

La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador; artículos 1.056 y 1.070, núm. 1, del Código Civil

(Un nuevo enfoque de su problemática desde
la perspectiva de nuestros antecedentes históricos)

Por FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Doctor en Derecho.

Profesor Titular interino de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. La responsabilidad por evicción en los antecedentes de Derecho romano. Planteamientos generales.—III. Naturaleza jurídica de la división de la herencia.—IV. La responsabilidad por evicción en la división realizada por el padre.—V. La elaboración dogmática de los contratos innominados: la tesis de la *permutatio*.—VI. Nuestro Derecho histórico: la tradición de Derecho romano «vulgar» y la tradición culta o «boloñesa»; La Ley 9, Tít. 15, de la Partida 6.^a.—VII. La doctrina de nuestros comentaristas.—VIII. La validez de la tesis de la *permutatio* en nuestro Derecho positivo.—IX. Consideraciones generales.

I. INTRODUCCION

Nuestro Código civil, con una terminología confusa e imprecisa, dispone en su artículo 1.069 la recíproca responsabilidad entre los coherederos por la evicción que pueda acontecer en los bienes adjudicados: «Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados». No obstante, el párrafo primero del artículo 1.056: «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*», como el punto primero del artículo 1.070: «La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos: 1.º—*Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma, haber*

querido lo contrario, y salva siempre la legítima», excepcionan dicha responsabilidad en el supuesto de que fuese el testador quien hiciese la partición. Una de las primeras cuestiones que propicia el estudio de esta excepción en la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia es, precisamente, la comprensión de su «ratio iuris». Efectivamente, fuera de razones de utilidad justa («ratio sigularis»), lo absoluto del tenor literal con que se nos presenta dicha excepción parece obrar, más bien, «contra tenorem rationis». Ciertamente, desde la lógica del sistema, la presunción que sientan ambos preceptos es contraria a dos principios claramente establecidos en torno a nuestro objeto de estudio. El primero hace referencia al principio general de responsabilidad por evicción en la partición de la herencia. Contemplado en el citado artículo 1.069, viene desarrollado en atención a los criterios de igualdad y proporcionalidad en el artículo 1.071. En este sentido, el lector avisado se percatará, además, de la dudosa clasicidad de la excepción aquí tratada en oposición con los antecedentes (fidedignos) de los números 2 y 3 del artículo 1.070. El segundo, con mayor importancia, si cabe, es la posible alteración de la «voluntas testantis». La voluntad testamentaria es la base de la eficacia del testamento. De ahí que la voluntad del disponente, decidida y completa en todos sus elementos, determine la eficacia de la ordenación querida. En este sentido, al margen de la tipicidad de las propias disposiciones o de las precisiones conceptuales entre lo dispositivo y lo particional, el respeto a la voluntad del disponente nos llevaría a enunciar que el principio general de responder por la evicción de algún bien adjudicado no puede quedar exceptuado si no es, por obra y gracia, de la voluntad del testador. Cómo usurpar esta «questio voluntatis» si la relevancia de la excepción aquí tratada afecta a una de las cuestiones primordiales en la ordenación del testador: el posible menoscabo en la integridad económica de las cuotas de los herederos. Cómo no hacer depender de la propia voluntad del testador la previsión de su resultado de tamaño envergadura.

Sin embargo, desde este plano lógico-jurídico del precepto, tanto de la excepción («se pasará por ella...») como de la subexcepción («...a no ser que aparezca...»), la doctrina ha venido sustentando su fundamento, sin discusión alguna, en su conformidad con nuestro Derecho histórico y, por ende, con los antecedentes de Derecho romano. En este sentido, bajo los auspicios de la partición «parentem inter liberos», se ha acreditado la racionalización implícita del apartado final de la Ley 9, Tít. 15, Partida 6.^a: «Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que él finasse, venciessem algunos dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, *entonces los otros herederos no serían tenudos de facerle enmienda ninguna*». El nexo de unión de la pretendida conformidad con los antecedentes de Derecho romano se ha atribuido, también sin discusión alguna,

a la autoridad del pasaje D. 31, 77, 8 (Pap. 8 resp.). Por su parte, la validez de subexcepción se ha justificado en la bondad del criterio de Decio recogido por Gregorio López en su glosa al apartado final de la Ley de Partidas.

Cualquier posterior intento de revisión del significado del precepto se ha visto condicionado, «ab initio», por la dogmatización de su fundamento histórico (1).

Desde el plano sistemático, la comprensión del sentido lógico del precepto no ha corrido mejor suerte. La ausencia de un estudio unitario y específico de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia, junto a una desorbitada dependencia del binomio onerosidad-gratuidad como criterio general de la responsabilidad por evicción ha conducido, entre otras cosas, a identificar el fundamento de esta excepción con la regla propia de las transmisiones gratuitas (artículo 638 del Código).

La finalidad o «gratia» del presente trabajo es realmente ambiciosa. A través del único medio posible, la revisión del fundamento histórico, trataremos de poner en tela de juicio la racionalidad de la regla objeto de estudio. Ello requerirá todo un vasto y minucioso proceso de reconstrucción de nuestros antecedentes históricos, del que no quedarán exentos algunos de los mitos jurídicos asumidos que nuestra tradición jurídica. Así, por ejemplo, respecto de la famosa tesis de la «permutatio» como razón de los perfiles dogmáticos de la división en Roma. Al margen de su inicial inexactitud, el verdadero íter de su elaboración histórica encierra numerosas respuestas a cuestiones e interrogantes de rabiosa actualidad.

Por el momento, es estas líneas introductorias, señalar que nuestro Derecho histórico es un campo especialmente abonado para esta árdua tarea de revisión y reconstrucción ya que, como punta de su iceberg, podemos constatar un dato de capital importancia jamás tomado en consideración: la clara antinomia existente entre el texto de autoridad D. 31, 77, 8, y el apartado final de la Ley 9 de Partidas.

(1) Pensemos en la polémica suscitada entre dos grandes especialistas de nuestro Derecho, VALLET DE GOYTISOLO y ALBALADEJO GARCÍA, acerca de la correcta interpretación de una variante histórica de nuestro objeto de estudio, la facultad de impugnar por lesión la partición realizada por el testador, artículos 1.056, párrafo 1, y 1.075 del Código civil (un resumen de esta polémica puede encontrarse en la obra de VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, pp. 837-840). Como podemos observar, desde el plano de la interpretación gramatical, la lógica del precepto no admite lugar a dudas. En este sentido, la superioridad de la interpretación clásica, defendida por el primero, tiene su mejor aliado en la letra misma del Código. Frente a ella, la novedosa interpretación del profesor ALBALADEJO no puede ser sustentada.

En suma, tal y como adelantamos en nuestra introducción, el error consiste en creer que el fundamento del precepto radica en la mayor o menor lógica de sus términos cuando, por el contrario, dicho fundamento se encuentra en el campo de sus antecedentes históricos. Cuestión, esta última, que ha pasado desapercibida en los intentos de revisión de la validez del precepto.

2. LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN EN LOS ANTECEDENTES DE DERECHO ROMANO. PLANTEAMIENTOS GENERALES

Antes de abordar las cuestiones sustantivas de nuestro objeto de estudio, tales como la naturaleza de la división o la elaboración dogmática de los glosadores y comentaristas del «*ius commune*», conviene que adelantemos una suerte de planteamientos generales que, extraídos de los mismos antecedentes de Derecho romano, nos ofrecen una visión bien distinta a la que tradicionalmente hemos recibido acerca de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia.

Deste este enfoque podemos empezar por asentar que la evicción como hecho jurídico, es decir, como hecho que reporta unas consecuencias jurídicas, se presenta como un instituto que adapta el contenido de la responsabilidad derivada a las características y naturaleza del acto o negocio en el cual acontece.

Esta afirmación tiene, de cara a nuestro objeto de estudio, dos importantes aplicaciones. La primera incide en el procedimiento técnico que sirvió contra el riesgo de evicción en la partición de la herencia: la «*actio ex stipulatio pro portione*». De su desenvolvimiento histórico podremos matizar la aplicación analógica jurisprudencial surgida de la evicción en la compraventa. La segunda aplicación reside en el propio fundamento de la garantía contra el peligro de evicción en la partición de la herencia. A su luz concluiremos la especialidad de la responsabilidad aquí tratada.

Nuestra primera afirmación no debe conducir a equívocos. Sabido es que los romanistas utilizan preferentemente el término «evicción» en consideración a su papel relevante en el instituto de la compraventa. Semejante planteamiento parece seguir la ordenación del Digesto, en donde la obligación de garantizar contra la evicción aparece contemplada en el Libro 21, Tít. 2 (de la evicción y de la estipulación del duplo) (2). Desde esta óptica, nosotros no pretendemos negar la posición central de la evicción en la compraventa como fuente no

(2) Entre otros, ARANGIO RUIZ, en el análisis del término «evizione» nos ilustra con la siguiente referencia: «De “*evincere*” o de “*evictio*” las fuentes romanas hablan frecuentemente para acercarnos al caso en el que seguido un proceso con eficacia real (“*rei vindicatio*”, “*petitio hereditatis*”, “*actio confessoria ususfructus*”, “*adsertio in libertatem*”, etc.) el que era como propietario o heredero, y que en el primero fue actor o demandado, se declara que él no es propietario o heredero o que su propiedad está limitada por la existencia de un derecho real sobre la cosa, de tal forma que pierde la posesión o para conservarla tiene que pagar la “*litis aestimatio*”». (En *Dizionario Practico del Diritto Privato*, Vol. II, pp. 292 y ss.)

Por otra parte, en nuestro Código civil, respetuoso con la tradición jurídica romana, al confirmar la entrega de la cosa como medio necesario para la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales en ciertos contratos (artículos 609 y 1.095) regula la obligación por evicción como una prolongación, o consecuencia, de la obligación de la entrega de la cosa en atención, principalmente, al contrato de compraventa (artículo 1.461, así como de la ordenación sistemática de las subsiguientes secciones).

sólo de su concepción, sino también de los presupuestos, requisitos y límites de la responsabilidad derivada. En este sentido, la evicción en la compraventa se presenta como el cauce natural de evolución y progreso jurídico. Así, desde la clásica definición de Cujacio, «*efficax et plena in iudicio victoria eius qui agit in emptorem, vel quo agit emptor*», hasta la descripción por Donello de los presupuestos necesarios, «*ut res auferatur emptori, ut res ablata sit iudicio, et propter vitium in iure auctoris*», las referencias a dicho instituto son constantes.

No obstante, y he aquí la validez de nuestra afirmación, desde el plano sistemático de la responsabilidad por evicción hay que admitir, con Kamphuisen (3), que fuera de la compraventa no hubo en Roma una regla general sobre la obligación de garantizar contra la evicción ya que ésta operó de modo especial en cada uno de los actos o negocios en los que aconteció.

De este modo, la nota o la característica de especialidad que debe acompañar al estudio de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia, enlaza con el mejor método de investigación de los antecedentes romanos: el casuismo jurídico.

En relación al procedimiento técnico que facultó contra el riesgo de evicción en la partición de la herencia, es decir, la «*actio ex stipulatio pro portione*», esta nota de especialidad puede ser observada en la concurrencia, y posterior evolución, de dos estipulaciones sumamente importantes en la responsabilidad por evicción en la compraventa: la «*stipulatio duplae*» y la «*stipulatio habere licere*». Efectivamente, fuera del mar proceloso de la auctoritas como base de la responsabilidad por evicción, ésta parece concretarse de forma definitiva con la «*stipulatio duplae*». Con ella adquirirá plena significación el término «*evincere*», que pasará a designar técnicamente el instituto de la evicción. Se trataba de una estipulación penal, generalmente aplicada a las ventas de «*res Mancipi*», por la que el vendedor se comprometía a pagar una suma equivalente al doble del precio («*stipulatio certi*») en el caso de producirse la evicción.

Frente a ella, la «*stipulatio habere licere*», cuyo origen parece ser incluso anterior a la «*stipulatio duplae*», presentaba una diversa utilización tanto por su campo de aplicación como por su propio contenido. Aplicada en las ventas de «*res nec Mancipi*» (salvo lo preceptuado por los usos locales que rigieron en el período clásico) su contenido hacía ya referencia a un tipo de responsabilidad objetivada en la medida del interés del comprador en tener la cosa («*stipulatio incerti*»). El alcance de su protección es discutido. Para un sector doctrinal solamente garantizaba contra los ataques jurídicos que pudieran provenir del vendedor o de sus hermanos (Kaser, Schulz). Para el otro

(3) KAMPHUISEN: *La garantie on cas d'éviction en droit romain hors du contract de vente*, en «*RHD*», 6 (1928).

sector doctrinal, su garantía se extendía con carácter general, contra cualquier oposición de un tercero (D'Ors, Calonge).

En esta fase ambas estipulaciones son buena muestra del papel estelar de la «stipulatio» como forma general de obligarse, susceptible de cualquier contenido. En nuestro caso, como medio de garantía contra el peligro de evicción.

Sin embargo, su distinto contenido y la posterior evolución de estas estipulaciones revelan, en nuestra opinión, un claro antecedente de la diversa regulación jurídica que se dio en la responsabilidad por evicción según aconteciese en la compraventa o en otros institutos de distinta naturaleza jurídica como, por ejemplo, la división de la herencia.

En este sentido, el contenido de la «stipulatio habere licere» introdujo un criterio variable de capital importancia en la evolución posterior: el «*id quod interest*» del comprador. Con dicho criterio se hizo posible una responsabilidad más acorde con la naturaleza de la compraventa: el resarcimiento tanto del «*damnum emergens*» como del «*lucrum cesans*». A su vez, el desenvolvimiento histórico de esta estipulación condujo a un ensanchamiento en el mismo ámbito de las obligaciones nacidas del contrato de compraventa: la de mantener al comprador en la libre e indiscutida posesión de la cosa. De este modo, la posterior «*actio empti*», sin necesidad de estipulación adjunta, posibilitó la reclamación directa del «*id quod interest*» del comprador. La obligación de «*evictionem praestare*» entraba, de esta forma, en el marco de los elementos naturales del contrato. Por contra, el testimonio histórico de la «stipulatio duplae», prácticamente hasta finales de la época justineana, pone de relieve su utilización como procedimiento técnico contra el riesgo de evicción más allá del campo de la compraventa. En esta línea, su evolución es fiel a su papel de estipulación adjunta como medio de garantía contra la evicción. No se produce, por tanto, ni un ensanchamiento de su contenido al servicio de un tipo contractual determinado (mantiene su contenido de «stipulatio certi») ni la consecución de una propia obligación de «*evictionem praestare*» (de ahí su papel de medio de garantía). En este contexto se puede concluir, en principio, que el medio de garantía contra la evicción en la partición de la herencia descende de esta rama histórica de la «stipulatio duplae» (4). En este sentido, amén de

(4) La utilización de la «stipulatio» como remedio contra el riesgo de evicción, no plantea serios problemas de veracidad pese a la indeterminación que contienen algunos pasajes del Digesto en su alusión a la «cautio», como medio general de garantía. En primer lugar, aparte de la tutela judicial de los derechos, el término «cautio» generalizaba diversos procedimientos técnicos que tenían la finalidad de asegurar la efectividad del estado de hecho correspondiente a un derecho. El sentido ordinario de la caución en Roma fue el que respondía como garantía personal a la provisiones aseguradas por fianza («cautiones»). Pero al lado de este sentido cabían otros especiales como la caución real («cautio pignoratitia», la «sequestratio», la «missio in possessio-

la utilización misma de la «duplae», la «actio ex stipulatio pro portione» precisó el contenido indemnizatorio de la estipulación en atención a la porción hereditaria de los coherederos; D. 45, 1, 4, 2 (12 ab sab.) (5).

Por otra parte, la nota de especialidad de la responsabilidad aquí tratada alcanza el fundamento mismo de la garantía. Sin perjuicio de lo que más adelante añadiremos acerca de la verdadera naturaleza de la división en Roma, podemos adelantar que dicho fundamento obedeció a la peculiar naturaleza jurídica de la división y, en especial, a su finalidad económica y social. De este modo, su fundamento respondió a los principios y reglas de la comunidad hereditaria y, en particular, al reparto proporcional tanto de las ganancias como de las partidas o perjuicios. Nada más alejado de esta realidad resultaría el establecimiento de dicho fundamento en la línea evolutiva de la «stipulatio habere licere» y, por ende, de la «actio empti», como una propia obligación de «evictionem praestare» surgida de una pretendida operación traslativa y onerosa entre los coherederos, a modo de permutas o cesiones recíprocas de las porciones indivisas.

Por contra, la coherencia del fundamento que sostenemos obtiene su razón de ser de un dato tan indiscutible como el de la comunidad hereditaria como fuente de obligaciones entre los coherederos. Así, respecto a las tradicionales obligaciones que surgen de la comunidad hereditaria como «communio rerum»: a) El reparto proporcional de los frutos y, en general, de las utilidades obtenidas de los bienes hereditarios, así como el de los daños no imputables y el de los gastos realizados en interés de la comunidad; D. 10, 2, 18, 3 (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 39 pr. (Scae. 1 resp.); D. 9, 4, 19 pr. (Paul. 22 ed.), o D. 10, 3, 6, 3 (Ulp. 19 ed.). b) La indemnización de los daños imputables a algún coheredero; D. 10, 2, 16, 4 (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 17 (Gai. 7 ed. prov.), o D. 10, 3, 3, pro. (Ulp. 30 sab.). Debemos tener en cuenta que la comunidad hereditaria también fue fuente de obligaciones respecto de aquellas situaciones dignas de protección que

nem») y, en nuestro caso, la «stipulatio» verbal. De todo modos, parece ser que el significado de «cautio» como «seguridad» deriva del documento testifical que le sirvió de prueba de la existencia y contenido de la «stipulatio». Con éste se sustraía, o protegía, el derecho de la posibilidad de cualquier «duda eficaz», ya que se fijaba, con el respaldo de su eficacia obligacional, el contenido y el límite de la responsabilidad. En segundo lugar, algunos textos aluden ya a la «stipulatio» a través del convenio («convenit», «conventionem») a propósito de los riesgos de la evicción: C. L. 14, Tit. 36, Libro 3, o la contemplan expresamente: C. L. 2, Tit. 55 («De evictionibus»), Libro 8 «ex causa stipulationis».

(5) A su vez, a diferencia del contenido variable del «id quod interest» (valoración de la «res evicta» al tiempo de la evicción) la «actio ex stipulatio» determinaba el momento de valoración de la «res evicta» en atención a su precio de adjudicación, o de su estimación, al tiempo de la división. Este criterio diferenciador fue seguido por Bártolo, que lo fundamentó en la distinta naturaleza entre la división y la venta: mientras la división se presentaba como un acto necesario «quia divisio es actus necessarius», la venta aparecía como un acto voluntario «quae est actus voluntarius».

podían tener relevancia a propósito de la necesidad de dividir. Entre ellas, y de forma destacada, la evicción de algún bien adjudicado. De ahí que la evicción sufrida por un coheredero no tenga un tratamiento aislado, sino que su valoración jurídica traiga su causa de una situación de comunidad hereditaria. Por ello, en la «*actio familiae erciscundae*» el Juez o árbitro de la división debía velar, en uso de sus facultades (D. 10, 2, 3, Gai. 7, ed. prov., y D. 10, 2, 16, 1. Ulp. 19 ed.), tanto por el reparto equitativo de los derechos y cargas de la herencia como de la eficacia de dicho reparto una vez realizada la división. El Juez, al margen de tener en cuenta en la división de los predios «lo que es más útil para todos, o lo que prefieran los comuneros»; D. 10, 3, 21 (Ulp. 30 ad. Sab.), debía proceder a que se diera la oportuna caución de evicción a aquellos a quienes hacía las correspondientes adjudicaciones; D. 10, 2, 16 pr. (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 25, 21 (Paul. 23 ed.), y D. 17, 2, 38, pro. (Paul. 6 Sab.). Se comprende así, cómo aunque la obligación de garantizar contra la evicción tuviese su oportunidad en la necesidad de dividir (y de ahí su papel de estipulación adjunta), su fundamento derivase de la aplicación de uno de los principios rectores de la comunidad: el trato igual y equitativo en el reparto proporcional del daño o perjuicio causado por la evicción de un bien hereditario. Consecuencia lógica de la situación de «conurrencia» y no de «contratación» que une a los coherederos frente a los riesgos de los bienes hereditarios: «...quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum...», D. 10, 2, 25, 16 (Paul. 23 ed.).

En definitiva, tanto el fundamento como el contenido de la estipulación respondieron a la naturaleza y función de la división de la herencia, dando lugar a un régimen especial de la garantía contra la evicción respecto del general establecido para la compraventa.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LA DIVISION DE LA HERENCIA

El análisis de la naturaleza jurídica de la división de la herencia constituye el primer paso necesario para poner en tela de juicio la clasicidad del fundamento histórico, que sustenta la validez del punto primero del artículo 1.070 del Código civil. Máxime si empezamos a tomar en consideración que el principio general de responder por la evicción en la división de la herencia no tuvo, salvo la expresa voluntad del testador, límite alguno. De esta forma, se podrá explicar la lógica antiñomia entre el texto de autoridad, D. 31, 77, 8 y el apartado último de la Ley 9 de Partidas; ya que éste obedeció, realmente, a una consecuencia derivada de la elaboración dogmática que los glosadores y comentaristas del «*ius commune*» hicieron acerca de los contratos innominados y, particularmente, a la identificación de

la figura jurídica del convenio de división con la permuta. Consecuentemente, el pulso de nuestra investigación está igualmente interesado en la constatación del carácter espurio de la tesis de la «permutatio» como en el esclarecimiento de los verdaderos procesos evolutivos que, a la sombra de dicha concepción, hicieron posible la falsa clasicidad de la excepción aquí tratada. Conscientes del ambicioso propósito de nuestra empresa, hemos tenido que recurrir a un método científico que juzgamos válido y exhaustivo. Por una parte, nos serviremos de la autoridad de Lenel de cara a las inestimables enseñanzas que aporta la reconstrucción de la fórmula de la acción divisoria. Por la otra, realizaremos un comentario crítico de aquellos pasajes que, con mayor o menor incidencia, han sustentado la validez de la famosa tesis de la «permutatio». Para ello aprovecharemos el recurso a estos pasajes por parte de prestigiosos juristas que, en diferentes contextos históricos y propósitos, los han utilizado convencidos de su ejemplaridad. Como corolario de este quehacer, valoraremos la repercusión, para nuestro objeto de estudio, de ciertos hechos llamativos como, por ejemplo, la inclusión de la comunidad hereditaria en el «quaxi ex contractu», o el posterior paso de la acción de división a las llamadas acciones de buena fe.

Como sabemos, la existencia de varios herederos que hayan aceptado la herencia a ellos deferida da lugar al nacimiento de la comunidad hereditaria. Esta corresponde a una comunidad «pro parte por individuo» en la que cada heredero es titular de una cuota o fracción del «ius hereditario». Ya que la «sucessio», como colocación de un heredero en la posición jurídica del «de cuius» («in locum et ius»), posibilita la subrogación en el derecho hereditario, pero no en la propiedad de la «res» hereditaria. Sólo en la época postclásica se hará referencia a una «sucesión particular» a propósito de los legados.

El contenido socioeconómico de la época clásica, sin tardanza alguna, adjetiva de transitoria esta situación. Recordándonos, inevitablemente, la necesidad de un procedimiento para el logro de los intereses particulares de los comuneros: la división de la herencia (6).

Con ella, el abstracto derecho en la participación del «ius hereditario» se concentra y personaliza en la titularidad sobre bienes determinados de la herencia. Constituyéndose, como se ha dicho, en el título inmediato de la adquisición singular del heredero. El análisis de la naturaleza jurídica de este proceso de adquisición del dominio, representa un elemento imprescindible para la mejor comprensión de los posteriores procesos evolutivos.

(6) En este sentido, la división aparece como un remedio lógico a una situación de comunidad que, aparte de resultar difícil de llevar, no permite plenamente el valor económico-consuntivo que la propiedad tiene en este estadio socio-cultural de Roma. D. 10, 2, 4, 3 (Ulp. 30 Sab.); D. 10, 3, 8 pr. (Afr. 7 quaest.). Sobre los pactos de no dividir (D. 17, 2, 65, 5) (Paul. 32 ed.): D. 10, 3, 14, 2 y 3 (Paul. 3 Plaut) y D. 17, 2, 16, 1 (Ulp. 30 Sab.).

Ya el profesor Frezza (7) dejó constancia de la importancia de los nuevos fragmentos de Gayo para el conocimiento científico de la «*actio familiae erciscundae*» y, en particular, para la reconstrucción de su fórmula. En general, los resultados que se han obtenido de esta vía de investigación favorecen nuestro postulado de especificar el fundamento y contenido de la responsabilidad por evicción en atención a principios y reglas propios de la comunidad hereditaria. Configurándose como un régimen especial fuera de la aplicación de esta responsabilidad en el contrato de compraventa.

Lo que supone, en definitiva, no hacer depender la responsabilidad cuestionada de un pretendido carácter traslativo y oneroso de la división, sino de un proceso técnico que hace posible la realidad de uno de los principios rectores de la comunidad hereditaria: el reparto proporcional tanto de las ganancias como de las pérdidas. Pues no debemos olvidar que la división, aparte de su función adquisitiva del dominio, reporta toda una regulación de las consecuencias jurídicas derivadas de hechos, comportamientos o acontecimientos, que guardan su razón de ser en una situación anterior de comunidad. Entre éstos, el perjuicio ocasionado a un coheredero por la evicción de un bien a él adjudicado.

Esta nueva orientación, al margen de razonamientos y argumentos ya expuestos, cuenta en la doctrina romanística con importantes elementos de autoridad, como se desprende de la reconstrucción del Edicto perpetuo llevado a cabo por Otto Lenel (8). Además, la lógica de su razonamiento posibilita la aportación de unos comentarios críticos a los textos aducidos en apoyo de la teoría traslativa de la división.

Respecto al trabajo de Lenel, su palingenesia se centra, sobre todo, en los comentarios de Ulpiano al Edicto del Pretor (9). En su opinión, la dificultad que presentan los juicios divisorios se halla en la reconstrucción de su «*demonstratio*». Para Rudorff (el más ilustre predecesor de Lenel en estas tareas), la reconstrucción de la «*actio familiae erciscunde*» tenía el siguiente tenor: «*Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ab rem familiae erciscunde arbitrum sibi dari postulanerunt...*»

Lenel discrepa de la conexión: «*quod hereditas... communis est, quam ob rem...*», por considerarla foco feliz y no responder la «*demonstratio*» a lo que se puede indagar de ésta en las fuentes. En cualquier caso, tiene como probable que hubo una necesaria mención en

(7) FREZZA, P. (1957): *Actio familiae erciscunde*, en «Novísimo Digesto italiano».

(8) OTTO LENEL: *Das Edictum Perpetuum*, en «Ein Versuch zu Seiner Wieder Herstellung. Neudruck, Der 3 Auflage», Leipzig, 1917 (Aalen 1985).

(9) *Ulp. 19*, desarrollado en D. (10.2) 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 (35.2), 43 (40.4), 30 cf. h. t. 22 (5) (41.1) 44 cf. h. t. 8 (2).

También, *Paul. 23*, desarrollado en D. (10.2) 9, 11, 15, 21, 23, 25, 27, 29, 56; *Gai. 7*, en D. (10.2) 1, 3, 4, 17, 19, 26, 28; *Julian. 8*, en D. (5.4) 7. h. t. 51 y 3. (40.7) 12.

la «demonstratio» a la «iudicis postulatio». Así, también, es de suponer en el testimonio de la Lex Rubri C. 23.

Además, de la segunda parte de la fórmula de Rudorff (10), se desprende la necesidad de esta mención dado que sólo a través de ella se pueden agrupar con sentido todos los fragmentos preceptivos de aquélla. Pues en la naturaleza de la cuestión, es decir, de la acción divisoria, únicamente la «iudicis postulatio» pudo constituir el fundamento jurídico del «adiudicari oportere». Después de este último, al formar la base propia de la fórmula, pudo servir para que cristalizara adecuadamente el «quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet». De la certeza de esta hipótesis, así como de sus profundas notas, Lenel, siguiendo el curso del comentario de Ulpiano llega a la siguiente «demonstratio» que tiene por segura: «Quod Lucii titii heredes de familia erciscunda deque eo, quod heres factus sit, gestum admissum sit, iudicem sibi dari postulauerunt.»

Fuera de la total exactitud histórica de la reconstrucción de Lenel, que por otra parte sólo puede ser objeto de estudios muy especializados, nos interesa señalar que lo que realmente aparece como incontable, en el estadio actual de la ciencia romanística, es el papel central que debió jugar la «iudicis postulatio» en la fórmula de las acciones divisorias.

Consecuencia de ello es para el Derecho romano analizado, período de las «legis acciones» y procedimiento «per fórmulas», que el fundamento jurídico de la cláusula de adjudicación, es decir, de la adquisición singular del heredero no proviene de una pretendida operación traslativa que surge de la división, a modo de permutas o cesiones recíprocas de porciones indivisas entre los herederos, sino de la «potestad» de Juez que con su solicitud así lo establece.

A este mismo resultado nos conduce la excelente obra de los profesores Heumann y Seckel (11) acerca de los significados y aplicacio-

(10) «Quod... de familia erciscunda iudicem sibi dari postulauerunt.»

(11) HEUMANN, H., y SECKEL, E.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10 Auflage, Graz, 1958.

De los distintos significados y aplicaciones del término «officium»: 1) como criterio de comportamiento (de los hombres, de los parientes o del amigo); 2) coprestación de servicio (servicios domésticos o trabajos de un esclavo); 3) como ejercicio o aplicación de la prestación, y 4) como personal que pertenece a un tribunal. El que hemos señalado como «poder de cargo» o «facultades» de dicho cargo es, sin lugar a dudas, el que corresponde al ministerio del Juez a través de la «adiudicatio» en el juicio de división de herencia. Numerosos pasajes del Digesto reflejan esta facultad del Juez que hace posible el cumplimiento de los deberes de su cargo: D. 10, 2, 22 (1) (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 3 (Gai 7 et. prov.); D. 10, 2, 26 (Gai 7 ed. prov.); D. 10, 2, 2, 28 (Gai 7 ed. prov.); D. 10, 2, 1 (1) (Gai 7 ed. prov.); D. 10, 2, 25 (5) (Paul. 23 ed.); D. 10, 2, 42 (Pomp. 6 Sab.); D. 10, 2, 47 pr. (Pomp. 21 Sab.); D. 10, 2, 55 (Ulp. 2 ed.). Por otra parte, la «divisio», como «dividere», hace posible, a través de los procedimientos que estudiaremos, la materialización de un concepto como la cuota que pertenece a una categoría de la lógica jurídica. En este sentido, «portio domini, pars domini» como «arte en algo» —cuota.

nes de los términos en las fuentes. En este sentido, el «*officium iudicis*» exterioriza tanto la obligación del cargo que se ejerce como el poder que se confiere al mismo. Consecuencia de éste es que al ministerio del Juez de la división le corresponde la adjudicación de los bienes de la herencia y demás actuaciones necesarias para llevar a cabo la obligación de su cargo, es decir, la división justa y equitativa de los bienes y las cargas de la herencia.

La «*iudicis postulatio*» se presenta como un elemento impulsor de la acción divisoria que, dentro de un proceso formal de atribución del dominio, descarga en la «*demonstratio*» todo el mensaje de reparto proporcional que trae consigo, inevitablemente, el hecho de la división como disolución de una situación anterior de comunidad hereditaria. De esta forma, la alusión de la acción divisoria, como título inmediato en la adquisición singular del heredero, no puede cambiar o mutar la relación originaria que se establece entre ellos en su participación plural del «*ius successionis*». La división, con las bases descritas, no obedece a nuevos y artificiosos derechos de los herederos, sino a un procedimiento técnico que responde, con un resultado adquisitivo, al criterio de participación mencionado.

Su fundamento último se encuentra, por tanto, en los principios y reglas de la comunidad hereditaria y, en particular, en el reparto proporcional tanto de las ganancias como de las pérdidas o perjuicios.

Pero la autoridad de Lenel no concluye para nuestro objeto de estudio aquí, sino que además aporta importantes deducciones en la conexión de la referida «*demonstratio*» con la cláusula de adjudicación; que según el texto de Gayo (IV.42), tenía el siguiente tenor: «*Quantum adjudicari oportet, iudex titio adjudicato.*» Después de su comentario a cuestiones concretas y de la referencia a las fuentes, completa esta parte de la fórmula con la siguiente construcción: «*Quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet (ex fide bona?), eius index alterum alteri c.s.n.p.a.*» La colocación de un interrogante en la cláusula *ex fide bona* de la fórmula, la justifica Lenel por la polémica existente en torno a la pertenencia o inclusión de los juicios divisorios en los «*iudicia bonae fidei*». Por una parte, no hay duda de que las normas (reglas) a tenor de las cuales los clásicos tratan de obligaciones que nacen de la comunidad responden a la estructura de los juicios de buena fe. Por otra parte, los juicios divisorios faltan en el extracto de Gayo IV.62 (cuya enumeración es exhaustiva de los *iudicia b.f.*). Su posterior aparición en el texto Justiniano, Inst. (4.6.), 28, nada demuestra en orden al derecho clásico, pues, aunque los pasajes de la compilación confirman su carácter de buena fe, éstos subyacen colectivamente en la sospecha de interpolación. En este estado de la cuestión, Lenel opina que la propia evolución histórica puede aclarar la ausencia de esta cláusula «*ex fide bona*» en los juicios divisorios. En este sentido estos juicios debieron tenerla expresamente, bien en la «*intentio*» o en la «*demonstratio*»,

mucho antes de la aparición de los «iudici bonae fidei» para hacer posible que el Juez, dentro de un marco de actuación, pudiera realizar las compensaciones necesarias en la división. Cuando paulatinamente las obligaciones nacidas de la comunidad adquirieron reconocimiento, fue natural basarlas en una «intentio» sobrevenida sin proceder a una modificación de la misma, y sin considerar que en las decisiones respectivas la «bona fides» desempeñara un papel importante.

Lenel termina separándose del criterio de Audibert, favorable a la existencia en la fórmula de la a.f. ercis. de una duplicidad tanto de la «intentio» como de la «condemnatio». Las unas, habilitadas para las discrepancias de la relación obligatoria, y las otras, para hacer posible las compensaciones pecuniarias. En su opinión, al margen de las pruebas que aduce para rebatir tal criterio, la simple «intentio» y «condemnatio», con la concepción elástica que debieron tener, pudieron cubrir cualquier necesidad práctica. De cualquier modo, el comentario de Lenel es provechoso para nosotros pues representa un punto de apoyo más en la no equiparación de la acción divisoria con la fisonomía contractual que generalmente, desde Justiniano, presentan las «iudicia bonae fidei». Porque aunque la acción divisoria en el período de las «legi actiones» se desarrollase con el procedimiento de la «Legis actio per iudicis arbitrive postulationem», prototipo procesal de las acciones de buena fe y, en general, de todas las de deuda indeterminada, la finalidad de esta cláusula difiere de la importancia específica de la «bona fides» en el contrato. Fuera de los contratos gratuitos, o de confianza, la buena fe persigue un equilibrio de interés en una relación jurídica que exterioriza una reciprocidad de obligaciones (bilateralidad funcional) derivada, a su vez, de un acuerdo o convenio sobre una base, también, de intereses contrapuestos. De ahí, que el Juez pueda estimar con mayor flexibilidad la responsabilidad del demandado y el interés del demandante (como sanción o indemnización de la lealtad quebrantada por una de las partes de un contrato), pero en el marco de la estructura contractual y onerosa de la relación jurídica. Por eso, cuando con Justiniano cambia la naturaleza de la acción divisoria dejando de ser real («in rem») para pasar a ser mixta («tan in rem quam in personam») y se la incluye dentro de las acciones de buena fe (12), no debemos

(12) PASQUALE VOCI (*Diritto Ereditario Romano*, Milano, 1963) también coincide con criterio de Lenel al considerar que esta proximidad entre la a. f. er. y la «iudicia bonae fidei» que llevó a su inclusión en estos últimos, obedeció a una clasificación postclásica de origen probablemente escolástica, que no tuvo efectos sustanciales en el contenido y función de la división. Sobre su carácter de juicio de buena fe podemos citar los siguientes textos: Ley 9, Tit. 36, Libro 3 del Código (Idem. a. Nerinae): «No es dudoso que contándose el título de la partición de herencia entre las acciones de buena fe...»; D. 10, 2, 2, 2, 3 (Ulp. 19 ed.): «En la acción de partición de herencia, cada uno de los herederos tiene la posición del demandante y demandado»; D. 10, 3, 2, 1 (Gai. 7 ed. prov.): «En las tres acciones dobles, de partición de herencia, de división de la cosa común y de deslinde, se pregunta quién se entiende por deman-

pensar que se operó una extrapolación de la «bona fides» propia de los contratos onerosos, sino que simplemente, con un afán ya post-clásico, se intentó clasificar las nuevas necesidades prácticas que presentaba la acción de división, entre ellas su ejercicio a los efectos puramente obligacionales de la «condemnatio». De ahí que la cláusula «ex fide bona» en la acción divisoria (aparte de su papel necesario para las posibles compensaciones) sí permitió cierto juego del régimen propio de las acciones de buena fe: como el mayor «arbitrium» del Juez para determinar la condena, la relevancia de los pactos, o la reciprocidad en la iniciativa procesal, fue, sin lugar a dudas, desde su contexto de comunidad, es decir, de la concurrencia o participación en el derecho hereditario, y con la finalidad de lograr un reparto proporcional y justo tanto de los derechos como de las cargas y riesgos de la herencia.

De todos modos, tal y como adelantábamos, la naturaleza jurídica que sustentamos de la división de la herencia en base a su elemento más íntimo, la fórmula de la acción divisoria, puede verse confirmada en el comentario crítico a los textos de autoridad que sirvieron para hacer valer a la «espuria tesis» de la «permutatio».

El primer texto objeto de nuestro comentario lo traemos a colación a propósito del excelente trabajo del notario Martín López: «Carácter y efectos de la partición de la herencia» (13). Al margen de su loable intento de solucionar el eterno conflicto entre la tesis traslativa y la declarativa, a través del carácter especificativo o determinativo de la división, nos interesa señalar que el citado autor parte de la concepción traslativa de la división en Roma corrobórandolo, especialmente, en la definición de Papiniano acerca de los efectos de la división; *D. x, 2. (familiae erciscundae) 20,3*: «un cambio de partes indivisas que los coherederos se consienten recíprocamente».

La elección de este texto como objeto de nuestro primer comentario no responde a un criterio baladí ni a una decisión arbitraria. La razón de esta elección se puede justificar desde varios puntos de vista. En primer lugar, es notoria la importancia que tiene la interpretación jurídica que se ha hecho de este texto como argumento de la tesis traslativa en el marco de los antecedentes históricos. En segundo lugar, la localización cronológica del quehacer de Papiniano nos sitúa, dentro de una periodificación del Derecho romano, en una época especialmente sensible y valiosa para clarificar nuestros conceptos: la última jurisprudencia clásica. Por último, no podemos olvidar que este gran jurista fue el maestro de los discípulos cuyos comentarios

dante, pues parece igual la posición de todos; pero se estimó que sea considerado demandante el que hubiese provocado el juicio», y *D. 17, 2, 78* (Proc. 5 epist): «Sin embargo, en la cuestión propuesta estimo que ha de seguirse el arbitrio de un hombre recto, tanto más por ser la acción de socio un juicio de buena fe.»

(13) En *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1936, Tomo 23, núm. 270.

han constituido la mejor base en la reconstrucción del Edicto: Paulo y Ulpiano. El texto citado modernamente D. (10.2.) 20,3. (Ulp. 19 ed.), tiene el siguiente tenor: «Si pater inter filios sine scriptura bona divisit et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supreni iudicii divisionem Papinianus ait, plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, *quasi certa lege permutationem fecerint*, scilicet si omnes res divisae sint.» Traducción: Si el padre dividió sin escritura los bienes entre sus hijos y distribuyó las cargas de las deudas en proporción de las posesiones, dice Papiniano que no parece simple donación, sino más bien partición por última voluntad. Claro que, como dice Papiniano, si los acreedores los demandasen según sus porciones hereditarias y uno faltara a lo dispuesto, puede demandarse contra él con la acción de palabras prescritas, como si hubieran hecho con aquella determinada ley una permuta, es decir, en el caso de que se hubiesen dividido todos los bienes.

El texto recoge el supuesto en el que el pater divide la herencia entre sus hijos por actos intervivos (pacto seguido de la entrega de las cosas) a través de una disposición oral («sine scriptura»). Pero manifestando en la misma la distribución de sus cargas de las deudas en proporción a los bienes entregados a cada uno de sus hijos. La primera parte de la opinión de Papiano califica el acto del pater en los términos expuestos. Ya que lo diferencia de la simple donación («simplicem donationem») y, por extensión lógica, de la «donatio mortis causa») porque tal acto es concluido en vista o con la finalidad de su sucesión futura entre sus hijos alcanzando a todos los bienes de la herencia. Hasta aquí el texto no plantea problemas. El hecho que motiva el desarrollo posterior del criterio de Papiniano y, en definitiva, de la concepción debatida, resulta del incumplimiento de uno de los hijos a la disposición del pater: los acreedores demandan su crédito en consideración a las porciones hereditarias recibidas y uno de ellos falta a lo dispuesto («et unus placita detrectet»). Ante tal situación, Papiniano aduce el remedio de demandarlo con la acción de palabras prescritas, pero comenta dicha solución con los siguientes términos: «*Quasi certa lege permutationem fecerint.*» De este comentario, los defensores de la tesis traslativa de la división obtienen su mejor argumento de autoridad. Pues deducen que Papiniano identifica bien la naturaleza de la división, o sus efectos, con la permuta. De tal forma que el heredero adquiere por títulos distintos, como tal heredero, la parte alicuota que por dicho concepto le pertenecía desde el primer momento en los bienes que se le adjudiquen; como causahabiente de los demás coherederos, las partes restantes que de éstos recibe en permuta para completar su lote.

Sin embargo, un análisis global del texto en consonancia con el régimen jurídico de la división en el Derecho romano, nos lleva a

la conclusión de que esta interpretación no corresponde al verdadero sentido que se desprende del comentario de Papiniano. Si nos fijamos en el supuesto del hecho descrito, observaremos que la circunstancia que le otorga un matiz problemático deriva de la ausencia de una reglamentación o acuerdo sobre el reparto de las deudas de la herencia. En este sentido, el pater, para que su división tenga validez en el ámbito del «*ius civile*», realiza la «*traditio*» de las cosas hereditarias (o en su caso, la «*mancipatio*» o la «*in iure cessio*»), pero nada se establece en orden a las garantías necesarias para el exacto cumplimiento de las obligaciones derivadas del reparto de las cargas de la herencia (estipulaciones, cauciones, cesiones de acciones, etc.). En este orden de cosas el precepto legal de la división «*nomina hereditaria ipso iure inter coheredes dividuntur*» operaría, como efecto inmediato de la adquisición hereditaria, la responsabilidad proporcional de los hijos en las deudas de la herencia según las cuotas asignadas, en nuestro caso, en atención a las posesiones entregadas. No obstante, pese a la consecuencia de la disposición legal lo que sucede en ocasiones, como los casos de existencia de una obligación solidaria o indivisible, es que la falta de cumplimiento de uno de los herederos ensancha el ámbito de responsabilidad de los demás ante la reclamación del acreedor insatisfecho, con lo que se llega a un resultado injusto por el reparto no proporcional de las cargas de la herencia. Para evitarlo, el Pretor protegió la disposición del pater con una «*actio in factum*» que el Derecho justineano sustituye por la «*actio praescriptis verbis*».

Para entender correctamente el comentario de Papiniano acerca de esta última acción debemos plantearnos la problemática tanto del supuesto objeto de estudio como de la solución o remedio ofrecido. El matiz problemático que se desprende del supuesto de hecho se entiende perfectamente si reparamos en las siguientes consideraciones. La naturaleza de la división realizada por el pater (por acto inter vivos) impide que ésta participe de la eficacia y seguridad que derivan del ejercicio de la «*actio familiae erciscundae*». En ella el Juez, o árbitro de la división, a través de la «*adiudicatio*» habría consagrado formalmente las adquisiciones singulares de los herederos en el ámbito del «*ius civile*». Con la «*condemnatio*» resolvería las compensaciones y relaciones obligatorias entre éstos y, en su caso, con las obligaciones de garantía (estipulaciones, cauciones) atendería a los posibles daños que a consecuencia de la división pudieran sobrevenir después de realizada ésta. De todos modos, al margen de este procedimiento más firme y seguro, los hijos, o el padre, pudieron incluso por la vía privada (convenio) establecer las debidas garantías para el exacto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la división. Ante su ausencia el daño o perjuicio (en nuestro caso por la falta de cumplimiento) acontece sin estar cubierto su resarcimiento en el campo de «*ius civile*». Pese a ello, la disposición del pater acerca de las cargas

de la herencia debe ser mantenida. Su vulneración conllevaría un quebranto de su voluntad distributiva, amén de un reparto injusto de estas cargas entre sus hijos. En el Derecho clásico la solución es idéntica a la división privada que no contiene estas especiales garantías. El Pretor, como ya hemos dicho, protege la disposición del pater (sin defensa en el ámbito del «*ius civile*») con una «*actio in factum*». De esta forma sanciona el comportamiento doloso del hijo que aceptando la división del padre se niega después a pagar su parte de las cargas de la herencia.

Lo que ocurrió a nivel conceptual es que tanto la base negocial de la división privada como la naturaleza de la «*actio in factum*» (en este sentido su «*condemnatio*» perseguía al «*id quod interest*» de perjudicado) representaron un primer punto de apoyo para una posterior generalización contractual. Así, la doctrina postclásica clasificó al simple convenio de división dentro de la categoría general de los contratos innominados, es decir, aquellos convenios de obligarse recíprocamente que, al no coincidir con los negocios contractuales tipificados por el Derecho clásico como tales (de buena fe), no podían obligar por sí mismos, pero sí obligaban desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido. A su vez, estos contratos innominados fueron incluidos por Justiniano entre los «*iudicia bonae fidei*» (al igual que la «*actio familia erciscundae*»). La fuerza expansiva del contrato de compraventa tendía a simplificar contratos o negocios complejos y a clasificar con criterios postclásicos. Dentro de todo este proceso, la «*actio praescriptis verbis*» sustituye a la «*actio in factum*» en una división ya contractualizada del convenio de división.

A la vista de estos antecedentes, podemos entender el verdadero alcance del comentario de Papiniano acerca de la validez de esta «*actio praescriptis verbis*» como solución del problema que plantea el texto. Si la división hubiese sido realizada por un negocio privado (convenio) entre los hijos, la justificación de esta «*actio*» aparecería mucho más elocuente dada su vocación contractual. Pero el supuesto no contempla tal convenio, pues la división la realiza el padre por acto «*inter-vivos*» de forma unilateral. Sin embargo, el remedio al incumplimiento de uno de sus hijos tiene que ser, necesariamente, dicha acción al carecer de los demás medios de defensa en el ámbito del «*ius civile*». Papiniano, consciente de este obstáculo teórico, ejemplifica, para la mejor comprensión de su aplicación, recurriendo al concepto de la «*permutatio*» por ser el contrato innominado que mejor se adapta al caso entre coherederos, de manera que se autorice entre ellos el «*agere praescriptis verbis*». De esta forma se hallaba una base contractual pareja a la naturaleza de esta acción.

En nuestra opinión, el comentario de Papiniano obedece claramente, dadas las circunstancias del caso, a un recurso pedagógico que no pretendía, ni tiene, una aplicación en el campo jurídico. Re-

sulta evidente que tanto el padre a través de su división («supremi iudicii divisio») como los hijos con su aceptación, no realizan en ningún momento de sus relaciones jurídicas ninguna permuta con aquél o entre ellos. Lo contrario sería desconocer el conocimiento jurídico que, sin lugar a dudas, debió tener un gran jurista como Papiniano. Sólo de una interpretación arbitrariamente parcial y sumisa a unos dictados especulativos se pudo desprender una dislocada equiparación en la naturaleza, o los efectos, de la división y la permuta, en el presente caso, de la consideración que merece la división del padre como justa causa de la usucapión de éstos. Por lo que respecta a las relaciones obligatorias, como ya hemos dicho, la «actio praescriptis verbis», pese a su naturaleza, tiene su fundamento en el respeto a la disposición distributiva del padre y en la necesidad de ser el único remedio jurídico que sirve a este propósito. Aparte de todas estas valoraciones, el estudio del significado de los términos empleados por Papiniano nos conduce a la misma conclusión.

Del fragmento polémico del texto: «*quasi* certe lege premutatiōnem fecerint» el sentido del término, «quasi», es decisivo para entender la referencia del jurista al instituto de la «permutatio». De los distintos significados y aplicaciones de los términos en las fuentes romanas (según la información de la obra, ya citada, de Heumann y Seckel) el significado más apropiado al presente caso, tal como hemos reflejado en la traducción del texto, es de «como si» (14). Pues bien, si atendemos a las fuentes en las que el término «quasi» viene contemplado con este sentido, observaremos como en casi todas ellas dicho término sirve para relacionar un hecho o circunstancia, que sin tener una aplicación jurídica en la cuestión debatida, colabora para una mejor comprensión de la solución jurídica que se establece. Su sentido, por tanto, no conduce en ningún caso a una identificación o aplicación en la cuestión debatida del hecho o circunstancia referido, sino simplemente a su utilización como recurso pedagógico. Se comprende, así, que Papiniano, para justificar mejor la aplicación de la «actio praescriptis verbis», dado el inconveniente de su naturaleza en relación con las circunstancias del caso, recurra al ejemplo de la «permutatio» «*como si*» los hijos a través del supremo juicio de división del padre («certa lege») la hubiesen realizado entre ellos.

Por último, al margen incluso de este razonamiento que a nosotros nos parece totalmente correcto, podemos alegar otro enfoque en

(14) Aunque el texto en cuestión no viene contemplado en las aplicaciones y significados del término «quasi» no tenemos duda alguna acerca de su inclusión en el primer significado que aportan HEUMANN y SECKEL que hace referencia a «como si». Avalan nuestra opinión tanto la traducción del texto por ALVARO D'ORS como la similitud de los pasajes comprendidos dentro de este significado del término «quasi»: D. 50, 17, 180 y 169 (1); D. 2, 12, 8; D. 19, 1, 51 pro.; D. 28, 5, 10; D. 3, 4, 2; D. 4, 6, 37; D. 3, 2, 2 (1); D. 15, 3, 3 (9); D. 2. 14. 19 pro.; D. 11, 1, 11 (9); D. 9, 2, 11 (1 y 2); D. 17, 1, 21 (8); D. 3, 3, 62; D. 34, 3, 3 (1), y D. 31, 21.

favor de nuestro criterio. Si pensamos una vez más en el eje de la cuestión problemática que presenta el texto llegaremos a la conclusión de lo que realmente lleva a comentario el jurista no es, como sería deseable para los defensores de la tesis traslativa, la adjudicación de los bienes de la herencia (objeto propio de toda división) sino, por el contrario, la distribución de las cargas de la herencia. Cuestión que, por su propia naturaleza, quedaba dividida «*ipso iure*», fuera del juicio de división por voluntad de la ley. No hay, en consecuencia, sea cual sea la interpretación a realizar, una referencia o mensaje directo a la adquisición singular de los hijos, sino a la distribución de las deudas de la herencia.

Un segundo texto importante en la defensa de la tesis de la «*permutatio*» y, en consecuencia, del carácter traslativo de la división, lo encontramos en la *Ley I Cod. comm. utriusq. judic*: «que vicem emptionis obtinet». Precisamente su cita más relevante proviene de Pothier (15), que contempló a la concepción traslativa como «objeto de reforma» de cara a una nueva ordenación de la partición de la herencia. En este sentido, ya hemos adelantado que la elaboración dogmática de los glosadores y comentaristas del «*ius commune*» acerca de los contratos innominados y, particularmente, de la identificación de la figura jurídica del convenio de división con la permuta, posibilitó el oscurecimiento de la verdadera naturaleza de la división en Roma, a través de la artificiosa tesis de la «*permutatio*». De este modo, por mor de la universalidad del «*ius commune*», la concepción traslativa y onerosa de la división se presentó con la nota de ejemplaridad, propia de los antecedentes de Derecho romano. Pothier, con su elaboración doctrinal acerca del principio declarativo de la partición reacciona, por tanto, no contra los verdaderos antecedentes (que él no llega a conocer), sino contra lo que a través de la glosa y de los doctores del «*ius commune*» se presentó bajo la autoridad del genio jurídico romano: la concepción traslativa de la partición. El texto, por otra parte, es interesante ya que viene recogido como uno de los antecedentes en el Proyecto de 1851. Aunque este Proyecto de Código no contenga el precedente del actual artículo 1.069 del Código civil, sí que guarda una inequívoca alusión a la tesis traslativa en los comentarios y concordancias que García Goyena dedica a los «efectos de la partición». Así, en su comentario al artículo 839 del Proyecto (donde se inicia la sección II, destinada a la partición) señala que: «La partición envuelve enajenación, crea derechos y deberes.» Después, en el artículo 917 del Proyecto, para justificar la obligación de garantía por evicción, reclama la autoridad de la «*loi 1*» de Pot-

(15) En *Oeuvres de Pothier* par M. Bugnet, Tome Troisième, pp. 248 y ss., París, 1847, Cosse et N. Delamotte, imprimeurs-éditeurs.

hier (16), que corresponde, precisamente, al segundo texto destacado en nuestro comentario (Ley 1, Cod. comm. utriusq. judic).

El pasaje corresponde a la Ley 1, Tít. 36, Lib 3.º del Código de Justiniano, y tiene el siguiente tenor: «Inp. Antonius A. Marco.—*Divisionem praediorum vicem emtiones* obtinere placuit.—pp. VI, Kal. Decemb. Getiano et Basso Conss (211) (Trad.: El Emperador Antonino, Augusto, A. Marco.—Se determinó que la división de predios haga las veces de compra.—Publicada a b de las Calendas de Diciembre bajo el consulado de Genciano y de Basso) (211).

El término «vicem» como expresión de «hacer las veces de» o el «papel de» no representa en el texto una equiparación o asimilación de la división a la compraventa, sino una mera ejemplificación pedagógica. En este sentido, y por las razones apuntadas, tanto la naturaleza de la división como sus efectos no fueron confundidos en la práctica del Derecho romano con el alcance de otras instituciones tan dispares en cuanto a su estructura y la realidad social contemplada como la compraventa, o cualquier otro contrato traslativo y oneroso. No obstante, la utilización de este recurso pedagógico en esta ocasión con la compraventa, y en otras, con la permuta, se comprende si atendemos a las siguientes razones (17):

La división, por la misma complejidad del fenómeno sucesorio, del que obtiene su razón de ser, presenta un procedimiento que podríamos calificar de peculiar y específico que la distancian conceptualmente de otros modos de adquirir la propiedad.

En este sentido, dentro de los llamados actos formales de atribución de la propiedad, la «adiudicatio» judicial autorizada por el Magistrado en la fórmula de la acción divisoria («*actio familiae erciscundae*») respondió a una naturaleza constitutiva de adquisición de derechos (en cierta forma ya excepcional respecto del carácter declarativo de las sentencias de los Jueces) que, a su vez, quedaba claramente diferenciada en relación a la generalidad de otros negocios for-

(16) Menos relevante resulta el otro texto citado por GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 917 del Proyecto: Ley 14, Tít. 36, Libro 3 del Código. El pasaje presenta la particularidad de atender a la celebración del juicio de partición de la herencia en una de las provincias de Roma. Al no convenirse nada acerca de la evicción de los bienes especialmente adjudicados, se produce el recurso lógico a la ya explicada «*actio praescriptis verbis*».

(17) Esta dependencia conceptual en la explicación de los efectos de la evicción respecto del contrato de compraventa también se produce, lógicamente, en otros institutos más próximos a ella.

Así, en la Ley 4, Tít. 55 («*Creditorum evictionem non debere*»), Libro 3 del Código, respecto de la «*datio in solutum*»: «*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nan huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.*» PP. XI. Kal. August. duobus. Aspris Conss. (212).

males e inter-vivos para adquirir la propiedad: «mancipatio e in iure cessio».

Las diferencias en cuanto reflejo de una base contractual, generalmente onerosa, con finalidad traslativa, se ven incrementadas si avanzando en el tiempo las comparamos con los actos de apropiación posesoria, especialmente, con la «traditio» como modo ordinario de adquirir la propiedad.

Por otra parte, respecto de las atribuciones patrimoniales que obedecen a una causa lucrativa como la donación (por extensión, la «donatio mortis causa») su equiparación resulta inviable dadas sus distintas finalidades. También, aunque nos alejemos del carácter solemne de la «actio familiae erciscundae» en las restantes formas de división, «divisio» por actos inter-vivos o por convenio privado entre los coherederos, a pesar de que se realicen las correspondientes «mancipationes», «in iure cessiones» y «traditiones» para lograr su eficacia civil, la razón que justifica a todos estos negocios, es decir, que causaliza el carácter abstracto de la «mancipatio», que sustenta la «additio» del Magistrado en la «iure cessio», o que sirve de «iusta causa usucapionis» a la «traditio», sigue siendo la materialización de una plural delación hereditaria (18).

Todo este complejo proceso de atribución que partía causalmente de una «sucessio» compartida como expresión de una conjunta titularidad del «ius defuncti» que precisaba de la división, para la adquisición singular de los herederos en las cosas corporales de la herencia, no incomodaba el pensamiento del jurista clásico sujeto al rigor causístico del Derecho y ajeno a hacer definiciones y elucubraciones de principios. Sin embargo, la unidad de este proceso entorpecía la actitud escolástica de la reflexión postclásica, absorta en generalizaciones e intentos de clasificaciones. La división, como título inmediato de la adquisición singular del heredero, fue objeto de una tendencia pragmática a la epitomación acorde con la nueva labor doctrinal y el desenvolvimiento del Derecho. En este sentido, la fuerza expansiva de la estructura contractual, especialmente la del contrato de compraventa, tiende a simplificar y absorber contratos complejos o figuras discrepantes con dicha generalización. Al respecto basta con que recordemos cómo Jutiniano incluye a las acciones divisorias en las acciones de buena fe y clasifica a la comunidad hereditaria, en cuanto fuente de obligaciones entre los herederos, como un cuasicontrato. Por otra parte, en las divisiones realizadas fuera del procedimiento de la «actio familiae erciscundae» la acción que sustituye a la primitiva «actio in factum» del pretor, la «actio praescriptis verbis», responde también en el terreno conceptual a una base contractual. Por todo lo dicho, la interpretación del presente pasaje no debe conducirnos a

(18) DEMOLOMBE, C.: *Traité des successions*, Tome cinquième, p. 286, París, 1880, A. Lahure-Editeur.

una identificación o equiparación de la división con otros institutos diferentes que no explican su verdadera naturaleza. De ahí que los términos «vicem emptio» representen, en el contexto señalado, un recurso fácil para explicar un complejo proceso. Con lo que realmente se quería decir que la división operaba un resultado común a la compraventa, que es la adquisición de un bien, pudiéndose extender este resultado al hecho de responder por la evicción del mismo. Pero al margen de esta similitud tanto la adquisición como la responsabilidad por evicción obedecen, en uno y en otro caso, a realidades bien distintas.

A continuación pasaremos a ocuparnos, en primer lugar, de dos textos: «*loy 6, 8, f.f. com. divid y L. 7, 4, ff. Quid. mod. pign.*», que citados por Pothier y Demolombe (18), respectivamente, pueden ser objeto de un comentario común.

El primero de ellos corresponde a D. 10, 3, 6 (8) y tiene el siguiente tenor: «*Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo iudicio, sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio "tradita" fuissent, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestionare debere, quod exacto vendere eam rem creditor potest, Tulianus ait*» (Ulp. 19 ed.) (Trad.: Si tuviéramos un fondo en común y yo le hubiese pignorado, se incluye ciertamente en la acción de división de cosa común, pero conservará el acreedor su derecho de prenda, aunque hubiese sido adjudicado, pues también lo conservaría íntegro si hubiese sido voluntariamente transmitida la parte "pignorada" al otro socio. Mas Juliano dice que el árbitro de cosa común debe estimar en menor la parte "pignorada" porque, en virtud de lo pactado, puede el acreedor vender la cosa).

El segundo texto corresponde a D. 20, 6, 7 (4) y tiene el siguiente tenor: «*Llud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata*» (Gai., ad form hypoth.) (Trad.: «Debe observarse que si alguno hubiera hipotecado una parte individida de la cosa común, al hacerse la división con el copropietario, no queda en garantía aquella parte que fue adjudicada al que pignoro, sino que las partes de uno y otro copropietario quedarán en garantía por mitades indivisas»).

Sobre los antecedentes de la teoría de la «permutatio», los defensores de la concepción traslativa de la división afirmaron la validez de los actos dispositivos realizados por cada copartícipe durante el período de indivisión. De tal forma que al resultado de las operaciones de la división (adjudicaciones) no podían alterar ni modificar su eficacia. Las consecuencias, según este planteamiento, podían llegar a ser del todo injustas, ya que, por ejemplo, en el caso de la constitución de un derecho real sobre una participación indivisa, al permutar

dichas participaciones esta carga real podía recaer sobre un adjudicatario que ni la habría creado, ni consentido.

No obstante, toda esta argumentación sólo es portadora de una verdad a medias. Hay que partir de la base de que el condominio romano facultó a los condóminos a disponer libremente de su cuota. En este sentido, el objeto de la disposición quedaba comprendido en la naturaleza de ésta, como módulo de su derecho de participación, y no se proyectaba sobre una parte o porción determinada del bien a los bienes sujetos a condominio. De este modo, cuando la disposición afectaba a estos bienes, como la manumisión de un esclavo, se requería la existencia de una disposición conjunta de todos los titulares. Igual ocurría cuando el objeto de la disposición era la constitución de un derecho indivisible que no podía admitirse por parte, como la estipulación de una servidumbre.

Todo este régimen acerca de los actos dispositivos en el condominio es predicable de la comunidad hereditaria salvando, lógicamente, su distinta naturaleza.

De este modo, la afirmación generalizada acerca de la validez de los actos dispositivos de cada copartícipe, durante el período de división, debe de ser matizada. Así cuando lo que se vende no es la cuota propiamente dicha sino, por ejemplo, un esclavo que se tiene en común, al no constar la disposición conjunta lo que se produce, si no es adjudicado al vendedor dicho esclavo en la división, es un supuesto de evicción («evictio pro parte») ya que el reivindicante, copropietario del vendedor, prevalecerá sobre el comprador en virtud del juicio de división (D. 21, 2, 34, 1) (27 ad Sab.). De ahí que normalmente el condómino deba prestar la garantía de evicción correspondiente a su «cuota» vendida («pro portione») y por la parte restante bastará con que prometa respecto del dolo malo, pues si en el juicio de división le viene adjudicada por entero toda la cosa deberá entregarla al comprador (D. 19, 1, 13, 17) (31 ad ed.). Como podemos observar, la disposición del condómino consistente en la venta de un bien sujeto al condominio, no escapa de las consecuencias del juicio de división (19). Distinto sería el caso si los restantes condóminos aceptasen de alguna forma la venta realizada por uno de ellos, pues entonces tendría plena eficacia.

Por otra parte, aunque la «adiudicatio» del Juez tuviese una eficacia constitutiva, es decir, desprovista de un valor retroactivo, ello no permite afirmar que cualquier disposición del condómino fuese indiferente a sus resultados. Así, respecto de los actos del condómino que desbordan el ámbito de validez de su actuación (venta de bienes,

(19) En el terreno de la división de la herencia podemos aludir a la precaución que se establece en D. 10, 2, 13 (Pap. 7 quaest.): «Están prohibidas las enajenaciones después de aceptada la acción "familiae erciscundae", pero sólo las que son voluntarias, no las que tienen una causa anterior y se fundan en la necesidad de derecho.»

estipulación de servidumbres, constitución de usufructos, etc.), ya hemos visto cómo su eficacia quedaba subordinada al resultado de la división. Respecto de los actos permitidos al condómino, como de los acordados por todos ellos, su eficacia se mantiene a pesar del juicio de división.

Sin embargo, sí que es cierto que la constitución por el condómino de una determinada clase de derecho real, los de garantía (por tanto, no todos los derechos reales como pretendía la concepción traslativa) sí mantuvieron su eficacia al margen de los resultados del juicio de división.

No obstante, esta excepción a los principios expuestos no obtiene su justificación como una consecuencia del pretendido carácter traslativo de la división, sino como un efecto de la naturaleza misma de estos derechos reales de garantía. En este sentido la prenda, al igual que la hipoteca (que en el Derecho romano viene a ser una modalidad de aquélla), por razón de su garantía se presenta como un derecho «indivisible» (D. 20, 5, 11). De tal forma, que el derecho del acreedor pignoraticio de «asimiento» de la cosa pignorada no puede quedar modificado por el juicio de su división. Por eso, tanto la garantía coactiva que ofrece el pignus (retención de la posesión) como la de su posible realización (venta de la cosa) son eficaces con independencia de éste. De ahí que en los textos señalados el acreedor pignoraticio y, en su caso, el acreedor hipotecario, conserven íntegramente su derecho real de garantía pese haberse realizado la división de la cosa común. Ya que, como muy bien se contempla en el primer texto [D. 10, 3, 6 (8)], el acreedor también conservaría íntegro su derecho de prenda «si hubiese sido voluntariamente transmitida la parte “pignorada” al otro socio». En definitiva, su derecho quedaría a salvo de cualquier otro acto o negocio posterior. Cuestión completamente distinta, y a nuestro parecer errónea, es el tratar de justificar la eficacia de estos derechos reales de garantía (o de cualquier otro derecho real) en base a las cesiones recíprocas de participaciones indivisas que a modo de permutas realizaban entre sí los coherederos. Pues, como hemos visto, su indivisibilidad y afección sobre el objeto puesto en garantía impedía su modificación por el juicio de división.

Ahora bien, si es correcto afirmar que respecto de los derechos reales de garantía, dada su naturaleza, el juicio de división no pudo alterar su eficacia, lo que resulta incorrecto, como se desprende de algunos postulados de la concepción traslativa, es afirmar que en dicho juicio nada se pudiese hacer por evitar las consecuencias injustas cuando la adjudicación de un bien gravado correspondiese a un coheredero que nada tenía que ver con dicha garantía. A este respecto, es evidente que las facultades del Juez de la división permitieron distintas soluciones. Sin ir más lejos, en el primer texto señalado, Juliano se pronuncia por la posibilidad de que el Juez valore el riesgo que se deriva del crédito pignoraticio «estimando en menos la parte

“pignorada”». Lo que significa una cierta compensación por dicho riesgo llevada a cabo en la división y en favor del otro copropietario. También el recurso a las cauciones y estipulaciones de garantía pudieron permitir, sin lugar a dudas, que el incumplimiento del deudor pignorante no quebrantase gravemente el reparto equitativo perseguido por el juicio de división (20).

Por otro lado, aunque el comentario realizado en base a los dos textos anteriores puede servir, en líneas generales, a otro de los textos citados por Demolombe: *L. 31, ff. de Usu et Usufr.* No obstante, el comentario a que ha sido objeto dicho pasaje, tanto en palabras del citado Demolombe como en las de otros partidarios de la naturaleza traslativa de la división en Roma, entre ellos, Martín López, aconsejan nuestro estudio particularizado.

El texto corresponde a D. 33, 2, 31, y tiene el siguiente tenor: «*Is qui fundum tecum cummunem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait. Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum muliere nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coiunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est*» (Iar. 2 post. Lab.) (Trad.: «El que tenía un fundo en copropiedad contigo lo había legado a su mujer. Después de morir, su heredero ejerció contra ti el juicio de división de cosa común. Dice Blesso que Trebacio había respondido que, si el árbitro hubiese dividido el fundo en determinadas regiones, no se debe a la mujer el usufructo en la parte que te hubiese sido adjudicada, sino que había de tener todo un usufructo en la parte adjudicada al heredero. Esto me parece equivocado, pues

(20) Atendiendo, exclusivamente, al Digesto y a la «*actio familiae esciscunde*», tendríamos: *D. 10, 2, 3* (Gai. 7 ed. prov.): como facultades de Juez para adjudicar por entero deudas y créditos. El ya citado *D. 10, 2, 13* (Pap. 7 quaest.); *D. 10, 2, 16* (4) (Ulp. 19 ed.): «Si con dolo o culpa uno de los herederos hubiera hecho algo contra el usufructo, dice Pomponio que también esto se incluye en la acción. Porque también todo lo que con dolo o culpa hubiese hecho uno en la herencia, entra en consideración en la acción de partición de herencia, pero siempre que lo hubiese hecho como heredero.» *D. 10, 2, 17* (Gai. 7 ed. prov.): «Cuando comete un daño un heredero, se debe decir que se ha de obtener la estimación del simple importe de la acción en la herencia.» *D. 10, 2, 19* (Gai. 7 ed. prov.): «Por otro lado, debe proveer igualmente al Juez para que uno de los herederos no se lucre él sólo de lo que percibió o estipuló por cosa de la herencia; lo que conseguirá el Juez si entre ellos hubiese hecho compensaciones o si hubiera procurado que fueran interpuestas cauciones por las que se hagan comunes entre ellos las pérdidas y las ganancias.» *D. 10, 2, 44* (2) (Paul. 6 Sab.): «Si unos coherederos vendieron una cosa en ausencia de otro coheredero, obrando con dolo malo para que les correspondiese más, indemnizarán al que estaba ausente, bien con la acción de partición de la herencia, bien con la de petición de herencia.»

como ante el árbitro para dividir la copropiedad el usufructo de la mujer había sido de la mitad del fundo entero habido en copropiedad, no pudo el árbitro alterar esa posición de derecho al juzgar entre otras personas "sin intervención de la usufructuaria"; opinión ésta que ha prevalecido»).

Demolombe, antes de pasar a justificar el carácter traslativo de la división («comme une vente, tantôt comme un échange») en leyes como la L. 1, Code Comm. Otr. judic., repara en este texto para advertir, especialmente, que el criterio favorable a la doctrina de la partición declarativa en el Derecho romano que parece desprenderse de la opinión del jurista Trebatius es contestado, vivamente, en el mismo texto por la autoridad de Labeón: «ego hoc falsum puto».

Martín López, por su parte, también se ocupa del presente texto con el siguiente comentario: «No debemos aceptar sin reservas ni limitaciones el texto de Trebatius, invocado por los que pretenden demostrar que el Derecho romano ofrecía solución para los conflictos creados por la teoría traslativa, sin tener en cuenta que el criterio sostenido en dicho texto legal sólo hacía referencia a un caso especialísimo de constitución de usufructo, y además fue rechazado y no seguido en la práctica» (21). De los dos comentarios el que plantea una posible cuestión problemática es, sin ludar a dudas, el de Demolombe. En nuestra opinión, sin embargo, la interpretación que realiza sobre el argumento de autoridad alegado no se corresponde con el alcance del texto. En este sentido, la disconformidad de Labeón respecto del criterio de Trebatius no puede sustentar, sin más explicaciones, su afirmación acerca de: «que les coportageants étaient réciproquement les ayants cause les uns des autres».

Si nos fijamos en el supuesto de hecho observaremos que lo que realmente se lega en usufructo no es el fundo, sino una cuota de copropiedad sobre éste. Ya que la constitución de un usufructo sobre el fundo mismo no podría admitirse por parte. Una vez dicho esto, lo que contempla el texto son dos opiniones encontradas acerca de las personas legitimadas para intervenir en el juicio de división. Para Trebacio, si el árbitro ha procedido a la división, resulta lógico que tras la materialización de las cuotas en las adjudicaciones que éste ha establecido se coloque el usufructo en la parte adjudicada al heredero. Ya que dicha parte es la que le correspondía al testador. A Labeón este proceder le parece equivocado. Pero no es debido a que sostenga que en la división de la cosa común los dos condóminos sean causahabientes recíprocamente y que, en consonancia, en la comunicación de sus partes indivisas tenga que pesar necesariamente el usufructo (reflexión que no se deduce de ningún fragmento del texto). Sino que, como el citado autor aclara, lo que le preocupa

(21) *Ob. cit.*, nota núm. 13.

es que se altere la posición de derecho que se produce antes de la división. En este sentido, lo que el árbitro tiene que dividir no es sólo las dos cuotas de copropiedad, sino también el usufructo. Puesto que éste, al gravar una cuota, participa también de su indeterminación respecto a las posibles adjudicaciones. De ahí que sea necesaria su inclusión en el juicio de división y la legitimación de la usufructuaria para intervenir en éste. Del resultado de este nuevo juicio Labeón no nos dice nada, sólo nos informa que esta opinión, es decir, la de poder intervenir la usufructuaria, es la que ha prevalecido.

Nosotros, en relación a todo lo que hemos mantenido, podemos adelantar que fuera cual fuera el resultado de las adjudicaciones, éstas tendrían su fundamento en las facultades conferidas al árbitro y no en una razón traslativa entre los condóminos. Respecto de la parte que debería soportar el usufructo estamos convencidos que, en principio, le correspondería a la adjudicación hecha en favor del heredero ya que aquél gravaba la cuota del testador. Lo que ocurre es, como muy bien se desprende de D. 10, 3, 21, que el árbitro «al tener en cuenta lo que es más útil para todos o lo que éstos prefieren» deberá contar con los intereses y preferencias de la usufructuaria (determinación de las distintas regiones del fundo, acuerdos, etc.). En última instancia, dadas sus atribuciones y la necesidad de dividir, puede recurrir a la constitución de nuevos derechos o a operar distintas compensaciones pecuniarias entre los interesados con el fin de lograr un reparto justo y equitativo.

El último texto que proponemos para su posterior comentario tiene una importancia capital para nuestra investigación. En anteriores líneas ya adelantábamos que nuestro Derecho histórico era un campo especialmente abonado para toda esta tarea de esclarecimiento de los verdaderos principios y reglas que sustentaron la responsabilidad por evicción en la partición romana. En este sentido, la clara antinomia existente entre el texto de autoridad D. 31, 77, 8 (Pap. 8. resp.), y la última parte de la Ley 9 de Partidas, nos ofrece una prueba inequívoca acerca de las elaboraciones doctrinales que realmente influyeron en la Ley de Partidas: la doctrina de los glosadores y comentaristas del «ius commune» en su elaboración dogmática de los contratos innominados y, particularmente, de la identificación de la figura jurídica del convenio de división con la permuta. Por el momento comentaremos el correcto significado del citado pasaje aprovechando para ello la cita que le dedica Beltrán de Heredia, J., en su trabajo «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria» (22).

Beltrán de Heredia parte de la naturaleza traslativa de la división en el Derecho romano y justifica la responsabilidad por evicción como una consecuencia de esta naturaleza (tesis de la «permutatio»).

(22) En *Revista de Derecho Privado*, año 37, núm. 459, octubre (1954).

De ahí que cuando la división no tenga esta razón traslativa (división hecha por el padre) no se pueda dar una responsabilidad por evicción, pues ya no son los coherederos quienes se transfieren recíprocamente los bienes hereditarios. Esta distinción, que pretende ver en el Derecho romano, afirma que ha sido seguida de un modo ininterrumpido por la legislación española. Así, la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, respondería a esta distinción y sería el antecedente lógico de nuestro actual número 1 del artículo 1.070 del Código civil.

El ilustre jurista, sin percatarse de que el pasaje D. 31, 77, 8, obra realmente como precedente de la Ley 9 por mor de su glosa (2), trae a colación dicho pasaje porque cree ver en el mismo la razón de autoridad de su anterior planteamiento.

Empezaremos nuestro comentario exponiendo el tenor del texto que corresponde a D. 31, 77 (8) (Pap. 8 resp.).

«Evicteis praedis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fidei commissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tanen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur cum partes fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari» (Trad.: «Al producirse la evicción de unos predios de los que el padre se creía propietario y había dejado por fideicomiso a un hijo, no tendrá éste acción alguna contra sus hermanos coherederos; pero si el padre había dividido la herencia entre sus hijos, no tolerará el árbitro, interpretando que tal es la voluntad del difunto, que aquel hijo restituya a sus coherederos su parte en las cosas prelegadas, a no ser que ellos estuvieran dispuestos a cumplir la voluntad paterna también con aquel hermano suyo»).

Como veremos a continuación, la autoridad del pasaje no permite sustentar los postulados del citado jurista.

El texto plantea dos supuestos diferentes que sirven al comentario de Papiniano. El primero de ellos presenta el caso de un fideicomiso dejado por el padre a favor de uno de sus hijos consistente en la propiedad de unos predios. Llegada la evicción de éstos se nos dice que el hijo favorecido no tendrá acción contra sus hermanos coherederos. La razón de ello no hay que buscarla en la ausencia de una división realizada por los coherederos, sino en la misma naturaleza del fideicomiso. En este sentido, aunque estos encargos no siguieron, en cuanto a la forma se refiere, el régimen estricto de los legata, sí que participaron en éste en relación a gran parte de las consecuencias que producían para los herederos. En nuestro caso, los hermanos coherederos se encuentran ante este fideicomiso como si de un legado de cosas determinadas se tratase, de ahí que no tengan ninguna responsabilidad por evicción. Lo que no implica que el hijo favorecido por el fideicomiso deje de participar del resto de los bienes hereditarios, bien a través de la disposición testamentaria o de la legal.

En el segundo supuesto del texto se plantea otra hipótesis en atención, también, al referido fideicomiso. En dicha hipótesis el fideico-

miso participa, en realidad, de la división ordenada por el padre. Este, con su disposición meramente distributiva dentro del marco de la cuota debida a la «heredis institutio», o a la sucesión legal, asigna bienes concretos de la herencia, con lo que su división adquiere las características de una «divisio parentis inter liberos» dispuesta a través de la «praeceptio». Pues bien, Papiniano ante la distinta orientación del supuesto, cambia de opinión reconociendo el derecho del hijo que sufre la evicción de los bienes a él asignados. El árbitro de la división, aunque obligado a seguir el criterio distributivo del padre, viene también obligado a velar por la integridad de las cuotas que se determinan con su «adiudicatio». De ahí que no permita la restitución de la parte de los restantes coherederos hasta que no se remedie el desequilibrio causado en la distribución del padre por la evicción de esos bienes. Como podemos observar sólo de una interpretación errónea del texto se puede concluir que cuando la división no era realizada por los mismos herederos, la evicción no tenía sentido y dejaba de tener aplicación. Pues del texto se deduce todo lo contrario en armonía con las fuentes de información que poseemos del Derecho romano. Así, cuando la división la ordenaba el padre, el daño de la evicción de una cosa asignada se dividía o repartía proporcionalmente entre los coherederos. Sólo de una disposición expresa acerca del reparto de los daños de la evicción podría resultar un régimen diferente salvando siempre la disposición de la ley falcidia.

Con el comentario a este último texto pasamos a concluir las notas más relevantes que hemos expuesto, quizá entre excesiva literatura, a lo largo de este extenso apartado.

En primer lugar, hay que partir de la base de que el régimen de responsabilidad por evicción en la división de la herencia respondió a unos presupuestos y valoraciones específicos que lo configuraron como un régimen especial respecto del campo originario y más frecuente de la evicción: la compraventa. En este sentido, el peculiar régimen de la responsabilidad por evicción en la división de la herencia apoya la tesis de que no hubo en el Derecho romano una regla, o procedimiento general, sobre la obligación de garantizar contra la evicción.

En segundo lugar, hay que admitir que pese a la veracidad de lo afirmado, sí que se dio una lógica aplicación jurisprudencial analógica de los presupuestos y requisitos propios de la evicción. Como consecuencia necesaria para valorar este hecho con independencia del instituto donde acontecía. Sin embargo, las diferencias en cuanto al régimen a seguir según sea en la compraventa o en la división, son claras. Mientras que en la primera la responsabilidad por evicción obedece a una obligación del vendedor (que termina por ser natural) incardinada dentro de la reciprocidad (bilateralidad funcional) onerosa de este «contractus». En la segunda responde a una de las obligaciones que surgen de la necesidad de la división, como corolario de

un principio derivado de la naturaleza de la comunidad hereditaria según el cual, el daño debe de ser repartido de forma igual o proporcional a la participación de los coherederos.

En tercer lugar, el estudio separado de la división de la herencia no puede conducir a unas consecuencias que desconozcan su contenido y función. En este sentido se produce una inevitable relación entre la naturaleza y principios de la comunidad hereditaria y los que articulan la eficacia de la división. Pues ésta no es más que un proceso técnico que permite, entre otras cosas, materializar la participación abstracta del coheredero en bienes singulares de la herencia dentro de una base de atribución patrimonial que viene ya legitimada por la anterior situación de comunidad. En realidad, el ejercicio de la acción divisoria, como derecho del coheredero, no significó una adquisición extraña a su condición de heres, es decir, de sucesor en una fracción del complejo de relaciones jurídicas del difunto. Por eso, su concepción como título inmediato de la adquisición singular del heredero desvinculada de su antecedente jurídico, que es la comunidad hereditaria, y encauzada en una orientación contractual y traslativa como si los herederos se transfiriesen recíprocamente los bienes hereditarios, no refleja su verdadera naturaleza y función.

Nosotros hemos intentado demostrar el error de esta concepción en el ámbito del Derecho romano a través de los medios más directos que hemos tenido a nuestro alcance. Por una parte, con la reconstrucción de la fórmula de la «*actio familiae erciscundae*» a través de la autoridad de la investigación de Lenel. Por la otra, con nuestros modestos comentarios a los textos citados en apoyo de la tesis contractual y traslativa de la división. Del conjunto de nuestra investigación creemos que ha salido fortalecida la naturaleza de la división como un proceso técnico realizado a través de una actuación judicial o extrajudicial, por actos inter-vivos del pater o por convenio entre los coherederos (distinto en su naturaleza al «*contractus*» en el sentido ya visto), que materializa el derecho abstracto del coheredero sobre una base de atribución de derechos que, a su vez, viene legitimada por una situación anterior de comunidad hereditaria. Por lo que el fundamento de la responsabilidad por evicción en este instituto se localiza en el respeto a la ordenación establecida (ya sea por vía testamentaria o legal) en dicha atribución, es decir, la «*aequum ius*» en la función distributiva de la división que representa un trato igual y equitativo de la adquisición de los coherederos. En este sentido se puede citar la obra de un pandectista notable como Glück o los antecedentes de Derecho romano del profesor di Marzo (23).

(23) El Derecho romano no admitió la plena eficacia de la división hecha convencionalmente por los mismos herederos. Pues en ese convenio no vio más que un pacto sin más efecto que el negativo de la excepción o los personales de las posibles estipulaciones. GLÜCK, F.: *Commentario alle Pandette*, Libro 10, pp. 120 y ss., Milano. DI MARZO, S.: *Le basi romanistiche del Codice civile*, p. 140, Torino, 1950.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN EN LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA REALIZADA POR EL PADRE

El estudio de las formas y su evolución respecto de la división realizada u ordenada independientemente del criterio distributivo del árbitro en el ejercicio de su «*officium iudicis*» en la a.f.er., resulta imprescindible para apoyar nuestra afirmación en favor de la vigencia en el Derecho romano del principio de responsabilidad por evicción entre coherederos como consecuencia propia de toda división (24).

La investigación sobre esta interesante cuestión conduce, una vez más, a la comprobación de la errónea interpretación histórica de los antecedentes del Derecho romano que hemos recibido. Así, en primer lugar, podemos constatar la falta de rigor histórico en la construcción doctrinal que postula, para el Derecho romano, la ausencia de responsabilidad por evicción en la división realizada por el padre por contraposición a la naturaleza traslativa de la división cuando viene realizada por los mismos coherederos. Del mismo modo, y como aplicación práctica de la anterior afirmación, propiciaremos la revisión histórica de la excepción del deber de garantizar contra la evicción que recoge el apartado final de la Ley 9, dado que de la correcta interpretación de su precedente directo: «*L. cum pater, evictis, ff. de legat. 2.*», es decir, D. 31, 77, 8 (Pap. 8 resp.); se obtiene, precisamente, la solución opuesta.

Sabido es que en el Derecho romano el padre tuvo a su alcance distintas posibilidades de actuar, ordenar o realizar la división de su herencia entre sus hijos. Una de estas posibilidades de división se dio en la denominada «*divisio parentis inter liberos*». Antecedente claro del párrafo 1.º de nuestro artículo 1.056 del Código civil y, en consecuencia, del número 1 del artículo 1.070. El citado instituto presentaba un carácter distributivo, pues la eficacia de la asignación suponía la concreción de la cuota debida a la «*heredis institutio, testamentum parentum inter liberos*», o a la aplicación del régimen de la sucesión legítima. Su contenido permitía al padre sustituir el criterio de reparto, o asignación de bienes del árbitro, por el suyo propio. Tal división no producía directamente efectos jurídicos, pero vinculaba a los herederos a observarla tanto en el juicio de división con en

(24) Respecto a la responsabilidad por evicción en la división realizada por los coherederos a través del simple convenio de división, nos remitimos a lo ya aludido a propósito de la «*actio praescriptis verbis*». Por otra parte, nos referimos, en general, a la división del padre, con o sin testamento, por ser la mayor frecuencia en las fuentes objeto de estudio. Con ello no desconocemos las modificaciones habidas en el curso del desenvolvimiento del Derecho romano, como las del Cth. 2, 24 y nov. 18, 7 o las referentes a la ausencia de forma en C. L. 16 y 21, Tit. 36, Libro 3. Así como las peculiaridades entre el «*Testamentum parentum inter liberos*» (Nov. 107) y la «*divisio inter liberos*». Ya que, de todos modos, nuestras conclusiones son aplicables a ambos. De ahí que remitamos la cuestión objeto de estudio, de forma indistinta, a la «*divisio parentis inter liberos*».

la división voluntaria. En la a.f.er., el árbitro, sustituido en su criterio distributivo, actuaba el reparto del padre a través de la «adiudicatio» como título de adquisición de los herederos en las cosas concretas y determinadas de la herencia.

Los principios propios de la a.f.er., llevaban al árbitro de la división, en el ejercicio de su cargo, y salvo disposición contraria del testador, al establecimiento de las correspondientes estipulaciones de garantía contra la posible evicción de los bienes por él adjudicados. Si la voluntad distributiva del padre fuese actuada por medio de la división convencional de los coherederos, es decir, la realizada por los coherederos al margen de la eficacia civil de la a.f.er., éstos vendrían igualmente obligados a seguir la voluntad del padre y, por tanto, a respetar la integridad de las cuotas manifestada a través de la asignación. Por eso, aunque se realizasen entre los herederos las respectivas mancipationes o traditiones de los bienes hereditarios, como vía necesaria para la eficacia civil, la evicción de algún bien adjudicado con este procedimiento daba paso a la responsabilidad por evicción como consecuencia propia del fundamento de toda adquisición, es decir, la división (25).

Nuestro planteamiento no difiere, en absoluto, del supuesto en el que el padre, también con independencia del recurso a la e.f.er., dispone su división por actos inter-vivos. El texto *D. 10, 2, 20 (3)* (Ulp. 19 ed.), de especial relevancia para nuestro estudio no sólo en este aspecto, véase el comentario acerca de: «quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint»; ante la finalidad «mortis causa» del acto, la solución que contempla el pasaje puede ser interpretada extensivamente a la cuestión objeto de estudio: la misma eficacia de la «actio praescriptis verbis» destinada contra el heredero que incumple su obligación de pagar, conforme a su porción las cargas de las deudas hereditarias, puede servir para la obtención de la indemnización correspondiente por la evicción del algún bien adjudicado. Una vez más, la responsabilidad por este hecho nos viene dada por la equidad del «supremi iudici divisionem».

Pero, independientemente de la completa distribución de los bienes a través de la «divisio parentis inter liberos» seguida por el árbitro en la a.f.er., de la actuada por los herederos en idénticos términos o de la dispuesta por el padre por actos inter-vivos, la división también pudo llegar a configurarse en atención a un instituto de particular relevancia: la «praeceptio». La «praeceptio» o «praecipuum» fue la forma originaria que permitió al testador la asignación de cosas a los coherederos regularmente instituidos. Aunque en un principio se configuró como una autorización al coheredero asignado para llevar-

(25) En esta línea descansaba el fundamento de los dos remedios pretorios («actio in factum» y «actio praescriptis verbis») ante la ausencia de las consabidas estipulaciones de garantía.

se una cosa de la masa hereditaria en el mismo momento de la división: «*praecipere enim est praecipuum sumere*», Gayo 2.217; muy pronto dejó de ser autoritaria para hacerse valer en la acción divisoria a través de la inestimable «*adiudicatio*». La «*praeceptio*» obtuvo así su formulación propia como asignación hecha por el testador, válida para cualquier heredero y realizada en la división. El testador podía asignar la cosa con referencia a la cuota del heredero, «*in partem heredis relinquere*», o, por el contrario, como asignación aparte de dicha cuota, «*extra partem hereditatis*». En este último caso la asignación se convierte en legado «*per praeceptionem*» que cumplió originariamente la función de prelegado, es decir, como atribución a título particular en favor del heredero. Las consecuencias jurídicas no fueron, en principio, diferentes. Este particular «*genera legatorum*» conservó de la antigua «*praeceptio*» todos sus caracteres. De tal modo que la posible contradicción entre la calidad de la «*institutio heredis*» y la asignación de cosas concretas fue superada por la independencia del título de adquisición del heredero: la «*adiudicatio*».

Llegados a este punto queremos destacar, por su relevancia capital para nuestro objeto de estudio, los siguientes hechos: En primer lugar, que la utilización de este «*praecipere*» en la «*divisio parentis inter liberos*» dará lugar, al igual que los anteriores supuestos examinados, a la aplicación del principio general de la responsabilidad por evicción entre los coherederos. En segundo lugar, que el texto que, paradójicamente, contempla de forma meridiana la aplicación de este principio en la mencionada «*divisio parentis inter liberos*» resulta ser, precisamente, el que apoya la autoridad del párrafo último de la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, para su no aplicación.

El pasaje D. 31, 77 (8) (Pap. 8 resp.), comentado con anterioridad, no debe ofrecer dudas respecto a su correcta interpretación. La primera parte del texto contempla el siguiente supuesto: «*Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit*» (Trad.: Al producirse la evicción de unos predios de los que el padre se creía propietario y había dejado por fideicomiso a un hijo, no tendrá éste acción alguna contra sus hermanos coherederos). Como ya expusimos, la razón de la exclusión de la responsabilidad por evicción en este caso deriva de la naturaleza del fideicomiso que grava a los restantes coherederos. Al recaer éste sobre bienes concretos de la herencia se aplica el régimen de los «*legata*», como si de un legado de cosa determinada se tratase.

La segunda parte del texto, que es la que realmente tiene aplicación en nuestro objeto de estudio, refleja el siguiente supuesto: «*Si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari*» (Trad.: Pero si el padre había dividido la herencia entre sus hijos, no tolerará el árbitro, in-

terpretando que tal es la voluntad del difunto, que aquel hijo restituía a sus coherederos su parte en las cosas prelegadas, a no ser que ellos estuvieran dispuestos a cumplir la voluntad paterna también con aquel hermano suyo). En este nuevo caso se parte del hecho de que el mencionado fideicomiso no responde a su naturaleza como tal, sino que atendiendo a la voluntad del difunto participa de una verdadera «*divisio parentis inter liberos*», «*si temen inter filios divisionem fecit*». Papiniano, ante la distinta orientación del supuesto, cambia de opinión reconociendo el derecho del hijo que sufre la evicción de los bienes a él asignados. La razón de ello no se aleja, en absoluto, de lo ya expuesto en anteriores comentarios. El fideicomiso como disposición de bienes determinados de la herencia cumple en este caso la auténtica función de la «*praeceptio*». Esta permite al testador operar la asignación de bienes concretos a sus respectivos coherederos. Y de ahí que el término «*praelegatas*» que aparece en el texto obtenga su significación técnica en relación al «*praelegare*» como asignación de cosas al heredero que, como anteriormente hemos visto, vienen atribuidas a través de la «*adiudicatio*» en sede de división.

Una vez descrito el supuesto de hecho como una «*divisio parentis inter liberos*» ordenada a través de la «*praeceptio*», las consecuencias de la evicción de algún o algunos bienes asignados, no pueden conducir a otra conclusión que no sea la responsabilidad por evicción de los restantes coherederos. El Juez de la división vendría obligado a seguir la distribución de los bienes conforme a la asignación del padre, como determinación de las respectivas cuotas de los coherederos. Pero, a su vez, vendría igualmente obligado a velar por la integridad de dichas cuotas. Recordemos que en el instituto de la «*praeceptio*» que se hace valer mediante la «*adiudicatio*» en la acción divisoria, los coherederos participan en pie de igualdad. Presupuesto lógico de la aplicación de los principios y reglas que inspiran la a.f.er. En nuestro caso, en atención a las obligaciones que surgen de la necesidad de dividir, particularmente la obligación de garantizar contra la posible evicción de algún bien adjudicado. De ahí que el árbitro no permita la restitución a los coherederos de su parte en las cosas prelegadas, a no ser que ellos estuvieran dispuestos a cumplir la voluntad paterna también con aquel hermano suyo. Voluntad, que no es otra, que la correspondiente indemnización por la evicción de los bienes asignados al hermano que hace venir a menos la integridad de su cuota. El fundamento de esta responsabilidad, al igual que en los otros supuestos de división por el padre, deriva del respeto a la equidad que debe presidir la realización del «*supremii iudicii divisio*» del pater.

En nuestra opinión, el presente pasaje no admite otra interpretación en sentido contrario, pero, no obstante, para abundar en el sentido expuesto podemos hacer referencia a la solución ofrecida por el mismo Papiniano en un supuesto de similares características, *D. 10,*

2, 33 (Pap. 7 resp.): «Si pater familias singulis heredibus fundos legando divisionis aribitrio fungi voluit non aliter partem suam coheredes praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur» (Trad.: Si un cabeza de familia quiso hacer las veces de un árbitro de división legando los fundos a cada uno de los herederos, el coheredero no estará obligado a entregar su parte más que si consigue, a su vez, la parte que le toca libre de la prenda que le obligaba).

En este supuesto, el término «legando» que aparece en el texto participa del significado general, o amplio, con que venía concebida la facultad de «legare» en la Ley de las Doce Tablas. No hace referencia, por tanto, al sentido restrictivo que tendrá posteriormente el «legatum» de cara a un régimen propio y diferenciado respecto de la «heredis institutio». El «legare» cobra aquí el sentido de la disposición testamentaria del padre, consistente en la asignación (distribución) de los bienes de la herencia como concreción de las cuotas hereditarias de sus hijos («preceptio»). Como podemos observar, la división del padre lleva a las mismas consecuencias del supuesto anterior. El árbitro de la división no permitirá que el coheredero que sufre la afección de una prenda sobre un bien a él adjudicado, dé su parte a los restantes coherederos si éstos no están dispuestos a indemnizar el perjuicio causado en la integridad de su cuota.

Sin embargo, pese a la claridad de lo testimoniado en las fuentes, la doctrina, en general, no ha reparado en lógica antinomia entre el texto del Digesto y la disposición de Partidas. La razón de ello reside en la aparente ejemplaridad de la espuria tesis de la «permutatio». En este sentido, dicha tesis ha sido recibida como una auténtica aportación de la tradición del Derecho romano siendo, por el contrario, una concepción que respondió a un período posterior del pensamiento jurídico y, particularmente, a los afanes dogmáticos de los glosadores y comentaristas del «ius commune». Se comprende así, desde esta óptica, que aludamos a la «lógica antinomia» existente entre los textos, dado que corresponden a períodos históricos ricos diferentes. El por qué de esa aparente ejemplaridad de la tesis de la «permutatio» hay que atribuírselo a la gran habilidad de estos glosadores y comentaristas del «ius commune» a la hora de utilizar, en provecho de sus construcciones doctrinales, los textos romanos como argumentos de autoridad. La consecuencia de su quehacer en nuestro objeto de estudio fue la creación de un falso mito jurídico (así, por lo menos, lo debemos de interpretar por la aceptación generalizada de la tesis de la «permutatio» como propia de los antecedentes de Derecho romano) y la simplificación de la evolución histórica, con el consiguiente oscurecimiento de los verdaderos procesos evolutivos.

Por todo ello, no es de extrañar que la susodicha antinomia, como testigo fiel de la verdadera naturaleza de la división en Roma, haya pasado desapercibida. En este contexto de inatención advertífa-

mos de cómo el profesor Beltrán de Heredia, J., en su trabajo ya citado «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria», nos patentizaba su error al sustentar, precisamente, la no aplicación de la responsabilidad por evicción en la división realizada por el padre en base a la autoridad del pasaje correspondiente a D. 31, 77, 8. No obstante, la desafortunada cita es sólo uno de los frutos del mantenimiento de una concepción de la división de la herencia que no se dio en el Derecho romano. En este sentido, el ilustre profesor, al considerar que la división en Roma tuvo una naturaleza traslativa, «ya que los coherederos eran los que se transferían entre sí los bienes hereditarios», justifica la responsabilidad por evicción en base a una relación de mutua garantía que se da entre los coherederos cuando realizan sus respectivas transferencias (consecuencia de la tesis de la «permutatio» llevada, fuera del recurso pedagógico, a la identificación con la permuta a la compraventa). Por eso, a la conclusión que se llega es que cuando la división no la realizan los propios coherederos no hay tal transferimiento y, por tanto, no cabe hablar de una responsabilidad por evicción. De ahí que al partir de la premisa de que «la responsabilidad por evicción tuvo su aplicación exclusiva en aquellas particiones que revestían el carácter de actos traslativos de propiedad», concluya que el concepto de evicción fue propio y típico de los actos traslativos o atributivos de dominio. Con lo que al contrastar esa concepción, que él cree aplicaba el Derecho romano, con la actual naturaleza jurídica de la división en nuestro Derecho, que en su opinión es declarativa; «en la partición, por el contrario, no existe aquella transferencia de propiedad que pasa ininterrumpidamente del causante a los herederos, no haciéndose en el acto particional más que declarar lo que a cada uno corresponde de la masa hereditaria», albergue la consideración de que «es evidente que el saneamiento por evicción en la partición hereditaria tiene un sentido equívoco en el Derecho moderno». Ya que él parte del loable intento de demostrar que la responsabilidad por evicción de nuestro artículo 1.069 del Código civil no corresponde al concepto típico de evicción, que como hemos visto identifica con los actos traslativos. Por eso, al creer ver «ex novo» una responsabilidad «totalmente diferente, con fundamento y eficacia distintas» a las tesis traslativas, afirma «que la realidad de la evicción, entendida en sentido estricto, no tiene razón de ser porque es una institución característica de los actos traslativos».

Para nosotros, que partimos de una concepción de la división en Roma diametralmente opuesta a la tesis traslativa entendida en esos términos. Que admitimos y valoramos que la evicción, ya desde el Derecho romano, operó de distinta forma con una responsabilidad peculiar en cada instituto que acontecía con independencia de la responsabilidad que le fue propia en la compraventa. Que diferenciamos entre el concepto de evicción, como hecho jurídico, de la posible responsabilidad derivada de éste. Que apoyados con la fuerza de la ra-

zón de las fuentes admitimos que la división en Roma condujo a la aplicación del principio general de la responsabilidad entre los coherederos. Tanto el concepto como la responsabilidad por evicción en la partición de nuestro Derecho, no presentan unos sentidos equívocos, sino que tienen unos significados propios y armónicos que hay que desvelar en atención, principalmente, a nuestros antecedentes históricos.

El profesor De los Mozos, J., en su interesante trabajo titulado «La partición de herencia por el propio testador» (26) recoge, a propósito de Voci, el sentido correcto de la cita D. 31, 77, 8. Sin embargo, no se percató de la importancia del pasaje ya que participa del parecer que atribuye a la división en Roma un carácter traslativo: «Era como si los coherederos llevaran a cabo entre sí numerosas cesiones de derechos recíprocamente.» El resultado de ello es que en el íter de su investigación histórica pasa totalmente inatendida tanto la relación entre D. 31, 77, 8, y el párrafo último de la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, como la clara antinomia entre ellos. Por eso, aunque refiera la excepción del número 1, del artículo 1.070 a «la consecuencia lógica de los efectos principales que se derivan de la partición del testador y de especial función y naturaleza jurídica», no encontramos en su trabajo una explicación histórica que la justifique. Por su parte, Vallet de Goytisolo en «Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer», con el rigor científico y la documentación habituales en sus trabajos, advierte la relación existente entre ambos textos, pero ignora la mencionada antinomia al declarar: «Respecto del supuesto de evicción, la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, en su apartado final siguió el criterio de la Ley 77, 8, Dig. De legatis, 1.»

Como podemos observar en el panorama doctrinal acerca de la evolución histórica de la excepción a la responsabilidad por evicción, cuando la división la realiza el propio testador (artículos 1.056 y 1.071, número 1) se haya todavía vigente el interrogante siguiente: *¿Cómo es posible que manifestándose claramente la responsabilidad por evicción en el pasaje D. 31, 77, 8; la Ley 9 de Partidas, que lo toma como precedente, refleje un criterio totalmente opuesto?*

A decir verdad, nuestra investigación vertida sobre la naturaleza y formas de división en el Derecho romano conducía, con independencia del apoyo de D. 31, 77, 8, a indagar, principalmente, la evolución de nuestro Derecho histórico. Ya que el resultado normativo de los artículos citados no respondía a los antecedentes analizados.

Para una solución válida y eficaz del interrogante planteado, nuestra investigación tiene que dirigirse hacia la búsqueda de dos cuestiones fundamentales: a) La determinación de las causas que hicieron posible la interpretación contraria del párrafo último de la Ley 9 de Par-

(26) En *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99 y ss.

tidas. b) La validez, en su caso, para nuestro Derecho actual, de esas causas que operaron tal cambio. Ambas cuestiones las resolveremos por razón de la cronología histórica de la primera en el punto siguiente dedicado al estudio de nuestro Derecho histórico. Sin que ello signifique que renunciemos a destacar en esta fase del Derecho romano los procesos evolutivos que serán tenidos en cuenta posteriormente aunque, en nuestro caso, de forma muy peculiar.

Permítasenos continuar este punto exponiendo cómo toda nuestra argumentación acerca del principio general de responsabilidad por evicción tuvo perfecta cabida en el desenvolvimiento de la «*praeceptio*» y de la «*heredis institutio ex certa res*» (27). Sabido es que tanto la universalidad del título de heredero como su forma en la disposición testamentaria se puso a prueba inicialmente, aunque de un modo indirecto en el caso de la «*institutio excepta re certa*» y posteriormente, de modo frontal, con la «*institutio ex re certa*». En el primer caso, llamado también «*detracta re*», el testador nombra a título de heredero a una persona, pero excepciona la universalidad del título respecto de una cosa determinada de la herencia. En el segundo caso, el testador atribuye a la calidad del título de heredero un contenido contradictorio, o en abierta oposición, a su universalidad. La solución en ambos casos fue la que propuso un famoso jurisconsulto, Aquilius Gallus, en atención al caso de la «*institutio excepta re certa*»: la preferencia del «*nomen*» sobre la «*assignatio*». La solución ofrecida en favor de la «*heredis institutio*» no presenta, en este estadio de evolución, ninguna consecuencia notable en relación a la división de la herencia que parte de un plural llamamiento de herederos «*ex re certa*» (28). Al prescindir de la «*mentio rei*», el árbitro de la división, en a.f.er., procederá, en virtud de su «*officium iudicis*», a la distribución y adjudicación de los bienes hereditarios según su propio criterio. Y, en consecuencia, al establecimiento de las correspondientes «*cautiones*» contra la posible evicción de algún bien adjudicado.

Un segundo paso en esta evolución en pro de hacer posible la distribución del testador en el supuesto que particularmente nos interesa, institución de una pluralidad de «*heredes ex certa re*», se dio en el fideicomiso como medio de actuación de la voluntad del testa-

(27) La evolución de estos institutos puede documentarse muy bien, de forma parecida, en BIONDI, B.: *La sucesión testamentaria y donación*, y en VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. 1, pp. 299 y ss., ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980.

(28) D. 28, 5, 74 (Lic. Ruf. 2 reg.).

De otro lado, parece ser, con permiso de la opinión contraria de Bonfante, que fue el jurista Sabino quien llevó la solución de la «*mentio rei*» a la institución de cosa cierta. Las fuentes son D. 28, 5, 1 (4) (Ulp. 1 Sab.); D. 28, 6, 41 (8), «*in fine*», (Pap. 6 resp.), y D. 49, 17, 19 (2) (Tryph. 18 disput.). Respecto a la institución «*ex re certa*» de todos los herederos: D. 28, 5, 9 y 13 (Ulp. 5 Sab.); D. 28, 5, 10 (Paul. 1 Sad.), y D. 28, 5, 11 (Jav. 7 epist.).

dor y en la singularidad del testamento militar (29). De la finalidad práctica del primero, la jurisprudencia vio la necesidad de compaginar, sin abrogar los principios civiles, la voluntad distributiva del testador con la formalidad de la «heredes institutio». Del segundo, pese a su no pertenencia al «iure communi», obtuvieron el vehículo para la actuación de la voluntad del testador: la «praeceptio». Ambas innovaciones se realizaron en el cauce de la «adiudicatio» como título de adquisición del heres. En este contexto, la distribución de los bienes ordenada por el testador de forma «irregular» a través de un llamamiento plural de «heredes ex re certa» se hizo posible (30). Los instituidos de esta forma eran considerados como herederos, «sine parte», sólo como necesidad de no contrariar la «heredes institutio», pero el «arbiter familiae erciscundae» venía obligado a seguir el criterio distributivo del testador. Esta atribución se realizaba a través de la «adiudicatio» y bajo el concepto de una «vice praeceptionis» (31). Con independencia del distinto régimen seguido respecto de la distribución de los créditos y de las deudas, según que la «ex certa re» recayese sobre bienes determinados o sobre complejos patrimoniales, lo que realmente nos interesa destacar es que, al igual que ocurría en la fase de la «mentio rei», el árbitro de la división que sigue ahora la distribución del testador, como si de «vice praeceptionis» se tratase, establecía las correspondientes estipulaciones de garantías contra el riesgo de evicción de algún bien adjudicado.

Se confirma, por tanto, nuestra argumentación en favor de la aplicación del principio general de la responsabilidad por evicción entre los coherederos. Con el decreto justineano, especialmente tras la constitución «Quoties» del 529 (32), el heredero «ex re certa» será considerado como legatario sólo en el caso de que, en base al mismo testamento, haya otros herederos instituidos regularmente: «Heredes ex re legatariorum loco haberi certum est.» Pero en el supuesto al que

(29) Cuando se reconoció el fideicomiso fue posible dar plena actuación a la voluntad del disponente. Ya que a través de él se podía obrar de modo que el heredero tuviese sólo aquello que el disponente quería atribuirle D. 31, 69 pro. (Pap. 19 quaest.) y D. 36, 1, 30 (39) (Marcian. 4 inst. = Iust. Inst. 2, 17, 3).

Por su parte, un precedente de la actuación de la voluntad distributiva del testador se halló en el testamento militar. Ya que se podía instituir válidamente «ex certa res» con una «praeceptio» que suponía la adquisición directa de las cosas atribuidas. Aunque ambas cuestiones tengan su explicación en el Derecho singular, al cual pertenece el testamento militar, sin embargo, los juristas, para explicar el fenómeno de la adquisición hereditaria de cosas determinadas sobre la base de una irregular institución («ex re certa»), recurrieron al concepto de la «praeceptio».

(30) Fuentes: D. 28, 5, 7 (78) (Pap. 6 resp.), y D. 28, 5, 35 proemio, in fine (Ulp. 4 disput.).

(31) La expresión «vice praeceptiones» viene expresamente recogida en las fuentes: fr. 35 (1) «fundos enim vice praeceptiones accipiendos».

(32) C. L. 13, Tit. 24, Libro 6. Aunque cabe hallar un precedente de un «rescripto» de Gordiano del 243, reproducido por el Codex Gregorianus (8, 1, 1) a través de la Lex Romana visigothorum.

nosotros prestamos especial atención, por significar una relación interna entre herederos, es decir, el plural llamamiento del «heredes ex certa re», la situación no cambió. Los así instituidos heredaban por partes iguales como si hubiesen sido llamados «sine parte», pero se les atribuía la cosa asignada por el testador. Lo más que pudo acontecer es que, respetando la adquisición a título de heredero, se evolucionase desde la antigua «praeceptio» al legado por «praeceptionem». Las consecuencias jurídicas para nuestro objeto de estudio fueron las mismas: la responsabilidad por evicción entre los «heredes ex certa res». En suma, debemos sostener que esta responsabilidad por evicción entre los coherederos que se dio en las anteriores formas de ordenación de la división por el padre o por el testador, particularmente D. 31, 37, 8, fue aplicable a los herederos «ex rebus certis».

Para concluir este punto tenemos que hacer referencia, tal como hemos manifestado con anterioridad, a los hechos significativos para nuestro objeto de estudio que se produjeron en el desenvolvimiento del Derecho romano. El fundamento de esta referencia no persigue, puesto que de estos hechos no dependió, la solución de las cuestiones capitales que pretendemos resolver. Sino, más bien, la necesaria documentación para valorar mejor los planteamientos y procesos evolutivos que se dieron en nuestro Derecho histórico. Con este propósito tenemos que destacar, en primer lugar, el paso desde la adquisición de las cosas concretas a través de la división «postmortem» (la «adiudicatio» en el ejercicio de la a.f.er.) a la adquisición de las cosas concretas por la división testamentaria. En este sentido, la posterior división que realizaba el árbitro de la división, al estar previamente ordenada por el testador de forma imperativa, se presentaba como una repetición superflua (33). Con lo que la consecuencia jurídica es que se da eficacia directa, como título de adquisición, a la división realizada por el testador. Aunque esta evolución en la división realizada por el testador, o por el padre, carece de una taxativa confirmación en las fuentes, Biondi la sitúa en torno al Derecho justineano y, especialmente, en base a la «divisio inter liberos» hecha por el ascendiente al margen del testamento (nov. 187; 107). En nuestra opinión, aceptando la validez del criterio de Biondi, lo que no se puede poner en tela de juicio es el carácter progresivo, y no repentino, de ese tránsito o evolución. De todos modos, el fenómeno de la adquisición directa de los herederos respecto de las cosas asignadas no modificó, en absoluto, su recíproca responsabilidad por la evicción de algún bien asignado. No obstante, en lo que debemos reparar es que si bien este proceso no alteró la responsabilidad aquí tratada, merced al conocimiento de los juristas acerca de la verdadera naturaleza y efectos de la división en Roma, en la medida que la a.f.er., como

(33) Recordemos el precedente, aunque en el Derecho singular, de la «praeceptio» en el testamento militar.

sistema de principios y reglas, pierda en nuestro Derecho histórico la vigencia que como acción específica le correspondió en el Derecho romano; el principio general de la responsabilidad por evicción entre los coherederos dejará de contar con uno de sus más fieles valedores: el «*officium iudicis*» puesto al servicio del principio de igualdad entre los coherederos como soporte de la «*adiudicatio*» en la división judicial. En segundo lugar debemos también hacer referencia, aunque con un interés no directo, a todo un proceso de evolución que en sede de «*legata*» condujo al conocido principio «*heredi a sametipso legari no potest*». Este principio, que no influyó para nada en el desarrollo histórico que hemos ofrecido de la «*praeceptio*» y del legado «*per praeceptionem*»; ya que es este último, como prelegado originario, conservó todos los caracteres de la primera y se hizo eficaz a través de la «*adiudicatio*» como título independiente de la adquisición del heredero; empezará a afectar al legado «*per praeceptionem*» solamente cuando el testador se haya servido de los otros tipos de legado y cuanto este tipo de legado pierde su típica función para pasar a ser absorbido por el legado por «*vindicationem*» (interpretación «*proculyana*»). En esta fase se diferenciará el régimen de la «*praeceptio*» con el del prelegado. Presentando, este último, medios de ejercicio independientes a la acción divisoria. De ahí que con la consiguiente confrontación entre el título de heredero y el nuevo régimen, «*extra partem hereditatis*», la consecuencia jurídica será la nulidad del legado en los límites de la cuota hereditaria. Pues bien, todo este proceso (que ya hemos dicho que no afecta a nuestras anteriores afirmaciones) lo deberemos tener presente para comprender mejor la interpretación «*forzada*» que tuvieron que realizar los comentaristas del «*ius commune*» respecto del término «*praelegatas*», contemplado en D. 31, 77, 8, para poder mantener sus construcciones dogmáticas.

V. LA ELABORACION DOGMATICA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS: LA TESIS DE LA «*PERMUTATIO*»

En el punto anterior hemos indicado la necesidad de profundizar en la elaboración que llevaron a cabo glosadores y comentaristas en el campo de los contratos innominados, como vía de investigación ajustada de cara a la argumentación que dio como resultado la excepción del deber de responder por evicción, contenida en el último párrafo de la Ley 9 de Partidas. Aunque esta interesante corriente de elaboración, o evolución, del pensamiento jurídico abarque, como es lógico, el desenvolvimiento de la institución de los pactos como otro factor necesario para la progresiva formación histórica del concepto moderno de contrato será, en el primer factor indicado, donde los maestros del Derecho común en base a la instrumentalización de la llamada «*recepción culta*», construyan ilustrativos desarrollos con-

ceptuales para la comprensión de nuestro objeto de estudio. Ello nos lleva, inevitablemente, al estudio y delimitación de los hechos o procesos significativos involucrados en la formulación de la disposición aquí tratada.

Sabido es que en el Derecho romano no se concedió validez para el «*ius civile*» al convenio de división realizado por los mismos coherederos, o por los copropietarios, por su mera consideración de pacto (34). En este sentido, dicho convenio generaba el efecto común de todo pacto, la «*exceptio*», o los efectos personales si se añadían las oportunas estipulaciones. Pero resultaba inoperante a los efectos de proporcionar una «*actio*» para exigir el cumplimiento de lo convenido («*ex nudo pacto actio non nascitur*»).

Sin embargo, los coherederos pudieron suplir esta falta de eficacia civil a través de dos procedimientos: o bien hacían seguir a dicho convenio las correspondientes «*mancipationes*», «*in iure cessiones*» o «*traditiones*», acompañadas de la cesión de acciones crediticias y de las estipulaciones de garantía, con lo que alcanzaban una eficacia directa para el «*ius civile*». O, simplemente, procedían a las efectivas transmisiones de los bienes hereditarios para la obtención de los efectos reales amparados por la «*iusta causa usucapionis*» que se derivaba del convenio. Ambos procedimientos, especialmente el segundo, contrastaban con la eficacia y seguridad jurídica que en el campo del «*ius civile*» derivaba del ejercicio de la acción genuina para la división de la herencia: la «*actio familiae erciscundae*». La sentencia del árbitro, o Juez de la división, permitía, en primer lugar, la adquisición singular de los coherederos a través de su «*adiudicatio*» como título independiente de la adquisición (aunque con eficacia constitutiva). Su «*condemnatio*» imponía el pago de las sumas de dinero en correspondencia a las varias obligaciones que podían surgir entre los coherederos. Finalmente, como una potestad más que venía implícitamente en su «*officium iudicis*», debía proceder al establecimiento de las oportunas «*stipulationes*» de garantía respecto de los bienes adjudicados.

No obstante, el convenio de división no fue dejado al mero arbitrio de las partes, sino que mereció la protección debida contra aquellos actos que repudiaban los valores esenciales de la sociedad romana. En este sentido, el pretor concedió su sanción contra aquellos comportamientos que injustificadamente llevaban al incumplimiento de lo acordado, frente al cumplimiento de lo demás, o se negaban a responder de la evicción sufrida por algún coheredero. El primitivo remedio concedido fue una «*actio in factum*» que ya permitía el logro del «*id quod interest*» del demandante.

Anteriormente hemos hecho dos precisiones al respecto que cree-

(34) A diferencia del Derecho helenístico, que sí dio eficacia a los «*placita divisionis*».

mos que interesa recordar aquí. En primer lugar, que la concesión de este remedio honorario obedeció a razones de justicia ante la ausencia de «stipulationes» de garantía contra el peligro de evicción. En segundo lugar, aunque de forma hipotética, si bien parece cierto que en algunos casos aislados, como el de la «permutatio» o el de la «datio in aestimatum», el Derecho clásico concedió una «actio in factum» para reclamar, no ya el valor de lo dado, sino de lo esperado (35), con lo que se produjo un primer reconocimiento de la fuerza expansiva del contrato de compraventa como posible solución para simplificar contratos complejos o figuras contractuales discrepantes; creemos que, en este estadio de evolución analizado, la «actio in factum» sancionadora del convenio de división respondió, más que a este aspecto contractual, a la recriminación de los comportamientos dolosos apreciados. En este sentido, es fácilmente constatable el comportamiento doloso del coheredero que, sin motivo alguno, se niega a entregar los bienes hereditarios que posee ante el incumplimiento de lo acordado por los restantes coherederos o, también, incumple deliberadamente su deber de responder por la evicción sufrida por otro coheredero.

Llegados a esta fase de nuestro comentario, es menester analizar la concepción de los contratos innominados que se elabora en el Derecho romano postclásico. Como muy bien nos informa Alvaro D'Ors, la aptitud escolástica de los juristas bizantinos de esta época hizo posible que se llegase a formular la categoría general de los contratos innominados. Sobre la amplia fase de las «dationes ob rem» (36), es decir, de la realizada para conseguir algo lícito del accipiente, y con los antecedentes clásicos ya vistos, «permutatio» y «datio in aestimatum», la doctrina postclásica generalizó la expansión contractual citada como criterio simplificador de todos estos convenios de conseguir una cosa por otra (bien un «dare» o un «facere»). El resultado fue que si bien estos convenios no podían obligar recíprocamente, por no coincidir con los negocios contractuales tipificados por el Derecho clásico, sí que pasaron a obligar desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido. En este sentido, la elaboración de estos contratos innominados respondió mejor al carácter de los contratos reales (necesidad del cumplimiento) que a los contratos consensuales. Esta nueva construcción admitió, también, la anterior solución habida en la «condictio» recuperatoria, que se extiende incluso a supuestos donde no hubo «datio», su modalidad como acción resolutoria unilateral, la «condictio ex poenitentia».

(35) Con lo que se superaba lo ofrecido por la respectiva «condictio».

(36) ALVARO D'ORS, en su manual: *Derecho romano privado*, nos ofrece, entre otros casos, los siguientes ejemplos de «dationes ob rem»: a) para que el accipiente renuncie a una acción; b) para cumplir una condición; c) para que el accipiente dé a su vez otra cosa («permutatio»), y d) para que el accipiente venda al precio que quiera y restituya una estimación o lo *no vendido* («datio in aestimatum»).

La acción que vino a sustituir a la «actio in factum» de la jurisprudencia clásica no fue otra que una acción genérica para «ius civile» denominada «actio praescriptis verbis». En armonía, por otra parte, con la base contractual que inspiró la elaboración de los contratos innominados (37).

Pese a ser una categoría abierta (dada, precisamente, para los contratos o negocios «sin nombre») figuraron en ella algunos negocios típicos, como la permuta, el contrato estimatorio, la transacción, el precario, la donación modal, la constitución de dote recepticia y *el convenio de división*.

Sin embargo, la inclusión del convenio de división entre los contratos innominados, requiere una suerte de precisiones necesarias para el posterior desenvolvimiento de nuestra argumentación. En primer lugar, dicha inclusión obedeció ya a una corriente de voluntarismo jurídico (basada en la «convencio») que paralelamente a la tendencia justineana, desde un punto de vista lógico-dogmático de simplificación de contratos complejos o figuras discrepantes a través de la fuerza expansiva de la compraventa, basó su inclusión en la licitud del «acuerdo» de los coherederos como modo esencial de obligarse entre sí. Ello significa, para nuestro objeto de estudio, que ni siquiera desde el punto de vista de este proceso evolutivo, que muestra una opción negocial de la división más firme que el mero pacto de división respecto del genuino procedimiento de la «actio familiae erciscundae», se puede sostener que la división en Roma tuvo un carácter traslativo, a modo de un transferencia o cesión recíproca entre los coherederos de participaciones indivisas de bienes hereditarios.

Parafraseando al célebre pero interpolado pasaje del Digesto 19, 15, 5, pr. (Paul. 5 quaest.): «...in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim *do titi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias...*», los argumentos para ratificar nuestro postulado son varios (38).

(37) En el seno de la doctrina romanística se siguen discutiendo los posibles antecedentes clásicos de la «actio praescriptis verbis». Por su parte, *D. 19, 5 (2) (Cels. 8 dig.)*: «Pues cuando faltan los nombres corrientes y usuales de las acciones, ha de actuarse por la acción de palabras prescritas», y *D. h. t. (3)*: «A lo cual es necesario recurrir en cuanto se dan contratos que no tienen nombre en el Derecho civil.»

(38) Coincidimos con los calificativos que del fino quehacer del Profesor Jordano mereció el citado pasaje: «La formación de la categoría general del contrato innominado es, desde luego, postclásica; postclásico es el empleo de esa nueva acción general y absolutamente espúrea es, en todo caso, esa clasificación “do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias...”»

Quizá el único error constatable en su trabajo se localice en su parte histórica, al establecer como base para el desarrollo de los contratos innominados a las «dationes ob causam», cuando de éstas solamente surgieron casos de enriquecimiento injusto, siendo las «dationes ob rem», las que realmente contribuyeron a la formación de la categoría general de los contratos innominados.

JORDANO BAREA, J. B.: *Los contratos atípicos*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 51, Tomo 28, pp. 51 y ss., Madrid, 1953.

En primer lugar, como ya hemos expuesto, hay que tener en cuenta que la inclusión del convenio de división se produce a la luz del antecedente de la mencionada «*actio in factum*», y en atención a la fase convencional que lo sustenta y no, por tanto, por un pretendido carácter traslativo del mismo. En segundo lugar, si bien es cierto que alguno de estos negocios incluidos en los contratos innominados respondía al esquema del «*do ut des*», caso de la «*permutatio*», este supuesto no fue técnicamente extrapolable a la fisonomía propia del convenio de división. En este sentido, si nos fijamos, el deber de entrega de los bienes hereditarios derivado de lo acordado en el convenio de división no responde ni a una «*ratio dei*», ni a una propia «*traditio*», ya que el coheredero que viene obligado a la entrega de los bienes hereditarios que él retenía, ni opera el efecto adquisitivo de una «*datio*» ni los presupuestos de una adquisición derivada («*traditio del tradens*»), sino una mera entrega posesoria resultante de las obligaciones nacidas del convenio de la división. Recordemos cómo este convenio, cuando no se acompañaba de actos o negocios válidos para el «*ius civile*» («*mancipationes, in iure cessiones...*»), permitía una «*iusta causa usucapionis*» del coheredero asignado que procedía a la licitud del convenio como acuerdo de división y que presumía, necesariamente, una causa antecedente en la plural delación hereditaria. No había, de este modo, un propio «*do ut des*» de la «*permutatio*», sino un «*facio ut facias*», es decir, yo cumplo lo acordado poniendo a tu disposición los bienes hereditarios que del convenio a ti te han sido asignados, y que detentaba en nombre de todos, para que tú cumplas, también, lo acordado, y permitas mi apropiación posesoria a los efectos de la usucapión. En esta misma línea cabe hablar del deber de responder por la evicción cuando un coheredero se niega a cumplirlo conforme a su asignación. La trasgresión no reside en una pretendida frustración de un recíproco «*haber licere*» entre los coherederos, sino en incumplimiento de uno de los deberes surgidos del hecho de dividir que el convenio de división viene a reforzar, salvo que quede exceptuado.

En segundo lugar, la finalidad y circunstancias que llevaron a la aplicación de la «*actio praescriptis verbis*» como un remedio útil para la ejecución del convenio de división concuerdan, sustancialmente, con la argumentación que estamos defendiendo. Así, esta acción postclásica viene concedida con el mismo criterio de justicia que presidió la aplicación de la anterior «*actio in factum*»: sancionar aquellos comportamientos que sin razón justificada incumplían lo acordado lícitamente en el convenio o quebrantaban la proporcionalidad en la integridad económica de las cuotas hereditarias. No cabe aducir una finalidad o «*gratia*» distinta entre ambas acciones ya que, por ejemplo, en el supuesto de evicción ambas acciones, respondiendo a los principios de la comunidad hereditaria, resolvieron un supuesto común: incumplimiento del deber de responder por la evicción confor-

me a la porción asignada cuando en el convenio de división no se habían establecido las correspondientes estipulaciones de garantía. Su recurso subsidiario reafirmó la vigencia de los principios emanados de la comunidad. De este modo, la sustitución de esta acción «in factum» por la «actio praescriptis verbis» no altera lo anteriormente expuesto, sino que se integra en esa genérica construcción contractual de todos esos convenios que dieron pie a la formulación de la categoría general de los contratos innominados. En este sentido la «actio praescriptis verbis», con su base contractual, se presentó con mayor idoneidad que la primitiva «actio in factum» para accionar a los mencionados contratos innominados. Entre éstos, al convenio de división por la base convencional que ofrecía.

Debemos pensar, por otra parte, que este recurso a la eficacia expansiva del contrato compraventa como criterio de simplificación que impregnó a la tradición justineana desde un punto de vista lógico-dogmático, no desencadenó toda su influencia en la sola tarea de construcción de los contratos innominados, sino que tuvo, por el contrario, una notable mediación en todo el pensamiento postclásico y, posteriormente, en el Derecho común. Sirven de ejemplos dos supuestos totalmente distintos. Así, respecto de la «datio in solutum» e independientemente de su efecto liberatorio «ipso iure» (Sabinianos) y «ope exceptionis» (Proculeyanos), la doctrina tardía superó dichas posiciones al construir dicha modalidad de pago como una venta, con la subsiguiente responsabilidad por evicción. De esta forma, los maestros del «ius commune» asimilarán la naturaleza jurídica de la «datio in solutum voluntaria» a la de la compraventa: «datio in solutum obtinent vin venditionis». Su alcance llegará a tanto, en el campo de este nuevo Derecho, que los comentaristas legitimarán la acción del acreedor hereditario contra el heredero, no ya en base del teológico principio de subentrar el heredero en el lugar, situación, del finado, sino en que con la aceptación del heredero se realiza un «quasi-contrato» con los acreedores de la herencia. En suma, esta nueva orientación en la forma de explicar el contenido y eficacia de las distintas figuras jurídicas la deberemos tener muy en cuenta, como veremos más adelante, para comprender y valorar lo que fue un desarrollo unitario de la responsabilidad por evicción en el Derecho común que afectó, necesariamente, a la responsabilidad en la partición de la herencia. Por último, y para terminar nuestro comentario a la categoría general de los contratos innominados en esta fase, debemos señalar, una vez más, que nuestra anterior interpretación realizada en el análisis del Derecho romano acerca de Textos o pasajes capitales en el desenvolvimiento histórico de nuestro objeto de estudio tiene, aparte de su corrección que sostenemos, perfecto acomodo con lo aquí expuesto. Recordemos como textos comprometidos, entre otros: *D. 10, 2, 20 (3) (Ulp. 19 ed.)*, que recoge el parecer de Papiniano acerca de la división del padre con los términos polémicos «...quasi certa

lege permutationem fecerint...», o el del Código de Justiniano en su *Ley 1 del Tít. 38* («*communiam utriusque iudicii*») *Lib. 3*: «*Divisionem praedierum vices emptiois obtinere placuit.*» En este sentido, fuera de la incorrecta interpretación aislada de algunos de sus términos o de la desorbitada interpretación literal en su conjunto, las necesidades lógico-dogmáticas de este período (distintas a la precisión y concisión clásicas) condujo al comentario ejemplificador, o resumidor, de los asertos de la jurisprudencia clásica en base a estos recursos pedagógicos. Así, en el primer texto, se recurre al concepto de la «*permutatio*» para fortalecer el principio de que los hijos deben responder de las cargas de las deudas de la herencia en proporción a los bienes recibidos por la división del padre. En el segundo texto, se recurre al concepto de la *compraventa* para ejemplificar mejor la eficacia de la división ya que, como ocurre en el anterior contrato, ésta también hace posible la adquisición de la propiedad de los bienes adjudicados.

La conclusión a la que llegamos en el ámbito de la construcción postclásica de los contratos innominados, es la del respeto al principio general de la responsabilidad por evicción en la división de herencia, en todas y cada una de las formas con que ésta se llevó a cabo.

Ahora bien, si en esta primera construcción de los contratos innominados el convenio de división conservó una fisonomía propia, que dio como resultado el mantenimiento del principio general de responder por la evicción, ¿cuál fue el proceso que desencadenó o fundamentó la excepción contenida en el último párrafo de la *Ley 9 de Partidas*? La respuesta subyace en una consecuencia derivada de los ingeniosos desarrollos conceptuados que tanto los glosadores como los intérpretes, o comentaristas, realizaron acerca de esta categoría general de los contratos innominados.

Aunque se pueda afirmar, en líneas generales, que los maestros del «*ius commune*» no prescindieron desde una base teórica (obtenida de la autoridad instrumental del Derecho romano) de la máxima «*ex pacto nudo actio non oritur*», en la línea práctica de sus construcciones doctrinales, dicho principio resultó desvirtuado en su posible contenido. Hay que recordar cómo del quehacer de estos ilustres doctores del medievo surgieron amplias y numerosas excepciones que, sobre unos supuestos de características generales, llevaron a la derogación fáctica del principio «*nudum pactum non parit actionem*» y sentaron las bases para su derogación teórica por los canonistas y los comentaristas de las nuevas necesidades del tráfico mercantil.

Sobre este vasto campo de evolución jurídica que tenderá a identificar el concepto de «*pacta nuda*» con los contratos innominados, encontraremos argumentos suficientes para esclarecer los antecedentes que dieron origen a la norma objeto de estudio (39).

(39) En esta línea de aproximación del pacto nudo con los contratos innominados, los desarrollos y construcciones doctrinales, tanto de los glosadores como de los co-

En este propósito hay que señalar que si bien la tendencia lógico-dogmática de los juristas bizantinos respecto del contrato de compraventa, sentó las bases de generalización contractual de los convenios que dieron pie a la categoría de los contratos innominados, los docto-

mentaristas del «*ius commune*», fueron incesantes. Gran parte de su atención creativa se centró en la cuestión práctica de conseguir unas distintas vías a la accionabilidad del pacto nulo.

El profesor EMILIO BUSSI, en su magnífica obra: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, nos documenta acerca de estas ingeniosas, pero laboriosas, construcciones doctrinales. En este sentido, ya en el pensamiento de Azón, el «*pactum*» se presenta con la «*gratia*» o finalidad de un verdadero contrato obligatorio. Para alcanzar el respaldo de los efectos jurídicos, el insigne autor introduce una novedosa sistemática de los «*pacta*» en base a la consideración de los «*pacta vestita*». Este vestimiento del pacto consistía en una circunstancia extrínseca que unida al pacto le hacía alcanzar la eficacia jurídica. En la teoría de Azón los «*vestes*» son seis, de los que cuatro hacen referencia a la clasificación Gayana («*res, verba, litterae, consensus*») pasando a ser los contratos nominados; todos los demás, incluida la permuta, pasarán a ser los contratos innominados. Las otras dos «*vestes*» vendrán de la mano de la «*cohaerentia contractus*» y del «*pactum rei interventu*», esto es, del pacto acompañado de la prestación de una de las partes.

BÁRTOLO, pese a mantener en sede teórica la máxima romana, contribuye a alargar, más aún, la generalidad de las excepciones ofrecidas. Así, dará relevancia, en primer lugar, a la «*rei initium*» para proseguir admitiendo que cuando el criterio de las «*vestis*» sea insuficiente para la accionabilidad del pacto, la ley puede, en algunos casos, conceder un auxilio especial («*auxilium legis*»). Este auxilio viene atribuido en los siguientes casos: a) en las convenciones «*iuris gentium*» que vengan indicadas con un nombre particular, «*re et consensu*», o que permitan que se pueda hablar de un «*rei interventus*» o de una «*cohaerentia contractus*»; b) en las convenciones «*iuris civilis*» a las que la ley da «*forman et nomen*»; y la convención en la que se pueda reconocer un «*cohaerentia contractus*» o exista un «*operis initium*». Con ello, aparte de una encubierta llamada a la «*causa*» de los contratos como criterio legitimador de las convenciones, se abre una puerta para la general accionabilidad de los pactos, ya que difícilmente se encontraría un pacto que no recibiera un «*nomen*», bien por la consuetudo o por el estatuto y, a la vez, una particular forma.

Paralelamente a todo este intenso proceso evolutivo la «*stipulatio*», que había representado el instrumento jurídico más idóneo para garantizar contra el peligro de evicción, no será ajena a otros interesantes puntos de vista. Aunque en la doctrina de los glosadores la sustancia de la «*stipulatio*» resida, todavía, en la correspondencia exacta (congruencia) entre una pregunta y una respuesta acerca del cumplimiento futuro de una prestación, muy pronto su atención se alejó a la «*formalidad*» estipulatoria, como modo ordinario de obligarse las partes, para recalcar en otras cuestiones más acordes con sus desarrollos conceptuales. En el Derecho común este alejamiento o desviación del centro de atención se inicia en pro de la relevancia, no ya de la formalidad de la «*stipulatio*» sino de la prueba de la misma, es decir, a su «*exatta applicazione*». En este sentido, aunque en principio los medios de prueba no tuvieron en sede teórica limitación alguna, en la práctica, todo señaló al «*instrumentum*» como el medio preferente de su prueba. Ya que recogía el requisito fundamental de la «*stipulatio*»: la exacta correspondencia entre la pregunta y la respuesta.

Respecto a la necesaria utilización técnica de la palabra «*promittere*» (que sustituyó a la forma verbal romana más antigua: «*spondes-spondeo*») frente a la utilización usual de la palabra «*convenire*»; Bártole, en un juicio general acerca del instituto, observó que aquella era solamente necesaria cuando las fuentes expresamente decían que el puro consentimiento de las partes no era suficiente, con lo que, generalmente, se equiparaban ambos términos de cara a la «*exatta applicazione*» de la «*stipulatio*».

Pero, en realidad, ante la generalización y eficacia del pacto nudo, la pérdida de la importancia de la «*stipulatio*» como forma ordinaria de obligarse fue un hecho. De ahí, por una parte, que se la considerara fundamentalmente como un «*pactum nu-*

res del Derecho común aliviaron la influencia conceptual de dicho contrato en pro de la versatilidad de la «permutatio». Este distinto enfoque dogmático no estará exento de repercusiones prácticas. Así, por ejemplo, el paradigma de los contratos commutativos no será tanto la compraventa, sino la permuta. Anotemos, por otra parte, cómo se observa una identificación o confusión de ambos contratos en la legislación anterior a Partidas. En este sentido, ya el Fuero Juzgo se pronunciaba con los siguientes términos en su Ley 1, Tít. 4, del Lib. 5: «*El cambio que non es fecho por fuerza o miedo, vala así cueno compra.*» El Fuero Viejo de Castilla en su Ley 2, Tít. 1, del Lib. 4, expresaba al contrato de compraventa de esta forma general: «...E la vendida, que ansi fuer fecha, non puede toller suo derecho al pariente o a quien pertenesce la eredit por raçon del patrimonio, o del avolengo, *maquer que el cambio sea fecho.*» Será la mayor precisión que animó la legislación del Fuero Real quien comenzará a «desfazer el entuerto» dedicando, a tal efecto, la primera de sus leyes del Tít. 11 del Lib. 3: «Los cambios son tan allegados á las vendidas, que á duras se entiende en muchos de lugares si es vendida, o si es cambio...» (40).

Pero, de todos modos, la razón que sostuvo la excelencia de la «permutatio» como paradigma o ejemplo de los contratos conmutativos residió en que mientras la compraventa tenía una eficacia circunscrita a los contratos nominados, la «permutatio» contaba con la generalidad de ser el contrato innominado por autonomía. Su posible desarrollo conceptual superaba, en mucho, a la tipicidad de la compraventa. Ya Azón expresaba la maleabilidad de la «permutatio» con los siguientes términos: «*Est unius rei per alteram praestatio, et stat in generali nomine: quippe omnis contractus nominatus vel innominatus in larga appellatione potest dici permutatio ex quo invicem datur vel accipitur, ergo et venditio et locatio.*» Paolo di Castro nos ilustra de cómo la generalidad del nomen de la «permutatio» es la razón de su ejemplaridad como «contratio» innominado, a diferencia del nomen «speciale et discretivum» propio de los contratos nominados (41).

dum» revestido con la utilización de una determinada palabra, y por otra que su práctica venga indisolublemente unida a la función notarial en los límites de una cláusula añadida, generalmente, para la validez del «instrumentum».

De este modo, por la genérica eficacia alcanzada por los contratos innominados a través de la «*actio praescriptis verbis*» se comprende mucho mejor la afirmación de GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 917 del Proyecto, acerca de que en la práctica de nuestro Derecho histórico «no fue admitida la obligación de fianzón (estipular) sobre la evicción en la partición de la herencia».

(40) La diferenciación contemplada por esta Ley 1 del Tít. 11, «mas do quier que se de cosa cualquier por dineros, es vendida», será desarrollada por la Ley 1, Tít. 6, de la quinta Partida.

(41) La categoría general de los contratos innominados es desconocida en la clasificación Goyena. En Gai. 3, 90 no se enumeraba como contrato real más que el mu-

Precisamente, esta generalidad conceptual de la «permutatio» conveniente a cualquier negocio jurídico, tendrá especial repercusión práctica en el desenvolvimiento del convenio de división. En este sentido, si reparamos en que la genuina función del acto de división había quedado en el recuerdo histórico de la «*actio familiae erciscundae*», dando paso a la primacía de una división convencional en donde los sujetos legitimados, como agentes de la voluntad del finado, fueron los propios herederos; nos percataremos de cómo los maestros del Derecho común no tuvieron ningún pudor técnico en identificar o asimilar el modesto convenio de división a la estructura y finalidad del contrato innominado por excelencia: la «permutatio». Con ello, la tipicidad social del convenio de división (su verdadera finalidad y contenido), respetada por la elaboración postclásica de los contratos innominados, venía a menos.

De esta forma una metodología escolástica, puesta al servicio de una visión unitaria de los diferentes institutos sacrificaba la finalidad y contenido económico-social del convenio de división en base a una engañosa construcción analógica que identificaba, o asimilaba, su «figura» jurídica con la estructura de la «permutatio». El convenio de división entraba, así, desde la «teoría de todo lo que se da por una causa», del célebre pasaje del Digesto 19, 5, 5, en el grupo específico de los «*do ut des*». Contaban para ello con oportunos resortes obtenidos de la generalidad de los antecedentes de Derecho romano. Por una parte, la cuota, como concepto ideal de la lógica jurídica, se presentaba como el vehículo idóneo para la escenificación del «necesario» transferencia conmutativo y oneroso entre los coherederos. Por la otra, las aspiraciones pedagógicas (aclaratorias o ejemplificadoras) de los juristas del último período clásico y del postclásico, fueron aprovechadas en pro de un comentario parcial y acorde con los nuevos desarrollos conceptuales. Así, entre otros, los textos capitales de *D. 10, 2, 20 (3)* o la *Ley 1, Tit. 38, Lib 3 del Códex* fueron reinterpretados, como argumentos de autoridad, en el sentido de la identificación técnica con la permuta («*quasi certa lege permutatiōnem fecerit*»), o, en un sentido más amplio, con la compraventa («*di-*

tuo, pero en la «*res cottidianae*», *D. 44, 7, 1*, Gayo enumera ya aparte del mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Justiniano, en *Inst. 3, 14*, combina las dos redacciones recogiendo una clasificación general que sigue sin contemplar a los contratos innominados.

Sin embargo, esta categoría general centrará la atención de los doctores del medioevo (a diferencia de la escasa importancia de otras, como, por ejemplo, los contratos de buena fe y de Derecho estricto) que la desarrollarán con una fisonomía e importancia distintas a las elaboradas por los juristas bizantinos. En clasificación Gayana encontrarán, sobre todo, una herramienta de trabajo para sus nuevas construcciones doctrinales. Por otra parte, la relevancia de la «permutatio» como contrato innominado por excelencia no puede ponerse en tela de juicio. En este sentido ya adelantábamos, como en la sistemática de Azón, la permuta ocupa un lugar de referencia respecto de los «*contratus innominati*».

visionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit»). Sin lugar a dudas, es en esta fase del pensamiento jurídico donde debe situarse la construcción de la famosa tesis de la «permutatio» como elaboración dogmática de la «figura» del convenio de división. Esta constatación reportará, como veremos más adelante, serias objeciones a la exposición recibida acerca de los antecedentes históricos en la partición de la herencia.

Aunque, en principio, dicha asimilación o identificación no alteró la eficacia procesal del convenio de división, sino que, por el contrario, reforzó su condición de contrato innominado. En este sentido, el «*ius commune*» siguió concediendo a los contratos innominados comenzados por «do», esto es, «do ut des» y «do ut facias» la correspondiente «*actio praescriptis verbis*», bien para la propia ejecución del contrato (ante el incumplimiento de una de las partes), o para el exacto cumplimiento ante un cumplimiento defectuoso. Sí que quebrantó la eficacia procesal del principio general de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia que, hasta este momento, no había conocido excepción alguna salvo la impuesta por la propia voluntad del testador. El proceso o «*iter*» de esta afirmación está íntimamente enlazado con los desarrollos conceptuales que aquí hemos analizado. Los maestros del Derecho común tampoco renunciaron a ofrecer una visión o concepción unitaria de un instituto tan relevante como la responsabilidad por evicción. Siguiendo la tendencia de los juristas bizantinos, desde el punto de vista lógico-dogmático de la fuerza expansiva del contrato de compraventa como criterio simplificador de contratos o negocios complejos, consideraron la responsabilidad por evicción como una consecuencia natural y exclusiva de los contratos onerosos y conmutativos. El convenio de división, desnaturalizado en pro de una «figura» asimilada a la estructura de la permuta, no presentó ningún problema. Sin embargo, el supuesto de división por el padre, o por el testador, no pudo ser encuadrado en la estructura y contenido de dicho contrato. En consecuencia, para salvaguardar la validez de la argumentación desarrollada hubo que excluir, necesariamente, la responsabilidad por evicción en el supuesto citado. Así fue cómo de esta forma, como tributo ofrecido a la deslumbrante, pero engañosa, generalización de la elaboración dogmática fue sacrificado, parcialmente, el plano funcional del principio de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia que, insistimos, no conoció salvedad alguna en los antecedentes de Derecho romano.

Nuestra línea de investigación, aparte de su correspondencia con el verdadero proceso desencadenante de la antinomia del párrafo último de la Ley 9 de Partidas, respecto de los anteriores antecedentes, nos permita conocer mejor el argumento utilizado para la exclusión del deber responder por evicción en el supuesto de partición por el padre o por el testador. En este sentido, dentro de las posibilidades

ofrecidas por el marco de la recepción culta, obtienen una explicación lógica tanto el recurso singular al pasaje 31, 77, 8 del Digesto, como la subexcepción recogida por Gregorio López al término de su glosa (2) a dicha Ley.

Una vez que los doctores del Derecho común llegaron a la necesidad de excluir el deber de responder por evicción en el supuesto indicado, por quedar fuera del alcance dogmático de su concepción unitaria de la responsabilidad por evicción, se vieron, a su vez, en la necesidad de concordar armónicamente su decisión con los antecedentes de Derecho romano. Esta cuestión no era baladí para su metodología científica que aceptaba como elemento imprescindible la instrumentación de dichos antecedentes y, con ella, el recurso de los textos romanos. De lo contrario, su novedoso desarrollo conceptual se presentaría como falto de rigor científico y espurio a la tradición jurídica. No obstante, las aspiraciones sistémicas de estos glosadores y comentaristas no iban a verse truncadas por este eslabón científico. Justificados en base a la validez de sus nuevas construcciones para el campo del Derecho, no dudaron, merced a su profundo conocimiento de las fuentes romanas, de acomodar, por la vía que fuese posible, lo prescripto en los antecedentes a los dictados de sus nuevos postulados. De esta forma, y ante lo absoluto en favor de la responsabilidad por evicción, entre otros textos, los ya estudiados *D. 10, 2, 10* (Gai, 7 ed. prov.); *D. 10, 2, 25 (21)* (Paul, 23 ed.); *D. 10, 2, 23* (Pap. 7 resp.); *D. 10, 3, 10* (Paul, 23 ed.); *D. 21, 2, 66 (3)* (Pap. 28 quaest.), y *C. Ley 14, Tít. 36, Lib 3*; se abordó el pasaje 31, 77, 8 del Digesto, que sin tener la relevancia de los anteriores ofrecía, en cambio, posibilidades para la reinterpretación deseada. De ahí que se pueda explicar la singularidad de su cita tanto en la glosa de Gregorio López como en la de los otros autores contemporáneos. Sencillamente, porque en su momento no fue posible encontrar otro texto en los antecedentes del Derecho romano que permitiera, con ciertos visos de credibilidad, la interpretación querida por los maestros del Derecho común. De la ingeniosa acomodación del pasaje ya hemos hecho mención con anterioridad. Simplemente recordar en líneas generales, como el texto de Papiniano contemplaba la responsabilidad por evicción de los herederos en un caso de «*divisio parentis inter liberos*» ordenada a través de la «*praeceptio*» (supuesto, por otra parte, muy próximo al de una plural «*heredis institutio ex rebus certis*»), con los siguientes términos: «...*si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari*». El término «*praelegatas*», interpretado correctamente en su contexto, participa del sentido genérico de «*legare*», es decir, como la «*disposición*» hecha a través de la asignación («*praeceptio*») de cosas concretas a los herederos regularmente instituidos (de ahí el «*praelegare*»). Esta asignación podía ser hecha «*in partem*» o «*extra*

partem hereditatis» y se hizo valer, muy pronto, a través de la «adiudicatio» como título independiente de la adquisición singular de los herederos. De ahí que el árbitro de la división, respetando el juicio divisorio del padre, vele por la integridad económica de las cuotas manteniendo la recíproca responsabilidad por evicción respecto de los bienes adjudicados.

Pues bien, ante este claro significado de la segunda parte del pasaje 31, 77, 8 del Digesto, la intervención estética de los ingeniosos glosadores consistió en lo siguiente. Contando con que la primera parte del pasaje venía a excluir, con toda lógica, la responsabilidad por evicción en un supuesto de fideicomiso en favor de un hijo, y que la evolución jurídica había llevado a la separación de la «praeceptio» (legado por «praeceptionem») del prelegado, como atribución de cualquier forma o tipo, a título particular, a favor del heredero «extra partem hereditatis» («heredi a semetipsò legari no potest») se alteró el sentido global del texto, que comprendía dos supuestos distintos (fideicomiso y una propia división) para darle un sentido unívoco al considerar que en el caso de la propia división los herederos establecían entre sí una simple relación de prelegatarios, con lo que se excluía de forma general en el texto la responsabilidad por evicción.

Evidentemente, aparte del sentido contrario del texto, el nuevo maquillaje llevaba al absurdo ya que los herederos eran simplemente prelegatarios, solamente, en función de la responsabilidad por evicción y no del resto de derechos y cargas que llevaba implícita la cualidad de herederos. No obstante, consiguieron forzar una interpretación favorable que les permitió aportar un texto de autoridad en el que justificar su excepción a la responsabilidad por evicción en la partición hecha por el padre o por el testador.

Nuestra investigación nos lleva, por otra parte, a valorar positivamente el quehacer de Gregorio López en esta materia. Aunque, sin lugar a dudas, como hombre de su tiempo obtuvo su formación principal en el estudio del «ius commune», su extraordinaria erudición no le hizo ajeno ni a los progresos del Derecho canónico ni al conocimiento de la opinión de los autores contemporáneos. En esta línea de su amplio campo de estudio, la limitación recogida al término de la glosa (2) a la Ley 9 de Partidas nos revela, también, su conocimiento acerca de los antecedentes del Derecho romano. En este sentido, pese al imperio de la concepción unitaria de la responsabilidad por evicción en pro de los contratos conmutativos y onerosos (y de los a ellos asimilados), Gregorio López, al recoger la opinión de Decio, dudó al menos de dos cuestiones.

La primera de ellas creemos que fue la perfecta constatación de esta concepción en el ámbito del Derecho romano. Tanto la interpretación forzada del pasaje 31, 77, 8 del Digesto, como el único recurso a su cita singular, le llevaría a relativizar lo absoluto de la disposición de la Ley 9. La segunda, y con mayor importancia, fue su conoci-

miento de que dicha concepción llevada a su último extremo (sin ningún tipo de limitación) suponía, «iuris et de iure», una voluntad «mortis causa» sin ningún tipo de indicio o circunstancia en que basarse. De ahí su solución de compromiso al filo de su glosa (2) en las palabras del adelantado Decio: «Nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod aequalitas esset inter haeredes servanda.»

En suma, ésta fue la cara oculta de la disposición objeto de estudio ya que a resultas de dicha concepción vino impuesta la excepción aquí tratada, representando una auténtica presunción de la voluntad del testador no sustentada con ningún tipo de indicio o circunstancia válida (pues la mera división no suponía nada más que un criterio de adjudicación a seguir). El resultado fue la quiebra de la proporcional integridad económica de las cuotas en base única y exclusivamente a estas artificiosas construcciones doctrinales.

VI. NUESTRO DERECHO HISTORICO: LA TRADICION DE DERECHO ROMANO «VULGAR» Y LA TRADICION CULTA O «BOLOÑESA»; LA LEY 9, TIT. 15, PARTIDA 6

Como hemos adelantado a lo largo de nuestra exposición, la localización del influjo de las anteriores elaboraciones y construcciones doctrinales de los glosadores y comentaristas del «ius commune» debe centrarse en nuestro texto de Partidas. Aunque esta afirmación es rigurosamente ajustada a nuestro objeto de estudio participa, con igual validez, de una subdivisión más amplia de cara a la evolución y progreso jurídico de la responsabilidad por evicción en nuestro Derecho histórico. En este sentido, y particularmente en la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia, se puede precisar a nuestra Legislación Antigua en base a dos recepciones de la tradición jurídica romana de diferente alcance y características: la tradición de Derecho romano «vulgar» y la tradición de Derecho romano culta o «boloñesa».

El fundamento de esta subdivisión puede sustentarse en base al siguiente razonamiento: la tradición de Derecho romano «vulgar» responde a una recepción no académica y fragmentaria de los antecedentes de Derecho romano. En este sentido, el soporte de esta recepción nos viene dado tanto por la particularidad de nuestra legislación provincial, que se desarrolló a lo largo de la dominación romana, como por el renacimiento del estudio jurídico que sobre unos presupuestos de Derecho romano se dio en Occidente en la segunda mitad del siglo V, preferentemente en el apoyo de la legislación romana del primer monarca visigodo que realizó la escritura de sus leyes: «Código de Eurico» (42); así como, en el monumento más importante a la

(42) Actualmente se nos conserva, parcialmente, en un «palimpsesto» de París. En este sentido, D'ORS: *El Código de Eurico*, 1960, con una paligenesia de la parte per-

tradición romana de este período: la «Lex Romana» (Visigothorum) (43). Fruto de esta recepción, alejada de la formulación del estilo clásico, son las primeras referencias a la partición de la herencia que encontramos en el Libro de los Jueces, o Fuero Juzgo, en el Fuero Viejo de Castilla, y de modo más desarrollado, en el Fuero Real.

Excede a nuestros propósitos un seguimiento en profundidad de la tradición de Derecho romano contenida en estos Cuerpos legislativo. No obstante, en una línea ilustrativa podemos citar las siguientes leyes:

El Fuero Juzgo contempla a la partición de la herencia en su Libro 9, «De las particiones, e de los tiempos, e de los annos, e de las lindes», Tít. 1, «De las particiones, e de las tierras arrendadas». Del desarrollo de este título en 19 leyes podemos destacar las siguientes: la Ley 1: «Que el departamento que fuere fecho de las heredades una vez, valga por siempre.» En este apeo y deslinde concebido a perpetuidad se observa un claro antecedente de Derecho romano. Como sabemos, la «actio familiae erciscundae» tampoco pudo ejercitarse más de una vez, salvo que el Magistrado lo admitiese tras sumaria cognición, como, por ejemplo, en la «restitutio in integrum en favor del menor perjudicado» (D. 10, 2, 20, 4; Ulp. 19 ed.).

En idénticos términos de conservación de la partición realizada parece obrar el tenor de la Ley 2: «Que la partición que es fecha entre los hermanos, que non se desfaga, manquer que non ayan nengun escripto, si puede seer mostrado por testigos.» Esta Ley, seguida por la Ley 8, Tít. 4, Libro 3, del Fuero Real, amén de conservar la paz y el orden de las familias, obedece al reclamo de la tradición romana en pro de la conservación de la partición realizada; Ley 11, Tít. 36, Lib 3 del Código de Justiniano: «No porque a ella (la división) no le ha seguido escritura, como expones, se ha de considerar nula la división hecha entre tú y tu hermano, pues la certeza de lo hecho afirma suficientemente que es válida la división.» Por otra parte, la referencia de la Ley del Fuero Juzgo a la prueba testifical debe entenderse en ser la segunda prueba en importancia después de la documental. En la Ley 3, «Que la partición que ficieren los mayores e los meiores que la deven tener los menores» (seguida por la Ley 10, Tít. 5, Partida 3), también encontramos la sombra de los anteceden-

didada sobre la base de las probables leyes Euricianas que se recogen como «antiquae» en la «Lex Visigothorum» del 654.

(43) La base principal de esta «Lex Romana», conocida como el Breviario de Alavier, proviene del Código Teodosiano (438). Valiéndose también del Gregoriano y del Hermogeniano, así como de las «Pauli Sententiae», del «Epitome bai», de un fragmento sacado del Corpus Papiniani, y de las novelas o leyes sueltas de los últimos emperadores.

Un sabrosísimo comentario histórico de ambos Códigos por parte de don Joaquín Francisco Pacheco y don Fermín de la Puente y Apezpechea, puede leerse en la obra: *Los Códigos españoles* (Concordados y Anotados), Madrid, 1872, segunda edición, Tomo 1.

tes de Derecho romano. Esta Ley contempla el supuesto de confrontación de intereses (pareceres) tanto en la oportunidad de la partición de alguna cosa hereditaria como en la forma de llevarse a cabo ésta. La solución, en todo caso, «lo que plugieren a los más y a los mejores, no parece estar muy alejada de lo que debió ocurrir en la toma de decisiones para los actos materiales en la cosa común ya que, según algunos autores, Justiniano estableció la decisión por mayoría de cuotas. De todos modos, la hipótesis se refuerza, fuera de estos actos materiales, en la decisión acerca de la división o no de la cosa en común. En esta línea, recordemos como en D. 10, 2, 5 (bai. 7 ed. prov.) respecto del depósito de los documentos hereditarios, el Juez debía atender al heredero de la «mayor parte», y si todos fueren herederos por partes iguales, no actuaba el criterio moralizante del heredero de mayor edad (Partidas), sino los criterios de la suerte (azar) o el de la elección por unanimidad o «mayoría». Con lo que, en definitiva, ambos criterios «plugieren a lo más» (mayoría) y «a los mejores» (con mayor participación en la herencia), vienen contemplados en los antecedentes romanos.

La Ley 5, por su parte, dispone: «Si algún omne crebanta la partición que es fecha, ó toma parte del otro, quanto toma de lo aieno otro tanto peche de lo suyo.» La solución concuerda con el criterio general que en materia de daños se ofrece en D. 10, 2, 17 (bai. 7 ed. prov.): «Cuando comete un daño un heredero, se debe decir que se ha de obtener la estimación del simple importe en la acción de partición de herencia.» En parecidos términos, La Ley 4 respecto de D. 10, 2, 39 pr. (Scaer. 1 resp.).

El Fuero Viejo de Castilla, con arreglo a la última recopilación de los fueros castellanos que realizó el rey don Pedro por el año 1356, también debe de ser incluido en esta recepción de Derecho romano «vulgar». Aunque, al igual que en el Fuero Juzgo, encontremos la participación e incluso un cierto renacimiento de la corriente germánica (fazañas), no obstante, el influjo de la tradición romana sustenta gran parte de su ordenación y, particularmente, las leyes que son objeto de nuestra especial atención. La partición de la herencia («eredat») se regula de modo disperso, conforme al sentir sistemático de estos antiguos fueros, en los Tít. 1 y 2 del Libro 4 y en Tít. 2 y 3 del Libro 5.

Del noticiado Tít. 1 del Libro 4, «De las vendidas, e de las compras», destacamos las siguientes leyes: en la Ley 1 llama la atención la terminología utilizada para indicar la propiedad sobre una porción de un señorío: «divisero». Ello fue aplicado, entre otros fines, para que ningún fidalgo que no fuese «divisero» de una viella pudiese poblar o comprar en dicha ciudad. En la Ley 2 se contempla el requisito de la publicidad con que debía venir asistida la compraventa, ya que se prohíbe «vender la eredat de noche ni de día a puertas cerradas». En su apartado final se destaca la generalidad de la per-

muta como sinónimo de cualquier contrato conmutativo: se hace referencia a la compraventa con el término de «cambio» («manquer que el cambio sea fecho»).

La Ley 8 nos introduce claramente en la influencia de los antecedentes de Derecho romano: «Esto es Fuero de Castilla: que ninguna eredat que eredan parientes, ninguno puede vender la sua suerte a ningún pariente, ni a otro ome fasta que la aya partida, sino ermano a ermano; e quando la vendier un ermano a otro, devel luego dar poder a que la pueda partir, ansi como el mesmo partiere con sus ermanos aquella suerte, que vendió en esta guisa. Vale lo que es vendido a ermano, antes que sea partido, mas non le puede vender a otros parientes a menos de ser partido, e si de otra guisa lo vendier la venta no vale por el fuero.» La primera parte de la ley nos trae a la memoria su proximidad con dos célebres textos romanos. El primero viene expuesto por Papiniano en D. 10, 2, 13: «Están prohibidas las enajenaciones después de aceptada la acción (a.f.er.), pero sólo las que son voluntarias, no las que tienen una causa anterior y se fundan en la necesidad de derecho.» El segundo texto viene de la mano de una constitución del emperador Antonio a Lucano por el 213; dice así en su párrafo último: «Observándose, a la verdad, esto, que después de la contestación de la demanda nadie puede enajenar ni aun su parte, no consintiéndolo los demás dueños de la misma cosa.»

La fidelidad de esta Ley del Fuero en la prohibición de enajenación de la porción del coheredero queda excepcionada en el caso de venta de un hermano a otro. Más aún, en este caso, la enajenación queda condicionada al reconocimiento del derecho del hermano-comprador a dividir: «Deve luego dar poder a que pueda partir», y al fraude en la restricción de la excepción: «Vale lo que es vendido a ermano, antes que sea partido, mas no le puede vender a otros parientes a menos de ser partido.»

La Ley 9 presenta interesantes peculiaridades. Por una parte, se desvía la tradición romana al establecer: «Quando algun Fijodalgo vende a otro eredat, deve dar fiadores de saneamiento.» La obligatoriedad de la fianza, como tal norma singular, puede tener su explicación en las razones históricas del momento. Pensemos, alejados de la civilización romana, cómo gran parte de este Fuero tiene el loable propósito de regular «pacíficamente» gran parte de las exageradas y exorbitantes presiones que, sobre un cauce de violencia, llevaba a cabo la nobleza castellana. Consideremos en que evitar al máximo las posibles disputas sería el logro más deseado del presente Fuero. De ahí que no sea de extrañar la obligatoriedad de la fianza para evitar la justicia privada. La misma razón vale para orientar la justificación del saneamiento de la «eredat», siendo, como era, uno de los principales y más frecuentes objetos de venta. Por otra parte, la obligatoriedad de esta fianza de fijodalgo nos lleva a la interesante

cuestión de averiguar si su aplicación fue objeto de una norma común, aplicable a cualquier «ome», o si, por el contrario, fue objeto de una norma singular a la clase nobiliaria. Del tenor de las restantes leyes, tanto del Libro 4 como del 5, bien parece esto último, aunque con la lógica posibilidad de aplicarse voluntariamente a los solariegos. Por último, se distingue entre la responsabilidad de los fiadores dados de «año e día» y de los fiadores que «enfiaron» en «todo tiempo ellos, e sus erederos». En esta línea, el párrafo último de esta ley nos da buena muestra del servilismo que normalmente acompañaría a estos fiadores respecto de sus señores: «E todo fiador para ser de derecho deve avuer vasallos solariegos en el logar do son diviseros anos ados (el señor que vende), o en otros logares, por quel pueda preñar a aquel quel rescivió por fiador, para aver derecho dél.» Con lo que se dio, en suma, una responsabilidad de carácter real sobre su persona y sus labriegos, en el caso de que el fiador no pudiese pagar. Aunque, de este modo, se evitaba el enfrentamiento, de posibles consecuencias más cruentas, entre los fijosdalgos.

La Ley 10, por su parte, recoge otra clara influencia de Derecho romano: «Ningún ome non aya poder de vender, ni enagenar nin de empeñar, nin dar erencia de padre, nin de madre, nin de otro pariente alguno fasta que lo erede, e el que lo comprare, nol-vala.» *Del Tít. 2 del Libro 4*: «De los otores que fueren en Castiella», destacar, simplemente, el seguimiento que sus leyes hacen de la tradición romana acerca de algunos de los requisitos de la obligación de garantizar contra la evicción. En este sentido, la Ley 1 contempla el requisito de la notificación de la demanda del vendedor o fiador. La Ley 2, con la terminología tan propia de Castilla, recoge la obligación del vendedor de defender en juicio de venta realizada: «Todo ome que demanda a otro cumprimiento de saneamiento, deve *redrar* (defender y responder en juicio) fasta año e día de todo ome que demandare, e de año e día adelante no deve sanear»; salvo de «parientes cercanos, o de algunos, que no fueron en la tierra».

Con ello pasamos al Libro 5, en donde se continúa esta dispersa ordenación de nuestro objeto de estudio. De su *Tít. 2*: «De las erencias, e de como los erederos deben pagar las debdas», destacar solamente la notable Ley 3. El primer párrafo de ella establece el límite mínimo de la legítima de los hijos de este Fuero: «Que ereden lo suo de cinco sueldos en arriba.» A continuación reconoce la responsabilidad solidaria, y del tenor del texto ilimitada, de los hijos respecto de la deudas de la herencia: «E deve el muerto debda manifestada a otro ome, aquel a quien deve la debda, puede preñar qualquier de los fijos, e cojer la debda si fallare en que.» Pero si uno de los hijos pagó la deuda del padre, o de la madre, rige con claridad meridiana una de las aplicaciones básicas del principio de igualdad en la comunidad hereditaria: «E aquel fijo que pagare la debda, puede mandar a los otros herederos, que le ayuden a pechar aquella debda,

quel pagó por suo padre, *pues eredaron suos bienes también como él.*» El último supuesto de la ley viene a remediar la anterior responsabilidad «*ultra vires hereditatis*». El expediente, a modo de un «*beneficium abstinendi*», tiene el siguiente tenor: «Mas quando morir el padre, o la madre, si el hijo o los hijos, que fueren, vieren que al algo del suo padre es tan poco, que notan más las debdas, que deve, deven llamar testigos vecinos de aquella parrocha, onde eran vecinos el padre, e la madre, e en conceio pregonado deve decir así: nuestro padre, e nuestra madre son finados, e nos tenemos, que lo que nos él deja que non es tanto, que nos podiesemos pagar las debda, e hacemos ende a vos testigos.»

Pero donde más propiamente se regula la partición de la herencia es en el *Tít. 3* de este Libro 5: «De las particiones; e de que anchura deven ser las carreras.» Tiene todo este título la generalidad de un Derecho común. En ninguna ley se haya contemplado el estatuto singular de los «*fijosdalgos*» o «*ricos-omes*». Con ello, la observancia de la tradición de Derecho romana «*vulgar*» es completa en nuestro objeto de estudio.

La Ley 1 contempla el derecho de todo hombre a pedir la partición de los bienes: «Todo ome que demandare particion a padre, o a madre, o a ermano, que finea tenedor de los bienes del padre, o de la madre, de mueble, o de eredat, si dijier el padre, o la madre o aquel ermano, que tiene los bienes, que a llevado partición de todo, o parte dello del mueble, que pruebe con dos testigos derechos, e si fuer de eredat, develo probar con cinco testigos de la parrocha dó eran el padre, e la madre vecinos, si dijier, que an dado precio del mueble, o de la eredat, o de todo, que lo prueba con vecinos de la parrocha como dicho es.»

La Ley 5 contempla la responsabilidad proporcional en las cargas de la herencia como un requisito necesario, previo a la partición: «...cualquier que sea caveçalero del finado, deve decir: pues partir queredes, dad recabdo, que ansi como queredes particion de los bienes, que pague cada uno sua parte de las debdas, e en la manera, que fico, ansi como es fuero; e si pagar non pudiere luego, los canceleros devenle dejar partir, a echar suertes, e echadas las suertes, deven prender la suerte de aquel, que non quisier pagar, fasta que pague el la sua suerte, o que dé fiador, que la pague, ansi como es fuero.» La Ley 11, al hilo de la tradición de Derecho romano, establece una excepción a la generalidad del hecho de partir, por razón de la integridad económica del objeto: «Logar, molino, nin forno no se deven partir», pero sí se puede repartir: «Las rentas de cada año, como an la eredat.» Lo mismo es aplicada a la imposibilidad material de dividir: «Arbol que ayan los omes demancomun no se deve partir, mas deven partir el fruto del arbol.» Por último, la Ley 14, reconoce el derecho a partir el término común de «dos Viellas que

son faceras», a través de la «piertega medida» (unidad de medida llamada «decempada» o «pértica» por los romanos).

Con el estudio del Fuero Real concluimos nuestra exposición ilustrativa acerca de esta primera fase de la recepción de la tradición de Derecho romano.

Aunque este Fuero represente, también, un último reducto de conservación y defensa de las instituciones germánicas, no por ello debemos dejar de pensar, tal y como venimos defendiendo, que en gran parte de su ordenación, y especialmente en nuestra materia de estudio, se abandonó la tradición de Derecho romano que fue observada en anteriores Códigos. Ya que en gran medida fue, precisamente, esta tradición la que sirvió de instrumento válido para paliar «los muchos males y daños que ocasionaba el juzgarse por fazañas, é por adverdrios de partidos de los homes, é por usos desaguisados sin derecho».

Entrando en el meollo de nuestra investigación dos notas o características generales podemos adelantar acerca de la aportación de este Fuero a nuestro objeto de estudio. La primera de ellas es un abundamiento, a nuestro criterio sistemático, dado que, pese a la fecha de su promulgación (1252-1255) la reflexión jurídica (siempre respecto de nuestro objeto de estudio) que subyace en su legislación respondió al movimiento no académico que los rodamientos de esta tradición vulgar de Derecho romano impuso. La segunda de ellas nos lleva a distinguir su notable aportación. En este sentido, no obstante, la veracidad de nuestra primera nota o característica general, la aportación de este Fuero es muy notable como complemento del fragmentario derecho recogido por anteriores Códigos en su conocimiento respecto de la tradición de Derecho romano. Principalmente constatable en su Tít. 4 del Libro 3: «De las labores, e particiones.» Al margen de este factor, portador de una casuística más amplia del Derecho, también se observa de forma relevante una mayor perfección en el estilo y exposición de las leyes. Lo que lleva en numerosos casos a un despierto adelanto en la concreción técnica del Derecho, sirva de ejemplo la regulación a la que será objeto la responsabilidad por evicción en su título 10 del mismo Libro: «De las vendidas y compras.» Sin embargo, todos estos logros no deben confundir nuestros esquemas, dado que, a decir verdad, está falto de la sistemática y eclosión dogmática que aportará la recepción culta de la tradición de Derecho romano en Códigos posteriores.

El anterior título citado, que abre en este Fuero la regulación de la partición nos recuerda, desde sus términos, la ordenación rural que el Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo establecía al respecto: «De las particiones, e de las tierras arrendadas.» De ahí que gran parte de su desarrollo sea susceptible de ser documentado con interesantes referencias a los anteriores Códigos estudiados.

Así, su Ley 2 —«En qué manera deben partir los herederos la heredad que heredasen»— guarda su precedente en la Ley 11 del Tít. 3

del Libro 5 del Fuero Viejo, y parcialmente en la medida que el desacuerdo de los herederos es un obstáculo a la partición, en la Ley 3 del Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo. Su disposición es la siguiente: «Si algunos herederos, o compaleros, hobieren alguna cosa de consumo que no se pueda partir entre ellos sin daño, así como sierto, ó bestia, ó forno, ó molino, ó lugar, no puedan constreñir los unos á los otros que partan: más avenganse de verderlo á alguno de sí, ó á otro, ó sortearla entre sí con apreciamiento de otras cosas si las hobiere, ó de dinero: é si en esta guia no se pudiere a venir, arriendenla, é partalan entre sí.»

El precepto contempla, con una ejemplificación más completa que la de la Ley del Fuero Viejo, los supuestos de imposibilidad material de partición de un objeto o de grave perjuicio para su integridad económica. A diferencia de la Ley del Fuero Viejo que imponía el deber de no partir, la presente ley admite nuevos procedimientos que presuponen un resultado de partición. Todos ellos conllevan la inspiración de los antecedentes del Derecho romano y representan buenas ofertas para hacer viable la partición de todos los bienes de la herencia. Ante el fracaso de éstos, el párrafo último de la ley conserva la calma y mejora la única salida posible: «repartir las rentas o productos», aconsejando su no explotación por los «pocos avenidos herederos o compañeros» a través del arrendamiento (44).

La Ley 8 —«Como la división fecha entre los herederos vale, aunque no haya Escritura, é no se puede desfacer»— tiene su precedente más claro en la Ley 2 de Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo, con los mismos antecedentes de Derecho romano que en aquel lugar expusimos. Su disposición atiende al siguiente tenor: «La partición que facieren los hermanos, ó los parientes de aquellos que heredan, no sea desfecha por ninguna manera: maquer no haya y escripto, é puediere ser probado por testimonias: y esto debe de ser de los que son de edad cumplida: ca si por ventura alguno de aquellos que parten, ó resciben parte, no fuere de edad, maquer sea fecha la partición, quando fuere de edad, si algún engaño falláre en la partición, bien la puede desfacer si quisiere.»

La solución que presenta la primera parte de esta ley continúa la tradición manifestada en los Cuerpos legales anteriores en pro de la conservación y validez de la partición realizada. La concepción recibida del influjo romano acerca de la transitoriedad e incomodidad del estado de indivisión produce sus frutos exceptuando a la partición de los requisitos formales de todo contrato. Las «testimonias» continúan siendo la mejor prueba de la veracidad de la partición realizada. Recordemos en este punto la matización de la Ley 1 del Tít. 3 del

(44) Concuerdas con esta ley, la Ley 10, Tít. 15, Partida 6, aunque otorgando más facultades al arbitrio judicial.

Libro 5 del Fuero Viejo respecto al número de testigos, «dos testigos de derecho» o «cinco testigos de la perrocha» según se tratase de la partición de la madre de mueble o de toda la heredad, respectivamente. La segunda parte de la ley constituye toda una auténtica aportación de este Fuero que completa la causística de nuestro Derecho histórico producto, sin duda, de un mejor conocimiento de la tradición romana. «La *restitutio in integrum*» concedida al coheredero que «no fuera de edad» constituye toda una excepción al criterio general contemplado en la primera parte de la ley (45). En esta misma línea de aportaciones de este Fuero debemos destacar, como se incluye en su Ley 5 del Tít. 10 del Libro 3, la rescisión de la venta por lesión de más de la mitad del justo precio: «Ningún home no pueda desfacer vendida que faga, por decir que vendió mas su casa, maquer que sea verdad, fuera ende si la cosa valia quando la vendió *más de dos tantos* de por quanto la dió: ca por razon bien debe desfacer toda la vendida si el comprador no quisiere cumplir el precido derecho» (46).

La Ley 12 —«Como debe valer la partición que ficieren los mejores herederos, aunque los menores contradigan»—, tiene su precedente y, a su vez, los antecedentes de Derecho romano en la antigua Ley 3 del Fuero Juzgo: «Que la partición que ficieren los mayores e los meiores que la deven tener los menores.» Su disposición clarifica técnicamente el tenor de esta última. Su finalidad no va dirigida en principio, tal y como admitíamos también para la Ley del Fuero Juzgo, a cuestionar el propio derecho a partir ni tan siquiera a evocar la imposibilidad material o económica de división de los bienes hereditarios, reconocida en otras leyes particularmente, su objeto gira en torno a la conveniencia de división, y la forma de ésta, cuando sobre algunos bienes o cosas de la herencia, divisibles en sí, concurren una pluralidad de herederos: «Si muchos herederos fueren an algunas cosas que se pudiesen partir, é los unos quisieren partir, é los otros no, lo que los mejores ficieren partiendo vala.» La disposición de la ley en favor de los «mejores» puede ser entendida, en nuestra opinión, con la amplitud que establecía la antigua Ley 3: «Lo que ploquiere á lo más, é á los meyores.» El recurso que compete a los «menores», es decir, a los menos y con menor participación en las cosas a partir, es la «razón derecha» en la demostración de los perjui-

(45) Es, a su vez, la primera causa de rescisión por lesión que se contempla de forma autónoma en nuestro Derecho histórico: «Si algún engaño fallare.» (Como antecedente del artículo 1.073 y siguientes del Código civil). Por otra parte, de este estadio alcanzado se iniciará toda una rica evolución tendente a garantizar las formalidades a observar cuando en la partición esté interesado un menor (artículo 1.060 del Código civil). En este sentido, el puente de unión de la tradición romana con nuestros antecedentes históricos parece ser la «*restitutio in integrum*».

(46) La Ley 7 del Título 4 del Libro 5 del Fuero Juzgo; «De las cambias é de las vendiciones», no preveía la rescisión de la venta: «si alguno dize que vende una cosa por menos precio que non valie».

cios para la integridad económica de las cosas que se derivarían de su partición (47).

La última ley que nos interesa del presente título, la Ley 13 —«Como después de la fecha la partición entre los herederos, si alguno la quebrantare, que pene meresce»— guarda también una estrecha correspondencia con el Fuero Juzgo en su Ley 5: «Si algun omne crebanta la partición que es fecha, ó toma la parte del otro.» La solución, en ambas leyes, para el que quebranta la partición hecha es idéntica: «Si alguno dellos la quebrantare, é la parte el otro entráre (ó toma de lo aieno alguna partida), tanto pierda de lo suyo quanto tomáre de lo ajeno.»

Sin embargo, la importancia de estas leyes para nosotros no está en su coincidencia o proximidad, sino que en base a la expresividad de estos términos la ordenación superior de un Código posterior, las Partidas, hará posible la primera referencia técnica a la obligación de los coherederos a garantizarse recíprocamente contra la evicción: *Ley 9, Tít. 15, Partida 6*, «como deuen dar recabdo los unos a los otros, de fazer sanas las cosas que cupieren en parte a cada uno». Del papel central de esta Ley de Partidas en otro campo de nuestra investigación nos ocuparemos muy pronto. Baste, en este momento, destacar como la concepción de la evicción materializada en estos expresivos términos: «*Como quebrantamiento de la partición, o como entrar y tomar parte de lo ajeno o del otro*», responden, magistralmente, a la valoración latina con que los juristas romanos expresaron las consecuencias producidas por la evicción de algún bien adjudicado.

Del Tít. 6 del Libro 3 del Fuero Real, «De las herencias» (48), referirnos, solamente, a la disposición de dos de sus leyes. La Ley 8 reconoce el derecho a partir del hijo que, muerto el padre o la madre, «no fuere en la tierra». En este caso, el hijo que alejado de la tierra de sus padres regrese a los bienes de éstos no podrá ser echado por el hermano que «fuere y tomare los bienes» de la herencia. Aunque ésta habrá de tener un solo tenedor hasta que se efectúe la partición. Por su parte, la Ley 10 de este título, dispone cómo se deben partir los bienes cuando uno muere sin manda: «Partan igualmente los hermanos, así en la heredad del padre, como de la madre, como de los parientes que son en igual grado. E otrosí mandanos, que el que muriese sin manda, é no dexáre fijos ni nietos, e dexáre abuelos de padre, é de la madre, el abuelo de parte de padre, herede lo que fue del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fue de la madre: é si él había hecho alguna ganancia, ambos abuelos hereden de consumo igualmente.»

Por último, para concluir nuestro comentario a las leyes del Fuero Real, dejar constancia de otra valiosa aportación del mismo: una ma-

(47) Concuerda con esta ley la Ley 10, Tít. 16, Partida 6.

(48) Corresponde en la Nueva Recopilación a su Título 20 del Libro 10.

yor precisión técnica en la exposición del derecho. En nuestro objeto de estudio esta aportación la podemos ver reflejada, aunque bajo la referencia del Tit. 10, del mismo Libro: «De las vendidas y compras», en un mejor tratamiento de la obligación de defensa del vendedor. Así, en su Ley 7, se dispone: «Todo home que alguna cosa vendiere á otro, sea tenuto de la defender con ella á derecho, quando quier que viere que alguno gela demandáre, si el comprador gelo dixere: é si el comprador por sí respondiере en el Juicio no lo haciendo saber al vendedor, ó no quisiere venir á oír la sentencia, si fuere vencido no se pueda tornar á aquel que la vendió.» Este amplio margen del plazo concedido por la notificación de la denuncia, referencia genérica «al juicio o al fallo judicial», hará posible, a su vez, una mayor precisión del momento procesal válido para la notificación en la Ley 32, del mismo título, de la Partida 5: «Fasta que los testigos sean abiertos.»

Como hemos podido observar, el influjo de esta tradición de Derecho romano, que por el modo de su concepción hemos denominado de «vulgar», se hizo patente en el Derecho histórico analizado. Con ello no pretendemos negar la lógica influencia de las instituciones germánicas en el tratamiento de numerosas cuestiones, así como al peso específico del catolicismo como germen en la aspiración de un Derecho nacional. Sin embargo, amén de que dentro de un contexto general la preminencia de la tradición romana en el campo del Derecho sucesorio se produce, en gran medida, merced a la no siempre bien estimada relevancia del Derecho canónico, es en el campo de esta tradición de Derecho romano donde se hace posible una primera ordenación del instituto de la partición, así como de las reglas fundamentales que la desarrollaron.

Nada mejor para concluir esta recepción que recordar los versos de Virgilio en una referencia de Donato recogida por Jainsi Vicentii Gravinae en su *Originium Juris Civilis*: «Distulerant citae Metium in diversa quadrigae.» El verso relata la espantosa descuartización del joven Metium al partir, en direcciones opuestas, las veloces cuádrigas. No obstante, llevado el texto al terreno jurídico, hace referencia a la loable aspiración de la propiedad personal como la más plena pertenencia de las cosas, a través del reparto «noble» de los bienes hereditarios.

La tradición de Derecho romano culta o «boloñesa»

La recepción en el siglo XII de la tradición que aquí tratamos supuso para Occidente el punto de encuentro con el renacimiento clasicista del Derecho romano que con anterioridad Justiniano había asegurado en su «Corpus Iuris» (siglo VI). Su repercusión en el ámbito del Derecho nos llevaría cuando menos a reconocerle toda la vitalidad

necesaria que hizo posible una nueva configuración y alcance del mismo. Con extremada brevedad podemos señalar, en líneas generales, cómo al amparo de esta tradición se consolida la instrumentalización científica de la técnica romanística como factor imprescindible a la práctica del Derecho. También, por otra parte, la autoridad de esta tradición sustentará una nueva forma de estudio y conocimiento del Derecho a través de las Universidades. En ambos hechos hay que destacar la colaboración inestimable de la Iglesia de cara a la romanización del Derecho. Pero, sobre todo, el logro más deslumbrante merced a esta tradición llegará de la mano de los glosadores boloñeses en su interpretación y elaboración dogmática que principiará una nueva concepción del Derecho sin fronteras: el «*ius commune*».

En estas líneas introductorias resulta difícil reflejar, siquiera, los síntomas generalizados que acompañarán a nuestra Legislación Antigua tras el bebedizo cultural de esta académica recepción. No obstante, nuestra aportación a la mejor comprensión de nuestro objeto de estudio nos mueve a aventurar una suerte de características que estimamos oportunas para una mayor inteligencia de posteriores desarrollos.

Sobre la base de que el Cuerpo legal que más propiamente reflejó, como heraldo fiel, esta insigne recepción fue nuestro Código de Partidas, podemos señalar los siguientes hechos relevantes:

a) Producto de un mejor y más amplio conocimiento de las fuentes romanas será una superior ordenación del Derecho al servicio de una más rica causística con la que formular nuestro Derecho histórico. Con independencia de los ya estudiados progresos y avances del Fuero Real, la sistematización de Partidas se presenta, en nuestro objeto de estudio, con una superioridad notoria. Especialmente si tenemos en cuenta que es en este Código cuando se contempla por vez primera la regulación de la forma y requisitos tanto del testamento como de la división «*parentis inter liberos*», Ley 7, Tít. 1, de la Partida 6 (49).

(49) Efectivamente, si reparamos en el tenor de la Legislación Antigua ya analizada nos daremos cuenta que las personas legitimadas para solicitar y llevar a cabo partición son, principalmente, «los hermanos», Ley 2, Tít. 1, Libro 10 del Fuero Juzgo; «*Todo home, que demandare partición a padre, o a madre, o a ermano*», Ley 1, Tít. 3, Libro 5 del Fuero Viejo, y los «*propios herederos*», Ley 13, Tít. 4, Libro 3 del Fuero Real.

En realidad, si nos alejamos de las posibilidades que ofreció la técnica jurídica de Roma: sin el cauce procesal de la *a.f.er.*, sin la valiosa intervención del Juez con su «*officium iudicis*», y sin una «*adiudicatio*» como título independiente de la adquisición singular del heredero; veremos lógico que el órgano natural de la voluntad del «*cuius*», o de la ley, sea el mismo heredero, a cuya conciencia y custodia se confía dicha ejecución o partición. No obstante, como bien decimos, este ámbito de legitimación para la realización de la distribución de los bienes hereditarios se ampliará por la Ley 8 de Partidas, merced al conocimiento de aquellas posibilidades por esta nueva recepción. En este sentido, esta ley es la sucesora directa de textos tan notables como los anteriormente citados en el estudio del Derecho romano, entre otros: la Constitu-

b) Consecuencia de lo anterior será, también, una notable ventaja en la exposición y concreción técnica del Derecho. Sin perjuicio de volver a ello más adelante, todo el Tít. 15 de la 6.^a Partida está impregnado de estas notas. Así, resulta fácilmente constatable la mayor precisión lograda tanto en la utilización de los términos como en la descripción de los distintos supuestos y soluciones. La definición de la Ley 1, la claridad en la exposición de los diferentes casos de las Leyes 2 y 3 o la expresividad jurídica «fazer sanas» de la Ley 9 son, entre otras, buenas muestras de lo afirmado.

c) Pero, sobre todo, habrá que admitir, sin perjuicio de las matizaciones que sean necesarias, que en nuestro objeto de estudio el texto de Partidas se hará cómplice de la actividad creadora de los glosadores al asumir planteamientos y decisiones derivados de la elaboración dogmática de éstos en su construcción del «*ius commune*». Esta característica, ausente en la normativa de la legislación anterior, nos aporta una valiosa pista para poder descifrar el enigma que nosotros hemos localizado en la antinomia existente entre D. 31, 77, 8 (o los antecedentes de Derecho romano estudiados) y el párrafo último de la Ley 9 del Tít. 15 de la Partida 6.

El texto de Partidas es el mejor exponente de la denominada recepción culta o «boloñesa».

Sin embargo, esta afirmación que a nosotros nos parece acertada, en los términos de nuestro objeto de estudio, podría merecer los calificativos de exagerada, o claramente desafortunada, si olvidándose nuestras concretas pretensiones la relacionasen con la valoración que merece el protagonismo histórico de este texto en pro de la consolidación de un Derecho nacional. Especialmente, si tenemos en cuenta la prodigiosa síntesis histórica de don Federico de Castro que conceptúa dicho protagonismo al servicio de un derecho real, reflejo de un «*ius propium*», emancipado del llamado Derecho común: «En este respecto no puede hablarse de una recepción del Derecho romano ni de la glosa italiana; *hay sólo una españolización de disposición y doctrinas y un reconocimiento —en parte excesivo— de la superioridad de la técnica romanística... Así, España crea su versión independiente del “ius commune”*» (50).

Ante tan tamaña dificultad que nos presenta este contexto doctrinal, nosotros, conscientes de nuestra modesta argumentación, no renunciamos a defender la sistemática seguida en la certeza de su validez para la mejor comprensión de nuestro objeto de estudio. Queda claro que no está en nuestro ánimo el planteamiento de una visión unitaria del texto de Partidas, ni el desvelo en el esclarecimiento de

ción de Diocleciano y Maximinod en G. Ley 3, Tít. 36, Libro 3; la de Gordiano en la Ley 10, del mismo título y libro del Código, o las Novelas 18 y 57, capítulos 4 y 3, respectivamente, de Justiniano.

(50) En *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pp. 144 y ss.

los intereses superiores a los que sirvió. Entre la aseveración del gran maestro y la consideración de este Código como una copia del Derecho romano, o de la glosa italiana, media un gran abismo que nosotros pretendemos salvar, para nuestro objeto de estudio, con un estudio pormenorizado de sus leyes.

El resultado de nuestra investigación tendrá validamento no ya para inquietudes acordes con el momento histórico de este Código, sino, por el contrario, para los intereses de una correcta interpretación de los artículos del Código civil, ya que el papel que jugó dentro de los antecedentes patrios lo sitúa como uno de los más cualificados (51).

Por último, antes de acometer el examen de las leyes de Partidas, anotar que trabajamos gustosamente en la versión dada por el comentarista más ilustre y autorizado de este Código, Gregorio López. Aparte de su consustancial labor de corrección, la erudición vertida en sus glosas («glossa magna») resulta del todo imprescindible para obtener una ajustada interpretación de los antecedentes y motivos de sus leyes.

Nuestro objeto de estudio se haya principalmente regulado en el Tít. 15 de la 6.^a Partida. Aunque no podamos, tal y como sería nuestro deseo, atender a un estudio particularizado de cada una de las leyes que componen este título, el comentario que realizaremos de sus leyes más interesantes será suficientemente orientativo de la influencia de la recepción culta. Así, de la simple exposición de sus leyes, seremos testigos de un notable progreso en el mejor orden y claridad del Derecho. De la ilustración de las glosas tomaremos conciencia acerca del profundo estudio de las fuentes romanas (Digesto y Código de Justiniano, sobre todo), que sirvió de base tanto para la ampliación de la causística como para su formulación técnica. Aunque desde un legítimo punto de vista histórico estos antecedentes de Derecho aprovechen para documentar mejor las peculiaridades, o soluciones propias y diferenciadas, de algunas leyes de este título, para

(51) Sobre todo en atención al seguimiento, en líneas generales, que GARCÍA GOMENA hizo de este Código a la hora de fundamentar y concordar numerosos preceptos del Proyecto de 1851. Particularmente, la disposición de la Ley 9 del Título 15 de la Partida 6 indicará plenamente en preceptos tan notables como los siguientes: *Artículo 917 del Proyecto*: «Hecha la partición, quedan obligados los coherederos entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas o les cupiere en suerte» (precedente de nuestro actual artículo 1.069 del Código civil). *Artículo 918 del Proyecto*: «La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario» (precedente del número 1 del actual artículo 1.070 del Código civil). *Artículo 23 del Proyecto*: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 y 918» (precedente de nuestro actual artículo 1.075 del Código civil). *Artículo 899 del Proyecto*: «Cuando el difunto hizo 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» (precedente del párrafo 1.º del actual artículo 1.056 del Código civil).

nuestra investigación tendrán especial repercusión, aparte de todo lo dicho, por demostrar la ruptura o el abandono de estos antecedentes en la disposición contenida en una de las leyes de mayor importancia para nuestro estudio, párrafo último de la Ley 9.

El Tít. 15 de la 6.ª Partida reza del siguiente modo: «De como deue ser partida la herencia entre los herederos, después que fueren entregados della. E otrosi, de como deuen anojonar las heredades, quando contienda acaesciese entre ellos en esta razón.» El proemio dedicado a este título tiene el siguiente tenor: «Entregados seyendo los herederos de la heredad, e de los bienes del finado, acaesce muchas vegadas *desacuerdo* (1) entre ellas, por razón de las cosas que son apoderados todos comunalmente, porque por fuerza *han de venir a partición* (2). Onde pues que en los títulos ante deste fablamos de como deuen ser apoderados los herederos en los bienes de aquellos a quienes heredan, queremos aqui dezir, como los deuen partir entre si. E mostrar, que cosa en esta Partición. E que proviene de ella. E quien son aquellos que la pueden demandar. E quien. E quales cosas pueden partir. E quales non. E en que manera deue ser fecha la partición. E de si diremos, e mostraremos, que poder ha el Juez, ante quien viene a pleyto los herederos en razon desta partición.»

Como podemos constatar, la simple exposición de las cuestiones a tratar denota ya una clara superioridad respecto de los planteamientos de anteriores Cuerpos Legales. Asimismo, Gregorio López remite todo este Título 15, de forma general, al más genuino de los procedimientos de división que podríamos encontrar en los antecedentes de Derecho romano: «*Familiae erciscundae, in summa.*»

Ambos datos no son, como ya hemos advertido, producto de un azar caprichoso, sino que, por el contrario, obedecen, en gran medida, a los influjos de la recepción. En este contexto, la glosa (1) destinada a la mejor comprensión del frecuente «desacuerdo» que surge entre los herederos por razón de las cosas comunes, responde a los siguientes antecedentes. En primer lugar, Gregorio López asume la concepción molesta y transitoria que la situación de comunidad mereció para el Derecho clásico, en los siguientes términos: «*Communio solet excitare discordiam.*» A continuación, sustenta la validez de su afirmación en base a la autoridad de estos textos: *L. in communi, ff. de servit. urban. praedior;* *L. cum pater, dulcissimis, ff. de legat. 2;* y *L. si non sortem, si centum, ff. de conduct. indebiti.* La primera cita corresponde a D. 8, 2, 26 (Paul 15 Sab.), y cobra un perfecto sentido en la cita de Gregorio López en los siguientes términos: «*In re communi nomo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo ninus alter faciat: nultienim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit...*» (Trad.: En una cosa común ninguno de los copropietarios puede, sin consentimiento del otro, hacer algo en razón de servidumbre sobre cosa propia. Así, por las contiendas sin

que se originan, suele llegarse a la división de la cosa común. Reparemos en la similitud que se da entre esta última parte del fragmento y el propio texto de Partidas.

La segunda cita corresponde a D. 31, 77, 20 (Pap. 8 resp.), especialmente a su último párrafo: «Cum discordis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare» (Trad.: El fragmento, una vez cantadas las buenas disposiciones del testamento, dice: «Ya que el testador deseaba evitar las discordias entre parientes que suele excitar el pábulo de la copropiedad»). Fijémonos aquí en la coincidencia de esta última frase del fragmento con la máxima anterior de Gregorio López.

La última cita corresponde a D. 12, 8, 26 (4) (Ulp. 26 ed.), y tiene el siguiente tenor: «Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcelo libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, enim invitus compellitur ad communionem) sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur» [Trad.: Si debiendo 100.000 sestercios pensando que debía 200.000, pague con un fundo que vale 200.000, escribe Marcelo, 20 D., que compete la repetición, y que perdura la estipulación de 100.000. Aunque se estimó procedente que el pago de una cosa en lugar de una cantidad produjera la liberación del deudor, sin embargo, si se paga, por error en la cuantía de la deuda, una cosa que vale más, no se produce una confusión de parte de la cosa con la cantidad debida (porque nadie puede ser forzado a la copropiedad), sino que perdura la condición por la cosa integra y la obligación entera, pero el terreno se retendrá hasta que se pague la cantidad debida].

La glosa (2) comenta la situación última a la que lleva la comunidad en los términos, casi proféticos, «de venir a partición». Aparte de lo ya referido en las fuentes aportadas por la glosa (1), especialmente D. 8, 2, 26 (Paul. 15 Sab.), Gregorio López alude a la L. fin. ff. Famil. ercis. El texto se identifica con D. 10, 2, 57 (Pap. 2 resp.): «Arbitro quoque accepto frates communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio perempto non dixerit, si non intercedat aetatis auxilium (aún habiendo aceptado el árbitro, hacen los hermanos un acto de afecto fraterno dividiendo por su consentimiento la herencia común, la cual división no puede revocarse, aunque el árbitro no hubiere pronunciado la sentencia por haberse anulado la controversia, a no ser que mediara el beneficio de menor edad). Este pasaje puede ser citado en virtud de múltiples facetas, por ejemplo, el contemplar uno de los casos (dentro de la causística de las fuentes) en donde, de forma excepcional, se admitió la rescisión de la división realizada: la «restitutio in integrum» en favor del menor perjudicado

por la división convencional (privada) o por la judicial. No obstante, el valimento para Gregorio López reside en la propia conveniencia (excelencia) de la división realizada por los hermanos que evita la división judicial: «Divisio quae procedit de fratum concordia, laudatur.» De todos modos, la validez de este razonamiento no es susceptible, a la luz de los antecedentes analizados, de extrapolarse al Derecho romano donde, como ya vimos, la división arbitral («actio familiae erciscundae») tuvo distinto alcance y contenido que la regulada por Partidas, Ley 10 de este título.

La Ley 1 contempla: «Que cosa es partición, e que pro viene della» en los siguientes términos: «Partición es departamento que fazen los omes entre si, de las cosas que han *comunalmente* (1), por herencia, o por otra razón. E viene ende *grand pro* (2), quando es fecha derechamente. Ca se tiran por ella *desacuerdos* (3) muy grandes, que nascen entre los omes a las vegadas, por razon de las cosas que han de so uno; e tiense cada uno por pagado con su parte, quando la ha, e aliñala mejor, e aprovechasse mejor, e mas della.»

Aunque recordemos el sabio consejo de Javolengo acerca del pasar efímero de toda definición en el campo del Derecho civil (D. 50, 17, 202), no podemos por menos de asombrarnos de la ejemplaridad de esta definición respecto de los balbucesos de nuestra anterior legislación Antigua. En efecto, el nuevo estilo (percibido ya en el proemio de este Tít. 15) se desarrollará puntualmente en las sucesivas leyes en pro del mejor orden y claridad del derecho que permita, a su vez, concretar y precisar todas las cuestiones que interesaron en este período histórico.

Las glosas de esta ley continúan la instrumentalización de la tradición culta del Derecho romano. Así, en relación con el término «comunalmente», que aparece ya en el proemio, sobre la base de: «Nam ubi non est communio, non habet locum divisio», se recoge como antecedente a la Ley «sed si forte, ff. de rebus eorum». El texto corresponde a D. 27, 9, 6 (Ulp. 2 de omn. trib.): «Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usum fructum, magis est, ut cesset haec pars orationis, quae de divisione loquitur: nulla enim communio est» (Trad.: Si uno tiene la nuda propiedad de un fundo y otro el usufructo, es más cierto que debe aplicarse esta parte del discurso imperial que trata de la división, pues no hay copropiedad). La cita, en este caso incompleta, cobra sentido si la relacionamos con el último párrafo del pasaje anterior a éste; D. 27, 9, 5 (16): «Communia praedia accipere debemus, si pro indiviso communia sint: ceterum si pro diviso communia sint, cessante oratione decreto locus erit» (Trad.: Debemos entender por predios «comunes» *los que son proindiviso*, pues si hay división, cesa la aplicación del discurso imperial y tiene lugar el decreto de «autorización de venta») (52). La glosa (2) dedica-

(52) Como antecedente del artículo 392 del Código civil.

da a los términos «Grand pro» contiene una gran profusión de citas: L. in hoc iudicium, si convenient, in fin. ff. commun. divid; L. si ancillam, si pater, ff. pro suo; L. cum putarem, ff. famil. ercis, y L.I.C. communia utriusq. iudicii. La primera cita corresponde a D. 10, 3, 14 (2) (Paul. 3 Plaut.): «*Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet*» (Trad.: *Si se conviene que en manera alguna se haga la división, es evidentísimo que semejante pacto no tiene fuerza ninguna; pero si es dentro de un determinado tiempo, lo cual aprovecha también a la calidad de la cosa misma, el pacto es válido. El pasaje, utilizado por nosotros para documentar los antecedentes acerca de la irrenunciabilidad del derecho de partir, contiene en el contexto de las citas expuestas de Gregorio López, un sentido reforzativo del aserto ya enunciado «de venir a partición». En este sentido, cualquier pacto que hiciera ilusoria la posible concurrencia de los comuneros, a la partición sería ilícito. La segunda cita corresponde a D. 41, 10, 4 (1) (Pomp. 32 Sab.): «*Si pater cum filiis bona quae habebat partitus sit ex ea causa post mortem patris ea teneant, quod inter eos conveniret, ut ea divisio rata esset: usucapio his procedet pro suo in his rebus, quae alienae in bonis patris inveniuntur*» (Trad.: Si un padre que ha repartido con sus hijos los bienes que él tenía y, después de morir el padre, ellos lo retienen en razón de que habían convenido entre sí mantener aquella división, procede a su favor la usucapación «como propio» en aquellos bienes que, siendo ajenos, se hallaban entre los del patrimonio paterno).*

El pasaje se hace acreedor de una modesta aclaración para la correcta interpretación de su alcance. Pensemos que el supuesto de hecho refiere el caso en el que el padre, a través de actos inter-vivos divide su herencia entre sus hijos. La eficacia de ésta se despliega desde el momento de su muerte. Los hijos, por otra parte, no refuerzan en el campo del «ius civile» dicha división, por ejemplo, con el apoyo de una «actio familiae erciscundae» que la ratificase, por «haber convenido» mantener entre ellos la división del padre. No obstante, su «usucapio pro herede» se mantiene (incluso sobre los bienes que no pertenecían al patrimonio paterno) en base a la concurrencia de la fuerza del «supremi iudicii divisio» del pater y a la legitimación de sus títulos de herederos. Los términos «como propio», que aparecen en el texto, califican a la posesión que sirve de base a la usucapación de los herederos como de una «possessio» civil, es decir, como la posesión que le es propia a los propietarios. De ahí que estos términos, dado el tenor de este Tít. 10 del Libro 41, del Digesto: «Pro suo», sirva para distinguir este tipo de posesión de la causa que la justicia, en este caso, la delación hereditaria («pro herede»). Pues bien, si atendemos a esta breve aclaración nos percataremos del sentido y oportunidad de esta cita en la glosa de Gregorio López. Ya

que con ella se nos hace saber que la división, en definitiva, permite un «provecho» para los herederos como es la usucapción «como propio» de los bienes hereditarios.

La tercera cita corresponde a D. 10, 2, 36 (Paul, 2 quaest.) y la cuarta a la Ley 1 del Tít. 38 del Libro 3, del Código de Justiniano. Ambos textos pueden ser comentados conjuntamente en atención al sentido de sus citas para la mejor comprensión de los consabidos términos «grand pro» de la Ley de Partidas. El primero de ellos responde a un abundante desarrollo; no obstante, su exposición puede hacerse de forma sucinta en las siguientes palabras. Paulo se plantea el supuesto en el que una persona, creyendo que otra es su coheredero, le demanda con la acción de partición de herencia. Ante dicho error, el Juez de la división realiza las correspondientes adjudicaciones y condenas, respectivamente, necesarias para llevar a buen término dicha división. La pregunta es: conocida la verdad del asunto, ¿competará recíprocamente la condición o la reivindicatoria?, ¿o acaso hay que decir una cosa respecto al heredero y otra distinta al que no lo es? Paulo, elegantemente, responde: «Si el heredero universal había aceptado la acción de partición de herencia y, hechas las condenas, hubiere pagado la cantidad, como pago a causa de cosa juzgada, no puede repetirlo como indebido.» Ante la confusión que despierta esta aseveración en el pensamiento de su interlocutor (dado que no hay juicio de partición de herencia si las partes no son herederos) añade: «Con todo, aunque no haya juicio, basta para impedir la repetición “como indebido”, que alguien se crea judicialmente condenado. Y ello, incluso para el caso de que ninguno de los dos fuese heredero y hubiesen aceptado la acción de partición de herencia como si lo fuesen.» Sin embargo, y aquí es donde toma sentido el texto en la genérica cita de Gregorio López, «si se hubiesen dividido los bienes sin intervención del Juez, puede decirse que compete también la condición de aquellos bienes que se cedieron a quien el que era heredero creyó que era coheredero, *porque no se entiende que hubo “transacción”* entre ellos por haber creído que era coheredero» («*non enim transactum inter eos intellegitu, cum ille coheredem esse putaverit*»). De esta forma, en la referencia a la división como susceptible de producir una especie de transacción entre los coherederos, hallamos un provecho o beneficio de aquélla, pues evita, al igual que la mencionada «transacción», un posible juicio.

El tema de la cuarta cita, Ley 1, Tít. 38, del Libro 3 del Código, es hartamente conocido por nosotros: «*Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit.*» (Trad.: Se determinó que la división de los predios haga las veces de compra.) El texto lo hemos utilizado tanto para documentar las diversas opiniones doctrinales acerca de la naturaleza de la partición, como para sostener nuestra argumentación sobre dicha naturaleza en el Derecho romano. Sin perjuicio de volverlo a traer a colación para futuras cuestiones podemos sostener

que, dentro de la orientación que le hemos dado a la cita anterior de Gregorio López, tendría aquí el sentido de reforzar esos efectos provechosos de la partición de cara a la adquisición de la propiedad de los herederos respecto de los bienes adjudicados, «como si de una compra se tratase». Con lo que no sólo evita el juicio, sino que también posibilita la adquisición de la propiedad. Sin embargo, aunque éste sea el sentido de estos dos textos en relación con los términos de la Ley 1, tenemos que reparar ya, en este momento de nuestro comentario, de cómo estos dos textos y otros que veremos más adelante, denuncian una nueva y diferente concepción del convenio de división que servirá a una propia elaboración dogmática de los contratos innominados. Sin que esto suponga adelantar nuestro comentario al párrafo último de la Ley 9, esencial para nuestra argumentación, podemos constatar la similitud existente en la evolución jurídica del convenio de división y de la «transactio». Este fue un «convenio» de renuncia a la acción a cambio de entregas efectivas o promesas formales, que pudieron ser recíprocas. A su vez, para el Derecho clásico, la transacción no fue más que un pacto que el Derecho postclásico (al igual que el convenio de división) incluyó en la categoría general de contratos innominados, sancionados con una «*actio praescriptis verbis*». A partir de aquí, la construcción dogmática de los glosadores y comentaristas del Derecho común será esencial para entender las consecuencias derivadas (especialmente, las proyectadas sobre la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia) de una propia y peculiar elaboración de los contratos innominados. Por su parte, la Ley 1 del Código será reinterpretada en pro de una concepción conmutativa y traslativa del convenio de división a semejanza, sobre todo, con la permuta.

Pero al margen de todo este importante proceso evolutivo, hay que detenerse en el estudio de la precisión alcanzada por esta ley. La disposición refiere las excelencias de la partición «quando es fecha derechamente». La principal consecuencia de este obrar derechamente viene reflejado en el último párrafo de la ley: «E tinese cada uno por pagado con su parte.» Este «expresivo» efecto solutorio de la partición «buena» puede ponerse en relación con cuestiones y antecedentes ya estudiados. En este sentido, la posible evicción de un bien adjudicado en la partición quiebra la eficacia solutoria de ésta. Legítima a quien sufre la evicción para sentirse «no pagado» y, en definitiva, significa la abrogación de todo lo dicho acerca del principio de igualdad entre coherederos. Por otra parte, este obrar derechamente en la partición es una llamada, también, en pro de la solución de las posibles consecuencias negativas que se derivan del mismo hecho de partir, es decir, de las precauciones y garantías necesarias para llevar a buen término el estado de división. Como dirían los elegantes juristas romanos, sin el peso de una influencia moralizante cristiana, la partición de herencia debe hacerse de forma «conveniente» o «ajus-

tada», lo que significa que de igual forma los herederos deben responder reciprocamente de estos riesgos para evitar los posibles daños o perjuicios (53).

Para concluir con el comentario a esta ley, la glosa (3) dedica sus esfuerzos, una vez más, a destacar los «desacuerdos» que surgen en el estado de indivisión. El aserto de Ambros, en Lib. de Abraham, capítulo 3, lo dice todo: «Divide, tu potius maneat amicitia; indivisa domus duos non sustinet.»

La Ley 2 va destinada a resolver: «Quienes son aquellos que pueden demandar partición, e a quien; e quales cosas pueden partir, e quales non, e en que manera.» Su disposición es la siguiente: «Cada uno de los *herederos* (1) que ha derecho a heredar los bienes del finado, puede demandar a los otros que lo parten entre si. E pueden *ser partidos* (2) estos bienes, según manda el testador en su testamento, quando lo fizo; o si murio sin manda, deuen partir la herencia del, segun dizen las leyes que fallan en esta razón, en *los títulos* (3) son puestos de suso. Pero si en los bienes del testador fueren falladas algunas *cosas malas* (4), assi como *ponçoñas* (5), o malas yeruas, o dañosas *malezinas* (6), o libros o escrituras de *encantaciones malas* (7), o otras cosas de aquellas que son defendidas que non usen los omes dellas, no las deuen partir entre si; ante dezimos, que las deuen quemar, e *destruyr* (8). Otrosi, si fallaren en los bienes de la heredad algunas cosas que fuessen mal ganadas, assi como si aquel que las gano, fue ome que recibio, o tuvo su poder algunas rentas del Rey, e *furto algo dellas* (9), o si furto, o robo, o forço a otro ome alguna cosa, o lo gano de *usura* (10), non lo deuen partir entre si los herederos; ante dezimos, que *deuen tornar* (11), e dar estas cosas atales a aquellos cuyas fueren, o a los que lo suyo ouieren de heredar. E si non supieren ciertamente, cuyas fueron estas cosas que fuessen assi ganadas, entonces se deuen *dar por Dios* (12); porque el anima de aquel que assi las gano, *no sea penada por ellas* (13).»

La disposición de esta ley comienza por reconocer, en armonía con los beneficios y proyectos que derivan de la partición, el derecho irrenunciable a partir. Ello no solamente concuerda con los antecedentes del Derecho romano, sino también con el tenor de otros Cuerpos legales anteriores a Partidas: en este sentido las leyes, ya estudiadas, 1 y 2 del Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo; las leyes 1, 2 y 5 del Tít. 3, del Libro 5 del Fuero Viejo de Castilla, y las Leyes 2 y 8 de los Tít. 4 y 10 del Tít. 5 del Libro 3 del Fuero Real. No obstante, la superioridad técnica del texto de Partidas, producto

(53) Simplemente queremos hacer referencia a la interrelación que se da entre el término utilizado por Partidas «derechamente» y la palabra de inspiración cristiana «directum», reflejo de una concepción moralizante, «la conducta que sigue el camino recto». En contraposición al significado culto del término «ius», como lo justo, es decir, conforme al orden judicial socialmente admitido.

de esa recepción culta, se manifiesta desde el mismo comienzo de esta Ley. Así, en la glosa (1) respecto del término «herederos», se traen a colación los siguientes antecedentes. En relación al derecho de partir con el heredero declarado pródigo se recuerda, aunque como texto «singulare», la L. ex castrensi, in princ. ff. de castrensi, pecul. (D. 49, 17, 18); Maec. 1 fideic. Dicha referencia cobra un perfecto sentido en el fragmento (2), trad.: «Así pues, negaremos que el padre pueda enajenar su propiedad en una acción divisoria, si el hijo está vivo, como ocurre con la enajenación de un predio de la dote por el marido, en tanto vive su mujer; pero ni siquiera vale el acto cuando el copropietario le demanda con la divisoria de propia iniciativa, *lo mismo que si se hubiera demandado al que ha sido privado de la administración de sus bienes a causa de su prodigalidad.*»

En relación al menor de 25 años y su derecho a partir se cuenta con el apoyo de los siguientes textos: a) L. Lucius, ff. famil. ercis. El texto corresponde a D. 10, 2, 38, pr. (Paul, 3 resp.). Trad.: «Lucio y Ticia, hermanos emancipados por su padre, siendo menores, tenían unos curadores, los cuales suministraban a cada uno las cantidades comunes percibidas como rentas “de unos predios de ambos”. *Posteriormente dividieron todo el patrimonio.*» b) La L. inter pupillos, ff. de auctor. Tutor. El texto corresponde a D. 26, 9, 20 (Scaev, 10 dig.). Trad.: «Entre unos pupilos se hizo la división de la herencia paterna, en presencia de su tutor, pero sin firmar éste la escritura de división: se preguntó si deberían atenerse a ella. Respondió: *si el tutor hubiese interpuesto su autoridad, no hay que dejar de atenerse a la división por el hecho de que no la hubiese firmado.*»

Aunque también hay que tener en cuenta la L. I ff., de rebus eorum. El texto corresponde a D. 27, 9, 1 (Ulp. 35 ed.) y cobra sentido en el fragmento (2) «in fine». Trad.: «En virtud de un discurso en el senado del emperador (Septinio) Severo, se prohíbe que los tutores y curadores vendan los predios rústicos o suburbanos... (no obstante) *si la cosa es común y el socio “del pupilo” pidiera la división, o si un acreedor de su padre que recibió el predio en prenda exigiera realizar su derecho, dispongo que en nada se altere el derecho anterior.*»

Por último, en relación con este respecto al derecho de partir se hace referencia, también, a la L. si convenerit, ff. pro socio. El texto corresponde a D. 17, 2, 14 (Ulp. 30 Sab.) pero completa su sentido en los pasajes 15 (Pomp. 13 Sab.) y 16 (del mismo Ulp.). El punto de partida es la siguiente afirmación: «Si se hubiese convenido entre los socios que no se divida la cosa común durante un cierto tiempo, no parece haberse convenido no abandonar la sociedad.» Pero qué ocurriría si se convino que no se disolviese: ¿valdrá acaso? La respuesta de Pomponio no puede ser otra: «*Este convenio sería nulo, pues aunque no se conviniese, si se renuncia intempestivamente a la sociedad se da la acción de socio, y si se convino no abandonar la*

sociedad en cierto tiempo, y se renuncia antes, puede haber una razón para la renuncia.» En esta elegante respuesta podemos observar cómo se legitima la renuncia a la sociedad incluso ante la existencia de un convenio de no división por un cierto tiempo. La validez de la causa (hecho anterior que justifica otro posterior) de dicha renuncia impedirá la posible indemnización derivada de una renuncia injustificada. Fuera del caso meridiano del cumplimiento de la condición bajo la cual contrató el socio, nos encontraríamos con los supuestos siguientes: a) caso del socio molesto y perjudicial que no sea fácil de tolerar; b) la ilicitud del objeto de la sociedad en consideración al objeto con que se emprendió el negocio (pasaje 15), y c) la obligación, contra su voluntad, del socio que debe ausentarse largo tiempo por causa de una gestión pública (pasaje 16, principio).

Siguiendo con el comentario de esta Ley, la glosa (2) al hecho de poder partir. La referencia a los antecedentes corresponde a D. 10, 2, 2, en su proemio (Ulp. 19 ed.); trad.: «Por la acción de partición de herencia se divide una herencia, ya sea deferida la herencia en virtud del testamento, ya abintestado, ya en virtud de la Ley de las Doce Tablas, ya de otra ley o senadoconsulto, o también de una constitución.» Consecuentemente con esto la glosa (3) se refiere tanto al título testamentario como al abintestato. No obstante, como ya habíamos dicho, el presente pasaje de esta ley de Partidas contempla la ampliación de los legitimados para hacer la partición (respecto de los Cuerpos legales anteriores) al admitir, particularmente, el «testamento parentis inter liberos»: «E pueden ser partidos estos bienes, segun manda el testador en su testamento.» Con anterioridad, la Ley 7, Tít. 1 de la sexta Partida, había regulado conjuntamente tanto el testamento como la «divisio parentis inter liberos». Por su parte, la importante Ley 9, del presente título, en su párrafo último, regulará la eficacia de ambas divisiones de cara a los supuestos de evicción y de lesión.

La segunda parte de esta ley se ocupa de precisar qué cosas no deben ser partidas. En primer lugar estarían las que denomina «cosas malas» (glosa 4). Su antecedente se localiza en la L. 2 de *Familiae erciscundae*. Concretamente en D. 10, 2, 4 (1) (Ulp. 19 ed.). La enumeración de estas «cosas malas» coincide básicamente con las del pasaje del Digesto: «malos fármacos y venenos, y libros de reprobada lectura, como los de magia y otros semejantes». La Ley 17 del Tít. 5 de la quinta Partida, nos aclara que «las ponçoñas, o yeruas, o venino o otra cosa mala son aquellas con que pudiesse ome matar a otro comiéndola, o beuniendola» y, consecuentemente, las excluye también como posibles objetos de compra y venta. Salvando de esta exclusión las especias, que aun teniendo esta naturaleza, las usan los hombres en sus medicinas, haciéndolas buenas al mezclarlas con otras cosas. Entre los libros de reprobada lectura («De encantaciones malas») la glosa (7) ejemplifica los de «*artis magicae*» y «*sortilegiorum*».

La solución ofrecida por el texto de Partidas, aunque más ejemplar, «las deuen quemar, a destruir» concuerda con el consejo del pasaje del Digesto: «Ya que todas estas cosas deben de ser destruidas.» No obstante, cabe apreciar ciertas diferencias entre ambos textos de cara, precisamente, a la firmeza de esta solución. Así, mientras que, como es lógico, la Ley de Partidas se dirige en estos términos imperativos a los herederos que son los ejecutores de la partición, el pasaje del Digesto se dirige tanto al Juez de la división (el que la lleva a cabo) como a los herederos (destinatarios de la división). En este sentido, la disposición del Digesto no resulta tan imperativa como la de Partidas. Así, en Digesto, se empieza por admitir que los malos fármacos y venenos se incluyen en la acción de partición, pero se precisa que «el Juez de la partición no debe en manera alguna intervenir en estas cosas, ya que debe desempeñar el ministerio de hombre recto e inocente». Con lo que el Juez cumple con su obligación dividiendo las cosas lícitas del resto, basta con que las desconozca, o conociéndolas, no las incluya en la división. De ahí que la solución del Digesto se dirija, principalmente, al ámbito personal de los herederos como advertencia o consejo acertado. Por contra, lo absoluto de la afirmación de Partidas no admite ninguna excepción, ni aun en el ámbito personal y reservado de los herederos.

En segundo lugar, la Ley de Partidas excluye de la partición las «cosas que fuesen mal ganadas». Su antecedente es el fragmento (2) del anterior texto de Ulpiano: «Pero si se hubiese adquirido alguna cosa por medio de malversación de fondos públicos, despojo sacrilego, robo, atraco o asalto, tampoco esto se dividirá.» En la correspondencia entre el citado antecedente y el texto de Partidas precisar, solamente, dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a la inclusión entre las cosas «mal ganadas» del dinero proveniente de la usura (glosa 10), la consecuencia de ello es que este «logro o aumento» no lo pueden partir entre sí los herederos. Este resultado, facilitado progresivamente por nuestra legislación antigua, muestra una clara diferencia o peculiaridad de nuestro Derecho respecto de los antecedentes de Derecho romano. La disposición se justifica, más que en cualquier otro argumento, en una exigencia de la moral cristiana que nuestra legislación asume (54). No obstante, el comentario de esta glosa gira

(54) La moral cristiana impregnará, de forma progresiva, su reprobación a la usura en nuestra Legislación Antigua. De esta forma, frente a la permisividad de la usura en las leyes 8 y 9 del Tit. 5 del Libro 5 del Fuero Juzgo, «de la usura del dinero» y de la «del pan, vino, aceite u otra cosa de tal manera», respectivamente; el Fuero Real reaccionará de forma enérgica, a propósito del estamento judío, en las leyes 5 y 6, del Tit. 1 del Libro 4: «Judío ninguna fagal empréstido a usura, ni en otra manera sobre cuerpo de Christiano ninguno, y el que lo ficiere, pierda quanto diere sobre él...»; «Ningún judio que diere á usura, no sea osado de dar más caro de tres maravedis por quatro por todo el año: é si mas caro lo diere, no vale: é si mas tomare, tornelo todo doblado... y si esto también en Moros, como en Judios, como en Chris-

en torno de la licitud de la partición como cauce de transferencia de la propiedad del dinero proveniente de la usura. Independientemente de la repetición de este dinero por la actio «per conditionem indebiti» o por la «per conditionem ex canone, de usuris» se cuestiona el alcance mismo del antecedente más directo: L. bona quaecunque, C. famil. ercis. El texto corresponde a la Ley 8 del Tít. 36 del Libro 3 del Código de Justiniano: Idem A. Telesphoro. «Bona, quaecunque tibi sunt communia cum fratre tuo ex hereditaria successione patris vel matris, cum eodem familiae erciscundae iudicio experiens, ut dividantur, impetrabis (243).» (Trad.: «Ejercitando contra el mismo la acción de partición de herencia, logrará que se dividan *cualesquiera bienes que, procedentes de la sucesión hereditaria de tu padre o madre, te son comunes con tu hermano*».)

La interpretación restrictiva de estos «cualesquiera bienes» lleva al texto de Partidas a excluir de la partición el dinero proveniente de la usura con la recriminación moral propia de la época como si fuesen «cosas mal ganadas». Frente al tenor permisivo, aunque ciertamente descriptivo de D. 10, 2, 4 (2), que no lo contempla entre las cosas adquiridas que no pueden ser objeto de división. Nuestra legislación posterior abundará en mayores términos al respecto, como la Ley 1 del Tít. 22 del Libro 12 de la Nov. Rec., que calificará a la usura como «pecado muy grande, prohibido por la ley natural y divina, como cosa que pesa mucho a Dios, y porque vienen daños y tribulaciones a las tierras».

La segunda cuestión, como desarrollo de la anterior, impone a los herederos el deber de devolver estas «cosas mal ganadas» a sus legítimos propietarios y, en su caso, a los herederos de éstos. Ello contrasta, a simple vista, con la lacónica disposición del anterior pasaje del Digesto que, referida al «officium iudicis», prohíbe incluir estas cosas en la división. La glosa (11) apoya este deber genérico de «tomar» todas estas cosas así ganadas, con la L. quod enim, ff. pro socio. El texto corresponde a D. 17, 2, 54 (Pomp. 13 Sab.); trad.: «Lo que un socio hubiese aportado procedente de delito no debe recuperarlo más si hubiese sido condenado.» Observemos cómo tampoco en el presente pasaje se da una condena explícita a la usura. Del tenor del último párrafo de esta Ley 2, las glosas (12) y (13): «Se

tianos, como en todos aquellos que dieren á usuras.» Esta legislación restrictiva alcanzará prohibiciones tan absoletas y ejemplares como la de la Ley 1 del Tít. 23 del Ordenamiento de Alcalá: «La cobdicia es rais de todos losmales, en tal manera que ciega los coraçones de los cobdiciosos... que cualquier Christiano, ó Christiana de cualquier estado, o condición que sea, que diere a usura, *que pierda todo lo que diere, o prestare*, é sea de aquel, que lo rescivió prestado, *e que peche otro tanto como fuere la quantia que diere a logro* la tercera parte para el acusador, é las dos partes para la nuestra Camara.» Como podemos observar, se sanciona de la forma más grave (pérdida de capital) tanto la usura como el logro. La Novísima Recopilación seguirá esta misma línea.

deuen dar por Dios; porque el anima de aquel que assi las gano, no sea penada por ellas», sobra cualquier comentario en esta sede, habida cuenta de su finalidad redentora.

La Ley 7 de este título dedica su regulación a «Quales de los herederos deuen tener los preuillejos, e las cartas de la herencia, quando el testador non lo ouisse mandado». El tenor de su disposición es el siguiente: «Preuillejos, o cartas seyendo falladas en los bienes del finado, si los herederos fueren muchos, aquel las deue tomar en fieldad, que *mayor parte* (1) ouiere en la herencia. E otrosi deue dar traslado dellas a los otros herederos, e mostrarles el original dellas, quando menester les fuere. E si los herederos eguales en las partes de la herencia, aquel las deue tomar en fieldad, que *fuere mas honrrado* (2), e *mas anciano* (3), e de mayor fama. Pero si muger fuere entre ellos, maguer sea mas honrrada, o de mas alto lugar que los varones, por esso no las deue tomar, mas alguno de los varones. E si fueren eguales en las partes de la heredad, e en honrra, e en las otras cosas, entonces deuen echar suertes, qual dellos las terná; e aquel a quien cayere la suerte, las tenga, e de traslados dellas a los otros. E si acaesciese, que non acuerden en fazer esto, entonces dezimos, que las deue meter en fieldad en Sacristia de alguna Iglesia, que las guarden fasta que sean auenidos.»

Esta disposición de Partidas resulta interesante por diferentes motivos. En primer lugar, dentro de la mayor claridad y precisión que atribuye esta recepción culta, el texto de Partidas regula una cuestión novedosa respecto de la legislación anterior. No obstante, la expresión «mayor parte» presenta un interés adicional ya que no fue desconocido por esta legislación anterior. En segundo lugar, el texto, aunque mantiene la tradición de Derecho romano, aporta una serie de particulares propios de nuestra legislación. Por último, y en la medida razonable de su relación, este texto se sitúa como precedente de nuestro actual artículo 1.066 del Código civil. En relación a la primera cuestión, la glosa (1) localiza el antecedente de este avance jurídico en la L. si quae sunt. cautiones, ff. famil. ercisc. El texto corresponde a D. 10, 2, 5 (Gai. 7 ed. prov.); trad.: «Si hay documentos hereditarios, el Juez debe procurar que queden en poder del que sea heredero de la mayor parte, y que de los demás se saque una copia cotejada, interponiéndose caución de que serán exhibidas cuando el caso lo exigiere. Si todos fueran herederos por partes iguales y no se convinieran entre ellos en poder de quien deban quedar preferentemente, tienen que echarlo a suertes, o se ha de elegir, por unanimidad o mayoría, un amigo en cuyo poder se depositen, o deben de ser depositadas en el archivo público.» Del presente pasaje se deduce que dos son los criterios prioritarios. El primero, y preferente, la mayor participación en la herencia; el segundo, si todos tuvieren igual participación, la negociación. Los criterios subsidiarios de este último son, con carácter alternativo: el sorteo o la elección de un

amigo (bien por unanimidad o por mayoría). El último criterio, necesario si fracasan los alternativos, es el del depósito de dichos documentos hereditarios en el archivo público.

Los antecedentes patrios acerca de los términos «mayor parte», nos muestran cómo esta expresión viene a sustituir, dada su identidad de significados, a la anteriormente utilizada, tanto por el Fuero Juzgo como por el Fuero Real, que hacía referencia a los herederos «meiores» o «mejores». La diferencia entre estos textos y el de Partidas radica en los distintos supuestos regulados. Mientras que en éste se utiliza como criterio para solucionar la tenencia de los documentos hereditarios, en los anteriores —Leyes 3 y 12, respectivamente— se le requiere como criterio de solución frente a los distintos pareceres que acontecen cuando concurren muchos herederos en algunos bienes que se pueden partir (ambas leyes han sido analizadas en la exposición de estos Cuerpos legales).

La glosa (1) completa su cita de antecedentes con la L. Pomponius, ff. eod. El texto corresponde a D. 10, 2, 8, pr. (Ulp. 19 ed.); trad.: «Escribe Pomponio que si a uno sólo de los herederos se le hubiesen prelegado las cuentas de la herencia *no se le han de entregar antes de que los coherederos hayan sacado copia.*» El cual apoya la autoridad de la presente Ley de Partidas en ordenar el «traslado de los documentos originales» a los otros herederos para su información y documentación, cuantas veces necesario fuera.

Nuestra segunda cuestión, en las facetas o puntos interesantes de esta ley, hacía referencia a las particularidades que respecto a estos antecedentes podíamos observar. En este sentido, si bien es cierto que en principio se mantiene el criterio preferencial de la mayor participación del heredero, muy pronto, supuesto de una igual participación, se altera y se corrige la ordenación establecida por el pasaje del Digesto. La reforma sacrificará la racionalidad del criterio de la negociación, la oportunidad del criterio del sorteo o el talante comicial de la elección, por una suerte de criterios cumulativos más acordes con la moral cristiana del momento. Así, aparecen los criterios de la «honradez» (glosa 12, de «dignori praeferendo»), de la «ancianidad» o el de la «mejor fama». Pero quizá donde con mayor claridad se muestra el profundo cambio en la valoración de las circunstancias y condiciones de la persona sea en la peyorativa situación de la mujer. En este aspecto se le niega la posible tenencia de los documentos aunque «sea más honrada o de más alto lugar que los varones».

El criterio de la suerte aparece en el Texto de Partidas como subsidiario de los anteriores criterios cumulativos. A su vez, el criterio del depósito en el archivo público recibe su correspondiente homologación con el depósito en la sacristía de alguna iglesia.

El texto, por último, es interesante como precedente de nuestro artículo 1.066 del Código civil.

García Goyena, en el artículo 912 del proyecto de 1.851, siguió

el criterio romano respecto de los instrumentos de las fincas o finca adjudicadas o divididas entre diversos herederos: «Cuando en un mismo título estén correspondidas fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola, pero dividida entre dos o más, el título hereditario quedará en poder *del mayor interesado* o en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes a costa del caudal hereditario. Si el título fuere original deberá también aquel en cuyo poder quede exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren.» En su comentario señala cómo nuestro artículo precisa mucho mejor la obligación del poseedor de los títulos (facilitar copias fehacientes) respecto del tenor del párrafo 2 del artículo 842 del Codex francés: «Que el poseedor de los títulos *ayude* a los otros interesados cuando sea requerido.» Posteriormente, indica los antecedentes de Derecho romano haciendo la salvedad de que éstos preveían, también, los criterios a seguir en los instrumentos comunes a toda la herencia (expone los criterios ya vistos del pasaje del Digesto), siendo su criterio, en armonía con el pasaje, partidario del acuerdo de los coherederos, y a falta de éste, de su depósito en una escribanía a expensas de todos ellos. Sin embargo, se equivoca paladinamente al afirmar que «la Ley 7 de Partidas copió a las leyes romanas». Tal es así que, pese a que el anteproyecto del Código civil (1882-1888) reproduce, prácticamente, el artículo 912 del proyecto en su artículo 1.083 (elimina, solamente, la referencia «hereditaria» que acompañaba al término, título), el definitivo artículo 1.066 del Código civil presenta una inequívoca redacción emparentada con la susodicha Ley de Partidas: «Si el interés fuere igual, el título *se entregará al varón*, y habiendo más de uno, *al de mayor edad*.» De ahí, su más que dudosa constitucionalidad.

La Ley 10 se plantea «que poderio ha el Juez, ante quien vienen a pleyto los herederos en razón de la partición». El fragmento que nos interesa tiene el siguiente tenor: «Poderio ha el Juez ante quien pidieren la partición los herederos, de la manda fazer en la manera que el entendiere que *sea mas guisada* (1) e mas a pro dellos. E porrende, quando el viese que alguna cosa, *o viña* (2) que deuia ser partida entre ellos, *se menoscabria mucho* (3) por fazer muchas partes della, bien puede mandar que la aya todo el uno, *o los dos* (4). E puede fazer obligar, a aquel, o aquellos que la ouieren, que den por su parte a cada uno de los otros tantos marauedis, quanto el asmare (5) que podrian valer las suas partes, que auian en aquella casa, o en aquella viña, si partida fuesse. Esso mismo deue fazer en las cosas que son atales, que se non pueden partir segun natura guisadamente, assi como cauallo o otra bestia; ca deuelo apreciar, quanto vale, e darlo al uno, e mandarle, que segund aquel apreciamiento, que de su parte a cada uno de los otros en dineros; e los herederos son tenudos de fazer lo que les el Juez mandare en esta razón.» Independientemente de la naturaleza de la partición judicial, que analizaremos con mejores elementos de juicio en la opinión de los comenta-

ristas, el texto responde a un notable avance jurídico que armoniza, en gran medida, los postulados de nuestra legislación. Fijémonos, al respecto, cómo la partición judicial no vino contemplada en la legislación anterior. En este sentido el buen término de la partición quedaba confiado a la esfera legítima de los coherederos que, no obstante, contaron con una serie de criterios a seguir. Así, la Ley 3, Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo establecía, como ya hemos dicho, el criterio conjunto «de lo que ploquiere á los más (a la mayoría), é á los mayores (a la mayor partición en la herencia)». El Fuero Real, en su Ley 12, Tít. 4 del Libro 3, aclaraba y perfeccionaba el desarrollo de la Ley del Fuero Juzgo, con los siguientes términos: «Si muchos herederos fueren en algunas cosas que se pudieren partir, lo que los mejores ficieren partiendo vala.» Se eliminaba el requisito de la mayoría y se salvaguardaba el derecho a los «menores» (menor partición hereditaria) si estos «mostraban razón derecha porque no deba valer».

Fuera de estos criterios acerca de la oportunidad de partir o de la forma de llevarla a cabo, los supuestos de grave quebranto de la integridad económica del bien o de su imposibilidad fáctica de división, encontraron una pronta y aceptable regulación en la Ley 11 del Tít. 3, del Libro 5 del Fuero Viejo de Castilla: «Logar, molino, nin forno no se deven partir...» El desparpajo del Fuero Real mejorará, una vez más, el tenor de ésta en su Ley 2, del mismo título y libro: «Si algunos herederos, ó compañeros, hobieren alguna cosa de consumo que no se pueda partir entre ellos sin daño, así como siervo, ó bestia, ó formo, ó Molino, ó Lugar, no puedan constreñir los unos á los otros que partan...» En estos supuestos no se admitía el criterio de la mayor participación, sino los de la venta, sorteo o arriendo. Pues bien, ante este estadio de nuestra legislación el Texto de Partidas, hermanado en cuanto mayor precisión se refiere con los antecedentes romanos, contempla el recurso a la partición judicial como solución más ajustada a los pareceres encontrados de los coherederos, fuera ya del despotismo interesado que establecía el criterio de los «mejores».

La glosa (1), dedicada al buen hacer del Juez (en la manera que él entendiere que será más guisada) nos introduce en los antecedentes tenidos en cuenta para la autoridad del texto. El primero de ellos es la L. item Labeo, I ff. famil. ercisc. El texto corresponde a D. 10, 2, 22 (1) y (3), principalmente (Ulp. 19 ed.); trad.: «El Juez de la partición puede adjudicar a muchos una misma cosa... pero también puede, mediante subasta, adjudicar la cosa a uno sólo. También cuando adjudica los fundos podrá imponer alguna servidumbre...» El segundo antecedente es la L. antepenult. ff. famil. ercisc. El texto corresponde a D. 10, 2, 55 (Ulp. 2 ed.); trad.: «...y si la división fuera tan difícil que parezca casi imposible, puede el Juez imponer toda la condena sobre la persona de uno sólo, y adjudicarle todos los bienes.» El último antecedente viene en la cita de la L. si quis putans,

officio, ff. commun. dividun. El texto corresponde a D. 10, 3, 6 (10) (Ulp. 19 ed.); trad.: «Por ministerio del Juez puede hacerse la adjudicación de manera que a uno adjudique el fundo y al otro el usufructo.»

En suma, los antecedentes invocados por Gregorio López nos muestran una de las potestades que llevaba implícita el cargo del «*officium iudicis*» en la división: «Llevar a buen término tanto el pago como el cobro de las porciones hereditarias» (D. 10, 2, 3). Resultado que, por otra parte, debía de ser «justo y equitativo» respecto de las porciones, así como útil y provechoso para los coherederos. Lo que, indudablemente, representaba tener en cuenta los pareceres y preferencias de éstos (D. 10, 3, 21). Por su parte, el texto de Partidas se refiere tanto a la manera que el Juez entendiere más guisada como a la manera más provechosa para los coherederos (e mas a pro dellos). No obstante, como veremos con más detalle posteriormente, si esta facultad del ministerio del Juez resulta claramente asumida de los antecedentes romanos, lo que no resultará de esta guisa será, precisamente, la potestad central del «*officium iudicis*»: la «*adiudicatio*» judicial como título constitutivo e independiente de la adquisición singular del heredero.

El resto de la disposición del texto de Partidas contempla la observancia por el Juez de los consabidos supuestos de grave quebranto de la integridad económica de la cosa, o de la imposibilidad fáctica de partir. Así, ya al final de la glosa (1), «Mas guisada», se reprueba la actitud de aquellos malévolos y pésimos herederos que, sin motivo justificado, se empecinan en dividir por «sulcos o particas» corrompiendo el patrimonio hereditario. La glosa (42), «Casa o viña», en esta misma línea, observa la imposibilidad de partir caballo o buey, y respecto a la nave recoge un aserto que nos recuerda, poderosamente, la fuente literaria de Macrobio, Saturn. 2, 6, 2, que ilustra elegantemente los términos «*sine damno*» de D. 30, 26, 2 (Pomp. 5 Sab.) con las siguientes palabras: «Naven si dividis, nec tu nec socius habebis.» La glosa (4), «o los dos», y la (5), «quanto el asmare», refieren sus antecedentes al Código de Justiciano. Así, la L. Ad. Afficium arbitri (Ley 3 del «*Communi dividundo*») establece: «Que quando algún campo, o cada uno de ellos no puede ser dividido en regiones entre los condueños, se adjudiquen, *hecha la justa estimación*, haciéndose recíprocamente la compensación del precio, y siendo condenado a favor de los demás aquel al que le toca la cosa de mayor precio, *admitiéndose a veces a la licitación también un comprador extraño*, principalmente si uno de los condueños confesara que para llegar al justo precio no puede vencer con su dinero al que en la licitación ofrece menos.» La L. 2 de «*communi dividundo*» insiste en que: «El mismo presidente de la provincia conocerá de la división de las viças entre tú y el acreedor de tu hermano, y mandará que él te restituya, habiendo recibido el dinero de *cuanto hubiere determinado que vale la parte de tu hermano*, aquella parte que recibió de

tu hermano, o, *estimada tu parte*, transferirla al acreedor de tu hermano, habiéndose dado el dinero de aquello en que la hubiere estimado». La glosa (5) confía esta «aestimatio» al arbitrio del Juez o a los peritos elegidos por él.

Para concluir nuestro comentario a esta interesante Ley de Partidas queremos observar su importancia como precedente, principalmente, de los *artículos 1.059 y 1.062 del Código civil*. En relación con el artículo 1.059 del Código civil hay que tener en cuenta que García Goyena se apartará de la tradición de Partidas (posibilidad de recurrir a la partición judicial cuando los herederos no se entendieren en el modo de hacerla) con el criterio novedoso del artículo 902 del Proyecto que, no obstante, recordará a lo establecido en la legislación anterior de Partidas, Fuero Juzgo y Fuero Real. El tenor de dicho artículo es el siguiente: «Cuando el difunto no hizo la partición ni cometió esta facultad a otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del artículo 893 (libre administración y disposición de los bienes) y están presentes, podrán de *común acuerdo o mayoría absoluta*, partir la herencia en el modo y forma en que convenga judicial o extrajudicialmente.» El artículo 903 del Proyecto remitía esta mayoría a lo preceptuado en el artículo 1.153, es decir, la mayoría de los herederos concurrentes que representen las tres quintas partes del total hereditario. Esta solución, ante el difícil logro del consumo entre los herederos, primaba el criterio de la prepotencia de la mayor participación. De forma parecida a lo «que ploquiere a los más, é a los mayores» del Fuero Juzgo, o simplemente a los «mejores herederos» del Fuero Real (aunque García Goyena no se percate de estos antecedentes).

El resultado, a la luz del propio artículo 903 del Proyecto, era que solamente quedaba abierta la vía del recurso a los tribunales cuando algún heredero se creyese agraviado por la forma con que esta «mayoría» llevaba a cabo la partición, sin perjuicio de que ésta siguiera adelante hasta que judicialmente se dispusiera otra cosa. En suma, se desconocía lo absoluto del derecho a partir de cada coheredero que no conoce de mayorías de participación o de concurrencia, sino que, por el contrario, sienta su base en el «convenio» como única vía posible de excluir la facultad de recurrir a la partición judicial.

Afortunadamente, aunque de forma casual respecto de nuestros antecedentes patrios, el artículo 1.076 del Anteproyecto del Código civil (1882-1888) en su concordancia con el artículo 952 del Anteproyecto belga (Laurent) restablecía la paridad perdida con el Proyecto de 1851, al disponer: «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, se hará judicialmente, conforme a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.» El texto definitivo de nuestro artículo 1.059 simplemente precisa que: «Quedaré a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.» Con lo que si

no se logra el convenio (ausencia de una partición practicada por los coherederos) y el testador no se ha hecho la partición, no hay contador-partidor, se podrá recurrir al procedimiento de la Ley adjetiva.

En relación con el artículo 1.062 del Código civil, la observancia de nuestros antecedentes patrios resulta menos tortuosa que la vista en el artículo anterior. En este sentido, García Goyena contempló lo sustantivo del vigente artículo en el artículo 909 del Proyecto: «Cuando por ser una cosa indivisible, o porque desmerecerá mucho en la división, no pueda guardarse la igualdad en los lotes o adjudicación según el artículo anterior, podrá adjudicarse a uno con calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los coherederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.»

En su comentario a este artículo cita correctamente algunos antecedentes del Derecho romano, no así respecto de la legislación anterior a Partidas, que omite. Precisamente creemos que, en parte por esto, interpreta desafortunadamente la Ley 10 de Partidas. Para él esta ley viene a recoger los anteriores antecedentes romanos «salvo que no dispone que se proceda a la venta, sino que deja al propio arbitrio del Juez la adjudicación de la firma por entero a uno de los coherederos y que dé por su parte a cada uno de los otros lo que el Juez asmare que podían valer dichas partes». Evidentemente esta interpretación no es correcta con el sentido de la Ley de Partidas interpretado según las glosas (4), «o los dos», y (5), «queanto el asmare», que como hemos visto mantienen la vigencia de los antecedentes romanos, principalmente Leyes 2 y 3 del G. commun. divid., con lo que aparte del testimonio expresivo de la Ley 2 del Fuero Real «mas avenganse de venderlo», la Ley de Partidas admite la licitación como un medio más para llevar a buen término la finalidad de la partición. De ahí la interpretación en sentido amplio que merece la frase: «E los herederos son tenudos de facer lo que les *el juez mandare* en esta razón.» Razón que no es otra que hacer posible de la manera que él entendiere más guisada (con los medios a su alcance) la partición de estos bienes que tan tamañas incomodidades presentan para su división. El resultado es que no era necesario, tal como hace el ilustre autor, recurrir al artículo 827 del «Codez» francés para justificar la licitación en el articulado del Proyecto. Por otro lado, el tenor del vigente artículo 1.062, corrige la desorbitada referencia del artículo 909 del Proyecto al objeto de que «no pueda guardarse la igualdad en los lotes o adjudicación». Su omisión resulta justificada pues, más que un problema, el mantenimiento de la igualdad en las adjudicaciones es una cuestión técnica que afecta al modo o forma de la partición. De todos modos, el artículo 1.061 del Código civil (artículo 908 del Proyecto), responsable de esta referencia, es acreedor de un comentario particular que más adelante haremos acerca de su procedencia

y de su correcta interpretación de cara a sus excesivas pretensiones.

Tras el comentario de esta ley, abordamos el estudio de la *Ley 9* que constituye, sin lugar a dudas, un punto central en la evolución histórica de nuestro objeto de estudio. Al igual que hemos podido comprobar en las leyes anteriores, la influencia de la recepción culta se dejará sentir en la técnica y estilo de esta importante ley. No obstante, al hilo de esta recepción, la elaboración dogmática de los contratos innominados, realizada por glosadores y comentaristas del «ius commune», será la responsable de la excepción a la responsabilidad por evicción contenida en el último párrafo de esta ley.

La Ley 9 viene precedida del siguiente título: «Quando la partición es fecha delante del Juez, o por su mandato, como deuen dar recabdo los unos a los otros, de fazer sanas las cosas que cupieren en parte a cada uno.» Su disposición es susceptible de una exposición separada en dos importantes fragmentos o párrafos. El primero de ellos, más general, tiene el siguiente tenor: «Por fazer partición de los bienes que han en uno los herederos viniendo delante del Judgador, deueles de su oficio mandar, después que la partición es fecha, *que den recabdo* (1) los unos a los otros, que si alguno otros estraño demandase después alguna cosa de las que cayessen en parte a alguna dellos, mostrando que ha derecho de la auer, toda, o parte della, que si la venciere por juyzio, los otros herederos *sean tenudos de fazerle enmienda* de aquello que assi perdia.»

En primer lugar, observamos cómo del tenor de esta disposición queda formulada, técnicamente, la obligación de garantizar contra la evicción. Este adelanto es claramente constatable respecto de la legislación anterior. Así, en este sentido, el presente texto es el legítimo sucesor de la Ley 5, Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo: «Si algun ome *crebanta* la partición que es fecha, ó toma la parte del otro» y de la Ley 12, Tít. 4 del Libro 3 del Fuero Real: «Como después de fecha la partición entre los herederos, si alguno *la quebrantase*, que pena meresce.» Ya hemos hecho referencia de cómo aunque en estas dos leyes no se plantea el supuesto de evicción, ya que refieren el hecho de «entrar en la parte del otro», no obstante, la terminología de ambas es perfectamente aplicable a las consecuencias que se derivan de la evicción de algún bien adjudicado. De este modo, la evicción supone un verdadero quebranto o quiebra de la finalidad de la partición. No se puede concluir, siguiendo a la Ley 1 de Partidas, que el «departimento» realizado lleve a un resultado «derecho». Ya que uno o varios herederos se tienen «por no pagados» al producirse la evicción, y los otros resultan «mejor pagados» de lo que merecen. Así, de esta forma, en el desequilibrio de estos «pagos» cobran sentido los efectos de la evicción como sinónimo de «tomar la parte del otro».

El Texto de Partidas, en esta línea evolutiva, introduce el supuesto de evicción como un riesgo propio de la partición y ofrece, en

el seno del «*officium iudicis*»; la solución idónea: el «recabdo» recíproco de los herederos, es decir, la caución, seguridad o fianza contra el peligro de evicción. A su vez, emplea un término que se hará común en nuestra legislación sobre la evicción: el saneamiento. Recordemos al respecto cómo este término es susceptible de abarcar los dos significados relevantes en la responsabilidad por evicción. El primero, como acción de sanear («*fazer sanas*») responde a la obligación de defender en juicio (el Fuero Viejo de Castilla empleaba el término de «redrar»). El segundo, como efecto de sanear («*fazerle emienda*»), responde a la responsabilidad de indemnizar al coheredero que sufre la evicción. La glosa (1) nos introduce en el terreno de los antecedentes de Derecho romano. De este modo, la realización de este «recabdo» recíproco concuerda con la *L. haeredes, item curare, ff. famil. ercisc.* El texto corresponde a *D. 10, 2, 25 (21) (Paul. 23 ed.)*: «*Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adiudicat.*» (Trad.: También debe procurar que se dé caución de evicción a aquellos a quienes hace las adjudicaciones.) El pasaje, como otros que ya hemos visto, refleja genuinamente una de las potestades que dimanaba del cargo del Juez de la división y que, al mismo tiempo, se configuraba como un deber derivado del buen ejercicio de dicho cargo, es decir, del «*officium iudicis*». En este sentido el Juez, o árbitro de la división, podía y debía proceder a la celebración de las cauciones como garantía contra el peligro de la evicción. La cita, técnicamente perfecta por la claridad del texto, no obstante, no reporta todo su añejo sentido a la disposición de Partidas por la diferente concepción de la función judicial de ambas. Mientras que el pasaje del Digesto contempla el «*officium iudicis*» como cauce ajustado para el «*ius civile*» de la adquisición singular e independiente del heredero a través de la «*adiudicatio judicial*», el Texto de Partidas manifiesta una función declarativa del Juez que, ante su requerimiento por los herederos, ordena y dirige un procedimiento de partición en donde los legítimos ejecutores de la misma son ya los propios herederos.

El otro importante antecedente citado en la glosa (1) es la *L. si familiae, G. eod.* El texto corresponde a la Ley 14 del Tít. 36, *famil. ercisc.*, del Libro 3 del Código de Justiniano. Su traducción responde al siguiente tenor: «Si en el juicio de partición de herencia, en que con igual derecho se dividieron entre tú y tu hermano los bienes paternos, *no se convino nada entre vosotros sobre la evicción de los bienes especialmente adjudicados* a cada uno, esto es, que cada cual aceptó el riesgo de la cosa, con razón competará el presidente de la provincia por la acción de lo expresado en las palabras a tu hermano y coheredero a soportar conforme a su parte el detrimento de la posesión de que se hizo evicción.» La presente ley del Código es un importante antecedente para nuestra investigación que la ha tenido en cuenta por distintos motivos. Así, hemos necesitado de su auxilio para documentar nuestra afirmación acerca de la diferente valoración y evolución

de la obligación de responder por evicción como elemento natural del contrato de compraventa y de la división, respectivamente. Mientras que en el primero adquiere tal relevancia por un proceso de ensanchamiento de las obligaciones nacidas del contrato parejo al desenvolvimiento histórico de la «*stipulatio habere licere*» que conduce, progresivamente, a la eficacia directa del «*a actio empti*» para la reclamación de esta responsabilidad; en la división de la herencia, su justificación adquiere carta de naturaleza, inicialmente, en el respeto a la integridad económica de las cuotas hereditarias como condición necesaria y equitativa de una plural delación. También se la debe tener presente para valorar y delimitar los distintos casos en los que la responsabilidad por evicción en la división de la herencia atendía al precio de adjudicación del bien o a su valor al tiempo de la evicción. En suma, también, porque presenta un curioso caso en el recurso a la «*actio praescriptis verbis*» como solución última ante las deficiencias de un juicio de división donde nada se previene acerca del peligro de evicción. Sin embargo, en la cita de Gregorio López tiene, pese a lo expuesto, un alcance distinto. En primer lugar, la cita tiene la finalidad de completar lo ya asertado por el anterior pasaje del Digesto. En este sentido, aún no dándose el susodicho «recabdo», los coherederos vendrían igualmente obligados a «fazerle enmienda». El respaldo de esta decisión por el parecer del gran Azón aparece en la glosa como toda una señal de crédito. En segundo lugar, adelantamos que la comunión de estos pareceres en una consecuencia (la responsabilidad por evicción) coincidente con lo establecido por el texto romano, no obedece a las razones apuntadas por el Derecho romano, sino a otras muy distintas que derivarán de la elaboración dogmática de los contratos innominados llevada a cabo por los glosadores. Por otro lado, para concluir el comentario a esta primera parte o párrafo de la Ley 9, creemos oportuno documentar mejor aquí una interesante afirmación que García Goyena formula al hilo de su comentario al artículo 917 del Proyecto: «La Ley 9, Tít. 16, Partida 6, copió a las romanas, *pero en la práctica no fue admitida la obligación de afianzar.*» Dejando aparte la inexactitud de la primera afirmación del citado autor, pues además de lo apuntado, la Ley 9, como veremos más adelante, asumió una concepción de la división distinta y opuesta a la de los antecedentes romanos, lo que sí parece admisible fue el infrecuente ejercicio de este deber de afianzar en la práctica del Derecho. No obstante, se pueden apreciar poderosas razones en la justificación de este resultado. Así, en primer lugar, hemos observado cómo los antecedentes del Derecho romano obtienen un importante valor instrumental para la formulación de nuestro Derecho; no es menos cierto que su eficacia sancionadora le vino dada, en estos momentos, por su configuración como Derecho real. En este sentido, anotada su pertenencia a lo que estrictamente sería el campo del «*ius commune*», la práctica judicial no dudó de quitarle eficacia

sancionadora cuando la transgresión, o mera inobservancia, obedecía al respeto de las leyes reales o al seguimiento de la «consuetudo». En nuestro caso la mera inobservancia responde, tal y como hemos visto en la legislación anterior a Partidas, a la costumbre de no afianzarse recíprocamente por las cosas adjudicadas. En suma, el deber perceptuado por la Ley de Partidas se presenta como novedoso y no sancionado ni por la legislación anterior ni por la costumbre. De ahí que se deje a la voluntad de las partes. En segundo lugar, tenemos que tener en cuenta que al incluirse el convenio de división entre los contratos innominados éste quedaba protegido, entre otros recursos, por la «*actio praescriptis verbis*» común a ellos. Con lo que, en cierta forma, se contaba con un medio de defensa.

La segunda parte, o último párrafo, de la Ley 9 contiene la ablación más notable de la tradición de Derecho romano que podemos constatar a lo largo del presente título de Partidas, al disponer: «Pero si el padre, o el testador, *partiese él mismo* (2) la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si despues que el finasse, venciesen alguno dello en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, *entonces los otros herederos no serían tenudos de fazerle enmienda ninguna.*» También representa, como ya hemos adelantado en anteriores ocasiones, un punto capital para el posterior desarrollo de nuestra argumentación. El laborioso estudio que hemos realizado acerca de la división de la herencia en Roma conduce, sin ningún género de dudas, a la constatación de la responsabilidad recíproca de los coherederos por la evicción de algún bien adjudicado en consecuencia de una de las obligaciones que nacen de la necesidad de dividir: garantizar contra el riesgo o el peligro de evicción. Asimismo, la «*gratia*» o finalidad de esta responsabilidad, consustancial a los principios rectores de la comunidad, la configuran como una responsabilidad general incólume respecto de las particulares formas de división o de los agentes de la misma. Ya que solamente de la voluntad del testador, como ley suprema de la sucesión, podía venir a menor dicha responsabilidad siempre y cuando no se vulnerase la legislación imperativa acerca de la sucesión forzosa de material (cuota de los legitimarios). Pues bien, ante el peso de estos antecedentes y ante el tenor, incluso, de las leyes anteriores de este título de Partidas (recordemos la Ley 1, «e tiense cada uno *pagado con su parte*», o la definición de la partición como «departimento *derecho* que fazen los omes de las cosas que *han comunalmente*») el último párrafo de la Ley 9, complementando lo dispuesto en la Ley 7, Tít. 1 de la sexta Partida, exceptúa la responsabilidad por evicción en el caso de que la partición haya sido efectuada por el padre o por el testador, «partiesse el mismo». Sin embargo, lo que resulta paradójico o contradictorio es que en la glosa de Gregorio López, como en la opinión de otros autores contemporáneos, se instrumentalice como elemento de autoridad un pasaje de los antecedentes de Derecho romano. La

paradoja, resulta en nuestra investigación, obtiene su lógica explicación en la instrumentalización parcial y arbitraria del texto de autoridad L. cum pater, evictis, ff. de Legat. 2 (D. 31, 77, 8; Pap. 8 resp.). De ahí, la incontestable antinomia entre el correcto sentido de este texto y lo dispuesto en el último párrafo de esta Ley de Partidas. La relevancia de esta antinomia la podemos plantear, en este momento de la investigación de cara a las siguientes consideraciones. En primer lugar, dicha antinomia se presenta como una cuestión «ex nova» en el estudio de los antecedentes hasta ahora analizados. En este sentido la problemática pasó totalmente inadvertida en el quehacer de García Goyena. De este modo, en su comentario al artículo 918 del Proyecto: «La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario», podemos apreciar los siguientes términos concluyentes: «*Conforme con la Ley 77, párrafo 8, Libro 31 del Digesto, y con la Ley 0, Tit. 15, Partida 6, que es absoluta, pues no admite la excepción de nuestro artículo.*»

Aparte de que la Ley de Partidas no fue tan absoluta en la interpretación de su más ilustre glosador Gregorio López, lo que se evidencia es el desconocimiento por parte de nuestro García Goyena tanto de la correcta interpretación del pasaje del Digesto como de los antecedentes de Derecho romano acerca de esta materia. A su vez, y en base a la autoridad del Proyecto, la polémica aquí planteada quedará más oculta, si cabe, en el seguimiento que el artículo 1.087 del Anteproyecto (1882-1888) hace del anterior artículo 918 del Proyecto (55). Pero, al margen del aspecto novedoso que nuestra cuestión plantea de cara al estudio de los antecedentes históricos asumidos, lo que realmente nos interesa destacar es que precisamente por la novedad de la cuestión y por el respeto de nuestro Código civil en esta materia a los antecedentes citados (léase, antecedentes de Derecho romano, singularmente, Ley 77; y la Ley 9 de Partidas) el análisis y valoración de esta antinomia conservan, a pesar del silencio del tiempo transcurrido, plena vigencia.

(55) La única diferencia a señalar entre los artículos 918 del Proyecto de 1851 y 1.087 del Anteproyecto (1882-1888) es que mientras el primero se refiere a «*cuando el mismo difunto hizo la partición*», el segundo se refiere a «*cuando el mismo propietario o dueño de la finca hubiere hecho en vida la partición*». Nuestro artículo 1.070, número 1, del Código civil siguió la redacción del Proyecto sustituyendo el término «*difunto*» por el de «*testador*».

Esta sustitución restrictiva, no ya sólo respecto al tenor del Proyecto, sino también de nuestro antecedente de Partidas (recordemos que la Ley 7 del Tit. 1 de la sexta Partida se refería tanto al testamento «no fecho acabadamente» como al supuesto de partición por el *padre o el abuelo* realizado por «palabra tan solamente entre sus «*hijos*») es contrastable en la redacción del Anteproyecto (1882-1888). Así, frente al tenor del artículo 899 del Proyecto: «*Cuando el difunto hizo por actos entre vivos...*», el artículo 1.073 del Anteproyecto lo sustituye por : «*Cuando el testador hiciere por actos entre vivos...*»

En segundo lugar, tenemos que dejar constancia, en estos momentos de la investigación, de que el alcance de la cuestión que pretendemos resolver desborda el estricto campo de la responsabilidad por la evicción en la partición de la herencia. En este sentido de la disposición de la Ley de Partidas: «Entonces los otros herederos no serían tenudos *de fazerle enmienda ninguna*», referida al hecho de la evicción, la doctrina interpretó, uniformemente, que exceptuaba también el derecho del coheredero a rescindir la partición por causa de lesión. Con lo que la única salvedad permitida por esta ley, según el tenor de su glosa, obedecía a la integridad de la legítima (L. scimus, in princ. G. de inoffic. testam.) De ahí, el tenor generalizado del artículo 1.056 del Código civil: «Cuando el testador hiciere, por actos 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». Y la exceptuación explícita del artículo 1.075 del Código civil: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión...» De este modo, aunque el tratamiento de la excepción de la rescisión por lesión en la partición realizada por el testador debe de ser objeto en nuestro Derecho positivo de un comentario diferenciado respecto de la excepción de la responsabilidad por evicción, no obstante, en la medida en que su uniformidad se consigue de la generalidad de los términos de la Ley de Partidas, su tradicional fundamentación histórica puede ponerse en tela de juicio. Con ello no pretendemos adelantar un juicio de valor negativo acerca de la validez de nuestro artículo 1.075 del Código civil que, en nuestra modesta opinión, puede ser sustentado en base a otros razonamientos. Sólomente destacamos que su tradicional fundamentación histórica (último párrafo de la Ley 9) no debe de ser un obstáculo insalvable de cara a la reflexión y estudio del precepto.

Corresponde ahora, para su posterior estudio, el esclarecimiento de la causa que dio origen al distanciamiento de lo preceptuado por Partidas respecto de lo establecido por los antecedentes de Derecho romano (no solamente de la singular cita del pasaje de Digesto). Por el método de exclusión podemos precisar dicha causa descartando algunas hipótesis que, en principio, nos hemos tenido que plantear. Así, en primer lugar, cabría preguntarse si el origen de esta antinomia responde a un lamentable error de interpretación en el que incurrieron nuestros notables doctores. La respuesta afirmativa, aparte de su apariencia al recurso fácil, se enfrentaría con dos importantes objeciones. Por un lado, sería excesivamente casual un error de interpretación común a la «*opinio iuris*» de nuestros doctores. Por el otro, este error de interpretación en el caso de Gregorio López desentonaría, poderosamente, respecto del academicismo y pulcritud con que trae a colación las demás citas de los textos romanos en las otras glosas. En segundo lugar, nos podemos plantear si esta antinomia obedece a una peculiaridad de nuestro Derecho histórico («*ius pro-*

pium») que derogaría el valor instrumental y no vinculante de los antecedentes de Derecho romano. Este interrogante, aunque presentando más visos de credibilidad que el anterior, no tiene base en la formación y evolución de nuestro Derecho histórico. En primer lugar, porque los antecedentes que informaron tanto la recepción vulgar como la culta no dan pie para ello (recordemos al respecto nuestro comentario acerca de la responsabilidad por evicción en los supuestos de la «heredis institutio ex re certa»). En segundo lugar, porque la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia se regula por vez primera en el Texto de Partidas resultando omitida en la legislación anterior. Con lo que difícilmente podría el Texto de Partidas hacersé cargo de una tradición propia de nuestro Derecho de la que carecemos de toda información. Resulta, por otra parte, muy ilustrativo como respecto de peculiaridades asumidas por Partidas en temas como la «usura» (glosas 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 2) o en criterios como el de la «honradez», el de la «ancianidad» o el de «mejor fama» (glosas 2 y 3 de la Ley 7) se dediquen unos comentarios amplios en base a la autoridad de textos y asertos no exclusivamente romanos (decretales y cánones) y, por el contrario, la disposición del párrafo último de la Ley 9 sólo merezca la cita singular de un páse, precisamente, del Digesto.

Excluidas estas dos hipótesis acerca del origen y significado de la antinomia observada, todos los indicios apuntan hacia la influencia recibida de ese nuevo Derecho sin fronteras que fue el «ius commune». En este sentido, tal y como hemos defendido, la razón de dicha antinomia obedeció de los contratos innominados y, particularmente, a la identificación del convenio de división con la permuta. De esta forma, encuentra explicación suficiente el por qué de la cita singular de la L. cum pater, evictis, ff. de legat. 2, como argumento suficiente de autoridad (frente a los numerosos textos romanos citados en las otras glosas) no sólo por parte del ilustre glosador, sino también por destacados comentaristas. La razón no es otra que la necesidad de estos glosadores y comentaristas de contar en sus elaboraciones doctrinales con el apoyo, como elemento de autoridad, de algún texto romano. De ahí que pese al sentido contrario a sus postulados que recoge este texto, se sirvan de una interpretación parcial basada, única y exclusivamente, en un término de dicho texto: «praelegatas» como puente de unión de una pretendida correspondencia o concordancia con los antecedentes de Derecho romano que realmente no se dio.

También valoramos, como mal menor, el acierto de Gregorio López al seguir al final de su glosa la opinión de Decio: «Nisi constaret de voluntate testoris fuisse, quod aequalitas esset inter haeredes servanda.» (Trad.: a no ser que constara la intención del testador de que fuera observada la igualdad entre los herederos.) Ello nos da idea de cómo Gregorio López, pese a ser un hombre con la formación propia de su época, predominio del «ius commune», tuvo, entre

otras, la virtud de conocer bien el Derecho romano y de ahí que tratara de remediar, de alguna forma, la derogación del mismo en esta materia, dejando una puerta abierta a la interpretación de la voluntad del testador. Con ello se consiguió, al menos, que el carácter de esta presunción de la voluntad del testador que tiende a la discriminación y desigualdad entre los herederos no tuviera un alcance absoluto o de «iuris et de iure» (56).

VII. LA DOCTRINA DE NUESTROS COMENTARISTAS

Aunque la ciencia jurídica española en los siglos XVI y XVII presente un importante paso para la afirmación del Derecho nacional (siglo XVIII), su metodología en nuestro objeto de estudio, apegada aún a la instrumentalización del Derecho romano, nos permite valorar hasta qué punto los anteriores desarrollos conceptuales de los glosadores tuvieron una respuesta adecuada en la opinión de nuestros doctores.

Desde una reflexión jurídica amplia y variada, Antonio Gómez, uno de los comentaristas de nuestros textos castellanos más representativo, es fiel ejemplo del desarrollo armónico con que fue seguida tanto la partición del convenio de división en la elaboración dogmática de los contratos innominados de los glosadores, como de la asimilación de su figura jurídica a la estructura de la permuta. En la edición castellana de su obra «Varias Resoluciones» se pronuncia de la siguiente forma: «La evicción que se debe en el contrato de venta tiene también lugar, ya que se evinca toda la cosa, ya solamente una parte indivisa o separada, en todos los contratos onerosos como la permutación, “dacio in solutum”, división de alguna cosa particular común a muchos por contrato o última voluntad, y, asimismo, en la división de la herencia; pues si a un heredero se le despojase de alguna de las cosas que le fueron adjudicadas por sentencia de Juez o por unánime voluntad de los herederos, podrá intentar contra éstos la acción de evicción para que salgan al saneamiento, mediante a que la división de la herencia *se conceptúa cierta permutación, y tiene fuerza de compra y venta*; porque si la división se hizo con arreglo a lo dispuesto por el difunto que dividió entre ellos sus bienes, no se debe la evicción pidiendo por derecho de acción, aunque sí reteniendo por derecho excepción, y defendiendo hasta conseguir la in-

(56) Sin embargo, este buen hacer de Gregorio López no fue valorado convenientemente por algunos doctores que bien no recogieron la limitación propuesta, casos de Antonio Gómez y de Ayerve de Ayora, o bien la interpretaron tan restrictivamente que la dejaron, prácticamente, sin utilidad alguna, caso de Sanz de Morquecho, que la interpretó en el sentido de que el testador debía añadir una declaración expresa acerca de su voluntad respecto de que se guardase íntegramente la igualdad o proporcionalidad en las adjudicaciones de sus herederos.

demnidad de su parte; pero esta excepción se limita en cuanto a la legítima...» Consultada su edición latina (Samaticae anni 1579), su opinión no se aparta de la argumentación técnica apuntada por nosotros. Así, en su cuestión 33 (De emptione et venditione, Cap. II) justifica la responsabilidad por evicción en la partición de herencia en base a la siguiente ratio: «Quia divisio haereditatis cenfetur quaedam permutatio.» Su apoyo de citas recuerda, inequívocamente, la utilización parcial de que fueron objeto ciertos textos romanos en aras de la obtención de fuentes de autoridad que respaldasen las nuevas construcciones jurídicas de los doctores del medievo. De este modo, su primer texto citado, *L. cum pater, haereditatem, ff. de legat. 2*, que responde al pasaje (ya estudiado por nosotros en su sentido para el Derecho romano) *D. 31, 77, 18* (Pap. 8 resp.). El texto comenzaba exponiendo cómo los fiduciarios, que deben restituir una herencia a su muerte, no responden del riesgo de los créditos que se les adjudicaron al hacer la partición entre los coherederos mediante la cesión de aquéllos. No obstante, para completar esta inicial responsabilidad, la segunda parte del texto añadía que los fiduciarios tampoco responden de la posible evicción de los predios cuando interviene el cambio de cosas entre los coherederos para poner fin a la copropiedad hereditaria «*cum permutatio rerum discernens communionem intervenit*». Aparte del análisis que hemos realizado acerca de los distintos significados del término «permutatio» en las fuentes romanas, el verdadero sentido del texto refiere la utilización de este término para indicar, precisamente, la ejecución del convenio de división, es decir, la entrega de los bienes hereditarios según el acuerdo de división. Esta entrega, consecuencia de la adjudicación dimanada del convenio, no significaba ninguna «permutatio» en sentido técnico, ni siquiera algo parecido, ya que solamente exteriorizaba que alcanzado el acuerdo de división, los bienes, poseídos por todos indistintamente o detentados particularmente por algunos coherederos, debían pasar a los herederos asignados para su correspondiente usucapión. De ahí que, sin excesivas pretensiones técnicas, se hable de un «cambio de cosas» entre los coherederos pero, insistimos, como consecuencia de la ejecución del convenio. Sin embargo, en la cita de Antonio Gómez, el texto viene reinterpretado en función de la asimilación de la figura del convenio de división con la estructura de la «permutatio». Consecuentemente con esta finalidad, las restantes citas de Antonio Gómez corren idéntica suerte. Así, respecto de los tan recurridos *L.S. filia, si plures, famil. hercis* (*D. 10, 2, 20, 3; Ulp. 19 ed.*) (57) «quasi certa

(57) Examinado atentamente todo el Tit. 2 del Libro 10 del Digesto («Familia eriscundae»), la perturbadora referencia de Gómez al fragmento «*si plures*» es desconocida en dicho título. De ahí que ante la validez de la cita de la Ley, «Si filia», y ante la cita correcta del fragmento por otros autores, «si parter», no quepa duda acerca de la cita correcta del texto: «*L. Si filia, si parter famil. ercis.* y del pequeño error en la obra de GÓMEZ.

lege permutationem fecerit...» y *L.I.C. comm. utriusque jud.* «Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit.»

Por otra parte, en relación a la exclusión del deber de responder por la evicción cuando la partición la realiza el padre o el testador (párrafo último de la Ley 9 de Partidas), Gómez, en su cuestión número 34, confirma nuestra línea de investigación al recoger, singularmente, el ya referido texto de la *L. cum pater, evictis ff. de legat 2* (D. 31, 77, 8).

No obstante, si queremos profundizar más en este seguimiento que la doctrina española de estos siglos realizó, en nuestro objeto de estudio, respecto de las generalidades y elaboraciones de los doctores del «ius commune», debemos acudir necesariamente a una de las monografías más internacionales de esta época: «El tractatus de evictionibus» de Alfonso de Guzmán. La obra de Guzmán, con una documentación admirable tanto de los argumentos de autoridad de los maestros del «ius commune» como de los doctores contemporáneos, comenta la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia en su cuestión número 33. De la gran variedad de supuestos analizados (41 en total) nos interesan principalmente los apartados 5, 6, 7, 16 y 22, que desarrollan conceptualmente la partición entre coherederos y la del Juez, por una parte, y la del padre o testador, por la otra. Respecto a la partición realizada por los coherederos o hermanos, el apartado (supuesto) 6 establece claramente su fuerza de permutación: «Quia divisio, quae a partibus fit, vim obtinet permutationis». La única novedad respecto a la cita de texto de autoridad es la de la *L. communi dividundo*. El texto corresponde a *D. 10, 3, 7 (13)* (Ulp. 20 ed.) y contempla un supuesto que no incide técnicamente en la naturaleza de la partición: «Un deudor dio en prenda parte de un predio común y su acreedor, al ser demandado por el propietario de la otra parte o por el acreedor pignoraticio del otro propietario, pujó más alto en la subasta, y el deudor de aquel a quien fue adjudicada la cosa quisiera recuperar su parte del predio, mediante el pago de lo que él sólo debía, dicele elegantemente que no ha de ser oído, a menos que esté dispuesto a rescatar también aquella parte que el acreedor compró por la adjudicación. Porque también si hubieses vendido parte de una cosa y, antes de entregarla al comprador, hubieras sido demandado por la acción de división de cosa común y se te hubiera adjudicado la otra parte, se dice consecuentemente que el comprador no puede reclamar con la acción de compra, si no tuviera dispuesto a comprar la cosa entera, porque esta parte acreció el vendedor por beneficio de la obra (“quia haec pars beneficio alterius venditori accessit”); es más, también puede ser demandado por la acción de venta el comprador para que compre la totalidad; sóloamente se habrá de considerar si acaso intervino algún fraude del vendedor. Pero si el vendedor de una parte hubiese cedido la parte vendida al ser vencido en la subasta (“Sed et si distracta parte cesserit

victus licitatione venditor”); quedará igualmente obligado por la acción de compra a restituir el precio. Esto mismo se observa en el mandato y en las demás acciones de este género.» Pues bien, aunque el texto refiere sólo las consecuencias derivadas de la demanda de cosa común respecto de la constitución de una prenda que recae sobre parte del predio común, o respecto de la venta de parte de una cosa común, la reinterpretación de los doctores consiste en la utilización parcial de los términos señalados, «pars beneficio», «parte cessarit» para escenificar una permutación en la división de la cosa común. Lógicamente, el sentido correcto del texto no permite este experimento o construcción artificiosa, ya que en ambos casos el recurso a la licitación se incardina dentro de la consecución de una adjudicación que no encierra ninguna permutación en sentido técnico.

Por otra parte, Guzmán, en su apartado 16 y sobre el mismo texto de autoridad, recoge la asimilación tanto de la división convencional como de la judicial con la permuta: «divisio autem sive conventionalis, sive judicialis, habet vim permutationis». En el apartado (o supuesto) 22, se desarrolla esta concepción en base a la autoridad de la opinión de Francisco Beccio, de esta forma la división es similar a la permuta y ésta, a su vez, a la compra: «Quia divisio similis permutationi, et permutatio est similis emptioni».

Así, una vez asimilada la «figura» del convenio de división con la permuta, se podía pasar a analizar la responsabilidad por evicción de aquélla bajo los dictados unitarios armónicos que la susodicha tendencia lógico-dogmática (iniciada por los juristas bizantinos) hacía depender del tratamiento de la responsabilidad por evicción en la compraventa (58). El nuevo supuesto práctico que sustentará todo este desarrollo conceptual será, como sabemos, el cambio o la cesión recíproca de la porción asignada a cada coheredero por la que antes le correspondía pro indiviso con los demás: «nam divisio est recessus a communione, et portio, quae pro divisio uni assignatura, succedit loco portionis, quam prius pro indiviso possidebat cum socio» (Peregrin. dict. art. 52, n. 18 et n. 53). Consecuentemente con este ingenioso, pero artificial planteamiento, la responsabilidad por evicción en la partición convencional o judicial será desarrollada con la misma «naturalidad» (finalidad y eficacia) que la acontecida en la compraventa, donde «in emptione est quid naturale evictio, quae licet non exprimatur», pues «quae enim conveniunt ex natura contractus non est necesse exprimi» (quaest. XXIII De evictionibus). Más adelante (quaest. XXIX), Guzmán recogerá de la «opinio iuris» de los doctores, otra de las características derivadas de la generalidad del «no-

(58) Esta generalización del significado y contenido de la responsabilidad por evicción de la compraventa hacia otros diversos institutos, en pro de la obtención de un estudio unitario de la misma, es una constante en el quehacer recopilador de GUZMÁN. En este sentido, resultan ilustrativas su quaestio XXVIII, An in datione in solutione in solutum evictio debeatur?, y la XXXI, An in transactione debeatur evictio?

men» de la «permutatio», su consideración como sinónimo, en el sentido más amplio, del término alienación: «venit etiam permutatio sub vocabulo alienationis». Característica que, junto con la de ser contrato conmutativo e innominado por excelencia, dan fe de la maleabilidad del concepto de permuta para asimilar a otras figuras complejas o discrepantes, en nuestro caso al convenio de división (59).

Pero, aparte de lo expuesto, el trabajo de Guzmán nos permite profundizar mejor en la importante consecuencia derivada de estas elaboraciones doctrinales: la exceptuación del deber de responder por evicción contenida en el último párrafo de la Ley 9 de Partidas.

En anteriores ocasiones hemos hecho referencia a cómo la interpretación parcial del pasaje 31, 77, 8 del Digesto (partes «coheredibus praelegatus restituere») presuponía una relación de prelegatarios entre los coherederos a efecto de la responsabilidad por evicción. El desarrollo de esta relación, espuria al verdadero sentido y alcance de dicho pasaje, necesitó a su vez de la instrumentalización de otros textos de autoridad que determinasen su eficacia querida. En este sentido, Guzmán (quaest. XXXIII) al socaire de la «communis opinio» representada por Caballino y el padre Molina, recoge el aserto (supuesto 5.º) de la exceptuación del deber de responder por la evicción en la división del testador: «habet enim vim *specialis legati*». Es decir, en la división hecha por el testador no hay responsabilidad por evicción puesto que ésta tiene fuerza de especial legado. Las citas de los textos de autoridad no escapan a la utilización interesada de los doctores del medievo en pro de la validez argumental de sus anteriores construcciones doctrinales. Así, en primer lugar, se cita a la L. quid ergo, 2 ff. de legatis I. El texto corresponde a *D. 30, 90 (1)* (Pap. 17 quaest.). El supuesto de hecho que sirve para la ulterior responsa del jurista tiene el siguiente tenor: «Claro que si (el padre) habiendo instituido a varios hijos, hubiese dividido entre ellos los bienes en forma de legados («...inter eos *verbis legatorum bona diviserit...*»), se denegará, por razón de la voluntad del testador, la acción de lo legado a quien se hubiese abstenido de la herencia.» El sentido del texto relacionado armónicamente con los pasajes anteriores (87, 88 y 89 del mismo Libro del Digesto) no ofrece dudas acerca de su correcta interpretación. El padre instituye regularmente a sus hijos co-

(59) En el apartado 3.º de la quaest. XXIX dedicada a la evicción en la permuta, Baldo se planteará inteligentemente si aquel que no puede enajenar puede permutar. Su respuesta, valorados los argumentos en contrario, será partidaria de que prohibida la enajenación queda sin lugar la permutación. Por otra parte, superada una inicial dependencia de la responsabilidad por evicción en la compraventa (en el sentido de seguir el ejemplo de la «actio ex empto» en la sola reclamación del interés) la argumentación recogida por GUZMÁN mantiene la opción del ejercicio de la «condictio ob causam», admitida por el «ius commune» para los contratos innominados. Salvo que el permutante, en el instrumento, de seguridad expresamente sobre la evicción por el interés. (Apartados 6 a 10 de dicha «quaest».)

mo herederos, pero realiza una anómala división o distribución de los bienes en base a la fórmula de disposición (asignación) del legado (do, lego, etc.). La posible contradicción entre la institución y la asignación es salvada, lógicamente, en favor de la primera. Ya que la voluntad del testador no fue otra que asignar o distribuir sus bienes entre los herederos regularmente instituidos. De ahí que no entre en juego, contrariamente a los supuestos de hecho de los anteriores pasajes, la posible incompatibilidad del prelegado en los límites de la cuota hereditaria («heredi a semetipso legari non potest»). No hay, por tanto, un derecho de opción entre la cualidad de heres o de legatario ya que el testador, a través de la «*verbis legatorum*» realizó realmente una división de sus bienes («*praeceptio*»), con lo que en ningún caso se da una distribución de legados. Por eso, el heredero que no acepta la herencia no puede aceptar el supuesto legado («...*voluntatis ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem*»).

Pues bien, ante la imposibilidad de servirse del correcto sentido del texto, los doctores del «*ius commune*» reinterpretaron su alcance en el sentido de que cualquier división del testador, no ya sólo la realizada bajo la fórmula del legado, conducía a una mera distribución de legados. Llegados a este punto, los obstáculos (necesidad de nuevas reinterpretaciones) de cara a la utilización de otros textos de autoridad, fueron menores. Así, en segundo lugar, Guzmán recoge la cita de la L. a substituto, I, ff. de legatis I. El texto corresponde a *D. 10, 45 (2)* (Pomp. 6 Sab.): «*Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.*» (Trad.: Mas si se lega un esclavo determinado, hay que darlo como tal como esté.) Lo que llevado a la ciencia de los cuatro axiomas expuestos por Bártolo acerca de la responsabilidad por evicción en los legados significa, que así como el heredero no responde de la evicción sufrida por el legatario de cosa determinada («...quando legatur certa species...»), tampoco los coherederos responden recíprocamente entre sí, por la evicción sufrida por alguno de ellos, cuando el testador divide o asigna sus bienes determinados; ya que según la elaboración de dichos doctores, esta división tiene la fuerza, o eficacia, de «*specialis legati*» (quaestio XXVII del trabajo de Guzmán, axioma 2.º, supuesto 12.º).

Observemos cómo, curiosamente, esta peculiar elaboración doctrinal que arranca desde la parcial interpretación de los textos analizados podría situarse, a primera vista y sin mayores pretensiones, como el primer antecedente histórico de nuestro artículo 981 del Código civil.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, una vez que la relación entre los coherederos asignados ha sido asimilada a la de los prelegatarios («*quia talis divisio vim habet praelegatorum*», supuesto 16.º, quaest. XXXIII) la alteración del célebre pasaje 31, 77, 8 del Digesto sirvió para reputar la elaboración dogmática de los glosadores y comentaristas del Derecho común, en aras de una concepción unitaria

de la responsabilidad por evicción en pro de los contratos onerosos y conmutativos.

De todos modos, y como un elemento más en nuestra argumentación, se puede afirmar que la posible generalidad de esta artificiosa construcción doctrinal encontrará en el mismo quehacer de los doctores del «*ius commune*» importantes excepciones. En este sentido, al menos en dos supuestos, la regla de la exceptuación del deber de responder por la evicción en la partición realizada por el testador aparecerá como una norma con eficacia próxima al derecho singular. El primer caso lo localizamos en la quaest. XXVII de la obra de Guzmán dedicada a la responsabilidad por evicción en los legados. Así, en su apartado 25, después de haber desarrollado el cuarto axioma de Bártolo sobre este tipo de responsabilidad: «quando legatur res aliena ignoranter...», Guzmán recoge la siguiente cuestión: si acaso la cosa asignada para mejora del hijo fue eviccionada, ¿puede actuarse sobre la evicción? Salvo una primera solución negativa de Cifuentes (in. L. 18 Tau, núm. 7) en base a la expresividad del pasaje 31, 77, 8 del Digesto, la mayor parte de la doctrina opina que dicho texto se refiere sólo al prelegado de cosa cierta («*praelegato rei certae*»). De ahí que cuando el prelegado constituya una cuota o porción de los bienes y la cosa cierta sea asignada para una más cómoda o mejor ejecución, no pueda aplicarse la decisión de aquel texto y sea debida la evicción. De lo que se infiere que la mejora ha de ser buscada entre los restantes bienes del testador. Pues no mediando ninguna razón de sangre y de cualidad que haya de ser guardada entre los hijos, éstos deben cumplir, según sus porciones, la voluntad del difunto. Todo lo cual se reputa, especialmente, de la sustancia del legado de cosa ajena, sabiéndolo el testador, y del legado de cosa ajena, ignorándolo el testador, pero hecho en favor de una persona amiga o familiar.

El segundo caso lo constituye la limitación propuesta por Decio en el alcance de dicho pasaje que Guzmán recoge en el apartado 20 de su quaest. XXXIII: «*Nisi tamen constaret de voluntate patris, quod inter filios aequalitas servaretur.*» Limitación que, aparte de la relevancia dada por nosotros en el análisis de la glosa (2) de Gregorio López a la Ley 9 de Partidas, debió merecer una especial atención para los doctores del «*ius commune*»: «*nam lex laborat quantum potest, ut servetur aequalitas inter filios*» (apartado 26 de la quaest. XXVII).

De todos modos, pese a estas y otras posibles excepciones, o limitaciones, que trataron de paliar lo absoluto del aserto derivado de la elaboración dogmática, lo cierto fue que la vigencia de estos planteamientos doctrinales acompañó el desenvolvimiento del Derecho histórico hasta, prácticamente, los albores del movimiento codificador europeo. No es de extrañar, en el caso español, cómo en obras de marcado carácter de ilustración, caso de don Joaquín Escriche en su

«Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia» (1874) se mantengan los mismos argumentos de autoridad que utilizaron glosadores y comentaristas del «*ius commune*»: «...en las particiones de herencias, pues si un heredero se viere despojado, en virtud de causa anterior, a la partición de alguna de las cosas que se le adjudicaron por sentencia del Juez o por unánime voluntad de los coherederos, podrá intentar contra éstos la acción de evicción para que salgan al saneamiento, *porque la división de herencia se considera cierta especie de permuta*; pero si el mismo testador hubiese dividido sus bienes entre sus herederos, no tendría acción ninguno de ellos contra los otros para exigirles el saneamiento en caso de evicción de alguna de las cosas pertenecientes a su padre: *Ley 9, Tít. 15, Partida 6...*».

Hasta aquí hemos tratado de documentar uno de los hechos que, aunque desconocido en la interpretación de nuestros antecedentes históricos, encerró toda una construcción doctrinal de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia totalmente opuesta a la aportada por los antecedentes de Derecho romano: la antinomia del último párrafo de la Ley 9 de Partidas, respecto del antecedente citado, D. 31, 77, 8. Este dato, como punta de un iceberg, nos ha ayudado a confirmar nuestros puntos de vista acerca del correcto significado de las fuentes romanas y desvelar las construcciones y elaboraciones doctrinales que motivaron, sutilmente, el contenido de la disposición de Partidas.

VIII. LA VALIDEZ DE LA TESIS DE LA «PERMUTATIO» EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Como hemos podido comprobar, solamente a través de la investigación de nuestros antecedentes históricos ha sido posible la ordenación y esclarecimiento de los distintos procesos evolutivos que, de un modo significativo, influyeron en nuestro objeto de estudio. De esta forma nos hemos reencontrado con los auténticos principios y reglas que sustentaron a la partición hereditaria en Roma. También hemos podido seguir el alcance de esta tradición de Derecho romano a lo largo de nuestra Legislación Antigua. Pero lo que realmente ha marcado el centro de nuestra investigación ha sido, sin lugar a dudas, la constatación de la falsa ejemplaridad de la tesis de la «*permutatio*» como concepción genuina del Derecho romano. Destruído su valor de mito jurídico, ha sido posible tanto la localización de sus verdaderos artífices, glosadores y comentaristas del «*ius commune*», como la puesta al descubierto de su sutil y arbitraria instrumentalización de los textos de autoridad. Nuestro Derecho histórico, en la antinomia existente entre el pasaje del Digesto 31, 77, 8 y el último apartado de la Ley 9 de Partidas, nos ofrece un testimonio de capital importancia de cara a la bondad de la línea de investigación seguida.

En este punto nos planteamos el otro gran interrogante que se presenta después del análisis del proceso histórico: ¿si los intereses doctrinales o las aspiraciones lógico-dogmáticas que llevaron a la elaboración de los contratos innominados y, particularmente, la identificación de la «figura» jurídica del convenio de división con la permuta tienen cabida en el Derecho moderno? La validez del interrogante propuesto queda justificada, entre otras razones ya expuestas, si recordamos que la valoración de estas elaboraciones doctrinales siguen conservando, pese al silencio del tiempo transcurrido, una inequívoca actualidad o vigencia. Pensemos que la propuesta normativa del Texto de Partidas fue asumida, sin ningún tipo de comentario doctrinal, por el artículo 918 del Proyecto de 1851 y, consecuentemente, por el artículo 923 (supuesto de rescisión) del citado Proyecto. Su paso airoso por el Anteproyecto del Código civil (1882-1888), artículos 1.073: «Cuando el testador hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, *se pasará por ella...*», y 1.087: «La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará, número 1, cuando el mismo propietario o dueño de la finca hubiere hecho en vida la partición...», dio como resultado global el contenido de nuestros artículos 1.056, párrafo 1.º, y 1.070, número 1, del Código civil. No cabe, por tanto, dudar de la vigencia y actualidad de las cuestiones que aquí tratamos, pues éstas, sin lugar a dudas, siguen siendo las únicas posibles que sustentan el alcance de los citados artículos del Código civil. Máxime si tenemos en cuenta, también, que nuestra línea de investigación ha confirmado que la excepción del deber de responder por la evicción en la partición realizada por el testador no obedeció, tal y como hemos señalado con anterioridad, a una de las peculiaridades de lo que podríamos denominar Derecho real (como expresión del «*ius propium*») ni a las exigencias prácticas derivadas de la evolución de dicho instituto, sino que, por el contrario, respondió a las necesidades dogmáticas que impusieron las novedosas y artificiosas construcciones doctrinales del «*ius commune*». En este sentido, si bien es cierto que ya en la legislación de Partidas puede observarse una diferente concepción del Derecho frente a los ideales del «*ius commune*» que propiciará, entre otras diferencias, la consolidación progresiva del Derecho real y que, en definitiva, dará paso a lo que magistralmente ha definido el maestro don Federico de Castro como «una españolización de disposiciones y doctrina». También resulta igualmente cierto que el especial ensamblaje entre la materia jurídica española y la utilización de la técnica romana, según la instrumentalización de los doctores del «*ius commune*», dio paso en algunas ocasiones, como en nuestro objeto de estudio, más que a una propia españolización de disposiciones y doctrinas, a una asunción normativa de estas últimas.

Si esta concepción del convenio de división que asimilaba su «figura» jurídica a la estructura de la permuta (tesis de la «*permutatio*»)

para su inclusión en el grupo «do ut des» de los contratos innominados y, a su vez, servía para el desarrollo de una concepción unitaria de la responsabilidad por evicción en pro de los contratos onerosos y conmutativos, tuvo predicamento durante la expansión y desenvolvimiento del Derecho común. También es cierto que progresivamente la metodología de los doctores del medievo, sustentada en base a generalizaciones simplistas y forzadas asimilaciones estructurales en aras de una artificiosa analogía (extraña a las verdaderas diferencias de los institutos en el plano funcional) que dotara de unidad dogmática a sus numerosas construcciones, fue perdiendo su valor instrumental por los nuevos logros e ideales sistemáticos del Derecho moderno (racionalismo iusnaturalista). Quizá el ejemplo de la artificiosa construcción de los contratos innominados sobre la base de un interpolado D. 19, 5, 5 («do ut des; do ut facias...») y, especialmente, el caso de la asimilación estructural del convenio de división a la permuta, sea uno de los ejemplos más claros acerca de la pérdida del valimento tanto de la clasificación del «ius commune» como de la concepción de los institutos implicados.

Así, frente a una fidelidad postrimera del pavor de Valencia, Juan de Sala (1820), acerca de la susodicha clasificación: «Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; e innominados los que no lo tienen, y son de cuatro especies: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, L. 5, Tít. 6, Partida 5», ya nuestro Benito Gutiérrez (1871), pese a su admiración a la «inventiva de aquellos legisladores» tiene que reconocer «que el Código francés no conserva esta división y son muchos los que la rechazan, fundados en que no existe ya la íntima relación entre la acción y el procedimiento que la hizo necesaria en Roma». Felipe Sánchez Román, más acorde con los dictados del Derecho moderno, afirma «que la clasificación de los contratos, atendida la circunstancia del nombre (nomem), tuvo en Derecho romano un significado y una importancia que no son los mismos en las legislaciones modernas, ni en el Derecho de Castilla anterior al Código civil». En este último aspecto destaca: «que la legislación de Partidas conservó esta distinción de los contratos nominados e innominados (D. 19, 5, 5 en la Ley 5, Tít. 6, Partida 5), pero no con el sentido y trascendencia de la legislación romana, porque no la relaciona, como ésta, con el sistema de acciones, y se limitó a aceptar la distinción en su valor literal y externo». Concluyendo: «que no cabe desconocer que en Derecho moderno ha perdido mucho de su valor la antigua distinción romana de contratos nominados e innominados» (60).

(60) SALA, J.: *Ilustración del Derecho real de España*, 2.^a ed., Tomo 1, pp. 235 y ss., Madrid, 1820.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *El Derecho civil español*, 2.^a ed., Tomo 4, pp. 18 y ss., Madrid, 1871.

Si, ciertamente, la fundamentación moderna de la distinción entre los contratos típicos y atípicos no reside ya en la ausencia de su «nomen» propio, o en su inclusión en alguna de las cuatro especies o grupos de la citada clasificación postclásica, sino en la regla o principio general de la libertad contractual, como valor necesario para la adaptación del contrato a los fines empíricos de los contratantes, en atención a que exista o no exista una previa normativa o disciplina jurídica objetiva y general para ellos. No cabe duda alguna acerca de la tipicidad de la partición de herencia como acto o negocio jurídico normativizado y de la imposible asimilación de su concepto a la estructura y finalidad del contrato de permuta (61). Con lo que hay que concluir que las elaboraciones doctrinales de los doctores del «ius commune» que sustentaron, y sustentan, el particular alcance que tienen los vigentes artículos 1.056, párrafo 1.º, y 700, número 1, del Código civil, dentro de la normativa de la partición de la herencia carecen de justificación en la sistemática de nuestro Código. Cualquiera otra solución intermedia infringiría el rigor histórico en el que debemos apoyarnos para la interpretación de nuestras normas jurídicas. Por otra parte, el simple transcurso del tiempo no puede legitimar la inderogabilidad de unos antecedentes doctrinales que, espurios a la verdadera tradición de Derecho romano, contradicen los principios y reglas que presiden la regulación de nuestro objeto de estudio en el Código civil. El resultado de esta relevante omisión en la valoración de nuestros antecedentes históricos ha representado una injustificada presunción «iuris tantum» de la voluntad del testador que menoscaba la proporcionalidad en la integridad económica de las cuotas y que vulnera, paradójicamente, la auténtica presunción recibida de los antecedentes históricos en pro de la igualdad entre los coherederos.

IX. CONSIDERACIONES GENERALES

En esta fase de conclusión del trabajo, la bondad del método seguido, la interpretación histórica, nos brindan una suerte de consideraciones pertinentes, en igual medida, tanto a la compleja esfera de la naturaleza y efectos de la partición como al concepto y funcionamiento de la evicción. Y es que, verdaderamente, solamente en el valioso marco de los antecedentes históricos hemos podido localizar la ejemplaridad de esas auténticas líneas maestras que, pese al transcurso del tiempo, conservan una innegable vigencia para la ordena-

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., Tomo 4, pp. 347 y ss., Madrid, 1910.

(61) Sobre los contratos atípicos, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 2.ª ed., Vol. 1, pp. 251 y ss., Madrid, 1983, También el ya citado artículo del profesor JORDANO BAREA, J.

ción y comprensión de nuestro Derecho. Sucede, en este sentido, un caso particularmente relevante en el ámbito del quehacer científico: la necesidad al recurso de la interpretación histórica (un tanto olvidada en nuestros días) en aquellas cuestiones, como la nuestra, que empero de contar con la solera de una importante tradición jurídica quedan, ante el moderno Derecho, huérfanas de sus señas de identidad. La razón, al margen de los propios problemas conceptuales y de sistematización, reside en la ausencia de una labor esclarecedora del significado y el alcance de los distintos estratos históricos que, subsumidos en los antecedentes de nuestro Código, dotaron de contenido al desenvolvimiento del instituto. De ahí que, dentro de este contexto de la investigación histórica, las enseñanzas obtenidas sean tan abundantes como provechosas.

Así, en el plano general de la responsabilidad derivada por el hecho de la evicción, el curso de la investigación nos reconduce a la vía del casuismo jurídico en todos aquellos institutos en los que su naturaleza y eficacia no permiten su encuadre sistemático en la esfera expansiva del contrato de compraventa como criterio simplificador de actos o negocios complejos. Sin que ello suponga negar el primordial papel que jugó la evicción en el seno de la compraventa, no sólo como cauce natural de su responsabilidad, sino también como cauce de progreso técnico del instituto (respecto a sus presupuestos y requisitos), lo cierto fue que la evicción como hecho jurídico operó de un modo especial en cada uno de los actos y negocios en los que aconteció, sin que pueda llegar a afirmarse que para el Derecho romano hubo una regla general sobre la obligación de garantizar contra el peligro de evicción. En este sentido, el instituto de la evicción presentó, y presenta, una loable flexibilidad a la hora de adaptar el contenido de su responsabilidad derivada a la naturaleza y eficacia del acto o al negocio en cuestión. Por ello, en líneas generales, la regulación de nuestro Código no admite claramente la operatividad del binomio onerosidad-gratuita (62) de cara a una genérica reglamentación sobre la responsabilidad por evicción. Al margen de la problemática que representa el desarrollo de estos conceptos en nuestro sistema, tanto el criterio expansivo del contrato de compraventa, como módulo de aplicación de la responsabilidad por evicción en otros actos o negocios de transmisión del dominio a título oneroso (iniciado ya por la lógica dogmática de los juristas bizantinos), como su correlativa excepción en los negocios a título gratuito (desarrollada por los doctores y comentaristas del «*ius commune*»), conservan el mismo inconveniente de las elaboraciones doctrinales que los postularon: el incurrir en una desorbitada simplificación de la problemática y

(62) En esta línea de marcada abstracción, la hipótesis que estableciera la responsabilidad por evicción en toda transferencia de derechos resultaría, igualmente, abocada a la relatividad, dadas las numerosas excepciones que se le podrían oponer.

peculiaridades que presenta la responsabilidad por evicción en nuestros institutos. De ahí que su recurso retórico deba ceder en pro de ese casuismo jurídico de la realidad de la evicción que centra sus principales bases de reflexión en la naturaleza y efectos del instituto en el que acontece. En un somero razonamiento, la aplicación de este binomio en la casuística de nuestro Código no encontraría respaldo suficiente por dos motivos. En primer lugar, no es posible aplicar una idéntica, o siquiera analógica, responsabilidad por evicción en todas las transferencias de derechos a título oneroso. Así, frente a la pretendida generalización de la responsabilidad por evicción en la compraventa, esta responsabilidad resulta exigible en modo distinto en otros negocios onerosos. Por ejemplo, en la permuta, donde el permutante puede optar por la tradicional «condictio» recuperatoria o reclamar la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.540 del Código civil). En la dación en pago, donde la responsabilidad por evicción resulta por lo menos problemática en relación a que si la llamada prestación en lugar del cumplimiento consistente en una entrega o traspaso posesorio, conduce, necesariamente, a la general responsabilidad del artículo 1.478 del Código civil, o permite el cumplimiento del primitivo derecho de crédito. En la sociedad, en donde a pesar de su compleja definición, se aprecia un campo diferenciado de la responsabilidad por evicción en las cosas ciertas y determinadas que haya aportado el socio (artículo 1.681 del Código civil) y otro, bien distinto, en la evicción acontecida en la partición entre socios, rigiéndose por las «reglas de las herencias» (artículo 1.708 del Código civil). También la responsabilidad por evicción opera de modo distinto en ciertos supuestos que aluden a la compra o a la dación en pago. Entre éstos, el retracto legal del artículo 1.521 del Código civil, donde la garantía por evicción del beneficiario no depende directamente de la onerosidad del negocio jurídico, sino de las «condiciones estipuladas en el contrato»; especialmente si se ha celebrado el «pactum de non praestanda evictione» (del confuso artículo 1.477 del Código civil). O en el supuesto del artículo 1.849 del Código civil, donde pese a obligarse el fiador a pagar o cumplir por un tercero si el acreedor acepta un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de deuda, se ve liberado de su posible responsabilidad por evicción. Por último, dentro de este contexto variado de la responsabilidad por evicción, también ésta opera de un modo especial en el supuesto de cesión de un crédito, artículo 1.529 del Código civil. Donde el cedente de buena fe, que cede un crédito cierto, lejos de responder de un contenido de responsabilidad próximo al dispuesto por el artículo 1.478 (como, por ejemplo, el cedente o vendedor de mala fe que responde de «todos los gastos y de los daños y perjuicios», artículo 1.529 «in fine») garantiza, solamente, la denominada «veritas nominis», es decir, la existencia y legitimidad del crédito cedido. Por otra parte, la responsabilidad por evicción en la cesión de un crédito admite otros

particulares e interesantes puntos de vista en los supuestos de cesión de un crédito dudoso, de cesión de mala fe, cuando en ambos casos la causa de la cesión no responde a una atribución onerosa. También la quiebra del principio debatido se reproduce en algunos supuestos en los que pese a apreciarse la onerosidad del negocio, no obstante, la responsabilidad por evicción viene excluida. Así, entre otros, el caso de la venta de la herencia sin enumeración de las cosas de las que se compone, artículo 1.531 del Código civil; donde el vendedor solamente responde de su cualidad de heredero. O el caso de la «emptio spei», donde la posible responsabilidad por evicción queda fuera de lugar dada la sustantividad del «alea» (artículo 1.790 del Código civil).

En segundo lugar, en el otro plano del binomio citado, la gratuidad tampoco encuentra una regla general de segura aplicación. En este sentido, el régimen de la causa de atribución por excelencia, la donación, no responde suficientemente ni a la variada casuística de la responsabilidad por evicción en los actos o negocios de atribución patrimonial lucrativa, ni a los interrogantes y modalidades que la evolución histórica ha planteado. En este orden de cosas, la responsabilidad por evicción que aplica nuestro Código a la donación como modo de adquisición del dominio es la que responde, especialmente, a la tipicidad de la donación real, es decir, a la traditoria o traslativa. Este particular régimen jurídico que conduce a la exclusión de la responsabilidad por evicción (artículo 638 del Código civil) no es extensible, sin embargo, a todos los negocios o actos jurídicos que dentro del amplio marco de la liberalidad permiten una atribución de carácter lucrativo. Así, del mismo modo que el concepto de gratuidad es más amplio que el concepto de donación, la responsabilidad por evicción en los actos o negocios de atribución patrimonial lucrativa excede a la posible generalidad del particular régimen de la responsabilidad por evicción en la donación. Por ejemplo, en un instituto tan próximo a la donación como es el legado, calificado por algunos autores como «donatio testamento relicta», el régimen de la responsabilidad por evicción atiende a criterios propios. Así, el artículo 860 del Código civil preceptúa tal responsabilidad cuando «la cosa legada fuese indeterminada y se señalasen sólo por género o especie». También, en las donaciones por razón de matrimonio, puede constatarse la existencia de un régimen propio tanto en la responsabilidad por evicción como en la de vicios ocultos: «el donante de mala fe» del artículo 1.340 del Código civil. Pero, al margen de esta variada normativa de nuestro Código, la misma evolución histórica del instituto de la «donatio» nos ilustra en torno a la peculiaridad de su régimen jurídico. En líneas generales, siguiendo al profesor Biondo Biondi, la cuestión de la responsabilidad por evicción en la donación no se planteó en el Derecho romano en atención a consideraciones abstractas, sino que derivó del régimen de los actos o negocios a través de los cuales se ejecutaba la donación. En este sentido, podemos deducir que en

una primera fase (hasta Constantino), en la que la «donatio» no era un negocio típico, sino causa de un elevado número de actos jurídicos, la ausencia de la responsabilidad por evicción respondió, simplemente, a que la «mancipatio» se celebrase «nummo uno», ya que, en tal caso, la responsabilidad por «auctoritas» del «mancipio dans» resultaba irrisoria. En una segunda fase (desde Constantino), en la que la donación real parece perfilarse como negocio típico, la ausencia de dicha responsabilidad obedeció, técnicamente, a que la «traditio» no fuera acompañada de las oportunas «stipulatio» de garantía contra el peligro de evicción. Así, al margen de una serie de valoraciones acerca de las consecuencias que razonablemente se deben postular de todo acto de liberalidad, la única regla o principio que parece desprenderse del peculiar régimen de la «donatio» fue la imposibilidad del donatario de obligar legalmente a que el donante prestase la garantía contra el peligro de evicción (63). No obstante, el desenvolvimiento histórico del instituto arrojará nuevos e interesantes puntos de vista. En este sentido, los doctores del «ius commune», alejados del concepto clásico de la «donatio perfecta», distinguieron a propósito de la donación una doble «perfectio». Dichos doctores aludieron a un «perfectio primitiva», lograda a través del consenso (promesa de donación), y a una «secunda perfectio» obtenida a través de la «traditio» como fin lógico de toda donación. En la «perfectio primitiva», consecuencia del desarrollo de la elaboración doctrinal del pacto nudo (asimilando el «donare» al «promittere») se llegó a exigir la responsabilidad por evicción del donante que principiaba la donación a través de la promesa. Por el contrario, en la donación traditoria, el donante no incurría en dicha responsabilidad ya que antes de contratar, lo que hacía era resolver, obligándose a transmitir solamente el derecho que tenía sobre la cosa (64). Nuestro Código, fiel, en parte, a estos antecedentes históricos, excluye la responsabilidad por evicción en la donación traslativa (artículo 638, pr.). Sin embargo, la complejidad de la cuestión retorna tanto si nos planteamos la posible responsabilidad por evicción en la donación obligacional, como la justificación y alcance de dicha responsabilidad en aquellos supuestos que oscilan entre la «donatio» y el «negotium»: la «donatio sub modo», la donación remuneratoria y el negocio mixto. Como podemos observar, la misma complejidad del desenvolvimiento histórico del instituto de la «donatio» como la peculiar variedad del marco de los actos o negocios de atribución lucrativa desaconsejan, a priori,

(63) No obstante, esta regla no resultó operativa en todas aquellas situaciones que, ocasionadas en un marco de liberalidad, es decir, de generosidad o desinterés, daban entrada a la responsabilidad por evicción.

(64) «Quia qui tradidit, magis distrahit quám contrahit, ille veró, qui promittit contrahit, et sic obligatur, ut donatario habere liceat, quia donatio dicitur doni datio, et dare est dominium transfere.» *Alphonso de Guzman*, quaest. XXV: An in donatione debeat evictio?

el establecimiento de una regla general acerca de la responsabilidad por evicción.

No obstante, uno de los ejemplos más notables que podemos encontrar en la casuística de nuestro Código en el que la evicción muestra su loable flexibilidad a la hora de adaptar la responsabilidad derivada, es decir, el instituto de la partición de la herencia.

Tal y como hemos podido observar a lo largo de nuestros antecedentes históricos, tanto el fundamento como el contenido de dicha responsabilidad adquieren una fisonomía propia de cara a la naturaleza y efectos de la partición hereditaria. En esta línea, la llamada recíproca garantía de los coherederos por la evicción de algún bien adjudicado, con mayor propiedad de «obligación» de responder por dicha evicción, cobra trascendencia jurídica en un contexto de comunidad hereditaria: como una de las obligaciones que nacen del hecho de partir. Del mismo modo, el fundamento de esta obligación y, consecuentemente, de la posterior responsabilidad, descansa sobre unas bases propias. Así, a través del principio general en el que la partición no puede perjudicar a los interesados, en la medida que los sujetos que dividen no pueden tener menos derechos que los que tendría un legitimado (65), el fundamento de dicha obligación responde al mantenimiento de uno de los principios rectores de la comunidad: «el reparto proporcional de los daños y perjuicios». La partición, por tanto, no aboga la supervivencia de los principios rectores de la comunidad en aquellas situaciones, como el peligro o riesgo de evicción, que pese a tener una realización posterior al hecho de partir traen, no obstante, su causa de legitimación en su estado anterior de comunidad.

Por otra parte, este significado propio de la evicción en la partición de la herencia se manifiesta de forma inequívoca en el contenido de la responsabilidad derivada. Efectivamente, una vez superada la espuria tesis de la «permutatio», hay que acordar que la dinámica de la partición hereditaria no conduce a la típica responsabilidad por evicción de la «actio ex empto», «el praestare haber licere» (artículos 1.461 y 1.475 y siguientes del Código civil), sino a un contenido indemnizatorio «pro-portione» armónico con el anterior principio de la comunidad: el reparto proporcional de los daños y perjuicios. Por ello, y pese a que la técnica legislativa de nuestro artículo 1.071 del Código civil obedezca al desarrollo del principio declarativo de la partición, según la concepción de Pothier (66), no hay inconveniente al-

(65) BEKKER, E. I. (1979): *System des heutigen Pandektenrechts*, Vol. 1, Wimar (1886), Neudruck, Scientia Verlag Aalen.

(66) El artículo 885 del Código civil francés reproduce, casi textualmente, el pensamiento del insigne jurista acerca del principio de igualdad que debe presidir toda partición: «Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la part que lui a causée l'éviction.»

guno en concordarlo con los verdaderos antecedentes examinados. Es decir, con la «actio ex stipulatio pro-portione» como acción adecuada a los efectos de la evicción en la naturaleza y características de la partición hereditaria. Por último, el marco de este peculiar contenido de la responsabilidad por evicción se puede ensanchar a propósito del momento de valoración de la «res evicta». Al margen del posible criterio sistemático del artículo 1.074 del Código civil, «atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas», los principios y reglas de la «actio familiae erciscundae» llevaban a parecido resultado en la división judicial (67). Por el contrario, tanto el alcance de la espuria tesis de la «permutatio» como el afán lógico-dogmático de los doctores y comentaristas del «ius commune», condujo al valor de la cosa al tiempo de la evicción; aplicación generalizada del «id quod interest» de la «stipulatio habere licere» asumido, posteriormente, por la «actio ex empto». En nuestra modesta opinión, y en el marco de estas consideraciones generales, la problemática al respecto no debe centrarse ni en un planteamiento dialéctico entre el precio de su adjudicación (o de su estimación) en la división y el valor de la cosa al tiempo de la evicción, ni tampoco en razones de oportunidad (tal y como parece que se presentó la cuestión para los redactores del Code francés) (68), o en argumentos tendentes a una pretendida equidad (69). La cuestión, en la línea de investigación que hemos seguido, queda planteada en el marco de esa propia y específica responsabilidad por evicción que atañe a la naturaleza y efectos de la partición hereditaria. De esta forma, nos encontramos ante su mejor fundamento jurídico. Por eso, las enseñanzas tanto de la «actio familiae erciscundae» como de la «stipulatio duplae» y, con posterioridad, de

(67) Anteriormente ya hemos analizado el alcance correcto tanto de la «actio in factum» como de la «actio praescriptis verbis» en nuestro objeto de estudio. De ahí que el recurso, ante la ausencia de la a. f. ercis., a dichas acciones (dolosa y contractual, respectivamente), no empañe la tipicidad de la división judicial en el Derecho romano.

(68) Así parece desprenderse de los comentarios de DEMOLOMBE en su *Traité des successions*, Tome cinquième. Donde aparte del valor de la cosa al tiempo de la partición (seguido por POTHIER) y del valor de la cosa al tiempo de la evicción (seguido por el propio DEMOLOMBE), se recoge una doctrina o sistema mixto. En éste, si el valor de los lotes no ha variado desde la partición, entonces se atiende al primer criterio; si por el contrario el valor de los respectivos lotes ha cambiado, entonces la indemnización será calculada según valoraciones actuales. Este tercer criterio tiene, no obstante, su bondad, el inconveniente tanto práctico como jurídico de reproducir una segunda partición en el caso de variación de valor de los respectivos lotes.

(69) Esta postura la podemos constatar en GARCÍA GOYENA en sus: *Concordancias, motivos...*, en pro del criterio de valoración del bien al tiempo de la evicción. Especialmente en su artículo 917 (artículo 1.069 del Código civil) en donde se remite, en general, a las reglas del saneamiento en la compraventa, y, paradójicamente, en su artículo 1.400 (artículo 1.477 del Código civil) donde pese a contemplar el «pactum de non praestanda evicione» se aparta del criterio clásico (D. 19, 1, 11 (18). Ulp. 32. ed., entre otros), es decir, de la restitución del precio, para defender la «sencillez y equidad» del criterio de valor de la cosa al tiempo de la evicción.

la «*stipulatio pro-portione*», conducen a delimitar el contenido de la responsabilidad por la evicción en pro del criterio de su precio de adjudicación (o estimación) en la división. Y ello porque dicho criterio, a diferencia del valor de la res al tiempo de la evicción (consecuencia del «*id quod interest*»), responde mejor tanto al desenvolvimiento histórico del instituto como a la naturaleza y características del mismo (70).

Respecto a nuestro objeto de estudio, la excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador, poco más podemos decir. Resaltar, si cabe, cómo a pesar de la vigencia normativa del número 1 del artículo 1.070 del Código civil, lo cierto es que la racionalidad del precepto es contraria a nuestros correctos antecedentes históricos y sienta su fundamento sobre unas concepciones artificiosas que tuvieron su resplandor en períodos ya superados del pensamiento jurídico. En consecuencia, el curso de la investigación no puede conducir a otro resultado que no sea el de propugnar, de «*lege ferenda*», la supresión del citado precepto. Supresión que vendría justificada a través de dos vías, ciertamente complementarias. La primera, bajo el mandato científico del artículo 8 (Base 1.^a) de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, lleva a la constatación de la no correspondencia entre el desarrollo de las instituciones civiles de nuestro «Derecho histórico» y la excepción aquí tratada. En este sentido, tal y como hemos podido observar a lo largo del trabajo, la Ley 9, Título 15 de la 6.^a Partida, modificó el principio de igualdad entre los coherederos, recibido de los antecedentes de Derecho romano, al seguir los dictados de la espuria concepción traslativa de la partición y de la artificiosa construcción de los contratos innominados. Modificación que no vino respaldada por unos criterios propios de evolución de nuestros institutos, sino por el auge y dogmatismo de las anteriores doctrinas que tuvieron su eclosión, dentro del marco de la recepción culta, en el «*ius commune*». Desdibujada, así, la ejemplaridad del principio de igualdad entre coherederos, García Goyena no tuvo inconveniente en seguir a la disposición de Partidas que creyó conforme con los antecedentes de Derecho romano. En el tránsito del Proyecto de 1851 hasta el Código civil, tanto la racionalidad del precepto como su legitimidad histórica no fueron objeto de discusión alguna. Por otra parte, el Derecho moderno, dentro ya de la segunda vía propuesta, muestra en la concepción y el alcance sistemático de nuestros institutos la imposibilidad de sustentar, por más tiempo, el fundamento último de la excepción aquí tratada: la

(70) Así lo entendió el genial BARTOLO, para quien la evicción de un bien hereditario obligaba a los restantes coherederos a la estimación de dicho bien atendiendo al tiempo de la división. La razón de ello reside en que mientras la división es un acto necesario («*quia divisio est actus necessarius*»), la compraventa es un acto voluntario.

construcción dogmática de los contratos innominados. Del mismo modo, y pese a la problemática derivada del principio declarativo de la partición o del eclecticismo del Proyecto de 1851 (respecto de los antecedentes históricos y legislativos utilizados) el alcance negativo de la concepción traslativa de la partición se hace patente tanto en la definición y efectos de éste como en el logro de su específica responsabilidad por evicción.

