucho después en el momento de la partición. Porque entre uno y otro momento ha podido pasar mucho tiempo y mientras tanto ha estado vigente la comunidad en liquidación, con sus reglas sobre activo, pasivo y gestión que ya conocemos, de manera que la composición del patrimonio común reflejada en el inventario ha podido modificarse. Será necesario, pues, un nuevo arreglo de cuentas el día de la partición (107).

(106) RAMS ALBESA, en cambio, opina que la norma del artículo 53-3 Comp. debe integrarse también con el artículo 55 y siguientes, de manera que la petición de inventario obliga al administrador a iniciar con los partícipes las operaciones liquidatorias de los artículos 55 y ss. de la Compilación (1993, p. 298).

(107) Como dice para el CC MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 410), la necesidad de introducir alteraciones en el inventario "puede obedecer a diversas causas, tales como la actualización del inventario, que ha de llevar a cabo la persona o personas que vayan a realizar las operaciones liquidatorio-particionales, cuando entre el momento en que se elaboró y aquel en que se lleva a cabo la liquidación y la partición de la comunidad, surgieron nuevas partidas del activo o pasivo o desapareció alguna de las que ya figuraban; también cabe que se omitiera alguna

5. Pluralidad de obligaciones de hacer inventario.

En caso de derecho de viudedad, la obligación de hacer inventario, además de en el supuesto de exceso en la gestión, existirá también en los supuestos del artículo 103 Lrem. Además, el administrador de la herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria tiene obligación de hacer inventario en los términos indicados en el artículo 135 Lsuc., que, en principio, exoneran de esta obligación al cónyuge que sea fiduciario único. Pero cuando el cónyuge viudo no sea el fiduciario o no sea el único, surge la obligación del viudo en cuanto administrador de la fiducia de hacer inventario, obligación que puede no serle exigible por derecho de viudedad o por ser administrador de la comunidad en liquidación.

En caso de viudedad universal, que es el supuesto ordinario, parece que el inventario, tanto si la obligación de hacerlo surge por ser usufructuario, administrador del patrimonio común o administrador de la herencia pendiente de asignación, tiene un contenido muy similar, aunque no necesariamente exacto: el de la viudedad incluirá todos los bienes del premuerto, así como los enajenados en vida sobre los que subsista derecho expectante de viudedad (arts. 101, 103 y 104 Lrem.) (108), y entre los primeros estará su participación en el patrimonio común; el de la comunidad en liquidación incluirá el activo y pasivo del patrimonio consorcial (arts. 79 a 81 Lrem.) y el de la fiducia comprenderá todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión (art. 135 Lsuc.), también, por tanto, la participación consorcial del cónyuge premuerto. La inclusión en el inventario de la fiducia de la participación del premuerto en la comunidad en liquidación exigirá, a su vez, un inventario del activo y pasivo del patrimonio común.

El inventario de la fiducia es más completo que el de la viudedad, al incluir el activo y pasivo hereditario; el de la viudedad sólo incluye el activo, si bien es un activo afecto a la responsabilidad por las cargas y deudas de la herencia, afección que según la naturaleza de la deuda puede primar sobre el derecho de viudedad. Las cargas y deudas que generan la responsabilidad de los bienes comunes o de los privativos del premuerto en perjuicio del derecho de viudedad deberían constar también en el inventario del usufructuario.

por simple olvido o que, por error en cuanto a su carácter o naturaleza, se dejara de incluir o se incluyera otra; por último, es posible que la omisión haya sido provocada dolosamente por uno de los partícipes en la indivisión, caso en el que a la corrección del inventario (en su caso), se unirán otras medidas en relación al omitente”.

(108) BAYOD LÓPEZ (*Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, p. 422) considera que en el inventario se han de incluir todos los bienes, formen o no parte del caudal hereditario, si sobre ellos existe usufructo viudal.

Formalizado inventario por obligación derivada del derecho de viudedad o de la situación de fiducia sucesoria, podrá servir de base para el inventario a realizar como administrador de la comunidad en liquidación, salvo si la viudedad o la fiducia no afectan a todos los bienes comunes; el inventario de la viudedad puede servir para la fiducia, y viceversa, siempre que el realizado cumpla los requisitos de ambas instituciones. En cambio, el inventario del patrimonio común sólo servirá también para la viudedad y la fiducia si el premuerto carecía de bienes privativos, en otro caso será preciso complementarlo con el inventario de estos bienes (109). De manera que algunas veces el inventario será único con doble o triple efecto y otras veces será formalizado sucesivamente para la viudedad o la fiducia y la comunidad en liquidación (110).

6. La responsabilidad del administrador.

En cuanto administrador de un patrimonio en parte ajeno, sobre el que no tiene derecho de usufructo o en la medida en que se excede de lo que es propio de su condición de usufructuario, el cónyuge viudo responde de su gestión ante los partícipes.

Ya hemos visto al tratar de la diligencia y modo de actuar del viudo, que, en cuanto usufructuario, la gestión con negligencia grave o malicia, además de la obligación de reparar el daño causado, es causa de extinción del usufructo de viudedad [art. 119.1,e) Lrem.], porque el cónyuge viudo *debe cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia* (art. 497 CC). Pero además, según el artículo 109 Lrem., basta que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se deriven graves perjuicios para los nudo propietarios para que éstos puedan acudir al juez en solicitud de medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo. Aunque no haya dolo o culpa grave en la gestión,

(109) Como dice LACRUZ, el inventario de los bienes consorciales puede valer para el disfrute de la viudedad (art. 80) cuando no hay bienes privativos del cónyuge premuerto (o unido al de los bienes privativos, si los hay), pues el comprender más bienes de los usufructuados (la mitad del caudal adjudicada en propiedad al cónyuge sobreviviente), no impide que los bienes objeto del usufructo se hallen todos entre los inventariados, y que pueda saberse cuáles son (*Derecho de familia*, I, p. 396, nota 44).

(110) Vid. LORENTE SANZ: BCAZ, número 26, 1967, p. 91. MERINO HERNÁNDEZ se ocupa de la superposición de inventarios derivada de las normas del usufructo de viudedad (art. 80 Comp.) y de las de liquidación del consorcio conyugal (art. 55 Comp.) y llega a la conclusión de que “se trata de dos inventarios diferentes, con orígenes y causas que los determinan, distintos, con operativas en su formalización diferentes y con normas que los regulan perfectamente diferenciadas”, por lo que su confección, cuando coincida que los dos tengan que ser realizados, también deberá ser distinta y diferenciada, sin que quepa englobar un inventario en el otro y redactar uno solo. Lo que no quita —acaba diciendo— para que, en circunstancias normales, uno de ellos pueda servir de base para la realización del otro (1990, pp. 93-95).

si ésta causa graves perjuicios a los nudo propietarios tienen acción para solicitar al juez, además de la correspondiente reparación, los oportunos remedios, que incluyen el cambio del sistema de administración (que puede pasar a ser conjunta o exclusiva de los nudo propietarios o encomendarse a terceros) y la transformación o modificación del usufructo (cfr. art. 520 CC).

En cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad, el cónyuge viudo, según decía la norma aprobada en la CADIC, *deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio gestionado*. Si en el ejercicio de la gestión causa daño al patrimonio común por dolo o culpa grave, los partícipes podrán exigirle que lo repare en un plazo que, por analogía con lo previsto para la administración de los bienes de los hijos y los pupilos, prescribe a los tres años, contados desde que finalice su administración.

La gestión dolosa o gravemente negligente, así como aquélla que sin culpa o negligencia del administrador causa un grave perjuicio o pone en peligro al patrimonio común, será causa para que cualquiera de los partícipes pueda pedir al juez que prive al cónyuge viudo de la administración.

7. La rendición de cuentas de la administración.

Al cesar en la administración, y en cualquier otro momento si hay causa para ello, el cónyuge administrador debe dar cuenta de su gestión a los partícipes, pero, como sabemos, sólo en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. La acción de los partícipes para exigir el cumplimiento de esta obligación, por analogía con lo dispuesto para la rendición de cuentas por los padres (cfr. art. 86-2 de la Ley de Derecho de la persona), prescribirá a los tres años desde que cesó la administración.

Solicitada la rendición de cuentas, deberá realizarse en el plazo de seis meses, contados desde la fecha de la reclamación, plazo que podrá ser prorrogado por la autoridad judicial, con justa causa, por otro período de tres meses como máximo (cfr. art. 85-3 de la Ley de Derecho de la persona).

Una excepción a esta regla general de rendición de cuentas es la prevista en el apartado 5 del artículo 71 (111), del que ahora nos ocupamos. Si se dan sus requisitos, el cónyuge viudo no tendrá que responder de los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división, porque se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.

(111) Lo mismo afirma para la Compilación MERINO HERNÁNDEZ: 1990, p. 67.

VIII. La presunción de aprovechamiento común de los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división

El apartado 5 y último del artículo 71 Lrem. es reproducción literal del artículo 53-4 de la Compilación. Dice así: *Habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio* (112).

1. La presunción en el Derecho histórico.

Como dice LACRUZ y hemos visto en la parte de Derecho histórico, “en el Derecho tradicional la regla era que, no habiéndose hecho inventario de los bienes comunes, lo divisible sería, no lo que existiera al tiempo de disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, sino lo que apareciera al tiempo de hacer la división, jurando el cónyuge sobreviviente que no apartó nada en fraude de los copartícipes (obs. 22 *De iure dotium*)”. Mas la doctrina, a partir de Miguel DEL MOLINO, entendió que, pese al juramento del marido, cabía demostrar la inversión de los bienes desaparecidos al tiempo de la división en atenciones propias, y lo mismo se deduce de la obs. 57 *De iure dotium*: desde luego, no bastaba demostrar la mera existencia de los bienes al tiempo de la muerte para que hubieran de dividirse, sino esa inversión en provecho particular.

“Una vez inventariados los bienes, eran esos los que se partirían, con los aumentos naturales experimentados por ellos” (113).

2. La presunción en la Compilación.

ARREGUI LUCEA, al describir los trabajos del Seminario de la Comisión Compiladora, dice que, establecido el criterio de que el cónyuge viudo es el administrador de la comunidad en liquidación, con independencia de que sea o no usufructuario, el Seminario consideró innecesaria, en un principio, la presunción de que los bienes muebles gastados por el cón-

(112) El texto legal vigente coincide con el aprobado por la CADC, pues no se presentó ninguna enmienda a este apartado. En la sesión de 18 de julio de 2001, la CADC aprobó el texto presentado por la ponencia; dice el Acta de la sesión que “Don José-Antonio Serrano García propone una enmienda de sustitución de la palabra consorcio por comunidad, por entender que la denominación que estamos utilizando para referirnos al régimen legal es la de consorcio y que éste se extingue con la disolución. Don Jesús Delgado Echeverría le contesta que en realidad consorcio es un genérico y que parece preferible mantenerlo por ser el que actualmente utiliza la Compilación. Sometida a votación la enmienda de sustitución no es aprobada, si bien se apunta que, cuando esté redactado todo el articulado convendrá repasarlo para revisar la uniformidad en la terminología empleada”.

(113) LACRUZ: *Derecho de familia*, I, 1974, p. 396, nota 41.

yuge sobreviviente lo habían sido en beneficio de la comunidad. “Mas, abierta amplia discusión sobre el problema, se acordó establecer un sistema favorable al sobreviviente cuando existiesen hijos comunes de su matrimonio, y más riguroso en el supuesto contrario, respondiendo, en este último, de los bienes desaparecidos, y disfrutando en el primero de la presunción establecida por el Derecho histórico”.

Añade que “en la primera propuesta de articulado que se formuló, habíase hecho referencia a tal presunción, indiferenciada, al hablar del contenido del inventario. Mas, por hacer referencia a situaciones anteriores y previas a éste, durante la indivisión que sigue a la disolución, creyóse conveniente fraccionar su concreción legal”.

“Así la presunción a favor del viudo, con hijos comunes del matrimonio disuelto, se extendería a todos los bienes consumidos desde la terminación de la sociedad hasta la división; y la responsabilidad del cónyuge administrador —en caso de muerte o de disolución por cualquiera de las otras causas—, se limitaría a los bienes inventariados que no apareciesen al tiempo de la división, regulándose al tratar de esta última” (114).

El propio ARREGUI aclara poco después que “la presunción tendrá naturaleza *iuris tantum*, sometida, por ende, a la posibilidad de ser destruida por prueba en contrario” (115).

En consecuencia, el artículo 53-4 de la Compilación, actual artículo 71-5 Lrem., hay que ponerlo en relación con el artículo 55-2 Comp., actual letra a) del artículo 80 Lrem. El precepto vigente dice que en el activo del inventario se incluirán, entre otras partidas, *todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes* (116), *así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, todo ello a salvo de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 71 y en el artículo 87.*

(114) ARREGUI LUCEA: *Informe*, 1956 p. 500.

(115) *Informe*, 1956, p. 502.

(116) Esta primera parte de la norma, que en el texto de la Compilación estaba referida exclusivamente al cónyuge sobreviviente, ha sido generalizada por la Lrem. a todo supuesto de comunidad en liquidación. Se presume, por tanto, que los bienes adquiridos por los cónyuges o partícipes entre el cese de la comunidad matrimonial y el momento de formalizar el inventario son comunes, mientras no demuestren lo contrario. Si esta presunción existe en perjuicio del cónyuge viudo usufructuario, con mayor motivo debe existir para los otros partícipes administradores. La presunción carece de sentido respecto de los cónyuges o partícipes que no administren. Además la generalización de la presunción origina su desconexión con la contenida en el artículo 71-5, que sólo se aplica en los casos de disolución por muerte regidos por este artículo. De manera que sin haber presunción de aprovechamiento común de los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división, se presume que todos los bienes y derechos adquiridos por los cónyuges o partícipes durante la comunidad en liquidación son comunes si no se prueba lo contrario.

De manera que, en palabras de ARREGUI LUCEA (117): “En el activo del inventario deberán figurar: 1.º Todos los bienes y derechos que se hallen en el seno de la comunidad en liquidación, en el momento de realizar aquél, presumiéndose *iuris tantum* que aquéllos cuyo carácter privativo no pueda demostrarse son comunes; 2.º Todos los bienes y derechos que se pruebe –no se da aquí, pues, ninguna presunción– existían en el momento de disolverse la sociedad conyugal, y cuya desaparición no pueda justificarse”: en la actualidad, la justificación puede basarse bien en la presunción del artículo 71-5 Lrem. o bien en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 87 Lrem.

Además, en el Anteproyecto del Seminario, así como en los aragoneses, el artículo dedicado a la *división y adjudicación* incluía un tercer apartado, que decía así: *De los bienes inventariados que no aparezcan al tiempo de la división y, en su caso, de los frutos, será responsable el cónyuge administrador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118* (el 53 de la Compilación) (118). Explica ARREGUI LUCEA que, cuando no sea de aplicación la presunción del artículo 53-4, “el cónyuge administrador habrá de probar que los bienes inventariados –no los existentes al tiempo de la disolución– que al tiempo de procederse a la división no aparezcan, han sido invertidos en atenciones exigibles a la extinta comunidad, así como los frutos que, en su caso, hubieren ingresado en la sociedad conyugal. Y en defecto de prueba se estimará que los invirtió en provecho particular, respondiendo de ellos a la otra parte” (119).

En resumen, dice LACRUZ que, en comparación con el Derecho histórico, “el precepto compilado es de alcance mucho más modesto: exige la presencia de hijos comunes y se refiere a bienes consumibles (dinero incluido): a aquellos cuyo gasto deja menor huella. Cabe preguntarse si, habiéndose vendido fincas disuelto el matrimonio, el precio que no aparezca será objeto de la misma presunción que si su cobro fuera anterior al fallecimiento del cónyuge premuerto”.

“A diferencia del Derecho histórico, la presunción dura aquí hasta la división, y no basta el otorgamiento de inventario”. Entiende LACRUZ que ello es así “acaso obedeciendo a lo limitado de la presunción y la posible existencia de gastos familiares desde el inventario hasta las adjudicaciones que no puedan satisfacerse con los productos del usufructo vidual” (120).

(117) *Informe*, 1956, p. 506.

(118) *Vid.* artículos 124 Anteproyecto del Seminario, 128 del de 1962 (que remite al art. 122) y artículo 124 del de 1963 (remite al art. 118). En los Anteproyectos de la CGC, el apartado tercero del artículo sobre división y adjudicación desaparece, pero, en cambio, en el dedicado al inventario se deja a salvo expresamente lo dispuesto en el artículo equivalente al 53-4 de la Compilación.

(119) *Informe*, 1956, p. 522.

(120) LACRUZ: *Derecho de familia*, I, 1974, p. 396, nota 41.

3. Requisitos de la presunción.

La operatividad de la presunción requiere que se den dos requisitos o presupuestos: a) Que sólo haya hijos comunes; b) Que bienes consumibles no aparezcan al tiempo de la división.

Creo, con MERINO HERNÁNDEZ, que la expresión inicial del precepto *habiendo sólo hijos comunes* “está haciendo referencia al supuesto concreto de que al fallecimiento de uno de los cónyuges no existan más partícipes herederos que los hijos comunes del matrimonio”. Como dice el autor citado “el vocablo *sólo* no hace referencia únicamente a una posible diferenciación entre diversas clases de hijos –comunes y no comunes–, sino también a todo otro tipo de causahabientes. Por tanto, esta presunción de la norma será inaplicable tanto en aquellos casos en que, junto con hijos comunes, existan otros de uno solo de los cónyuges (matrimoniales o extramatrimoniales), cuanto en aquellos otros en los que con los hijos comunes compartan derechos sucesorios sobre los bienes de la disuelta sociedad conyugal otras personas distintas, incluso no familiares (p. ej., herederos nombrados por el cónyuge fallecido en la parte de libre disposición de su patrimonio)” (121).

“Habiendo sólo hijos comunes” es cuando únicamente tiene sentido presumir que los bienes consumibles que no aparezcan han sido aprovechados en beneficio del consorcio, es decir, de los hijos comunes y el padre viudo. Incluso cabe interpretar que si con el matrimonio convivían otras personas que continúan viviendo en casa, pero que no son partícipes, no se aplica la presunción.

No habiendo hijos comunes o no habiendo sólo hijos comunes, el cónyuge viudo, en aplicación del apartado 4, viene obligado a justificar la desaparición de los bienes consumibles, tanto de los que se pruebe que existían al cesar la comunidad matrimonial y no aparezcan al tiempo del inventario como de los inventariados que no aparezcan al tiempo de la división.

En segundo lugar, ha de tratarse de bienes consumibles que no aparezcan, es decir, que hayan sido consumidos. El artículo 337 CC explica que a la categoría de cosas consumibles (aunque les llama, erróneamente, “fungibles”) *pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman*. La Ley 237 de la Compilación navarra dice que *son consumibles aquellas cosas de las que no se puede hacer uso apropiado sin consumirlas de hecho o perder su propiedad*. El dinero es bien consumible porque se puede gastar una sola vez (122).

(121) *Comentarios*, 1990, p. 67.

(122) *Vid.*, por todos, LACRUZ: *Elementos*, I-3.º, 1984, pp. 38-39.

Naturalmente, los bienes consumibles de que trata el artículo 71-5 son bienes muebles comunes. Los bienes privativos del viudo, así como los frutos de todos los bienes afectos a su derecho de usufructo de viudedad le pertenecen en propiedad y puede consumirlos sin tener que dar explicaciones a los partícipes en la comunidad. Si por no estar afectos al derecho de usufructo, los frutos de los bienes comunes ingresan en la comunidad y tienen naturaleza de cosas consumibles, les será de aplicación también esta presunción.

Por tanto, si los bienes comunes que no aparecen al tiempo de hacer el inventario o al de la división son cosas no consumibles, el cónyuge viudo administrador de la masa común está obligado a justificar su desaparición.

4. Efectos.

La presunción favorece al cónyuge viudo administrador que se ve eximido, en relación a estos bienes, de su obligación de responder de su gestión y dar cuenta de ella a los partícipes.

Como la presunción dura hasta la división, sus efectos se producen también respecto de los bienes inventariados que se consuman luego. Antes del inventario, para que el cónyuge administrador deba justificar la desaparición de los bienes consumibles, no basta con que los partícipes prueben que existían al tiempo de la disolución de la comunidad matrimonial, han de probar también que no los ha gastado en beneficio del consorcio, sino en atenciones personales o, en su caso, que los ha ocultado [cfr. art. 80-a) Lrem.]. Y hecho el inventario, se sigue presumiendo que los bienes consumibles inventariados que no aparezcan al tiempo de la división han sido aprovechados en beneficio del consorcio. De todos los demás bienes (los no consumibles) inventariados que no aparezcan al tiempo de la división será responsable el cónyuge administrador, quien tendrá que probar que los empleó en interés común, pues en otro caso se entenderá que los invirtió en provecho particular.

Esta presunción, favorable al cónyuge viudo, tiene como contrapartida otra favorable a la comunidad en liquidación: en el momento de formalizar el inventario del patrimonio consorcial se presume que son bienes comunes todos aquéllos que se hallen en poder del cónyuge sobreviviente cuya condición privativa no pueda demostrarse [art. 80-a) Lrem.].

5. Destrucción.

La presunción contenida en el artículo 71-5 es *iuris tantum*, es decir, puede ser destruida por prueba en contrario. La carga de la prueba recae

sobre los hijos comunes, que tendrán que demostrar que los bienes consumibles que no aparezcan en el momento de formalizar el inventario o al tiempo de hacer la división existían y no han sido consumidos, en todo o en parte, en beneficio del consorcio o comunidad en liquidación. También quedará destruida la presunción si prueban que los bienes los ha distraído u ocultado el cónyuge viudo.

“Normalmente –como dice MERINO HERNÁNDEZ–, la cuestión carecerá de importancia práctica cuando se trate de bienes de poco valor y de pequeña cuantía; la cosa puede variar sustancialmente si pensamos en la posibilidad del alto valor que determinados bienes consumibles pueden tener en el mercado en un momento determinado (p. ej., una cosecha cuantiosa de un producto de alta cotización)” (123).

6. Usufructo de dinero y otras cosas consumibles.

La presunción de aprovechamiento común de los bienes consumibles que no aparezcan es propia de un sistema, como el del Derecho histórico, en el que la viudedad está limitada a los bienes inmuebles, de manera que sobre los muebles el viudo no tiene usufructo. La Compilación se redactó pensando que la viudedad legal iba a seguir limitada a los inmuebles, pero al final se introdujo la viudedad legal universal sin tiempo ya para revisar el resto de la regulación.

En la actualidad, al ser la viudedad por ley universal, los frutos de los bienes muebles, como los de los inmuebles, no se hacen comunes, sino que pertenecen al viudo usufructuario, por lo que no responde de ellos ante los partícipes.

También el dinero y las demás cosas consumibles del patrimonio común están afectas al usufructo del cónyuge viudo. La Lrem. ha regulado el usufructo de dinero en el artículo 117, a cuyo tenor: *El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto* (124).

Para las restantes cosas consumibles es aplicable la regulación del artículo 482 CC, según el cual, si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, *el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado,*

(123) 1990, p. 68.

(124) Vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: “El usufructo de dinero (Comentario al art. 117 Lrem.)”, en RDCA, 2001-2002, pp. 227-232.

tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

El viudo usufructuario tiene derecho a disponer en su propio interés del dinero y las otras cosas consumibles en cuanto que son cosas que no se pueden usar sin consumirlas, pero al extinguirse el usufructo ha de restituir el valor actualizado del dinero dispuesto o el importe del avalúo de las cosas, si se dieron estimadas; a falta de avalúo, puede elegir entre el *tantundem* y el valor de las cosas al tiempo de cesar el usufructo.

Estas normas del usufructo de dinero y otras cosas consumibles hay que ponerlas en relación con las propias de la comunidad en liquidación relativas a los bienes consumibles, es decir, con el artículo 71-5 Lrem. Conforme a las primeras, el viudo puede disponer en interés particular de las cosas consumibles, pero ha de restituir al finalizar el usufructo, mientras que en cuanto administrador de la comunidad en liquidación puede disponer del dinero y otras cosas consumibles y se presume que lo ha hecho en beneficio del consorcio, por lo que no responde de su desaparición y nada ha de restituir al consorcio. Las dos regulaciones le permiten disponer, pero una le obliga a restituir y otra no.

En principio, puede parecer que no tiene mucho sentido presumir que un usufructuario va a gastar el dinero y las cosas consumibles en beneficio de los nudo propietarios; pero ese usufructuario, además de cotitular de los bienes usufructuados, es el padre de los nudo propietarios, y está obligado a contribuir al levantamiento de las cargas familiares en la forma ya vista. Si cuando los bienes comunes usufructuados producen frutos ha de destinarlos con preferencia a la satisfacción de las necesidades familiares (cfr. arts. 5 y 71-2 Lrem.), pero, además, si no son suficientes, puede, en cuanto administrador del patrimonio común, disponer de ellos a tal fin (art. 71-2); no produce ningún sobresalto presumir que los bienes consumibles usufructuados han sido gastados por el padre en beneficio de los hijos comunes.

Las normas de la comunidad en liquidación le dan más facultades que las propias del usufructo, al permitirle no sólo disponer de los bienes consumibles, sino hacerlo sin obligación de restituir mientras no se destruya la presunción de que lo ha hecho en beneficio del consorcio formado con los hijos comunes. Y es que, como ya hemos indicado, las facultades del cónyuge viudo como administrador de la comunidad en liquidación, de la que es cotitular, son superiores a las que le puedan corresponder como mero usufructuario de los bienes comunes.

CAPÍTULO IV

GESTIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA DISOLUCIÓN POR OTRAS CAUSAS

I. El artículo 54 de la Compilación

1. Novedad introducida en 1967.

En la redacción de 1967 el artículo 54 de la Compilación, bajo la rúbrica *disolución por otras causas*, decía así: *Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, le corresponderá al único cónyuge inocente o de buena fe. No habiendo cónyuge inocente o siéndolo ambos, el Juez, apreciadas las circunstancias, resolverá sobre la administración (1).*

Como dice ARREGUI LUCEA (2), el artículo 54 Comp. es un precepto nuevo que viene a llenar un vacío del Apéndice y del Derecho histórico respecto a la administración provisional de la comunidad en liquidación en los supuestos en que la disolución se ha producido por causa distinta del fallecimiento de uno de los cónyuges (cfr. art. 52 Comp.) (3).

El Seminario, por fidelidad al principio de libertad de pacto entre cón-

(1) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 119. *Disolución por otras causas. Extinguiéndose la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges, y no habiéndolo ocupará la posición de cónyuge administrador el inocente o de buena fe. Siéndolo ambos o ninguno, el Juez, apreciadas las circunstancias del caso, determinará cómo ha de llevarse la administración.*

En una redacción anterior, el Seminario daba entrada al Consejo de parientes en lugar de al juez: *vid.* ARREGUI LUCEA: 1956, p. 490 de la edición realizada en 1996.

El Anteproyecto aragonés de 1962 (art. 123) cambia, al principio, “extinguiéndose” por “extinguida”, cambio que mantiene el Anteproyecto aragonés de 1963 (art. 119). Sin cambiar el sentido del precepto, la redacción definitiva procede del artículo 53 del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965.

(2) 1956, pp. 502-503.

(3) En 1967, el artículo 52 Comp. regulaba las *causas de disolución de la comunidad conyugal* con el siguiente texto: *La comunidad legal se disolverá:*

1.º *En los supuestos previstos en el artículo 1.417 del Código civil, salvo cuando proceda su continuación con arreglo al Título V del Libro I de esta Compilación.*

2.º *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales.*

El artículo 1.417 CC decía entonces que *la sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo.*

El cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad no tendrá parte en los bienes gananciales.

Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el artículo 1.433.

El artículo 1.433, en la redacción conforme a la Ley de 24 de abril de 1958, decía: *El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge*

yuges que impera en nuestro ordenamiento jurídico, y pese a que en aquellas fechas el marido era el administrador ordinario del consorcio conyugal, consideró el acuerdo de aquéllos como primera fuente normativa en cuanto a la regulación de la administración provisional. En defecto de dicho acuerdo será administrador el cónyuge inocente o de buena fe; y, cuando no sea posible atribuir tales funciones a uno de los esposos, por concurrir dicho carácter en ambos, o no reunir ninguno de ellos las condiciones previstas, resolverá sobre la administración el juez, apreciadas las circunstancias concurrentes (4).

El precepto de 1967 tenía entonces sentido, en la medida en que respondía a unos determinados criterios, entonces vigentes, en materia de disolución de la sociedad conyugal. En particular, en palabras de MERINO HERNÁNDEZ, “era coherente y lógica la llamada al cónyuge inocente o de buena fe, dados los criterios entonces imperantes, especialmente en materia de separación matrimonial, con la posibilidad de que la correspondiente sentencia judicial se pronunciase sobre la buena o mala fe, sobre la inocencia o culpabilidad de alguno de los cónyuges o de ambos; la Compilación «premiaba» en tales casos a aquel de los consortes declarado «inocente o de buena fe», concediéndole la administración de los bienes de la «comunidad posmatrimonial»” (5).

2. La reforma de 1985.

La Ley 3/1985, de 21 de mayo, en coherencia con la reforma experimentada por el Código Civil en 1981, por la Ley de 7 de julio, en mate-

del demandante hubiera sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil, o hubiera sido declarado ausente, o hubiese dado causa a la separación personal.

Para que se decrete la separación, bastará presentar la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge culpable o ausente en cada uno de los tres casos expresados.

Tras la reforma por Ley 3/1985, de 21 de mayo, el artículo 52 Comp. quedó así:

“Sin perjuicio de las causas previstas en esta Compilación [supuestos de graves y reiterados desacuerdos sobre la administración o disposición de los bienes comunes: artículo 49-2 Comp.], la comunidad legal se disolverá:

1.º Por voluntad de ambos cónyuges expresada en instrumento público.

2.º En los supuestos de los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil [vigentes en la actualidad], salvo que, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, proceda la continuación del consorcio con arreglo al título V del libro primero de esta Compilación.”

(4) Inicialmente parece que el Seminario se había inclinado por dar competencias al Consejo de parientes en lugar de al juez. Dice ARREGUI LUCEA (1956, p. 503) que “entre Consejo de parientes y Autoridad judicial, decidióse el Seminario, en sesión de 13 de abril de 1956, por el primer órgano, en atención a su naturaleza y funciones, y al deseo, patente en nuestro derecho regnícola, de evitar en la medida de lo posible intromisiones judiciales en el ámbito de la comunidad familiar”.

(5) 1990, p. 82.

ria de nulidad, separación y divorcio, que redujo notablemente las consecuencias de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, modificó el artículo 54 Comp.

La propuesta de reforma del artículo 54 Comp. ya fue estudiada por la primera Comisión de Juristas de Aragón, sin llegar a aprobar un texto (6). Pero fue la posterior Comisión Asesora sobre el Derecho Civil Aragonés la que propuso un texto (7) que, ligeramente modificado, pasaría al Proyecto de Ley y, finalmente, tras la desestimación de las enmiendas número 57 (formulada por el Partido Aragonés Regionalista, pretendía sustituir la referencia al juez de Primera Instancia por el juez de Distrito) y número 58 (formulada por el Grupo de Alianza Popular, pedía la supresión de la reforma de este precepto para dejarlo con la redacción de 1967), se convertiría en Ley. Con la reforma desaparece del artículo 54 Comp. la alusión a la vidriosa cuestión de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges (8).

El reformado artículo 54 Comp. pasó a tener la siguiente redacción: *Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, resolverá el Juez de Primera Instancia, pudiendo adoptar las medidas necesarias hasta que se efectúe la liquidación.*

II. El artículo 72 de la Lrem

1. Elaboración por la CADC.

La redacción propuesta por la ponencia de la CADC para el artículo equivalente al 54 de la Compilación era la siguiente:

(6) Dice MERINO HERNÁNDEZ que “en la sesión que la Comisión celebró el 8 de febrero de 1982 se suscitó un interesante debate sobre los miembros que deseaban la desaparición del texto legal de toda referencia a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, y los que preferían su mantenimiento, tesis esta última especialmente defendida por el profesor LACRUZ BERDEJO, que en aquella Comisión prosperó, acordándose la no modificación entonces del artículo 54 de la Compilación” (1990, p. 82).

(7) Según MERINO HERNÁNDEZ, la primera redacción fue formulada en la sesión del 26 de septiembre de 1984 (1990, p. 82). RAMS ALBESA cree que “la supresión de la referencia al cónyuge de buena fe en la nulidad matrimonial ha supuesto un exceso de celo en el mimetismo del legislador aragonés respecto del central, por lo demás de mínima trascendencia práctica” (1993, p. 292, nota 19).

(8) *Vid.*, al respecto, MERINO HERNÁNDEZ: “Comentario artículo 54 Comp.”, 1990, pp. 82 y 83.

Disolución por otras causas

Cuando la disolución de la comunidad tenga lugar de forma distinta a la que dispone el artículo anterior, la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento.

La propuesta mantiene la rúbrica de la Compilación, pero cambia la entradilla del artículo porque, como ya hemos visto, hay casos de disolución por muerte en los que no se aplica el artículo 71, sino éste: cuando al producirse la disolución por muerte se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio (9).

En la sesión de la Comisión de 18 de julio de 2001, dice el Acta 126 que “se intercambian algunas opiniones sobre la conveniencia de modificar la rúbrica del artículo, pero parece preferible mantenerla como viene en la ponencia”. Se debate también sobre la entrada del artículo y cómo expresar que se trata de una norma residual, para los casos no regulados en el artículo anterior. Finalmente, se aprueba la siguiente redacción:

Disolución por otras causas

En los demás casos de disolución la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento.

Al hacer el repaso del texto aprobado sobre régimen económico matrimonial legal, dice el Acta 131, correspondiente a la sesión de 26 de septiembre de 2001, que en relación a este artículo “Don Ricardo Giménez Martín dice que sería mejor no aludir a procedimientos. Don Adolfo Calatayud Sierra le contesta que no se pretendía hacer ninguna remisión a un procedimiento concreto que deba establecerse al efecto, sino sencillamente al que dispongan las leyes de procedimiento. La mayoría considera que la alusión no plantea problemas y se deja como está.”

(9) En un primer texto articulado de la ponencia se decía: “Extinguida la comunidad conyugal por causa distinta de la muerte, o por muerte de uno de los cónyuges una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución de la comunidad matrimonial, la administración y disposición de los bienes comunes, si no se han adoptado medidas al respecto en tales procesos, se regularán por acuerdo de los cónyuges o partícipes y, en su defecto, resolverá el Juez de Primera Instancia, pudiendo adoptar las medidas necesarias hasta que se efectúe la liquidación en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

2. La enmienda de Chunta Aragonesista.

La enmienda número 97, del GP Chunta Aragonesista, que fue rechazada, pretendía añadir al final del apartado 1 del entonces artículo 70 (actual art. 71) la frase “en cuyo caso la administración corresponderá al cónyuge viudo y a los partícipes en la forma que pacten y, a falta de pacto, en la forma que fije el Juez a petición de cualquiera de ellos”.

El Grupo enmendante entendía que existía una laguna al no aclararse a quién corresponderá la administración cuando al producirse la disolución por muerte se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio y, por ello, proponía extender la misma solución ya prevista en el artículo siguiente, que a su entender estaba referida sólo a la administración del patrimonio común en los casos de disolución del consorcio por causa distinta de la muerte.

Ciertamente, tanto la rúbrica del artículo 71 (disolución por muerte) como la del artículo 72 (disolución por otras causas) son inexactas, porque el artículo 71 no se aplica a todos los casos de disolución por muerte y el artículo 72 no se aplica sólo a los casos de disolución por otras causas. Pero mientras el artículo 71 introduce expresamente la excepción que reduce la extensión predicada en la rúbrica, el texto del artículo 72 no amplía con suficiente claridad el ámbito de aplicación anunciado por su rúbrica, de ahí la falsa impresión de que, como parece referirse sólo a los casos de disolución por causa distinta de la muerte, hay una laguna para los casos de disolución por muerte no regidos por el artículo 71.

Pero en realidad, como se deduce con claridad de los trabajos de la Comisión, esto no es así, no hay tal laguna. La imprecisión de la rúbrica del artículo 72 existe, pero la salva el texto al decir que es aplicable *en los demás casos de disolución*. Los demás casos de disolución son todos los supuestos de comunidad en liquidación no regidos por el artículo 71; “casos” no equivale a “causas”, sino que comprende, desde luego, todas las causas de disolución distintas de la muerte, pero también los casos de disolución por muerte exceptuados del artículo 71. Seguramente hubiera estado más acertado el legislador si hubiera añadido que el artículo 72 se aplica a los demás casos de disolución *no regidos por el artículo 71*.

3. Ámbito de aplicación: los casos no regulados en el artículo 71 Lrem.

El régimen de gestión previsto en el artículo 72 se aplica, en primer lugar, a las comunidades en liquidación originadas por la disolución del

consorcio conyugal por causa distinta de la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (10). Así que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 y 63, será de aplicación en caso de disolución del consorcio por voluntad de ambos cónyuges, cuando se disuelva el matrimonio por divorcio, cuando sea declarado nulo y cuando judicialmente se conceda la separación de los cónyuges (11) (causas de disolución de pleno derecho), pero también en cualquier caso de conclusión del consorcio conyugal por decisión judicial en base a alguna de las causas del artículo 63 (incapacitación, ausencia, condena por abandono de familia, separación de hecho superior a un año, existir graves o reiterados desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar o incumplir reiteradamente el deber de información recíproca, haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, y lo mismo en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa).

Se aplica también al caso de disolución del consorcio conyugal por la muerte de ambos cónyuges, que es un supuesto en el que, al no haber cónyuge viudo, no es de aplicación el artículo 71 (12).

Según lo que hemos dicho antes, se aplica igualmente en los casos de disolución por muerte cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio. Son casos expresamente exceptuados del régimen del artículo 71 y comprendidos en el inciso inicial del artículo 72. En la mayor parte de los casos de disolución por muerte regidos por el artículo 72 no habrá derecho de viudedad porque éste se extingue por la admisión a trámite de

(10) Para RAMS ALBESA (1993, p. 292, nota 19), el ámbito ordinario de aplicación del artículo 54 de la Compilación “se reducirá a las crisis matrimoniales, así como a las situaciones de ausencia e incapacidad, pues los supuestos de crisis económica del consorcio normalmente se dilucidarán en torno al artículo 49-2.º de la Compilación”. Con más acierto dice en el texto que el artículo 54 Comp. se aplica en todos los supuestos en que no hay reserva legal de la facultad de administrar.

(11) MERINO HERNÁNDEZ dice que en los casos de nulidad, separación y divorcio, la liquidación de la sociedad conyugal es simultánea a su disolución, por lo que no existiendo en circunstancias normales ese período intermedio conocido como “comunidad posmatrimonial”, no parece posible la aplicación del artículo 54 de la Compilación a estos especiales casos de disolución (*vid. Comentarios*, 1990, p. 86).

(12) RDGRN de 16 de octubre de 1986: “Disuelta la sociedad de gananciales por muerte de ambos cónyuges, procede la liquidación de la misma y consiguiente adjudicación, para atribuir a los herederos de cada uno de aquéllos los bienes y derechos singulares que integraban la comunidad; ahora bien, mientras no se proceda a realizar tales operaciones de liquidación y adjudicación, la disposición y administración de los elementos patrimoniales corresponde al conjunto de los herederos de uno y otro cónyuge”.

la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. Y la extinción es definitiva si el proceso finaliza sin sentencia firme estimatoria por la muerte de alguno de los cónyuges (art. 94-2). Tampoco surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento del comitente se encontraran en trámite los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (art. 125-2 Lsuc.).

En cambio, en el supuesto de disolución por muerte encontrándose en trámite el proceso dirigido a la disolución del consorcio conyugal, no hay extinción del derecho de viudedad y surtirá efectos el nombramiento del cónyuge como fiduciario si lo hay; en tal caso, como dice el artículo 74, los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección; así que al cónyuge viudo le corresponderán, por derecho de viudedad, los derechos y obligaciones de todo usufructuario sobre los bienes del premuerto, incluida su participación en el patrimonio común. La administración de estos bienes, propia de un usufructuario, así como los frutos que produzcan, corresponden al cónyuge viudo. En lo que no sea propio del usufructo, la gestión se regirá por lo dispuesto en el artículo 72. También habrá que tener en cuenta, en su caso, los derechos y obligaciones que puedan corresponder al cónyuge viudo como administrador de la herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria (aunque no sea administrador de la comunidad en liquidación, será administrador de la fiducia sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad) y/o como fiduciario.

Por último, en cuanto régimen residual que es, el artículo 72 será de aplicación en todo caso de disolución por muerte desde el momento en que, por cualquier causa, deje de aplicarse a la comunidad en liquidación el régimen del artículo 71 [muerte, incapacitación, ausencia del cónyuge viudo, extinción de su derecho de viudedad por causa no voluntaria (pérdida), decisión judicial a petición de los partícipes, acuerdo entre éstos y el cónyuge viudo].

Por el contrario, el régimen de gestión de la comunidad en liquidación, en los casos no regidos por el artículo 71, no se altera porque una vez iniciado fallezca uno de los cónyuges o ex cónyuges o sea incapacitado o declarado ausente o por otra causa no pueda participar personalmente en la gestión. Mientras no se divida y adjudique el patrimonio común, la gestión corresponde, en primer lugar, a los cónyuges o partícipes, que, en su caso, actuarán por medio de su representante legal, y si fallecen serán sustituidos por sus herederos. En particular, la muerte de uno de los dos cónyuges o ex cónyuges durante la indivisión no hace aplicable el régimen de gestión del artículo 71.

III. Gestión “provisional” de los bienes comunes y medidas “provisionales”

En la actualidad, el Derecho aragonés vigente no dice que la administración y disposición de los bienes comunes de la comunidad en liquidación, en los casos no regidos por el artículo 71 Lrem., sea una administración *provisional*, como hacía el artículo 54 Comp., que, tras la reforma de 1985, insistía en la idea de la provisionalidad al decir que el juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, puede adoptar las medidas necesarias *hasta que se efectúe la liquidación*.

Más que la administración de los bienes comunes, lo que es provisional es la propia comunidad que continúa tras la disolución, que es una comunidad en liquidación que termina en el momento en que se divide y adjudica su patrimonio a los partícipes. La provisionalidad es un presupuesto esencial de la comunidad en liquidación que está previsto en el primero de los artículos a ella dedicados (art. 68 Lrem.), también en los artículos 71-1 y 73 Lrem., y que no era necesario reiterar una vez más en el artículo 72 Lrem.

En todo caso, la gestión “provisional” de los bienes comunes, tanto la del artículo 71 Lrem. como la del 72 Lrem., requiere para poder comenzar que la comunidad matrimonial ya se haya disuelto y sólo dura mientras existe la comunidad que continúa tras la disolución de aquélla. Con decir que se trata de la gestión de la comunidad en liquidación ya se sabe que es algo provisional, porque ésta sólo durará el tiempo que se tarda en hacer la liquidación, división y adjudicación de los bienes comunes a los partícipes.

Esta gestión “provisional” que requiere la existencia de una comunidad en liquidación y, por tanto, la previa disolución del consorcio conyugal, no debe ser confundida con las medidas “provisionales” que sobre administración y disposición de los bienes comunes pueden adoptarse durante la tramitación de los procesos de nulidad, separación o divorcio (13) o de solicitud de disolución del consorcio conyugal, a las que se refiere el artículo 64 Lrem. (o 1.394 CC) y de las que ya nos hemos ocupado en otro lugar. Estas medidas provisionales son previas a la resolución judicial que, en su caso, pondrá fin a la comunidad matrimonial y dará comienzo a la comunidad en liquidación (salvo que en la propia resolución se contenga ya la liquidación, división y adjudicación de los bienes comunes, lo cual es poco frecuente). Y estas medidas son provisionales porque sólo se aplican mientras dura el proceso, que puede terminar estimando

(13) MERINO HERNÁNDEZ sólo distingue entre administración provisional y medidas provisionales en los casos de nulidad, separación y divorcio (1990, pp. 85-86).

o desestimando lo pedido en la demanda o escrito de iniciación. Si se estima lo pedido, se producirá la disolución del consorcio y las medidas provisionales en los casos de nulidad, separación y divorcio serán sustituidas por las definitivas (14).

En los casos de nulidad, separación o divorcio, las medidas definitivas, que pueden coincidir con las provisionales y, como éstas, ser fruto o no del acuerdo de las partes, son definitivas en cuanto el proceso que ha determinado la disolución del consorcio conyugal ya ha terminado, pero pueden modificarse si cambian las circunstancias y, en todo caso, como son medidas de gestión de una comunidad en liquidación, sólo duran lo que dure ésta (15). Si en la sentencia firme no se contiene un pronunciamiento expreso sobre la administración, debe entenderse que las medidas acordadas provisionalmente durante el procedimiento, de acuerdo con el artículo 103-4.^a CC, se prorrogan hasta la liquidación o, por lo menos, hasta que, a petición de parte interesada, el juez provea sobre la administración y custodia en el procedimiento correspondiente (16). De manera que el régimen normal de la comunidad posconsorcial puede venir alterado por las medidas definitivas decretadas por el juez, sobre todo en lo relativo al uso de la vivienda familiar (17).

(14) El artículo 91 CC se refiere a que en la sentencia determinará el juez, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que deben sustituir a las que se adoptaron con anterioridad en relación con la liquidación del régimen económico, pero resulta que, como dice MONTERO AROCA (2003, p. 78), en los artículos siguientes no existe norma alguna relativa a la administración de los bienes comunes. Por ello, si hay pronunciamiento expreso en la sentencia sobre la administración de los bienes comunes, a ese pronunciamiento debe estarse.

(15) La STSJA de 23 de marzo de 1993 (RDCA, 1995, marginal 10) indica que “no es correcta la presunción de que la no efectividad de las medidas provisionales acordadas en su momento, en los juicios de separación, sobre la administración del caudal consorcial, sean atribuibles exclusivamente a la esposa, o suponga negligencia en sus posibles facultades de administración, pues en dicho tema ambos cónyuges tenían interés y legitimación para promover la efectividad de tales medidas, con independencia de las obligaciones que de oficio puedan estar atribuidas al órgano judicial”.

Vid. MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, pp. 171-172.

(16) MONTERO AROCA: 2003, p. 82; AGUILAR RUIZ: 2004, p. 513.

En opinión de MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 170), “tales medidas de administración, que regirán desde la disolución de la sociedad como consecuencia de la sentencia de separación hasta la efectiva liquidación, podrán ser dictadas por el Juez cuando lo crea conveniente o a instancia de parte o del Ministerio fiscal si existieran hijos menores. De todos modos, la liquidación se realizará en su momento, de acuerdo con las normas generales establecidas en el Código Civil (arts. 1.396 y ss.)”. Añade que “todas estas medidas, así como las adoptadas por los cónyuges en el convenio o acuerdo correspondiente, pueden ser objeto de garantías o cauteles, reales o personales, según disponen los artículos 90, último párrafo, y 91 CC, y en ambos casos pueden estar destinadas a asegurar el cumplimiento de lo decidido respecto a la liquidación, tales como: la constitución en depósito de determinado bien ganancial, la formación de inventario, la entrega de bienes en administración, prohibición de disposición de fondos depositados en bancos o cajas de ahorro, etc.”.

(17) MONTERO AROCA: 2003, p. 78.

IV. La gestión conforme a lo acordado

Si en la sentencia no hay pronunciamiento expreso sobre la administración y tampoco se produjo el mismo en las medidas provisionales, habrá de estarse a las normas aplicables a la gestión de la comunidad posconsorcial, que regirán también, en su caso, como complemento de lo dispuesto en la sentencia.

La gestión del patrimonio común corresponde a los cónyuges o partícipes, conjuntamente o por separado, en la forma que pacten (cfr. arts. 45-1 y 47 Lrem.). El ejercicio de la gestión se rige, en primer lugar, por lo acordado por los titulares de la gestión y, en su defecto, por lo dispuesto por el juez (art. 72 Lrem.).

Por fidelidad al principio de libertad de pacto entre los cónyuges que impera en nuestro ordenamiento jurídico, se considera el acuerdo de éstos o los partícipes como primera fuente normativa en cuanto a la regulación de la administración provisional en estas situaciones de indivisión previa a la liquidación. La prioridad de lo pactado es también la regla general de la gestión de los bienes comunes durante el consorcio conyugal (cfr. arts. 3 y 47 Lrem.).

Pero los acuerdos de gestión de los bienes comunes durante el consorcio conyugal, "cualquiera que sea su tipo y su alcance, incluso los capitulares, no tienen prolongación a esta distinta situación necesariamente estática de la masa común dividenda y que a falta de regulación autónoma tendrá que regirse por las reglas de la comunidad sucesoria, las de la sociedad y las de la copropiedad que a esta indivisión provisional resulten analógicamente aplicables" (18).

De manera que tampoco las normas de la Lrem. que permiten la actuación por separado, indistinta o disjunta, de uno de los cónyuges durante el consorcio conyugal (cfr. arts. 48, 49 y 50 Lrem.) son de aplicación en esta nueva situación. Ya hemos visto que, como regla general, en la comunidad posconsorcial dejan de regir, también en cuanto a la administración y disposición, las normas propias del consorcio conyugal.

Extinguida la comunidad matrimonial, los cónyuges o ex cónyuges, o el sobreviviente y los herederos del otro, o los herederos de ambos, son libres para acordar, tanto extrajudicialmente como dentro del correspondiente procedimiento, la administración y disposición de los bienes comunes como crean conveniente.

En caso de incapacitación o ausencia de un cónyuge ocuparán su lugar en la gestión de la comunidad en liquidación sus representantes legales.

(18) RAMS ALBESA: 1993, p. 292.

El otro cónyuge y el representante de éste, cuando no lo sea él mismo, podrán alcanzar acuerdos sobre la gestión (19). En la disolución por el concurso de acreedores de uno de los cónyuges pienso que no cabe negar, mientras se tramita la liquidación y división, la posibilidad de que las reglas de gestión puedan ser acordadas entre el cónyuge no concursado y quienes ahora administran los bienes del concursado (20); con más claridad cabe el acuerdo entre los cónyuges en la disolución por ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge: producida la disolución, la liquidación y división puede hacerse extrajudicialmente por acuerdo entre las partes e incluso, en la liquidación judicial, lo primero que se busca es conseguir el acuerdo de los cónyuges.

El acuerdo de los cónyuges o partícipes es teóricamente posible en todos los casos de disolución que se hallan dentro del ámbito de aplicación del artículo 72; sin embargo, el acuerdo será mucho más difícil en la práctica cuando entre los cónyuges o partícipes hay conflicto o controversia previamente: condena por abandono de familia, separación de hecho superior a un año (que, no obstante, puede ser amistosa), desacuerdos sobre la gestión, incumplimiento del deber de información recíproca (21). Si la conflictividad o falta de entendimiento entre los cónyuges o partícipes hace imposible el acuerdo sobre la gestión, habrá que estar a lo que resuelva el juez.

Los cónyuges o partícipes pueden establecer mandatos y otorgarse poderes; pueden nombrar administrador a un tercero, pero, si están de acuerdo, puede serlo uno de ellos. El encargo de la administración a uno de ellos puede ser expreso o tácito (22).

(19) Lo niega MERINO HERNÁNDEZ (1990, pp. 86-87), para quien lo normal será que el propio juez que acceda a la disolución de la sociedad conyugal resuelva también sobre esa administración provisional, e incluso disponga lo concerniente en orden a la liquidación, por lo que ni siquiera será posible ese período intermedio entre la disolución y la efectiva liquidación (de modo similar a lo que se decía para los supuestos de nulidad, separación y divorcio).

(20) MERINO HERNÁNDEZ niega que haya posibilidad de acuerdo entre los cónyuges por consecuencia de la normativa especial que rige en esta materia (1990, pp. 87-88).

A salvo las medidas provisionales que hasta la finalización de la liquidación y división de la comunidad posconsorcial hayan podido acordarse en el procedimiento concursal, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 40 LC, con arreglo al cual entre los efectos de la declaración de concurso del deudor se consigna la intervención (si es concurso voluntario) de las facultades de administración y disposición que le correspondan en la sociedad conyugal, o la suspensión (si es concurso necesario) de las mismas. Es la administración concursal la que interviene en la gestión de la sociedad de gananciales, mediante su autorización o conformidad a los actos del deudor (concurso voluntario), o sustituyendo a éste en el ejercicio de los actos de administración y disposición (*vid.* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 192).

(21) Cfr. MERINO HERNÁNDEZ: 1990, pp. 88-89.

(22) Dice RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 112; 2000, p. 2532), para el Código Civil, que “con frecuencia, cuando se presenta el supuesto, es el cónyuge supérstite quien recibe tácitamente el

RIVERA FERNÁNDEZ (23) entiende, para el Código Civil, que la remisión a las normas de la comunidad hereditaria permite la aplicación analógica del artículo 1.057 CC, lo que posibilitaría que, previa petición de los partícipes que representen, al menos, el 50 por 100 de intereses en el patrimonio posganancial, y con citación del otro interesado, se nombre un contador-partidor dativo según las reglas de la LEC para la designación de peritos (24). El problema está en que, al ser dos participaciones normalmente igualitarias, la mayoría equivale a la unanimidad, por lo que, si ésta falta, no queda más remedio que recurrir al órgano judicial, bien para que resuelva la situación de bloqueo, bien para nombrar un administrador que la solucione.

Un cónyuge o partícipe no tendrá con relación al otro una especial habilitación para administrar el patrimonio común por separado, “salvo que por pacto se acuerde expresamente y se le provea de poder bastante para ello; la posición del administrador de hecho, difícilmente evitable en algún momento del *iter* solutorio del consorcio, no es otra que la de un mandatario con mandato tácito o la de un gestor de negocios sin mandato, para los actos de administración urgente, la que es propia de un comunero” (25).

La regulación de los mandatos entre cónyuges, aun la norma general del artículo 9 Lrem., parece pensada exclusivamente para la situación de cónyuges convivientes que mantienen la confianza el uno en el otro, situación que no se dará con frecuencia durante el tiempo de comunidad en liquidación, aunque no cabe descartar algún supuesto.

En su caso, el acuerdo podrá formar parte del convenio regulador.

El cónyuge o partícipe que haya administrado responderá de su gestión y dará cuenta de ella al otro partícipe, como en los casos regidos por el artículo 71 (26). En el caso de disolución por muerte regida por el ar-

encargo del resto de los partícipes de administrar el patrimonio posganancial”. Para el régimen anterior a la reforma de 1981, Cossío: 1963, p. 251.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 196) señalan que “la administración de la sociedad de gananciales disuelta plantea arduos problemas que han de resolverse aplicando los criterios relativos a la administración de la comunidad hereditaria. Lo que quiere decir que si todos los interesados nombran un administrador o tácitamente consienten en que uno administre, el designado tendrá las facultades de administración, y que en los demás casos habrá que acudir al régimen de las mayorías (art. 398)”.

(23) 1997, pp. 113-114; 2000, p. 2532.

(24) GONZÁLEZ ACEBES (1992, pp. 1188-1189), en cambio, aboga por la aplicación del artículo 1.026 CC.

(25) RAMS ALBESA: 1993, p. 293; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 112.

(26) Dice la STSJA de 23 de marzo de 1993 (RDCA, 1995, marginal 10) que “lo que ha de afirmarse es que quien ha mantenido la administración de los bienes del consorcio después de su extinción [por sentencia de separación judicial] tendrá que rendir cuentas de su labor, lo que incluirá evidentemente la formación de nuevo inventario si se hiciese preciso, como obligación genérica de toda persona que administra bienes total o parcialmente ajenos”.

título 72, cuando el cónyuge viudo tenga derecho de viudedad sólo deberá responder y dar cuentas de su gestión en cuanto exceda de las facultades que le corresponden en virtud del usufructo de viudedad. Sirve lo ya comentado para el artículo 71-4.

V. La gestión subsidiaria dispuesta por el juez

En los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, el tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad (art. 774-3 LEC); en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad sobre disolución del régimen económico, estableciendo las que procedan si no se hubiera adoptado ninguna (art. 774-4 LEC).

En los casos de disolución por decisión judicial en los que no se hayan adoptado medidas definitivas sobre la gestión de los bienes comunes, así como en los de disolución por muerte o declaración de fallecimiento o por voluntad de ambos cónyuges, cuando los cónyuges o partícipes no alcancen un acuerdo sobre la administración y disposición de los bienes comunes, cualquiera de ellos podrá solicitar al juez, por el procedimiento de los artículos 806 y ss. de la LEC, la formación de inventario y que se resuelva lo que proceda sobre la gestión de los bienes incluidos en él.

El contenido de las medidas que sobre la administración y disposición de los bienes comunes puede adoptar el juez, a petición de parte, es el mismo que hemos visto con motivo de las medidas provisionales.

Aunque ya no se trate de medidas provisionales, tiene sentido también en esta fase la previsión del artículo 64 Lrem.: “en defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria”.

El defecto de acuerdo que permite a cualquiera de los cónyuges o partícipes acudir al juez es el que recae sobre la administración y disposición de los bienes comunes, no los desacuerdos sobre actos concretos de gestión, a menos que quepa entender que, según lo pactado o dispuesto en la ley, existe un derecho de un partícipe a realizar el acto y el otro se oponga a ello injustificadamente. Puede ser el caso de la solicitud de un anticipo de bienes comunes en concepto de alimentos, que luego veremos. En estos supuestos, si no se desea iniciar el procedimiento judicial para la liquidación de la comunidad posconsorcial, el recurso al juez tendría que ser, a falta de otros cauces, por la vía de la jurisdicción voluntaria de la DT 10-2.º de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

VI. Régimen supletorio de la gestión

1. Consideraciones generales.

A) *Titularidad conjunta.*

Con independencia de las modalidades de gestión que puedan acordar, el dato inicial decisivo es que la administración y disposición de los bienes de la comunidad posconsorcial deja de regirse por las normas propias del consorcio conyugal y corresponde ahora conjuntamente a todos los partícipes, así como la posesión de los bienes que la componen (27). La titularidad de la gestión corresponde, a diferencia de en los casos comprendidos en el artículo 71 Lrem., a todos los partícipes.

En la comunidad posganancial “la administración y disposición corresponde al conjunto de todos sus titulares” (28) en todo caso, es decir, también en el de disolución por muerte. Así que, como dice la STS de 23 de enero de 2003 (29), también en el supuesto de la disolución por muerte de uno de los esposos, el patrimonio de la sociedad de gananciales queda en situación de comunidad ordinaria, siendo titulares de la misma el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, poniéndose todos los bienes integrantes de la comunidad ganancial en estado de liquidación, y mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos y singulares han de hacerse por todos los interesados, resultando de aplicación lo dispuesto en los artículos 397, 399 CC. La administración se rige por lo dispuesto en el artículo 398 CC.

B) *Ausencia de economía familiar.*

Además cada cónyuge (o sus herederos) tiene la gestión de sus bienes propios, pero ahora ya, salvo si existe entre ellos una nueva comunidad conyugal, no están obligados a gestionarlos con la debida diligencia y teniendo en cuenta el interés de la familia (cfr. art. 45-2 Lrem.), ni los cónyuges o partícipes deben informarse recíprocamente sobre la gestión de sus patrimonios privativos, ni sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan (cfr. art. 45-3 Lrem.). Como dice RAMS ALBESA para el artículo 54 Comp., en la mayoría de los casos subsumibles

(27) RAMS ALBESA, 1993, p. 292. Dice LACRUZ (2005, p. 248) que “los bienes se administran en común, lo cual lleva consigo la coposesión de las cosas comunes, y, por tanto, si la posesión inmediata era individual de un esposo, parece que debe comunicarse ahora a la otra parte”.

(28) RDGRN de 22 de mayo de 1986; *vid.* en el mismo sentido Rs. DGRN de 28 de febrero de 1992, 9 de octubre de 1998, 10 de octubre de 1998.

(29) Que, en relación a la disposición de bienes posgananciales, cita lo declarado en las SSTS de 8 de marzo de 1965, 10 de diciembre de 1966 y 25 de junio de 1995.

en él, “la noción esencial de «economía familiar» ha dejado de operar por lo que los cónyuges, o excepcionalmente los partícipes herederos, no tendrán que subordinar la administración y disposición de los bienes privativos a los intereses más amplios del consorcio, como ocurría en plena vigencia de éste; recobran la administración y posesión de aquellos bienes que por acuerdos internos quedaban bajo el control gestorio del cónyuge no propietario de los mismos y harán suyos los frutos que les reporten atendidas las cargas de producción” (30).

Sólo en el supuesto de cónyuges que siguen conviviendo, pero han acordado disolver su consorcio conyugal para cambiarlo por otro régimen o para empezar una nueva comunidad matrimonial, pero que de momento mantienen la indivisión de los bienes comunes, podrá seguir hablándose de “economía familiar”.

2. Derecho a solicitar un anticipo de bienes comunes para alimentos: el artículo 1.408 CC.

Las cargas matrimoniales, si subsiste el matrimonio, se cubrirán conforme al régimen económico matrimonial adoptado, incluida la masa dividenda de la anterior comunidad conyugal, que será tratada como un bien particular de los cónyuges en proindiviso ordinario; si la disolución obedece a una ruptura matrimonial, la masa dividenda soportará las cargas alimenticias ordinarias, si bien habrá que estar a las medidas dictadas por el juez en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, o a los acuerdos vinculantes de los cónyuges (31).

En el Código Civil, y en Aragón si no existe el usufructo de viudedad, los frutos de los bienes indivisos entran en la masa partible y, en principio, no pueden dividirse antes de pagar a los acreedores comunes. De manera que la necesidad de una liquidación larga y complicada puede impedir a los partícipes, si no se ponen de acuerdo, disponer por mucho tiempo de los frutos, que, tal vez, eran su único medio de vida. Los frutos y el patrimonio que los produce son bienes de propiedad de los partícipes y que ellos gestionan, por lo que pueden tenerlos en cuenta para la satisfacción de sus atenciones y necesidades personales. Pero como la gestión del patrimonio común es conjunta, es bueno que exista una norma que regule el derecho de los partícipes a recibir alimentos del patrimonio común con cargo a su participación en él (32).

(30) 1993, p. 293.

(31) RAMS ALBESA: 1993, p. 288.

(32) MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 392) hace un planteamiento similar: Desde la disolución hasta la partición, los bienes comunes siguen produciendo frutos y rentas igual que antes. Dichos frutos y rentas son también comunes e ingresan en la comunidad porque el legislador ha hecho

Con acierto ha señalado el AAP Zaragoza de 14 de febrero de 2001 (33) que el Código Civil y el legislador aragonés (arts. 1.408 CC y 53 Comp., actual art. 71 Lrem.) han tenido presente que la estaticidad que se produce en el patrimonio conyugal durante la liquidación no puede privar a los cónyuges de los medios de vida que se obtendrían normalmente de ese patrimonio común. Esa regulación ilustra la posición del legislador en orden, no ya a la posibilidad, sino necesidad, de que los cónyuges, pendiente la liquidación, puedan, no obstante la misma, nutrirse del patrimonio en liquidación para atender sus, en términos legales, alimentos, siquiera luego prevenga (sólo el art. 1.408 CC) la compensación con los frutos y rentas y la minoración de su haber en cuanto excedan de aquéllos. La justificación de la medida no es la necesidad, sino evitar los perjuicios que se pueden derivar de la excesiva duración o prolongación temporal del proceso liquidatorio.

Del artículo 71-2 Lrem. ya nos hemos ocupado antes, veamos ahora lo que dice el artículo 1.408 CC. Las soluciones que de él extrae la doctrina son perfectamente trasladables al Derecho aragonés y, en parte, están ya implícitas en el texto del artículo 72 Lrem. El empleo de bienes comunes para satisfacer las necesidades de los partícipes es un acto de disposición que requiere el acuerdo de los cónyuges o partícipes y, en su defecto, corresponde al juez decidir lo procedente. Lo que añade el artículo 1.408 CC es el derecho de los partícipes a solicitar del patrimonio común un anticipo para alimentos con cargo a su participación en él.

El artículo 1.408 CC dice así: *De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste, en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas* (34). Una apli-

prevaler sobre el interés de los partícipes en la indivisión el de los acreedores. Pero el interés superior de los acreedores está excepcionado por el artículo 1.408 CC al permitir a los partícipes realizar detracciones relativas a alimentos.

(33) RDCA, 2003-2004, marginal 31. Para MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 392-393), "la posibilidad de distraer alimentos de la masa común, se debe a que el legislador ha querido que aquellas personas que veían satisfechas tales necesidades con el patrimonio ganancial antes de la disolución, sigan gozando de tal prerrogativa, sin tener que acudir a su patrimonio propio o exclusivo, lo cual se encuentra mucho más justificado aún si pensamos que muchas veces los cónyuges no tendrán más bienes que los comunes".

(34) Se ha dicho que este precepto, que reproduce, con alguna modificación, el antiguo artículo 1.430 CC, no tiene parangón en el Derecho comparado. MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 394-395), sin embargo, ha encontrado un gran parecido, al menos en su contenido, entre este artículo, y más aún entre el derogado artículo 1.430 (que se refiere al viudo y los hijos únicamente), y el artículo 1.481 del CC francés, si bien la doctrina española suele relacionar este último con el artículo 1.321 de nuestro Código.

La única variación introducida por la reforma de 1981 fue la inclusión como beneficiarios del derecho previsto en el artículo 1.408 a los dos cónyuges en el supuesto de disolución del

cación concreta de la misma idea contiene, por el momento, el artículo 964 CC para la viuda encinta (35).

La facultad de tomar alimentos de la masa común es una consecuencia o efecto que deriva de la situación de indivisión que se produce desde el momento de la disolución del régimen hasta que la liquidación quede perfeccionada y firme (36); se trata de un derecho de los partícipes en la comunidad posganancial (los cónyuges, ex cónyuges o, en su caso, el sobreviviente y los partícipes herederos del premuerto) (37), que se funda

régimen económico matrimonial constante matrimonio y, a través del cambio de “sus” por “los”, no sólo a los hijos del cónyuge superviviente, sino también a posibles hijos del difunto que no fueran comunes a los cónyuges (GONZÁLEZ ACEBES: 1992, p. 1198).

(35) La doctrina entiende que los alimentos a que se refiere el artículo 1.408 son compatibles con los que procedan ex artículo 964 CC. *Vid.*, por todos, MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, pp. 402 y ss. La disposición final primera del Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (BOCG-Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, de 27 de octubre de 2006, núm. 109-1) deja sin contenido los artículos 959 a 967 CC.

Un supuesto en cierto modo parecido era el previsto en el artículo 1.100 LEC de 1881 (*A instancia de los interesados, el Juez podrá mandar que, de los productos de la administración, se entreguen por vía de alimentos a los herederos y legatarios y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que, respectivamente, pueda corresponderles como renta líquida de los bienes a que tengan derecho./ El Juez fijará la cantidad y los plazos en que el administrador haya de hacer la entrega*), que también se entendía que era compatible con los alimentos del 1.408 CC (SSTS de 24 de junio de 1898, 30 de enero de 1907, 7 de julio de 1948; en la doctrina, por todos, MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, pp. 403-405). La LEC de 2000 no contiene una norma como la del derogado artículo 1.100. Esta autora estudia, y resuelve a favor de la compatibilidad, la relación entre el antiguo artículo 1.430 CC y las dos opciones que, antes de la reforma de 1981, concedía el artículo 1.379 a la viuda que hubiese aportado dote a su matrimonio y, tras su disolución por muerte de su marido, no le fuera restituida: tenía el derecho de optar entre que en el plazo de un año le fueran entregados los frutos o intereses de la dote, o que, durante el mismo tiempo, se le dieran alimentos con cargo a la herencia de su esposo, como contrapartida a la retención de la dote por los herederos de éste. Estima que ambos derechos eran compatibles con el resultante del antiguo artículo 1.430 (*vid.* pp. 405-406).

(36) Como, con más precisión que la actual expresión “mientras no se haga la liquidación”, decía el antiguo artículo 1.340 CC. Indica MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 400, nota 228) que el derecho perdura “incluso aunque el viudo haya impugnado las operaciones particionales, no siendo firme la partición”. Cita dos SSTS de 7 de julio de 1948 y una de 11 de octubre de 1955.

(37) En la redacción original, el entonces artículo 1.430 se refería al “cónyuge superviviente y a sus hijos”; desde 1981 el ahora artículo 1.408 habla de alimentos al cónyuge sobreviviente “y a los hijos”. Para MERINO HERNÁNDEZ, el cambio está relacionado con la transformación habida en materia de alimentos en el artículo 1.362 CC e implica que el cónyuge viudo “podrá y deberá detraer alimentos en beneficio no sólo de sus propios hijos y de los comunes de su disuelto matrimonio, sino también de los propios del cónyuge premuerto cuando convivieran con el matrimonio” (1990, pp. 68-69).

Observa DE LOS MOZOS (1999, pp. 658-659), en cambio, que con esta pequeña variación, es posible que no se vea tan claro como antes el alcance del precepto, porque cuando se refiere a *hijos*, no parece que puedan quedar comprendidos dentro del mismo otros herederos, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que se trata de un derecho de los copartícipes en la comu-

en la propiedad que corresponde a cada partícipe sobre su cuota, que es la que soportará las deducciones que se hagan por razón de alimentos (38). No representa, por tanto, un supuesto de obligación de la masa común, sino un derecho a percibir anticipos a cuenta de la participación consorcial (39).

nidad posganancial, de la que aquéllos forman parte, pero no otros (como los hijos de los hijos, es decir, los nietos).

Aunque el Código se refiere a los “hijos”, dice con toda lógica MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, IX, p. 628) que “no encontramos razón bastante para limitar el derecho a los hijos, cuando en todo caso se trata de un adelanto de renta, deducible después en el respectivo haber de cada interesado. Es posible, sin embargo, que ateniéndose sólo a la letra del artículo, y a la mayor necesidad que del precepto puede existir con relación a los hijos, se decida la jurisprudencia por una solución distinta”. En el mismo sentido, RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 90; 2000, p. 2568).

Desde luego, como indica DE LOS MOZOS (1999, pp. 659 y 661), la norma no comprende a los herederos del premuerto que no sean partícipes en la comunidad posganancial. Destinatarios del precepto son los copartícipes en la indivisión, sin que se pueda extender a otras personas, cualquiera que fuere su relación con ellos.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, p. 236) dice que “del precepto que comentamos, y dado el carácter de anticipo a cuenta que tienen los alimentos a que se refiere aquél, se infiere que los hijos sólo tendrán derecho de alimentos cuando sean herederos del cónyuge fallecido, y no lo tendrán los hijos sólo del sobreviviente”.

En cambio, otro sector doctrinal no cree que la palabra “hijos” incluya también a los herederos de la participación del premuerto. Así, MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 394) y los autores que cita.

(38) MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 392-393), que sigue lo manifestado, entre otros, por Díez-PICAZO y GULLÓN, GARCÍA URBANO y Vicente DÍAZ. En el mismo sentido, RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 88; SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 234.

En el anterior régimen, este fundamento era todavía más claro porque, como decía MANRESA (1930, p. 1084), en la masa común están comprendidos los capitales privativos; mientras dura la liquidación, los partícipes están privados de su capital y por ello “nada más lógico que esos frutos se destinen a la alimentación de los que han de ser y son propietarios de los bienes, y todo lo tienen mezclado y confundido en ese período anormal, necesario y transitorio”. En este mismo sentido, LACRUZ (1963, p. 570) entiende este derecho como pago de intereses a cargo de la masa por contener en ella valores privativos que no pueden restituirse inmediatamente.

(39) Como afirma la STS de 2 de diciembre de 1997. En la doctrina, PEÑA: 1989, p. 304; Vicente DÍAZ: 1989, p. 2549; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 90.

REYES MONTERREAL, J. M. (*El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962, p. 537), refiriéndose al antiguo artículo 1.430 CC, precedente del actual artículo 1.408, consideró que el derecho de alimentos en él contenido era un supuesto de obligación de la masa común, nacida una vez disuelta la sociedad de gananciales, concluyendo que, como tal, había de comprenderse en el pasivo. Sin embargo, MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 393) llega a la conclusión de que esto no es así, “desde el momento en que el artículo 1.408 establece que los alimentos se deducirán del haber que corresponda al alimentista, lo cual significa que no estamos ante ninguna baja del caudal a repartir, ni ante ninguna deuda de la sociedad, de lo que se deriva la consecuencia fundamental en estos momentos para nosotros, que es que este derecho de alimentos no podrá incluirse en el pasivo como deuda de la comunidad posganancial”. Añade en la página 395: “Pues bien, puesto que este derecho no puede configurarse como carga de la masa común, no puede ser más que un derecho a percibir anticipos a cuenta de la adjudicación que se hará al titular o titulares de una de las cuotas de aquélla”.

El derecho es personalísimo, pudiendo ser ejercitado en cualquier momento del período de liquidación (40) en que un partícipe lo necesite para satisfacer las necesidades de sustento y mantenimiento a su cargo (41). El obligado a entregar los alimentos será quien ostente la administración del patrimonio en liquidación: los mismos cónyuges o partícipes o un tercero designado por ellos o por el juez a tal efecto (42).

Aunque el artículo 1.408 habla de “alimentos”, la doctrina mayoritaria entiende que no es un típico derecho de “alimentos entre parientes”, cuyas reglas, en principio, no le son aplicables, como precisó la STS de 28 de mayo de 1896. Y no sólo porque los alimentos del artículo 1.408 no presuponen estado de necesidad en el alimentista (43), sino, sobre todo, como pone de relieve la STS de 26 de enero de 1961 (44), por la diferencia que media entre la percepción de alimentos por cuenta de un tercero y sin obligación de resarcirlos, y los que, sin consideración a la necesidad del alimentista, ni existencia de un concreto obligado, se obtienen del

(40) Como dice MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 400), “para que la pensión de alimentos sea entregada, es necesaria la solicitud del beneficiario, pues depende de su sola voluntad, si bien cabe que la realice su representante legal o voluntario. Creemos que es un derecho personalísimo, relacionado íntimamente con la persona de su titular, y que no puede ser realizado por vía indirecta por sus acreedores”. Para esta autora, con apoyo en la STS de 28 de mayo de 1896 y en contra de la opinión de Vicente DÍAZ y GARCÍA URBANO, este derecho puede “concederse con efecto retroactivo a un momento anterior a la solicitud o demanda a diferencia de lo que ocurre con el derecho de alimentos entre parientes (art. 148-1 CC)”.

(41) Dice PEÑA (1989, p. 304) que el legislador ha decidido que, en algún modo, persiste sobre la “masa común” el deber de alimentos con el alcance que éstos tenían antes, o con el señalado judicialmente ya con ocasión de los pleitos de nulidad, separación o divorcio, ya en las medidas a que se refiere el artículo 1.394, ya en aplicación de lo dispuesto en el [derogado] artículo 1.100 LEC 1881 (cfr. art. 1.410 CC).

Vicente DÍAZ (1989, p. 2547) considera que no cabe exigir “atrasos”, sino que se pagarán alimentos desde que se soliciten o, en caso de reclamación judicial por falta de acuerdo de las partes, desde el momento en que el juez considere que deben prestarse. GARCÍA URBANO (1991, p. 802) indica que el sentido del artículo 1.408 CC es que durante el período de liquidación de la sociedad de gananciales los partícipes no puedan realizar más detracciones que las estrictamente necesarias para su sustento y mantenimiento. Y ello a causa del principio de la superior protección del interés de los acreedores del consorcio.

(42) GARCÍA URBANO: 1991, p. 803; MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 400.

(43) Ello es lógico –dice GARCÍA URBANO (1991, p. 802)– porque hacerlo llevaría al precepto a una situación insostenible, ya que, en rigor, quien es ya titular de un patrimonio posganancial no puede decirse que carezca de recursos. Sin embargo, MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 398), siguiendo a LACRUZ, dice que se exigirá que exista necesidad en el alimentista para elevar la cuantía de los alimentos por encima de lo que corresponda a éste en concepto de frutos y rentas.

(44) En el mismo sentido, SSTS de 30 de noviembre de 1987, 2 de diciembre de 1997. SAP Córdoba de 27 de octubre de 2000, SAP Cáceres de 30 de julio de 2001, SAP Asturias de 11 de marzo de 1998, SAP Zaragoza de 14 de febrero de 2001, citadas por REYES GALLUR, Juan José: “El artículo 1.408 del Código Civil. Un gran desconocido”, en *Revista de Derecho de Familia*, número 31, abril-junio 2006, pp. 282-283.

caudal propio, en el cual han de imputarse al tiempo de la división o adjudicación (45).

No obstante, como dice MARTÍN MELÉNDEZ (46), el artículo únicamente concede el derecho a recibir “alimentos”, palabra que lleva consigo una limitación en las cantidades a percibir. Para concretar el contenido de dicha expresión, se podría acudir a dos conceptos: el de alimentos del artículo 142 CC y el que se configura en el artículo 1.362-1 del mismo cuerpo legal [o en el art. 36-1-a) Lrem.]. Pensamos, con esta autora, que por alimentos hay que entender los medios dirigidos a satisfacer las necesidades comprendidas en los últimos artículos citados, porque se trata de que con bienes comunes se satisfagan las mismas necesidades, que podríamos llamar de tipo alimenticio, que pesaban antes de la disolución sobre la comunidad; además el artículo 36-1-a) Lrem. alude a que las atenciones familiares han de ser “legítimas”, y el artículo 1.362 alude a “los usos y circunstancias de la familia”, de manera que con la aplicación de estos preceptos resultarían atendidas las mismas necesidades que antes de la disolución y teniendo en cuenta el mismo contexto económico y social que antes, lo cual ha de ser tenido en consideración para fijar la cuantía de los adelantos que han de hacerse al alimentista (47).

(45) LACRUZ: 1963, p. 569; 2005, p. 249; DE LOS MOZOS: 1999, p. 660; GARCÍA URBANO: 1991, pp. 802 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 398; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 88.

Por lo demás, como dice DE LOS MOZOS (1999, p. 661), este derecho de alimentos es una consecuencia o una supervivencia de un régimen económico matrimonial, mientras que el derecho a los alimentos legales se desenvuelve en las relaciones de Derecho de familia e, incluso, en las relaciones que derivan del matrimonio, y no guarda relación alguna con el régimen económico matrimonial, o aparece cuando éste no funciona.

La doctrina suele añadir que, no obstante, conforme al artículo 153 CC, son aplicables supletoriamente las normas relativas a la obligación de alimentos entre parientes. *Vid.*, por todos, RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 88-89. Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 197) indican que “es un derecho de alimentos especial al que habrá de aplicar supletoriamente la normativa de la obligación alimenticia entre parientes, con las debidas matizaciones, por virtud de lo dispuesto en el artículo 153. En realidad, no hay que olvidar que los alimentos se obtienen de una masa de bienes a los que el alimentista tiene derecho por mitad, lo mismo que a los frutos que hayan producido, que se integran en aquélla”.

(46) 1995, pp. 398-399.

(47) MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 402-403) indica que los hijos comunes, en cuanto herederos del premuerto, tienen este derecho de alimentos. Sin embargo, cuando siendo menores no emancipados deban ser alimentados por el padre sobreviviente, los alimentos de éste comprenderán también las cantidades necesarias para satisfacer las necesidades de estos hijos, lo cual no impide que éstos puedan pedir los adelantos a que se refiere el artículo 1.408, ya que no requieren existencia de necesidad. De todos modos, estos hijos deberán contribuir equitativamente a las necesidades de la familia mientras convivan con ella (art. 165-2 CC).

Los hijos sólo del cónyuge difunto, sean mayores o menores, tendrán derecho a los alimentos del artículo 1.408, y las cantidades adelantadas se les imputarán en el haber que hubiese correspondido a su padre o madre fallecido.

Los hijos sólo del sobreviviente no tendrán derecho a alimentos, incluso aunque hubiesen convivido en el hogar familiar, y hubieran sido alimentados y educados, por ello, a cargo de la

La cuantía de los alimentos ha de ser, por tanto, como máximo, la que cubra esas necesidades, teniendo en cuenta no sólo el *status* social de la familia, sino también las condiciones en que se encuentre el caudal (48), debiendo ser proporcional a la cuota que corresponda al alimentista (49).

sociedad de gananciales (art. 1.362-1-2.º CC). Sin embargo, cree MARTÍN MELÉNDEZ que en los que se den a su padre o madre, se podrán tener en cuenta las necesidades de los hijos convivientes, si son menores no emancipados o mayores, siempre que, en este último caso, no tuvieren ingresos propios, siendo, todas las cantidades adelantadas, imputadas en el haber del progenitor. En la página 394 estima que se pueden incluir en el concepto de hijos, a los nietos u otros descendientes (por ejemplo, nietos cuyos padres han fallecido y conviven con los abuelos), viviendo a costa de los bienes de la comunidad ganancial.

Fuera de los supuestos de disolución por causa de muerte, se pregunta esta autora si habrá que tener en cuenta también las necesidades de los hijos a la hora de establecer los alimentos de aquél de los cónyuges que se haya quedado con ellos, como en los casos de disolución por nulidad, separación o divorcio. Contesta que cree que en principio sí, pero sólo en la medida en que él deba soportar tales necesidades, dada la existencia de la pensión que el otro progenitor deberá pasarle para contribuir a los alimentos de los hijos en virtud del artículo 93 CC. Sin embargo, en el caso de que el obligado a pasar la pensión no lo hiciera, los adelantos podrán comprender también las cantidades precisas para satisfacer las necesidades de los hijos que quedaron en su compañía. Por su parte, aquél de los cónyuges que no se quede con los hijos y deba pasar la citada pensión, podrá obtener por la vía del artículo 1.408, las cantidades precisas, no sólo para satisfacer sus necesidades, sino también para cubrir la contribución que debe entregar al otro esposo, para atender a las de sus hijos (*vid.* pp. 402-403).

(48) Indica MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 403) que no basta fijarse en el volumen del activo, sino también en el del pasivo, de modo que pueda hacerse un cálculo aproximado del valor de lo que le será adjudicado a cada cónyuge o al viudo y a los hijos, sin que los adelantos puedan sobrepasar dicho valor. De ahí que el TS haya estimado, según se deduce de la sentencia de 28 de mayo de 1896, que para dar alimentos sea necesario que el pasivo no sea superior al activo. Pero entiende, con MANRESA, que corresponde a los acreedores recurrir a los Tribunales o reclamar contra el acuerdo, probando cumplidamente la falta de bienes o de caudal activo que pueda corresponder a los interesados, supuesto en el que no cabrá la concesión de alimentos, salvo los mínimos inembargables cuando el beneficiario carezca de recursos propios (como dice GARCÍA URBANO). En todo caso, hay que tener en cuenta que los acreedores comunes siempre conservarán los derechos que les reconocen los artículos 1.401 CC o 86 Lrem.

(49) COSSÍO: 1963, p. 254; LACRUZ: 1963, p. 569; Vicente DÍAZ: 1989, p. 2547; RAMS ALBESA: 1992, p. 421; MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 399; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 91. Añade este último que “de ahí que, puedan ser diversas las cantidades satisfechas a cada cónyuge o a los distintos hijos (y, según hemos mantenido, a los herederos)”.

Explica MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 395-397) que la redacción del artículo 1.408 es poco clara porque está pensada para el contexto, anterior a la reforma de 1981, en el que nació el antiguo artículo 1.430 CC. Como en la actualidad ya no se forma ningún montón único en el que se engloben bienes comunes y privativos, con los frutos de unos y otros, hay que adaptar su redacción a la nueva situación. Así, cree que “la masa común de bienes” está ahora formada únicamente por los bienes comunes y sus frutos; el “haber” será la parte de bienes comunes (no de frutos de éstos), es decir, el capital, que corresponda a cada cónyuge, viudo o hijos, tras la liquidación; y los “frutos y rentas” del final del precepto, son los producidos por los bienes comunes. Por tanto, hoy, los alimentos se darán en primer lugar de los frutos de los bienes comunes y, si éstos no son suficientes, del capital; estos alimentos serán imputados en el momento de la adjudicación, primero en la parte que corresponda en concepto de frutos, y en lo que exceda de ésta, si es el caso, en la parte que corresponda en concepto de capital.

La cuantía de los alimentos se fija por acuerdo de todos los partícipes y, en otro caso, por el juez. El juez puede fijarla discrecionalmente, sin que tenga obligación de asignar la totalidad de lo que como renta de los bienes correspondería al cónyuge sobreviviente (SSTS de 2 de diciembre de 1913 y 8 de enero de 1948) (50). A falta de acuerdo sobre la periodicidad de las entregas, cabe acudir al criterio subsidiario de la mensualidad anticipada señalado en el artículo 148-2 CC, con el que también existe razón de analogía (51). Igualmente, la cuantía de los alimentos del artículo 1.408 podrá variar en función de las modificaciones que sufran las necesidades del alimentista o las posibilidades económicas de la masa común (cfr. art. 147 CC) (52).

De ser necesario, habrá que proceder a la realización de actos de disposición de alguno de los bienes integrados en la comunidad posconsorcial, lo que requiere el consentimiento de todos los partícipes. No obstante, como existe un derecho individual al anticipo, es posible también la autorización judicial de la disposición cuando alguno de los partícipes se niega a ello y su conducta da lugar a la necesidad de esa disposición para la subsistencia del otro partícipe (53).

Lo tomado en concepto de alimentos se le imputará al perceptor en su parte de frutos y rentas y, en lo que excedan, en su parte en el haber posganancial; en definitiva, lo tomado en concepto de alimentos se debe deducir de la participación correspondiente al partícipe perceptor (54).

(50) LACRUZ: 1963, p. 569, y en el mismo sentido el resto de la doctrina.

Para GARCÍA URBANO (1991, p. 803) es preciso que los bienes comunes estén debidamente inventariados, pues sólo así puede constatarse la existencia efectiva de activo ganancial y cuantificar su rendimiento previsible.

En mi opinión, el inventario no es imprescindible, bastando con comprobar que lo que se da por alimentos cabe en la partición del partícipe que los recibe.

(51) Así lo dice GARCÍA URBANO: 1991, p. 803, seguido por MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 399, y RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 92.

(52) Así lo defiende MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, pp. 399-400.

(53) MONTERO AROCA: 2003, pp. 91-93, con cita del AAP Madrid 1998, que afirma la posibilidad de disponer “de bienes gananciales durante la liquidación de la sociedad legal de gananciales para cumplir con obligaciones fijadas en resolución judicial para el pago de cargas familiares; y si ello debería ser así por imperativo de la pura lógica por el tipo de obligación con su implícita urgencia, que contrasta con el largo tiempo a transcurrir por el proceso judicial empleado para la liquidación; ello es así por disposición legal, artículos 1.377 y 1.408 CC, y por criterio favorable de la doctrina de los autores y jurisprudencia citadas; añadiéndose al caso que quien curiosamente desveló la solución ahora negada de la venta de algún bien ganancial fue D. Antonio; [...] y ante la negativa actual, con estimación del recurso, procede suplir la misma con la autorización judicial del artículo 1.377 CC en interés de la familia y con las limitaciones o cautelas que se estimen convenientes”.

(54) Como dicen Díez-Picazo y Gullón (2006, p. 197), “parece que el presupuesto de la norma es una anticipada distribución a *ambos* cónyuges, o a sus herederos, de los frutos de la masa indivisa. Por eso se explica que la regla general no sea la de la imputación de lo recibi-

Las cantidades anticipadas al “alimentista” deben figurar en el inventario como si nunca hubiesen salido de la masa común, si bien con la indicación de haber sido entregadas en concepto de alimentos al beneficiario (55).

Como dice GARCÍA URBANO (56), la renuncia (o la no solicitud) a este derecho no supone minoración de la cuota posganancial a recibir por el renunciante; únicamente se renuncia al concepto de anticipo. Una vez detraída la pensión, integra el patrimonio personal del perceptor, pero, aun así, por su origen y por su provisionalidad, los acreedores de la sociedad de gananciales deben tener preferencia sobre estas atribuciones (cfr. art. 1.401 CC).

En cuanto al procedimiento en el que se podrá hacer valer este derecho en caso de desacuerdo entre las partes, no existe unanimidad en la doctrina. Para algunos, por aplicación del artículo 250-1-8.º LEC, debería ser el juicio verbal; para otros, en los alimentos a que se refiere ese artículo de la LEC no se incluyen los previstos en el artículo 1.408 CC, por lo que proponen la vía de la jurisdicción voluntaria de la DT 10-2.º de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (57).

do en el haber final, porque se presupone que como consecuencia de aquella distribución se ha disminuido *para todos* la masa partible. Pero si uno de los cónyuges no exige el cumplimiento del precepto y el otro sí, falla la previsión en la que la norma se basa, y este último no puede quedar enriquecido a expensas del otro”.

Señala GARCÍA URBANO (1991, p. 804) que no sólo debe reducirse de la cuota del perceptor el *exceso* de frutos y rentas percibidos, como dice el Código, sino todas las cantidades solicitadas, única forma de conseguir suprimir, entre los destinatarios, el desequilibrio que haya podido producirse, habida cuenta de la variabilidad de lo percibido. Así, quien no solicitó estas percepciones provisionales verá ahora incrementada su cuota con la parte de rendimientos que no detrajo en su día, de lo contrario se produciría un enriquecimiento de algunos de los partícipes a expensas de otros. Seguido por RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 92.

(55) Así lo dice MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, p. 397. Explica esta autora que “esto posibilitará saber cuál era verdaderamente el remanente a repartir tras pagar las deudas de la sociedad con terceros o con los cónyuges, y facilitará la realización de la partición, ya que a aquel a quien se adelantaron tales cantidades, le serán imputadas, sin más, las partidas que en el inventario figuran como a él entregadas, rellenando el resto de su lote con bienes y frutos comunes realmente presentes en la masa a dividir. Desde este punto de vista estamos ante una excepción al principio «antes es pagar que partir», puesto que estos adelantos suponen en realidad una partición anticipada, parcial y sucesiva de los bienes comunes, realizada a favor de una de las partes o ambas, y antes de que haya tenido lugar el pago de todos los acreedores sociales, contra lo establecido en el artículo 1.404”. También es una excepción al principio de igualdad cualitativa de la partición (art. 1.061 CC).

(56) 1991, p. 804.

(57) *Vid.* el estado de la cuestión en R. EVANGELIO LLORCA: 2005, p. 703. Antes de la nueva LEC, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ: 1995, pp. 400-401.

En el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (BOCG-Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, de 27 de octubre de 2006, núm. 109-1), el artículo 109 regula el procedimiento común a seguir cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal, por ejemplo, sobre la realización de

Aunque alguno ha descartado que la solicitud de alimentos entre los partícipes de la comunidad posganancial pueda hacerse por los trámites del procedimiento judicial de liquidación del régimen económico matrimonial, en mi opinión, como el anticipo de bienes comunes para alimentos es un acto de disposición o de partición parcial, cabe que, conforme al artículo 808 LEC (y art. 64 Lrem.), admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución de régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges o partícipes pueda solicitar la formación de inventario y que, entre las reglas sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario, se incluya una relativa a la cuantía de los alimentos que cada partícipe puede detraer en concepto de anticipo de su participación en el consorcio (58).

3. La administración propia de una comunidad ordinaria.

Si en la sentencia o resolución judicial no hay pronunciamiento expreso sobre la administración y tampoco se produjo el mismo en las medidas provisionales, o el pronunciamiento judicial es incompleto, y si los cónyuges o partícipes no adoptan ningún acuerdo ni acuden al juez, el régimen supletorio aplicable, como dice el artículo 75 Lrem., es el de la administración y disposición propio de la comunidad hereditaria, que, al no estar legalmente previsto, obliga a acudir al de la comunidad ordinaria (59).

En el ámbito del Código Civil, la cuestión de la gestión de los bienes de la comunidad posganancial recibe la misma respuesta tanto si la disolución es por muerte de uno de los cónyuges como en los demás casos: se aplican, a falta de normas de gestión de la comunidad hereditaria, las de la comunidad ordinaria (60).

actos de administración y disposición de bienes comunes o su atribución a uno sólo de los cónyuges, sus cautelas y limitaciones.

(58) A juicio de J. J. REYES GALLUR (2006, p. 284), la prestación económica del artículo 1.408 CC puede ser solicitada tanto en sede de medidas provisionales al amparo del artículo 103-4 CC, como en medidas definitivas o mediante su solicitud en el proceso especial de liquidación de gananciales.

(59) La STSJA de 23 de marzo de 1993 (RDCA, 1995, marginal 10) afirma que la comunidad posmatrimonial “normalmente viene a regirse, salvo los supuestos de especialidad foral, por las normas de la comunidad ordinaria y en este sentido han de citarse las SSTS de 21 de noviembre de 1987 y de 17 de febrero de 1992, entre otras”.

GUILARTE GUTIÉRREZ (1999, p. 372) entiende que, “en primer lugar, serán aplicables las decisiones jurisdiccionales que eventualmente se hayan tomado como consecuencia de la sentencia de separación o divorcio referentes a la administración o disposición de los bienes comunes. En defecto de las mismas y en todo caso para regular los aspectos que allí no se encuentren previstos habrá de estarse al régimen de la comunidad ordinaria de los artículos 392 y ss.”.

(60) La jurisprudencia dice que a la administración y disposición de bienes del patrimo-

Producida la disolución de la comunidad matrimonial dejan de aplicarse sus normas de administración y disposición de bienes y empiezan a ser de aplicación las normas propias de la comunidad de bienes ordinaria (61). Dice la STS de 10 de junio de 2005 que el patrimonio antes consorcial cambia de régimen con la disolución y, en particular, queda sometido al de administración común y coposesión que contienen las reglas generales de las cotitularidades ordinarias (arts. 394 y 450 CC).

Así, de conformidad con el artículo 394 CC, cada partícipe, en cuanto cotitular del patrimonio común, podrá utilizar los bienes comunes y servirse de ellos siempre que lo haga de manera que sea conforme a su destino y en interés de la comunidad. En particular, el arrendamiento es un acto de administración al que debe serle aplicable el artículo 394 CC, que debe repercutir de manera beneficiosa sobre la comunidad, incluso en el caso de que uno sólo de los comuneros perciba las rentas, dado que las mismas se computarán en su momento cuando se liquide la sociedad posganancial, puesto que las rentas producidas por un bien común siguen siendo comunes (62).

Es reiterada doctrina del TS que la posesión de consuno por los cónyuges o sus herederos, en concepto de comunero, no es hábil para adquirir por usucapión los bienes integrantes del patrimonio común, por cuanto no prescribe la acción para pedir la división (arts. 76-1 Lrem., 1965 CC) (63).

nio posganancial se aplican las reglas de la comunidad ordinaria, y no las de la sociedad de gananciales, según las cuales, conforme a los artículos 397 y 398 CC, la disposición requiere el consentimiento unánime de los partícipes y la administración la mera mayoría (*vid.* SSTS de 10 de julio de 2005, 10 de junio de 2005, 14 de febrero de 2005).

(61) Dice la STS de 10 de julio de 2005 que ni los artículos 1.375 y 1.377 CC, ni ninguna de las normas de la Sección que los contiene, pueden entenderse infringidos “puesto que, como es obvio, no resultan de aplicación a una sociedad de gananciales que ha dejado de existir de pleno derecho a partir del divorcio”, aunque siga sin liquidar. “Los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes posmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales”.

Vid. SSTS de 26 de febrero de 1981, 14 de marzo de 1994, 19 de junio de 1998, 31 de diciembre de 1998, entre otras.

(62) MONTERO AROCA: 2003, pp. 83-84, con cita de las SS AP Salamanca de 27 de noviembre de 1997, Cádiz de 3 de junio de 2002 y Madrid de 13 de marzo de 1998.

(63) SSTS de 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943, 4 de abril de 1960, 13 de noviembre de 1969, 23 de junio de 1982, 20 de octubre de 1989, 18 de abril de 1994, 6 de noviembre de 1998, entre otras, relativas a la comunidad hereditaria.

Cabe la usucapión de bienes comunes cuando uno de los comuneros ha poseído todos los bienes del patrimonio común en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla, al faltar la posesión de consuno (SSTS de 15 de abril de 1904, 6 de julio de 1917, 4 de abril de 1960, 13 de octubre de 1966, 7 de febrero de 1997, 29 de diciembre de 2000, entre otras, relativas a la comunidad hereditaria).

En esta situación transitoria, cada partícipe podrá actuar aisladamente en beneficio de la comunidad, pero no en su perjuicio (64).

En cuanto a la defensa de la comunidad posconsorcial, rige la misma doctrina que de forma reiterada ha establecido el TS para la comunidad ordinaria: cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya sea para ejercitarlos, ya sea para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos (65). Por tanto, cualquier partícipe en la comunidad posconsorcial puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, incluso en los supuestos de pasividad u oposición del resto de los partícipes. En los casos de actuación individual de un partícipe, la sentencia aprovecha a todos los cotitulares si es beneficiosa y no les perjudica si es adversa (66).

En particular resulta aplicable el artículo 398 CC, según el cual *para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad*. Pero en la comunidad posconsorcial, al tratarse de dos partícipes o de dos partes con dos cuotas iguales, en principio, no cabe la mayoría propiamente dicha, por lo que en caso de desacuerdo debe aplicarse el artículo 398-3.º, que dispone que *el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, in-*

(64) BATALLA CARILLA: 1986, p. 87.

(65) Vid. SSTs de 15 de junio de 1982, 7 de diciembre de 1987, 30 de noviembre de 1988, 30 de octubre de 1990, 8 de abril de 1992, 4 de noviembre de 1992, 22 de octubre de 1993, 31 de enero de 1995, 6 de junio de 1997, 17 de febrero de 2000, 16 de noviembre de 2000, entre otras.

Dice la STS de 8 de marzo de 1965 que “al disolverse la sociedad conyugal y quedar el patrimonio de la misma en situación de comunidad perteneciente al cónyuge superviviente y a los herederos del cónyuge premuerto, todos los bienes integrantes de la comunidad ganancial se ponen en estado de liquidación, y, mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los interesados, por lo que, si la venta se hace por uno solo de los partícipes, su impugnación puede accionarla cualquiera de los demás en beneficio de todos”. Análogas son las SSTs de 20 de mayo de 1957, 4 de enero de 1965, 27 de marzo de 1989, 17 de febrero de 1995, 23 de enero de 2003.

(66) Vid. SSTs de 31 de enero de 1973, 6 de febrero de 1984 y 30 de noviembre de 1988, 9 de febrero de 1991, entre otras. La afirmación de que la actuación individual de un partícipe sólo afecta a los demás en lo que les beneficie, pero no en lo que les perjudique, reiterada por la jurisprudencia, nos pone en contacto con los institutos procesales del *litisconsorcio* y la *cosa juzgada*. Sobre estas cuestiones procesales, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo V, volumen 2 (dir. ALBALADEJO), Madrid, 1985, pp. 84-87; PEÑA: 1989, p. 290; CAPILLA RONCERO, Francisco: “La comunidad de bienes”, en la obra colectiva dirigida por MONTÉS PENADÉS y LÓPEZ LÓPEZ: *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, p. 396; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, número 74, Madrid, 1994; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 116-120.

cluso nombrar un administrador (67). La designación judicial de administrador habrá de hacerse conforme a las normas del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial de los artículos 806 y ss. LEC.

Se plantea la cuestión, en el supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero también en los de disolución por muerte del consorcio conyugal aragonés excluidos del régimen del artículo 71 Lrem., cuando el cónyuge viudo conserva el usufructo de viudedad, de si para determinar la mayoría puede computarse también el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes de los herederos. En Aragón, ya hemos visto que el usufructo es universal y concede al viudo la posesión, uso y disfrute de los bienes, por tanto a él le corresponde en exclusiva la administración de todos los bienes del patrimonio posconsorcial, salvo que exista alguna norma por la que el usufructuario resulte excluido de la administración de algún bien, como acontece en los supuestos de usufructo de acciones o participaciones sociales (arts. 67 LSA y 36 LSRL) (68).

En el CC, la STS de 14 de diciembre de 1973 consideró que no podía sumarse la participación en la comunidad posganancial y el usufructo para proporcionar al cónyuge superviviente la mayoría necesaria para los actos de administración, ya que se trataba de una concurrencia de titularidades sobre los mismos objetos, pero no de una comunidad en sentido estricto. Para PEÑA, el usufructo de parte de la cuota posganancial del premuerto no da al cónyuge viudo la mayoría para poder gestionar sólo la comunidad en liquidación (69). En cambio, para RIVERA FERNÁNDEZ pueden sumarse las facultades de administración que al cónyuge viudo corresponden como pleno propietario y como usufructuario, siendo ésta la interpretación que mejor se ajusta al artículo 490 CC, salvo que exista una norma legal que excluya al usufructuario de la administración de algún bien de la herencia (70). Para nosotros, como hemos anticipado al hablar del usu-

(67) LACRUZ: 2002, p. 259; PEÑA: 1989, p. 290; 1991, p. 773; CRESPO ALLÚE: 1991, p. 116; GONZÁLEZ ACEBES: 1992, p. 1189; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 114; 2000, p. 2532.

(68) *Vid.* RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 116; SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 220.

(69) 1989, p. 290. Para ese autor el cónyuge tiene derecho de participación en cuanto a su propia mitad y el derecho a que como usufructuario su voluntad sea ponderada en el régimen interno de la comunidad hereditaria, a fin de decidir el sentido en que la comunidad hereditaria ejercita su derecho a participar en la gestión de los bienes gananciales respecto de la mitad del patrimonio ganancial incluida entre los bienes hereditarios, sin que quepa valorar aisladamente la voluntad del cónyuge en cuanto usufructuario en el régimen de administración de los bienes.

(70) 1997, p. 115; 2000, p. 2533; se suma así RIVERA a la tesis defendida por MIQUEL GONZÁLEZ; en el mismo sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 220.

fructo de viudedad en el CC, el viudo, en cuanto titular de una participación y usufructuario de parte de la otra, tiene la mayoría, por lo que, de conformidad con el artículo 398 CC, a él le corresponde la administración de la comunidad posganancial.

4. La disposición de bienes comunes concretos.

A) *La regla de codisposición.*

Para que la disposición de bienes comunes concretos, a favor de terceros o de alguno de los partícipes, pueda tener eficacia real o transmisiva es necesario que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados en la plena titularidad del bien, porque todos ellos codisponen del mismo (71), así se desprende de los artículos 348, 397, 399 y concordantes del CC, sin que resulte preciso para la validez del acto de disposición, ni en particular para su inscripción en el Registro de la Propiedad si afecta a inmuebles, que previamente se haya practicado la liquidación de la comunidad en liquidación (72). En el Código Civil, la regla

(71) *Vid.* SSTS de 8 de marzo de 1965, 10 de diciembre de 1966, 8 de octubre de 1990, 28 de septiembre de 1993, 17 de febrero de 1995, 25 de junio de 1995, 31 de diciembre de 1998, 25 de noviembre de 1999, 14 de febrero de 2000, 23 de enero de 2003.

Rs. DGRN de 28 de febrero de 1992, 28 de noviembre de 2000 y 20 de abril de 2005, entre otras.

RAMS ALBESA (1993, p. 293) dice que también para la renuncia a derechos se precisa la participación de todos, y no es necesaria la concurrencia de los acreedores del consorcio, ya que la conclusión del mismo no puede equipararse a las situaciones concursales, salvo, claro está, cuando ésta sea precisamente la causa de la disolución de la comunidad. Cita en la nota 20 la STS de 26 de febrero de 1981 a propósito de la renuncia a un arrendamiento en período de indivisión de la sociedad de gananciales, que entiende aquí aplicable.

(72) *Vid.* Rs. DGRN de 9 de mayo de 1988, 10 de diciembre de 1988, 11 de diciembre de 1999, 28 de noviembre de 2000, 20 de septiembre de 2002. En la doctrina, por todos, CRESPO ALLÚE: 1991, pp. 116-117; SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 220.

Como dice la R. de 11 de diciembre de 1999, “se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una herencia –y, por tanto, también los de una sociedad de gananciales en liquidación–, sin necesidad de previa partición hereditaria –o de la liquidación y adjudicación de gananciales–, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien y conste su aceptación expresa o derive ésta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se solicita”.

CRESPO ALLÚE (1991, p. 117) se plantea si las facultades de disposición que conjuntamente tienen todos los titulares de este patrimonio indiviso podrían verse alteradas o limitadas por la existencia de acreedores de la comunidad. “La solución –dice– ha de ser necesariamente negativa pues los acreedores carecen de cualquier garantía real sobre este patrimonio posganancial, como ha reconocido el TS en S. de 15 de marzo de 1945 y, actualmente, en la de 13 de junio de 1986, entendiéndose que los artículos 1.401 y 1.402 CC no sancionan con la ineficacia de las adjudicaciones (y análogamente cualquier enajenación) la falta de previo pago del pasivo, sino que en tales casos subsisten los derechos de los acreedores en los términos regulados por tales preceptos.”

de codisposición se aplica igualmente, y sin excepciones, en caso de disolución por muerte (73).

Así, por ejemplo, la STSJ Aragón de 20 de diciembre de 2004 afirma, con las imprecisiones habituales en materia de invalidez e ineficacia, que la disposición de los títulos-valores, como la de cualquier otro bien originariamente consorcial, ha de realizarse conjuntamente por ambos esposos, estando tal acto dispositivo viciado si lo realiza uno solo de ellos. Dice esta sentencia que sobre la totalidad de los bienes que integran la comunidad posmatrimonial, ambos cónyuges (o el supérstite con los herederos del premuerto) ostentan una cotitularidad que no permite que cada uno de ellos pueda por sí solo disponer de los bienes que la integran, estando viciado de nulidad el acto dispositivo realizado. A los actos dispositivos de bienes concretos o singulares resulta aplicable el artículo 397 CC y no los preceptos que regulan la disposición de bienes consorciales, puesto que el consorcio conyugal ha quedado disuelto. A tenor del artículo 397 CC, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque se hagan sin ánimo de defraudar a la comunidad y pese a que de ellas pudieran resultar ventajas para todos, estimando tanto la doctrina como la jurisprudencia que el mentado precepto comprende no solamente las alteraciones materiales, sino también las jurídicas, y como la enajenación de la cosa común es el máximo acto de alteración jurídica, es evidente que no puede hacerse ésta sin el consentimiento de todos los comuneros (74). En el mismo sentido se pronuncia reiteradamente el TS, que señala además que con mayor razón es así cuando la enajenación se realiza a título gratuito (75).

(73) *Vid.* SSTS de 27 de diciembre de 1978, de 21 de noviembre de 1987, de 23 de enero de 2003, entre otras, para la sociedad de gananciales. La STS de 17 de febrero de 1995 indica que “tratándose de un patrimonio en principio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza. De modo que, hasta entonces, los bienes concretos de aquel patrimonio en situación de comunidad entre el supérstite y los restantes herederos, no puede ser objeto de disposición si no es concurrendo todos los interesados”.

Para la comunidad hereditaria: SSTS de 14 de marzo de 1960, 6 de abril de 1961, 7 de marzo de 1985, 14 de abril de 1986, 8 de mayo de 1989, 5 de noviembre de 1992, 31 de enero de 1994, entre otras.

A juicio de RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 100-101), “la unanimidad [requerida para los actos de disposición] no puede ser vista con complacencia, ya que la sola voluntad de un partícipe puede bloquear la actuación de la comunidad posganancial pudiéndose generar importantes perjuicios”.

(74) RDCA, 2005-2006, marginal 1.

(75) *Vid.* SSTS de 8 de marzo de 1965, 10 de diciembre de 1966, 25 de junio de 1990, 14 de marzo de 1994, 25 de junio de 1995, 24 de junio de 1998, 31 de diciembre de 1998, 25 de noviembre de 1999, 14 de febrero de 2000, 23 de enero de 2003, entre otras.

La SAP Zaragoza de 19 de febrero de 2004 (RDCA 2005-2006, marginal 70) señala que

Igual que durante la vigencia del consorcio conyugal, caben las adjudicaciones de bienes concretos de la comunidad posconsorcial, a título oneroso o gratuito, a un determinado partícipe, siempre y cuando se hagan con el consentimiento de todos ellos y en escritura pública, por aplicación analógica del artículo 33 Lrem. Salvo disposición en contrario, este pacto dará lugar al correspondiente derecho de reembolso a favor del patrimonio común contra el patrimonio privativo del cónyuge adjudicatario por el importe actualizado del bien (art. 33-2 Lrem.), cuyo pago, si no se hace antes, tendrá lugar en el momento de la liquidación (cfr. art. 44-5 Lrem.) (76). Tras la muerte de uno de los cónyuges, tampoco es imprescindible esperar a la liquidación de la comunidad matrimonial para poder adjudicar bienes comunes a los partícipes herederos, como lo demuestra lo dispuesto en el artículo 142-3 Lsuc. Veremos también que el cónyuge legatario de un bien común adquiere su propiedad directamente al deferirse la herencia del cónyuge disponente, sin necesidad de liquidación del consorcio [arts. 56-2-a) y 73 Lrem.].

También la expropiación forzosa de un bien común exige que en el procedimiento sean parte ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto), sin bastar la intervención de solo uno de tales cónyuges, salvo que actuare con el debido apoderamiento en su favor otorgado por el cónyuge ausente en tal procedimiento (77). Para la ejecución judicial hay que atender, según veremos, al tipo de deudas de que se trate.

B) *Inaplicación de las reglas de la gestión de la comunidad conyugal.*

A falta de acuerdo para disponer de un bien común, uno de los cónyuges o partícipes no puede solicitar al juez que le autorice para venderlo

“no se encuentra razón legal para modificar estas consideraciones [las que hace la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros sobre la codisposición de los bienes posgananciales] desde la perspectiva del Derecho aragonés –arts. 68 y ss. de la Ley de 12 de febrero de 2003–, cuyos preceptos no se refieren al tema específico contemplado, recordándose empero que el artículo 70-1 señala que los acreedores que pretendan cobrar una deuda sobre bienes comunes, hasta la división habrán de proceder contra ambos cónyuges”.

(76) En parecidos términos lo admite para el CC Díez-PICAZO: 1981, p. 293. Como dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, p. 222, nota 325), “será no sólo válido sino también de eficacia traslativa inmediata la venta que uno de los dos únicos copartícipes haga al otro de la mitad indivisa de un bien concreto de la masa posganancial, toda vez que en tal supuesto están consintiendo todos los cotitulares”.

En cambio, la RDGRN de 5 de junio de 2003 niega la inscripción de la adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar acordada a favor de la esposa en convenio regulador por no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales.

(77) Entre otras muchas, *vid.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2003.

por sí solo (78). No es factible aplicar a la comunidad conyugal en liquidación reglas sólo previstas para un consorcio conyugal vigente (cfr. arts. 52 Lrem., 1.377, párr. 2, CC), pues tras su disolución lo procedente es practicar su liquidación y división (79). No obstante, la STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004 admite, aunque lo hace en un inciso colocado entre paréntesis, que cabe disponer de cosas singulares y concretas de una comunidad matrimonial siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan su plena titularidad “o cuente con la oportuna licencia judicial” (80). Posibilidad de disponer de bienes comunes, a falta de acuerdo entre los cónyuges o sus herederos, con la oportuna licencia judicial que puede tener utilidad en casos excepcionales, como cuando un cónyuge pueda alegar frente al otro un derecho a tomar alimentos del patrimonio común (art. 1.408 CC) (81).

La STS de 14 de febrero de 2005 dice que el artículo 1.384 CC es claro que sólo se aplicará cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, no cuando se haya disuelto (82). Una vez desaparecido el presupuesto de aplicación del artículo 1.384, la administración y disposición de las acciones [que eran gananciales] a nombre del cónyuge supérstite

(78) Como dice LACRUZ (2005, p. 248), la disposición de bienes de la comunidad precisa la concurrencia de todos los partícipes, “sin posible recurso judicial ante la negativa de uno. Especifica la STS de 27 de diciembre de 1978 que el viudo necesita el consentimiento de los herederos para enajenar los bienes presuntamente gananciales inscritos a su nombre (STS de 27 de mayo de 1982 y otras muchas)”.

(79) La STS de 10 de julio de 2005 niega que si ambos cónyuges no se ponen de acuerdo sobre la venta de un bien de la comunidad posganancial cualquiera de ellos pueda intentar el auxilio de los Tribunales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.377-2 CC. Niega que la tutela judicial subsidiaria extienda “su protección a intereses distintos de los que justifican su regulación en sede de sociedad de gananciales dado que no estamos ante esta sociedad sino ante una comunidad distinta integrada por una serie de bienes de la que son titulares ambos cónyuges, para la que no se contempla ninguna suerte de autorización supletoria, puesto que una cosa es que se puedan transmitir determinados bienes en esa fase de liquidación y otra distinta que cuando así se haga se siga el curso que nuestro derecho previene para estos casos”.

(80) RDCA 2005-2006, marginal 1.

(81) Vid. AAP Madrid de 24 de marzo de 1998, citado por MONTERO AROCA: 2003, pp. 91-93.

(82) Dice la S. que así lo interpretó esta Sala en la sentencia de 31 de diciembre de 1998. Sobre el artículo 1.384 CC dice que “es una norma de protección del tráfico, que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el artículo 1.375. En otras palabras, es una excepción al mismo, como el precepto citado reconoce”. Vid. el comentario de MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: “Comentario STS de 14 de febrero de 2005: Legitimación del accionista titular de unas acciones gananciales al portador para impugnación de los acuerdos de la sociedad anónima tras la disolución de su régimen económico matrimonial”, en CCJC, número 70, marginal 1869, enero/abril 2006, pp. 177-201.

sigue desde su disolución hasta su liquidación las reglas de la protección a la apariencia jurídica (83). De manera similar, la STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004 (84) dice que las facultades de disponer individualmente de los bienes consorciales que el artículo 48-2 Comp. concede al cónyuge a cuyo nombre figuran exclusiva o indistintamente se extinguen con la disolución del consorcio conyugal, y por tanto la disposición de los títulos-valores, como la de cualquier otro bien originariamente consorcial, ha de realizarse conjuntamente por ambos esposos.

5. Consecuencias de la falta de consentimiento de todos los partícipes al acto de disposición.

A) *Actos a título oneroso.*

A la disposición a título oneroso de bienes comunes por uno solo de los cónyuges cuando, como en esta situación, es necesario siempre el consentimiento de ambos (85), es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 53 Lrem.

(83) La sentencia citada dice que “es obvio que la protección de la apariencia jurídica no podría tener aplicación en este caso para afirmar que las 420 acciones a nombre del cónyuge supérstite tenían derecho a voto en la Junta de la SA, cuando los restantes socios de la misma [los tres hijos comunes del matrimonio] conocen la realidad, están junto con aquél, envueltos en un juicio de testamentaría sobre la herencia de su fallecida madre”.

No siendo de aplicación el artículo 1.384 CC habría que acudir –dice ROBLES LATORRE (1999, p. 808, en su comentario a la STS de 31 de diciembre 1998)– a las normas sobre enajenación de bienes en la comunidad ordinaria o en la comunidad hereditaria, atendiendo siempre al artículo 545 del Código de Comercio cuando se trate de títulos-valores, para dar una solución correcta al supuesto. Y atendiendo a estos preceptos, se mantendrá la eficacia del negocio y la posición del adquirente estará protegida cuando se trate de un contratante de buena fe. En el fondo, la eficacia del negocio depende de la buena fe del adquirente.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel (cap. XLII del *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: tomo VI, 8.^a edición, Barcelona, 1997, p. 276), indica que la exclusión del artículo 1.384 CC conlleva la caducidad de los artículos 93-4 y 94-2 RH.

(84) RDCA 2005-2006, marginal 1.

(85) Como dice RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia (*Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi Ed., 2000, p. 367), para el artículo 1.322-1 CC, del supuesto de hecho hay que excluir los contratos por los que uno de los cónyuges o sus herederos vende un bien común en nombre propio y en el de su consorte (o sus herederos), y aquéllos en los que el esposo vendedor (o sus herederos) se obliga a la obtención del consentimiento de su consorte (o sus herederos), así como aquéllos en los que la conformidad del cónyuge no actuante (o sus herederos) se contempla como condición. Sólo debe ser aplicable el artículo 1.322-1 CC (o el 53 Lrem.) a la venta de un bien común, realizada por un cónyuge (o sus herederos) en nombre propio sin el consentimiento del otro (o sus herederos), sin que tenga una traducción jurídica o económica en el contrato ninguna circunstancia relativa al carácter del bien o a la conformidad u oposición del consorte (o sus herederos). En parecido sentido, RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 100.

En el ámbito de la sociedad posganancial del Código Civil, el TS y la DGRN no han resuelto siempre en el mismo sentido, sino que, en función de los intereses afectados en el caso, en muchas ocasiones dicen que el acto de disposición unilateral es nulo de pleno derecho (en realidad, que en nada perjudica los derechos del partícipe no disponente), por faltar el necesario consentimiento de todos los partícipes requerido en el artículo 397 CC, en concordancia con el 1.261-1.º CC (86); por infracción de la norma prohibitiva contenida en el artículo 397 CC, según la cual ninguno de los comuneros puede realizar alteraciones en la cosa común sin el consentimiento de los demás, en relación con el artículo 6-3.º CC (87); o por falta de determinación del objeto de la disposición, pues se entiende que se carece de cuotas sobre cada bien del patrimonio posconsorcial (88). Por lo demás, es irrelevante la finalidad con que se haya efectuado la venta del bien común, pues no se anula porque haya mediado fraude, sino por haberla realizado sin el consentimiento de todos los cotitulares, y ello aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos (89).

Pero en otras ocasiones, inferiores en número, cuando los intereses afectados son los del tercero que ha contratado con el cónyuge o partícipe, el TS y la DGRN estiman que el acto de disposición unilateral del bien común es válido en su aspecto obligacional, pero que su eficacia real o transmisiva de la propiedad está condicionada al hecho de que la cosa vendida sea adjudicada al enajenante en todo o en parte en las operacio-

(86) *Vid.* SSTs de 11 de abril de 1953, 27 de diciembre de 1978, 18 de marzo de 1980, 26 de febrero de 1982, 14 de marzo de 1983, 27 de mayo de 1983, 19 de diciembre de 1985, 29 de abril de 1986, 25 de marzo de 1988, 8 de julio de 1988, 16 de mayo de 1991, 31 de diciembre de 1998, 25 de noviembre de 1999, 14 de febrero de 2000, 23 de enero de 2003. También la STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004.

Como señala RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 101-102), el argumento es ciertamente defectuoso, "pues no se puede afirmar la falta de consentimiento necesario para la validez del contrato cuando aquél existe realmente: el partícipe consiente y el adquirente también; y son éstos, los de las partes, los consentimientos exigidos y reclamados por el artículo 1.261 CC para la validez de los contratos". En estas sentencias el TS confunde dos cuestiones ligadas, pero diferentes, como son la venta y la transmisión.

(87) *Vid.* SSTs de 27 de diciembre de 1978, 14 de mayo de 1983, 27 de marzo de 1989, 17 de febrero de 1995, 23 de enero de 2003.

(88) *Vid.* SSTs de 11 de abril de 1953, 28 de septiembre de 1993, 17 de febrero de 1995 y Rs. DGRN de 8 de julio de 1991, 9 de octubre de 1998, 10 de octubre de 1998.

(89) Así lo dice el fundamento 3.º, al final, de la STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004 (RDCA 2005-2006, marginal 1).

También para la comunidad hereditaria afirma la jurisprudencia que ningún comunero o coheredero puede vender bien concreto de la herencia mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la venta es nula por falta de poder de disposición: SSTs de 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994, 25 de septiembre de 1995, 30 de diciembre de 1996, 6 de octubre de 1997, 17 de febrero de 2000, entre otras.

nes divisorias (90); en otro caso, como dice la doctrina (91), estaremos ante un supuesto de incumplimiento del contrato que permitirá al comprador ejercitar su resolución con la indemnización de daños y perjuicios correspondientes por la vía de los artículos 1.124, 1.100 y 1.101 CC o valerse de las reglas propias de la evicción recogidas en los artículos 1.474, 1.475 y 1.478 CC; otras sentencias dicen que se trata de una venta de cosa ajena, acto válido pero ineficaz para transmitir el dominio del que carece el disponente (92). El copartícipe de la comunidad posganancial que no dio su consentimiento al acto de disposición no se ve afectado por el mismo (ya que no es parte del contrato), por lo que, si hubo entrega de la cosa, puede ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar el bien común, y de ser varios herederos puede actuar uno en beneficio de todos (93).

(90) *Vid.* STS de 28 de mayo de 1986, que cita las de 5 de julio de 1958, 27 de mayo de 1982; Rs. DGRN de 28 de febrero de 1991, 28 de febrero 1992.

Para la comunidad hereditaria: SSTS de 5 de julio de 1958, 27 de mayo de 1982, 27 de mayo de 1984, 26 de mayo de 1986, 8 de mayo de 1989, 31 de enero de 1994, entre otras.

“Es indudable –dice la STS de 5 de julio de 1958– que el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la porción o cuota ideal que le corresponde en el *as* hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias, como viene a entenderse en su especial supuesto de posible adquisición de la cosa en subasta judicial en la sentencia de 1 de marzo de 1949, y sin que ello suponga, ni de cerca ni de lejos, alteración alguna en la cosa común, que es lo prohibido en el artículo 397 del Código, y mucho menos cuando de ningún modo se perjudica a los restantes indivisarios”.

La R. de 28 de febrero de 1991 afirma que “la constitución de cualquier derecho real sobre un bien concreto exige la unanimidad de los partícipes (ambos cónyuges o sus causahabientes) (cfr. artículos 392 y 397 CC). Sin esta unanimidad ni cabe que el contrato dispositivo tenga fuerza vinculante para todos los partícipes ni cabe la necesaria tradición que exige todo negocio traslativo (cfr. art. 609). No cabe constituir como real cualquier derecho eventual relativo a un bien sino sólo los derechos que guardan congruencia con el poder jurídico-real actual del disponente sobre ese bien...”.

(91) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “Resolución de 28 de febrero de 1992. Comunidad posganancial. Cesión de los derechos que corresponden a uno de los cónyuges sobre determinado bien inmueble, condicionada a que se le adjudique en la liquidación. Denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad, por tratarse de un pacto que carece de efecto real”, CCJC, número 30, 1992, p. 755; MÉNDEZ APENELA, Eduardo: “La venta de cosa común por el comunero aislado”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 2, 1992, p. 180; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 101 y 104; 2000, p. 2531; “Disposición de bienes integrantes del patrimonio posganancial: Crónica de una confusa jurisprudencia”, *Revista de derecho patrimonial*, número 7, 2001-2, pp. 476-477; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: 2002, p. 116; SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 221.

(92) *Vid.* SSTS de 15 de marzo de 1945, 5 de julio de 1958, 3 de julio de 1981, 31 de diciembre de 1981, 27 de mayo de 1982, 5 de mayo de 1983, 14 de abril de 1991, 4 de octubre de 1991, 21 de mayo de 1992, 31 de enero de 1994, 9 octubre de 1997, entre otras.

(93) Dice la STS de 8 de marzo de 1965 que, disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, “si la venta de un bien común se hace por uno solo de los partícipes, su impugnación puede accionarla cualquiera de los demás en beneficio de todos”. Análogas SSTS de 20 de mayo de 1957, 4 de enero de 1965, 27 de marzo de 1989, 17 de febrero de 1995, 23 de enero de 2003.

Esta es la buena dirección, según señala la mejor doctrina (94). Como indica el profesor MIQUEL, es preciso distinguir entre el negocio obligatorio de finalidad traslativa y la enajenación. La venta, como negocio jurídico obligacional, puede ser válida, lo mismo que se considera válida la venta de cosa ajena (o parcialmente ajena) (95). Ahora bien, el efecto transmisivo, o efecto real, necesita de la tradición; hecho que sólo podrá verificar eficazmente quien es pleno propietario (96).

Y esta es la solución, con toda claridad plasmada por el legislador aragonés en el artículo 53 Lrem., a cuyo tenor:

1. La venta de cosa común por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos es válida y produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos, pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador.

2. El cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso (97). Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador (98) en petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte le es inoponible, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe (99).

(94) MIQUEL GONZÁLEZ: 1985, pp. 395-399; RAGEL SÁNCHEZ: 1992, p. 755; MÉNDEZ APENELA: 1992, número 2, p. 180; RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, pp. 101 y 104; 2000, p. 2531; 2001, pp. 476-477; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: 2002, p. 116; SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 221.

(95) Sobre la venta de cosa ajena, *vid.* RODRÍGUEZ MORATA, Federico A.: *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Barcelona, 1990; FERNÁNDEZ ARROYO: "El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena", RDP, 1992; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ OSORIO: *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.

(96) MIQUEL GONZÁLEZ: 1985, pp. 395-401; seguido por RIVERA FERNÁNDEZ: 1997, p. 105.

(97) Según afirma RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2000, p. 373), es criticable la tradicional flexibilidad del TS, que suele apreciar el consentimiento del otro cónyuge, prestado de forma tácita, con bastante facilidad, aunque se haya observado un mayor rigor en algunas sentencias recientes (*vid.*, por extenso, pp. 95-114).

(98) La demanda ha de dirigirse solamente contra el comprador, puesto que, si no se trata de anular el contrato, sino únicamente de constatar la inexistencia de mutación jurídico-real alguna, carece de sentido demandar también al cónyuge vendedor. No es preciso el ejercicio conjunto de la acción por los herederos (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: 2000, pp. 372-373).

(99) La STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004 (RDCA 2005-2006, marginal 1), en un caso de venta unilateral de títulos-valores de la comunidad posconsorcial que declara nula, añade: "sin que sea de aplicación el artículo 464 CC, según el cual la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, por cuanto el adquirente fue el hijo común, quien conocía perfectamente la separación matrimonial de sus padres, la situación conflictiva entre ellos y que las acciones pertenecían a la comunidad posmatrimonial".

3. *El comprador tiene contra el vendedor las acciones de incumplimiento y las demás que deriven de la compraventa.*

4. *Las mismas reglas se aplicarán en los demás casos de transmisión o disposición de bienes comunes a título oneroso.*

Este precepto, aunque colocado en sede de consorcio conyugal y sin una remisión expresa que lo haga también aplicable a la comunidad posconsorcial como la que existe para la disposición por causa de muerte (cfr. art. 73 Lrem.), es sin duda de aplicación tras la disolución del consorcio conyugal porque la analogía es total, porque la aplicación supletoria del régimen de la comunidad hereditaria (art. 75 Lrem.) conduce a la misma solución y, en última instancia, porque ésta es la solución que la mejor doctrina y jurisprudencia defienden para la comunidad posganancial del Código Civil (sin que se proponga la aplicación del 1.322-1 CC) (100).

Los artículos 93 y 94 RH no admiten la inscripción de los actos de disposición sobre bienes gananciales si no consta el consentimiento de ambos cónyuges. La Dirección General considera que no procede la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues la constitución de un derecho real sobre un bien concreto exige la unanimidad de los partícipes, siendo

(100) Esta misma solución —dice ROBLES LATORRE (1999, p. 811)— que hubiera sido técnicamente correcta para las enajenaciones realizadas por uno de los cónyuges durante la sociedad de gananciales sin el consentimiento del otro, sin embargo no ha sido acogida por el artículo 1.322 ni el 1.377, ambos del Código Civil, que sancionan dicho acto con la posibilidad de anulación del negocio a instancia del cónyuge no participante, anulabilidad que podríamos calificar como impropia, pues en verdad no hay ningún vicio en el consentimiento ni participa en el negocio ninguna persona incapacitada. Simplemente lo realiza quien no es el propietario único del bien enajenado.

Pero hay otra interpretación del artículo 1.322-1 CC que va en la línea de lo dispuesto por el artículo 53 Lrem.; ha sido defendida, con buenos argumentos, por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ en su monografía de 2000, en la que llega a la conclusión (2000, pp. 367-370) de que es preferible entender que el artículo 1.322-1 CC consagra la anulabilidad del “acto de disposición”, y, por tanto, la impugnabilidad del efecto dispositivo, sin prejuzgar la validez del contrato. La anulabilidad no es sino una inoponibilidad, puesto que la ineficacia se ciñe al efecto que se trata de evitar, el dispositivo, manteniéndose, por tanto, la vigencia de la regla contractual entre cónyuge vendedor y comprador. El cónyuge no contratante puede limitarse a desconocer el acto, cuya eficacia jurídica real no se ha producido, como confirman las normas hipotecarias sobre inscripción de los actos de disposición sobre bienes gananciales. No obstante, también puede ejercitar una acción con la finalidad de constatar la inexistencia de transmisión alguna a favor del tercero. E incluso cabe admitir la acción dirigida a invalidar el contrato, como reza el artículo 1.301 *in fine*, aunque todavía no se haya producido la entrega, a modo de medida preventiva dirigida a declarar que el contrato no se debe ejecutar, y entendiendo, por tanto, que el mismo se impugna por cuanto inicia o puede dar lugar a la realización del acto dispositivo, mas no como acto obligacional. El comprador, por su parte, cuenta con la ley de contrato para la reclamación oportuna a su contraparte y, en cualquier caso, queda colocado en la misma posición que cualquier comprador de cosa ajena en general.

necesario esperar a la liquidación de la comunidad posconsorcial para determinar si el bien concreto objeto de enajenación se adjudica al cónyuge enajenante y, sólo una vez que le sea adjudicado podrá inscribirse el bien a favor del adquirente (101). La doctrina parece correcta en cuanto a la inscripción, pero debería admitirse la anotación preventiva de la venta antes de que se practique la liquidación de la comunidad posconsorcial, como se hace en la venta de la cuota global.

B) Actos a título lucrativo.

Las donaciones de bienes comunes realizadas por uno de los cónyuges serán nulas de pleno derecho (cfr. arts. 55 Lrem. y 1.322-2 CC).

Aunque la filosofía de estas normas es la misma que la de las soluciones doctrinales y jurisprudenciales para los casos de infracción de las normas de disposición de cosas de la comunidad ordinaria, el Tribunal Supremo para el CC prefiere que se apliquen estas soluciones, sin citar las normas análogas de la sociedad de gananciales. Es lo coherente con lo dicho en el artículo 75 Lrem. Pero como las soluciones están formuladas con claridad y precisión para el consorcio conyugal, creo que no cabe olvidarse de lo en ellas dicho.

Señala la STS de 23 de enero de 2003 que “se ha alegado infracción de los artículos 1.322, párrafo segundo, y 1.378, ambos del Código Civil, que se refieren a la sanción de nulidad de los actos de disposición de los bienes gananciales a título gratuito por uno solo de los cónyuges sin consentimiento del otro, preceptos que aunque inspirados por la misma filosofía que los invocados como infringidos en el primero de los motivos [los arts. 397 y 399 CC], se refieren a la disposición de bienes de forma gratuita, hechas en momentos distintos: a saber, los preceptos invocados en el motivo primero hacen referencia a la disposición de bienes que han formado la comunidad de gananciales pero se enajenan una vez disuelta la referida sociedad y sin haberse liquidado, por lo que ese conjunto o masa de bienes, deviene en una comunidad ordinaria, de las que son titulares el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, o en su caso los dos cónyuges en los supuestos de separación o divorcio. Los invocados en este motivo se refieren a la disposición de los bienes gananciales, cuando esta sociedad no ha sido disuelta por lo que no son aplicables al

(101) *Vid.* Rs. de 8 de julio de 1991, 28 de febrero de 1992, 16 de marzo de 2002; B. MADRAZO MELÉNDEZ: 1991, p. 851.

Dice la R. de 28 de febrero de 1992 (A. 2881) que “no puede inscribirse, pues, la disposición por un solo cónyuge de un bien [pos]ganancial condicionada a la adjudicación de ese bien en la liquidación; pues, sin prejuzgar sobre su validez y alcance en el orden obligacional, carece de los requisitos necesarios para afectar a la titularidad”.

caso de autos, que por referirse la donación a bienes que integraron en su día la sociedad de gananciales, pero que disuelto el matrimonio, mientras no se liquide, como se ha dicho más arriba, conforman una comunidad de las que son cotitulares los herederos del cónyuge muerto y el supérstite; por lo que es claro que los preceptos aplicables al caso de autos son los concernientes a la comunidad de bienes, que fueron los que oportunamente se invocaron en el primero de los motivos”.

En el caso de la donación, por tanto, la solución por aplicación analógica de las normas de la comunidad matrimonial o de la comunidad ordinaria coincide. La solución de la nulidad es buena porque, a diferencia de la compraventa, la donación es un contrato que transmite la propiedad por sí mismo y ya conocemos que el partícipe donante no es propietario en exclusiva del bien posconsorcial. La STS de 24 de julio de 1998 argumenta que “la donación realizada por un coheredero, de un bien perteneciente a la herencia indivisa, sin el consentimiento de los demás es inexistente desde la perspectiva jurídica, por falta de objeto, al carecer el donante de la propiedad del objeto donado (*nemo dat quod non habet*)” (102).

6. Disposición de los derechos sobre un bien común concreto.

Por otra parte, si conforme al artículo 56-3 Lrem. (aplicable a la comunidad posconsorcial porque así lo dice el art. 73 Lrem.) un cónyuge puede legar los derechos que le corresponden en un bien determinado del patrimonio común, en cuyo caso el legado se limitará a una mitad indivisa del mismo o, si todo él se adjudica al otro cónyuge, al valor de la mitad al tiempo de la delación; y si, de conformidad con el artículo 70-2 Lrem., los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos pueden proceder contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre bienes concretos en la liquidación de la comunidad disuelta y no dividida, hay que afirmar que un cónyuge o partícipe puede disponer entre vivos de los derechos que le corresponden en un bien determinado del patrimonio posconsorcial (lo mismo cabe decir, vigente el consorcio conyugal), pero en tal caso, además de las otras consecuencias previstas en el artículo 53 Lrem., resultará que el comprador sólo tendrá derecho a una mitad indivisa del bien o, si todo él se adjudica al otro cónyuge o partícipe, a las acciones de incumplimiento y las demás que deriven de la

(102) En el caso de las donaciones, el régimen legal de ineficacia se justifica desde un punto de vista teórico, excluyendo de la donación el carácter obligacional y entendiéndola como acto de disposición, el cual, si falta su presupuesto necesario, el poder de disposición debe ser nulo (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: 2000, p. 369).

compraventa. En definitiva, igual que se admite la validez –aunque no la eficacia traslativa inmediata– de la venta de un bien concreto realizada unilateralmente por uno de los partícipes, cabe admitir la validez de la venta que un partícipe efectúe sólo de sus derechos sobre dicho bien (arg. *a maiore, ad minus*) (103).

La inscripción de este acto de disposición no es viable porque es necesario esperar a la liquidación de la comunidad para determinar si el bien concreto objeto de enajenación se adjudica en todo o en parte al cónyuge enajenante y, una vez que le sea adjudicado, podrá inscribirse la cuota del mismo transmitida a favor del adquirente. No obstante, debería admitirse la anotación preventiva de la venta o del embargo de los derechos sobre un bien concreto antes de que se practique la liquidación de la comunidad posconsorcial, como se hace en la venta o embargo de la cuota global.

(103) En este sentido, para el Código Civil, SÁNCHEZ GONZÁLEZ: 2002, p. 222, quien añade en nota 325 que, aunque en ese momento todavía no existe dicha cuota sobre el bien concreto, puede cobrar efectividad más adelante, con la partición.

AL OPOSITOR A NOTARÍAS

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. ¿CONSEJOS A QUIEN NO LOS PIDE? **I.** PREPARA SI TE GUSTA LO QUE HACES. **II.** SÉ COHERENTE; NO DESMAYES. **III.** SIN PRISA. SIN PAUSA. **IV.** MEMORIA. ENTENDIMIENTO. VOLUNTAD. **V.** ¿DÓNDE ESTÁN LOS TEMAS; LOS HAGO YO...? **VI.** SÍ, HAZ LOS TEMAS; ¿QUÉ ESTOY DICRIENDO? **VII.** DICTAMINA. **VIII.** COMPETENCIA NOBLE, LEAL. **IX.** UTILIZA EL INSTRUMENTAL A TU ALCANCE. **X.** SÉ OPORTUNO: ME PRESENTO, NO ME PRESENTO... UN FINAL SIN FINAL.

En su *Derecho Notarial*, dejó impresos José GONZÁLEZ PALOMINO los diez mandamientos del opositor. También COUTURE nos ha legado los del abogado, IRYGOYEN los del notario.

Hoy, y dado que ya existen estos decálogos, me permito dirigirme al opositor a notarías para darle unos *consejos básicos*.

No es un modo nuevo de orientar. “Cómo se hace una tesis” lo enseñó ya Umberto ECO y han retomado “la tesis doctoral” E. PHILLIPS y

D. PUGH ha poco. “Cómo aprobar oposiciones” SALAS PARRILLA. “Cómo hacer dictámenes” tiene la reciente autoría de M. GONZÁLEZ-MENESES.

Los *consejos* quieren guiar al que toma la noble decisión de preparar la oposición para *obtener el título de notario*. Ideas, fruto de la experiencia de quien ha pasado por ello (cuatro veces entre Libres y dentro del Cuerpo), que expongo con actitud de servicio, idéntica a la que asumo al seguir preparando a los opositores en y para el dictamen y el instrumento público.

No me piden (expresamente) los opositores estos consejos, pero los doy, como por ejemplo Adela CORTINA recomienda filosofar, pues –dice– la filosofía ayuda a reflexionar, a tener criterio propio, enseña a ser críticos, nos educa la capacidad creativa, a no conformarse con lo que hay. Hoy no se están empleando argumentos para convencer... Y Juan José LÓPEZ IBOR recomienda al enseñante que *reviva* ante el alumno su aventura intelectual para así estimular a que él encuentre *su* propio centro, sin imposiciones.

Hay otros consejos, los de MARTÍNEZ MOYA a sus alumnos de Murcia (los cuenta Jaime CAMPMANY). Derecho tiene tres salidas magníficas: ganar unas buenas oposiciones, el ejercicio libre y casarse con mujer guapa y rica (yo he hecho las tres). Ahora vamos a los consejos míos.

I. Dedícate a lo que te gusta

No prepares esta oposición si las materias objeto de estudio no son de tu gusto. Esto lo primero y ante todo: “se lo he prometido a mi padre; es que así resolveré mi vida, pero...”. No sigas.

A mí me gustó el Derecho Civil –mucho representó en ello el catedrático de la asignatura– luego el Derecho de sociedades. Por ello –y aunque el Penal tenía su atractivo...– me compré los programas de notarías, de registros y el de judicatura. Elegí el primero; lo completo que era en Derecho Privado, el ejercicio profesional..., fueron decisivos y al programa me dediqué, exclusivamente al de notarías.

La vocación vino después. Decía GONZÁLEZ PALOMINO: a mí lo que me gustaba era ser marino de guerra, pero... la llamada de Dios está impresa, y va calando cuando se pone en práctica lo que ha constituido durante años la constante de afanes, dedicación, esfuerzo, sacrificio, sin duda alguna.

II. Sé coherente con constancia, sin desmayar

La oposición es de larga duración, prepárala porque te gusta lo que estudias; has elegido esto, sé coherente (“este tema es un rollo, no lo estudio”; eso jamás). Va para largo, pues aprovecha el tiempo con plan y método (“odos” – camino) de estudio y de descanso (“¿tienes novia?”, me preguntó mi preparador; “no, ¿por qué?”; “por nada, pero si no la tienes no busques tenerla; dedícate a esto y cuando apruebes ya tendrás tiempo...”). Pero, insisto, elige tú (Fernando ARGENTA revela cómo la familia de TCHAIKOVSKY –al que le gustaba la literatura y era melómano– decidió que fuera abogado). Yo “iba para médico”, pues era lo que en los años cincuenta predominaba y la querencia, al menos en mi casa, era clara, pero cuando consideré que tenía más condiciones para “las letras”, mis padres no se opusieron y con esfuerzo siguieron pagando mis estudios; ¡Benditos padres que se sacrifican en todo lo necesario para que a los hijos no les falte de nada, de lo imprescindible; cómo contribuyen con su ejemplo a responsabilizarnos!

III. Prepara sin prisa, sin pausa

Yerras si preparas sin planteamiento temporal: no calientes la silla sin más. No te *adormezcas*: que te exija el preparador un mínimo semanal de temas. Acabarás de lo contrario con la cabeza ardiendo y la juventud se habrá ido para no volver “*Tempus fugit; breve est*” ... Y no te tomes “una semana” de holganza de vez en cuando. Hazme caso.

Yerras si preparas precipitadamente: aunque estés dotado de *supermemoria*, asimila, entiende, digiere, pregunta y no sigas dejando cuestiones, dudas importantes sin tenerlas claras. Aprobarás cuando corresponda, pero si no lo consigues, lo estudiado bien, lo asimilado, será tu baza en el ejercicio profesional o en la actividad que desarrolles basada en lo aprendido. No habrás perdido el tiempo, salvo que lo hayas empleado mal, por *invertir* demasiado para el resultado obtenido.

IV. Memoria. Entendimiento. Fuerza de voluntad

Algo se ha dicho ya de las potencias del alma puestas en movimiento para preparar notarías.

Ejercita la memoria. No me refiero a tomar “Fósforo Ferrero” o similares: el tiempo es implacable y los temas hay que decirlos; ¿cómo aprenderse artículos tales como...? Aprendiéndotelos, no es imposible. Cuando fui a la academia y le dije al preparador que había obtenido el primer

premio extraordinario de la licenciatura valentina –promoción 1956-1961–, me espetó: “no confío en los premios..., siempre me han defraudado como opositores”. Días más tarde no me salía: “es también donación la que se hace a...”. Al terminar el tema (nunca lo interrumpía, lo que demostraba que sabía su papel y respetaba al opositor) me recordó lo de “siempre me han defraudado...”. Reaccioné pensando para mis adentros: “voy a saberme los artículos mejor que usted” (seguro que lo que él quería al *zahirirme*, era espolearme, estimularme para lograr que tuviera precisamente *ese* propósito, por y para mi bien).

Para aprender artículos imprescindibles “agárrate a la pared con las ventosas de tus dedos”: ac-ar-ca-ce-po-ce (art. 1.280), ca-ca-re-co-ena-co-di... (antiguo artículo de necesidad de autorización del Consejo de Familia); cuando el testador haga... (inicio del art. 1.056). ¿Cómo acordarse de ese peculiar comienzo?, pues acordándome de Claudia Cardinale –no te sorprenda–: la canción “dime *cuándo* tú vendrás, dime *cuándo*, *cuándo*, *cuándo*”, estaba de moda en los años sesenta (película “La chica con la maleta”, con Jacques Perrin). Y así... ¡Esto es de locos!, dirá más de uno al leer lo anterior. O lo tomas o lo dejas, contesto (un caso más: las tres “C” de la definición latina del matrimonio, de MODESTINO. ¿Hay que aprenderse las *doce villas*?, “mejor sí”, pues a por ellas, que son once más el entrenador del equipo y están puestas por orden alfabético: Bermeo, Durango, Ermúa... y así hasta doce).

Y además de la nemotecnia, de la imaginación puesta al servicio de que el artículo del Código Civil tiene que fijarse *in mente*, la Ley Hipotecaria aprenderse de memoria (no toda. El preparador me puso en el “aquí interrumpí la lectura” de la Ley, los artículos que tenía que saber de memoria y me dijo: “buen verano”). No te dejes vencer por lo domizable: en ocasiones preceptos legales –espléndidos en su *ratio*, farragosos en su dicción, como el actual 831– necesitan imaginación y técnica jurídica: “en el CASTÁN” se nos enseñó (¿por qué no se ha actualizado una obra hecha para preparar notarías como la de don José?) la sistemática precisa: el concepto, el fundamento, la naturaleza, los elementos personales; los reales –objeto-contenido– y la forma; para a continuación tratar de los efectos: *pendente* el ejercicio de la fiducia conyugal, existente y deficiente; y la extinción. Sistematiza el precepto y explícalo así.

Y apréndete los artículos leyéndolos bien y entendiéndolos: “... muertos sin posterioridad”, traducía un opositor al memorizar el artículo 812. Al terminar de decir el tema, le pedí que leyera el precepto del Código Civil, y él seguía leyendo: “*posterioridad*”; el término “posterioridad” (idéntica raíz etimológica, buen lenguaje legal) ... no lo había captado y su mente se negaba a leer lo que la letra de la Ley dice y en el texto debía leer, pues correcto era.

V. ¿Dónde están los temas; los hago yo...?

Lee, al menos lo fundamental, en su origen. Leer libros, ¿cuántos sobre una materia, institución, figura jurídica? GONZÁLEZ PALOMINO aconseja leer diez veces un libro y no diez libros una sola vez. Me permito apostillar: lee el libro de cabecera –si existe– pero también al menos otro de garantía (diez veces el primero, una o dos el segundo).

VI. Hazte los temas. ¿Qué estoy diciendo?

Discos ni de vinilo; rollos sin autoría fija que “de mano en mano van”, deséchalos. Sin pasar al otro extremo: estoy haciendo los temas, *luego ya los aprenderé*. Cuando “los hizo” estaba tan cansado que no siguió adelante, más al ver que los temas no estaban acabados, hechos (no lo están ciertamente nunca).

Los temas se van haciendo a lo largo de la oposición. Sobre un esquema base, sobre unas directrices claras y sólidas –con el articulado legal en primera línea– las vueltas que se van dando, lejos de marear van consolidando la columna vertebral de la pregunta, de los temas, de la institución jurídica. En definitiva, los temas se hacen aprendiéndolos.

¿Cuántas vueltas le has dado ya al Civil, al Mercantil, al...? Yo qué sé: lo que importa es ir fijando la institución jurídica y las vueltas y revueltas son su medio instrumental, sólo eso y nada menos que eso (el maestro machaca, que decía PALOMINO).

Un opositor, hablando de los temas me decía hace más de cuarenta años, “es como los platos que con el palito trato de mantenerlos en movimiento. Son muchos y tengo que estar siempre atento para que no caigan o se desequilibren”. Por eso hay que empezar con pocos e ir aumentando, volviendo la vista atrás.

Dedica unas horas al final de la semana a repasar y reposar lo estudiado durante ella. Y... descansa al menos una tarde semanal. Cierra todo y *vuela*.

VII. *Dictamina*: ejercítate en escribir aportando respuestas, y razonándolas en Derecho

¿Cuándo? Si tienes un preparador de verdad (un opositor al que cogí ya quemado pero hice de bombero y no se derrumbó la casa, me decía que el preparador que había tenido le escuchaba en ocasiones los temas “mientras practicaba tenis”; o sea, entre bola y bola), él te dirá cuándo

debes empezar y cómo (con notas-dictamen, mini dictámenes, dictámenes de seis horas), y así lo que asimiles, lo razonado por ti, lo aplicarás a los temas de los ejercicios orales y te ejercitarás escribiendo (“ni a mi padre escribo”, me decía un opositor hace muchos años); sí, escribirás y aprenderás a escribir con lenguaje jurídico escrito y serás corregido en los giros, las expresiones, las vulgaridades lingüísticas y... la ortografía (en un ejercicio escrito de la oposición de notarías la falta del dictaminante era tan garrafal ortográficamente y el dictamen tan correcto en lo jurídico, que un miembro del Tribunal calificador le comentó: “merece Ud. aprobar notarías, pero... no ha merecido aprobar el Bachillerato”).

El entendimiento ha de prevalecer en el dictamen al enfrentarte a la cuestión problemática: un dictamen –enseñaba GONZÁLEZ PALOMINO– no es un ejercicio oral puesto por escrito. Es la solución, la respuesta que el jurista da a la cuestión de hecho planteada, razonada, argumentada, fundada en Derecho (y “sometiendo mi dictamen a cualquier otro *mejor* fundado en Derecho”). ¡Ah!, y el argumento jurídico no es citar autores sin más; esto no denota inteligencia, sino memoria (buena o mala; pues ¿saben de un opositor que siempre citaba a “Pampaloni”?).

Y así como debes ir en grupo para los orales, escuchando a los compañeros, atento a la corrección de los temas por el preparador, el dictamen hazlo solo, pero que se te corrija en compañía: se es corredor de fondo por la naturaleza de la oposición, pero la carrera tiene a la vez muchos competidores en la línea de salida: ellos te espolearán constantemente a superarte; hasta el “farolillo rojo” aprueba, pero no llegues después que éste.

Parto de la premisa de que tienes un preparador (uno, no varios, pero uno siempre). Un *director*; no te creas *supermán*.

VIII. Competencia noble, leal

Sé compañero de tus iguales, no enemigo: tus enemigos –decía agudamente GONZÁLEZ PALOMINO– son los temas, combátelos hasta doblegarlos y mantén el pulso dominándolos, pero con los compañeros colabora porque son compañeros de fatigas. ¿Qué estoy diciendo?: haz labor de equipo, distribuye fichas, sentencias... con los demás del grupo –en los orales, en los ejercicios escritos–. Vence, en fin, ese pecado capital del español, el individualismo exacerbado (ser “como Juan PALOMO”, dice Fernando DÍAZ-PLAJA). Podría poner “ejemplos” que he vivido y padecido.

IX. Utiliza todos los medios a tu alcance

El ordenador, Internet y todo medio inventado o que se invente y sea útil, pero si escribes *a mano* notarás la diferencia. Puede que esto no convenga a muchos (hace días, en una reunión informal, un catedrático comentaba: “con los medios de hoy «las lecciones orales, no digamos las magistrales», no tienen ya razón de ser”). Para llorar; el profesor, el preparador, el que el dictamen corrige, ha de hacerlo “boca a boca” y el que dictamina, hace guiones, esquemas, preguntas, lo mejor es hacerlos a mano (desde luego, el dictamen que siga así, *manuscrito*). Hace años Julián MARIAS advertía acerca del peligro de la cibernética sobre la mente. Alex GRIJELMO advierte: “el virus informático ataca a los genes”. Umberto ECO enseña que el lenguaje de la imagen debe llevar a la reflexión crítica y no invitar a la hipnosis, y ha poco Juan Manuel DE PRADA decía lo que yo no sé expresar tan bien, tan claro, tan perfectamente como él: escribir a mano, amén de haberme deformado y encallecido los dedos pulgar e índice (algo hundidos tengo los de mi mano derecha; menos mal que un maestro de la raqueta me curó el “codo de tenis”), me produce la sensación de que me implica por completo, como si fuese una transfusión de sangre que, apenas desalojada de mis venas, se metamorfosea en la tinta del bolígrafo (pluma fuente en mi caso). A mano –termina diciendo– sigo escribiendo mis textos más estrictamente creativos (Dominical, ABC).

Y –como enseñó JUAN DE VALDÉS: el hablar bien castellano consiste en decir lo que se quiere con las menos palabras posibles que podáis. No olvides el consejo de AZORÍN: “escribe como hablas, pero... habla bien” (de *El lenguaje jurídico actual* sabe mucho Luis María CAZORLA, en cuya obra –E. ARANZADI 2007– echo de menos el recuerdo de: “la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”, que la legislación notarial plasma, enseñando al notario cómo debe redactar los instrumentos que autoriza; sí, autoriza y no *hace*, como dice que hacen los notarios escrituras GARCÍA DE ENTERRÍA en su espléndido Prólogo a la obra que cito; aunque en su descargo recuerdo la gráfica expresión de Rafael NÚÑEZ LAGOS: notario es el que hace escrituras).

Y para aprender a dictaminar empieza por dejarte guiar por Maestros: Clemente DE DIEGO, HERNÁNDEZ GIL, DÍEZ COBEÑA, Antonio MAURA, Joaquín GARRIGUES (¿sabes la influencia de su Derecho Mercantil en el inicio vocacional de Miguel Delibes?; él lo ha contado).

En fin, mucho se habla ahora de la “generación Einstein”. En el diseño que se hace destacan los expertos: lo saben todo sobre Internet; están más capacitados para “leer” imágenes que libros; acceden a tanta información que no distinguen lo importante de lo que no lo es...

X. Sé oportuno. Preséntate con la decisión madurada

Preséntate a la oposición, fírmala en su momento oportuno: ¿cuándo? El preparador te aconsejará, pero respetando su opinión, no estás en un cuartel. No te dirá: “si te presentas y suspendes –que vas a suspender– no vuelvas a mí”. Si tú decides presentarte (ya eres mayorcito) hazlo cuando consideres que tienes posibilidad de aprobar, aunque sea con escasa puntuación. El Tribunal merece un respeto y tú hazte respetar (evita hacer el ridículo: “voy a presentarme y decir un tema por lo menos, a calentar silla”). Por lo que si ensayas a base de ejercicios completos (haz muchos; entre sus ventajas, una elemental y que es clave: te caerán temas a la hora de la verdad que antes *has cantado* en los ensayos generales), verás qué diferencia, cómo las neuronas funcionan repentizando lo que días antes ensayaste a sala *vacía*; verás cómo al oírte otra vez tú mismo, lógicamente la canción sonará mejor y es que se hace camino caminando. Escruta –decía CAJAL– tu cerebro. El del preparador ya se lo machacas bien, pero hazlo; para eso está.

En fin, los que hicimos la milicia universitaria y en los veranos dedicamos horas de asueto a preparar notarías, sabemos que en táctica militar hay que preguntarse: a dónde, por dónde, cómo y cuándo.

Un final sin final

Cada uno debe contar sus vivencias y así lo hago: me presenté la primera vez y aprobé el primer ejercicio (todo el programa), con 23 años. Puntuación, la mínima, 30,01 y los miembros del Tribunal –a los que fui a saludar uno a uno y no faltó nadie a mi petición de audiencia– me animaron a continuar... preparando la oposición. “No aprobarás”, me dijo uno de ellos (pocas plazas y yo un imberbe; “adelante el benjamín de la oposición”, fue el saludo de LACRUZ BERDEJO al abrir la puerta corredera de su biblioteca cesaraugustana), pero no te preocupes, sigue (Fernando DE LA CÁMARA ROCHA, notario, entonces, de Tudela). Es usted el caso más claro de notario que he visto (perdón por exteriorizarlo, pero lo recuerdo perfectamente y así lo escribo; el afirmante, Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien años después, en una de las oposiciones entre notarios, siendo otra vez miembro del Tribunal, me admonizaba: hay siempre algún punto en sus ejercicios que no acaba de convencerme, creo que le falta...).

¿Tiene o no *categoría* la oposición a notarías y la entre notarios? Yo, desde luego, puedo asegurar que cuando lo he hecho bien he aprobado, y

suspendido o no lograda la meta propuesta cuando he tenido “mala tarde”. Que inventen otro sistema mejor para calibrar *la excelencia*.

Capítulo I. El II es que al recibir merecido vapuleo en el dictamen de Zaragoza (no me enteré de “aquella sociedad civil”; años después he escrito sobre la figura y la he aplicado en algún caso real de “puesta en común para obtener ganancias”, por padres, hijos, hermanos, compañeros de trabajo, ...) y tener que volver a los temas (con muchos kilogramos de más, que afortunadamente fueron desapareciendo con algo de deporte y menos sobrealimentación), los meses transcurridos habían dejado huella: no me acordaba de los temas (exageraba entonces, pero lógicamente, algo en mi interior hacía que me resistiera a retomar el oral). Gracias a Dios prevaleció la voluntad y me fui percatando de lo que el entendimiento había ganado: las ideas maduras, la experiencia ganada la fui aplicando a los temas, que entonces sí, poco a poco, fui haciéndome, con estilo y personalidad propias (esquemas personales, poner énfasis en aspectos problemáticos a resaltar, saber apuntar cuestiones que “por falta de tiempo no es posible desarrollar”); temas actualizados con visión de alcance práctico en definitiva. Muchos de ellos recibieron así la experiencia ganada en la batalla perdida.

Resumiendo, la juventud al servicio de una meta ilusionante. Ha valido la pena, de verdad y lo digo hoy en la edad dorada de la jubilación.

Cuando un día, en el desaparecido diario “YA”, el chiste de *Dátile* dibujaba a un señor talludito, con gafas gruesas que a su oronda madre –que calcetaba– le decía gozoso: “mamá, mamá, he aprobado notarías” y recibía por respuesta de la mamá, que asomaba las pupilas por encima de sus anteojeras, “¡qué bien hijo!; ahora, ¿por qué no te vas a jugar un poco?” (¿traducción maternal del “*mens sana in corpore sano*”?), no lloré, recorté el chiste y lo conservé en mi leonera hogareña, hasta que en un raid de limpieza casero debió de ir a la basura, pero ha quedado impreso *in mente*. Y es que –como PALOMINO aconsejaba–: no hay que ponerse en la vida innecesariamente serio y menos enfadarse.

Ítem más. Claro que hay más, más y mejor, más y con mayor profundidad: ¿un preparador; qué hacer si no me convence el preparador; más de un notario (siempre y solo notario) que ponga dictámenes?, ¿cuándo empiezo a hacerlos, cuántos? ... Y si la cosa no sale a la primera: saber perder, y “beguin to beguin”. Vale por ahora.

**PARCELACIONES FRAUDULENTAS
Y FUNCIÓN NOTARIAL**
**[Artículo 17.2 del Texto Refundido
de la Ley del Suelo (TRLRHL) vs. artículo 66.2
de la Ley de Ordenación y Urbanismo
de Andalucía (LOUA)]**

VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS

Notario

SUMARIO: I. HACIA UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE LA PARCELACIÓN. II. INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES. III. DIVISIONES HORIZONTALES. IV. LA VENTA DE CUOTAS INDIVISAS. V. FUNCIÓN NOTARIAL Y CONTROL DE LEGALIDAD URBANÍSTICO.

I. Hacia una concepción amplia de la parcelación

La generalidad de las legislaciones autonómicas, al regular la parcelación, establecen una serie de normas y controles para garantizar la regularidad urbanística de este tipo de acto. En este sentido, se exige que toda

parcelación sea conforme con la legislación urbanística autonómica aplicable, lo que afecta también a las parcelaciones en suelo rústico que no sólo tienen que respetar la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, sino también las disposiciones que, con carácter imperativo, establece la legislación urbanística. Así, el artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, establece en su inciso primero que *“La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística”*. Con la misma orientación, el artículo 66.3 de la Ley 7/2002, de Ordenación y Urbanismo de Andalucía, prescribe que *“Toda parcelación urbanística deberá ajustarse a lo dispuesto en esta ley y a las condiciones que establece la ordenación urbanística de los instrumentos de planeamiento”*. Esto implica que, sea cual sea el tipo de suelo sobre el que se realice el acto parcelatorio, existe un control plasmado en la necesidad de licencia de parcelación o, en sentido negativo, la declaración de su innecesariedad.

Por otro lado, se vincula la posibilidad de parcelación al destino natural de cada tipo de suelo. De este modo, si, como dispone el artículo 13.1 TRLS, el suelo rural tiene como destino propio el uso agrícola, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales, resulta lógica la prohibición contenida tanto en el artículo 13.2 TRLS como en el artículo 68.2 LOUA: están prohibidas, bajo sanción de nulidad de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas en suelo rústico. En éstos, salvo que se transforme el suelo, sólo caben las parcelaciones rústicas, que son aquellas en las que las fincas resultantes siguen conservando una utilidad “rural”. Por eso el artículo 66.1 b) LOUA considera parcelación urbanística *“En terrenos que tengan el régimen propio del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”*. Esto es lo que preocupa al legislador: que pese a no ser posible la parcelación urbanística en suelo rural, por la propia naturaleza del suelo, en la práctica se esté produciendo una parcelación contraria al ordenamiento urbanístico.

Además, se impone, como garantía del buen orden urbanístico, una conducta determinada a notarios y registradores en relación con esta exigencia. En efecto, como consecuencia del control de legalidad que ambos funcionarios ejercen, el artículo 17.2II TRLS establece que en las escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán para autorizar la misma y los registradores para inscribir el título *“La acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a*

que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable". En la legislación andaluza, el artículo 66.4II LOUA dispone al respecto que *"No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente"*.

Pero quizá la principal novedad que introduce la legislación autonómica y en particular la andaluza, es la recepción de un concepto amplio de parcelación, que no sólo tiene en cuenta los casos típicos de división o segregación de fincas, sino que se extiende además a otros actos que encubren una verdadera parcelación. Estos supuestos de parcelación encubierta no dejan de ser una manifestación del fraude de ley, puesto que al amparo de actos formalmente irreprochables se persigue eludir los controles y prohibiciones impuestos por la legislación urbanística. Y, en aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, también en estos casos resultará exigible la licencia de parcelación o la declaración de su innecesariedad.

Sin embargo, el control notarial y registral de estos mecanismos de fraude no está exento de dificultad. La causa no sólo radica en la mayor o menor complejidad de estas operaciones jurídicas, sino en la naturaleza y límites del control ejercido por estos funcionarios. Pues aunque resulta claro que la potestad de autorización del notario y la calificación del registrador se extienden a los actos en fraude de ley, el problema reside en su ámbito competencial, pues no podemos olvidar que ni el notario ni el registrador son policías, ni menos aún jueces, ni su actuación se desenvuelve en un proceso dotado de todo tipo de garantías para el ciudadano. De esta limitación intrínseca de su control de legalidad (potestad de autorización y calificación, respectivamente) derivan muchas dificultades para ejercer su labor con plenitud en el ámbito urbanístico.

No obstante, esta limitación no puede oscurecer la importante labor de control ejercida en el seno de la llamada seguridad preventiva, pues ésta no es más que una pieza más del engranaje de control que establece la legislación urbanística y que, en última instancia, atribuye a los ayuntamientos la labor de policía urbanística y de control de las parcelaciones encubiertas. Esto es, por más que un notario se niegue a autorizar una escritura por tener la evidencia de que encubre un fraude o por más que el registrador comunique al ayuntamiento la posible existencia de una parcelación ilegal, corresponde a los poderes públicos competentes reaccionar frente a la presunta ilegalidad urbanística por medio del expediente de disciplina urbanística correspondiente. En suma, ni notarios ni registradores pueden arrogarse funciones judiciales o administrativas que corresponden a otras instituciones.

Las dificultades expuestas para el control notarial de legalidad o potestad de autorización hacen necesaria, a mi juicio, una revisión de la doctrina sobre las parcelaciones encubiertas, cuestión que ha sido objeto de atención preferente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente. Para ello y por razones obvias, he tomado como punto de referencia el artículo 66.2 LOUA, un precepto pionero en esta materia y que luego ha sido recogido en la legislación estatal. En efecto, el artículo 17.2 TRLS señala que *“Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva”*. El artículo 66.2 LOUA, por su parte, dispone, después de la reforma operada por Ley 13/2005, que *“Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística, aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas o de una acción o participación o derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de que se trate”*. Nótese la dualidad normativa existente, consecuencia de la problemática delimitación de competencias en materia urbanística, que nos obligará en todo caso a hacer una interpretación integradora de ambos preceptos.

II. Interposición de sociedades

El primer supuesto de parcelación encubierta que estudiaremos será la “interposición de sociedades”. Recordemos los textos legales: según el artículo 17.2 TRLS hay parcelación en *“la constitución de asociaciones y sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva”*; y según el artículo 66.2 LOUA cuando *“mediante la interposición de sociedades... puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble...”*. Como acabamos de comprobar, la redacción del precepto no es del todo coincidente, pero al menos queda claro que la simple constitución de una sociedad a la que se aporte un bien inmueble no supone una parcelación encubierta, puesto que es preciso, además, la concurrencia de un requisito

adicional, cual es que la cualidad de socio lleve consigo la utilización exclusiva de una parte individualizada de la finca. No obstante, la finalidad del legislador quizá nos obligue a precisar algo más sobre el alcance de la norma.

En primer lugar, hay que analizar qué tipo de acto genera la parcelación ilegal, pues la legislación estatal se refiere a la “constitución” y la ley andaluza a la “interposición”. Resulta peligrosa la delimitación que hace la legislación estatal, en la medida en que la norma, como todo precepto prohibitivo, debería ser objeto de interpretación estricta. Por eso hay que acudir a la interpretación finalista y defender que con carácter general (y no sólo en las legislaciones autonómicas que, como la andaluza, lo contemplan expresamente) siempre que haya “interposición” y no mera “constitución” resultará aplicable la norma. Esto es, también se aplicará en casos de aumento de capital con aportación de la finca. Tampoco es necesario que la sociedad se haya constituido *ad hoc* para el fraude, pues se puede utilizar una sociedad preexistente. En definitiva, lo relevante no es el tipo de acto “formal” que realice la sociedad, sino la finalidad perseguida por los socios. Nótese, además, cómo el legislador andaluz, con buen criterio, emplea una expresión ya consolidada en el Derecho de sociedades y que recuerda a la doctrina del levantamiento del velo, que no es más que una aplicación del fraude de ley en el ámbito societario. Pues en rigor lo que hace el legislador es precisamente eso: desestimar la personalidad jurídica utilizada por los socios para eludir la normativa urbanística y atender a la realidad material subyacente y a los verdaderos intereses en juego.

En segundo lugar, conviene detenerse en el tipo de entidad afectada por la norma, pues la ley estatal se refiere a “*sociedades o asociaciones*” y la ley andaluza sólo a “*sociedades*”. De nuevo, se plantea el conflicto entre la interpretación estricta de una norma prohibitiva y la interpretación finalista del precepto, que, también en este caso, debe triunfar. Por tanto, cualquier sociedad, civil o mercantil, o cualquier asociación, debe ser objeto de control. Quizá el problema resida en el diferente grado de intervención que el notario puede ejercer sobre una asociación y sobre una sociedad, pues la sociedad civil con aportación de inmuebles se constituye en documento público (art. 1.667 del Código Civil) y en las sociedades de capital la escritura pública también es elemento constitutivo. En cambio, la asociación se constituye por mero acuerdo de los asociados, teniendo desde ese momento personalidad jurídica. No obstante, en los casos de adquisición de inmuebles, si la asociación pretende inscribirla en el Registro de la Propiedad, será necesario el documento público y es entonces cuando se activará el control de legalidad urbanístico del notario.

Para terminar con esta forma de parcelación encubierta, es preciso que la cualidad de socio o asociado atribuya un derecho de uso exclusivo so-

bre una parte individualizada del terreno. En este caso, el problema para el notario puede ser la forma utilizada por los socios para organizar jurídicamente el fraude. Resulta claro que si los socios, en la escritura o en los estatutos, proceden a parcelar ilegalmente una finca aportada por un socio o adquirida por la sociedad, el notario debe exigir la licencia de parcelación, que acompañará a la escritura de constitución, ampliación de capital o modificación de estatutos, denegando en caso contrario su ministerio. Ahora bien, su intervención será imposible si los socios regulan los pactos parcelatorios por medio de pactos parasociales que, en la práctica, se formalizan en documento privado y que el notario desconoce. Si los socios proceden de esta manera, el fraude será indetectable para el notario y para el registrador, aunque el acto sigue siendo nulo desde el punto de vista urbanístico, no se convalida con la inscripción (art. 33 de la Ley Hipotecaria) y la administración competente puede ejercer plenamente sus facultades de policía urbanística.

III. Divisiones horizontales

El segundo supuesto objeto de nuestro estudio es la división horizontal, contemplado expresamente en la legislación andaluza, pero no recogido por la legislación estatal en el reciente artículo 17.2 TRLS. Silencio un tanto sorprendente, sobre todo teniendo en cuenta la abundante doctrina emanada de un órgano de la propia Administración General del Estado como es la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por eso me parece necesario un breve repaso de esta doctrina administrativa, como paso previo a la exégesis del precepto.

La DGRN ha diferenciado tres supuestos distintos en orden a valorar si existe o no parcelación encubierta: la división horizontal “simple”, la división horizontal “tumbada” y el “complejo inmobiliario”. Así, en la Resolución de 27 de enero de 2006 (BOE 10 de marzo) se plantea el supuesto de división horizontal sobre una parcela de terreno rústico y diferencia los tres casos enunciados. El Centro Directivo comienza diferenciando la competencia de la Comunidad Autónoma, que puede exigir licencia para un acto de naturaleza urbanística, y del Estado, que fija en qué casos debe acreditarse la licencia para que el acto pueda ser documentado públicamente e inscrito. Y señala que “en principio, la constitución de un régimen de propiedad horizontal no encaja en el concepto de parcelación urbanística, a menos que exista una normativa sustantiva que así lo disponga, como la ley andaluza”. El argumento fundamental es que en la división horizontal “simple” el suelo no se fragmenta porque es elemento común. En cambio, en el complejo inmobiliario, como no hay un ele-

mento común esencial como el suelo, sino elementos comunes accesorios vinculados *ob rem*, como viales, instalaciones o servicios, se produce la parcelación ilegal (como ya indicaron las Resoluciones de 10 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2004). En fin, la división horizontal “tumbada” es algo más problemática, pues en la resolución que comentamos parece dar a entender que no hay parcelación ilegal en la medida en que “se mantiene la unidad jurídica de la finca y no hay división o fragmentación del terreno... sin que tal unidad se vea alterada por la asignación del uso exclusivo de porciones de solar no ocupadas por la construcción”. Sin embargo, la Resolución de 16 de julio de 2005 entiende que es necesaria la licencia de parcelación “dado que las fincas creadas tienen una autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos e independientes entre sí...”.

Analizada la doctrina del Centro Directivo, quizá tengamos una base más sólida para identificar cuándo es necesaria la licencia. Ante todo, creo humildemente que la división horizontal no sólo constituye un caso de parcelación encubierta en Andalucía (o en las autonomías cuya legislación urbanística también contempla este supuesto). La norma andaluza sólo hace aplicación de la doctrina general del fraude de ley y, por tanto, si de la división horizontal resulta la existencia de una parcelación ilegal procederá exigir la licencia, cualquiera que sea el lugar donde se realice el acto. Y esto pese al silencio que mantiene el artículo 17.2 TRLS.

Un segundo aspecto que debemos tener en cuenta es que, al igual que en el caso de interposición de sociedades o venta de cuotas indivisas, no basta con que se formalice una división horizontal, sino que es preciso que en la estructura de la misma se atribuya a cada propietario el uso exclusivo sobre una parte del terreno, sea cual sea el mecanismo jurídico utilizado, por ejemplo, por medio de anejos o cláusulas de uso exclusivo establecidas en los estatutos de la propiedad horizontal.

Además, no debemos perder de vista la finalidad de la norma. Así, para las parcelaciones que se hagan en suelo rústico, se pretende evitar con esta norma la “*formación de nuevos asentamientos*”, que se puede entender como la agrupación de edificaciones susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes (art. 178 de la Ley aragonesa). Imaginemos una finca rústica incluida en una herencia, en la que se declara una edificación y los herederos, en vez de adjudicarse la misma por partes iguales, dividen horizontalmente la edificación en tantos elementos como herederos haya. ¿Realmente aquí hay peligro de formación de un núcleo de población? Me parece claro que no.

En cuanto a los distintos casos de división horizontal, la Resolución de 27 de enero de 2006 llegó a una conclusión que no me parece aceptable, pues afirmó que en aquellas comunidades cuya norma hacía mención

expresa a la “división horizontal” resultaba necesaria la licencia de parcelación y, en cambio, en el resto de comunidades no hacía falta porque el suelo sigue siendo elemento común. Ante todo, me parece evidente que en Andalucía (y casos similares) la división horizontal “simple” en suelo urbano no requiere licencia. Frente al tenor literal de la norma prevalece la finalidad de la misma, que es evitar la fragmentación del terreno en dos o más partes sin control administrativo. Pero tampoco me parece correcto decir que en toda división horizontal “simple”, como se mantiene el suelo como elemento común, se excluye la parcelación ilegal. Creo que si a través de anejos o de cláusulas sobre el uso en los estatutos el suelo se está utilizando de forma independiente y exclusiva por distintos propietarios, la división horizontal hace tránsito a la “tumbada”, supuesto en el cual me parece exigible, por las razones que ahora explicaré, la licencia de parcelación. En definitiva y resumiendo mi postura: i) la división horizontal puede constituir una parcelación encubierta en cualquier lugar del territorio nacional, aunque no lo contemple su legislación urbanística de manera específica; ii) habrá que tener en cuenta el tipo de división horizontal, porque no toda división horizontal “simple” constituye parcelación fraudulenta, que debería reservarse a los casos en que, por la configuración técnica de la división horizontal, haga tránsito a la división horizontal “tumbada”; y iii) en la duda, hay que inclinarse por el efecto más débil, es decir, por considerar que no hay parcelación porque la división horizontal en principio se caracteriza porque mantiene la unidad de parcela.

A diferencia de la división horizontal “simple”, creo que la división horizontal “tumbada” y los complejos inmobiliarios constituyen casos de parcelación encubierta en los que hace falta licencia de parcelación. En relación con los conjuntos inmobiliarios, resulta aceptable la doctrina de la DGRN antes expuesta. En cuanto a la división horizontal “tumbada”, no sólo me parece claro que estamos ante una parcelación encubierta, sino que creo que es el supuesto que contempla el legislador andaluz (y los que siguen su criterio). Recordemos que el Centro Directivo llega a sostener que no hay parcelación ilegal porque se mantiene la unidad jurídica de la finca y no hay división o fragmentación del terreno, sin que tal unidad se vea alterada por la asignación del uso exclusivo de porciones de solar no ocupadas por la construcción. Por el contrario, el criterio determinante no es un criterio jurídico-civil, sino urbanístico, de modo que cualquiera que sea la forma jurídica utilizada por las partes, si de hecho se produce la fragmentación del terreno en varias partes, aunque sobre el papel se mantenga la unidad de la parcela, hay parcelación encubierta y el notario tendrá que exigir la correspondiente licencia de parcelación.

IV. La venta de cuotas indivisas

Y pasamos al problema fundamental que plantea el artículo 17.2 TRLS y el artículo 66.2 LOUA, cual es si la venta de cuotas indivisas supone una parcelación encubierta, que hace necesaria la licencia de parcelación o la declaración de su innecesariedad. En la práctica es donde se está generando el conflicto, por la distinta interpretación que los operadores hacen sobre la norma. Por eso no es extraño que exista una abundante doctrina de la DGRN sobre la materia. Recordemos, de nuevo, el tenor literal de ambos preceptos: según el primero, *“esta regla también es aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas, a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca”* y según el segundo *“aquellos que, mediante la asignación de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno... puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación”*.

Como decía antes, la doctrina de la DGRN es abundante. Es interesante la Resolución de 26 de junio de 1999, que se refiere a una venta de cuotas indivisas en las que se atribuía a cada partícipe el uso de determinadas porciones que se delimitan en la escritura con sus linderos y superficie y con fijación de los estatutos que debían regular la comunidad. En esta resolución, el Centro Directivo niega que haya una comunidad de bienes, pues para eso sería preciso, afirma, que *“las porciones atribuidas carezcan de la autonomía física y económica que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues si tienen tal autonomía nos hallaremos ante una verdadera división de terrenos, cualquiera que haya sido la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico bajo el que pretenda encubrirse”*. Al parecer, el dato fundamental que, a juicio de la DGRN, determinaba el levantamiento del velo de la operación, era el carácter *“real”* del derecho atribuido a los comuneros. Por eso, en las Resoluciones de 5 de junio del mismo año y 29 de enero de 2003, entre otras, rechaza que estemos ante una parcelación ilegal, pues el derecho de uso de los comuneros se configuraba como un derecho personal, al amparo de la libertad de pacto que prevé expresamente el artículo 392.II del Código Civil.

Posteriormente y en relación con casos acaecidos en Andalucía, se plantea el Centro Directivo si la mera venta de cuotas indivisas con derecho de uso supone una parcelación ilegal. En Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005 entiende que sí hay parcelación ilegal, a pesar de la manifestación en contra de los interesados, porque constaba en el Registro

anotación de incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca. Pero al no existir ese indicio en otros supuestos, la Resolución de 10 de octubre del mismo año niega que haya parcelación ilegal porque “sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que se pueden emplear por el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola, la afirmación de que exista parcelación ilegal, pues para ello sería necesario bien que junto a la venta de la participación se atribuyera un uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir una finca independiente, bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de participaciones, pueda llegar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación...”. Un caso intermedio está representado por la Resolución de 23 de julio de 2005, en la que el registrador había comunicado al Ayuntamiento la venta de cuota indivisa al amparo del artículo 79 del RD de 4 de julio de 1997 sobre inscripción de actos urbanísticos. En este caso, el Ayuntamiento contestó señalando que había un peligro objetivo de creación de un núcleo de población y el registrador denegó la inscripción, lo que fue confirmado por la DGRN. No obstante, en la reciente Resolución de 30 de enero de 2008 se advierte que la suspensión de la inscripción está condicionada a que en el plazo de cuatro meses se presente en el registro documento acreditativo de la incoación de expediente urbanístico, no bastando simplemente con que se tome el acuerdo de la existencia de peligro de formación de núcleo de población.

Examinada sucintamente la doctrina de la DGRN, creo que estamos en condiciones de valorar el alcance de la operación de enajenación de cuotas indivisas como parcelación encubierta, atendiendo a los siguientes aspectos: cuál es el acto que genera la aplicación de la norma; la necesidad de que la cuota lleve anejo el derecho de uso exclusivo de una parte del terreno; la indiferencia de la forma jurídica mediante la cual se atribuya tal uso exclusivo; la relevancia de una manifestación de las partes contenida en la escritura; y, en fin, los mecanismos de control posteriores al otorgamiento de la escritura, en particular la aplicación analógica del artículo 79 del RD de 4 de julio de 1997 sobre inscripción en el registro de actos urbanísticos.

En primer lugar, conviene analizar qué acto determina la aplicación del control urbanístico, pues la legislación estatal habla de “*enajenación de cuotas indivisas*” y la legislación andaluza “*aquellos (actos) que, mediante la asignación de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno*”. Como en otros supuestos analizados en este trabajo, se produce un conflicto entre la necesidad de interpretación estricta de una norma prohibitiva y la finalidad tuitiva del mecanismo de control diseñado por el legislador.

Por esta razón, considero más acertada la expresión amplia utilizada por el legislador andaluz, que permite extender el control a cualquier acto jurídico del que resulte la existencia de una adquisición por cuotas, lo que incluye tanto la enajenación como la compra, adquisición por vía hereditaria, donación, permuta, etc. El control se activará, desde luego, si la cuota indivisa ya está inscrita como tal en el registro, pero es irrelevante esta previa configuración registral, puesto que el dato relevante es la existencia de una pluralidad de titulares sobre la finca. Una advertencia importante: esto no significa que cualquier acto del que derive la existencia de una comunidad sobre una finca suponga la existencia de una parcelación fraudulenta, pues para eso es necesario que concurren el resto de requisitos que contempla la normativa urbanística.

En particular, cuando se trate de cuotas indivisas en suelo rústico, la finalidad de la operación diseñada y ejecutada por las partes debe ser la formación de un núcleo de población, que constituye una parcelación urbanística y que, como vimos antes, está prohibida por la legislación estatal y autonómica bajo sanción de nulidad radical. Esto significa que si la finalidad de los comuneros es agrícola, forestal, ganadera o similar no se activa el control previsto por el legislador, porque no concurre la *ratio* del precepto. En efecto, imaginemos una finca rústica que se adquiere por vía hereditaria por tres herederos (y por tanto, por cuotas indivisas) y que acuerdan, por medio de pacto, distribuirse el uso agrícola de la finca en tantas partes como herederos haya, respetando la normativa agrícola correspondiente. Pues bien, como aquí no hay peligro de formación de núcleo de población, pese a que el acto suponga la adquisición de una finca rústica por cuotas indivisas a las que se atribuye el uso exclusivo de una parte de la finca, no concurre la finalidad de la norma y por tanto no resulta necesario, desde mi punto de vista, aportar la licencia de parcelación o declaración de innecesariedad.

De todos modos, el verdadero problema de fondo que plantea esta operación es analizar si la simple enajenación o adquisición de una finca por cuotas indivisas supone una parcelación fraudulenta. Y digo “problema” porque he observado que en la práctica registral existen tres formas de interpretar y aplicar el precepto: aquellos registros que no exigen la licencia para la simple adquisición de cuotas indivisas, posición que ya adelanto me parece la correcta; la de aquellos registros que suspenden la inscripción y comunican la operación al ayuntamiento en los términos del artículo 79 del RD de 4 de julio de 1997; y, en fin, la de aquellos registros que en todo caso exigen la aportación de la licencia. Para resolver este problema me gustaría, antes de nada, recordar el tenor literal del precepto, porque conviene insistir en que la legislación estatal no dice que sea operación fraudulenta la “*enajenación de cuotas indivisas*”, sino

la “*enajenación de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca*”. Y el artículo 66.2 LOUA no dice que la asignación de cuotas indivisas sea un acto revelador de una posible parcelación ilegal, sino textualmente que “*aquellos que, mediante la asignación de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno... puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior*”. De modo que, a la vista de ambos textos legales, que coinciden en su tenor literal, no basta la mera existencia de una pluralidad de titulares sobre la finca como consecuencia del acto adquisitivo, sino que es preciso un *plus*: que cada comunero tenga atribuido el uso exclusivo de una parte de la finca, porque sólo con este segundo requisito adicional y complementario se burla la finalidad de la norma, que es evitar la fragmentación del terreno o parcela sin que operen los controles urbanísticos correspondientes. En definitiva, será necesario que de la escritura se desprenda la existencia de alguna fórmula jurídica que atribuya al comunero el uso exclusivo de una “subparcela”. De interpretarse la norma sin la concurrencia de este requisito adicional se llega a soluciones absurdas, como que sea necesaria la licencia cuando los que adquieren son dos cónyuges casados en separación de bienes o una pareja de hecho o unos empresarios que intervienen en el tráfico bajo la irregular forma de comunidad de bienes o una comunidad hereditaria. En particular, resulta intolerable que la elección del régimen matrimonial por los cónyuges o la elección del tipo de relación afectiva pueda conducir a la aplicación del precepto, lo que es contrario al sentido común. En definitiva, *in claris non fit interpretatio*.

Si de la interpretación literal pasamos a la sistemática el resultado es el mismo. En toda comunidad de bienes, el artículo 394 del Código Civil presume la existencia de un uso conjunto y solidario. Y esto, por definición, no supone la atribución a cada comunero del derecho de uso exclusivo de una parte del terreno. Luego la conclusión inevitable es que cuando hay una comunidad de bienes simple no concurren los requisitos exigidos por la legislación urbanística. Pero en realidad basta con interpretar en su contexto el artículo 17.2 TRLS y el artículo 66.2 LOUA para comprobar que, en efecto, es necesario un pacto especial sobre el uso. A nadie se le ha ocurrido pensar que la simple constitución de una sociedad a la que se aporte una finca rústica supone una parcelación fraudulenta, porque para eso es preciso que se atribuya al socio un derecho exclusivo sobre una parte de la finca. De la misma manera, a nadie se le ha ocurrido pensar que la simple división horizontal de un edificio en suelo urbano hace necesaria la licencia de parcelación, pues de nuevo hace falta el reparto del uso especial sobre la “subparcela”. Del mismo modo, el tercer supues-

to o caso de operación fraudulenta, la adquisición por cuotas indivisas, tiene la misma solución que los casos anteriores: no basta la simple adquisición por cuotas indivisas, sino que es necesaria la atribución del uso exclusivo sobre la “subparcela”. En el resto de legislaciones autonómicas la tendencia es la misma, pues se exige el uso individualizado de una “subparcela” e incluso se intenta definir cuándo hay elementos de juicio necesarios para apreciar el fraude, como la existencia de construcciones o infraestructuras contrarias a la finalidad rústica que se exige en las fincas rústicas.

En fin, debe tenerse en cuenta la interpretación teleológica del precepto, criterio fundamental de interpretación jurídica a la luz del artículo 3 del Código Civil. Así, para el suelo rústico, la finalidad de la norma es evitar que, por medio de mecanismos indirectos o fraudulentos, se creen “... nuevos asentamientos”. ¿De dónde se deduce que la simple compra por mitades indivisas suponga la creación de un nuevo asentamiento carente de los servicios e infraestructuras básicos? ¿De dónde se deduce que hay una alteración del uso ordinario del terreno? ¿De dónde se desprende que hay fragmentación encubierta del terreno? La conclusión, por tanto, es clara: no basta la simple adquisición por cuotas indivisas para presumir el acto en fraude de ley, sino que es necesario un pacto de uso exclusivo sobre una parte del terreno o sobre lo que hemos denominado la “subparcela”. Conclusión que, no olvidemos, cuenta con el respaldo de la doctrina vinculante de la DGRN, que en Resolución de 10 de octubre de 2005 afirma, como ya he indicado, que *“sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que se pueden emplear por el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola, la afirmación de que exista parcelación ilegal, pues para ello sería necesario bien que junto a la venta de la participación se atribuyera un uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir una finca independiente, bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de participaciones, pueda llegar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación...”*.

Otra cuestión de interés, relacionada con la interpretación del precepto, es la indiferencia de la forma jurídica mediante la cual se atribuya tal uso exclusivo. En este punto, conviene desmentir la doctrina de la DGRN, que, como hemos observado, se preocupó en exceso de la diferenciación entre el carácter real o personal del uso atribuido al comunero para decidir si existía o no una parcelación fraudulenta. En efecto, desde el año 1999 el Centro Directivo viene considerando que si el derecho de uso exclusivo atribuido al comunero tiene carácter real hay parcelación encubierta y, por el contrario, si el derecho se configura como un pacto meramente

obligacional no hay fraude urbanístico. Posiblemente, este criterio tuvo en cuenta que con la constitución de un derecho real limitado se hacía más evidente la fragmentación del terreno. Pero aunque no sea tan evidente con el pacto obligacional, lo relevante es que, sea cual sea el medio jurídico utilizado, de hecho se esté produciendo la parcelación y ésta pueda apreciarse de algún elemento relevante de la escritura de donde se desprenda el acuerdo parcelatorio encubierto de las partes. Es decir, conviene analizar y calificar el negocio jurídico no tanto desde la perspectiva “civil”, sino desde la perspectiva “urbanística”.

Si seguimos profundizando en los problemas que plantea la norma conviene reparar en la modificación del artículo 66.2 LOUA por Ley 13/2005, que añadió un inciso según el cual “*la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso*” no impedía la aplicación de la doctrina del fraude de ley. En cierto modo, no deja de ser una reacción a la doctrina de la DGRN y a una práctica documental que podía dar lugar a equívocos. En efecto, el notario, a la vista del texto del artículo 66.2 LOUA, tiene que indagar la voluntad real de las partes cuando se realizan operaciones de adquisición o venta de cuotas indivisas. La solución más lógica es incluir una referencia en la escritura sobre el tipo de suelo y una manifestación de las partes sobre el uso de la finca y la consiguiente advertencia notarial. ¿Cómo interpretar el alcance de la norma? Desde luego, lo que no dice la norma es que la inclusión de la manifestación reseñada suponga un indicio de fraude. Y lo que da a entender es que tal inclusión es irrelevante, en el sentido de que no excluye la aplicación del precepto. O, dicho de otro modo, que es posible que a pesar de documentarse una venta de cuota indivisa sin asignación de uso exista una verdadera parcelación ilegal que permita al ayuntamiento reaccionar en defensa de la legalidad urbanística. Esto es, la única interpretación posible de la norma es que a pesar de que el acto haya eludido los controles preventivos de notario y registrador, esto no excluye la aplicación de la norma. En este sentido, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 (Ar 1360), que concede a la Administración competente un amplio margen de apreciación para comprobar la existencia de un acto de parcelación, al afirmar que “*la determinación de si una parcelación tiene o no carácter urbanístico puede deducirse de actos ulteriores que realiza el dueño de la finca matriz, como alienación de terrenos, configuración, obras de infraestructura, etc.*”. En definitiva, lo que dice el artículo 66 LOUA es que la manifestación del titular de la cuota no limita las facultades de inspección y policía urbanística que tiene el Ayuntamiento. Si éste inicia un expediente urbanístico en el que se demuestra la existencia de una parcelación ilegal, se aplicarán las consecuencias de nulidad

previstas en la ley, diga lo que diga la escritura pública y esté o no inscrita ésta en el registro.

De lo expuesto cabe preguntarse si tiene alguna relevancia la manifestación incluida por las partes en la escritura e incluso si es conveniente, desde el punto de vista documental, su inclusión. Para ello, conviene reparar en el valor de las manifestaciones contenidas en una escritura o acta notarial, que resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 (RJ 3536) en la siguiente doctrina: *“es un elemento probatorio que establece la realidad de que los otorgantes han hecho ante notario determinadas declaraciones, pero no la realidad intrínseca de éstas, que pueden ser desvirtuadas mediante prueba en contrario”*. Pasando al caso que nos ocupa, la manifestación no garantiza que no hay parcelación ilegal, pero no deja de ser un elemento probatorio que puede y debe ser utilizado por el notario y el registrador en el ejercicio de sus funciones. Cuestión distinta es que la escritura que documente la operación incluya otro elemento probatorio más relevante, como fotografías que demuestren de manera inequívoca que no se ha producido la fragmentación del terreno, por no existir usos constructivos, ni cerramientos, ni linderos, ni ningún indicio de fraude. En este caso, me parece que notario y registrador están vinculados por este trascendental elemento probatorio, aunque eso no impide que, después del acto de adquisición (y por tanto, de su valoración en sede preventiva), se realicen actos parcelatorios que provoquen la intervención del ayuntamiento en defensa de la legalidad urbanística. Se trata de matices que no conviene pasar por alto.

Para terminar con el tema de las cuotas indivisas, me detendré en la utilización del expediente del artículo 79 del RD de 4 de julio de 1997 sobre inscripción en el registro de actos urbanísticos. Este precepto permite que, en caso de parcelaciones en suelo rústico que sean conformes con la legislación agraria pero de los que pueda deducirse *“por las circunstancias de la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división”* que hay una *“duda fundada sobre el peligro de creación de núcleo de población”*, el registrador pueda suspender la inscripción durante cuatro meses y comunicar al ayuntamiento la operación presentada, para que éste reaccione por el medio previsto legalmente. Es discutible la aplicación de este precepto, puesto que la competencia para determinar la actuación del registrador corresponde a la legislación urbanística, no a la estatal. Además, parece que el registrador lo que tiene que valorar es si hay una segregación o división, porque si la hay necesariamente tiene que exigir licencia de parcelación o declaración de su innecesariedad. Pero lo cierto es que la DGRN ha sancionado el recurso a este expediente y así, en la Resolución de 23 de julio de 2005 señala que el precepto debía interpretarse *“a la luz de la normativa urbanística apli-*

cable, cuya terminología suele ser de contenido más amplio...”. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la suspensión es temporal, durante el plazo máximo de cuatro meses, transcurrido el cual sólo caben dos opciones: si el ayuntamiento no actúa, se inscribe; y si el ayuntamiento actúa en defensa de la legalidad urbanística, no se inscribe. Lo que queda claro es que no basta la simple comunicación por parte del ayuntamiento de la posible existencia de una parcelación ilegal. La reciente Resolución de 30 de enero de 2008 afirma que es preciso que conste, antes del plazo máximo, la anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística, debiendo el registrador comprobar, además, que se han cumplido los trámites fundamentales del procedimiento administrativo, en particular la audiencia de los interesados. En suma, no basta con que el ayuntamiento ejerza su derecho al pataleo, sino que es preciso que intervenga en tiempo y forma.

La conclusión que se desprende de los párrafos anteriores es clara: para que la enajenación de cuotas indivisas pueda considerarse un acto revelador de una parcelación ilegal es necesario que existe una “duda fundada” sobre la posible existencia de una parcelación encubierta. Esta duda puede derivarse de cualquier indicio relevante, ya se desprenda de la propia escritura que documente la operación, de los actos anteriores o posteriores de las partes (art. 1.282 del Código Civil) o de los asientos del registro. Pero si no hay indicio “relevante” no se puede imponer a las partes la prueba de que no hay parcelación ilegal, porque sería injusto, ilegal e inconstitucional. Es injusto porque se les está imponiendo algo imposible como es la prueba de un hecho negativo; es ilegal porque va contra el tenor literal y la *ratio* de los preceptos objeto de nuestro estudio; es inconstitucional porque conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

V. Función notarial y control de legalidad urbanístico

Para terminar con mi exposición, me parece interesante reflexionar sobre la naturaleza y alcance del control notarial de legalidad, dado que el ámbito de éste parece ser desconocido o ignorado por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 20 de mayo de 2008, por más que haya reconocido que en el ámbito urbanístico es clara la atribución del control de legalidad al notario. Lo que no deja de ser curioso, porque no se reconoce la existencia de un control notarial de legalidad general, sino sólo especial en casos concretos previstos por las leyes, cuando el sentido común conduce a entender que si el legislador se ha preocupado de delimitar el control de legalidad notarial en ciertas materias, es porque el nota-

rio tiene un control de legalidad general. De ahí que sea más razonable seguir defendiendo la existencia de un control general de legalidad notarial, amparado en los artículos 1, 17bis o 24 de la Ley del Notariado, por más que se haya anulado el artículo 145 del Reglamento Notarial.

Esto no significa (y menos en el ámbito urbanístico) que el control notarial de legalidad sea infalible, pues siempre cabe la impugnación en vía judicial o el conflicto en sede extrajudicial (como el que puede existir con la calificación registral). Además, en el caso que nos ocupa, este control tiene un carácter más “formal”, en el sentido que la regularidad sustantiva del acto urbanístico no compete al notario (ni al registrador), pues los actos urbanísticos emanados del ayuntamiento están amparados por el principio de legalidad y sólo cabe su revisión en sede judicial. A nadie se le ha ocurrido pensar que si la licencia de parcelación era nula, pese a su expedición por el ayuntamiento, el notario o el registrador deban responder, dado que éstos se limitan a comprobar que es necesaria la licencia y que ésta ha sido emitida por el ayuntamiento.

En todo caso, el control notarial se extiende a los actos en fraude de ley, como ha reconocido la Resolución de 15 de mayo de 2002. Pero, claro está, siempre teniendo presente las limitaciones intrínsecas a un control que se ejerce en sede preventiva, lo que significa que el notario no puede presumir el fraude, ni actuar sobre la base de conjeturas ni convertirse en policía para averiguar si hay o no un verdadero fraude. Por el contrario, el notario al redactar la escritura tiene que intentar averiguar la verdadera intención de las partes, sin descartar que éstas engañen conscientemente al notario que, como decía antes, no es infalible. Por eso, el notario debe prestar especial atención a cualquier elemento relevante del fraude, como documentos privados firmados por las partes y de los que tenga conocimiento al preparar la escritura, etc. Exigir al notario ir más allá de esos límites no sólo es injusto sino además ilegal.

Por otro lado, no conviene olvidar el carácter preventivo de la actuación notarial. He explicado antes que la labor del notario no es más que una pieza más de la maquinaria de control urbanística, que no sustituye a los demás agentes, sino que colabora en la persecución del fraude. Pero esa colaboración debe respetar la esencia de su función, de modo que resultaría ilógica y perturbadora una norma como la prevista para los registradores en el artículo 79 RD de 4 de julio. Si la seguridad que ofrece el notario es preventiva, ésta tiene que producirse antes del otorgamiento de la escritura, no después del momento relevante del negocio jurídico. Lo contrario perturba enormemente el tráfico, como se observa con la aplicación práctica del reseñado artículo 79 y que hace aconsejable, a mi juicio, su derogación. Otra cosa es que se desarrolle, sobre la base del artículo 19.4 TRLS, un procedimiento de información urbanístico previo, que

tenga su base en el sistema telemático de información urbana previsto en la disposición adicional primera TRLS, que probablemente será la solución más adecuada para descubrir las parcelaciones encubiertas.

En definitiva, es necesario un control notarial de legalidad sobre el acto urbanístico, aunque éste sea limitado por la propia naturaleza de la función notarial. Pero el notario, conviene señalarlo una vez más, no es un policía urbanístico, ni puede arrogarse funciones administrativas o jurisdiccionales, por más que su intervención suponga un importante medio de colaboración en la lucha contra el fraude urbanístico.

“El Coste de la Muerte. Competencia y Consumo en el Mercado de Servicios Funerarios”, Francisco Marcos. Prólogo de Aníbal Sánchez Andrés. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), 2006, 177 páginas.

Nos encontramos en presencia de una obra cuyo título es sorprendente y puede, incluso, provocar cierta repulsión. Hablar de la muerte resulta poco agradable en una sociedad que se afana en olvidarla o reconducirla a parámetros estéticos tolerables. Para los juristas, no obstante, el tema resulta de obligado análisis en razón de las consecuencias que en el orden personal y patrimonial se siguen a su acaecimiento: desde la clásica sucesión *mortis causa*, de ámbito patrimonial, hasta la moderna problemática derivada de la extracción de órganos de las personas fallecidas o las intromisiones ilegítimas contra su honor, por citar dos ejemplos relevantes.

Superada esta inicial sensación, tenemos sobrados motivos para adentrarnos en la lectura de la obra, pues el título completo que la encabeza ofrece un gran atractivo para el análisis crítico. En él se conjugan dos vías de estudio, diferenciadas pero complementarias, que posibilitan la correcta articulación del mercado de los servicios funerarios: por una parte, la protección directa y específica de los consumidores y usuarios, reconociendo derechos en su favor, y, por otra, la no menos efectiva –aunque indirecta– tutela de esos mismos consumidores y usuarios a través de la libre competencia entre empresas, pues es evidente que la política de defensa de la competencia, al propiciar la igualdad no sólo formal sino también real de los prestadores de bienes y servicios, redundará en beneficio de los destinatarios finales, que obtienen esos bienes y servicios con mejor calidad y a más bajo precio. De este modo, la tutela directa e indirecta de los consumidores y usuarios se convierte en el superior principio que ordena el quehacer de los proveedores, lo cual también redundará en beneficio de éstos al procurar una actuación más transparente de todos y cada uno de los competidores.

La estructura de la obra responde al orden insinuado por el autor en el título: tras una breve introducción, encontramos tres capítulos dedicados, respectivamente, al estudio del mercado funerario, la protección de los usuarios de los servicios funerarios y la defensa de la competencia entre las empresas

que operan en ese mercado. El esquema no puede ser más acertado, ya que los estudios jurídicos que desarrollan el análisis de problemas generados en un sector de la economía deben comenzar acotando muy bien el ámbito que van a estudiar, si no quieren pecar de genéricos e imprecisos. Al estudio del mercado desde la perspectiva jurídica dedica el autor el segundo capítulo (en realidad sería el primero, si descontamos la “Introducción”, que constituye formalmente ese ordinal), para pasar seguidamente a las dos perspectivas adoptadas en el libro, no antitéticas sino complementarias, como son la defensa de los consumidores y usuarios y la defensa de la competencia entre las empresas del sector. Y ello también es acertado, como antes apuntábamos, porque lo primero no interesa sólo a los consumidores y lo segundo a los empresarios, sino que todo interesa a todos, ya que la observancia de la normativa de protección de los consumidores iguala a todos los proveedores de bienes y servicios en el mercado, mientras que una adecuada defensa de la competencia redundará también en beneficio de los destinatarios finales de esos bienes y servicios, que ven mejoradas sus expectativas de elección, la calidad de las adquisiciones y la moderación en los precios.

Entrando ya en el contenido de la obra, el primer bloque, dedicado, como hemos señalado, al estudio del mercado funerario (pp. 25-97), comprende tres grandes cuestiones. La primera de ellas es la identificación de las prestaciones que integran el entramado de ese mercado. El autor va desgranando lo que sucede cronológicamente desde que fallece una persona hasta que sus restos mortales son inhumados o incinerados. Se representa todo el entramado de prestaciones efectuadas por empresas mixtas (sectores público y privado) o simplemente privadas, articuladas mediante una gran variedad de contratos, predominando los de compraventa y arrendamiento de cosas, servicios y obra, sin perder de vista la presencia de negocios complejos, integrados por dos o más prestaciones propias de alguno de los contratos típicos. Todo ello abre el ámbito de estudio no sólo a los especialistas procedentes del Derecho Mercantil, como sucede con el autor de la obra, sino también del Derecho Civil, al que pertenece quien esto escribe. Es cierto que, según el autor, en nuestro país –a diferencia de otros– no está regulada con carácter general la contratación y prestación de servicios funerarios, pero no es menos cierto que tal circunstancia no constituye un obstáculo insuperable, pues las diferentes prestaciones que conforman el sector funerario son fácilmente reconducibles a tipos contractuales regulados por el Derecho Privado, generalmente en el Código Civil, a través de los versátiles contratos de compraventa y arrendamiento, ya señalados. De esta parte de la obra podemos destacar, a título de ejemplo, el análisis que el autor hace del primer acto funerario relevante, que es la recogida del cadáver de la persona fallecida. Tras exponer que ello sucede modernamente no en la casa del finado sino generalmente en hospitales o residencias geriátricas, señala seguidamente dos conductas anticompetitivas que se practican en algunos hospitales, como son el aviso a una determinada empresa funeraria de los decesos acaecidos (además, frecuentemente los “avi-

sadores” de los hospitales cobran una comisión por su “trabajo”) y el caso en que el hospital establezca un turno entre todas o algunas de las empresas funerarias; conductas ambas que lesionan la espontaneidad del mercado y confieren a determinados operadores una posición de ventaja.

En la segunda parte del capítulo dedicado al mercado funerario, el autor adopta un estilo más crítico que en la primera, sin por ello abandonar el tono descriptivo empleado magistralmente en la parte de obra transcurrida. Vuelve aquí a manifestarse una constante de su trabajo, que es el conocimiento de la literatura anglosajona. En esta parte el autor expone críticamente los principales problemas que plantean los diferentes agentes que intervienen en el mercado de estos servicios, lo cual nos sugiere algunas reflexiones desde la óptica puramente contractual.

En primer lugar señala como clientes de los servicios funerarios al propio fallecido que antes de su muerte contrata los servicios funerarios, y, en caso de que ello no haya sucedido así, sus familiares o allegados. Respecto del familiar del fallecido que contrata los servicios funerarios, destaca el autor dos aspectos que reitera repetidas veces en su estudio, circunstancia que muestra la relevancia que les otorga: la falta de información acerca de extremos relevantes de los servicios que contrata, y la limitada capacidad de raciocinio y de formación de la voluntad que le afecta, por las circunstancias emocionales en que se encuentra. Desde el punto de vista del Código Civil nos moveríamos en el ámbito de la formación de la voluntad contractual, que resultaría desfigurada por hechos que pudieran constituir error, o incluso dolo, en el caso de que el oferente influyera de forma malévola en la intención del cliente.

El autor se pregunta quién es el titular del derecho de disposición del cadáver, que es tanto como decir quién es el legitimado para contratar los servicios funerarios. Señala en primer lugar a los familiares de mayor proximidad al difunto, pero a continuación plantea qué familiar ha de ser el que tome la decisión en el caso de que haya varios, cómo se han de resolver las discrepancias que pudieran suscitarse y, también, si, mientras los familiares son localizados, es posible que la empresa funeraria realice alguna intervención sobre el cadáver. En el caso de discrepancia entre el cónyuge viudo y los padres del difunto se inclina por otorgar la capacidad decisoria al primero, siguiendo el criterio de una sentencia de Audiencia Provincial que cita, la cual aplica analógicamente el artículo 1.894.II CC. Si fuere la empresa funeraria la que emprende actuaciones respecto del cadáver nos encontraríamos, en nuestra opinión, ante un caso de gestión de negocios ajenos sin mandato y por sus normas habría de conducirse. El autor no cita, por evidente, el ejercicio del derecho de disposición del cadáver por parte del propio interesado, que en vida puede haber adoptado las pertinentes disposiciones. A este respecto cabe señalar que tal derecho se halla reconocido indirectamente en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en cuyo artículo 5.2 se dispone que “la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición”. Por otra parte,

la extracción que tenga lugar con arreglo a esta Ley, según el artículo 2, no debe ser gravosa para “la familia del fallecido”, a la cual, por consiguiente, se le concede un papel secundario respecto del propio fallecido. Directamente el citado derecho se halla reconocido en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la cual define en su apartado 1 las “instrucciones previas” como la voluntad manifestada anticipada y documentalmente por una persona mayor de edad, capaz y libre, con objeto, entre otras materias, de que ésta se cumpla “una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”, con lo cual se reconoce a la propia persona la titularidad del derecho de disposición del propio cuerpo *post mortem*.

Otra cuestión que el autor plantea es la de si los familiares pueden modificar la voluntad del fallecido acerca de su sepelio, determinada en el testamento o en el contrato *inter vivos* celebrado por aquél en su día con una empresa funeraria. El autor sostiene que no es posible tal modificación, salvo que los gastos los paguen los familiares, en cuyo caso tendrán derecho a elegir dentro de los parámetros del artículo 1.894.II CC: el sepelio ha de ser “proporcionado a la calidad de la persona y a los usos de la localidad”. La solución parece bastante ponderada; el problema en realidad se plantea respecto de la voluntad testamentaria, pues en el caso de que se haya celebrado un contrato en vida, son ahora los herederos los titulares del contrato, por efecto de la transmisión *mortis causa* que opera la muerte de la persona respecto de sus bienes, derechos y obligaciones, y son ellos los que decidirán acerca de la procedencia o no de la alteración, siempre dentro del margen de maniobra que le concede a la autonomía privada el precepto antes citado.

Finalmente, el autor se plantea el problema de la procedencia del dinero para el pago de los servicios funerarios. Indica que primero se pagará con cargo a los bienes del fallecido, del modo que indica el artículo 903 CC; en su defecto, con el dinero de los familiares, en virtud de los artículos 1.894.II y 143-145 CC (alimentos entre parientes). Finalmente, si ni el fallecido ni sus familiares pueden hacerse cargo del entierro, observa que suele abonar los gastos el Ayuntamiento (cfr. art. 9.II Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria), pues en definitiva el destino de los cadáveres trasciende el interés meramente particular para constituir un problema de orden sanitario y decoro público, que ha de resolver en última instancia la autoridad competente.

Expuesta la problemática respecto de los destinatarios de los servicios funerarios, el autor se ocupa de otro de los agentes que interviene en el sector funerario, y no es el menos importante: los Ayuntamientos, los cuales –apunta agudamente el autor– desempeñan frecuentemente una doble función, regulatoria del mercado funerario y prestadora de servicios en ese mismo mercado, lo cual evidentemente provoca no pocas disfunciones, porque ser juez y parte no se combina fácilmente. Destaca en diferentes lugares de su obra que los Ayuntamientos, a través de la normativa urbanística, influyen decisi-

vamente en la construcción de nuevos tanatorios y cementerios; parecen poco proclives a facilitar la instalación de tales establecimientos y, consiguientemente, procurar la libre competencia. Respecto de los cementerios y crematorios, el autor plantea adecuadamente la distinción entre titularidad pública o privada, con las diversas modalidades que caben en la primera; asimismo, observa el régimen de las unidades de enterramiento, de Derecho administrativo o civil según quién sea el titular del cementerio como recinto formalmente establecido para la inhumación.

En cuanto a las empresas funerarias, tras la liberalización del sector han pasado a ocupar un papel central. Califica a la empresa funeraria como la coordinadora de toda la “logística funeraria”, ahorrando al cliente la necesidad de informarse y contactar con múltiples operadores. Indirectamente el autor está haciendo referencia al esquema de la subcontratación, a la que se refiere el Código Civil en contratos como el de obra (cfr. arts. 1.596-1.597) o el mandato (cfr. arts. 1.721-1.722). El inicio de la actividad queda supeditada a la obtención de la pertinente autorización municipal, la cual habilita a la empresa beneficiaria para desarrollar la actividad de pompas fúnebres en cualquier lugar de España, sin circunscribirse al municipio en que la obtuvo, que era lo que sucedía antes de la aprobación de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad.

Finalmente, señala que las compañías de seguros ocupan una posición en el mercado todavía más fuerte que las empresas funerarias, pues en nuestro país está muy extendido el seguro de deceso y, a la postre, es la aseguradora la que contrata el entramado de prestaciones necesarias para el correcto desarrollo del sepelio. Esta situación de posición de dominio ostentado por las citadas compañías, fundamentalmente tres en España, supone un riesgo de concertaciones entre ellas o de alguna de ellas con empresas funerarias (acuerdos horizontales y verticales, respectivamente).

La tercera y última parte del primer capítulo constituye un análisis del proceso liberalizador de los servicios funerarios, desde la situación creada por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (art. 86.2), pasando por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica (art. 22), hasta la citada Ley de Medidas de Impulso de la Productividad, de 2005 (art. 23). Coincidimos plenamente con el autor en que peca de una ingenuidad excesiva quien considere que un monopolio público garantiza la mayor protección de los usuarios, como también coincidimos en que no ha existido una auténtica liberalización sino más bien una mera “desregulación”, ya que más de diez años después del Real Decreto-Ley de 1996 no se puede decir que los aires liberalizadores hayan saneado el ambiente monopolista del sector.

En el segundo capítulo del libro el autor aborda la protección de los consumidores dentro del ámbito de los servicios funerarios (pp. 99-137). Se apuntan como problemas fundamentales la falta de información en el consumidor

y la debilidad emocional en que se encuentra en el momento de la contratación, recién fallecido un ser querido.

Se destaca cómo actualmente en España se intenta proteger al consumidor a través del modelo de proyecto de ley por el que se regula el derecho a la información y los derechos económicos de los usuarios de los servicios funerarios, adoptado por la Conferencia Sectorial de Consumo de marzo de 1997, que ha sido objeto de “transposición” por parte de las Comunidades Autónomas. No obstante, creemos que no debe obviarse la protección proporcionada por el Derecho común a través de la nulidad del contrato, derivada de la presencia de vicios del consentimiento en su formación, concretamente el error o el dolo; tampoco ha de olvidarse la eficacia contractual de la publicidad comercial, mediante la cual el consumidor puede exigir el contenido de la publicidad que haya sido empleada en la difusión de las ofertas comerciales (cfr. art. 61 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias); asimismo, la defensa de los usuarios de los servicios funerarios debe abordarse desde la óptica de las condiciones generales de la contratación (arts. 80-91 Texto refundido citado). Finalmente, a fin de conocer la litigiosidad del sector hubiera sido interesante conocer las reclamaciones administrativas más frecuentes en la materia, así como los laudos arbitrales más significativos recaídos al respecto.

Sin embargo, donde el autor localiza la defensa de los consumidores es a través, no de la contratación anticipada de los servicios funerarios, práctica frecuente en Estados Unidos, sino mediante una figura típica de la praxis española, que goza de una gran aceptación entre los consumidores: el seguro de decesos (pp. 114-130), el cual, sin embargo, carece de regulación expresa en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro. Tras distinguir el seguro de vida en caso de muerte del asegurado y el seguro de deceso, observa que el primero no es un auténtico seguro, en virtud del artículo 2.2 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. En efecto, en el primero se abonan los gastos funerarios, pero no se elimina la necesidad de contratar las prestaciones funerarias; en cambio, en el segundo la compañía se hace cargo de los gastos funerarios y de los trámites connaturales a un fallecimiento. En cuanto a su naturaleza jurídica, señala que es un seguro de personas (próximo al de enfermedad), no de daños; de prestación de servicios, no de suma; y no pertenece al ramo del seguro de vida. Es un contrato en que la contratación se hace para la familia; hay un solo contrato pero diversos asegurados. Desde el punto de vista de su operatividad, las compañías aseguradoras suelen tener convenios y acuerdos con las empresas funerarias, floristerías y marmolistas para la prestación de sus servicios, lo cual –añadimos– requiere ser tratado con prudencia por si fuera constitutivo de práctica anticompetitiva por concertación vertical. Observa que las tres principales aseguradoras de decesos en España disponen de filiales que prestan los servicios funerarios a

sus asegurados en algunas zonas del país, lo que constituye una integración vertical de empresas a supervisar por las autoridades de la competencia.

En el último capítulo de la obra analiza las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de los servicios funerarios (pp. 139-160). Sigue un método eminentemente práctico, ya que articula su exposición en torno a las principales resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia estatal (hoy, Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia) que han recaído en la materia. El análisis pone de manifiesto cómo la causa fundamental que explica, si no todas, sí la mayor parte de las infracciones contra la libre competencia cometidas por los operadores del sector es una liberalización reciente e inacabada, que no ha conseguido aún convertir a los antiguos operadores monopolistas en agentes económicos en igualdad de condiciones que los de reciente implantación.

El autor aborda primeramente la situación creada por las sociedades municipales y las empresas mixtas, las cuales incurren con alguna frecuencia en abuso de posición dominante. La situación existente antes de 1996, que era de monopolio legal sustentado por el artículo 86.2 de la ya citada Ley de Bases de Régimen Local de 1985, y una interpretación muy estrecha del artículo 2.1 de la entonces vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, producía el efecto de dejar fuera del control de legalidad en clave de defensa de la competencia el caso en que las tarifas de la empresa funeraria municipal fueran aprobadas por el Ayuntamiento y constituyeran un precio público. Ahora observa que, tras la liberalización, las empresas funerarias –aunque sean sociedades municipales o mixtas– son empresas privadas que prestan servicios de interés económico general, pero sin derechos de exclusiva, con lo que no cabe excepción en la aplicación a las mismas del Derecho de defensa de la competencia.

En segundo lugar dedica la mayor atención a las prácticas prohibidas, concretamente a los acuerdos colusorios y el abuso de posición dominante. Cita como ejemplos el caso de los turnos de guardia en los hospitales para la recogida de cadáveres; la concesión a una sola empresa de la función de recogida de cadáveres de los hospitales; la concesión a una empresa del traslado de cadáveres al Instituto Anatómico Forense por orden judicial, ya que en ambos casos la empresa funeraria se ve favorecida por la tendencia de los familiares a contratar con la misma no sólo el traslado o recogida del cadáver, sino el resto de los servicios funerarios; los tanatorios que se niegan a permitir el acceso a otras empresa funerarias, donde se muestra crítico con decisiones del TDC en que no se apreció abuso de posición dominante por ese motivo; el titular del cementerio que impone un precio mayor a quienes se sirven de una funeraria distinta a la suya o a las concertadas; la asociación que fija precios a sus asociados; el control de la producción y reparto de mercado por parte de los suministradores de adornos florales, lápidas y monumentos de mármol (control de la producción y reparto del mercado); etc.

Finalmente, en cuanto a la tendencia a la concentración e integración ver-

tical, destaca el atractivo que ello tiene para los operadores, al reducir costes, si bien advierte que las compañías de seguros lo tienen prohibido en virtud del artículo 5.1.b) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados [actualmente, art. 4.1.b) del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre].

En fin, concluye la obra con una relación bibliográfica en la que se constata fehacientemente la percepción recibida a lo largo de la lectura de la obra, consistente en el amplio conocimiento de la bibliografía anglosajona que el autor demuestra, lo cual le ha de ofrecer campo para seguir profundizando en los temas y no abandonar su seguimiento. Por otra parte, hubiera sido deseable una tabla de resoluciones dictadas por el hoy extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, así como de las sentencias que hayan confirmado o revocado sus resoluciones; tabla no en el sentido de mera relación de fechas, sino con indicación de partes, motivo de la denuncia, doctrina de la autoridad de defensa de la competencia y, en su caso, jurisprudencia recaída. Tarea más necesaria si cabe en un futuro no muy lejano, ante el riesgo de disparidad de criterios entre la Comisión Nacional de la Competencia y las homólogas autoridades autonómicas, pues al facilitar la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, la asunción de competencias en materia de defensa de la competencia por parte de las Comunidades Autónomas y haberse dictado en consecuencia la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, unos mismos asuntos pueden obtener resoluciones administrativas distintas e incluso judiciales. Pero este problema no afecta sólo a la defensa de la competencia en el sector funerario, sino que es común a todos los ámbitos en que se proyecta el sistema descentralizado recientemente puesto en marcha.

Para finalizar, sólo queda expresar nuestra más sincera enhorabuena al autor de la obra, Francisco MARCOS, Doctor en Derecho por Bolonia, Director del Observatorio de Política de la Competencia en el Instituto de Empresa y actual Director del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid. Es ponente habitual en los principales foros universitarios y jornadas organizadas por las autoridades de defensa de la competencia, lo que resulta plenamente justificado por los trabajos que ha dedicado al estudio de los más diversos temas en la materia, entre los que cabe destacar los relativos al ejercicio de las profesiones liberales. Deseamos poder seguir contando con sus valiosas aportaciones en las que, continuando la que ahora comentamos, se siga combinando el análisis económico con el elemento jurídico, tan necesarios ambos en una materia como la defensa de la competencia, que ha cobrado nuevos bríos tras la renovación legal e institucional operada el pasado año.

José María Caballero Lozano
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Burgos