

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES DIVISORIAS EN NUESTRO DERECHO

Discurso leído el día 28 de noviembre de 1986, en la
solemne sesión de ingreso del Académico de Número

ILTMO. SEÑOR

DON ARSENIO CRISTOBAL Y FERNANDEZ-PORTAL

y contestación del

EXCMO. SEÑOR

DON AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR



LA CORUÑA

1986

DEPOSITO LEGAL: C-472 - 1978

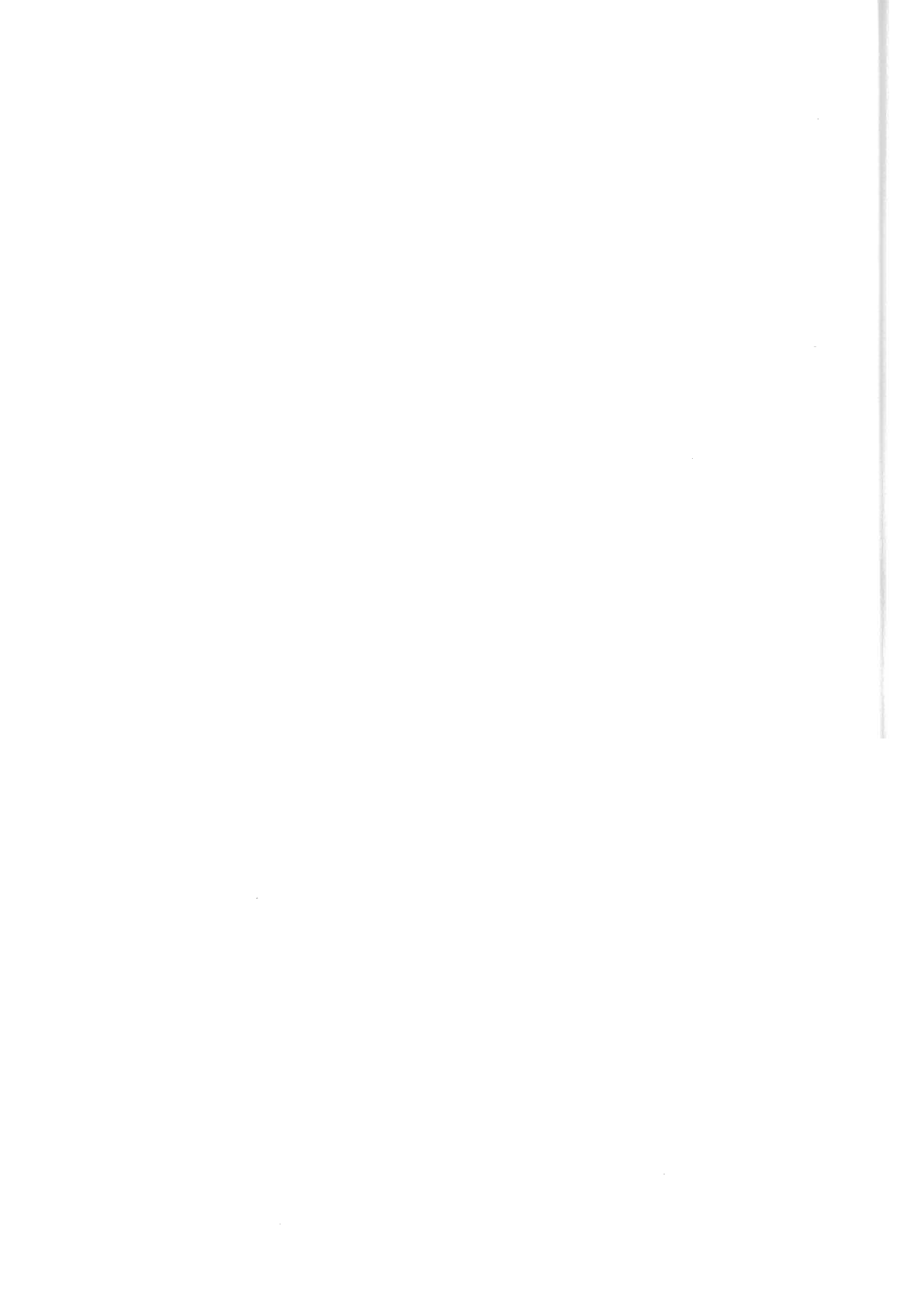
VENUS artes gráficas, s. a. - LA CORUÑA

I

DISCURSO

DEL ILTMO. SEÑOR

DON ARSENIO CRISTOBAL Y FERNANDEZ-PORTAL



SUMARIO

Aspectos procesales de las acciones divisorias en nuestro Derecho.

Introducción.

- I.— El Derecho romano como punto de partida.**
 - 1.—Antigüedad de las acciones familiae erciscundae, communi dividundo y finium regundorum.
 - 2.—El procedimiento fórmulario: la adjudicatio.
 - 3.—El procedimiento extra ordinem. La compilación justinianea.
- II.— Hacia una teoría general de las acciones divisorias en el Derecho patrio.**
 - 1.—Cuáles son las acciones divisorias de nuestro Derecho.
 - 2.—El presupuesto de las acciones referidas y su calificación como divisorias: Una situación de indivisión, absoluta (comunidad) o relativa (división imperfecta).
 - 3.—El objeto a que tienden las acciones divisorias: la adjudicación. Concepto y naturaleza. Carácter acusadamente discrecional.
- III.— Ejercicio de acciones divisorias en juicio ordinario.**
 - 1.—Posibilidades.
 - 2.—La demanda inicial de juicio.
 - 3.—Las sentencias que estiman una demanda en que se ejercite acción divisoria.

IV.—La ejecución de sentencias estimatorias de acciones divisorias.

- 1.—Generalidades e inaplicabilidad de las normas sobre ejecución de sentencias contenidas en los arts. 921 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (libro II, título VIII, sección primera).
- 2.—Los trámites de ejecución de la sentencia que condena a partir una herencia.
- 3.—Los trámites de ejecución de la sentencia que condena a dividir la cosa común.
- 4.—Los trámites de ejecución de la sentencia que condena a practicar un deslinde.
- 5.—Los trámites de ejecución de sentencias estimatorias de acciones divisorias.

V.— Ejercicio directo de acciones divisorias en fase ejecutiva.

- 1.—El caso de la acción familiae erciscundae. Verdadera naturaleza del mal llamado juicio de testamentaria.
- 2.—El caso de la acción communi dividundo.
- 3.—El caso de la acción finium regundorum.

VI.—Conclusiones.

Bibliografía consultada.

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores:
Señores Académicos:
Señoras y Señores:

Mis primeras palabras han de ser testimonio de gratitud hacia esta Academia por la acogida cordial que encontré en ella y por el recibimiento solemne que hoy me hace; gratitud que se concentra y magnifica en la persona de su Presidente, el Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Corral.

Quiero expresar también mi agradecimiento y satisfacción personal, por la presencia en este acto para contestar a mi discurso de don Agustín Fernández Albor, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad compostelana, amigo de siempre y condiscípulo durante los cinco cursos de la carrera, en las aulas de la Facultad de Derecho de Santiago.

Por último, mi reconocimiento también a todos los asistentes a este acto, por el apoyo que con vuestra presencia me dais.

Y rendido muy gustosamente este justo tributo que las circunstancias imponen, antes de entrar en la lectura del discurso, es oportuno que haga unas breves consideraciones y advertencias sobre el tema que es su objeto y la forma de su tratamiento.

Voy a hablar sobre «Aspectos procesales de las acciones divisorias en nuestro Derecho», y con ello queda dicho que concreto mi estudio a algunas particularidades de índole procesal de esas acciones, dejando de lado, salvo indispensables referencias, el aspecto civil de su problemática.

Voy a ocuparme pues sólo de problemas procesales en nuestro Derecho positivo, y no de todos, sino específicamente de los procedimentales, y aun de éstos desde un punto de vista general, sin entrar en detalles y pormenores.

Pero aun así, creo que lo que voy a decir encierra interés.

A lo largo de mi actividad profesional he observado las dudas y perplejidades que surgen cuando estas acciones se ejercitan, dudas y perplejidades que aparecen desde el primer momento y se mantienen incrementadas si cabe hasta el final.

Pues bien, este discurso intenta sistematizar estos problemas y arrojar alguna luz sobre ellos y sus posibles soluciones.

Mi análisis viene a ser, así, una especie de dictamen sobre una consulta que la realidad procesal nos hace; viene a ser una posible respuesta a los interrogantes que la práctica nos plantea, respuesta naturalmente discutible, pero que puede tener una cierta utilidad, máxime si se considera la carencia de estudios de conjunto sobre estas cuestiones.

En el tratamiento y exposición del tema, prescindo de referencias de Derecho comparado y doctrina extranjera, aun habiéndome asomado a ellos, y me centro en el ordenamiento legislativo que diariamente hemos de aplicar; concedo a la Jurisprudencia, sin pretender entrar en su examen particularizado, la atención crítica que merece; y he tenido muy en cuenta a nuestros procesalistas de la etapa precodificadora y de la correspondiente a la vigencia de nuestra primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, porque creo que la debida comprensión del ordenamiento actual no puede alcanzarse sin algún conocimiento de la situación jurídica anterior, que constituye su base de lanzamiento.

Una advertencia final: sorprenderá quizá que en este discurso no emplee la palabra proceso, sino que hable siempre de acciones, juicios, pleitos y procedimientos. Lo hago así deliberadamente y porque estimo que en este momento la palabra proceso adolece de imprecisión, es anfibológica. Por eso me atengo a nuestra terminología tradicional, que no está de moda, pero que además de ser la empleada por la Ley es más precisa.

Y paso a la lectura del discurso, propiamente dicho.

I.—EL DERECHO ROMANO COMO PUNTO DE PARTIDA.

1.—Antigüedad de las acciones *familiae erciscundae*, *communi dividundo* y *finium regundorum*.

No por vana erudición, sino por exigencias del tema que nos va a ocupar en este discurso, hemos de comenzar ante todo por referirnos al Derecho Romano.

En ese monumento jurídico que el Derecho Romano es, del que se nutre permanentemente la cultura occidental, son conocidas desde tiempos antíquisimos tres acciones, denominadas «*familiae erciscundae*» «*finium regundorum*» y «*communi dividundo*».

Es muy lejano el origen de estas acciones, cuyo objeto perfectamente conocido, es conseguir la partición de la herencia, el señalamiento de linderos entre fincas y la división de una cosa común.

De tal modo son antiguas estas acciones que las denominadas «*familiae erciscundae*» y «*finium regundorum*» ya se encuentran en la Ley de las XII Tablas, conocida sólo fragmentariamente a través de referencias en las fuentes romanas posteriores.

Y si antíquisimas son las dos acciones mencionadas, igualmente antigua es la acción «*communi dividundo*», de la que se sabe que fue establecida por una llamada Ley **Licinia**, cuya exacta situación en el tiempo no puede precisarse, pero sí su vetustez (1).

La existencia por consiguiente de esas tres acciones, desde la más remota antigüedad, consta claramente.

El interesado en una herencia puede pedir que se parta, el condómino que se divida la cosa común, y el propietario del predio que se concreten y determinen sus linderos respecto de los predios contiguos.

En los primeros tiempos, cuando regía el procedimiento de las «*legis acciones*», las tres que hemos indicado se tramitaban por el procedimiento denominado «*legis actio per iudicis arbitrive pos-*

(1) Sobre el origen y antigüedad de las tres acciones, vid. Jörs-Kunkel, ob. cit., en Bibliografía, pág. 358. Uno de los fragmentos conservados de la Ley de las Doce Tablas, correspondiente a la VII, se refiere a la acción *finium regundorum*. Se sabe que esa Ley regulaba la *actio familiae erciscundae*, por Gayo 4, 17-a y D. 10, 2, 1 pr. En cuanto a la Lex Licinia, sobre la acción *communi dividundo*, aparece mencionada en D. 4, 7, 12 y también en Gayo, Instituciones, 4, 17-a.

tulationem» (2), consistente en que, ante una situación de controversia, las partes solicitaban del Pretor la designación de un juez o árbitro que la solucionase (3).

2.—El procedimiento formulario: La adjudicatio.

Si continuamos examinando el desarrollo del Derecho Romano y la regulación en él del proceso, llegamos al denominado procedimiento formulario, en el que se unifica todo el sistema anterior de las legis acciones.

En este procedimiento, las partes ante todo, en presencia del Pretor, exponen sus diferencias y a la vista de ellas este Magistrado designa un Juez o árbitro y redacta una fórmula que se le ha de hacer saber a éste, en la que se recogen sintéticamente los términos de la controversia que el «judex» ha de resolver.

Es quizá la manifestación más visible de las dos fases del procedimiento romano en la época clásica, caracterizado por una etapa «in jure», ante el Pretor, y otra «apud judicem», ante el Juez o árbitro designado.

Pues bien, como se sabe, las fórmulas redactadas por el Pretor, en vista de la postura de los litigantes, contienen por regla general las siguientes partes: la designación del Juez, la «intentio», la «demonstratio» y la «condemnatio».

La «intentio» es la parte de la fórmula en la cual el demandante expresa su deseo; la «demonstratio» se inserta al principio de la fórmula para explicar el asunto sobre que se litiga; y en la «condemnatio» el Pretor ordena al Judex que condene a algo si procede, o en otro caso absuelva.

(2) Por Gayo, 4, 17-a, se sabe que las acciones familiae erciscundae y communi dividundo se tramitaban por el procedimiento de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem, y esa es también la opinión más generalizada en cuanto a la finium regundorum (vid. Arias Ramos, ob. cit., pág. 158). «Los autores se inclinan a pensar que también se utilizaría esta acción de Ley en otros casos no enumerados por Gayo, y en los cuales según algunas fuentes, debería acudir a un árbitro que decidiera respecto a determinados intereses de las partes que no exigían el planteamiento de un verdadero litigio; p. ej., en la acción de fijación de lindes (actio finium regundorum, ley de las XII Tablas, VII, 5; en contra Buckland)» (Alvarez Suárez, ob. cit., en Bibliografía, pág. 248).

(3) «Un problema muy discutido es el consistente en determinar cuándo este particular encargado de resolver el conflicto recibía el nombre de Juez y cuándo, por el contrario, se le denominaba árbitro... se ha llegado a estimar que en la acción de la Ley que venimos considerando... se habría preferido el nombre de árbitro para las acciones divisorias, donde únicamente se perseguía resolver una cuestión de intereses» (Arangio-Ruiz, ob. cit., págs. 41 y 42).

Pero, además de esas partes de la fórmula que acabamos de indicar, existe otra que se denomina «adjudicatio» y que aparece exclusivamente en las tres acciones que hemos mencionado: «familiae erciscundae», «communi dividundo» y «finium regundorum» (4).

En esta parte de la fórmula, en la «adjudicatio», se autoriza al Judex para «adjudicar lo que convenga adjudicar».

He aquí, a modo de ejemplo, la fórmula de una acción «familiae erciscundae», tal y como la propone el Profesor Urcisino Alvarez con base en los estudios de Lenel (5):

«Puesto que Lucio Ticio y Cayo Seyo han solicitado que se les dé un juez para la partición de la herencia del difunto Publio Mevio, tú, juez, adjudica lo que convenga adjudicar: y a todo aquello que, por esta razón, convenga que uno de ellos haga en favor del otro, según la buena fe, condena; y si no resulta, absuelve».

Tenemos pues que, pese al reconocido carácter pragmático y casuístico de la mentalidad romana, ya en la época clásica están de algún modo agrupadas y unificadas las tres acciones «familiae erciscundae», «communi dividundo» y «finium regundorum», pues son ellas las únicas que exigen que en la fórmula se incluya una «adjudicatio», un mandato al juez para que adjudique determinados bienes o determinadas cosas a las partes en el litigio.

Parece que en la época clásica del Derecho Romano, y mientras estuvo vigente el procedimiento «per formulas», no se pasó de ahí.

Durante esa época, aparte de lo dicho, los juristas romanos debieron limitarse a mencionar agrupadas las tres acciones que nos ocupan, pero sin otra preocupación, como nos dice el Profesor Schulz en su Derecho Romano Clásico (6).

(4) Sobre las partes de la fórmula en general, vid. Gayo, 4, 39 a 44; sobre la adjudicatio en concreto, Gayo, 4, 42.

(5) Curso de Derecho Romano, I, cit. en Bibliografía, pág. 331.

(6) «Las siguientes tres acciones constituyen un grupo especial en el Edicto del Pretor: actio familiae erciscundae, actio communi dividundo, actio finium regundorum. Usualmente son llamadas judicicia divisoria por los autores modernos» (ob. cit., pág. 45).

3.—El procedimiento extra ordinem. La compilación justiniana.

Con la desaparición en el curso del tiempo del proceso formulario y su sustitución por el procedimiento «extra ordinem», esta singularidad de los juicios divisorios parece en primer término desaparecer o diluirse, puesto que ya no se redacta fórmula.

Pero, como no cabe duda de que la existencia como entidad conceptual unificada de esas acciones responde a una poderosa razón de ser, en definitiva este grupo de juicios reaparece con una nueva fuerza en la compilación justiniana.

Y así, ya en el libro que Justiniano mandó redactar para uso de principiantes, y después de estudiar las acciones reales y las personales, leemos (7):

«Algunas acciones parecen ser mixtas, de reales y personales. Tales son las siguientes: la acción que se da a los coherederos para pedir la división de la herencia (actio familiae erciscundae), la que se concede a los conductores para pedir la división de la cosa común (actio communi dividundo) y la que se utiliza por aquellos que tienen fincas contiguas para delimitar sus respectivas propiedades (actio finium regundorum). En estas acciones el juez puede atribuir partes a cada uno de los litigantes, con arreglo a la equidad, y condenar al que salió ganando en la adjudicación, a que pague al otro una cierta cantidad» (l. 4, 6, 20).

Como se ve por el párrafo transcrito de las Instituciones de Justiniano, se sigue haciendo un grupo único y diferenciado con las tres acciones a que nos estamos refiriendo, caracterizado porque en ellas el juez está facultado para llevar a cabo o efectuar adjudicaciones dominicales, con independencia de que pueda también condenar a algo a los interesados.

Pero además se incluye la novedad de afirmar en ese texto jurídico que hay algunas acciones que parecen tener una causa mixta, y ser al mismo tiempo acciones reales y acciones personales.

(7) Versión de Hernández-Tejero Jorge, cit. en Bibliografía.

Con el transcurso del tiempo, y de la evolución de la ciencia jurídica, se vino así a consagrar una nueva clase de acciones, formada básicamente por las que nos ocupan y a las que se llegó a denominar mixtas.

De ese modo ha podido sostenerse que además de las acciones reales y las personales hay otras acciones que, por participar de la naturaleza de ambas, se denominan mixtas.

Mas no es el texto transcrito el único de la compilación justiniana en que encontramos unificadas dichas acciones.

También en la obra de fondo de esa compilación, en el Digesto, hallamos esas tres acciones tratadas junta y paralelamente.

En efecto, los tres primeros títulos del Libro Décimo del Digesto están dedicados respectivamente a tratar del señalamiento de límites, de la partición de la herencia y de la división de la cosa común.

De entre los textos allí recogidos nos parece oportuno en este momento entresacar los siguientes (8):

«Se permite al Juez del deslinde que cuando no pueda determinar los linderos dirima la controversia mediante adjudicación; y si tal vez, con el fin de remover la imprecisión del antiguo lindero, quiere el juez llevar los linderos por otra parte, puede hacerlo mediante adjudicación y condenación» (D. 10, 1, 2, 1).

«Subsiste la acción de deslinde aunque los comuneros hayan entablado la acción divisoria o hayan enajenado el fundo» (D. 10, 1, 9).

«El juicio de división de cosa común, el de partición de herencia y el de deslinde son de tal manera que en ellos cada persona tiene doble derecho: el de demandante y el de demandado» (D. 10, 1, 10).

«En la acción de partición de herencia cada uno de los herederos tiene la posición del demandante y demandado» (D. 10, 2, 2, 3).

«Si se hubiera demandado con la acción de partición de herencia o de división de cosa común o de deslinde,

(8) Versión de d'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garrido y Burillo, cit. en Bibliografía.

y hubiese fallecido uno de los litigantes dejando varios herederos, el juicio no puede dividirse en partes, sino que todos los herederos deben aceptarlo o nombrar un solo procurador, que lleve la acción en nombre de todos» (D. 10, 2, 48).

«En las tres acciones dobles, de partición de la herencia, división de la cosa común y de deslinde, se pregunta quién se entenderá por demandante, pues parece igual la posición de todos; pero se estimó que sea considerado demandante el que hubiese provocado a juicio» (D. 10, 3, 2, 1).

De entre los numerosos fragmentos del Digesto relativos a las acciones que nos ocupan, hemos escogido los que acabamos de señalar porque a través de ellos se ve, una y otra vez, que las tres acciones están unificadas por la existencia en ellas de adjudicaciones, y porque además se insiste repetidamente en que se trata en los tres casos de acciones dobles, en que cada uno hace las veces de actor y de demandado.

Es esto algo que conviene retener, para los fines a que va dirigido el presente discurso.

Con lo que damos fin a las referencias al Derecho Romano, para dejar bien claro que es éste el que, pese a su tendencia al casuismo y su repugnancia a la construcción jurídica, crea esta categoría de las acciones mixtas o divisorias, reconociendo una característica única y común en las acciones «familiae erciscundae», «communi dividundo» y «finium regundorum».

II.—HACIA UNA TEORIA GENERAL DE LAS ACCIONES DIVISORIAS EN EL DERECHO PATRIO.

1.—Cuáles son las acciones divisorias en nuestro Derecho.

En nuestro Derecho vigente existen las tres acciones de partición de herencia, división de cosa común y deslinde, como consecuencia de lo dispuesto en los arts. 1.051, 400 y 384 del Código Civil.

Las tres acciones aparecen con tratamiento unificado, a efectos de prescripción, en el art. 1.965 de dicho cuerpo legal, con arreglo al cual «no prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde».

Pero más importante todavía es que la unificación de dichas acciones venga impuesta por la circunstancia de que las tres terminan mediante la realización de adjudicaciones a favor de las partes que en ellas intervienen.

Esto es evidente cuando se trata de las acciones de partición de herencia y división de bienes (9).

Y también lo es, por lo que se refiere a la acción de deslinde, si se tiene en cuenta que éste se hará siempre «distribuyendo el terreno objeto de la contienda», proporcionalmente a los títulos o posesión de los colindantes (arts. 385 a 387 del Código Civil).

Como esta distribución del terreno equivale a su adjudicación, nos parece que es claro lo que antes decíamos: que la unifica-

(9) En el orden teórico se discute si son divisorias las tres acciones *familiae erciscundae*, *communi dividundo* y *finium regundorum*, o sólo las dos primeras. Según Savigny, «se las designa con el nombre de las tres acciones de partición, si bien propiamente hablando, esta denominación sólo se aplica a las dos primeras» (ob. cit., tomo IV, pág. 51). La importante obra de Pavanini «*Natura dei giudici divisorii*», cit. en Bibliografía, sólo se refiere a dichas dos acciones. Tradicionalmente, se considera que la acción *finium regundorum* es acción divisoria, pues a la confusión de linderos se pone fin mediante adjudicación, lo que implica necesariamente división. «En las acciones enderezadas a dividir una cosa común (*actiones communi dividundo*, *familiae erciscundae* y *finium regundorum*) el Juez... debe dividir; para ello se ve facultado por una cláusula especial de la fórmula (*adjudicatio*), que le autoriza a adjudicar derechos a los que han solicitado la división o deslinde» (d'Ors, *Elementos*, cit., págs. 58 y 59). «En la práctica, la *rei vindicatio* no podía resolver todos los litigios de deslinde; para complementarla se creó la acción *finium regundorum*, considerándose común a ambos propietarios colindantes la faja limitrofe y concediendo al Juez atribuciones para trazar el deslinde mediante *adjudicatio*, con arreglo a las circunstancias... La acción de deslinde figura, pues, entre los llamados «juicios divisorios» y, por tanto, en la categoría de los *judicia duplicia*, donde ambas partes son, a la vez, demandante y demandada» (Sohm, ob. cit., pág. 290).

ción en el tratamiento de estas tres acciones viene impuesta por el hecho de que las tres han de consumarse mediante adjudicaciones (10).

2. —**El presupuesto de las acciones referidas y su calificación como divisorias: una situación de indivisión, absoluta (comunidad) o relativa (división imperfecta).**

Si como hemos visto, en las tres acciones «familiae erciscundae», «communi dividundo» y «finium regundorum», y sólo en ellas, concurre la circunstancia de que ha de darse o haber una adjudicación, es evidentemente porque en ellas hay algo, típico y característico, que así lo exige.

Y en efecto lo que hay de típico en esas tres acciones es que en ellas se parte de una situación de indivisión a la que se trata de poner fin.

Ello justifica que desde hace siglos se hable de acciones divisorias, para designarlas.

La indivisión mencionada puede ser absoluta o relativa.

La indivisión absoluta se da en los casos de comunidad hereditaria y copropiedad o comunidad ordinaria. En el primer caso, la comunidad recae sobre la herencia, que no es otra cosa que un patrimonio caracterizado por haber pertenecido a una persona fallecida; en el segundo, la comunidad recae sobre una o varias cosas, e incluso sobre patrimonios, pero por título no hereditario.

En cuanto a la indivisión relativa, concurre en los supuestos de total indeterminación e imprecisión de linderos entre al menos dos fincas, en los cuales nos encontramos ante una división imperfecta o no terminada por el señalamiento del lindero entre ellas; defecto que puede ser originario, por haberse dividido una finca mayor sin que llegase a fijarse la línea divisoria, o sobrevenido, por haberse perdido el recuerdo del linde establecido en el pasado y ser imposible la prueba de su primitiva trayectoria.

En todo caso, en nuestro Derecho, cuando la trayectoria del linde se desconoce y no se puede averiguar, la división entre los predios no es perfecta y en ese sentido existe indivisión.

(10) Las tres acciones referidas son, pues, las acciones divisorias en nuestro Derecho.

Conviene en efecto, al hilo de esta exposición o discurso, que señalemos que, con arreglo a nuestro Derecho vigente, la acción de deslinde se caracteriza por una imprecisión de linderos que hace que no pueda afirmarse, ni menos probarse, por dónde corre el linde entre dos propiedades, de tal modo que a la cuestión sólo puede ponerse fin mediante un repartimiento del terreno proporcional a la superficie de las fincas colindantes según los títulos respectivos, o en su defecto según la posesión en que los respectivos propietarios se encuentren (11).

Es ésta la verdadera diferencia entre la acción reivindicatoria y la de deslinde, tema al que en repetidas ocasiones ha prestado atención la doctrina (12).

La acción de deslinde sólo puede prosperar en aquellos casos en que se desconoce por dónde marcha el lindero, y desde luego no se puede probar por dónde corría con anterioridad.

Si en un caso de ausencia de mojones, uno de los propietarios colindantes sostiene la existencia de una determinada trayectoria del lindero, ese propietario no está ejercitando una acción de deslinde, sino una reivindicatoria o una declaratoria de dominio.

Insistimos pues en que, en los tres casos de ejercicio de las acciones *familiae erciscundae*, *communi dividundo* y *finium regundorum*, estamos ante una situación de indivisión, derivada de la existencia de comunidad, ya hereditaria ya ordinaria, o al menos resultante de una imprecisión en los linderos que no puede ser aclarada en modo alguno, en el sentido de no poder ser reconstruidos los primitivos.

Y de ahí la identidad sustancial de esas tres acciones que nos vienen ocupando, identidad que se comprueba examinando los casos límite o extremos de las mismas, y viendo de qué modo en ellos las tres acciones se confunden.

En efecto, es evidente que si la herencia de un causante está constituida por una sola finca, las acciones *familiae erciscun-*

(11) Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1918, 14 de enero de 1936, 9 de noviembre de 1949, 2 de abril de 1965, 27 de mayo de 1974, 27 de abril de 1981, etc.

(12) Sobre este tema, vid. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema cit.*, vol III, pág. 119; Lacruz, *Elementos*, tomo III, vol. 1.º, pág. 223; Roca Juan, *ob. cit.*, págs. 355 y ss.; y Cabrera Hernández, *trab. cit. en Bibliografía*.

dae y communi dividundo vienen a ser real y verdaderamente una sola y la misma cosa.

Y también es evidente que si una finca se divide en varias parcelas, señalando o no hacia qué parte de aquélla quedan éstas, pero no se materializa o expresa la trayectoria del lindero en el terreno, ni en un plano, ni de otro modo claro y preciso, el deslinde pendiente no es otra cosa que la última operación en la división de la cosa común y adjudicación de las parcelas a que nos hemos referido.

Tenemos, pues, que en las acciones de que estamos hablando se parte de una situación inicial de indivisión, ya sea ésta absoluta o relativa.

Pues bien, como se ha visto, tanto el Derecho Romano como el patrio, reconociendo esa identidad sustancial de la situación de base, aplican la misma solución para ponerle fin, que es la «adjudicatio».

3. —El objeto a que tienden las acciones divisorias: la adjudicación. Concepto y naturaleza. Carácter acusadamente discrecional.

Esto nos lleva a detenernos en el concepto y naturaleza de la adjudicación.

¿Qué es la adjudicación?

Según el punto de vista que adoptemos, puede definirse la adjudicación de diversas maneras.

Por de pronto, es una parte de la fórmula que el Pretor redactaba al ejercitarse una acción en el procedimiento formulario.

Era aquella parte de la fórmula en que se autorizaba al «arbitrator» para poner fin a las situaciones de indivisión mediante adjudicación, es decir, mediante atribuciones de propiedad a las partes en el juicio (13).

Desde otro punto de vista, y si se atiende a su resultado, la adjudicación es uno de los modos de adquirir la propiedad de las cosas.

(13) Gayo, 4, 42: Adjudicatio est ea pars formulae qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare.

De esa manera acostumbra a encuadrarse la adjudicación en los textos didácticos habituales de Derecho Romano, desde hace varios siglos.

Al estudiarse en esos libros los modos de adquirir la propiedad (*mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*, *usucapio*, etc.), entre ellos se hacía mención de la *adjudicatio*, o sea, esa atribución de titularidad dominical a favor de alguna o algunas de las partes que hace el *arbiter* en los juicios divisorios.

Todavía en la actualidad hay civilistas que encuadran sistemáticamente de ese modo la adjudicación (14).

Pero si tratamos de definir lo que la adjudicación sea desde un punto de vista más completo que nos diga en qué consiste y para qué sirve, diremos de ella que es un acto jurídico por medio del cual el derecho hereditario, la participación en una cosa común o la propiedad potencial derivada de una imprecisión de linderos, se sustituye por una propiedad ordinaria y bien determinada.

La adjudicación es la operación última y más importante de todas las que constituyen las operaciones particionales, de tal modo que las restantes no son más que preparativos y presupuestos de la adjudicación, que es lo que verdaderamente transforma esos derechos indivisos en derechos individuales y perfectos, haciendo desaparecer la situación anterior de indivisión.

Desde estos puntos de vista, y con base en las premisas que van quedando apuntadas, creemos que puede darse una respuesta al viejo problema que plantean los civilistas, y sobre el cual discuten desde hace mucho tiempo, a diferencia por cierto de lo que ocurre con los procesalistas.

Los civilistas están empeñados en dilucidar si la partición tiene carácter traslativo o declarativo, y sobre ello vienen aduciendo multitud de razones en un sentido o en otro, de carácter dogmático (15).

En cambio, para los procesalistas, el problema se presenta mucho más claro.

La adjudicación es lo que verdaderamente pone fin a las acciones divisorias o mixtas, y a lo que estas acciones tienden.

(14) Aludimos al Sr. Borrell y Soler, obs. cits. en Bibliografía.

(15) Vid. por todos Castán, ob. cit., tomo VI, vol 1.º, págs. 254 y ss.

Y lo que se hace mediante la adjudicación es modificar la situación anterior, poniéndole fin y creando una situación nueva.

En este sentido, todos los procesalistas están de acuerdo en que las acciones divisorias, tendentes a conseguir una adjudicación, son acciones constitutivas (16).

La adjudicación por consiguiente es un acto constitutivo de derechos.

Ahora bien, conviene detenerse brevemente en el análisis de lo que la adjudicación como acto jurídico sea.

A la adjudicación pueden llegar los interesados a través de un acuerdo entre ellos, a través de un contrato.

En principio, la adjudicación es un contrato.

A falta de acuerdo entre las partes interesadas, y puesto que el Derecho ha venido siempre considerando como perjudiciales e indeseables las situaciones de comunidad, y facultando a los interesados para exigir que se ponga fin a esa situación, la adjudicación, que es lo que lleva a ese resultado, es un acto jurídico que puede ser impuesto judicialmente, por medio del ejercicio de las acciones divisorias que estamos estudiando.

Pero llegados aquí, hemos de decir que la adjudicación es un acto jurídico sólo en cuanto produce efectos jurídicos y ha de llevarse a cabo respetando unas ciertas normas; pero por otro lado conviene recalcar que no es un acto de mera aplicación del Derecho, en el sentido de que éste imponga necesariamente unas adjudicaciones concretas y específicas e invariables.

Me explico.

Cabe llevar a cabo una partición de innumerables maneras distintas y a través de adjudicaciones diversas, todas ellas jurídicamente correctas.

Y lo mismo hay que decir de la división de una cosa común, o de un deslinde.

(16) Goldschmidt, ob. cit. en Bibliografía, pág. 110; Alcalá-Zamora en la misma obra, notas de Derecho español, págs. 112 y 113; Prieto-Castro, Tratado cit., 2.ª edición, vol. I, págs. 448, 449 y 450. Este último autor estima sin embargo que las acciones divisorias sólo son realmente constitutivas si la división se lleva a cabo por medio de sentencia: «Estaremos ante una acción constitutiva cuando la ley atribuya al Juez verificar la división, siendo título único la sentencia; pero la acción será de condena cuando se pida una división conforme a preceptos legales que determinen el modo de efectuarla» (pág.450).

Es posible dividir una finca en dos partes iguales en valor, de muy distintas maneras, por ejemplo de Norte a Sur, o de Este a Oeste, o de Nordeste a Sudoeste, etc., etc.

Del mismo modo, un deslinde puede llevarse a cabo, ante una situación de imprecisión del lindero, no con tanta libertad como la división de la cosa común, pero sí indudablemente de muchas maneras distintas y respetando siempre lo dispuesto en los arts. 384 a 388 de nuestro Código Civil.

Queremos subrayar, con todo esto que vamos diciendo, que la adjudicación es siempre un acto jurídico, pero un acto jurídico acusadamente discrecional, puesto que se lleva a cabo dentro de un amplio marco de libertad que la Ley señala, y del que han de hacer uso o bien los interesados, o bien la persona o personas que en defecto de acuerdo entre ellos la deciden.

Y es que las normas sobre partición de herencia, división de cosa común o deslinde, en sentido material, son sólo unas normas de tipo general y abstracto que señalan directrices para que la adjudicación se lleve a efecto, pero que no entran en el detalle concreto de cuál ha de ser la adjudicación en cada caso, lo que se deja al arbitrio de las partes o a la voluntad que las sustituya.

Precisamente por eso, porque las normas materiales reguladoras de la adjudicación son generales y abstractas, nadie tiene derecho a pedir fundadamente que se parta una herencia adjudicándole a él cierto cupo que él mismo determine con arreglo a sus intereses; ni a que se divida la cosa común adjudicándole a él determinada parcela porque así le convenga; ni a que el impreciso linde entre dos fincas se concrete en una determinada trayectoria porque así le parezca oportuno.

En fin, y resumiendo, que a los efectos de este discurso podríamos definir la adjudicación como un acuerdo de los interesados en ella, o en otro caso un acto de tercero o terceros que lo suple o sustituye, constitutivo y acusadamente discrecional, objeto último de las acciones divisorias, tendente a poner fin a un estado de indivisión y establecer en su lugar una titularidad o propiedad individual y bien determinada.



III.—EJERCICIO DE ACCIONES DIVISORIAS EN JUICIO ORDINARIO.

1.—Posibilidades.

Puede afirmarse, con carácter general, que todas las acciones divisorias pueden ejercitarse promoviendo el juicio declarativo que por la cuantía corresponda.

Es lo que ocurre en nuestro Derecho no sólo con esas acciones, sino con toda clase de acciones y derechos.

Mientras la Ley no disponga otra cosa, toda acción ha de ejercitarse promoviendo el juicio ordinario que por la cuantía corresponda (art. 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Aun existiendo tramitación especial para el ejercicio de una acción, es posible hacerlo asimismo en el juicio ordinario correspondiente (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1928 y 25 de junio de 1930).

Es más, el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que si se discute la condición de heredero, o el alcance de los derechos hereditarios de una persona, o la validez del testamento o de alguna de sus cláusulas, todo esto ha de ser objeto del juicio declarativo correspondiente e impide que pueda tramitarse una testamentaria (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1893, 15 de marzo de 1897, 30 de junio de 1905, 8 de noviembre de 1907, 20 de octubre de 1914, 15 de junio de 1954, etc.).

Por tanto, las acciones divisorias pueden dar lugar a un juicio ordinario que ha de tramitarse como otro juicio cualquiera.

Sin embargo, la naturaleza y características de la adjudicación, objeto y finalidad última de estas acciones, aconseja estudiar las posibles repercusiones de la misma en la demanda que inicia y Sentencia que pone fin a estos juicios.

2.—La demanda inicial de juicio.

En principio, la demanda iniciadora de un juicio divisorio, o sea, aquella en que se ejercita una acción de partición de herencia, división de cosa común, o deslinde, no tiene nada de particular.

La demanda está sometida a los mismos requisitos que todas las demás demandas; la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece de modo concreto nada especial al respecto.

Lo que ocurre es que el carácter acusadamente discrecional que la adjudicación tiene, según vimos en el capítulo anterior, influye en la medida que vamos a ver en el desarrollo procesal de estas acciones, de tal manera que al final nos encontramos con determinadas particularidades en ellas, no impuestas directamente por la Ley, sino derivadas según la Ley de su especial naturaleza y características.

En toda demanda, según el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de Derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida».

Esto quiere decir que, eficaz y válidamente, en las demandas sólo cabe hacer peticiones jurídicamente fundadas y concretas; no es posible jurídicamente hablando deducir por medio de una demanda peticiones caprichosas o inconcretas (17).

Pues bien, si hacemos aplicación de estos principios al supuesto de las acciones divisorias, concluiremos que en la demanda iniciadora de los correspondientes juicios no es posible pedir válida y eficazmente que la Sentencia que recaiga haga determinadas adjudicaciones, ni tampoco que haga las que estime precisas para poner fin al estado de indivisión que es presupuesto del juicio.

En la demanda inicial de un juicio divisorio no es admisible jurídicamente pedir, si se ejercita la acción *familiae erciscundae*, que la Sentencia adjudique determinados bienes o derechos al actor, o que el juez parta la herencia como estime oportuno por medio de la misma Sentencia; si se ejercita la acción *communi dividundo*, del mismo modo, tampoco se podrá pedir la adjudicación al demandante de determinada porción de la cosa común, ni que el juez en la Sentencia la divida como le parezca; y finalmente, si se ejercita la acción *finium regundorum*, no podrá tampoco el actor solicitar que el linde lo fije la Sentencia siguiendo determinada trayectoria o como vea preferible.

(17) El art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es un precepto meramente formal, sino que traduce una concepción de fondo. No se trata sólo de que se invoquen fundamentos de Derecho en la demanda, sino de que las peticiones que en ella se contengan estén jurídicamente fundadas.

La razón de que esto sea así radica en los requisitos que toda demanda debe cumplir, y en el carácter acusadamente discrecional de toda adjudicación, que hace posible efectuarla de múltiples modos distintos y ajustados todos ellos a la Ley, como más arriba indicamos.

En efecto, si en la demanda pidiésemos que se hiciesen determinadas adjudicaciones, tal petición sería inadmisibles por caprichosa e infundada.

Y si en la demanda pidiésemos que la Sentencia que diera fin al juicio hiciera las adjudicaciones oportunas para dejar partida la herencia, dividida la cosa común, o deslindados los predios, también estaríamos haciendo una petición inadmisibles, por falta de la necesaria precisión y claridad.

Queda con ello demostrado que en la demanda inicial de un juicio divisorio no se puede en manera alguna pedir, de modo válido y eficaz, que se hagan adjudicaciones en la Sentencia que le ponga fin.

En esas demandas, lo único que se puede pedir es el reconocimiento del derecho del actor a exigir la partición de la herencia, división de la cosa común o deslinde de predios, según los casos, y la consiguiente condena de los demandados a consentir que, en ejecución de Sentencia y por los trámites oportunos, se hagan las necesarias adjudicaciones que conduzcan a aquel resultado en cada caso.

Así lo imponen el carácter acusadamente discrecional de toda adjudicación y el tenor del art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer los requisitos de toda demanda, en especial la necesidad de que las peticiones que se deduzcan estén jurídicamente fundadas y sean además claras y precisas.

3. —Las sentencias que estiman una demanda en que se ejercite acción divisoria.

También hemos de advertir aquí, ante todo, que esas sentencias no tienen en términos generales nada de particular; no obstante lo cual, dada la naturaleza de su objeto, su fallo ha de limitarse, reconociendo el derecho del actor, a condenar a los demandados a consentir que, en ejecución de sentencia y por los trámites oportunos, se lleven a efecto las necesarias adjudicaciones que sirvan para partir la herencia, dividir la cosa común o deslindar los predios de que se trate, según los casos.

Esto, por de pronto, es consecuencia del principio de congruencia, consagrado por el art. 359 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia en esencia es sólo la respuesta de los Tribunales a las peticiones que se hacen en la demanda, respuesta que, para ser congruente, ha de ser afirmativa, negativa, o en parte afirmativa y en parte negativa.

Por consiguiente, si en la demanda inicial de un juicio divisorio sólo se puede pedir, reconociendo el derecho del actor, la condena de los demandados a consentir que, en ejecución de sentencia y por los trámites oportunos, se hagan las necesarias adjudicaciones, es evidente que la sentencia estimatoria de una tal demanda sólo esos pronunciamientos puede contener.

Las sentencias estimatorias de demandas en que se ejercite este tipo de acciones, no pueden contener adjudicaciones, no pueden partir, dividir, ni deslindar.

Esto es muy claro, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 524 de la misma Ley, en vista del carácter acusadamente discrecional de toda adjudicación, adjudicación que es el objeto o finalidad a que todas las acciones divisorias tienden.

Pero hay más.

Según el art. 117.3 de la vigente Constitución, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

Y de conformidad con el punto 4 del precepto citado, «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la Ley en garantía de cualquier derecho».

No es novedad alguna la de ese precepto.

Lo mismo venía a decirse en la Constitución de 1.812 (art. 245) y en todas las Constituciones posteriores (18).

(18) Arts. 63 de la Constitución de 1837, 66 de la de 1845, 91 de la de 1869 y 76 de la de 1876. En parecidos términos, el art. 31 de la Ley Orgánica del Estado de 1.º de enero de 1967. Por excepción, nada se decía sobre el particular en la Constitución de 1931.

Otro tanto dispusieron los arts. 2 y 3 de la Ley Provisional de 15 de septiembre de 1870, orgánica del Poder Judicial, obra de D. Eugenio Montero Ríos y que es de las que ha alcanzado más larga vigencia; y lo mismo dispone el art. 2.º, párrafos 1 y 2, de la actual Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial.

Los Jueces y Tribunales sólo pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, nada más.

Esa es exclusivamente la función del Poder Judicial (19).

Los Jueces y Tribunales no pueden, directamente, partir herencias, ni dividir cosas comunes, ni deslindar predios colindantes; sólo pueden juzgar sobre la procedencia o improcedencia de que eso se haga, y hacer que efectivamente se lleve a cabo.

Nótese al respecto que según el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción aplicable, juzgar es «deliberar, quien tiene autoridad para ello, acerca de la culpabilidad de alguno, o de la razón que le asiste en cualquier asunto y sentenciar lo procedente»; lo que equivale a decir, en palabras más ajustadas a nuestra terminología habitual, que juzgar es sentenciar, resolver un conflicto jurídico dando la razón a quien la tiene.

Ahora bien, como adjudicar no es dar la razón a nadie, sino suplir la falta de acuerdo de los interesados sobre el particular, mediante una decisión acusadamente discrecional, que puede hacerse dentro de la Ley de múltiples modos distintos, es claro que los Jueces y Tribunales no pueden hacer adjudicaciones en sus sentencias, pues si las hiciesen se excederían de su función.

En fin, que no sólo por aplicación de los arts. 524 y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino por la de los arts. 117, párrafos 3 y 4, de la vigente Constitución y 2.º, párrafos 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las sentencias que estimen acciones divisorias no pueden contener adjudicaciones (partir herencias, dividir cosas comunes, deslindar predios); que, como se lee en la del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972, es misión sólo de los Tribunales de Justicia «juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, condenando o absolviendo, en relación con las

(19) Sobre jurisdicción en general, vid. Serra (Estudios, cit., pág. 20), Ramos Méndez (Derecho y proceso, cit., pág. 115) y Alcalá-Zamora (ob. cit. Bibliografía).

peticiones de claridad y precisión de los litigantes, para la protección de un derecho determinado o un bien concreto» (20).

En otros términos:

—Aunque suene a paradoja, si bien las acciones divisorias tienen carácter constitutivo por su objeto o finalidad última, que es la adjudicación, sin embargo, las sentencias que ponen fin a los correspondientes juicios no son constitutivas, sino declarativas y condenatorias.

—La adjudicación y sus problemas no son materia de los juicios divisorios, sino de la ejecución de la sentencia estimatoria que en ellos recaiga.

Y para terminar, señalemos que de hecho, y aunque sin este desarrollo que le hemos dado al tema, todo el mundo está conforme en que las sentencias que recaigan poniendo fin a juicios ordinarios en que se ejerciten las acciones familiae erciscundae y communi dividundo, no pueden partir la herencia ni dividir la cosa común (21).

Curiosamente empero, sin otra explicación, varios distinguidos autores de estimables estudios sobre la acción de deslinde (22) afirman que la sentencia que dé fin al correspondiente juicio

(20) A la misma conclusión llevan los arts. 372-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la vigente Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, en cuanto exigen que las sentencias estén jurídicamente fundadas; toda vez que, como venimos repitiendo, el carácter acusadamente discrecional de la adjudicación imposibilita fundamentar jurídicamente una adjudicación concreta, en vez de otra de las muchas igualmente admisibles y correctas.

(21) Esto se comprueba por la realidad de todos los días, pues si la partición de la herencia, o la división de la cosa común, se pudiesen conseguir con sólo una sentencia particional o divisoria, no se seguiría nunca otro procedimiento. Sin embargo, en los últimos años han surgido algunas opiniones aisladas en ese sentido, frente a las cuales no ha reaccionado debidamente la doctrina científica. Así, Santamaría Ansa (ob. cit., tomo I, págs. 437 y 438) dice que, ejercitada la acción communi dividundo, «la sentencia habrá de señalar la parte que se adjudique a cada uno de los condueños o, por lo menos, si otra cosa no fuere posible, las bases con arreglo a las cuales la división habría de practicarse en período de división». Según Lacruz y Sancho (Elementos, cit., tomo V, pág. 145), «es incluso discutible si cabría intentar directamente la partición en un proceso ordinario. Lo afirma la sentencia de 23 de febrero de 1973 y nuevamente la sentencia de 4 julio de 1980, para la cual la división judicial «es un procedimiento particional que tiene lugar como consecuencia del ejercicio de la acción communi dividundo del art. 400 del Código Civil, lo cual significa que es el Juez quien directamente realiza la división, teniendo en cuenta los arts. 401 y 404 del Código Civil, así como lo establecido para la partición de herencia». Añaden, empero, los dichos Sres. Lacruz y Sancho, que creen que eso «es muy difícil» y que el Juez «tendría que «hacer números», lo cual no es misión ordinaria suya» (pág. 145). Por nuestra parte, advertimos que jamás el Tribunal Supremo ha admitido particiones o divisiones por sentencia, y que las frases transcritas son meros «obiter dicta».

(22) Aludimos concretamente a los Sres. Palá Mediano, Plntó Ruiz y Roca Juan, obs. cit. en Bibliografía.

puede ella misma deslindar; lo que es totalmente imposible en nuestra opinión, como creemos haber demostrado.

El Tribunal Supremo, cautelosamente, ha dicho en su sentencia de 30 de abril de 1964 que «en el juicio contencioso, en la mayoría de los casos, sólo se tiende a la eliminación previa de los puntos de fricción que existan entre los colindantes, fijando las bases a que ha de obedecer el deslinde a practicar y quedando su efectiva ejecución para el momento en que haya de tenerla la sentencia que, al efecto, se dicte».

Nosotros nos ratificamos en lo dicho.

Las sentencias, en el verdadero juicio de deslinde, derivado de total imprecisión y obscurecimiento de límites, no pueden nunca deslindar; puede en una sentencia establecerse la trayectoria de un lindero, cuando se pruebe la misma en juicio, pero con ello no se estima una verdadera acción de deslinde, sino una reivindicatoria o meramente declarativa de dominio.

El deslinde, por entrañar una adjudicación, no es materia de juicio; lo es de ejecución de sentencia.

IV. —LA EJECUCION DE SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE ACCIONES DIVISORIAS.

1. —**Generalidades e inaplicabilidad de las normas sobre ejecución de sentencias contenidas en los arts. 921 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Libro II, título VIII, sección primera).**

Puesto que, según se demostró en el capítulo anterior, las sentencias que recaigan en los juicios divisorios no pueden contener adjudicaciones, es decir, no pueden partir una herencia, ni dividir la cosa común, ni deslindar predios, es obvio que todo esto ha de hacerse en ejecución de sentencia.

En otros términos, la adjudicación a que las tres acciones divisorias tienden, es objeto o materia propia, no de juicio, sino de ejecución de sentencia.

Esto no lo hace observar la doctrina científica patria, y de ahí sus perplejidades ante temas como el de la naturaleza jurídica de la testamentaria, v. gr., al que nos referiremos más adelante.

Ahora bien, ¿por quién y de qué modo ha de ejecutarse la sentencia?

Más concretamente:

—¿Quién ha de ejecutar la sentencia, en defecto de acuerdo de las partes? ¿Acaso será el Juez quien deba hacer las adjudicaciones, partiendo, dividiendo o deslindando?

—¿Qué procedimiento ha de seguirse para la ejecución de estas sentencias?

Trataremos de responder ordenadamente a estos interrogantes.

Y así, contestando al primero, afirmamos que el Juez, que no puede hacer adjudicaciones en la sentencia que pone fin a un pleito en que se ejercite alguna de las acciones divisorias, tampoco puede en ejecución de sentencia hacerlas directamente o por medio de una resolución judicial, por cuanto los preceptos constitucionales y orgánicos antes citados sólo le facultan para «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», pero no para ejecutar él mismo sus propias sentencias.

Queda con esto suficientemente claro que los jueces no pueden en ejecución de sentencia hacer adjudicaciones directamen-

te, es decir, no pueden ellos partir herencias, ni dividir cosas comunes, ni deslindar (23).

Cualquier petición o incidente que se dedujese en la ejecución, dirigido a que el Juez dictase auto o sentencia haciendo adjudicaciones, partiendo, dividiendo o deslindando según su criterio, o de conformidad con el resultado de las pruebas que se practicasen, estaría condenado al fracaso.

Y en cuanto al primer interrogante, basta con lo dicho.

Veamos de contestar al segundo.

Y para ello recordemos que, como ya hemos visto por los fragmentos del Digesto citados en el capítulo I de este discurso, en ellos, al referirse a estas acciones se insiste una y otra vez en que son acciones dobles, juicios dobles, y en señalar que en los mismos cada una de las personas intervinientes hace veces de actor y reo, de demandante y demandado.

Señalemos que lo que acabamos de decir significa exactamente lo mismo, es una reduplicación.

Son juicios o acciones dobles aquellos en que cada una de las partes es, al mismo tiempo, demandante y demandado (24).

¿Qué quiere decir esto que se observa en las acciones y juicios divisorios?

Pues sencillamente, en nuestra modesta opinión, que en ellos no hay, como en otros juicios, una persona que esté obligada respecto de otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

En la mayoría de los juicios, salvo los que nos ocupan, pretende el actor que se declare que el demandando le está obliga-

(23) Dentro del procedimiento de ejecución de sentencia, quienes materialmente llevan a cabo adjudicaciones son las mismas partes interesadas, o los terceros designados al efecto (Contadores); los Jueces sólo hacen adjudicaciones de modo indirecto y formal, al aprobar las materialmente hechas por interesados o Contadores (arts. 1.081, 1.083 y 1.092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(24) Se llaman «juicios dobles a aquellos en que los dos litigantes pueden ser actor y reo, por ejemplo, en la acción finium regundorum, o sea demarcación de linderos, y en la llamada communi dividundo, esto es, de división o partición» (Tapia, Manual cit., pág. 21). «Estas tres acciones convienen en que su objeto es dividir una cosa común o confundida y en que se ventilan en juicio denominado doble, porque no está determinado como en las otras, quién es el que debe proponerlas y contra quién deben de dirigirse, sino que competen indistintamente a cualquiera de los herederos, comuneros, o dueños de predios confinantes, para que quede deslindado el dominio individual de cada uno, reputándose por demandante para el orden del juicio el que lo provocó, pero sin que esto varíe el que en el foro ambos sean a la vez demandantes y demandados» (Gómez de la Serna y Montalbán, ob. cit., ed. 1.848, tomo I, págs. 183 y 184).

do jurídicamente de algún modo, y generalmente pretende además que se condene a dicho demandado a hacer algo, ya sea una dación, o un simple hacer o no hacer.

Pero en estos juicios, en los divisorios, no existe simplemente eso, porque no se trata de que quien en ellos aparece como demandado tenga obligación de hacer algo, sino de que ambas partes, actor y demandado, demandantes y demandados, son los que tienen que hacer algo conjuntamente, a saber, una adjudicación, una partición de herencia, una división de cosa común, un deslinde de sus propiedades.

No es sólo el demandado quien tiene obligación de hacer algo.

Son ambas partes quienes tienen obligación de hacer conjuntamente esa adjudicación a que nos referimos.

Ambas partes tienen derecho a pedir la partición, división o deslinde.

Ambas partes tienen obligación de cooperar a la partición, división o deslinde.

Y el tercero que, en el supuesto de no existir acuerdo entre las partes, ha de realizar esas operaciones, no sustituye sólo la voluntad del demandado, sino igualmente la del demandante (25).

He aquí el verdadero sentido de una categoría jurídica, la de juicios dobles, que no ha desaparecido, ni puede desaparecer de nuestro Derecho, por más que esta terminología haya dejado de ser empleada por los autores desde hace casi un siglo, sin sustituirla por otra que cumpla la función que aquélla venía desempeñando: la de subrayar y destacar la especial situación que se produce en esta clase de pleitos, en los cuales vienen a ser insertibles las normas generales que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a la ejecución de sentencia, precisamente porque los preceptos de esta Ley parten del supuesto de que el condenado civilmente tiene una obligación en sentido amplio frente, al actor, que es el acreedor de ella.

Esta situación de otros juicios, que no se dá en los divisorios, es lo que hace insertibles la mayoría de las normas que dedica nuestra ley procesal a la ejecución de sentencia, o sea, sus arts. 921 a 950.

(25) En parecido sentido. vid. Gayoso Arias, ob. cit. pág. 218.

Y para comprobarlo, por otro lado, basta con leer los referidos preceptos, y observar que sólo están previstos los casos de que el demandado deba entregar al actor una cantidad líquida o ilíquida de dinero, o una cosa mueble o inmueble, o hacer o no hacer algo; pero nada se dice para el supuesto de que actor y demandado, debiendo hacer algo conjuntamente, o sea, partir una herencia, dividir la cosa común, o proceder a un deslinde de predios, no lleguen a ponerse de acuerdo sobre ello (26).

Así pues, para ejecutar las sentencias estimatorias de las acciones a que nos estamos refiriendo, no sirven los arts. 921 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que están dados para las acciones y juicios simples (27).

¿Cómo habrán de ejecutarse entonces esas sentencias?

Lo veremos pormenorizadamente a continuación.

2.—Los trámites de ejecución de la sentencia que condena a partir una herencia.

Todos los días se plantea esta cuestión, y siempre se soluciona de la misma manera, sin discusión alguna sobre el tema.

La ejecución de las sentencias en que se condena a partir una herencia se acomoda a los trámites establecidos para el llamado juicio de testamentaría (28).

(26) Como dice Fenech (Derecho procesal civil cit. pág. 568), «no se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Civil el procedimiento a que ha de ajustarse la partición de bienes entre personas determinadas, lo que plantea graves problemas en la ejecución de sentencias dictadas en proceso de división de cosa común».

(27) Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo da esto por supuesto, al ordenar trámite distinto para la ejecución de sentencias condenatorias a dividir la cosa común (sentencias de 14 de febrero de 1912, 3 de julio de 1915, 15 de abril de 1916 y 28 de diciembre de 1928). Terminantemente, la sentencia de 3 de julio de 1915 mencionada declaró que el procedimiento legal adecuado para la división «no es, como pretende el recurrente, el prevenido por la Ley Rituaria para la ejecución de una condena a hacer». Y según sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1942, «la sentencia que se dictó, en cuanto declarativa de un derecho, es asimilable a cualquier otro título sucesorio, tal como el testamento o la declaración judicial que por su índole no hacen sino abrir un camino para discutir ampliamente complicados problemas divisorios que, ni por su objeto, ni por su naturaleza, se acomodan al trámite propio de la ejecución de las sentencias».

(28) Es curioso que esto no lo digan claramente los tratadistas de Derecho Civil, ni los procesalistas, tal vez por considerarlo evidente. Lo apunta Fenech (ob. cit. pág. 568). Castán (ob. cit. VI-I pág. 270) señala como una de las cinco clases de partición judicial (las otras son el abintestato, las testamentarias judiciales necesaria y voluntaria, y el juicio para la adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres) «la que se lleva a cabo por ejecución de sentencia pronunciada en juicio ordinario», pero no indica a qué normas ha de ajustarse esa ejecución.

No hay ninguna disposición que así lo establezca con carácter general, y sólo los arts. 1.001 y 1.123 (29) de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil manifiestan con claridad ese criterio, al hacer aplicación de él para los supuestos a que tales preceptos se refieren que son: el de declaración de herederos abintestato «por auto o sentencia firme»; y el de que, como consecuencia de la sentencia que recaiga en el juicio especial regulado en los arts. 1.101 a 1.121 de la Ley Procesal, «hayan de distribuirse los bienes entre varios interesados».

Los preceptos mencionados nos dan, pues, la pauta para la ejecución de las sentencias que condenan a partir una herencia, a través de la generalización de la solución que aplican.

Pero, aunque dichos preceptos no existiesen, indudablemente habría de llegarse al mismo resultado, por razones históricas y analógicas.

Ya antes de la codificación procesal operada en el siglo XIX y que plasmó especialmente en la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, venían ejecutándose las sentencias condenatorias a partir una herencia por los trámites de las testamentarias, también llamadas entonces «juicios de inventario, cuenta y partición».

Sobre este particular son muy claros los testimonios de autores tan importantes en la materia como Alcaraz y Febrero.

El Abogado de los Reales Consejos y del Juzgado de la ciudad de Cartagena, Dr. D. Isidoro Alcaraz y Castro, fue el autor de una obra que alcanzó gran difusión en el siglo XVIII, con varias ediciones, titulada «Breve instrucción del método y práctica de los cuatro juicios, civil ordinario, sumario de partición, ejecutivo y general de concurso de acreedores».

Pues bien, refiriéndose Alcaraz al supuesto de ejercicio de la acción particional de herencia en juicio ordinario, dice que «pronunciada sentencia definitiva... puede y debe intentarse el juicio ejecutivo de inventario, cuenta y partición, a continuación si se quiere de la causa, o bien con testimonio» (ob. cit., 3.^a edición, Madrid, 1781, pág. 54).

(29) El art. 1.123 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere claramente a la partición de una herencia. Yerra Gayoso Arias (ob. cit. pág. 220), en nuestra modesta opinión, cuando entendiendo que ese precepto contempla un supuesto de división de cosa común.

Y en diversas ediciones y versiones de la difundidísima obra del Escribano Real y del Colegio de la Corte, Don Joseph Febrero, natural de Mondoñedo, encontramos confirmado lo que venimos diciendo.

Así en la edición de dicha obra titulada «Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos», a cargo del Licenciado don Joseph Marcos Gutiérrez, leemos: «Si el sujeto a quien se demanda, o pide que haga partición de la herencia, o cosa común, niega al que lo pretende la cualidad de heredero o comunero, y por consiguiente que tenga derecho a la herencia o cosa, se ha de proceder en vía ordinaria; si bien no se tratará del juicio divisorio hasta que se declare heredero o socio, y declarado, o concluido este juicio, se incoará o no aquél, según sea la declaración. Y si el demandado confiesa al demandante la expresada cualidad, deberá proceder sumariamente el juez, mandando a todos los partícipes nombrar partidores que evacúen la partición, para lo cual ha de señalarse tiempo y lugar» (ob. cit., tomo III, Madrid, 1801, pág. 145).

En idénticos términos se pronuncian otras ediciones del Febrero, como la de 1852, a cargo del eminente jurisconsulto Dr. D. José de Vicente y Caravantes (30).

Desde el punto de vista histórico, pues, es claro que para la ejecución de sentencias que condenen a partir una herencia, procede acomodarse a los trámites de la testamentaría, lo que, según Manresa, quiere decir que «no ha de seguirse por todos los trámites de las testamentarías, sino empleando tan solo aquellos que sean necesarios para terminar dichas operaciones. Si en las diligencias preventivas se hubiere formalizado por ejemplo el inventario, no debe repetirse esta operación» (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo IV, Madrid, 1889, art. 1.001).

Y realmente no cabe otra solución, dado que, como hemos demostrado antes, a la ejecución de estas sentencias son inaplicables los preceptos de los arts. 921 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si una sentencia firme condena a partir en ejecución una herencia, no cabe más remedio que aplicar las normas del llamado

(30) Ob. cit., tomo II, pág. 66.

juicio de testamentaría, cuya finalidad es precisamente esa: conseguir la partición de la herencia, obtener ese resultado en aquellos casos en que no exista acuerdo de todos los herederos a tal fin.

El juicio de testamentaría es el único procedimiento regulado por la Ley Procesal para conseguir esa finalidad particional, y por ello a sus trámites debe acomodarse la ejecución de la sentencia que a tal condene.

3.—Los trámites de ejecución de sentencia que condena a dividir la cosa común.

Sostenemos que la ejecución de las sentencias en que se condena a dividir la cosa común ha de acomodarse también a los trámites del llamado juicio de testamentaría.

Y nos basamos para ello en razones de Derecho positivo, de analogía e históricas.

Desde el punto de vista del Derecho vigente, parece definitivo el contenido del art. 406 del Código Civil, según cuyos términos «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia».

Se viene discutiendo sobre la interpretación de la norma.

Para unos, ese artículo nos remitiría directamente en materia de ejecución de sentencias sobre división de cosa común, a las reglas procesales relativas a la partición de la herencia.

Pero aunque esa postura interpretativa no se estimase acertada, por entenderse que en primer lugar se refiere el precepto a las reglas materiales de división de la herencia, contenidas en el mismo Código Civil, la conclusión sería la misma, por cuanto entre los arts. 1.051 a 1.081 de dicho Código se encuentra el 1.059, a cuyo tenor «cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En todo caso, pues, y a través de remisión directa o indirecta, el art. 406 del Código Civil nos conduce a aplicar a la ejecución de sentencia que condene a dividir la cosa común las mis-

mas normas que en el caso de condena a partir una herencia, es decir, las reguladoras del llamado juicio de testamentaria (31).

Las razones de analogía a que antes aludíamos para acomodar la ejecución de sentencia que nos ocupa al trámite de la testamentaria, son evidentes sobre la base de lo que vamos diciendo, y no precisan de repetición, pues a fin de cuentas las acciones familiae erciscundae y communi dividundo coinciden en lo fundamental que es su presupuesto básico y el objeto a que tienden, y sólo difieren en un extremo accesorio y en sí irrelevante, cual es el origen de la comunidad a que tratan de poner fin, que en un caso es hereditario y en el otro no.

Y precisamente esta identidad esencial entre ambas acciones nos conduce a las razones históricas en que también apoyamos nuestra tesis de que la ejecución de sentencias estimatorias de la acción communi dividundo, se ha de acomodar a los mismos trámites que cuando se trata de la acción familiae erciscundae.

Ya hemos visto que en las distintas ediciones del Febrero se comprueba que la tramitación de ambas acciones es la misma (32).

Pues bien, a la misma conclusión se llega comparando los formularios para ambas acciones en dos de las obras más importantes de Derecho Procesal Español publicadas antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, como son los «Elementos de Práctica Forense», edición de 1843, de D. Manuel Ortiz de Zúñiga (33), y los «Procedimientos Judiciales», edición de 1848, de D. Pedro Gómez de la Serna y D. Juan Manuel Montalbán (34), por cuanto son idénticos para las dos, sin otra variación que hablar en uno de partir la herencia, y en otro de dividir la cosa común.

(31) Las diferentes posturas interpretativas del art. 406 del Código Civil pueden resumirse así: remite directamente al procedimiento de las testamentarias, según Gómez Orbajena y Herce (ob. cit., tomo I, pág. 512), Rodríguez Valcarce (trab. cit., tomo II, vol. II, pág. 654), Ramos Méndez (Derecho Procesal Civil, cit., pág. 851) y Lacruz Verdejo (Elementos cit., tomo III, vol. II, pág. 281); remite indirectamente a dicho procedimiento, según Gayoso (trab. cit., pág. 221), Maynar Barnolas (trab. cit., pág. 321), y Beltrán de Heredia (ob. cit., pág. 354). Para Reyes Monterreal (trab. cit., pág. 397) y Muñoz Xanco (trab. cit., pág. 605), no remite en absoluto al repetido procedimiento. Por último, la Jurisprudencia no es clara, como se verá más adelante.

(32) Aludimos a las citas del Febrero hechas más arriba, IV-2 de este discurso.

(33) Tomo I, pág. 327.

(34) Tomo I, págs. 381 y 382.

Durante la vigencia de la Ley de 1855, no observamos en la doctrina variaciones sobre este tema, a pesar de que esa Ley, que reguló con detalle el llamado juicio de testamentaría, no aludió para nada a procedimientos para división de la cosa común.

En efecto, bajo el imperio de nuestra primera Ley de Enjuiciamiento, siguieron el Sr. Ortiz de Zúñiga por una parte, y por otra, los Sres. Gómez de la Serna y Montalbán, publicando sucesivas ediciones de sus antes mencionadas obras, adaptándolas a la nueva legalidad; pero, significativamente, no cambiaron los formularios antiguos de las acciones familiae erciscundae y communi dividundo, lo que pone de manifiesto que siguieron estimando que ambos procedimientos eran iguales, con la única diferencia de que en un caso se trataba de partir una herencia, y en el otro de dividir una cosa común (35).

Y así llegamos a nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, donde no se produce modificación alguna en la cuestión, por cuanto sigue sin mencionarse para nada la acción communi dividundo y experimenta retoques el procedimiento de las testamentarías que no afectan a nuestro tema.

En consecuencia, puede afirmarse que bajo la vigencia de la Ley de 3 de febrero de 1881, el procedimiento de ejecución de sentencias estimatorias de acciones de división de cosa común es el mismo de las relativas a acciones de partición de herencia, pues unas y otras se han de acomodar a los trámites de las testamentarías.

La cuestión es tan clara, a nuestro modesto juicio, que no valdría la pena insistir sobre ella, si no fuera porque la promulgación del Código Civil unos años más tarde vino a complicarla como consecuencia de la postura poco clara adoptada por el Tribunal Supremo y parte de la doctrina científica, que olvidándose de que el Código Civil no es norma procesal, ni introdujo innovación alguna por lo que se refiere al problema que nos ocupa, como lo demuestra la disposición final derogatoria contenida en su art. 1.976, relativa sólo a los «cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil común en todas las materias que son objeto de este Código», se empeñaron en aplicar a la ejecución

(35) Ortiz de Zúñiga, ob. cit., ed. 1.874, tomo I, págs. 825 y 826; Gómez de la Serna y Montalbán, ob. cit., ed. 1.855, págs. 464 y 465.

de sentencias estimatorias de acción communi dividundo el art. 402 del repetido Código (36).

Recordemos los términos de ese artículo, en especial su párrafo primero: «La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes».

Pues bien, parte de la doctrina ha interpretado dicha norma en el sentido de que: a) Si la división de la cosa común no la hacen los interesados de común acuerdo, ha de hacerse necesariamente por árbitros o amigables componedores; b) Los árbitros o amigables componedores a que el precepto se refiere no son los verdaderos árbitros o amigables componedores del contrato de compromiso y del juicio arbitral, sino los simples terceros, peritos o contadores que los interesados pueden y suelen designar al efecto; y c) El precepto es aplicable como norma procesal, y debe aplicarse en la ejecución de sentencias estimatorias de la acción communi dividundo (37).

(36) La Jurisprudencia no es en modo alguno clara. Según la sentencia de 28 de diciembre de 1928, «los fallos de este Supremo Tribunal dictados para casos análogos en 14 de febrero de 1912, 3 de julio de 1915 y 15 de abril de 1916, contienen doctrina de la que deducir la procedencia de que solamente al Juez, en ejecución de la sentencia pronunciada por la Audiencia, incumbe la designación de la persona que con carácter de árbitro o componedor amigable representase al demandado, si éste se negara a hacer el nombramiento, sin que para tal designación sea indispensable que las partes otorgaran el contrato de compromiso prevenido en el art. 1.820 del Código, ni que los nombrados árbitros estén adornados de las condiciones legales y debieran observar las solemnidades rituarías prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil». La sentencia en cuestión desestimó un recurso de casación interpuesto contra la de la Audiencia que había condenado a consentir la división de cosa común en la forma que determina el art. 402 del Código Civil. Pero lo grave del caso es que las sentencias que cita no dicen lo mismo. En efecto, la de 14 de febrero de 1912 casó la recurrida que condenaba a llevar a cabo la partición «en cualquiera de las formas de Derecho», argumentando que «de modo bien claro estatuye el ya citado art. 406 del Código, que son aplicables las reglas concernientes a la división de la herencia fijadas en los arts. 1.051 al 1.068 del repetido Código». Y la de 3 de julio de 1915, dictada en un recurso de casación en ejecución de sentencia, interpuesto contra Auto de la Audiencia que había acordado ser procedente que el juzgado a petición de parte convocase a la junta oportuna para ponerse de acuerdo en cuanto a las personas que habían de practicar la división de los bienes, lo desestimó porque «el procedimiento legal adecuado para cumplir y llevar a efecto lo ordenado en la sentencia no es, como pretende el recurrente, el prevenido en la Ley Rituaría para la ejecución de una condena de hacer, sino el dispuesto en los arts. 402 y 406 del Código Civil».

(37) Como hemos visto en la nota anterior, esa es la teoría que aisladamente sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1928. Sin embargo, varios autores dan por hecho que existe doctrina legal en ese sentido, y la defienden. Así, los señores Reyes Monterreal (trab. cit., pág. 291), Puig Peña (ob. cit., tomo III, vol. I, pág. 274), Borrrell Soler (El dominio, cit., pág. 226) y Gullón Ballesteros (La disolución de la comunidad, cit., pág. 387). Es de advertir, sin embargo, que este autor adopta postura crítica frente a dicha sentencia (pág. 388).

Por nuestra parte, con toda modestia, entendemos que la doctrina y jurisprudencia que a esas o parecidas conclusiones llega es claramente errónea y conduce a una interpretación insostenible.

Para nosotros, lo único que el precepto quiere decir, sentando una norma de gran importancia es que, no entendiéndose las partes sobre la división de la cosa común, pueden encomendarla a árbitros o amigables componedores, hoy árbitros de Derecho o de equidad.

No otra cosa quiere decir y dice el art. 402 del Código Civil.

Y su importancia radica en que, a esos efectos divisorios, amplía las facultades de los árbitros y amigables componedores, autorizándoles para realizar funciones propias de ejecución de sentencia, las cuales en general les están vedadas (arts. 838 y 839 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hoy derogados, y 31 de la Ley sobre arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, vigente).

Si el art. 402 del Código Civil no existiese, los árbitros o amigables componedores, hoy árbitros de Derecho o equidad, no podrían nunca proceder ellos mismos a la división de una cosa común, pues esto es propio de la ejecución de sentencias o laudos estimatorios de acción *communi dividundo* y consiguientemente materia reservada a la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, ya que como regla general a los árbitros o amigables componedores se les puede atribuir por los interesados jurisdicción para conocer y resolver problemas jurídicos, pero no «imperium» para ejecutar ni hacer ejecutar sus resoluciones o laudos (38).

Pues bien, gracias al art. 402 del Código Civil, excepcionalmente, los árbitros tienen facultades ejecutivas que les permiten incluso hacer a ellos directamente la división de la cosa común.

He aquí, en nuestra modesta opinión, el único sentido e importancia de ese precepto.

Por lo demás, creemos que es insostenible la tesis de que dicho artículo, al hablar de árbitros o amigables componedores,

(38) Recuérdese que, en este mismo discurso (vid. III-3), hemos expuesto las razones a nuestro juicio demostrativas de que la mera división y adjudicación no es materia propia de juicio, sino de simple ejecución. Por ello, en principio, y salvo lo dispuesto en el art. 402 del Código Civil, los árbitros y amigables componedores no podrían hacer operaciones de división, pues ellos están facultados para «juzgar», pero no para «hacer ejecutar lo juzgado», ni menos para «ejecutar» directamente.

se refiere realmente a simples terceros, peritos o contadores, por cuanto ello implica la notoria falta de respeto de creer que los eminentes Jurisconsultos que redactaron nuestro Código Civil pudiesen ignorar los elementales conceptos técnicos que se encierran en esos términos y confundirlos.

No hay tal confusión: el art. 402 del Código Civil dice lo que dice, y se refiere sólo a los árbitros o amigables componedores, en el sentido técnico y bien conocido de esas palabras, cuando se promulgó el Código y ahora (39).

Y finalmente, también es claro que el art. 402 del Código Civil no es norma procesal, por cuanto nuestro primer Cuerpo legal no tiene ese carácter, y nada innovó en materia de procedimiento (40).

En consecuencia, la ejecución de sentencias estimatorias de la acción de división de cosa común ha de hacerse acomodándose a los trámites de las testamentarías.

A fin de cuentas, no hacemos otra cosa que mantener con la mayor firmeza y lujo de argumentos, la línea doctrinal que inició don Ramón Gayoso Arias con vacilaciones en su importante estudio «Naturaleza y desarrollo procesal de la acción communi dividundo», publicado en la Revista de Derecho Privado (año 1920,

(39) El primero en denunciar un supuesto error en el art. 402 del Código Civil, derivado de posible defectuosa traducción de los arts. 2.181 y 2.182 del Código portugués de 1867, fue el eminente polígrafo don Joaquín Costa, que sostuvo que había que entender que «árbitros o amigables componedores» quería decir simplemente «peritos» (El juicio pericial, cit., págs. 50 y 55). La postura expresada halló acogida posteriormente en Díez-Picazo (El arbitrio de un tercero, cit., pág. 20), Gullón Ballesteros (La disolución, cit., pág. 385) y Albaladejo, según el cual, «cuando el art. 402 habla de árbitros no se refiere a árbitros propiamente hablando, sino a arbitrajes» (ob. cit., pág. 409). Miquel González (ob. cit., pág. 497) nos informa de que, en la Comisión de Codificación, el vocal señor Franco sugirió que en vez de «árbitros» se debía hablar de «arbitrajes», no obstante lo cual, en la redacción definitiva se habla de «árbitros o amigables componedores». En nuestra opinión, ello prueba que esa expresión ha sido utilizada deliberadamente, y que por tanto sólo se refiere a los verdaderos «árbitros o amigables componedores», en sentido técnico y estricto.

(40) Debe destacarse que, para Castán, «tres distintas formas (dos extrajudiciales y una judicial) pueden adoptar los partícipes para hacer la partición de la cosa común: 1.^ª Practicarla de común acuerdo los interesados mismos (art. 402, párrafo primero); 2.^ª Practicarla por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes (art. 402, párrafo primero)... 3.^ª Practicarla judicialmente, o sea, ejercitando la acción communi dividundo» (ob. cit., tomo II, pág. 320).

pág. 208) (41) y que han seguido con mayor o menor convicción y limitaciones Gómez Orbaneja y Herce, Maynar Barnolas, Beltrán de Heredia, Rodríguez Valcarce, Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, Lacruz Berdejo, Ramos Méndez (42) y muy recientemente, cuando preparábamos este discurso, el profesor Fenech en su Derecho Procesal Civil (43).

4. —Los trámites de ejecución de la sentencia que condena a practicar un deslinde.

Sostenemos también que la ejecución de las sentencias en que se condena a deslindar predios ha de acomodarse a los trámites de las testamentarias.

(41) Dice Gayoso Arias: «Ante todo, pedida la ejecución de la sentencia, el juez debe conceder a las partes un plazo para cumplirla ellas, como manda el art. 925 de la Ley Procesal, y en la forma extrajudicial que establece el art. 402 del Código Civil... frustrado el plazo concedido para cumplir extraoficialmente la sentencia, debe hacerse judicialmente a costa de las partes... La forma de hacer la división... es el imperado en los arts. 1.061 a 1.087 inclusive y 1.089 a 1.092 de la Ley Procesal, con las atemperaciones necesarias a la especialidad del caso, según hemos dicho, y en vez del trámite del art. 1.088, la oposición que alguno o algunos interesados deduzcan contra el proyecto particional, se sustanciará como los incidentes» (trab. cit., págs. 220 y 221). Así, pues, Gayoso viene a sostener que la ejecución de sentencias condenatorias a dividir la cosa común debe acomodarse a los trámites de las testamentarias, pero haciéndolos preceder de un requerimiento a ambas partes para que hagan la división extrajudicialmente y, en su caso, tramitando la oposición a las operaciones divisorias como incidentes y no con arreglo al juicio que por la cuantía corresponda. Lo curioso es que Gayoso, que cita erróneamente el art. 925 de la Lec, en vez del 924, es perfectamente consciente de la inaplicabilidad del precepto a los supuestos de acciones dobles, como la *communi dividundo*, y sabía, además, que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1915, cuyos términos recoge, había declarado que la ejecución en este caso no se rige por las normas relativas a las obligaciones de hacer, no obstante lo cual preconiza un trámite imposible —que el actor o el demandado pidan que el Juzgado requiera a ambos para ponerse extrajudicialmente de acuerdo sobre la división— y además superfluo —si las partes quieren arreglarse no precisan que el Juzgado les requiera para ello—. También es curioso que, sin mayor explicación, pretenda sustituir el trámite del juicio correspondiente por la cuantía, que impone el art. 1.088 de la Lec, por el de los incidentes, siendo así que lo fundamental de su argumentación es la aplicación «caute et cum iudicio» de las normas de las testamentarias, y olvidando que de «lege data» no está justificado el trámite de los incidentes para ese efecto. Insistimos, no obstante, por nuestra parte en que lo importante del estudio de Gayoso es su defensa de que estas ejecuciones se acomoden básicamente al procedimiento de las testamentarias. Es por ello sorprendente que, manifestándose abiertamente opuesto a esa tesis, el señor Muñoz Xanco en trabajo reciente (ob. cit. en Bibliografía) se manifieste seguidor de Gayoso, como si éste defendiera la aplicación de las normas de ejecución de sentencias condenatorias a hacer, sin más.

(42) En cuanto al detalle de dichas opiniones, nos remitimos a la nota 31.

(43) El señor Fenech, tras aludir a los problemas que surgen en la ejecución de sentencias dictadas en proceso de división de cosa común, al no preverse procedimiento para ello en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluye que «el Juez de ejecución... habrá de acudir por analogía a las normas que regulan la partición de un caudal relicto en los juicios de abintestato y testamentaria» (ob. cit., pág. 568). En ese sentido, menciona las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1974 Y 23 de febrero de 1977.

Son razones de analogía, apuntadas en el capítulo II de este discurso, las que nos llevan a dicha conclusión, toda vez que también en este caso nos encontramos ante una situación de división relativa, derivada de la imperfecta división, originaria o sobrevinida, entre al menos dos predios; situación a la que hay que poner remedio señalando la exacta y precisa trayectoria del lindero de separación, lo que implica, como dice nuestro Código Civil, que el terreno se distribuya y que se adjudique a cada uno de los predios colindantes lo situado a un lado o a otro del nuevo lindero.

Estas razones de analogía, que imponen la aplicación al deslinde de las normas de la testamentaria «mutatis mutandis», se refuerzan si se tiene en cuenta, como ya se dijo también en el capítulo II, que cabe considerar al deslinde como la última operación que perfecciona la división de una finca en varias parcelas, por lo que, desde este punto de vista, habría de llegarse de nuevo, una vez más, a acomodar el trámite al de las testamentarias.

Para ejecutar, pues, una sentencia condenatoria a deslindar, se nombrarán Contadores que, auxiliados por Peritos, lleven a cabo las operaciones necesarias y fijen el lindero hasta entonces inexistente.

Y el deslinde que se lleve a cabo habrá de ser aceptado por las partes, o en otro caso impugnado en el juicio ordinario que corresponda por razón de la cuantía, en los plazos y forma señalados por la Ley de Enjuiciamiento Civil, si hubiere alguna razón para considerarlo mal hecho por infracción de normas procesales o de las materiales sobre el particular contenidas en el Código Civil.

No cabe, por otra parte, acudir a ningún procedimiento distinto.

Sería ilegal, por ejemplo, pretender resolver el problema de ejecución de estas sentencias acudiendo a nombrar un Perito, por acuerdo de las partes o insaculación, que procediese al deslinde, toda vez que, aparte de que el Perito sólo es contemplado en nuestras leyes como persona que asesora al Juez cuando para el mejor conocimiento o apreciación de los hechos sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos (44), pero

(44) Arts. 1.242 del Código Civil y 610 de la Lec.

nunca como órgano de decisión, Contador, ni adjudicador, si se echase mano de Peritos para el deslinde, se producirían una serie de vacíos legales de solución prácticamente imposible. ¿Habrían las partes de pasar en todo caso por el linde fijado por un Perito, cualesquiera que fuesen las infracciones legales que pudiera cometer al establecer el nuevo lindero? ¿Qué posibilidad tendrían los interesados para impugnar la decisión del Perito? ¿En qué plazo y por qué procedimiento? Todas estas razones nos conducen a concluir que el procedimiento de ejecución de una sentencia de deslinde no puede consistir meramente en nombrar un Perito que lo lleve a cabo (45).

Por supuesto, y como se demostró en el número 1 de este capítulo, tampoco puede hacerse uso del art. 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para resolver el problema, pues ese precepto, al igual que los restantes de entre los destinados por dicha Ley expresamente a regular la ejecución de sentencias, sólo es aplicable a las acciones simples en que hay un acreedor y frente a él un deudor, pero no a las dobles, condición que reúnen todas las divisorias, donde lo que se trata de suplir no es el incumplimiento de su obligación por el demandado, sino la falta de acuerdo entre actor y demandado.

Finalmente, tampoco sirve para ejecutar las sentencias condenatorias de deslinde echar mano de los arts. 2.061 a 2.070 de nuestra Ley Procesal, reguladores del deslinde y amojonamiento como actos de jurisdicción voluntaria, como acertadamente ha reconocido el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 1961.

Y es que ese procedimiento de jurisdicción voluntaria, introducido como novedad en nuestro Derecho por la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (arts. 1.223 a 1.334) y mantenido prácticamente sin alteraciones por la vigente (arts. 2.061 a 2.070), se frustra y queda en nada en caso de que alguno de los propietarios de los terrenos colindantes manifieste oposición a que se lleve a cabo, sea fundada o infundada tal oposición (arts. 1.330, 1.333 y 1.334 de la Ley de 1855 y 2.066 y 2.070 de la actual); y sólo se

(45) Estas razones son también de tener en cuenta cuando se trata de ejecutar sentencias estimatorias de la acción *communi dividundo*. Para dividir la cosa común en ejecución de sentencia, no basta —salvo acuerdo de las partes en ese sentido— con designar un perito.

atribuye valor y eficacia al deslinde en el supuesto de que nadie formalice la más mínima oposición, es decir, en el supuesto de que «hubiere habido conformidad en la diligencia», como decía el art. 1.330 de la primera de nuestras leyes procesales, o en el de incomparecencia de la otra parte al acto.

Don Felipe Sánchez Román, el gran maestro del Derecho Civil, después de la promulgación del Código Civil propugnó la tesis de que con tal motivo había que entender derogados los arts. 2.061-I y 2.070 de la Ley de Enjuiciamiento, y modificados sus arts. 2.061—II, 2.065 y 2.066, como contradictorios de aquél, con lo que en la práctica se vendría a convertir el inoperante acto de jurisdicción voluntaria de deslinde, en algo verdaderamente eficaz; pero la tesis de Sánchez Román no halló acogida ni prosperó, y resultó vencida por la más ortodoxa de don José-María Manresa, en el sentido de que el Código Civil, Ley material, no pretendía ni podía establecer modificaciones en la regulación procesal del deslinde y amojonamiento contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (46).

En fin, que queda comprobado, una vez más, que la ejecución de sentencias condenatorias a deslindar debe hacerse acomodándose, por razones de analogía, a las normas de las testamentarias.

En esta materia no caben inventos, y no haciéndolos no encontramos otras normas que puedan servir al objeto perseguido: distribuir el terreno mediante adjudicaciones.

5. —Los trámites de ejecución de sentencias estimatorias de acciones divisorias.

Por todo lo dicho hasta aquí, estamos ahora en condiciones de afirmar, con carácter general, que la ejecución de estas sentencias ha de acomodarse en todo caso, *mutatis mutandis*, a las normas reguladoras del llamado juicio de testamentaria.

Dentro de esas normas se encuentran, pues, las que determinan los trámites del procedimiento de ejecución de sentencias que condenen a partir una herencia, dividir la cosa común, o deslindar entre sí varios predios.

(46) Sánchez Román, Estudios cit. tomo III, págs. 135 y 136; Manresa, Comentarios al Código Civil, cit., tomo III, págs. 293 y 294.

Esta conclusión podrá ser más o menos criticable «de lege ferenda», pero desde el punto de vista del Derecho vigente la estimamos indiscutible.

No cabría intentar crear procedimientos «extra legem» para la ejecución de esta clase de sentencias, con olvido de que este tipo de normas no sólo es de Derecho Público, sino de orden público.

V. — EJERCICIO DIRECTO DE ACCIONES DIVISORIAS EN FASE EJECUTIVA.

1. — **El caso de la acción familiae erciscundae. Verdadera naturaleza del mal llamado juicio de testamentaria.**

¿Es posible que en nuestro Derecho pueda un coheredero acudir al Juzgado, sin que haya precedido juicio declarativo y la consiguiente sentencia, para conseguir que cese la indivisión de la herencia y se apruebe e imponga la partición de la misma?

Evidentemente, sí.

El heredero testamentario, y también el declarado como tal por medio de Auto en expediente sobre declaración de herederos abintestato (47), puede conseguir ese resultado promoviendo el llamado juicio de testamentaria, consistente en el «conjunto de las actuaciones judiciales practicadas para llevar a cabo el inventario, avalúo y adjudicación de los bienes dejados por una persona fallecida con testamento» (48).

No es preciso que haya ninguna sentencia previa condenatoria a la partición de la herencia, pues el legislador parte de la base de que, normalmente, cuando hay un testamento en que se designan herederos bien identificados e individualizados, sería una pérdida de tiempo obligarles, antes de iniciar los trámites particionales, a seguir un pleito en que se condenase a todos los interesados a partir.

En rigor el juicio previo sólo es indispensable en los casos en que se discute la validez total o parcial del testamento, o cuando los términos de éste den lugar a dudas sobre la naturaleza o alcance de los derechos hereditarios atribuidos a determinadas personas.

Pero en los demás casos, en los casos más corrientes de la vida real, los herederos pueden poner en marcha la testamentaria judicial sin trámite previo alguno, y desde luego sin que exista ninguna sentencia a ejecutar, ni haya precedido juicio declarativo sobre el derecho a partir la herencia, ya que lo que suele ocu-

(47) Arts. 1.038 y 1.001 de la Lec.

(48) Pina, ob. cit., pág. 410.

rrir es que alguno se resista a partir, o que esté en desacuerdo sobre las hijuelas a confeccionar.

Cualquier heredero, debidamente representado por Procurador y dirigido por Letrado hábil, puede presentar el escrito iniciador, acompañando certificaciones de defunción y últimas voluntades del causante y copia auténtica del testamento que rige la sucesión.

La testamentaría se tendrá así por prevenida, previa ratificación de su promovente, y se citará a todos los interesados.

En el escrito inicial de la testamentaría, no es preciso pedir otra cosa que la puesta en marcha y seguimiento de la misma por todos sus trámites hasta que, practicadas las operaciones particionales, se dicte Auto decretando su aprobación y protocolización, con todas las consecuencias (49).

En las testamentarías, no hay contestación, ni traslado para ello.

No hay prueba.

No terminan por sentencia, aunque puede haberlas en los incidentes y juicios declarativos que, como incidentales de la testamentaría, se promuevan por dependencia de la misma.

Esencialmente, en su regulación actual y prescindiendo de las posibles medidas de intervención, entre las que se halla el inventario judicial, y de las colaterales de administración, custodia y conservación, prevenida la testamentaría, se compone ésta de un solo trámite o período básico (50):

—La Junta, que tiene por objeto el nombramiento de Contadores que, auxiliados por Peritos, realicen las operaciones particionales de la herencia del causante (51).

(49) El art. 1.055 de la Lec denomina «solicitud» al escrito inicial de las testamentarías. Las fórmulas propuestas para ese escrito por Manresa (Comentarios cit., tomo IV, pág. 533) y los señores Miguel y Miguel (ob. cit., tomo II, pág. 153) sólo contienen la petición de que se cite en forma al cónyuge viudo y herederos del causante. Brocá-Majada (ob. cit., tomo III, págs. 1.707 y 1.710) incluyen además petición de que se siga la testamentaría por todos sus trámites hasta llegar a la división, partición y adjudicación de los bienes relictos.

(50) Nótese que en las testamentarías no es preceptivo el inventario judicial, a menos que se trate del juicio necesario de esa clase (art. 1.095 de la Lec), o se pida oportunamente la intervención judicial (arts. 1.061 y 1.062), pues está previsto que no lo haya, y para ese caso se encarga de practicarlo a los Contadores (arts. 1.074 y 1.077).

(51) Arts. 1.070 y siguientes de la Lec.

La partición la hace el único Contador nombrado, en su caso; en otro, los Contadores todos nombrados por cada parte, si proceden de acuerdo; y en otro caso, el Contador-Dirimente previamente designado al efecto (52).

La Ley, con señalamiento de plazos y trámites, permite impugnar la partición a cualquiera de los interesados, pero sólo por motivos estrictamente jurídicos, y no de mera conveniencia, gusto o capricho; a estas impugnaciones se les da la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda (53).

Si no hay impugnaciones, o éstas fracasan, el Juez debe aprobar necesariamente la partición (54).

Si las impugnaciones tuvieron éxito, se harán las correcciones necesarias, y efectuadas, se aprobará la partición (55).

En cualquier momento de la testamentaría podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes (56).

Hemos expuesto de modo sintético y telegráfico los trámites fundamentales de una testamentaría judicial, producto de la práctica de siglos que las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y vigente de 1881 recogieron y perfeccionaron, no naturalmente con ánimo de profundizar en la materia, sino al objeto de analizar su lógica y su naturaleza.

Porque, a pesar de los numerosos defectos de las testamentarías, derivados de su deficiente regulación legal y de las corrupelas de la práctica, hay que reconocer que su tramitación se ajusta a la lógica y a las necesidades que se trata de satisfacer.

Si lo que se trata de conseguir, y se consigue siempre en nuestro Derecho, por medio sólo de la testamentaría o acomodándose a sus trámites, es la partición de la herencia, en defecto de acuerdo de los herederos sobre su distribución, y puesto que los Jueces en nuestro Derecho carecen de facultades para partir directamente, es claro que no queda más remedio que encomendar

(52) Art. 1.078.

(53) Arts. 1.079 a 1.088.

(54) Arts. 1.081, 1083, 1.085 y 1.087.

(55) Art. 1.092.

(56) Arts. 1.047 y 1.048.

a la voluntad común o única de terceros la realización de las operaciones particionales.

Esa voluntad común o única de terceros, según los casos, manifestada en las operaciones particionales que se presenten, es de por sí una partición ya, una decisión en torno a las hijuelas que a cada uno de los interesados se ha de adjudicar.

Y de tal modo es verdadera partición que, de no ser impugnada en forma dentro de los plazos legales, el Juez necesariamente ha de aprobarla.

Las facultades decisorias de los Contadores son, por todo ello, una realidad (57).

Ahora bien, como quiera que la voluntad común o única de los Contadores no puede estar dotada de omnipotencia, su decisión puede ser impugnada; pero esa impugnación, puesto que las operaciones particionales no reúnen la condición de Resolución judicial, ha de hacerse en un pleito tramitado por dependencia y como incidental de la propia testamentaria.

Las testamentarias, pues, con todos sus defectos, tienen su lógica (58).

En ellas, determinado el haber partible, y en defecto de acuerdo de las partes, se confiere a tercero o terceros el poder de poner fin a la indivisión mediante adjudicaciones que el Juez aprueba necesariamente, salvo que a instancia de parte se demuestre la existencia de vicios jurídicos trascendentes que haya que corregir.

Pero en todo caso, sólo a través de este procedimiento, o acomodándose a él, se consigue el fin perseguido, la partición de la herencia, superando cualquier voluntad rebelde.

¿Qué es, cuál es la naturaleza jurídica de esto a que acabamos de referirnos en líneas generales, y que la Ley denomina «juicio» de testamentaria y encuadra dentro de la jurisdicción contenciosa?

(57) Insistimos en que, en nuestro Derecho, los Jueces sólo adjudican formalmente, mediante la aprobación de las operaciones particionales convenidas por las partes o realizadas por los Contadores. Materialmente, los Jueces no pueden adjudicar, pues carecen de facultades para partir.

(58) Los innegables defectos en la regulación de las testamentarias no justifican que se tache de «absurda» su ordenación. Discrepamos abiertamente de Paniagua (ob. cit. en Bibliografía).

Sabido es que sobre este tema vienen manteniendo desde hace muchos años distintos puntos de vista nuestros procesalistas.

No vamos ahora, porque nos llevaría muy lejos, a pasar revista a las distintas opiniones expuestas (59).

Vamos, en cambio, a exponer brevemente nuestra modesta opinión, apoyada por todo el contenido de este discurso.

Es para nosotros evidente que el llamado «juicio de testamentaría» no es un verdadero juicio, un verdadero pleito.

En nuestro Derecho, las palabras juicio o pleito tienen un sentido técnico muy preciso.

Sin entrar ahora en la demostración de lo que acabamos de decir, a través del articulado todo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basta con recordar que juicio es la contienda judicial entre partes que se inicia con la demanda y termina con la sentencia (60).

En todo pleito o juicio se ha de dar oportunidad al demandado para que conteste a la demanda; asimismo las partes han de tener oportunidad, caso de que no sean coincidentes sus respectivas versiones sobre los antecedentes fácticos de lo que se discute, de proponer y practicar prueba sobre ello, previo el necesario recibimiento a prueba.

El juicio es algo que empieza por una demanda, en cuya súplica se pide al Juzgado que dicte sentencia haciendo en ella determinados pronunciamientos; los juicios están destinados, naturalmente, a terminar por sentencia, que es la respuesta de los Tribunales a las peticiones contenidas en la demanda, tomando tam-

(59) Esa revista de opiniones puede verse en Soto Nieto (Cuestiones jurídicas, cit., tomo III, págs. 391 a 393) y Sáez Jiménez (ob. cit., tomo III, vol. IV, págs. 111 a 124).

(60) Pleito es la «contienda judicial que principia con la demanda y termina con la sentencia» (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1940). Según Gómez y Negro (ob. cit., pág. 23), «juicio es la disputa entre dos o más ciudadanos sobre la consecución de un derecho o castigo de un crimen, terminada por la sentencia, la cual, en caso de ser condenatoria, se lleva a efecto», añadiendo: «Las partes esenciales del juicio son tres: 1.ª Fijar la cuestión o punto controvertido. 2.ª Dar las pruebas de los hechos dudosos. 3.ª Recaer la sentencia». Para Gómez de la Serna y Montalbán (Procedimientos cit., ed. 1.848, pág. 3), «la legítima discusión entre partes para la aplicación de las leyes civiles y penales seguida ante Juez competente, y que debe terminarse con su decisión, recibe el nombre de juicio». Es juicio ««la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el Juez competente», esto es, el método por el cual la cuestión que se suscita, se discute y somete a examen ante la autoridad judicial, para que ésta decida lo que considere justo» (Ortiz de Zúñiga, Práctica general, cit., ed. 1.874, tomo I, pág. 381). Los conceptos legales de pleito y juicio pueden construirse a base de los arts. 359, 361, 362, 369, 481, 488, 514 y 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el último derogado por la Ley 34/1984, que transporta su contenido al vigente art. 1.687-2.º

bién en consideración la contestación del demandado y la prueba practicada.

Cuando hay una sentencia firme, el juicio está terminado definitivamente. Sólo resta entonces ejecutarla, pero eso no es ya materia de juicio, sino objeto de un procedimiento de ejecución.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento contrapone juicio y procedimiento de ejecución de sentencias. Los juicios terminan por sentencia; lo que hay después ya no es juicio, sino mera ejecución de la sentencia (61).

Pues bien, si todo esto se tiene en cuenta, se comprueba con toda claridad que la testamentaría no es un juicio, toda vez que ni empieza por demanda, ni termina por sentencia, ni a mayor abundamiento hay en ella posibilidades de contestación por parte de nadie, ni se reciben a prueba.

Rotundamente afirmamos, pues, que la testamentaría no es un juicio.

Se quedó corto el ilustre don Pedro Gómez de la Serna, uno de los redactores de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, cuando en su obra «Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Madrid, 1857), preparada para preceder a la Ley y que finalmente no adquirió valor oficial, decía que a la testamentaría sólo latamente se le puede llamar juicio (62).

La testamentaría, en nuestro Derecho, ni es juicio como acabamos de ver, ni puede serlo, por cuanto tiende exclusivamente a conseguir la partición de una herencia, lo cual, como hemos probado más arriba, es materia propia de ejecución de sentencia, no de juicio (63).

Y tan es la partición materia propia de ejecución de sentencia, en nuestro Derecho, que al procedimiento de las testamentarías, como también demostramos en el capítulo anterior, ha de acomodarse la ejecución de las sentencias condenatorias a partir una

(61) La contraposición entre pleito y procedimiento de ejecución de sentencia está muy clara en el primitivo art. 1.695 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el actual art. 1.687-2.º, tal como lo dejó redactado la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

(62) Ob. cit. pág. 90.

(63) Vid., en este discurso, III-3.

herencia, y aun la ejecución de las sentencias todas estimatorias de acciones divisorias.

Lo que vamos diciendo sirve para que afirmemos, por cierto en contra de lo que parece ser casi doctrina preponderante entre nuestros procesalistas, que las testamentarías no son procedimientos de jurisdicción voluntaria (64).

Nuestra Ley no considera que la testamentaría sea un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y por eso no la regula en su Libro III, sino en el II, que tiene por objeto la jurisdicción contenciosa.

Y el criterio legal es correcto.

La testamentaría es un procedimiento que se inicia por un simple escrito promoviéndola y que termina siempre, salvo acuerdo de las partes, por un Auto aprobatorio de las operaciones particionales efectuadas por el Contador o los Contadores, según los casos, y en el suyo corregidas tras la oportuna impugnación, seguida de la protocolización de aquéllas y de la entrega a cada uno de los interesados de lo que le haya sido adjudicado (65).

En la tramitación de las testamentarías cabe que surjan incidentes y juicios declarativos incidentales por dependencia de ellas, de los cuales el más importante es el de impugnación de las operaciones particionales. Pero esos incidentes y juicios incidentales no ponen fin a la testamentaría, que ha de continuar siempre hasta que haya una partición que los Tribunales, por Auto, han de aprobar y mandar protocolizar, salvo el caso excepcional de sobreseimiento por estar ya hecha la partición, haberse prohibido su seguimiento por el testador en forma eficaz, o no ser ciertos los hechos en que la testamentaría se apoya (defunción y testamento del causante).

(64) Se inclinan a encuadrar las testamentarías dentro de la jurisdicción voluntaria los señores Prieto Castro, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Plaza, y Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa; Guasp Delgado, Rodríguez Aguilera y Soto Nieto, las consideran dentro de la jurisdicción contenciosa. Alcalá-Zamora cree que sólo en parte son procesos contenciosos. Fairén Guillén estima que en los juicios sucesorios se han venido a reunir una serie de tipos procesales de diversa índole: cautelares, declarativos, ejecutivos y de jurisdicción voluntaria; por lo que —concluye— «se trata de juicios de carácter complejo» (Fairén, Estudios cit., pág. 397, donde se recoge su trabajo «El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios», inicialmente publicado en Rev. D. Priv., 1954, pág. 145).

(65) Arts. 1.092 y 1.093 de la Lec.

La testamentaria se pone en marcha a instancia de cualquier heredero, y llega siempre a alcanzar el resultado a que tiende, conseguir la partición de la herencia, aunque los demás interesados no quieran.

La testamentaria, por consiguiente, no es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pues ni se desarrolla «inter volentes» (art. 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni concluye convirtiéndose en pleito por la oposición de las partes (art. 1.817) (66).

Lejos de ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tiene por finalidad u objeto conseguir la partición de una herencia, lo que de suyo es propio de ejecución de sentencia, y en definitiva en nuestro Derecho es el único procedimiento por el que ese objeto se puede alcanzar, venciendo toda clase de resistencias y superando el obstáculo de la falta de acuerdo de los interesados.

A través de una testamentaria, se consigue el mismo resultado que habría de conseguirse ejecutando una sentencia condenatoria a partir la herencia.

La testamentaria equivale a un procedimiento de ejecución de sentencia condenatoria a partir la herencia.

No obstante, la testamentaria se pone en marcha directamente, sin previo juicio ni sentencia.

Por consiguiente, la testamentaria no es ni un juicio, ni un procedimiento de jurisdicción voluntaria; es un procedimiento de jurisdicción contenciosa, equivalente al de ejecución de sentencia condenatoria a partir una herencia, por medio del cual, sin pleito o juicio ni sentencia previos, se ejercita en fase de ejecución la acción familiae erciscundae.

En el tema de la naturaleza jurídica de la testamentaria estamos muy cerca del ya citado Dr. Isidoro Alcaraz y Castro cuanto al hablar de estos procedimientos les llamaba «juicio sumario de partición», «juicio ejecutivo de inventario, cuenta y partición» y «ejecutiva acción familiae erciscundae» (67).

(66) En el mismo sentido, Rodríguez Aguilera (ob. cit., págs. 598 a 600) y Soto Nieto (ob. cit., pág. 392).

(67) Ob. cit., título de la misma, y págs. 46, 54 y 52. Consecuentemente, decía Alcaraz que «en el giro y progreso de este juicio de inventario y partición, como deducido en virtud de la ejecutiva acción familiae erciscundae, todos cuantos artículos o incidentes ocurran... son de igual naturaleza, y por lo mismo las apelaciones de sus autos no deben admitirse en otro efecto que el devolutivo» (pág. 52).

2.—El caso de la acción *communi dividundo*.

¿Cabe en nuestro Derecho vigente ejercitar la acción de división de cosa común directamente en fase de ejecución?

En otras palabras: ¿Es posible que un condómino acuda al juzgado pidiendo la citación de sus comuneros para llevar a cabo la división del objeto común, acomodándose la tramitación «*mutatis mutandis*» a lo dispuesto para las testamentarías?

Con plena conciencia de lo discutible de la opinión, entiendo que sí, basándome, como en todo este discurso, en razones legales, analógicas e históricas.

La razón legal se concreta en el art. 406 del Código Civil, ya estudiado más arriba, en cuanto ordena que sean «aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia», lo que implica remisión directa, o indirecta a través del art. 1.059 del mismo cuerpo legal, a las normas reguladoras del procedimiento de las testamentarías.

Las razones de analogía son evidentes y resultan de todo lo que venimos diciendo, puesto que las acciones *familiae erciscundae* y *communi dividundo* tienen como presupuesto una similar o idéntica situación de comunidad e indivisión, y como finalidad la misma de ponerle fin y sustituirla en lo posible por una propiedad individual y separada.

Las diferencias entre ambas acciones radican en el título originador de la comunidad, lo que nada tiene que ver con el procedimiento encaminado a ponerle fin.

Por tanto, parece que, por razones de analogía, se puede pedir directamente la división de la cosa común, aplicando «*mutatis mutandis*» las reglas de las testamentarías.

Y esta opinión se refuerza por razones históricas, también expuestas anteriormente, al estudiar la ejecución de sentencias estimatorias de la acción «*communi dividundo*», pues ya vimos a través de los testimonios de las distintas ediciones del Febrero y de las obras de los señores Ortiz de Zúñiga, Gómez de la Serna y Montalbán cómo el procedimiento divisorio es el mismo para las dos acciones «*communi dividundo*» y «*familiae erciscundae*».

Todo parece pues apoyar la opinión que sostenemos, a la que sólo cabría oponer una no justificada interpretación meramente literal de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, frente a la aplicación a la división de cosa común de los preceptos relativos a las testamentarias, sólo podría oponerse que los artículos correspondientes determinan que sólo están básicamente legitimados para poner en marcha la testamentaria quienes justifiquen ser herederos de un causante, cuya herencia se trata de partir.

Pero basarse en eso para impedir que por ese procedimiento se ejercitase una acción *communi dividundo*, sería tanto como atenerse exclusivamente a la letra de la Ley, olvidando las más atendibles razones históricas y de identidad esencial de situación.

Lo que debe tenerse presente por el contrario es que, si se puede ejercitar la acción *familiae erciscundae* en fase ejecutiva a través del procedimiento de testamentaria, con mayor razón ha de poderse esto hacer cuando se trate simplemente de dividir una cosa común, pues sería absurdo que en el caso más complicado y complejo que es el de herencia se permitiese entrar directamente en fase de ejecución, y esto se vedase en cambio en los supuestos normalmente mucho más sencillos de división de cosa común.

Sería absurdo en efecto obligar, en todos los casos en que se ejercitase acción de división de cosa común, a pasar por los trámites previos de un juicio ordinario, impidiendo entrar directamente en fase ejecutiva.

Poniéndonos en el caso extremo, sería absurdo que, componiéndose una herencia de una sola finca, pudiesen los herederos para obtener su división utilizar los trámites de la testamentaria, y que en cambio los copropietarios de otra finca igual, para dividirla, hubiesen de verse obligados ante todo a seguir entre sí un juicio declarativo, y solo posteriormente obtener la división a través de unos trámites idénticos a los de la testamentaria.

En resumen, y una vez más, creemos que cabe ejecutar directamente en fase de ejecución la acción de división de cosa común, acomodando el procedimiento al de las testamentarias.

Pero esta opinión la emitimos con toda clase de reservas, pues que sepamos, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sólo la defendió abiertamente el que fue Decano del Ilus-

tre Colegio de Abogados de Zaragoza, D. Manuel Maynar Barnolas (68).

3.—El caso de la acción finium regundorum.

¿Cabe en nuestro Derecho vigente ejercitar la acción de deslinde directamente en fase de ejecución?

¿Es posible que un propietario acuda al Juzgado pidiendo la citación de quienes lo sean de los predios colindantes para proceder al deslinde, acomodándose la tramitación «mutatis mutandis» a lo dispuesto para las testamentarias?

Hemos de responder que, pese a la analogía de situaciones que hemos puesto de relieve en capítulos anteriores, vemos muy difícil que la acción finium regundorum pueda ser ejercitada directamente en fase ejecutiva, y sin juicio y sentencia previos, no ya porque gramaticalmente lo impidan los términos de la Ley, sino porque en nuestro Derecho el éxito de la acción de deslinde exige de modo previo la declaración de imprecisión e inexactitud de linderos.

(68) El señor Maynar Barnolas, en su estudio «Proceso de división de la cosa común» (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1954, tomo I, pág. 312) se basó exclusivamente en el argumento legal de los arts. 406 y 1.059 del Código Civil, sin aludir a los históricos, de analogía profunda, de reducción al absurdo y demás empleados por nosotros en este Discurso. «En resumen —dice—, si con arreglo al art. 406 del Código Civil serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia, y si con arreglo al art. 1.059 una de esas reglas es la de que cuando los herederos no se entendieren sobre el modo de hacer la partición quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si la forma prevenida en esa Ley es el juicio voluntario de testamentaria, me parece lógico deducir que éste y no otro es el juicio adecuado para la división de la cosa común entre los partícipes de la comunidad» (pág. 325). Tal vez lo conciso y limitado de la argumentación de Maynar sea la causa del rechazo de su tesis por parte de autores que no profundizan en el tema, como Reyes Montereal y Muñoz Xanco (obs. cits. en Bibliografía), llegando éste a decir que «en la comunidad de bienes pura no existe ninguna comunidad hereditaria y por consiguiente no pueden aplicarse a aquella las normas de la partición de ésta», lo que es tanto como negar vigencia al art. 406 del Código Civil. Curiosamente, sin embargo, hay que señalar que una lectura detenida de las obras de Gómez Orbaneja y Sáez Jiménez, y sus respectivos colaboradores, puede llevar a la conclusión de que opinan lo mismo que Maynar Barnolas, aunque no lleguen a decirlo con total claridad. En Gómez-Orbaneja y Herce, leemos (ob. cit., pág. 512): «El art. 406 del Código Civil aplica a la división de la cosa común las normas concernientes a la división de herencia, y en este caso pueden los herederos acudir al juicio voluntario de testamentaria...; pero en cuanto al elemento contradictorio (falta de conformidad) haga acto de presencia, habrá que seguir la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, según el art. 1.088 de la Lec». En cuanto a Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, al hablar de la tramitación de los procesos de división de la cosa común (ob. cit., tomo II, vol. II, pág. 654), dicen que «a la vista de la remisión que el art. 406 del Código Civil hace respecto de las normas concernientes a la división de la herencia, habrán de tenerse en cuenta las normas de la testamentaria, con el nombramiento de Juntas de los interesados, partidores, división, adjudicación, venta y reparto del precio, etc.».

En este aspecto, a la aplicación de las normas de la testamentaría, no en cuanto procedimiento de ejecución de sentencia, sino en cuanto procedimiento ejecutivo, se opondría un matiz diferencial entre las situaciones de extinción de comunidad propiamente dicha y de deslinde entre predios.

Cuando se trata de las acciones familiae erciscundae y comuni dividundo, las situaciones de comunidad que son su soporte constan documentalmente.

Pero cuando se trata del supuesto de deslinde, lo normal es lo contrario, que las fincas se hallen debidamente delimitadas y amojonadas, y lo excepcional es que se esté en presencia de un supuesto de imprecisión e indeterminación de linderos, cosa que por otro lado no consta documentalmente.

Parece pues que la acción de deslinde no puede ejercitarse directamente en fase de ejecución y procedimiento de jurisdicción contenciosa, sino que toda acción de esta clase ha de comenzar por un pleito en el que se resuelva previamente acerca del supuesto básico de si existe indeterminación y confusión de linderos, o no.

El argumento histórico, por otra parte, confirma lo que venimos diciendo, si se tiene en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, cuyos criterios sobre el tema sigue la vigente como hemos visto, al instaurar el inoperante procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre deslinde y amojonamiento que aún subsiste, eliminó de modo deliberado el llamado juicio sumario de apeo, de la anterior etapa precodificadora, que era respecto de la acción de deslinde lo que la testamentaría respecto de la acción familiae erciscundae (69).

En esa etapa, antes de la codificación procesal, la finalidad del juicio de apeo, deslinde o amojonamiento, que de los tres modos era llamado, no consistía sólo en determinar linderos en el caso de que antes no los hubiese o fuese imposible justificar cuál había sido en el pasado su trayectoria.

Esa era sólo una de las finalidades del juicio.

(69) «No era uniforme la opinión de los antiguos pragmáticos sobre la calificación que debía darse al apeo y amojonamiento; juicio generalmente lo denominaban, calificándolo algunos de sumario, y de irregular otros. En realidad no es juicio, sino sólo una operación, un acto de jurisdicción voluntaria que no da ni quita derecho» (Gómez de la Serna, Motivos, cit., pág. 241).

Pero podía servir también, si se suscitaba discusión, para reconstituir los viejos linderos caso de que hubieran desaparecido los mojones o no fueran respetados; e incluso para corregir y regularizar linderos perfectamente señalados.

La finalidad del procedimiento era por consiguiente triple: corregir, reconstituir, ó establecer «ex novo» el lindero entre distintas propiedades (70).

Y a todo ello se atendía por un procedimiento similar, aunque no idéntico, al seguido en los casos de partición de herencia y división de cosa común; procedimiento que se iniciaba con un escrito al que se acompañaban los documentos de propiedad, y en el que se pedía se hiciese saber a los propietarios colindantes que debían exhibir los títulos de sus respectivas fincas y nombrar peritos que con el designado por el solicitante, y con citación de dichos interesados, practicasen el reconocimiento, apeo y deslinde de dichas tierras, entregándose después las diligencias originales para exponer lo conveniente.

Este era el tenor aproximado de las fórmulas que ofrecen los autores de la época (Ortiz de Zúñiga, Febrero puesto al día por Vicente y Caravantes, y señores Gómez de la Serna y Montalbán).

El procedimiento continuaba con un reconocimiento sobre el terreno y el levantamiento de lo que se denominaba «pañó de pintura», donde figurando todas las porciones deslindadas, se marcaban las líneas divisorias en cada una de ellas, puntos de colocación de los mojones, distancias entre unos y otros, cabida y extensión de las fincas, «y en una palabra cuanto crea que puede servir para asegurar los derechos en lo sucesivo y evitar la repetición de semejantes actos y de las cuestiones que dan lugar a ellos», en expresión del completo estudio que bajo el título de «Amojonamiento, apeo, deslinde» se contiene en la magnífica aunque inconclusa «Enciclopedia Española de Derecho y Administración», dirigida por D. Lorenzo Arrazola y otros, que empezó a publicarse en el año 1848 (tomo II, pág. 655 y ss.).

El juicio no terminaba con lo que queda indicado.

El mismo estudio de la «Enciclopedia Española de Derecho y Administración» nos informa sobre el particular:

(70) Así resultaba de Part. 6,15,10.

«Verificado todo como queda expuesto, la parte que solicitó el apeo y deslinde debe pedir al Juez que apruebe las diligencias practicadas, interponiendo para su mayor validación y firmeza su decreto y autoridad judicial. De esta pretensión debe el Juez dar traslado a todos los propietarios colindantes que han intervenido en el acto por un término suficiente, con apercibimiento de aprobarle si no acuden dentro de él a usar de su derecho. Si no lo verifican, el actor les acusa la rebeldía, y tenida por acusada el Juez aprueba el apeo, deslinde y amojonamiento, interpone su autoridad y les condena a estar y pasar por lo que se ha efectuado; mas si por el contrario, los interesados usan de su derecho y proponen sus reclamaciones contra el deslinde y amojonamiento ejecutados, se oyen estas por los trámites propios de un juicio ordinario quedando ejecutoriada lo que en este juicio se resuelva».

Como antes decíamos, queda con esto demostrado que antes de nuestra codificación procesal la regulación de la acción *finium regundorum*, aunque no idéntica, era muy similar a la de la acción *familiae erciscundae*.

Se nombraban peritos que procedían al deslinde.

Lo hecho por peritos era aprobado por el Juez, de no ser impugnado en cierto plazo y por el procedimiento del juicio ordinario.

Este juicio ordinario, dirigido a impugnar el deslinde hecho por los peritos, resolvía definitivamente el tema objeto de debate.

Esta era la situación en términos generales, con ciertas variantes que se observan en los autores, derivadas de ser el procedimiento una creación de la práctica (71).

Y esto fue lo que destruyó la Ley de Enjuiciamiento de 1855, a la cual sigue la vigente, sustituyéndolo por un inoperante e inservible procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Queda demostrado, así, que también razones históricas militan en contra de la posibilidad de que se ejercite la acción de deslinde, directamente y sin juicio y sentencia previos, acomodándose a los trámites de las testamentarias.

(71) Vid. como ejemplos: Gómez y Negro, ob. cit., págs. 245 a 247, y el «Febrero» a cargo de Vicente y Caravantes, ed. 1.852 cit., tomo IV, págs. 462 a 465.

Por lo demás, y para terminar, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de mayo de 1967 ha declarado que la acción de deslinde puede ejercitarse en juicio ordinario, en procedimiento de jurisdicción voluntaria o convencionalmente; y ello parecer sentar un criterio contrario a otra posibilidad.

VI.—CONCLUSIONES.

Estamos llegando al final de este discurso.

Sólo queda resumir su contenido en unas conclusiones, como vamos a hacer a continuación:

1.—En nuestro Derecho son acciones divisorias las de partición de herencia, división de cosa común y deslinde, pues las tres tienen como presupuesto una situación de indivisión, absoluta o relativa, y tienden a ponerle fin mediante adjudicaciones; no obstante, en la Ley de Enjuiciamiento Civil no hay normas generales que regulen el ejercicio de las acciones divisorias, y sólo es objeto de regulación legal específica el llamado juicio de testamentaría.

2.—Las acciones divisorias son ejercitables en el juicio ordinario declarativo que corresponda por razón de su cuantía, pero la sentencia estimatoria que recaiga sólo puede, reconociendo el derecho del actor, condenar a que, en ejecución de la misma y por los trámites procesales oportunos, se parta la herencia, divida la cosa común o proceda al deslinde de predios, con las consiguientes adjudicaciones; que, aunque estas acciones son constitutivas por el objeto o finalidad a que tienden, no lo son las sentencias que recaigan en los juicios divisorios, pues la adjudicación es materia propia de ejecución.

3.—A la ejecución de Sentencias que estimen acciones divisorias no son aplicables las normas generales de los arts. 921 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pensadas y concebidas para las acciones simples, no para las dobles, carácter éste que tienen las divisorias; la ejecución de dichas sentencias debe acomodarse en todo caso al trámite de las testamentarías judiciales, que contiene dentro de sí las reglas aplicables al efecto.

4.—El mal llamado juicio de testamentaría no es un juicio ni un procedimiento de jurisdicción voluntaria; es un procedimiento de jurisdicción contenciosa, equivalente al de ejecución de sentencia condenatoria a partir una herencia, por medio del cual en ciertos casos, sin pleito ni sentencia previos, se ejercita en fase de ejecución la acción *familiae erciscundae*.

5.—Parece teóricamente posible, dicho sea con toda clase de reservas, el ejercicio directo de la acción *communi dividundo* en fase de ejecución, sin pleito ni sentencia previos, acomodándose a las normas de las testamentarías.

6.—No es posible el ejercicio directo en fase de ejecución, sin pleito ni sentencia previos, de la acción de deslinde.

7.—La situación legal con que nos enfrentamos no es plausible, ni conduce a la deseada celeridad y eficacia en el ejercicio de estas acciones: por ello es de esperar que tome el legislador conciencia de los problemas que en la práctica se producen, y en consecuencia en una futura Ley se proceda a regular de modo eficaz los aspectos procesales de las acciones divisorias.

Nada más.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil. En 5 tomos (10 volúmenes). Barcelona, 1977 en adelante.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: Notas relativas al concepto de jurisdicción. Rev. D. Proc. Iberoamericano, 1972, núms. 2-3, pág. 477.
- ALCARAZ Y CASTRO, Dr. Isidoro: Breve instrucción del método y práctica de los cuatro juicios, civil ordinario, sumario de partición, ejecutivo y general de concurso de acreedores. 3.^a edición, Madrid, 1781.
- ALVAREZ SUAREZ, Ursicino: Curso de Derecho Romano. Tomo I. Madrid, 1955.
- ARAGONESES, Pedro: Proceso y Derecho Procesal (Introducción). Madrid, 1960.
- ARAGONESES, Pedro: Sentencias congruentes. Madrid, 1957.
- ARANGIO-RUIZ, Vicente: Las acciones en el Derecho Privado Romano. Madrid, 1945.
- ARANGIO-RUIZ, Vicente: Historia del Derecho Romano. Trad. Pelsmaeker. Madrid, 1943.
- ARIAS RAMOS, José: Derecho Romano. 3.^a edición. Madrid, 1947.
- ARRAZOLA, Lorenzo y otros: Enciclopedia española de Derecho y Administración. (Lorenzo Arrazola, Pedro Sainz de Andino, Miguel Pucho y Bautista, José Romero Giner, Vicente Valor, Mariano Antonio Collado y Ruperto Navarro Zamorano). Madrid, 1848 en adelante.
- ASSO Y DEL RIO, Ignacio Jordán de, y DE MANUEL Y RODRIGUEZ, Miguel: Instituciones de Derecho Civil de Castilla. 5.^a edición. Madrid, 1792.
- BARASSI, Ludovico: Instituciones de Derecho Civil. Dos volúmenes. Trad. y notas Ramón G.^a de Haro de Goytisolo y Mario Falcón Carreras. Barcelona, 1955.
- BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: La comunidad de bienes en Derecho español. Madrid, 1954.
- BELLVER CANO, Antonio: Acerca del juicio de división de herencia. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1948, tomo 183, pág. 167.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M.: El dominio según el Código Civil español. Barcelona, 1948.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M.: Derecho Civil español. En cinco tomos. Barcelona, 1954.
- BROCA, Guillermo-María, y MAJADA, Arturo de: Práctica procesal civil. Nueve tomos. 20.^a ed. Barcelona, 1984.
- BUEN, Demófilo de: Derecho Civil español común. Dos volúmenes. Madrid, 1931.
- CABRERA HERNANDEZ, José-María: Reivindicación y deslinde: Sus diferencias. ADC, 1962, pág. 743.
- CAÑADA, Conde de la: Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales reales. 1.^a ed. Madrid, 1793.
- CARNELUTTI, Francesco: Meditazione sul processo divisorio. Riv. Dir. Proc. 1946, II, págs. 22 y ss.
- CARNELUTTI, Francesco: Instituciones del nuevo proceso civil italiano. Trad. y notas de Jaime Guasp. Barcelona, 1942.
- CARNELUTTI, Francesco: Sistema de Derecho procesal civil. Trad. Alcalá-Zamora y Sentís. Adiciones de Alcalá-Zamora. En cuatro volúmenes. Buenos Aires, 1944.
- CARNELUTTI, Francesco: Instituciones del proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. En tres volúmenes. Buenos Aires, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco: Estudios de Derecho Procesal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1952.
- CASTAN TOBEÑAS, José: Derecho Civil español, común y foral. 7.^a edic. 6 tomos (9 volúmenes). Madrid, 1949-1973.

- CASTILLEJO, José de: Historia del Derecho Romano (política, doctrinas, legislación y administración). Madrid, 1935.
- COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, H.: Curso elemental de Derecho Civil. 9 tomos, 3.ª ed. con notas de Derecho español, por Demófilo de Buen. Madrid, 1952.
- COSTA, Joaquín: El juicio pericial. Madrid, 1904.
- COSSIO, Alfonso de: Instituciones de Derecho Civil. Dos volúmenes. Madrid, 1975.
- DIEGO, Felipe-Clemente de: Instituciones de Derecho Civil español. En tres tomos. Nueva edición revisada y puesta al día por don Alfonso de Cossío y Corral y don Antonio Gullón Ballesteros. Madrid, 1959.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos. Barcelona, 1957.
- DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio: Sistema de Derecho Civil. Cuatro volúmenes. Madrid. Volumen III, 1978, volumen IV, 1982.
- DOMINGO DE MORATO, Domingo Ramón: El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano. En dos tomos. Valladolid, 1877.
- ELIZONDO, Francisco-Antonio de: Práctica universal forense de los Tribunales superiores e inferiores de España y de las Indias. En 8 volúmenes. Madrid, 1783.
- ENNECERUS-KIPP-WOLF: Tratado de Derecho Civil. En cinco tomos (10 volúmenes). Trad. Blas Pérez González y José Alguer. Notas de Pérez González y Alguer, Castán y Roca Sastre. Barcelona, 1934-1951.
- ERCILLA, Julio de: Deslinde. Enciclopedia Jurídica Española, tomo XI, pág. 830. Barcelona, s/f.
- ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Edición corregida y aumentada por don Juan B. Gim. París, 1860. 2. volúmenes.
- ESPIN CANOVAS, Diego: Manual de Derecho Civil español. Cinco volúmenes. 5.ª edición. Madrid, 1975.
- FABREGA Y CORTES, Magín: Lecciones de Procedimientos judiciales. 2.ª ed. Barcelona, 1921.
- FABREGA Y CORTES, Magín: Lecciones de práctica forense. 2.ª ed. Barcelona, 1921.
- FAIREN GUILLEN, Víctor: Estudios de Derecho procesal. Madrid, 1955.
- FAIREN GUILLEN, Víctor: Temas del ordenamiento procesal. 3 tomos. Madrid, 1969-1972.
- FENECH, Miguel: Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo. Seis volúmenes. Madrid, 1956-1969.
- FENECH, Miguel: Derecho procesal civil. Madrid, 1983.
- FERNANDEZ DE LA RUA, Vicente: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5 tomos. Madrid, 1856.
- FERREIRO, Fernando: Los arbitrajes de Derecho Privado. Bilbao, 1954.
- FRANCISCI, Pietro de: Síntesis histórica del Derecho Romano. Madrid, 1954.
- FURNO, Carlo: Negocio de fijación y confesión extrajudicial. Madrid, 1957.
- GARCIA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1974.
- GAYO: Instituciones. Edición bilingüe. Trad. Manuel Abellán Velasco, Juan-Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve. Coordinación general y prólogo de Francisco Hernández-Tejero, Madrid, 1985.
- GAYOSO ARIAS, Ramón: Naturaleza y desarrollo procesal de la acción communi dividundo. R. D. Priv. 1920, pág. 208.
- GIRARD, Paul Frederic: Textes de Droit Romain. 5.ª edición. París, 1923.
- GOLDSCHMIDT, James: Derecho Procesal Civil. Trad. Prieto Castro, notas Alcalá-Zamora. Barcelona, 1936.

- GOMEZ Y NEGRO, Lucas: Elementos de práctica forense. 2.^a edición. Valladolid, 1827.
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro: Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español. 4.^a edición. Madrid, 1869.
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro: Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 1857.
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBAN, Juan Manuel: Elementos de Derecho Civil y Penal de España. 3.^a edición. Madrid, 1846. En tres tomos, de los cuales el tercero trata «de los procedimientos».
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBAN, Juan Manuel: Tratado académico-forense de procedimientos judiciales. En tres tomos. Madrid, 1848.
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBAN, Juan Manuel: Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales. 2.^a edición arreglada a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 1855. En tres volúmenes.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente: Derecho procesal. Vol. I. Derecho procesal civil. Madrid, 1955. Vol. II. Derecho procesal penal. Madrid, 1954.
- GUASP DELGADO, Jaime: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I, Madrid, 1943. Tomo II, vol. 1.^o, primera parte. Madrid, 1945.
- GUASP DELGADO, Jaime: Derecho procesal civil. Madrid, 1956.
- GUASP DELGADO, Jaime: El arbitraje en el Derecho español. Barcelona, 1956.
- GULLON BALLESTEROS, Antonio: La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia. ADC, 1965, pág. 365.
- GUTIERREZ ALVIZ, Faustino: Diccionario de Derecho Romano. Madrid, 1948.
- GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito: Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español. 4.^a edición. Madrid, 1875. En siete tomos.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de: Curia filípica. Madrid, 1776.
- IGLESIAS, Juan: Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado). 6.^a edición. Barcelona, 1972.
- JÖRS, Paul: Derecho Privado Romano. Edición a cargo de Wolfgang Kunkel. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona, 1965.
- JOSSERAND, Louis: Derecho Civil. En tres tomos (8 volúmenes). Buenos Aires, 1950. Edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo.
- JUAN Y COLOM, Joseph: Instrucción de Escribanos en orden a lo judicial. 9.^a impresión. Madrid, 1779.
- JUSTINIANO: Digesta Justiniani Augusti. Edición a cargo de P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoia. Milano, 1960.
- JUSTINIANO: El Digesto. Versión castellana por A. d'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo. En tres tomos. Pamplona, 1968.
- JUSTINIANO: El Digesto del Emperador Justiniano. Nueva ed. Trad. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Ed. Manuel Gómez María y Pascual Gil y Gómez. Madrid, 1874.
- JUSTINIANO: Instituciones del Emperador Justiniano. Imperatoris Justiniani Institutionum Libri quatuor. Sobre el texto latino de Krueger. Trad. Ismael Calvo y Madoño. 3.^a edición. Madrid, 1915.
- JUSTINIANO: Las Instituciones. Versión española de F. Hernández-Tejero Jorge. Madrid, 1961.
- KISCH, W.: Elementos de Derecho Procesal Civil. Trad. y adiciones Prieto Castro. 2.^a edición. Madrid, 1940.
- LACRUZ VERDEJO, José-Luis: Elementos de Derecho Civil. En 5 tomos (11 volúmenes). Barcelona, 1977 en adelante.

- LASTRES, Francisco: Procedimientos civiles y criminales. 6.ª edición. Madrid, 1878.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis: Introducción a la Ciencia del Derecho. Barcelona, 1943.
- LOIS ESTEVEZ, José: Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica. Santiago de Compostela, 1954.
- LOIS ESTEVEZ, José: La lucha por la objetivación del Derecho. Vigo, 1965.
- LOIS ESTEVEZ, José: Grandes problemas del Derecho procesal. Santiago de Compostela, s/f.
- LOIS ESTEVEZ, José: Cómo proyectar una investigación jurídica. En el volumen «Antología de estudios sobre investigación jurídica», compilada por Jorge Witker V. México, 1978.
- MANRESA Y NAVARRO, José-María: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. Madrid, 1889.
- MANRESA Y NAVARRO, José-María: Comentarios al Código Civil español 2.ª edición. Madrid, 1904.
- MARCOS GUTIERREZ, Lic. Joseph: Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos. Madrid, 1802.
- MARTIN RETORTILLO, Cirilo: Deslinde y amojonamiento civil. RJC, 1946, pág. 15.
- MAYNAR BARNOLAS, Manuel: Proceso de división de cosa común. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1954, n.º 196, pág. 312.
- MENENDEZ-PIDAL Y DE MONTES, Faustino: Elementos de Derecho procesal civil. Madrid, 1935.
- MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y comercial. Traducción de Santiago Sentís Melendo. En 8 tomos. Buenos Aires, 1954.
- MICHELI, Gian Antonio: Curso de Derecho procesal civil. En 4 tomos. Buenos Aires, 1970.
- MIGUEL Y ROMERO, Mauro, y MIGUEL Y ALONSO, Carlos: Derecho procesal práctico. En 3 tomos, 8.ª edición. Madrid-Valladolid, 1951.
- MIQUEL GONZALEZ, José-María: Comentario a los arts. 392 a 406 del Código Civil, en tomo V, vol. 2.º, de la obra dirigida por don Manuel Albaladejo, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales». Madrid, 1985.
- MONTERO AROCA, Juan: Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario. Madrid, 1982.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: Código Civil, comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estado comparativo de los principales Códigos europeos y americanos. En 32 tomos, algunos subdivididos, y 2 apéndices. Madrid, 1893-1965.
- MUÑOZ XANCO, Juan: Procedimiento aplicable a la división de comunidad de bienes. Rev. D. Procesal, 1985, n.º 3, pág. 595.
- NAVARRO AMANDI, Mario: Código Civil de España. En dos tomos. Madrid, 1880.
- D'ORS, Alvaro: Papeles del oficio universitario. Madrid, 1961.
- D'ORS, Alvaro: Una introducción al estudio del Derecho. Madrid, 1963.
- D'ORS, Alvaro: Elementos de Derecho Privado Romano. Pamplona, 1975 (2.ª edición).
- D'ORS, Alvaro: Derecho Privado Romano. Pamplona, 1983 (5.ª ed. revisada).
- ORTIZ ARCE, David: Procedimientos judiciales. 2.ª ed. a cargo de Faustino Menéndez-Pidal y de Montes. Madrid, 1931.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Biblioteca judicial, o Tratado original y metódico de la organización y atribuciones de los Juzgados de Primera Instancia, de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia. Madrid, 1840. En tres tomos.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Biblioteca de escribanos o Tratado general teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios. En 2 tomos. Madrid, 1841.

- ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Elementos de práctica forense. Madrid, 1843. En 2 volúmenes.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Práctica general forense. Madrid, 1856. En 3 volúmenes.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Práctica general forense. 4.ª edición, Madrid, 1861.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Práctica general forense. Madrid, 1874. 7.ª edición, a cargo de Carlos de Sanjuan y Bouvier. En 2 volúmenes.
- PALA MEDIANO, Francisco: Deslinde y amojonamiento. RJC, 1954, pág. 518.
- PANIAGUA, José: La absurda ordenación de los juicios sucesorios universales en nuestras leyes de enjuiciar. RGLJ, 1930, tomo 157, pág. 346.
- PAVANINI, Giovanni: Natura dei giudizi divisorii (Note di uno studio introduttivo). Padova, 1942.
- PETIT, Eugene: Tratado elemental de Derecho Romano. Trad. y notas, José Ferrández González. México, 1980.
- PINA, Rafael de: Manual de Derecho Procesal Civil. Madrid, 1936.
- PINTO RUIZ, José J.: Deslinde. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VII, pág. 296. Barcelona, 1955.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: Tratado práctico de Derecho Civil francés. Trad. Mario Díaz Cruz. En 14 tomos. La Habana, s/f.
- PLAZA, Manuel de la: Derecho Procesal Civil Español. 3.ª edición. Madrid, 1951. En tres volúmenes.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: Derecho Procesal Civil. En dos tomos. Zaragoza, 1946.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: Cuestiones del Derecho Procesal. Madrid, 1947.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: Tratado de Derecho Procesal. Vol. I. Madrid, 1952.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: Derecho Procesal Civil. En 2 volúmenes. Madrid, 1964.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: Tribunales Españoles. Organización y funcionamiento. Con la colaboración de Eduardo G. de Cabiedes, José Almagro Nosete y Nicolás González-Deleito. Madrid, 1973.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: Derecho Procesal Civil. En 2 volúmenes. 2.ª edición. Madrid, 1974.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: Derecho Concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares. Madrid, 1974.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: Tratado de Derecho Procesal Civil. En 2 tomos. 2.ª edición. Pamplona, 1985.
- PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho Civil. En 13 volúmenes. Barcelona, 1953 en adelante.
- PUIG BRUTAU, José: Diccionario de acciones en Derecho Civil Español. Barcelona, 1984.
- PUIG PEÑA, Federico: Tratado de Derecho Civil Español. En 11 volúmenes. Madrid, 1947 en adelante.
- RAMOS MENDEZ, Francisco: Derecho Procesal (Guía para el estudio y el trabajo científico y profesional). Barcelona, 1978.
- RAMOS MENDEZ, Francisco: Derecho y Proceso. Barcelona, 1978.
- RAMOS MENDEZ, Francisco: Derecho Procesal Civil. Barcelona, 1980.
- RENTI, Enrico: Derecho Procesal Civil. Traducción Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín. Prólogo Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. En 3 tomos. Buenos Aires, 1957.
- REYES MONTERREAL, José M.ª: Proceso de disolución de la comunidad. Rev. D. Procesal, 1960, pág. 395.

- ROCA JUAN, Juan: Comentario a los arts. 384 a 388 del Código Civil, en tomo V, vol. 1.º, de la obra dirigida por D. Manuel Abaladejo, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales». Madrid, 1980.
- ROCA SASTRE, Ramón María: Derecho Hipotecario. En 4 volúmenes. 1.ª edición. Barcelona, 1948.
- RODRIGUEZ AGUILERA, Carlos: Los límites del juicio voluntario de testamentaria. RGLJ, 1956, I, pág. 596.
- RODRIGUEZ VALCARCE, Francisco: División judicial de la cosa común. Rev. D. Procesal, 1955, pág. 261.
- ROSENBERG, Leo: Tratado de Derecho Procesal. En 3 tomos. Buenos Aires, 1955.
- SAEZ JIMENEZ, Jesús y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, Epifanio: Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal. En 4 tomos (11 volúmenes). Madrid, 1968.
- SALA, Joannis: Institutiones romano-hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae. Valentiae, MDCCCV. Editio tertia.
- SALA, Juan: Ilustración del Derecho Real de España. 2.ª edición. Madrid, 1820.
- SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: El Derecho Civil Español en forma de Código, con un volumen de apéndice. Madrid, 1873.
- SANCHEZ ROMAN, Felipe: Estudios de Derecho Civil. Tomo III, 2.ª edición (Derechos Reales). Madrid, 1900.
- SANTAMARIA, J.: Comentarios al Código Civil. En 2 volúmenes. Madrid, 1958.
- SANTOS BRIZ, Jaime: Derecho Civil, Teoría y Práctica. En 6 tomos. Madrid, 1973-1982.
- SAVIGNY, M. F. C. de: Sistema del Derecho Romano actual. Trd. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prol. Manuel Durán y Bas. 2.ª edición. En 6 tomos. Madrid, s/f.
- SCIALOJA, Vittorio: Procedimiento Civil Romano. Trad. Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín. Buenos Aires, 1954.
- SCHÖNKE, Adolfo: Derecho Procesal Civil. Barcelona, 1950.
- SCHULZ, Fritz: Derecho Romano Clásico. Trad. del inglés por José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona, 1960.
- SERAFINI, Felipe: Instituciones de Derecho Romano. Trad. Juan de Dios Trías. En dos volúmenes. Barcelona, s/f.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel: Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, 1969.
- SOHM, Rodolfo: Instituciones de Derecho Privado Romano (Historia y Sistema). 17.ª edición corregida por L. Mitteis y sacada a la luz por L. Wenger. Trd. W. Roces. Madrid, 1928.
- SOTO NIETO, Francisco: Juicio de testamentaria. NEJ Seix, tomo XIV, pág. 124, recogido también en Cuestiones jurídicas, tomo III, Madrid, 1976. pág. 367.
- TAPIA, Eugenio de; Manual de práctica forense en forma de diálogo. Madrid, 1839.
- ULPIANO: Reglas. Trad. Francisco Hernández Tejero. Madrid, 1946.
- VICENTE Y CARAVANTES, José de: Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos. Por Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán. 4.ª edición, reformada y considerablemente aumentada por D. José de Vicente y Caravantes. Madrid, 1852. En 6 tomos.
- VICENTE Y CARAVANTES, José de; Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. En cuatro tomos. Madrid, Tomos I y II, 1856. Tomos III y IV, 1858.
- VILLADIEGO, Dr. Alonso de: Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de esta Corte, y otros ordinarios del Reino. Nuevamente corregida y enmendada. Madrid, 1766.
- WINDSCHEID, Bernardo: Diritto delle Pandette. Trad. y notas de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. Torino, 1925. En 5 volúmenes.

II

C O N T E S T A C I O N

DEL EXCMO. SEÑOR

DON AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Hace pocos meses tenía el alto honor y la gran satisfacción de leer mi discurso de ingreso en esta Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, último de los requisitos para ser recibido como Académico de número. Esta satisfacción hoy se acrecienta, si cabe, al asistir por primera vez a una de sus solemnes sesiones y recibir a un nuevo Académico: D. Arsenio Cristóbal y Fernández-Portal.

Las normas de nuestra Academia indican que el discurso — magistralmente expuesto que acabais de oír— sea contestado por el Académico más reciente, al que corresponde hacer el panegírico o discurso de alabanza. Y creo que la veleidosa fortuna me brinda una oportunidad que no quisiera desaprovechar al hacer la semblanza de Arsenio Cristóbal. En efecto, será empresa arriesga osar presentar ante vosotros al nuevo Académico, ante un auditorio donde es sobradamente conocido, personal y profesionalmente. Pero yo sí puedo hacerlo con cierto conocimiento de causa — y no se interprete esta afirmación como inmodesta— ya que desde los diecisiete años, en que pisamos por primera vez juntos las aulas de nuestra querida Facultad de Derecho en el antiguo caserón de la vieja Universidad compostelana, hemos tenido una estrecha amistad que me honro recordar aquí, públicamente, en tan señalado día.

Por esta feliz coincidencia permítaseme que rompa con los moldes clásicos, salvo la expresa mención a su nacimiento en esta ciudad, el 11 de febrero de 1930, en casa muy cercana al Palacio de Justicia y a la sede de esta Academia. Tampoco creo

sea preciso recordar los estrechos lazos con amigos en el Colegio Mayor Universitario en que vivió durante sus años compostelanos, que sin duda influenciaron su amor por el Derecho y por una de las profesiones más insignes que lo cultivan, día a día, cual es la Abogacía con la que se trata de proteger y brindar amparo a quien lo necesita. Mi deseo hoy, aquí entre vosotros, quiere ser otro.

Cuando por primera vez leí el **discurso** de Arsenio Cristóbal —y digo por primera vez porque lo leí varias veces habida cuenta de que la profundidad del tema así lo exigía y su amenidad en la exposición llevaba a releer algunos de sus pasajes— pronto vinieron a mi mente los recuerdos, las vivencias, de las «dorsianas» clases de Derecho Romano, en el aula 4 de la Facultad. Allí, D. Alvaro d'Ors, sugerente y entusiasta, iniciaba a los nuevos aprendices del Derecho y consolidaba vocaciones. Pronto una de estas vocaciones se hizo firme; la cuestión de difícil resolución en el caso práctico —donde redivivos comparecían con frecuencia ante nosotros, Ticio y Sempronio— se le encomendaba a nuestro compañero Arsenio Cristóbal, y lo mismo ocurría con la interpretación bibliográfica. Día a día, curso a curso, hasta cubrir el preceptivo quinquenio de la licenciatura de Derecho, que culminó, tras brillantísimo expediente académico (diecinueve Matrículas de Honor, seis Sobresalientes y un Notable, ni un solo Aprobado), con la calificación de Sobresaliente y Premio Extraordinario. El Premio Especial que, además, le otorgó la Facultad de Derecho por un trabajo sobre un tema de Derecho Civil, pronto demostraron que los años de estudio universitario habían moldeado al jurista que con el discurrir de los años, sin duda, iba a perfeccionar su formación.

Es en este momento de su vida cuando —ante la sorpresa de muchos que no habían calado la verdadera vocación de Cristóbal— manifiesta su firme decisión de la Abogacía renunciando a tentadoras oposiciones a las que podía aspirar y que fácilmente hubiera superado si recordamos su sólida formación. Arsenio Cristóbal, prefiere desde abajo, poco a poco, tomarle el pulso a la vida con dedicación exclusiva a la profesión de Abogado donde su talante humano, serio, constante, acrecentará sus conocimientos profesionales mediante actuación ante toda clase de Tribunales, desde el Constitucional y todas las salas del Tribunal Supremo, hasta Juzgados de Paz y en jurisdicciones especiales, Tribunales Eclesiásticos y organismos de toda índole.

Esta semblanza de mi antiguo compañero y buen amigo ha venido a mí al hilo de la lectura de su **discurso** y nuevamente me ha hecho recordar la frase de otro de los antiguos maestros de la Universidad compostelana, el Profesor Ruiz del Castillo, en discurso pronunciado con motivo de las bodas de oro de una de las promociones de sus antiguos alumnos: «el tiempo pasa quedándose». Arsenio Cristóbal se mueve con la precisión de aventajado discípulo de quien le inició en los estudios de Derecho Romano. La primera parte de su exposición supone la clasificación de una serie de conceptos que quizá no fueran bien comprendidos; forzosamente tenía que partir de las tres acciones fundamentales: **familiae erciscundae, finium regundorum y communi dividundo**. La evolución histórica que hace en las páginas siguientes, con acertadísima selección bibliográfica, alcanza su más brillante estilo cuando se detiene en los siglos XVIII y XIX. La Codificación comienza a dar sus frutos y hay que seguir, paso a paso, a los autores de la época que con castizo lenguaje manifiestan sus cuitas y satisfacciones al tratar de compendiar en artículos la dispersa, en ocasiones, normativa.

El tema ofrece una perspectiva civil y procesal en relación con las tres acciones. En un reciente estudio (J. Muñoz Xanco, «Procedimiento aplicable a la división de comunidad de bienes», en «Revista de Derecho Procesal», 1985, pág. 595 y ss.) se recuerda, respecto al procedimiento adecuado para el ejercicio de la **actio communi dividundo**, cómo la doctrina científica siguió dos criterios diferentes: «el juicio voluntario de testamentaría» y «el juicio ordinario declarativo que por su cuantía corresponda», con adscripción de los diversos autores a uno u otro parecer. Con apoyo en el envío que el art. 406 del Código Civil hace a las disposiciones sobre la partición de herencia se intenta seguir el primer criterio que es controvertido, según la opinión manifestada en el citado estudio, al estimar que la finalidad del juicio de testamentaría es la confección del inventario de bienes relictos del causante, operaciones divisorias y adjudicación a cada uno de los coherederos y posibles interesados en la herencia, las normas de los arts. 1.054 y siguientes de la Ley Procesal Civil se refieren directamente al ejercicio de la «**actio familiae erciscundae** propia del art. 1.051 del Código Civil y no al de la **actio communi dividundo** del art. 400 de dicho cuerpo legal».

A nuestro entender, a partir de ahora habrá que tener muy en cuenta la valiosa aportación que al respecto hace Arsenio Cris-

tóbal en el capítulo II de su **discurso** con su teoría general de las acciones divisorias en el Derecho patrio, con especial atención a los juicios divisorios y las grandes dudas y vacilaciones que surgen en la práctica en relación con la **finium regundorum** o deslinde. También deseo destacar la profundidad y fina sensibilidad que denota nuestro nuevo académico al abordar el siempre complejo tema de la naturaleza jurídica de la testamentaria; la valiente tesis de la **communi dividundo** ejercitable sin juicio previo; la originalidad, la oportunidad, así como, la siempre difícil concreción de todo lo expuesto que ofrece en sus «Conclusiones» especialmente en la posición que adopta en la número cinco. Todo ello evidencia la tenacidad y conocimiento de un tema que hoy nos ofrece después de largo tiempo de meditación y observación profesional.

Desde la utilización de elementos históricos hasta la doctrina más reciente, científica y jurisprudencial, se interpreta, construye y sistematiza una de las cuestiones más controvertidas de la ciencia jurídica.

Por todo lo hasta aquí expuesto, deseo finalizar mi intervención destacando la importancia de este **discurso** de Arsenio Cristóbal y reiterar que a partir de hoy habrá de ser tenido muy en cuenta por civilistas y procesalistas y cita obligada en quizá nuevas aportaciones que sobre este tema se puedan realizar.

Sea bienvenido a esta Academia, Arsenio Cristóbal y Fernández-Portal y permítaseme, como cierre de este solemne acto, que una a mi personal felicitación el íntimo sentimiento de alegría por la incorporación de un viejo amigo y compañero.