

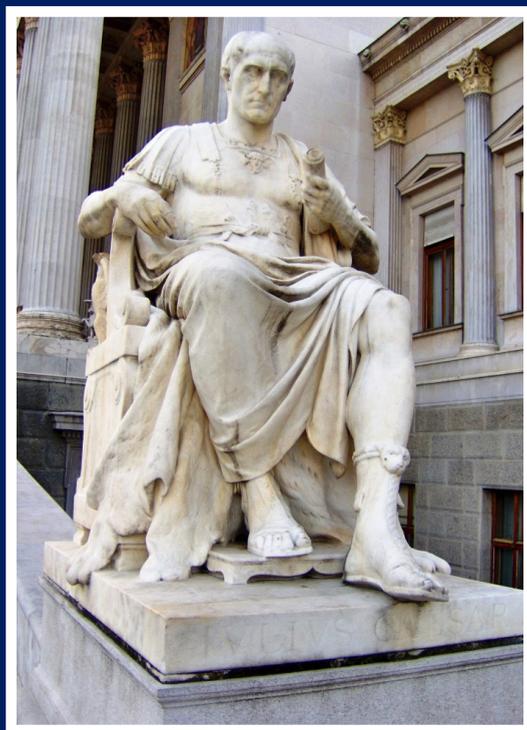
Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano



Dirección y coordinación

María del Carmen López-Rendo Rodríguez

VOLUMEN I



Universidad de Oviedo
Boletín Oficial del Estado

2020

FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO
E IBEROAMERICANO

**FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL
DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO**

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ

VOLUMEN I

UNIVERSIDAD DE OVIEDO
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Primera edición: marzo de 2020
En cubierta: Julio César legislador, Parlamento de Viena

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Universidad de Oviedo por los trabajos incluidos en la obra
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Universidad de Oviedo para esta edición

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE, en línea PDF: 090-20-054-6
NIPO BOE, en línea ePUB: 090-20-055-1
ISBN Universidad de Oviedo: obra completa, 978-84-17445-76-8
ISBN Universidad de Oviedo: volumen I, 978-84-17445-77-5
ISBN Universidad de Oviedo: volumen II, 978-84-17445-78-2
Depósito Legal: AS-601-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo-Campus de Humanidades,
Edificio de Servicios, 33011, Oviedo (servipub@uniovi.es)

ÍNDICE

VOLUMEN I

PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN	17
Le interferenze nell'avveramento della condizione fra tradizione romanistica e globalizzazione giuridica. <i>Giovanni Luchetti</i>	25
I. OBLIGACIONES Y CONTRATOS	
Daños punitivos en la tradición continental. <i>Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades</i> ...	49
Sobre la recepción de la <i>Lex anastasiana</i> en ordenamientos y jurisprudencia contemporánea. <i>Pablo Fernández Belzunegui</i>	71
A doação no <i>ius romanum</i> e no <i>ius commune</i> . Breve referênci a alguns direitos europeus e ao direito brasileiro. <i>Antonio Dos Santos Justo</i>	87
Los principios y reglas de la compraventa romana en el Derecho europeo. Hacia un nuevo contenido del contrato de compraventa del siglo XXI: <i>caveat emptor</i> . <i>Amparo Montañana Casaní</i>	121
Algunas excepciones a los efectos irrevocables de la confusión como modo de extinción de las obligaciones: derecho romano y proyección romanística. <i>Alfonso Murillo Villar</i>	131
En torno a la « <i>reasonable person</i> » como modelo de conducta para la armonización del Derecho europeo. <i>Eva María Polo Arévalo</i>	163
La <i>actio de positis vel suspensis</i> y la aparición de los modernos delitos de peligro. <i>Luis Rodríguez Ennes</i>	181

	Páginas
Principios axiológicos en la contratación <i>inter absentes</i> en la UE. <i>José Ruiz Espinosa</i>	203
La recepción del principio de la buena fe contractual en el Derecho inglés. A propósito de Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot V. Ioannis Kent (2018). <i>Carlos M.ª Sánchez-Moreno Ellart</i>	223
<i>Pretium affectionis</i> o daños morales en la <i>aestimatio damni ex lege Aquilia</i> . <i>Armando Torrent Ruiz</i>	249
La protección del consumidor de Roma a la Unión Europea. <i>Tammo Wallinga</i>	267
Dación en pago necesaria y protección del deudor: bases romanísticas y directiva 2014/17/UE. <i>José Luis Zamora Manzano</i>	279

II. DERECHOS REALES

Aspectos romanísticos na disciplina dos bens públicos no direito civil brasileiro. <i>Myriam Benarrós, Jader Almeida Guerreiro, Raquely Portela Malveira</i>	309
El mar y los puertos entre las <i>res communes omnium</i> y las <i>res publicae</i> : la opinión de Rodrigo Suárez. <i>Francisco Cuenca Boy</i>	329
Anotaciones a la <i>regula iuris</i> « <i>prior tempore potior iure</i> »: de Roma a la jurisprudencia europea. <i>Beatriz García Fueyo</i>	349
La comunidad de bienes en el derecho romano y en el derecho español. El ejercicio de la <i>actio communi dividundo</i> en los procesos matrimoniales. <i>Raquel Pérez Díaz</i>	391
Propiedad y modo. <i>Carlos Varela Gil</i>	425
<i>Usus et habitatio</i> : as raíces romanas do regime dos direitos reais de uso e de habitação consagrado nos códigos civis espanhol e português. <i>Antonio Alberto Vieira Cura</i>	449

III. PERSONA Y FAMILIA

Fundamentos romanísticos de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. <i>Mirta Beatriz Álvarez, Gabriela Victoria Morel</i>	517
Evolución del <i>divortium sine causa</i> romano al divorcio incausado mexicano. <i>Olivia Castro Mascareño, Ana Edith Canales Murillo</i>	533

Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho Romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno. <i>María del Carmen Colmenar Mallén</i>	549
Breves consideraciones de la obligación de dar alimentos de los padres a los hijos en el Derecho romano y en nuestro Derecho español vigente. <i>María de los Ángeles Pérez Díaz</i>	587
El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de los testamentos comunes ante Notario. <i>Emma Rodríguez Díaz</i>	613
<i>Interpretatio prudentium</i> y <i>ius controversum</i> : A propósito de la regulación de la adopción y la autotutela en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. <i>Ramón P. Rodríguez Montero</i>	647

VOLUMEN II

IV. SUCESIONES

Consideraciones sobre la <i>professio iuris</i> en la regulación europea de sucesiones. <i>Belén Fernández Vizcaíno</i>	27
Sumisión y residencia habitual en el Reglamento Europeo de Sucesiones: fundamentos romanísticos. <i>Carmen López-Rendo Rodríguez y María José Azaustre Fernández</i>	49
O Estado como herdeiro legítimo: velhas soluções para novos problemas (ou mais um exemplo da inevitabilidade do Direito Romano). <i>David Magalhães</i>	113
Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile. <i>Elena Pezzato</i>	131
Derecho Romano, Derecho Europeo y certificado sucesorio europeo. <i>Luis Mariano Robles Velasco</i>	141
Deserdação e indignidade para suceder no direito romano: uma comparação com o direito brasileiro. <i>Maria Vital da Rocha y Ana Luiza Ferreira Gomes Silva</i>	155

V. PROCESO

La influencia de la <i>inquisitio</i> y la <i>accusatio</i> romanas en los procesos penales de los Estados Iberoamericanos: El ejercicio de la acción penal. <i>Laura Álvarez Suárez</i>	183
--	-----

	Páginas
A propósito de la Ley 5/2018, de modificación de la ley de enjuiciamiento civil española y de los orígenes romano-canónicos de la «tutela sumaria de la posesión». <i>Francisco Javier Casinos Mora</i>	203
La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano. <i>María Olga Gil García</i>	223
El testimonio único en el Derecho romano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. <i>Ana Isabel Clemente Fernández</i>	251
La huella del <i>ius commune</i> en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil. <i>Juan Ramón Robles Reyes</i>	273
El juicio póstumo a Lope de Aguirre por <i>crimen laesae maiestatis</i> . <i>José Ángel Tamayo Errazquin</i>	297
Los foros de competencia en la <i>actio pauliana</i> del <i>ius commune europaeum</i> . <i>Aránzazu Calzada González y Victoriano Saiz López</i>	325

VI. DERECHO PÚBLICO

Un apunte sobre la evolución del concepto de piratería en el ámbito europeo. <i>Edorta Córcoles Olaitz</i>	357
Capacidade Contributiva: lições do Direito Romano para a Fiscalidade Contemporânea. <i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	367
Reflexiones sobre el fundamento romanístico del trato nacional del extranjero en los Códigos Civiles de América del Sur. <i>Elvira Méndez Chang</i>	379
Representatividade Política na Antiguidade Clássica: implicações Contemporâneas. <i>Raquel Cavalcanti Ramos Machado</i>	401
<i>Constitutio Antoniana</i> and the citizenship of the European Union. Considerations between policy and legal stability. <i>Bronisław Sitek</i>	411
Reflexiones sobre el mandato imperativo: experiencia romana y constitucionalismo moderno. <i>Andrea Trisciuglio</i>	425

VII. TRADICIÓN ROMANÍSTICA

El Licenciado Don Sebastián Álvarez de Avilés y Valdés (c. 1587-1633), Catedrático de Instituta de la Universidad de Oviedo y Oidor de la Audiencia de Panamá. <i>Manuel de Abol-Brasón y Álvarez-Tamargo</i> ...	439
---	-----

La influencia romanista en la incorporación de las reglas y principios jurídicos en los antecedentes y legislación actual de la República Argentina. <i>Marisa T. Domínguez</i>	499
Sobre los juristas romanos como escritores. A propósito de la obra de Dario Mantovani, <i>Les juristes écrivains de la Rome antique, Los juristas romanos como escritores de literatura jurídica</i> . <i>Julio García Camiñas</i> ..	519
La comparación jurídica y su relación con otras disciplinas como metodología de armonización y unificación del derecho privado europeo y su conexión con el Derecho Romano. <i>Ramón Herrera Bravo</i>	539
Method of Reception of Roman Law when Elaborating Latvia's Civil Law of 1937 and EU Law. <i>Arta Jansone</i>	569
Derecho consuetudinario del Perú, frente al Derecho Romano. <i>Carmen Meza Ingar</i>	587
Llegada y pervivencia del Derecho Romano a la República Argentina. <i>Marilyn Andrea Miceli, Leticia Inés Núñez</i>	595
Reminiscencias del Derecho Romano en el Derecho Mexicano: Código Civil. <i>Grecia Sofía Munive García</i>	607
El primer Wenceslao Roces: Derecho, idealismo y rebeldía (1922-1931). <i>Benjamín Rivaya</i>	621
Pour un <i>mos majorum</i> européen. <i>Philippe Ropenga</i>	641
Raíces romanas del Derecho mercantil español y europeo. <i>Amparo Salom Lucas</i>	661
Quão romanísticos são os fundamentos romanísticos dos direitos privados europeus e ibero-americanos? Reflexões a propósito da tripartição gaiana adoptada por Pascoal de Mello Freire. <i>Jorge Silva Santos</i>	677
Pessoa e Sociedade: A Delação Premiada Fiscal do Direito Romano na Atualidade. <i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i>	703

XXV ANIVERSARIO DE LA ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO ROMANO

Fue en la primavera de 1994, reunidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, cuando un destacado grupo de romanistas españoles e iberoamericanos decidieron crear la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), preocupados por la supervivencia de la materia del Derecho romano y coincidiendo con un momento en el que se discutía acerca del lugar que debía ocupar su contenido en la formación del jurista. Este proyecto tenía un doble objetivo: por un lado, reunirse anualmente romanistas españoles e iberoamericanos, indistintamente en la península ibérica o en el continente americano, para intercambiar información relevante acerca de la evolución de la materia y, por otro, el estudio y difusión del Derecho romano, tanto en su sentido estricto como en el ámbito de la tradición jurídica romanística y su proyección en la legislación europea e iberoamericana.

La AIDROM fue constituida por tiempo indefinido, mediante la correspondiente acta fundacional de la Asociación otorgada en Oviedo, el 22 de abril de 1994, e inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, el 5 de julio del mismo año, número de registro 134.360. Han pasado veinticinco años de aquella inicial reunión de entusiastas profesores romanistas y de su constitución formal, habiéndose convertido en una Asociación consolidada, asentada y llena de retos para el futuro. Para conmemorar el 25.º aniversario de su creación se ha regresado a la Facultad de Derecho de Oviedo, cuna de su nacimiento, en donde han tenido lugar diferentes eventos en recuerdo de tal efeméride. En la actualidad, la AIDROM continúa desarrollando su actividad con gran vitalidad, cuenta con más de 250 asociados, y con la incorporación constante de nuevos romanistas, tanto europeos como iberoamericanos.

Desde sus inicios, año tras año, la AIDROM ha venido celebrando un congreso internacional en los que se han abordado materias de interés común, y en los que el conjunto de sus estudiosos han concentrado sus sinergias para realizar investigaciones serias y rigurosas que fortalecieran su conocimiento y facilitaran su divulgación. Las materias abordadas en las distintas convocatorias han sido: *La recepción del Derecho romano*, (Granada, 1995); *La recepción del derecho de obligaciones*, (Murcia, 1996); *La recepción del derecho romano, especialmente referida a España y a los países iberoamericanos, en materia de derecho de personas y proceso*, (León, 1997); *El derecho romano de sucesiones y su recepción en Iberoamérica* (Ourense, 1998); *Los Derechos reales*, (Buenos Aires, 1999); *La prueba y los medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, (Madrid, 2000); *La responsabilidad civil: de Roma al Derecho moderno*, (Burgos, 2001); *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual*, (Fortaleza, 2002); *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, (Huelva, 2003); *El Derecho penal: de Roma al derecho actual*, (Alicante, 2004); *O direito das sucessões: do Direito Romano ao direito actual*, (Coimbra, 2005); *El Derecho Comercial: de Roma al Derecho Moderno*, (Las Palmas de Gran Canaria, 2006); *Investigación y docencia en Derecho romano*, (Toledo, 2008); *O sistema contratual romano: De Roma ao Direito actual*, (Lisboa, 2009); *El derecho de obligaciones: De Roma al Derecho moderno*, (Buenos Aires, 2010); *O Direito de Família, de Roma à atualidade*, (Belém do Pará, 2011); *Fundamenta Ivris. Terminología, Principios e Interpretatio: De Roma a la Actualidad*, (Almería, 2012); *Poder e Direito*, (Lisboa – Évora, 2013); *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, (Murcia – Cartagena, 2014); *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea*, (Bolonia-Rávena, 2015); *As Relações Comerciais: A Contribuição de Roma à Globalização Contemporânea*, (Belém do Pará, 2016); *Fundamentos del Derecho Sucesorio Actual*, (Barcelona, 2017); *A locatio-conductio influência nos direitos atuais*, (Oporto, 2018); y *Fundamentos romanísticos del derecho de la Unión Europea y de los Países Iberoamericanos*, (Oviedo, 2019).

Sin embargo, quien realmente hace grande a la AIDROM son sus asociados; han sido muchos los romanistas que han estado vinculados a la Asociación, pero que, lamentablemente, nos han abandonado por causas naturales; para todos ellos un emocionado recuerdo y un sincero agradecimiento (q.e.p.d.). También, con sincera gratitud, el reconocimiento cordial a quienes han dedicado su tiempo y su esfuerzo para que la Asociación alcanzase su mayor visibilidad tanto nacional como internacional, a los Profesores Justo García Sánchez y Armando Torrent Ruiz, Presidentes de Honor de la AIDROM,

sin olvidar el trabajo constante y la absoluta dedicación de la Profesora Carmen López-Rendo Rodríguez, que desde el primer día ha ejercido sin tacha alguna como Secretaria y Tesorera. A todos ellos, nuestro cordial agradecimiento.

Como consecuencia del impulso de todos sus asociados, la AIDROM ha conseguido en sus 25 años de vida ser una institución perfectamente integrada en el entorno académico universitario, aceptada como uno de los motores fundamentales de la investigación y el estudio del Derecho romano, consolidada como referente romanístico y reconocida como espacio abierto para el intercambio de ideas, experiencias, proyectos e inquietudes, sin soslayar que ha llegado a convertirse en uno de los principales agentes de internacionalización de la ciencia romanística. En definitiva, la AIDROM ha logrado convertirse, pese a las dificultades iniciales, en un elemento configurador de la esencia del Derecho romano. Para concluir, sólo nos queda desear que en los próximos 25 años la relación entre el Derecho romano y la AIDROM sean tan fructíferos como los que se han conmemorado en Oviedo.

ALFONSO MURILLO VILLAR

*Presidente AIDROM
Catedrático de Derecho Romano*

PRESENTACIÓN

El presente libro tiene como propósito ofrecer un reconocimiento a la labor científica y académica de Don Justo García Sánchez (Ciudad Rodrigo, Salamanca, Diciembre 1946), Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo, excelente profesor universitario, hombre erudito, culto, que ha formado a más de 40 promociones de licenciados y graduados en derecho, e incansable e infatigable investigador, lo que le ha convertido en un gran referente internacional en la disciplina. Su capacidad de esfuerzo y trabajo han sido insuperables, con jornadas laborales que abarcaban todos los días de la semana, incluidos sábados, domingos, fiestas de guardar y vacaciones. Sus estancias y visitas a bibliotecas, archivos nacionales e internacionales han sido innumerables, reflejándose todas ellas en sus investigaciones científicas.

Su faceta como profesor ha sido brillantísima, preocupado siempre por sus discípulos y por la docencia universitaria. Todos sus alumnos –entre los que me encuentro– se acuerdan de su primer profesor de la carrera de Derecho, que dominaba el latín como el castellano y recitaba la ley de las XII Tablas como cualquier ciudadano romano, y cuya bondad, dedicación, capacidad de trabajo y forma de enseñar han hecho que le recuerden como un hombre bueno y un gran ejemplo a seguir.

En un momento de amplia discusión acerca del lugar que ocupaba la materia del Derecho Romano y su recepción en Europa dentro de los Planes de estudio de la licenciatura de Derecho, en la primavera del año 1994, el profesor García Sánchez tuvo la gran idea, junto con el profesor Don Gerardo Turiel de Castro (†), de poner en marcha un proyecto desde Oviedo, que perseguía un doble objetivo: 1) servir para una reunión anual de los romanistas iberoamericanos con convocatorias indistintas en la Península y en el continente

Americano, 2) reunir diferentes estudios que enriquecieran los conocimientos relativos a la recepción del Derecho Romano.

Fruto de este proyecto fue la constitución en Oviedo el día 22 de abril de 1994 de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, cuyos fines son: a) El estudio y difusión del Derecho Romano, tanto en su sentido estricto, como en el ámbito de la tradición jurídica romanística y su proyección en la legislación europea e iberoamericana. b) La realización de todas las actividades conducentes al cumplimiento de dicho fin. c) El mantenimiento de relaciones científicas a través de congresos, seminarios, cursos y publicaciones. d) Cualquier otro tendente al cumplimiento de los fines de la asociación, y una particular colaboración con entidades jurídicas de España e Iberoamérica.

Durante más de 15 años, Don Justo García Sánchez vino siendo el presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, sucedido en el cargo por otro excelente romanista de gran reconocimiento internacional y Catedrático de Derecho Romano, que le precedió en la cátedra de la Universidad de Oviedo, Don Armando Torrent Ruiz, ambos actualmente Presidentes de Honor de esta Asociación.

Intentaré reproducir en estas breves páginas, el inmenso *curriculum vitae* del homenajeado, que tiene su inicio con la Licenciatura en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, superando el examen de licenciatura el 6 de julio de 1973. Se doctoró en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid el 7 de diciembre de 1974. Se licenció y doctoró en Teología por la Universidad Pontificia de Salamanca el 7 de marzo de 1971 y el 26 de junio de 1991, respectivamente. Se licenció y doctoró en Derecho Canónico por la Universidad Pontificia de Salamanca el 6 de abril de 1992 y el 25 de febrero de 1999. Se diplomó en Derecho Agrario por la Asociación Española de Derecho Agrario el 27 de julio de 1974. Obtuvo la Diplomatura en Ciencias Medievales por la Pontificia Università Antonianum de Roma el 2 de marzo de 1993 y en Derecho Canónico Matrimonial por C. C. D y D S-Vaticano. Roma el 27 de febrero de 1990.

Su carrera universitaria y docente la desarrolló en la Universidad Autónoma de Madrid como Profesor Ayudante y Adjunto durante los cursos 1973 a 1976; en la Universidad de Extremadura y Salamanca como Profesor Agregado Numerario, y en la Universidad de Oviedo con la categoría de Catedrático de Universidad desde el año 1979 hasta septiembre del año 2019. Más de 46 años de dedicación docente e investigadora, habiendo obtenido el reconocimiento máximo de tramos docentes que concede el Ministerio de Educación y Ciencia y la Universidad de Oviedo.

Desempeñó su actividad investigadora en el Istituto di Diritto Romano de Genova-Italia, con el profesor Carlos Castello; en la Universidad Sapienza de Roma, con el profesor Giovanni Pugliese; en el Leopold Wenger Institut de la Universidad de Munich con el profesor Dieter Nörr; en la Universidad de la Sorbonne-Paris con el profesor Jean Gaudemet; en la Universidad de Coimbra, con el profesor Manuel Augusto Rodríguez, Director del Archivo, así como en la Biblioteca Nacional de París y la de Cujas, la Biblioteca de Arte y Arqueología de París, los archivos nacionales de París, el del Château de Vincennes, Hopitaux de Paris, la Biblioteca Mejanes de Provenza, el Archivo Secreto, la Biblioteca Apostólica Vaticana, la Biblioteca Nacional Alexandrina de Roma, la Biblioteca dell'Istituto di Diritto Romano Comparato de Roma, así como en el Seminario di Diritto Romano della Università della Sapienza, la Biblioteca de la Universidad Gregoriana, y otros archivos y bibliotecas españolas.

Es autor de más de 30 monografías, más de 140 artículos publicados en revistas de reconocido prestigio nacionales e internacionales, así como de otras publicaciones, recensiones, colaboraciones en diccionarios, etc. Su actividad investigadora fue reconocida con seis sexenios, el máximo de tramos concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Fue nombrado miembro del Consejo asesor de la Revista Española de Derecho Canónico desde 1999; de la Revista Jurídica de Asturias, desde 1987; de la Revista *Studium* Ovetense desde 2007, así como del Consejo de Dirección de la Revista General de Derecho Romano, Iustel desde 2004, y de la Revista RIDROM, desde su creación.

Su trayectoria profesional le ha merecido el nombramiento de Académico correspondiente de la Real Academia de la Historia de Madrid desde el año 1991, así como los de miembro numerario del Real Instituto de Estudios Asturianos desde el año 1996, Académico de Número de la Academia Asturiana de Jurisprudencia desde el año 1986, Miembro de Número del Centro de Estudios Mirobrigense de Ciudad Rodrigo desde 1991, Académico correspondiente de la *Lusitanae Academiae Historiae* de Lisboa desde el año 2007, Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid desde el año 2000, de la que era socio colaborador desde 1974; Miembro del *Centro de investigação Professor Doutor Joaquim Veríssimo Serrão* de Santarem, Portugal, y Director de la colección de investigaciones en ciencias sociales y jurídicas del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo desde el 21 de marzo de 2015.

Ha intervenido en más de 100 congresos nacionales e internacionales con ponencias y comunicaciones, e impartido docencia en seminarios y cursos de doctorado en diferentes universidades españolas y extranjeras.

Su capacidad de trabajo y su profunda dedicación a la Universidad le llevaron a asumir tareas de gestión universitaria, habiendo desempeñado el puesto de Director de Departamento de Derecho Romano desde 1979 a 1986, de Vicedecano de la Facultad de Derecho en el año 1980, de Decano de 1986 a 1989 y en los cursos 1992 a 1996, y de Director del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas durante el curso 1991-1992. Además fue Presidente de la Asociación de Catedráticos de la Universidad de Oviedo de 1986 a 1988, de la Junta Electoral Central de la Universidad de Oviedo de 1986 a 1989 y de 1992 a 1996 participando como miembro de la Junta de Gobierno de 1987 a 1989 y de 1993 a 1996 de la Mesa del Claustro en representación de Doctores en el año 1986, y del Claustro de la Universidad de Oviedo de 1986 a 1996, de 2000 a 2004 y de 2008 a 2012.

A todo ello hay que añadir que, durante los años 1994 a 1997 compatibilizó su quehacer universitario con el nombramiento como Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Asturias.

Creo que con lo ya destacado se da una idea al lector de que nos encontramos ante un gran jurista, magnífico profesor, brillante investigador y trabajador infatigable. Pero, es más, su curriculum continúa.

Este año en el que Don Justo García Sánchez se jubila y cesa como profesor emérito de la Universidad de Oviedo, se cumple el XXV aniversario de la creación de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Es sin duda, el mejor momento para que un grupo de compañeros, como muestra de respeto, admiración, agradecimiento y estima hacia su persona, le brinde un pequeño reconocimiento a su labor científica y académica, con la elaboración de este libro que lleva por título: *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*.

En el presente libro se recogen los trabajos elaborados por un importante grupo de compañeros, amigos y discípulos, profesores de Historia del Derecho, de Filosofía del Derecho y especialistas en Derecho Romano de todo el mundo: España, Portugal, Holanda, Francia, Italia, Letonia, Polonia, Argentina, Brasil, México, Perú, etc., cuyas aportaciones, por la variedad y calidad de sus contenidos, serán de gran utilidad para toda la doctrina nacional e internacional. Los contenidos de los trabajos científicos versan sobre los fundamentos romanísticos de diversas materias que afectan al derecho de obligaciones y contratos, derechos reales, persona y familia, sucesiones, proceso, derecho público y tradición romanística.

Como colofón de esta presentación, deseo agradecer a todos los autores sus contribuciones científicas que han hecho posible que este libro sea una realidad, así como a la Universidad de Oviedo en la persona de su Rector Don

Santiago García Granda, a la Directora del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo Doña Ana Isabel González González, al Director de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Don Manuel Tuero Secades y todo su equipo, quienes han apoyado de forma incondicional tanto económicamente como con su paciencia y buen hacer, la edición de este libro homenaje.

Y, como no, mostrar igualmente mi agradecimiento al Profesor D. Pedro Resina Sola, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Almería, así como a la Profesora Doña María José Azaustre Fernández, Profesora Ayudante Doctor de la Universidad de Oviedo, por su ayuda inestimable y desinteresada en las correcciones y unificación de los trabajos aquí contenidos.

Gracias a todos.

CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Romano
Secretaria de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano*



Don Justo García Sánchez
Catedrático de Derecho Romano

LE INTERFERENZE NELL'AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE FRA TRADIZIONE ROMANISTICA E GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

GIOVANNI LUCHETTI
Professore ordinario di Diritto romano
Università di Bologna

I. GLOBALIZZAZIONE, DIRITTO, SCIENZA GIURIDICA

Il processo di integrazione e l'affermarsi di una forte interdipendenza delle economie e dei mercati internazionali, favorito anche dal rapido progresso delle tecniche informatiche e telematiche, ha avuto, come sappiamo, significative ripercussioni sull'universo giuridico¹. Alla nascita di un nuovo modello di organizzazione degli scambi, ormai di dimensioni planetarie o globali, si è accompagnato, infatti, il contestuale declino delle tradizionali idee di Stato e di sovranità². I mercati mondiali esigono infatti regole uniformi. La globalizzazione dell'economia ha determinato la crisi, forse irreversibile, dei dogmi della statualità e della nazionalità del diritto³.

¹ L'incidenza dell'impiego delle nuove tecnologie nel processo di globalizzazione è sottolineata da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, 2002, V, coll. 154-155; sul punto, v. anche D. ZOLO, v. *Globalizzazione*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, II, Torino, 2005, p. 379 e pp. 387-391.

² GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 155-156; ZOLO, v. *Globalizzazione*, cit., pp. 391-397.

³ Cfr. sul punto F. GALGANO-F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, p. 19.

Le prassi seguite dagli operatori economici costituiscono oggi una fonte di produzione del diritto di origine astatale⁴. Le regole create dal ceto imprenditoriale senza la mediazione del potere legislativo degli stati sono state efficacemente definite nuova *lex mercatoria*, per alludere alla rinascita di un insieme di norme a carattere universale, nello stesso modo in cui fu universale il diritto dei mercanti medievali⁵.

Alla globalizzazione sono collegati dunque due fenomeni ulteriori: il raggiungimento di una maggiore complessità del fenomeno giuridico a seguito dell'affermarsi di una pluralità di fonti di produzione del diritto e la creazione del diritto privato da parte di privati, come è storicamente avvenuto prima dell'affermazione del monopolio dello stato moderno sulla creazione del diritto⁶.

Il giurista ha, nell'ormai mutato quadro, un ruolo attivo e propulsivo, che supera la tradizionale immagine dell'interprete vincolato alla semplice attività di esegesi di una fonte normativa scritta⁷. Costituiscono significativi esempi in questa direzione i tentativi volti ad enucleare in ambito transnazionale dei principi comuni, ordinanti la materia contrattuale: proprio la disciplina del contratto, il supporto giuridico del mercato, costituisce il nucleo fondamentale del diritto globalizzato⁸.

Mi riferisco, in particolare, per fare alcuni esempi, all'esperienza dei Principi dei contratti commerciali internazionali, editi a cura dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), con sede a Roma, e, in ambito più specificamente europeo, alla pubblicazione dei Principi di diritto europeo dei contratti da parte della Commissione presieduta dal giurista danese Ole Lando⁹.

⁴ V. ancora sulla questione GALGANO-MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., pp. 266-287.

⁵ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp. 43-76; ID., *Lex mercatoria*⁵, Bologna, 2010, *praecipue* pp. 248-250. Per un'ampia ricognizione del dibattito dottrinale sul tema cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, pp. 633-724.

⁶ Questi aspetti sono efficacemente rimarcati da GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 158-162. Per ulteriori osservazioni dello stesso autore, cfr. ID., *Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*, in *Mitologie giuridiche della modernità*³, Milano, 2007, pp. 229-232.

⁷ GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., col. 159; in quest'ordine di idee v. anche GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 72-76; ID., *Lex mercatoria*⁵, cit., pp. 284-287.

⁸ Cfr. sul punto GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 159-160; per una più ampia analisi del ruolo riservato al contratto nel diritto globalizzato v. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 93-114.

⁹ Cfr., rispettivamente, *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2010* (ed. M. J. Bonell), Roma, 2010, pp. 1-495 e *Principles of European Contract Law. Parts I and II* (eds. O. Lando and H. Beale), The Hague-London-Boston, 2000, pp. 1-561; *Principles of European Contract Law. Part III* (eds. O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann), The Hague-London-New York, 2003, pp. 1-291. Con specifico riguardo ai progetti per l'armonizzazione del diritto privato europeo, v. ora le osservazioni di K. P. BERGER, *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in *Towards a European Civil Code*⁴, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 55-70.

Proprio quest'ultima iniziativa ha avuto nel recente passato ulteriori sviluppi. Sulla scia dell'attività già posta in essere dalla Commissione Lando fu costituito, infatti, uno *Study Group on a European Civil Code*, coordinato da Christian von Bar, che, unitamente ad un altro gruppo di lavoro, che operava con l'obiettivo principale di chiarire i contenuti del diritto comunitario, l'*Acquis Group*, ha pubblicato nel 2009, dopo alcuni anni di lavoro, il *Draft Common Frame of Reference*¹⁰.

II. L'ESPERIENZA EUROPEA: IL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

La pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference* si è inserita dunque nel più ampio contesto dei tentativi tesi a realizzare, come obiettivo finale, che non ne esclude altri intermedi minori, l'effetto dell'armonizzazione, se non proprio dell'unificazione, della disciplina contrattuale da applicare nei paesi membri dell'Unione Europea¹¹.

A differenza di altri progetti provenienti dal mondo accademico, come il Progetto preliminare di un Codice europeo dei contratti dell'Accademia di Pavia coordinato da Giuseppe Gandolfi o il *Common Core of European Private Law Project*, nato nel 1993 presso l'Università di Trento su iniziativa di Ugo Mattei e Mauro Bussani, il *Draft Common Frame of Reference* ha ricevuto un forte impulso dalle Istituzioni comunitarie¹². Sebbene la strada in concreto intrapresa da Bruxelles sia piuttosto oggi quella di procedere all'armonizzazione del diritto privato dei paesi dell'Unione solo attraverso l'adozione di discipline

¹⁰ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition* (eds. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke), Munich, 2009, pp. 1-643; a questa edizione si è aggiunta quella munita di commento e di note, in ben sei volumi: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I-VI (eds. C. von Bar and E. Clive), Munich, 2009.

¹¹ V. sul punto G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Rivista di diritto civile* 54, 2008, pp. 141-147; U. PERFETTI, *Presentazione*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti e P. Zatti, Padova, 2009, p. xi.

¹² Cfr. *Code européen des contrats. Avant-projet* (coord. G. Gandolfi), I, Milano, 2004, pp. 752; II.1, Milano, 2007, pp. 197; II.2, Milano, 2008, pp. 847. Sul *Common Core of European Private Law Project* v. ora M. BUSSANI-M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, pp. 146-152 (con indicazioni bibliografiche). Sull'impulso delle istituzioni comunitarie nell'elaborazione del *DCFR*, cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 2; ALPA - CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, cit., pp. 159-160; C. VON BAR, *Key Policy Issues in turning the DCFR into an optional instrument*, in *Draft Common Frame of Reference (DCFR), wat for?*, a cura di G. Alpa e G. Iudica, Milano, 2013, pp. 7-11.

settoriali – strada che ha portato, com'è noto, alla formulazione della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita (COM [2011] 635 def.) e, più di recente, a due proposte di direttive sui contratti di vendita *on line* e di fornitura di contenuto digitale¹³ – rimane a mio avviso ancora oggi intatto il valore del *Draft Common Frame of Reference* nella sua dimensione di significativa opera di riflessione e di sintesi condotta sugli elementi comuni che emergono dalla considerazione delle regole recepite dalle singole legislazioni nazionali.

III. IL DRAFT FRA TRADIZIONE ROMANISTICA E GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

Affrontiamo ora la questione di come si collochi questa ipotesi di unificazione di ampi settori del diritto privato nel contesto della più che bimillena-

¹³ La Proposta è stata approvata, il 26 febbraio 2014, dal Parlamento europeo in prima lettura, ma la Commissione, nel dicembre 2014, ha deciso di ritirarla. Nel Programma di lavoro 2015, la stessa Commissione ha quindi manifestato l'intenzione di procedere alla creazione di un unico mercato digitale europeo (*Digital Single Market*). L'inversione di rotta ha portato all'elaborazione di due proposte di direttive, riguardanti la conformità dei beni di consumo venduti *on-line* (COM [2015] 635 def.) e delle forniture di contenuto digitale (Com. [2015] 634 def.). Giova in questa sede ricordare solo brevemente le principali tappe del percorso che ha portato, dopo la pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*, alla formulazione della Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita. La Commissione europea ha provveduto ad istituire un gruppo di esperti, con il compito di predisporre un Quadro comune di riferimento (*CFR*) nel settore del diritto europeo dei contratti, selezionando le parti corrispondenti del *DCFR* e perfezionandole, anche alla luce di ulteriori studi e dell'*acquis* dell'Unione. Il gruppo di esperti ha pubblicato uno studio di fattibilità, che consta di un ampio articolato in materia di diritto contrattuale, concernente in particolare la vendita. Il lavoro del gruppo di esperti, apparso anche in una seconda versione il 19 agosto del 2011, è stato in larga parte trasfuso nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita. L'istituzione del gruppo di esperti è stata inoltre seguita, il 1° luglio del 2010, dalla pubblicazione del Libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (COM [2010] 348 def.), al fine di consultare cittadini, organizzazioni e stati membri su quale avrebbe dovuto essere la natura giuridica dello strumento di diritto europeo dei contratti. Le opzioni delineate dalla Commissione nel Libro verde spaziavano dalla semplice pubblicazione dei risultati del gruppo di esperti (opzione n. 1) all'adozione di un regolamento istitutivo di un codice civile europeo (opzione n. 7). In questo quadro, deve essere segnalata anche la posizione espressa dal Parlamento europeo con un'apposita risoluzione dell'8 giugno 2011, che ha auspicato l'adozione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale attraverso un regolamento. Sui più recenti sviluppi del diritto contrattuale europeo, cfr. C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 4/2011, pp. 837-859; M. MELI, *Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita I-COM(2011) 635 def.)*, in *NLCC* 35, 1/2012, pp. 183-207; C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2/2012, pp. 289-317; Id., *Codice civile e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 3/2012, pp. 687-705; Id., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 4/2013, pp. 905-926; nonché A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, 2018, in specie pp. 53-54.

ria tradizione giuridica del continente europeo, al fine di valutare se si sia trattato di qualcosa di avulso e indipendente da essa oppure se si riprendano, più o meno consapevolmente, alcuni suoi filoni, pur tendendo a valorizzarne solo quegli aspetti ancora utili alle esigenze concrete e attuali¹⁴.

Merita di essere ricordata la scelta effettuata in favore della soluzione di tipo codicistico in senso lato. Malgrado la profonda diversità del contesto storico ed economico-sociale rispetto a quello che ha dato vita alle codificazioni del XIX e della prima metà del XX secolo, è chiara la collocazione del *DCFR* nel loro solco in netta controtendenza agli orientamenti favorevoli ad una decodificazione del diritto privato¹⁵.

Un'ulteriore annotazione concerne l'esistenza di una parte generale delle obbligazioni, comprendente una disciplina applicabile non solo a quelle nascenti da contratto, ma anche a quelle derivanti da illecito, da gestione di affari altrui e da arricchimento senza causa. Si è optato così per l'unitarietà del concetto di obbligazione anche quando non sorga da un contratto e del relativo regime giuridico, con una decisa riaffermazione del modello romanistico (o di *Civil law*) rispetto a quello di *Common law*, che estromette, come è noto, la responsabilità extracontrattuale (il *torts law*) dal diritto delle obbligazioni. Una tale scelta rispecchia, come è risaputo, la sistematica adottata dalle Istituzioni di Giustiniano (I.3,13,2), e, prima ancora, almeno nel suo nucleo centrale, da quelle di Gaio (Gai. 3, 88), nonché dalle codificazioni europee del XIX e XX secolo¹⁶.

Le ragioni che hanno indotto ad aderirvi non si riconducono certamente a motivi di ossequio formale alla tradizione, ma di mero vantaggio, sottolineato dalle parole degli stessi gruppi redattori, quando rilevano che ogni altra alternativa avrebbe comportato «una quantità inaccettabile di ripetizioni non necessarie»¹⁷.

Restando sempre sul generale, si può cogliere anche la tendenza a concentrare il più possibile e a ordinare sotto un numero limitato di criteri (nozione di danno giuridicamente rilevante, imputabilità, nesso causale, cause di giustificazione e rimedi) il regime delle obbligazioni per danni causati ad altri e

¹⁴ Su questi interrogativi si sofferma A. PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, in *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, cit., pp. 23-27.

¹⁵ In questo senso v. PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., p. 24.

¹⁶ Cfr. sul punto ancora PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., p. 25.

¹⁷ V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 11.

della relativa responsabilità, con preferenza certamente per un modello più vicino alla tradizione romanistica, ruotante intorno alla *lex Aquilia*, piuttosto che per un modello caratterizzato da una casistica esasperata e frammentaria proprio del sistema dei *torts* del *Common law*¹⁸.

Rivestono poi particolare importanza alcune affermazioni esplicite compiute dai redattori del *DCFR* in sede di introduzione. Essi, infatti, dopo aver sottolineato l'autonomia rispetto al destino di un futuro e auspicato Quadro comune di riferimento (*CFR*) del Progetto in quanto «testo accademico», esprimevano l'auspicio che si potesse favorire, per suo tramite, la conoscenza del diritto privato europeo a livello sia di ordinamenti nazionali che di formazione ed educazione giuridica. In particolare, osservavano gli autori, il Progetto era anche funzionale a dimostrare quanto i diritti privati nazionali si assomiglino e quanto certamente questi diritti possano essere considerati come manifestazioni regionali di una sovrastante eredità comune europea¹⁹.

Una tale funzione si ritenne venisse rafforzata dalla pubblicazione anche di tutti i commenti e le note alle diverse regole-modello, dai quali emerge come solo in un numero relativamente piccolo di casi gli ordinamenti giuridici europei abbiano dato risposte del tutto differenti a problemi comuni. Già quindi i redattori si sono dimostrati consapevoli dell'esistenza di una «eredità comune europea» sottostante ai vari diritti privati nazionali, tanto da spingerli a qualificare questi ultimi come semplici varianti regionali di essa, facilitando così enormemente il compito di elaborazione di principi e regole uniformi²⁰.

Anche se si tace su quale sia detta eredità comune, quasi in ossequio ad una tendenza oggi purtroppo sempre più diffusa, non vi è dubbio che questa debba identificarsi con il complesso di principi e regole ereditati dal diritto romano e dalla successiva tradizione romanistica (o romano-canonica), che hanno rappresentato per secoli il *ius commune Europaeum*²¹.

Il diritto romano-giustiniano, nelle rielaborazioni offerte da glossatori e commentatori, è stato un tempo l'unico strumento che poteva essere conosciu-

¹⁸ Così PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., pp. 26-27.

¹⁹ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 4.

²⁰ Cfr. in specie PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., pp. 26-27.

²¹ Sul *ius commune* europeo v. ampiamente R. ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e impresa / Europa* 14, 2009, pp. 101-143; ID., *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*⁴, cit., pp. 27-53.

to in tutta Europa e che poteva essere utilizzato in ogni parte del continente²². Fino al momento dell'emanazione dei codici moderni si realizzò in Europa uno straordinario fenomeno di sviluppo culturale unitario, grazie alla flessibilità ed alle capacità di adattamento dello *ius commune*²³. Questo diritto ha permesso di superare le molteplici tradizioni locali che non erano in grado di rispondere alle esigenze di una società evolutasi verso un sistema di scambi molto più estesi e complessi²⁴.

Quando si parla di diritto romano si intende, come abbiamo già detto, il diritto romano elaborato ed adattato ai tempi da parte degli studiosi delle prime grandi Università europee²⁵. Il diritto romano-comune si è formato come «diritto dei giuristi»²⁶. Allo stesso modo sono proprio i giuristi, prima ancora che i legislatori, a stimolare e a progettare ora la creazione di un diritto privato europeo. In questo senso il ruolo dei giuristi dell'epoca potrebbe presentare alcuni parallelismi con il ruolo ricoperto dai giuristi di oggi che si adoperano per una moderna unificazione del diritto privato. In entrambi i casi la risposta alle mutate istanze della società non viene da organi statali, ma soprattutto dal lavoro degli studiosi e degli interpreti del diritto²⁷.

Parlare di uno *ius commune Europaeum* al giorno d'oggi non significa peraltro augurarsi un utopico ritorno a passate esperienze. La storia crea le radici per nuovi sviluppi, ma non ripete mai se stessa. Il nuovo diritto europeo comune o uniforme non sarà né una seconda rinascita del diritto romano, né una tardiva recezione del *Civil law* da parte del *Common law* anglosassone. Significa, piuttosto, effettuare sforzi verso un reciproco avvicinamento, coordinamento e armonizzazione²⁸.

In questa prospettiva, l'esperienza dello *ius commune* deve costituire qualcosa in più di un semplice strumento di comprensione delle dinamiche in atto a livello europeo. Un intervento normativo che parta dall'alto, imponendo un codice, risulterebbe votato all'insuccesso, o comunque destinato ad incon-

²² Cfr. sul punto G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, Padova, 2010, p. 179.

²³ ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., pp. 108-110.

²⁴ Così BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., pp. 179-180.

²⁵ Sulla polisemia dell'espressione «diritto romano» cfr. ora G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, pp. 9-16.

²⁶ Cfr. sul punto L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Rivista critica del diritto privato* 10, 1992, p. 528 (= *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 331).

²⁷ Per questa osservazione, v. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., p. 180 e nt. 31.

²⁸ In quest'ordine di idee v. M. CAPPELLETTI, *Introduction*, in *New Perspectives for a common law of Europe* (ed. M. Cappelletti), Firenze, 1978, pp. 4-5; cui adde BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., p. 180, nt. 32.

trare maggiori difficoltà senza la riscoperta dell'esistenza di un'eredità giuridica comune e la progressiva affermazione della capacità degli operatori di dialogare e di confrontarsi²⁹.

Presupposto per l'armonizzazione o l'unificazione giuridica è anche la creazione (o, meglio, la riscoperta) di una cultura giuridica comune. Il recupero e la valorizzazione della tradizione storica è condizione imprescindibile per la formazione del giurista globale e l'effettivo superamento delle barriere nazionali e degli ostacoli che si frappongono all'armonizzazione del diritto privato³⁰.

Il fenomeno della globalizzazione impone di affrontare il problema della disciplina da offrire a rapporti giuridici che si dipanano ormai sempre più spesso tra continenti diversi, a livello mondiale. La formazione dell'operatore del diritto dovrà essere idonea a consentire il confronto con realtà diverse da quella nazionale e tale confronto potrà realizzarsi solo attraverso un approccio improntato ad una piena coscienza storica. Proprio da quest'ultimo angolo di visuale l'approccio che caratterizza il *Draft Common Frame of Reference* si presentava piuttosto carente: le note e i commenti lo accompagnano trascurano (come del resto già era accaduto con le note e i commenti che accompagnavano i *Principles of European Contract Law* elaborati dalla Commissione Lando) di prendere in considerazione le radici delle regole enunciate.

È invece del tutto auspicabile che in futuro, grazie all'apporto degli storici del diritto, si possa assistere a una più decisa valorizzazione degli strumenti offerti dalla comparazione in chiave diacronica³¹. Lo studio dei fondamenti delle varie *regulae iuris* potrà portare ad una più ampia comprensione della

²⁹ V. sul punto BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., pp. 180-181, nt. 32.

³⁰ Manifesta tuttavia un certo scetticismo sul ruolo della romanistica nel dibattito scientifico relativo al diritto privato europeo S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 4-6. L'autore conclude osservando: «il *mainstream* dell'innovazione giuridica europea non è certo rappresentato dal diritto romano ma dal modo in cui i diversi sistemi nazionali stanno reagendo all'impatto del diritto di fonte comunitaria». Per una diversa impostazione, cfr. tuttavia le osservazioni di L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris. Problemi storici e attuali*, in *Europa e diritto privato*, 3/2011, pp. 661-679; EAD., *Storia, comparazione e scienza giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, ricordando G. Crisculi, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2013, pp. 3-5. Più in generale, per un'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale sull'orientamento storico-comparatistico nella romanistica contemporanea cfr. L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, *praecipue* pp. 297-329.

³¹ Si muove senz'altro in questa direzione il recente volume *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven* (hrsg. F. J. Andrés Santos, C. Baldus, H. Dedek), München, 2011. Sulla valorizzazione della prospettiva storica come strumento per una migliore comprensione delle legislazioni nazionali e del dibattito *de iure condendo* che si sta svolgendo in ambito europeo, cfr. anche le osservazioni contenute nella recensione di M. TRIMARCHI, in *Europa e diritto privato*, 1/2013, pp. 299-303.

fenomenologia normativa. Merita di essere segnalata a tale ultimo proposito la recente esperienza cinese³². Com'è noto, l'opzione per il modello romanistico risale in Cina già al 1911, quando venne pubblicato un progetto di codice civile che, tuttavia, non entrò mai in vigore, e venne confermata con la promulgazione del codice del 1931 (tuttora vigente a Taiwan)³³. L'opzione per il modello codificato di *Civil law* si rese necessaria per rispondere alle esigenze di certezza e conoscibilità del diritto³⁴. La vicinanza geografica con il Giappone, che aveva già adottato il modello tedesco, determinò che anche la codificazione cinese fosse ispirata al BGB³⁵. La fondazione della Repubblica popolare cinese determinò però l'abrogazione del codice del 1931³⁶. Con la definitiva crisi del sistema di economia pianificata si è avviata negli ultimi anni una nuova fase di recezione del diritto romano in Cina³⁷. La recezione questa volta non avviene in modo acritico, attraverso l'adozione di un modello già codificato, ma attraverso l'attività di ricerca condotta dai giuristi cinesi direttamente sulle fonti giuridiche romane³⁸.

L'esperienza cinese conferma la grande vitalità della tradizione romanistica e dimostra come un approccio al fenomeno giuridico improntato a una piena coscienza storica possa risultare di qualche utilità anche per risolvere le nuove sfide presentate dalla globalizzazione³⁹.

³² Per un quadro d'insieme sull'esperienza giuridica cinese, anche in prospettiva storica cfr. ora M. TIMOTEO, v. *Cina*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, V, Torino, 2010, pp. 181-238; L. MOCCIA, *Sguardo storico-comparativo sul 'diritto' in Cina*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2011, pp. 28-56.

³³ Sull'adozione del modello romanistico in Cina v. ampiamente S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 5, 1998, pp. 233-234; ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, pp. 71-74; cui adde ora M. MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano, 2010, *praecipue* p. 67 e pp. 77-79.

³⁴ Sul punto v. da ultima C. CIOTOLA, *La presenza del diritto romano negli ordinamenti giuridici attuali*, in *Il mondo classico nell'immaginario contemporaneo*, a cura di B. Coccia, Roma, 2008, pp. 64-65.

³⁵ Sul diritto civile giapponese cfr. A. ORTOLANI, v. *Giappone*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, pp. 438-442.

³⁶ Cfr. sul punto MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, cit., pp. 104-105.

³⁷ Sul passaggio dal sistema di economia pianificata ad un moderno mercato socialista, avvenuto grazie all'opera di Deng Xiaoping, v. L. DONG, *Cina*, in *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, a cura di A. Diurni, Milano, 2008, p. 100.

³⁸ Cfr. sul punto SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, cit., pp. 238-239; ID., *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 76-77, che evidenzia come in Cina sia molto avvertita l'esigenza di disporre di traduzioni delle fonti giuridiche romane e dei principali lavori scientifici su di esse. Sul processo di recezione della tradizione romanistica in Cina, tuttora in corso e non privo di connotazioni originali, v. anche CIOTOLA, *La presenza del diritto romano negli ordinamenti giuridici attuali*, cit., pp. 66-68.

³⁹ A tale ultimo proposito mi sembra significativo ricordare quanto osserva L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, pp. xvii-xix e

IV. I FONDAMENTI ROMANISTICI DEL DIRITTO EUROPEO

Questo insieme di idee e di suggestioni non può trovare estraneo il mondo accademico e la comunità internazionale dei romanisti. In Italia una risposta attenta a queste esigenze è stata data con l'introduzione dell'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo nei piani didattici delle Scuole di specializzazione per le professioni legali e nel percorso formativo della laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza. Per quanto ciò sia avvenuto in maniera diversificata nelle singole sedi, mi sembra che la rinnovata coscienza dell'esistenza di un diritto comune europeo a base romanistica possa dirsi fiorita, almeno in taluni casi, nelle aule universitarie italiane. In Italia due mi sembrano i principali obiettivi ancora da raggiungere pienamente. Il primo è quello di inserire stabilmente e in tutte le sedi l'insegnamento di Fondamenti nel percorso formativo della laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza e ciò senza rinunciare agli spazi che soprattutto ora si aprono, proprio per i Fondamenti, nella nuova laurea magistrale in scienze giuridiche. Il secondo è quello di rivendicare ai romanisti, senza eccezioni, l'insegnamento dei Fondamenti e ciò perché la dimensione diacronica dello studio e dell'insegnamento dei Fondamenti, pur richiedendo diverse competenze, presuppone una ineludibile conoscenza del diritto antico che solo il romanista può avere.

Ma il progetto dei Fondamenti non può non avere anche una dimensione scientifica che a mio avviso deve muoversi in due principali direzioni. Anzitutto sviluppare l'indagine in una logica di comparazione diacronica che coinvolga il diritto intermedio nella consapevolezza che non ci si può limitare alla comparazione fra «modelli» (quello antico e quello attuale) e contestualmente allarghi la comparazione sincronica alle principali codificazioni europee ed extraeuropee. In secondo luogo lavorare sulle fonti, non limitandoci in questo al diritto romano, ma allargando la prospettiva al diritto intermedio e contemporaneo per dare agli studenti nella didattica la piena consapevolezza delle continuità e delle discontinuità e la possibilità di «toccarle con mano».

In questa logica appare necessario studiare e mettere a confronto i principali Codici contemporanei, non limitandoci al dettato normativo, ma cercando di approfondire, caso per caso anche gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. Tutto ciò nella convinzione che i Fondamenti non possano essere studiati e insegnati in una dimensione neopandettistica che abbia come raffronto al diritto antico esclusivamente il diritto nazionale, ma che la comparazione dia-

pp. 16-21, secondo cui lo studio esegetico delle fonti giuridiche romane può essere utile al perseguimento dell'obiettivo della modernizzazione del diritto contrattuale cinese odierno.

cronica debba realizzarsi in un confronto serrato fra il diritto del passato e quello del mondo contemporaneo, intendendo come espressione di quest'ultimo i principali codici europei (in particolare Code civil, ABGB, Código civil español, BGB, Codice civile e delle obbligazioni svizzero, Código civil português, Codice civile olandese), ma senza perdere di vista una dimensione più ampia, estesa anche alle esperienze extraeuropee, fra cui si possono ricordare, fra le altre, quelle dei recenti Codici civili brasiliano e argentino o quella del Codice civile della provincia canadese del Québec.

L'idea del diritto comune europeo (inteso più come fenomeno culturale che come diritto vigente in un preciso contesto geografico e politico) è insomma a mio avviso una traccia che i romanisti devono perseguire nella consapevolezza che la transnazionalità della nostra disciplina possa aiutare a far risorgere l'idea che l'esigenza di un *ius commune Europaeum* non è una chimera del mondo contemporaneo, ma è una realtà storica forte ed evidente che va trasmessa, da noi per primi alle generazioni future.

V. INTERFERENZE NELL'AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE

Per documentare quanto appena detto, mi limiterò ad affrontare esemplificativamente una questione particolare (quella delle interferenze nell'avveramento della condizione), prendendo le mosse proprio dalla disciplina proposta dal *Draft Common Frame of Reference*.

a) *La regola.*

Diritti e obbligazioni condizionali (*Conditional rights and obligations*): art. III. – 1:106 (4): *When a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the obligation to co-operate, interferes with events so as to bring about the fulfilment or non-fulfilment of a condition to that party's advantage, the other party may treat the condition as not having been fulfilled or as having been fulfilled as the case may be* [Quando una parte, in contrasto con i doveri di buona fede e di correttezza o con l'obbligo di cooperazione, interferisce negli eventi così da determinare l'avveramento o il non avveramento di una condizione a proprio favore, l'altra può comportarsi, a seconda delle circostanze, come se la condizione non si fosse avverata o si fosse avverata].

Il paragrafo (4) dell'art. III. – 1:106 del *Draft*, enunciando una regola già prevista nei *Principles* elaborati dalla Commissione Lando, prevede dunque

che quando chi aveva interesse al non avveramento della condizione (o, al contrario, al suo avveramento) ne abbia impedito l'avverarsi (o, al contrario, ne abbia determinato l'avveramento), la condizione si deve considerare, a seconda dei casi, egualmente avverata o non avverata⁴⁰.

Viene quindi in questi termini sanzionato il comportamento di chi, contro buona fede o comunque in violazione dei doveri di correttezza e cooperazione gravanti sulle parti contraenti (cfr. artt. III.1:103 e 1:104 *DCFR*), interferisca con il proprio comportamento con l'avveramento o il non avveramento della condizione⁴¹.

b) *I referenti normativi.*

La regola, che si applica sia alle condizioni sospensive che a quelle risolutive, ha ampio riscontro nel diritto positivo dei paesi di *Civil law* e trova il suo più diretto e compiuto referente normativo nel § 162 del BGB, nel quale l'avveramento fittizio (o il non avveramento) della condizione viene previsto nel caso in cui il comportamento di chi avrebbe avuto interesse che la condizione non si avverasse (o altrimenti si avverasse) possa essere appunto considerato come tenuto in violazione dei precetti di buona fede e di correttezza (*Treu und Glauben*)⁴²:

⁴⁰ Cfr. PECL, art. 16:102: (*Interference with Conditions*). (1) *If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment would have operated to that party's disadvantage, the condition is deemed to be fulfilled.* (2) *If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment operates to that party's advantage, the condition is deemed not to be fulfilled* [(Interferenza nell'avveramento della condizione). (1) Se l'avveramento di una condizione è impedito dal comportamento di una parte contrario ai doveri di buona fede e di correttezza o di cooperazione e se l'avveramento avrebbe operato a svantaggio di detta parte, la condizione si considera avverata. (2) Se l'avveramento di una condizione sia provocato dal comportamento di una parte contrario ai doveri di buona fede e di correttezza o di cooperazione e se l'avveramento operi a favore di detta parte, la condizione si considera non avverata].

⁴¹ Il riferimento a quanto previsto in tema di buona fede e correttezza e di obbligo di cooperazione era già esplicito nella precedente scrittura della norma (il richiamo era, come è noto, agli artt. 1:201 e 1:202 dei *Principles*). Ora il riferimento è ulteriormente reso evidente dalla contiguità delle disposizioni nella redazione del *Draft*: sul punto, con riguardo specifico agli artt. III.1:103 e 1:104, v. A. PETRUCCI, *Buona fede e correttezza*, in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2010, in specie p. 41 e ss.

⁴² Va notato che la scelta del legislatore tedesco unitario aveva un precedente nell'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, che a sua volta prevedeva sia la finzione di avveramento (con riferimento alla condizione sospensiva, cfr. 1, 4, §§ 104-106), sia quella di non avveramento (con riferimento alla condizione risolutiva, cfr. 1, 4, §§ 117 e 119). Ciò tuttavia, a differenza del § 162 del BGB, avveniva senza alcun riferimento specifico ai precetti della buona fede e della correttezza. Al proposito è qui appena il caso di sottolineare che il BGB contiene nel § 242 un'esplicita ed ampia previsione del principio di buona fede e correttezza, espresso appunto nell'endiadi *Treu und Glauben*, sul punto v. ancora PETRUCCI,

BGB § 162: (*Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts*). (1) *Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.* (2) *Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt* [(Ingerenze inammissibili sulla condizione). (1) Se l'avveramento di una condizione è impedito, in contrasto con la buona fede e la correttezza, dalla parte a cui detrimento esso risulterebbe, la condizione si considera avverata. (2) Se l'avveramento di una condizione è provocato, in contrasto con la buona fede e la correttezza, dalla parte al cui vantaggio esso risulta, l'avveramento si reputa come non avvenuto].

Che il comportamento di chi abbia impedito l'avveramento della condizione o l'abbia provocato debba essere valutato alla stregua della buona fede è esplicitamente ripetuto, tra gli altri, nel Codice civile portoghese:

Código Civil português, art. 275 (2): (*Verificação e não verificação da condição*). *Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada* [(Avveramento e non avveramento della condizione). Se l'avveramento della condizione sia impedito, contro le regole della buona fede, da chi ne ha pregiudizio, 'la condizione' si considera come avverata; se il suo avveramento fu provocato, negli stessi termini, da chi ne ha vantaggio, si considera come non avverata].

Per non limitarci ai paesi dell'Unione Europea possiamo ricordare nello stesso senso si pronuncia l'art. 157 (3) del Codice della Repubblica federativa russa⁴³. In Brasile poi, per fare un ulteriore esempio, la disposizione era inse-

Buona fede e correttezza, cit., in specie p. 51 e ss. In dottrina, quanto al riferimento alla buona fede contenuto in alcuni codici moderni e particolarmente nel BGB, v., tra gli altri, in specie R. KNÜTEL, *Zur sogenannten Erfüllungs- und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung*, in *Juristische Blätter* 98, 1976, p. 613 e ss. e p. 616 e ss., che sottolinea come tale riferimento, lungi dal voler limitare la portata della regola, intendesse al contrario enfatizzarne l'ampio raggio di applicazione. Sul punto cfr. anche l'ulteriore letteratura indicata da ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 746, nt. 201, e, in precedenza, in particolare A. B. SCHWARTZ, *Bedingung*, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes* (Hrsg. F. Schlegelberger), II, Berlin, 1929, p. 414 e ss.

⁴³ Codice civile della Repubblica Federativa Russa, art. 157 (3): *If the ensuing of the condition is obstructed by a party not in good faith for whom the ensuing of the condition is disadvantageous, the condition shall be deemed to have ensued. If the ensuing of the condition is facilitated by a party not in good faith for whom the ensuing of the condition is advantageous, the condition shall be deemed not to have ensued* [Se l'avveramento della condizione è impedito non in buona fede da una parte per la quale l'avveramento della condizione è svantaggioso, la condizione si considererà come avverata. Se l'avveramento della condizione è favorito non in buona fede da una parte per la quale l'avveramento della condizione è vantaggioso, la condizione si considererà come non avverata]. Nello stesso senso, per quanto

rita già in forma biunivoca nell'art. 120 del Código civil brasiliano del 1916. La soluzione accolta da Clóvis Beviláqua è poi stata recepita, pressoché alla lettera, dall'art. 129 del nuovo codice civile:

Código civil brasileiro, art. 129: *Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obtido pela parte a quem desfavorecer; considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento* [Si reputa verificata quanto agli effetti giuridici la condizione il cui avveramento sia stato dolosamente impedito dalla parte che ne avrebbe avuto svantaggio, considerandosi al contrario non avverata la condizione dolosamente condotta ad effetto da parte di colui che trae vantaggio dal suo avveramento].

A ciò si deve aggiungere che la regola trova ulteriore conferma nel Nederlands Burgerlijk Wetboek (art. 6.23), in cui pure, con una sfumatura appena diversa, non viene parametrata al dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza (o altresì, come avviene nel *Draft*, anche agli obblighi di cooperazione gravanti sulle parti contraenti), ma rinviando ad una valutazione della questione secondo ragionevolezza ed equità (*redelijkheid en billijkheid*)⁴⁴:

NBW, art. 6.23: (1) *Wanneer de partij die bij de niet-ervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.* (2) *Wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen* [(1) Se la ragionevolezza e l'equità lo richiedono, la condizione si considera come avverata rispetto all'evento il cui avverarsi sia stato impedito dalla parte che aveva interesse al

riguarda la legislazione dei Paesi aderenti all'Unione europea, v. anche, recentemente, l'art. 59 (4) dell'Obligacijski zakonik sloveno e il § 104 del Tsiviilseadustiku üldosa seadus estone, nonché in precedenza, in senso analogo, anche il § 36 (3) e (4) dei Codici civili ceco e slovacco e l'art. 93 del Codice civile polacco. Un divieto di interferenza è presente anche nel § 5:91 del nuovo Codice civile ungherese.

⁴⁴ A tale locuzione tenta di conferire contenuto concreto l'art. 3.12 dello stesso NBW, richiamandosi ai principi generali del diritto generalmente riconosciuti, alle concezioni giuridiche correnti in Olanda e agli specifici interessi personali e sociali del caso concreto: *Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken* [Nel determinare ciò che richiedono la ragionevolezza e l'equità, si deve tenere conto dei principi di diritto generalmente riconosciuti, delle concezioni giuridiche correnti nei Paesi Bassi così come degli interessi sociali e personali in causa]. Si può aggiungere che il concetto espresso nell'endiadi *redelijkheid en billijkheid* – e più volte ricorrente nel Codice olandese (cfr. anche artt. 6.2 e 6.248) – va considerato nella sostanza equivalente a quello di buona fede e correttezza: sul punto v. A. PETRUCCI, *Principio di ragionevolezza*, in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, cit., in specie pp. 60-61.

suo non avveramento. (2) Se la ragionevolezza e l'equità lo richiedono, la condizione si considera come non avverata rispetto all'evento il cui avverarsi sia stato determinato dalla parte che aveva interesse al suo avveramento].

Se, nei termini accennati, alcuni ordinamenti di *Civil law* tendono dunque a focalizzare la propria attenzione sulla valutazione delle modalità che hanno portato al non avveramento o all'avveramento della condizione, va altresì notato che altrove (e più precisamente nel *Code civil* e nei codici di derivazione francese) la regola viene piuttosto enunciata senza alcun riferimento a tali modalità e soprattutto non nella forma biunivoca enunciata anche nel *Draft*, ma esclusivamente nella sua prima parte, consistente, come abbiamo visto, nel considerare avverata la condizione di cui sia stato appunto impedito l'avverarsi da parte di chi ne aveva contrario interesse. In questo senso deve essere ricordata la previsione del *Code civil*, art. 1178, nel testo vigente fino alla riforma del 2016:

Code civil, art. 1178: *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* [La condizione si ritiene avverata quando il debitore, obbligato sotto condizione, ne abbia impedito l'avveramento].

La disposizione ritorna quasi testualmente nel Codice civile spagnolo (art. 1119), nonché in quello italiano del 1942 (art. 1359), in cui pure si precisa esplicitamente che la condizione si debba avere per avverata quando il non avveramento sia dovuto a «causa imputabile» alla parte che aveva interesse a che non si avverasse⁴⁵:

Código civil, art. 1119: *Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento* [La condizione si avrà per avverata quando l'obbligato impedisca volontariamente il suo avveramento].

Codice civile, art. 1359: *La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa.*

All'ambito di operatività di quest'ultima previsione sono riconducibili sia le condizioni sospensive che quelle risolutive. Peraltro la norma dell'art. 1359,

⁴⁵ Su altro piano, ed in una dimensione essenzialmente storica, dal *Code civil* francese dipendono i codici preunitari italiani (cfr. Codice per il Regno delle due Sicilie, art. 1131: *La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*; Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, art. 1152: *La condizione si ritiene per avverata, quando il debitore obbligato sotto la stessa condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*; Codice civile Albertino, art. 1269: *La condizione si riguarda come adempita, quando il debitore obbligato sotto condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*), nonché art. 1169 del Codice civile del 1865: *La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento*.

secondo l'interpretazione della Cassazione, ha carattere eccezionale e non sarebbe suscettibile di interpretazione analogica. Secondo la Suprema Corte la condizione non può pertanto ritenersi non avverata nell'opposta ipotesi in cui il suo avveramento sia riconducibile al fatto imputabile alla parte che ne aveva interesse⁴⁶.

Si può auspicare che, anche in relazione alla previsione dell'art. II. – 1:106 (4) del *Draft*, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in Italia si adegui nell'interpretazione dell'art. 1359, alle scelte normative già compiute, tra gli altri, dal legislatore tedesco e olandese e sostanzialmente seguite ormai da larga parte delle più recenti legislazioni europee⁴⁷.

In questo senso è particolarmente interessante e significativa l'esperienza francese che nei lunghi anni di gestazione della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti ha allineato la disposizione ora contenuta nel *Code civil* a quella del *Draft*. La formulazione biunivoca era stata infatti prospettata già nell'art. 1177 dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations*, ripreso poi, pressoché letteralmente, nell'art. 120 del *Projet de réforme du droit des contrats* del 2008:

Art. 120: *La condition est réputée accomplie si celui qui avait intérêt à sa défaillance en a empêché l'accomplissement. Elle est réputée non réalisée si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* [La condizione si considera avverata se colui che aveva interesse contrario all'avveramento l'ha impedito. Si reputa non avverata se il suo avveramento è stato provocato dalla parte che vi aveva interesse].

Con la riforma del 2016, la materia è stata trasfusa nell'attuale art. 1304-3, il quale dispone:

Art. 1304-3: (1) *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.* (2) *La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* [(1) La condizione sospensiva si considera avverata se colui che vi aveva interesse ne ha impedito l'avveramento. (2) La condizione risolutiva si considera non avverata se il suo avveramento è stato provocato dalla parte che vi aveva interesse].

⁴⁶ Cfr. Cass., II sez., 16 dicembre 1991, n. 13519, in *Giurisprudenza civile*, 1992, I, p. 3095 e ss., con nota critica sul punto di G. COPPI, in specie pp. 3098-3099. Nel senso che la previsione contenuta nell'art. 1359 del Codice civile italiano abbia carattere eccezionale e che, pertanto, non sia suscettibile di interpretazione analogica, in forza di quanto disposto dall'art. 14 disp. prel., v. anche Cass., I sez., 22 aprile 2003, n. 6423, Cass., sez. lav., 8 novembre 2004, n. 21253, Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450.

⁴⁷ Del resto sul punto, per l'opinione che la norma dell'art. 1359 non sia di natura eccezionale, ma sia invece coerente rispetto al principio generale «secondo il quale l'autore dell'illecito non può trarre da questi effetti giuridici favorevoli», cfr. in particolare C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III², Milano, 2000, p. 556.

Appare interessante notare come l'attuale formulazione della disposizione, riprenda in parte, modificandola e ampliandola, la precedente dizione dell'originario art. 1178 del *Code civil*: non si fa, infatti, più riferimento alla figura del «*débiteur, obligé sous cette condition*», ma a quella di «*qui y avait intérêt*», mentre, distinguendo secondo la natura sospensiva o risolutiva della condizione (secondo uno schema che ha un precedente addirittura nel settecentesco *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), si formula, accanto alla finzione di avveramento (con riferimento alla condizione sospensiva), anche quella di non avveramento (con riferimento alla condizione risolutiva).

Dipende invece ancora dalla formulazione dell'art. 1178 del *Code civil*, ora abrogato, il Code civil del Québec:

Code civil du Québec, art. 1503: *L'obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement* [L'obbligazione condizionale ha il suo pieno effetto quando il debitore, obbligato sotto condizione, ne ha impedito l'avveramento].

Si può ancora aggiungere che le regole in questione trovano altresì applicazione nel Codice civile greco (art. 207) e nel diritto austriaco (sia pure in via giurisprudenziale in assenza di una norma specifica nell'ABGB).

Quanto ai sistemi di *Common law* va ricordato che nel diritto scozzese l'avveramento (o il non avveramento) *ex lege* della condizione è previsto qualora sia stata assunta al proposito una specifica obbligazione di non interferenza. L'obbligazione di non interferenza è invece ritenuta implicita nel diritto inglese, che tuttavia non prevede l'avveramento «automatico» della condizione. Altrettanto avviene per il diritto irlandese, ove le corti giudicanti intervengono però solo in presenza dell'assunzione di una specifica obbligazione contrattuale⁴⁸.

c) *Le radici romanistiche.*

La regola trova corrispondenza nel diritto romano nella parte che riguarda l'avveramento della condizione di cui sia stato impedito l'avverarsi ad opera di chi ne aveva contrario interesse⁴⁹. L'adempimento fittizio della condizio-

⁴⁸ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 697.

⁴⁹ Sul punto, nella letteratura romanistica, cfr., per un quadro della questione, in specie, D. DAUBE, *Condition Prevented from Materializing*, in *TR* 28, 1960, p. 271 e ss., nonché A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 211 e ss.

ne, forse originariamente previsto in materia di manomissioni, nonché, in genere, di disposizioni testamentarie⁵⁰, venne esteso, già in epoca imperiale, ai negozi *inter vivos* e in particolare alla stipulazione e alla compravendita⁵¹. Di questo sviluppo danno in particolare conto un passo giuliano dei *digesta* (con particolare riferimento alla *stipulatio*) e un testo di Ulpiano in cui tra l'altro (con riguardo stavolta alla compravendita), nell'evidente evoluzione di pensiero tra l'antica opinione di Labeone e quella del giurista severiano si coglie, proprio sotto questo profilo, il punto d'approdo della giurisprudenza classica. Si tratta, rispettivamente, di D.35,1,24 (Iul. 55 *dig.*) e D.18,1,50 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁵²:

D.35,1, 24 (Iul. 55 *dig.*): *Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem 'non' impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur,*

⁵⁰ Quanto alle manomissioni testamentarie *cfr.* in specie la testimonianza di Ep. Ulp. 2,5: *Si per heredem factum sit, quo minus statu liber conditioni pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset* [Se è dispo dall'erede che lo statulibero non adempia la condizione, egli diventa libero come se la condizione fosse stata adempiuta]. Peraltro altre fonti documentano la regola con specifico riferimento alle disposizioni *mortis causa* sottoposte alla condizione di matrimonio, *cfr.* in specie D.28,7,23 (Marc. 12 *dig.*): *'Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante heres esto'. aut nubit alteri aut non vult nubere. consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: 'si uxorem duxerit', 'si dederit', 'si fecerit' ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat* ['Quello dei miei due fratelli che avrà sposato nostra cugina sia erede per tre quarti, quello che non la avrà sposata per un quarto'. O si sposa con un altro o non vuole sposarsi. Colui che tra loro sposò la cugina avrà i tre quarti, all'altro andrà il quarto. Se nessuno dei due l'abbia sposata, non perché non l'abbiano voluta sposare, ma perché quella non li abbia voluti sposare, entrambi sono ammessi all'eredità in parti uguali; per lo più queste condizioni 'se si sarà sposato', 'se avrà dato', 'se avrà fatto' devono intendersi nel senso che non dipenda da lui il non essersi sposato, il dare o il fare]. Sul punto v. anche C.6,25,1 (Sev. et Anton., a. 199): *Cum avum maternum ea condicione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset, non prius eam heredem existere, quam condicione paruerit aut Anthylli filio recusante matrimonium impeditum fuerit, manifestum est* [In quanto riferisci che l'avo materno ha istituito erede tua figlia a condizione che abbia sposato il figlio di Antillio, è certo che ella non sarà erede prima che si sia avverata la condizione o che il matrimonio sia stato impedito dal rifiuto del figlio di Antillio]; C.6,45,1 (Anton., a. 211): *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur. sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quominus id quod tibi relictum est retineas, non oberit* [Certamente nei legati e nei fedecommissi si deve considerare come condizione anche l'onere imposto. Ma se non dipende da te di non conformarti alla volontà del testatore, ma da colui che ti è stato ordinato di sposare, ciò non ti impedirà di trattenere quanto ti è stato lasciato].

⁵¹ Sul punto, v. da ultimo S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *BIDR* 105, 2011, pp. 135-143.

⁵² Con particolare riferimento al pensiero labeoniano in materia di *mora creditoris*, *cfr.* S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA* 29, 1962, pp. 218-219; più di recente, v. E. QUINTANA ORIVE, *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora creditoris*, in *RIDA* 3^a série 46, 1999, pp. 431-432. Per la puntuale esegesi di D.18,1,50, *cfr.* ampiamente R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983, pp. 108-114. Sulla fattispecie presa in considerazione e sulle teorie contrattualistiche di Labeone, *cfr.* anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone e Ulpiano*, Napoli, 1971, *praecipue* pp. 99-100; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura* 36, 1985, p. 21 e p. 58; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI* 55, 1989, p. 154; *Id.*, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, pp. 192-195.

ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicione pareret [È norma certa di diritto civile che, ogniqualvolta colui che abbia interesse al non avveramento della condizione si adoperi perché non si avveri, la condizione si consideri come se si fosse avverata: questa regola i più la hanno applicata ai legati e alle istituzioni d'erede. A questi esempi alcuni hanno correttamente reputato di aggiungere anche le stipulazioni, quando il promittente si sia adoperato in modo che lo stipulante non si conformasse alla condizione].

D.18,1,50 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur* [Labeone scrive che non si debba dubitare che si possa agire con un' *actio praescriptis verbis* qualora tu mi abbia venduto una biblioteca a condizione che i decurioni campani mi avessero venduto un luogo in cui sistemarla e dipenda da me il non averlo ottenuto dagli stessi decurioni campani. Io ritengo che si possa agire in virtù della compravendita come se si fosse avverata la condizione, dal momento che dipende dal compratore che non si sia avverata].

La regola è del resto già enunciata come tale nell'ultima giurisprudenza dall'epoca del Principato, come ben risulta documentato da due passi di Paolo riprodotti in D.45,1,85,7 (Paul. 75 *ad ed.*) e in D.35,1,81,1 (Paul 21 *quaest.*) che bene ne sintetizzano la portata:

D.45,1,85,7 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilo minus obligatur* [Chiunque, obbligato sotto condizione, si sia adoperato perché la condizione non si avverasse, risulta ugualmente obbligato].

D.35,1,81,1 (Paul. 21 *quaest.*): *Tunc demum pro impleta habetur condicio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debitorus erat* [Allora la condizione deve effettivamente considerarsi avverata, quando sia in potere di colui che, se si fosse avverata, sarebbe stato debitore].

Il processo di generalizzazione matura definitivamente nel diritto giustiniano. Non a caso i compilatori inseriscono infatti proprio nel titolo 50,17 «*de diversis regulis iuris antiqui*» del Digesto⁵³ un frammento di Ulpiano che sig-

⁵³ Sulla compilazione e sulla funzione di D.50,17 «*de diversis regulis iuris antiqui*», v. in particolare A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, pp. 163-165 e P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966, pp. 114-123.

nificativamente riproduce testualmente, salvo minime varianti, il già ricordato passo di Giuliano conservato in D.35,1,24⁵⁴:

D.50,17,161 (Ulp. 77 *ad ed.*): *In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur: quibus exemplis stipulationes quoque committuntur; cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret [È norma certa di diritto civile che, ogniqualvolta colui che abbia interesse al non avveramento della condizione si adoperi perché non si avveri, la condizione si consideri come se si fosse avverata: questa regola è stata applicata alle libertà, ai legati e alle istituzioni d'erede, esempi ai quali si aggiungono anche le stipulazioni quando il promittente si sia adoperato in modo che lo stipulante non si conformasse alla condizione].*

Si tratta di un passo straordinariamente interessante sul piano della storia delle fonti, perché rientra con il gemello di Giuliano fra i testi geminati, appartenenti però a opere diverse. In questo caso si documenta fra l'altro la strettissima correlazione fra i *digesta* giulianeî e i *libri ad edictum* di Ulpiano, altresì testimoniata da un certo numero di altri passi delle due opere che presentano elementi di analoga contiguità.

A questo quadro, già ampiamente definito, si adegua successivamente il diritto intermedio. Particolarmente interessante in proposito, e per questo degna di essere esplicitamente ricordata, appare essere la chiara posizione assunta da Bartolo a commento di D.35,1,24:

BARTOLI DE SAXOFERRATO *Secunda super Infortiato...*, [Lugduni], 1533, f. 121 va, ad l. *Iure civili* (D.35,1,24): *Si per gravatum impeditur implementum conditionis pro impleta habetur tam in ultimis voluntatibus quam in contractibus...* [Se dall'obbligato è impedito l'avveramento della condizione la si ha per avverata tanto nelle disposizioni di ultima volontà quanto nei contratti...].

⁵⁴ Entrambi i frammenti sono escerpiti da contesti in cui si trattava della *cautio vadimonium sisti*. Sul punto, v. in specie P. VOGLI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, p. 331. Ulteriore ipotesi in cui Ulpiano sembra far propria testualmente la posizione in precedenza assunta da Giuliano, senza citarlo espressamente, è dato riscontrare in D.46,1,16,3 (Iul. 53 *dig.*) e D. 44, 7, 10 (Ulp. 47 *ad Sab.*). Su questi brani, v. le osservazioni di L. DI CINTIO, *Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, p. 204 e ss. Sul rapporto tra i libri di Ulpiano *ad Sabinum* e i *Digesta* di Giuliano, v. già P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 22, 1910, p. 160 ss. e nt. 2; cui adde ora le considerazioni di E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo, Ulpiano*, in *RDR* 1, 2001, pp. 346-347, nt. 7; per i ragguagli bibliografici essenziali sul tema dei testi gemini nel *Digesto*, si rinvia inoltre a M. J. GARCÍA GARRIDO, *Redacciones coincidentes (leges geminatae) y casos jurisprudenciales semejantes (capita similia)*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, I, Pamplona, 1987, *praecipue* pp. 517-521.

La regola in questione viene ripresa infine, nella sua formulazione generale, dai più eminenti giuristi francesi tra il XVI e il XVIII secolo ed in particolare prima da Doneau e poi da Pothier:

R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1831, p. 56, n. 212: *C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies, lorsque le débiteur, qui s'est obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement...* [Una regola comune a tutte le condizioni apposte alle obbligazioni è che esse si devono ritenere per avverate quando il debitore, che è obbligato sotto condizione, ne ha impedito l'avveramento...].

Soprattutto per tramite di quest'ultimo, la finzione di avveramento della condizione passerà nel *Code Napoléon* e da lì, come sappiamo, nei moderni ordinamenti di *Civil law*⁵⁵.

Si chiude così un cerchio che dal *Code civil* riporta a ritroso all'elaborazione della scienza giuridica romana dell'epoca del Principato, vivificata e trasmessa ai posteri attraverso il Digesto. Quello che era una soluzione originariamente sorta nell'ambito dell'indagine casistica condotta dai giuristi è diventata regola nell'opera compilatoria giustiniana, poi da lì definitivamente cristallizzandosi nelle codificazioni moderne e contemporanee a partire da quella francese del 1804.

d) *Conclusioni.*

Si può dunque concludere col dire che la regola, già ampiamente enunciata nelle fonti romane (e in esse stesse, per molti aspetti, già generalizzata), trovò poi la sua piena espressione in termini di astrattezza nel Code civil francese (art. 1178) e venne successivamente razionalizzata nel BGB (§ 162). In tale ultimo contesto, oltre all'individuazione del parametro della buona fede e della correttezza al fine della valutazione delle interferenze delle parti nell'avveramento della condizione, venne anche formulata esplicitamente una disposizione corrispondente a quella dell'art. III.1:106 (4) del *Draft*, con riferimento alla previsione speculare, rispetto a quella prevista delle fonti romane

⁵⁵ Sull'opera di Rober Joseph Pothier nel quadro della tradizione romanistica, cfr. ora L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, II, Torino, 2010, pp. 60-64; nonché J. M. RAINER, *Das Römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB*, Wien, 2012, pp. 256-262. Per la forte influenza esercitata sulla codificazione napoleonica, v. da ultimo anche G. HAMZA, *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, Santiago de Compostela, 2013, p. 274.

e recepit nella codificazione napoleonica, del non avveramento fittizio della condizione il cui avveramento fosse stato determinato dal comportamento, appunto contro buona fede di chi ne aveva interesse. Tale previsione speculare tende sempre più ad affermarsi nelle moderne codificazioni, come testimonia anche la sua recente recezione in Francia nell'art. 1304-3, introdotto con la riforma del 2016.

Dalle osservazioni che precedono emerge in tutta evidenza come le regole recepite dalle moderne codificazioni non rappresentino altro che il prodotto finale di una lunga e travagliata evoluzione storica, che ha sempre visto nel diritto romano –e nella tradizione di studi che da esso ha tratto linfa vitale– un termine di confronto e un modello di riferimento imprescindibile, persino ogniquale volta le nuove istanze provenienti dai radicali mutamenti della realtà economico-sociale intervenuti nel corso dei secoli hanno imposto l'adozione di soluzioni normative in tutto o in parte diverse. Ritornando, così, al rapporto tra tradizione romanistica e globalizzazione, ritengo che conservino ancora grande attualità e possano costituire argomento di riflessione anche per il giurista che ambisca al confronto e al dialogo con esperienze diverse da quella nazionale le, ormai celebri, parole scritte da Augusto Teixeira de Freitas –permettetemi di concludere con questo piccolo omaggio ai colleghi e amici brasiliani, scusandomi come sempre per il mio claudicante portoghese– nella *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*, pubblicata il 22 ottobre del 1857 nel *Correio Mercantil* di Rio de Janeiro: «*E demais, não me podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito. Observai que ele é um direito vivo... e ponto de partida de tudo quanto se tem escrito, e se tem de escrever em matéria de jurisprudência*»⁵⁶.

⁵⁶ Cfr. J. C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas. Roma 12/14 dicembre 1983*, a cura di S. Schipani, Padova, 1988, p. 20.

I

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DAÑOS PUNITIVOS EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL

Punitive damages in civil legal tradition

ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES
Universidad de Murcia

Resumen: La doctrina europea considera que la institución de los daños punitivos es ajena a la tradición jurídica continental e incompatible con nuestros principios. En este trabajo tratamos de identificar elementos comunes en Derecho Romano que permitan sustentar un origen común de los daños punitivos que, en nuestra opinión, fue abandonado en la codificación.

Palabras clave: Daños, injurias, daños punitivos, responsabilidad civil.

Abstract: The European doctrine considers that the institution of punitive damages is foreign to the continental legal tradition and incompatible with our principles. In this paper we try to identify common elements in Roman Law that allow us to support a common origin of punitive damages that, in our opinion, was abandoned in the codification.

Keywords: Tort law, punitive damages, injuries, Roman law.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Caracterización de los daños punitivos. III.–Consecuencias del daño ilícito en Derecho Romano. III.1.–En las XII Tablas. III.1.1–Responsabilidad contractual. III.1.2–Responsabilidad extracontractual. III.1.2.1–Daños en las cosas. III.1.2.2–Daños a las personas (lesiones). III.2.–Lex Cornelia de iniuriis. III.3.–Ley Aquilia. III.3.1.–Concepto de «damnum». III.3.2.–«Iniuria» en la *lex Aquilia*. III.3.3.–La expresión «datum». IV.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho anglosajón de daños (*tort law*) se ha venido acuñando la expresión *punitive damages* (también *exemplary damages*, *punitory damages*, *non compensatory damages*, etc.) como una parte de las consecuencias jurídicas de un daño ilícito. Junto a ello, se suelen contemplar otras categorías, el *lost of income* (lucro cesante), *out of pocket expenses* (daño emergente), *hedonic damages* (pérdida de calidad de vida), *pain and suffering* (daño por dolor o sufrimiento), etc. Dicha expresión se traduce en nuestra doctrina como «daños punitivos» si bien la adaptación es inexacta, pues como advierte Carrascosa González¹ la palabra «*damage*» en singular significa «daño», pero en plural se refiere a «indemnización». Además lo punitivo en el common law es la indemnización, no el daño. Sin embargo, como en tantas otras ocasiones, la expresión inexacta es suficientemente expresiva como para haber hecho fortuna en la doctrina.

Según los autores, la figura de los «daños punitivos» aparece regulada por primera vez en un estatuto de 1275² que condena a la pena del *duplum* a quien causara daños a un religioso³. De manera reveladora para nuestra tesis, la evolución temprana de esta institución se desarrolla en torno a las lesiones del honor, entendidas en un sentido amplio⁴, tal como se entendían en el mundo romano.

La mayoría de la doctrina sitúa la primera aplicación jurisprudencial en las sentencias de los casos *Huckle v. Money* y *Wilkes v. Wood* de 1763. Como explica Carrascosa González⁵, el gobierno británico trató de impedir la publicación de un panfleto (el *North Briton*) mediante el arresto ilícito del redactor y editor, razón por la que éstos demandaron al gobierno. El juez propone al jurado que imponga penas pecuniarias a cargo del gobierno y a beneficio de los perjudicados por cuantía superior a los daños efectivos causados, enten-

¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español», en M. J., HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 386.

² SAUX, E.I., *Responsabilidad civil contractual y aquiliana*, Universidad Nac. del Litoral, 2005, p. 217.

³ ALISTE SANTOS, T.J., «El origen histórico de los punitive damages como presupuesto de su rechazo procesal en los países de civil law», *La Ley* 1699/2014, relaciona su origen con los *ameracements* medievales (p. 3).

⁴ Llamadas, en inglés moderno «injuries». Vid. RODRÍGUEZ SAMUDIO, R., «El daño no económico en el derecho estadounidense», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44 (2014). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151433273008>. Enmarcados dentro de la categoría de *daños no económicos*, el autor realiza un interesante análisis histórico de la evolución jurisprudencial de la institución en Derecho inglés y norteamericano, en torno a la protección del honor.

⁵ *Op. cit.*, p. 389.

diendo que la ofensa que supone el encarcelamiento arbitrario es muy superior al daño efectivo. Desde nuestra perspectiva, dicha condena «arbitraria» puede resultar chocante, dado el estricto principio de legalidad que rige en los países del ámbito continental, pero a ningún romanista le sorprenderá:

1. Que el juez imponga penas pecuniarias a beneficio de la víctima.
2. Que al valorar el perjuicio el juez tenga suficiente arbitrio como para determinar la cuantía sin sujeción al daño causado.
3. Que se impongan –como propone el estatuto de 1275– penas *al duplum*.

Todo ello sería, en nuestra opinión, y como veremos, perfectamente coherente con la tradición romanística anterior a la codificación, al menos con los principios que subyacen a la construcción de la tradición jurídica occidental y que no han sido plenamente recibidos en la codificación, razón por la que los *punitive damages* aparecen como un elemento sistemáticamente extraño a nuestro Derecho moderno.

II. CARACTERIZACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

La doctrina suele considerar la institución de *daños punitivos* como una medida principalmente sancionadora⁶, propiamente podría ser caracterizada como una acción penal pura, tal como lo era, por ejemplo, la *actio furti*, pues no se excluye la posibilidad de que la víctima reclame, además, una indemnización por los perjuicios causados⁷. Como acción sancionadora y no propiamente reparadora, la caracterización de esta institución conlleva las notas habituales de toda norma punitiva⁸: así se suelen citar los fines de prevención general y especial⁹ y satisfacción de la necesidad de justicia de la víctima. Junto a ello, de manera coherente con el carácter penal de la sanción, la doctri-

⁶ GARCÍA MATAMOROS, L. V. y M. C. HERRERA LOZANO, «El concepto de los daños punitivos o *punitive damages*», en *Estud. Socio-Juríd.*, 5(2003), p. 212.

⁷ Algunas acciones penales, como la *actio furti*, tenían este carácter de compatibilidad con la reclamación reipersecutoria mientras que otras, como la *actio legis aquilia*, tenían carácter mixto, pues eran incompatibles con una reclamación indemnizatoria; si bien dicho carácter pudo aparecer en época tardía, siendo originariamente una acción pura, tal como sostiene A., DÍAZ BAUTISTA, «La función reipersecutoria de la poena ex lege Aquilia», en *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (coord. por Alfonso Murillo Villar), Burgos, 2001, p. 269.

⁸ GARCÍA MATAMOROS y HERRERA LOZANO, *op. cit.*, p. 216.

⁹ Según algunos autores, ésta es la principal función de la institución analizada. Vid. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., «Función preventiva de daños», *La Ley*, 03/10/2011.

na anglosajona incluye un particular elemento subjetivo¹⁰ que se define *como conducta ultrajante, debido a su motivación perversa o su descuidada indiferencia hacia los derechos de otros*. Según la doctrina¹¹, la conducta maliciosa del agente es precisamente el elemento diferenciador y cuantificador de los daños punitivos.

No es, sin embargo, posible ofrecer una definición precisa de la conducta que motiva la imposición de los daños punitivos habida cuenta de que su regulación no es uniforme a lo largo de los países del ámbito del common law. Así, en el Reino Unido, la figura de *exemplary damages* quedó reducida en 1964¹² a supuestos típicos como la violación de derechos constitucionales, la conducta perjudicial expresamente calculada y aquellos casos en que la ley expresamente lo prevea. Por su parte, en Estados Unidos, donde la figura de *punitive damages* está mucho más extendida, la aplicación de ésta no es totalmente uniforme, presentando peculiaridades en los distintos estados.

Mientras que el dolo directo de primer grado¹³ y sus variantes (dolo directo de segundo grado y dolo eventual¹⁴) parecen claramente cubiertos por el supuesto, resulta dudoso que pueda incurrirse en daños punitivos en caso de actuación culposa, de manera que mientras algunos autores descartan expresamente la extensión de esta norma a los casos de culpa lata¹⁵, la descripción de la conducta que suele ofrecerse, suele incluir la *indiferencia criminal hacia las obligaciones civiles o hacia los derechos de los otros*¹⁶, lo que podría calificarse como «culpa grave». A fin de cuentas, los límites en nuestra doctrina entre dolo eventual y culpa con representación son muy difusos¹⁷. Como señala Paulo, *magna culpa dolus est (culpa lata a dolo equiparetur)*.

Uno de los casos célebres de daños punitivos fue el del «Ford Pinto». El modelo Pinto era un vehículo compacto de bajo peso desarrollado por la empresa norteamericana a principios de los 70 en el contexto de la crisis del petróleo. Se diseñó bajo las órdenes de Lee Lacocca con la finalidad de competir

¹⁰ Vid. AMERICAN LAW INSTITUTE; Restatement of the Law of Torts, Art. 908, vol. 4, ST Paul, Minn., 1979, p. 464.

¹¹ VADILLO ROBREDO, G., «Daños punitivos en el proceso civil norteamericano», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 44, 2 (1996) p. 178.

¹² Caso *Rookes v Barnard and others* [1964] UKHL 1, [1964] AC 1129.

¹³ El agente desea realizar la acción y producir el resultado.

¹⁴ Cuando el agente desea la acción, pero no el resultado, pese a lo cual, y siendo consciente de que el resultado es inevitable o muy probable, realiza la acción.

¹⁵ Vid. KEETON, D., DOBBS, D., KEETON R., & OWEN, D., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5.a edic., West Publishing Co. (Lawyers edition), St. Paul (Minn.), 1984, p. 9 s.

¹⁶ Vid. a. e. FIELD, G.W., *A Treatise on the Law of Damages*, Mills & Company Law Publishers, Des Moines (Iowa), 1876, p. 82 s.

¹⁷ *Paulus libro primo manualium* D. 50.16.226: Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.

con los vehículos japoneses, más ligeros y de menor consumo. Ya en el proceso de diseño y fabricación, los ingenieros advirtieron de dos problemas estructurales (colocación del depósito de gasolina detrás del eje trasero y debilidad de los materiales) que provocaban con frecuencia la explosión del vehículo y el atrapamiento de los ocupantes en caso de colisión trasera. Sin embargo, al parecer, la necesidad de lanzar el vehículo y cumplir con las expectativas financieras de la empresa hicieron descartar las advertencias de seguridad poniendo así en el mercado un producto que el fabricante sabía inseguro.

En mayo de 1972, Lily Gray viajaba junto al menor Richard Grimshaw en un Ford Pinto, cuando su vehículo fue alcanzado por otro que circulaba a unos treinta kilómetros por hora. El choque ocasionó, efectivamente, un incendio en el vehículo, así como el bloqueo de las puertas, quedando los ocupantes atrapados en el fuego. Lily Gray murió por problemas cardíacos generados por las quemaduras, mientras que Richard sobrevivió con graves secuelas.

Grimshaw y los herederos de la señora Gray demandaron a Ford Motor Company. Después de un juicio de seis meses, el jurado condenó a Ford Motor Company¹⁸ a pagar a Grimshaw dos millones y medio de dólares por daños compensatorios y más de cien millones por daños punitivos, y a los Gray medio millón dólares en compensación por daños, si bien estas cantidades fueron revisadas a la baja en la apelación.

Este caso nos sirve para reflexionar sobre el elemento subjetivo de la acción merecedora de la condena por daños punitivos: evidentemente no puede atribuirse a la compañía ni a sus directivos dolo directo. No parece probable que hubiera una intención deliberada de provocar el resultado, pero sí resulta probada una gravísima negligencia con representación, ya que –al parecer– constaba a la compañía, antes de la comercialización, la presencia de deficiencias que, en caso de alcance, provocarían la explosión y el atrapamiento. Como argumenta Carrascosa González¹⁹, Ford hizo cálculos y determinó que le saldría más barato indemnizar los eventuales daños que modificar el vehículo para hacerlo más seguro, ésta es la malicia que la jurisprudencia norteamericana considera necesaria para que se generen los *punitive damages* y que concuerda, a nuestro juicio, con la máxima de Paulo que equipara la *culpa lata* con el dolo.

Como es sabido, en nuestro sistema continental la responsabilidad civil tiene dos vertientes denominadas, de manera imprecisa pero unánime, respon-

¹⁸ Grimshaw vs Ford Motor Company, 119 Cal App 3d 757 (1981).

¹⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 390.

sabilidad contractual y extracontractual²⁰. La primera deriva del incumplimiento de una obligación preexistente entre las partes mientras que la segunda surge sin relación previa entre causante y víctima como resultado del incumplimiento del «deber general de precaución». Distinguidas por su origen, ambas responsabilidades en nuestro Derecho comportan el deber de reparar los daños, siendo el criterio general la indemnidad de la víctima, aunque en puridad, como veremos, esto sólo es cierto para la reparación de daños patrimoniales, siendo una mera ficción en el caso de daños personales.

En el supuesto de daños punitivos en Derecho anglosajón la posibilidad de imponer esta sanción se produce generalmente en el caso de daños producidos sin relación jurídica previa, aunque no se excluye la posibilidad de incurrir en la sanción en el supuesto de que las partes estuvieran ligados por una obligación e, incumpliendo una de ellas su deber, ocasionara el perjuicio. Para ello, sin embargo, sería necesario que el incumplimiento fuera marcadamente doloso; se trataría por tanto de una voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir las obligaciones previamente asumidas. Se trataría por tanto de un supuesto de *dolus malus*, es decir, de fraude, tal como se muestra en el asunto *BMW of North America, Inc. v. Gore*²¹. Además, sería necesario que los daños trascendieran lo meramente patrimonial.

Precisamente, el Tribunal Supremo español ha admitido la posibilidad de aplicar en España daños punitivos con motivo de una responsabilidad contractual. Se trata de la Sentencia de 12 de enero de 2009 en la cual se condena a un empresario español al pago de más de 139 millones de pesetas (835.406 Euros) en concepto de indemnización por los perjuicios causados a la sociedad Usa Sogo, con la que tenía firmado un contrato mercantil, al haber demandado a dicha sociedad ante los tribunales de Florida habiendo firmado las partes un acuerdo de sumisión territorial expresa a la jurisdicción española. Al demandar en Estados Unidos por un pretendido incumplimiento contractual de la empresa estadounidense, el empresario español pudo solicitar una fuerte indemnización en concepto de *punitive damages* (455 millones de dólares). Con ello, y aunque los tribunales de Florida se declararon incompetentes en virtud de la cláusula de sumisión suscrita por las partes, el actor ocasionó a Usa Sogo un grave perjuicio en concepto de honorarios de letrado que ahora le son reclamados ante la juris-

²⁰ La denominación es, como se sabe, desafortunada porque la responsabilidad contractual, recogida en el artículo 1.101 CC no deriva necesariamente del incumplimiento de un contrato, sino de una obligación, pudiendo provenir ésta tanto de un contrato como de un delito, cuasicontrato o cuasidelito (art. 1089 CC).

²¹ *BMW de North America, Inc. v. Gore*, 517 Estados Unidos 559 (1996). El demandante, tras haber comprado un vehículo nuevo a BMW, descubrió que el vehículo había sufrido daños y había sido repintado antes de la entrega, lo que se consideró un caso de fraude que mereció una condena por daños punitivos de cuatro millones de dólares, que posteriormente fueron reducidos.

dicción española como responsabilidad civil contractual. Como se puede observar, la reclamación que resuelve el Tribunal Supremo no es en concepto de daños punitivos ni por tanto se plantea su virtualidad en nuestro ordenamiento, pero sin duda los honorarios reclamados ahora por Usa Sogo se basan en la existencia en los Estados Unidos de dicha institución, lo cual no impide que, en estricta aplicación del artículo 1.101 CC, nuestro TS estime la reclamación, constituyéndose en un valioso antecedente sobre el tema.

Por otro lado, la determinación del quantum de la indemnización no resulta sencilla en Derecho anglosajón; una vez que el importe queda desligado del valor de un daño patrimonial concreto resulta arbitrario el establecimiento de una cuantía. Podemos decir que, por regla general, la determinación de la cuantía depende de dos variables: el valor de los daños causados y el patrimonio o las ganancias del agente.

El primer criterio se tiene en cuenta para evitar una injustificada desproporción entre la indemnización y el daño. En este sentido, el Tribunal Supremo de Norteamérica, en el caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* estableció que la indemnización no debería superar en veinte veces el valor establecido del daño patrimonial, límite que puede superarse en casos excepcionales.

En segundo lugar, se establece una correlación entre el patrimonio del agente y la indemnización. La razón esgrimida es doble: por un lado, se pone en conexión la indemnización con el beneficio obtenido por el agente con la actividad declarada ilícita, con ello se pretende impedir paradojas como la denunciada en el caso, analizado más arriba, del *Ford Pinto*, en el cual la empresa calculó más beneficioso pagar indemnizaciones que reparar los defectos de diseño del vehículo. Por ejemplo, en el caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants* el jurado estableció la indemnización punitiva en 2,7 millones de dólares teniendo en cuenta que la empresa de restauración obtenía 1,35 millones de dólares al día con la venta de cafés tan calientes como el que dañó a la Sra. Liebeck.

Por otro, se tiene en cuenta la capacidad económica del culpable para conseguir que la indemnización tenga efectivamente un efecto disuasorio y de prevención especial²²: de manera gráfica se dice que los daños punitivos deben «picar» o «rascar» al culpable²³.

La doctrina civilística continental –no sólo española²⁴– es muy reacia a la incorporación de los daños punitivos a nuestro Derecho, considerándola contraria al sistema jurídico de base romana.

²² Algo así como el efecto que producen los días multa en nuestro sistema penal.

²³ Primer circuito: *Rowlett v. Anheuser-Busch Inc.*, 832 F2d194 (1st Cir NH 1987).

²⁴ *Vid. a.e. PONZANELLI, G., «I Danni Punitivi», en Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2008, p. 25.

El verdadero problema, a nuestro juicio, para la incorporación de los daños punitivos a nuestro Derecho se encuentra en nuestra construcción dogmática del Derecho de daños. En el sistema continental toda esta materia gira en torno al principio de reparación del perjuicio causado (*restitutio in integrum*) que se considera piedra angular de la responsabilidad civil y que podemos ver condensado, casi a la altura de principio general del Derecho, en el artículo 1902 del Código Civil. Debido a la tradición histórica de nuestro sistema jurídico, pensamos que ese deber general de reparación del daño causado procede del Derecho Romano; sin embargo un somero examen del Derecho clásico nos permitirán despejar esta cuestión²⁵.

III. CONSECUENCIAS DEL DAÑO ILÍCITO EN DERECHO ROMANO

III.1 En las XII Tablas

Aunque en nuestro moderno sistema jurídico es un principio general y común el deber de reparar el daño causado, no encontramos este concepto formulado con carácter universal en Derecho Romano. La ley de las XII Tablas²⁶ contiene disposiciones concretas relativas a lo que modernamente consideramos «responsabilidad civil»²⁷:

III.1.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como veremos, la llamada responsabilidad «contractual» está presente en Derecho Romano y se manifiesta ya desde las XII Tablas²⁸. Aunque las re-

²⁵ Con razón advierte LACRUZ que el artículo 1902 CC no tiene antecedente en Derecho castellano. LACRUZ BERDEJO, «Derecho de obligaciones», en *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1985, p. 476.

²⁶ Probablemente, como reflexionan WATSON, A.: *Rome of the XII Tables*, Princeton University Press, New Jersey, 1975, p. 5 y RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho Romano*, Andavira, Santiago de Compostela, 2015, p.155 los supuestos incluidos en la regulación decenviral nos indican los bienes jurídicos más importantes en la Roma del siglo V aC: la casa, los esclavos, los campos. Si bien, RODRÍGUEZ MONTERO señala que quizás había más supuestos en las XII Tablas (como podría ser la muerte del esclavo ajeno) que no han llegado hasta nosotros.

²⁷ Advierte RODRÍGUEZ MONTERO (*op. cit.*, p. 155), con base en la redacción de D.9.2.1.pr. que probablemente existieron varias leyes posteriores a la XII Tablas que también incidieron en la regulación de la responsabilidad civil.

²⁸ En puridad, resultaría forzado asumir la existencia de un sistema general de responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho Romano, no sólo, como advierte RODRÍGUEZ MONTERO, porque la definición inicial de contrato, contenida en *Labeo 1 ad. Ed. D. 50.16.19*, sólo reconoce como tales a los contratos consensuales (si bien la noción se extiende, ya en Gayo, a todos los actos lícitos generadores de obligaciones) sino también porque, como veremos, la noción del deber de reparar el daño ilícitamente causado en omisión

copilaciones más modernas no lo recogen²⁹, las reconstrucciones antiguas³⁰ del texto decenviral, incluyen en la tabla III el siguiente aserto:

si qui endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito

Del mismo modo, en la Tabla VI encontramos la siguiente norma:

*cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*³¹.

No encontramos en las XII Tablas más referencias a lo que podríamos llamar «responsabilidad contractual» en nuestra terminología, pero ambos casos (y la aposición *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*) del último párrafo, nos pueden orientar sobre el tipo de consecuencia jurídica que se desprendía del incumplimiento (doloso) de un contrato. Las conclusiones que podemos extraer por el momento son que el incumplimiento contractual malicioso constituía un ilícito civil cuya consecuencia no era la reparación del daño efectivamente causado sino el pago de una multa privada a beneficio del acreedor equivalente al doble del valor defraudado.

III.1.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

III.1.2.1 Daños en las cosas

En otro sentido, encontramos en el texto decenviral supuestos en los que un acto ilícito distinto del incumplimiento de una obligación preexistente genera una responsabilidad de carácter patrimonial. Excluimos aquí de nuestra consideración aquellos casos en los que la consecuencia es una pena corporal (azotes) o capital, dado que al objeto de nuestro estudio interesa el modo en que los prime-

de un *deber general de cuidado*, fundamento de la llamada responsabilidad civil extracontractual, se forma de manera paulatina a lo largo de la historia jurídica. Vid. RODRÍGUEZ MONTERO *Op. cit.* p. 33.

²⁹ Vid. CRAWFORD, M.H., *Roman Statutes*, II, London, 1996, GIRARD & F.-SENN, P.F., *Les lois des Romains*, Naples, 1977 y RICCOBONO, S., *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, Firenze, 1941.

³⁰ Vid. a.e. VAETEBENDER, P., *Dissertatio juridica inavgvralis, de deposito*, Utrecht, 1729, p. 11; GRAVINA, J.V., *Originum Juris Civilis*, Liber I, Gleditschius, 1717, p. 275; ANTEQUERA, J.M., *Historia de la legislación romana*, 3ª ed., Madrid, 1874, p. 262. La *Encyclopaedia Londinensis*, de 1827, reproduce el mismo fragmento, incluido en la Tabla II, 10.

³¹ BRUNS, C.G., *op. cit.*, la más moderna recopilación de CRAWFORD, M.H., *op. cit.* Indica únicamente *ni fariatur, duplum poenae esto*. La norma, en cualquier caso, ha sido tomada de Cic., *de off.*, 3, 16, 65: *Nam cum ex duodecim tabulis satis ea praestari, quae ese lingua nuncupata quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret*.

ros legisladores romanos establecieron las consecuencias económicas del acto ilícito, como medio de indagar en los orígenes de la actual responsabilidad civil.

El primer fragmento que encontramos se encuentra inserto en la tabla VI:

*Tignum iunctum aedibus vineave concaput ne solvito. Ast qui iunxit, duplione damnator*³².

Se trata, como vemos, de una previsión destinada a quien –de mala fe– utilizara materiales ajenos para incorporarlos a un bien propio. La solución decenviral es, sustancialmente similar a la recogida en nuestro Código Civil³³, esto es, la propiedad del dueño de la cosa principal y el deber de indemnizar para quien realizó la incorporación de mala fe. Pero adviértase, una vez más, que la indemnización no es la reparación del quebranto sino el pago de una cantidad incrementada (*duplum*) debido, sin duda, a la malicia del incorporador.

En la tabla VII, destinada a los *delicta* encontraremos varias referencias a lo que denominamos «responsabilidad civil», bien entendido que nos situamos aún en un momento en el que resulta difícil deslindar responsabilidad civil y penal, por lo que sería más apropiado hablar de «responsabilidad patrimonial derivada de hecho ilícito» sin aventurarnos aún a calificar su naturaleza jurídica.

El primer texto se refiere a los daños causados por animales (*quadrupes*) en campo ajeno, cuyo propietario, como sabemos, goza de la *actio de pauperie*³⁴. La norma se encuentra presente en Ulp., 18 *ad ed.*, D.9.1.1 pr.³⁵ y se inserta con leves variaciones en la tabla VII.1³⁶, en la VIII.6³⁷ o en la VIII.2³⁸. El contenido de la prescripción es claro: el dueño del animal debe resarcir el daño o entregarlo en *noxam*³⁹. Sería, según nuestro análisis, el primer supuesto que

³² ANTEQUERA, J.M., *op. cit.*, p. 265, lo incluye bajo los números VI, 9 y 10. En cambio, BRUNS (*op. cit.*) lo contiene en el texto VI.7 (omitiendo la segunda parte, resaltada en negrita por nosotros). De igual forma opera RICCOBONO (*op. cit.*) si bien, añade la referencia de Ulp., D., 47, 3, 1 pr. Que contiene la pena al *duplum*. Girard (*op. cit.*) redacta la frase del siguiente modo: *SED IN EUM QUI CONVICTUS EST IUNXISSE, IN DUPLUM dat ACTIONem* [las mayúsculas son de GIRARD]. CRAWFORD (*op. cit.*) lleva al apartado 6 de la tabla VI la primera parte del fragmento y omite la segunda.

³³ Artículos 358 y 360 CC.

³⁴ Un estudio detallado, con cita de doctrina, respecto de la evolución de la *actio de pauperie* se puede encontrar en ROSSO ELORRIAGA, G.F., *Los límites de la responsabilidad objetiva*, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2016, pp. 83 ss.

³⁵ También en PS. I.15.1. Se trata de la *actio de pauperie* que se formula del siguiente modo, según Ulpiano: Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.

³⁶ ANTEQUERA (*op. cit.*, p. 266).

³⁷ BRUNS (*op. cit.*), RICCOBONO (*op. cit.*), GIRARD (*op. cit.*).

³⁸ CRAWFORD (*op. cit.*).

³⁹ CRAWFORD utiliza el verbo *sarcio* (*ni sarcit, noxae dato*), pero el resto de reconstrucciones usan la fórmula *aut dari id quod nocuit – aut aestimationem noxiae offerri* que no es exactamente lo mismo,

encontramos en el que la consecuencia jurídica del daño ilícito es el deber de reparación.

Otro supuesto de *damnum* previsto en las XII Tablas es el que la reconstrucción de Antequera⁴⁰ coloca en la tabla VII, fragmento 8:

*Qui aedes acervumque frumenti ad aedes positum dolo sciens incensit, victus verberatus igni necator: Ast si casu, noxiam sarcito: Si nec idoneus escit, levius castigator.*⁴¹

El texto —especialmente en las reconstrucciones más modernas— es especialmente sugestivo en lo que se refiere a la génesis de la responsabilidad por daños: el incendiario doloso es castigado como criminal (azotado y quemado)⁴², en aplicación de la ley del talión. Sin embargo, el que causara un incendio sin intención (*casu* o *neglegentia*, dicen algunas fuentes) sólo deberá resarcir el daño. Amén de ello, si fuera insolvente y no pudiera pagar la indemnización, deberá ser castigado más levemente. Del análisis del texto se desprende que en la legislación decenviral aún no se distingue con nitidez la responsabilidad por culpa del caso fortuito, haciendo responsable de manera objetiva al causante del incendio, aunque la introducción del término *neglegentia* quizás permitiera al autor librarse de la condena si probase haber actuado diligentemente.

También parece establecerse este remedio para el caso de que el agua de lluvia hubiera sido desviada por alguna construcción y, por ello, causase daño en el inmueble vecino, según un fragmento recogido por Antequera⁴³, Girard (Tab. VII, 7a), Bruns (7.8a) y Riccobono (7.8a) pero omitido por Crawford, y que rezaría —en la versión más completa— así:

Si aqua pluvia manu nocet, Praetor arcendae aquae arbitros tris addictio, noxaeque domino cavetor.

pues podríamos entender que la *mens legislatoris* no fue establecer un deber de resarcimiento del daño (que como vemos no parece asimilado en las XII Tablas) sino la facultad del dueño del animal de entregar al mismo en *noxia* (*id quod nocit*) o pagar el valor del animal (*aestimationem noxiae*). Quizás los juristas posteriores nos hemos dejado llevar por una interpretación excesivamente moderna al querer ver en el texto una prescripción indemnizatoria que no estaba presente en su redacción original.

⁴⁰ Cit. p. 266.

⁴¹ La versión que ofrecen BRUNS, RICCOBONO Y GIRARD (Tab. VIII.10) es aún más interesante para nuestro propósito: *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari (XII tab.) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur* (Gai., 4 ad XII tab., D.47.9.9). CRAWFORD, por su parte interpreta (Tab. VIII, 6) «‘si aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni... si casu..., noxiam sarcito...’ (= Schoell, VIII, 9; = Bruns, VIII, 10; = FIRA, VIII, 10; Gai., 4 ad XII tab., D., 47, 9, 9).

⁴² Pero no parece que deba reparar el daño causado.

⁴³ *Ibid.*

Finalmente, algunas reconstrucciones⁴⁴ insertan un fragmento incompleto que reza:

... rup[s]it... sarcito.

Que podríamos traducir como «si rompió, arregla». El carácter fragmentario del texto no nos permite entender a qué objeto se refiere, y aunque la tendencia del jurista moderno sea tratar de ver una regla general de reparación del daño ilícitamente causado, al estilo de nuestro moderno artículo 1902 CC, lo cierto es que dicha interpretación puede resultar anacrónica y aventurada. En cualquier caso, en nuestra opinión, y en coherencia con el resto de los textos analizados, la previsión de resarcimiento no se referiría a daños corporales sino a daños materiales en los cuales –cuando no existe una voluntad dolosa– parece que sí se establece en las XII Tablas un deber de reparar (*vid. supra*).

III.1.2.2 *Daños a las personas (lesiones)*

En la moderna doctrina se incluye bajo la categoría de la responsabilidad civil tanto los daños provocados en el patrimonio de una persona como los ocasionados respecto de su cuerpo, a través de las lesiones. Esta extensión tiene sentido por cuanto los daños físicos generan con frecuencia menoscabo patrimonial (gastos de curación, incapacidad laboral temporal y/o permanente, etc.⁴⁵) y permite además compensar –que no resarcir propiamente– el sufrimiento padecido (el *pretium doloris*), abriéndose la vía para el más espiritualizado concepto de daños morales. Como es sabido, en Derecho español se considera la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 como la introducción del concepto indemnizable de daño moral. La fundamentación jurídica de esta sentencia va a ser reveladora para nuestra investigación: El Tribunal supremo no invoca el artículo 1902 CC para el caso de la demandante, cuyo honor y buena fama han sido mancillados por una noticia falsa, puesto que no existe daño patrimonial resarcible. Antes al contrario, el alto tribunal, apelando a la equidad –y de modo indirecto al carácter de las VII Partidas como Derecho supletorio– acude a Partidas 7.21.9 para estimar la licitud de imponer al demandado el pago de una cantidad que, de algún modo, pueda ayudar, no a resarcir el daño causado, sino a sobrellevar el dolor y angustia de

⁴⁴ BRUNS, RICCOBONO Y GIRARD VIII.5. CRAWFORD y ANTEQUERA no lo incluyen.

⁴⁵ El Derecho Romano no es ajeno a este *daño emergente* de las lesiones: Tanto D.9.2.7 como D.9.1.8 admiten el deber de resarcir los gastos de curación y la reducción de la capacidad laboral.

las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro (STS 9 de diciembre de 2003, FD 2°).

Esta «reparación» de daños personales en cualquier caso será siempre una «satisfactio ficta», puesto que el cuerpo humano no es propiamente un bien patrimonial ni su *restitutio* puede ser, generalmente, perfecta. Desarrollaremos este argumento más adelante, al tratar del supuesto «enriquecimiento injusto» que se derivaría de la aplicación de los daños punitivos en nuestro Derecho moderno.

En Derecho Romano no parece que se admitiera la reparación económica de los daños personales, más allá de la pena privada que parecía reparar más la ofensa que el perjuicio. Así lo encontramos en diferentes párrafos de las XII Tablas:

En primer lugar, con diferencias sistemáticas, insertan las reconstrucciones un texto respecto a la *iniuria*⁴⁶ y que se transcribe:

Tab. VIII.4⁴⁷: *si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*

El texto, tomado de diversas fuentes (Gaius 3,223; Gell. 20,1,12; Coll. 2,5,5; Fest. 508 L; Gell. 16,10,8) aparece casi idéntico en todas las reconstrucciones, si bien en alguna de ellas (Riccobono y Girard) viene precedido de otro fragmento similar: *Iniuriarum actio aut legitima est – Legitima ex lege XII Tab.: ‘qui iniuriam alteri facit, V et XX sestertiorum poenam subito.*

La norma, como se advierte, es la misma, si bien aquí se establece la pena en veinticinco sestercios en lugar de los veinticinco ases del fragmento posterior. Como es bien sabido, el sestercio, moneda de plata equivalente a un cuarto de denario, fue introducido en el sistema monetario romano en torno al siglo III a.C., mucho después de la promulgación de las XII Tablas (siglo V a.C.) por lo que la referencia al sestercio no parece ser original en el texto decenviral. Es posible que corresponda a un intento de actualizar la multa que, al parecer, quedó pronto obsoleta. Inst.4.4.7 nos da noticia de que la pena fija quedó

⁴⁶ BRUNS, RICCOBONO, VIII.4,5; CRAWFORD I.15. ANTEQUERA VII.2.3. El término *iniuria* es unánimemente aceptado como ataque al honor, entendiendo que dicha ofensa incluyó desde el principio las lesiones causadas dolosamente, que de otro modo quedarían impunes. Sin embargo, no deja de llamarnos la atención que la fórmula de los daños materiales que recoge la *lex aquilia* (vid. Infra) incluye expresamente la expresión *damnum iniuria dato* lo que podría llevarnos a pensar que en algún momento los daños materiales causados dolosamente también pudieran constituir una forma de *iniuria*. En este sentido, resulta relevante la definición amplia que contiene Inst. 4.4: *Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit...*

⁴⁷ Cfr. BRUNS (*op. cit.*). ANTEQUERA (*op. cit.*) sitúa un texto similar en VII.9.

pronto en desuso, permitiendo los pretores que la cuantía de la multa fuera establecida por el juez a su arbitrio en función de la gravedad de la ofensa:

sed postea praetores permittebant ipsis qui iniuriam passi sunt eam aestimare, ut iudex vel tanti condemnet, quanti iniuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit.

Aulo Gelio 20.1.13 narra la anécdota de un acaudalado ciudadano (L. Veracio) que, ante la escasa cuantía de la pena, iba por las calles abofeteando a cuantos se encontraba en su camino, abonándoles, de inmediato la multa de 25 Ases.

El texto decenviral, por otra parte, no concreta qué clase de ofensa se reprime con la pena establecida, pero los autores suponen que se trataría de injurias leves⁴⁸, pues junto a ello las XII Tablas sitúan delitos de lesiones «agravadas» relativas a la rotura de dientes y la rotura de miembros⁴⁹:

Tab VIII.3⁵⁰ *manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo*⁵¹, *CL poenam subito.*

La idea, como se ve, es anudar al daño corporal una cantidad a tanto alzado, sin mencionar un contenido resarcitorio que, como veremos, no corresponde a los daños personales.

Junto a ello, los decenviri introducen una norma que conocemos por diversas fuentes⁵² y que se reconstruye generalmente como

Tab. VIII.2⁵³: *si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto.*

Este fragmento, a nuestro juicio, inaugura la posibilidad de compensar económicamente las lesiones. Debe entenderse que, aunque para nosotros la reparación de daños materiales y la indemnización de daños personales es casi lo mis-

⁴⁸ TORRENT RUIZ, A., «Iniuria» *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 462.

⁴⁹ WATSON, A., *op. cit.*, p. 5 se pregunta por qué razón los decenviri incluyeron precisamente estas tres modalidades (*os fractum, membrum ruptum e iniuria*) y no cualquier otra forma de lesión corporal, sin encontrar en la doctrina una explicación convincente. Es lo cierto que las fuentes conocen, como veremos, otras formas de *iniuria*, como la *iniuria atrox* señalada por Gayo 3.225, que resultará relevante para nuestra argumentación posterior.

⁵⁰ BRUNS, RICCOBONO y GIRARD. Crawford lo reproduce, con idéntica redacción, en Tab. I.14

⁵¹ La referencia a la rotura de un diente de un esclavo –supuesto claro de *damnum* en sentido propio– es lo que permite aventurar una estrecha relación entre el delito de daños y el de *iniuriae* en esta época, si bien luego se fueron distanciando ambas figuras.

⁵² Gai, 3, 223; Paul., *Sent.*, 5, 4, 6; Gell., 20, 1, 14; Fest. 496 L, 320 L, 321 L; Isidor., 5, 27, 24; Prisc., *Inst. gramm.*, 6, 69.

⁵³ En la reconstrucción de RICCOBONO, en la que concuerda con BRUNS y GIRARD. CRAWFORD lo incluye en Tab. I.13.

mo, no tenía por qué serlo en la Roma arcaica, ni aún en la clásica. La norma decenviral, como sabemos, prevé que si una persona rompe un miembro a alguien se aplicará la ley del talión salvo que víctima y agresor alcancen un acuerdo. En nuestra moderna mentalidad la mención al acuerdo (*si pacit*) nos lleva a pensar en la indemnización y por tanto en la «reparación» de los daños personales, pero las XII tablas no hablan aquí de *reparar* (*sarcio*) sino de pactar (*pacio*). Se entiende que la víctima puede valorar libremente el «precio» de su indemnidad y acordar con el agresor la compensación (que no reparación) adecuada, lo cual se mantendría durante mucho tiempo en la llamada «actio estimatoria».

III.2 Lex Cornelia de iniuriis

Aunque algún autor ha planteado la hipótesis de que la *lex Aquilia* pudiera haber cubierto algún supuesto de *iniuria*⁵⁴, es lo cierto que la regulación decenviral de la ofensa fue renovada por la *Lex Cornelia de iniuriis* del año 81 dC⁵⁵, recogida por Ulpiano en el libro 56 de su comentario al Edicto del pretor y conservada en D.47.10.5⁵⁶:

pr. Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. Lex itaque cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri.

También Inst. 4.4.8 nos da noticia de la *lex Cornelia*, no sin antes advertir que los pretores-de hecho— ya admitían la estimación de la pena al injuriado apartándose de la multa fija:

Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur et iniuriarum actionem introduxit. quae competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat. domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat sive in conducta vel gratis sive hospitio receptus sit.

⁵⁴ SIRKS, A.J.B., «Delicts», en *The Cambridge companion to roman law*, Cambridge University Press, 2015, p. 254, con cita de D.9.2.13pr.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Según relata SAMPSON, J., *The Historical Foundations of Grotius' Analysis of Delict*, Leiden, 2017, p. 74, citando a Placentino, la *lex Cornelia* y la *lex Aquilia* fueron unificadas por los glosadores para el tratamiento del homicidio y de las lesiones, de manera que se aplicaba la *lex Cornelia* para el homicidio doloso y la *aquiliana* para el imprudente.

Tanto el Digesto (47.10.6-8) como las Instituciones (4.4.9) nos advierten, a continuación de lo que se denomina «*iniuria atrox*»⁵⁷. En estos casos de injuria agravada el Pretor fijaba una suma muy elevada como compensación de la ofensa causada⁵⁸, lo cual acredita que el valor de la pena venía determinado más por la maldad del sujeto agente que por la gravedad del daño.

III.3 Ley Aquilia

Aunque es posible que el concepto de *iniuria* abarcara en un principio elementos de daño patrimonial que pudieran encuadrarse en el amplio concepto de ofensa⁵⁹, o quizás aquellos casos de daño causado dolosamente, es lo cierto que un plebiscito dictado, probablemente, entre el 287⁶⁰ y el 217 aC⁶¹ propuesto por un tribuno llamado Aquilio, reguló de manera específica el *damnum iniuria datum*, en el cual, según toda la doctrina, se encuadran supuestos de daños patrimoniales causados de manera ilícita. La *lex aquilia*, que ha sido profusamente analizada por la doctrina, aparece comentada por Ulpiano, Gayo y otros juristas en D.9.2; contenía tres capítulos, el segundo de los cuales se refería, al parecer, a la acción contra el coestipulante que había liberado al deudor promitente en fraude de acreedores. El capítulo primero y tercero se refieren al delito de daños. Como es sabido, el primer capítulo castigaba al causante de la muerte de un esclavo o cuadrúpedo ajeno al pago del valor máximo del bien en el año anterior⁶² y el capítulo tercero⁶³ condenaba al autor de cualquier otro daño patrimonial (*urere, frangere, rumpere*) al pago del valor máximo del objeto en los treinta días próximos⁶⁴.

⁵⁷ Gai. 3.225: *Atrox autem injuria aestimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus, aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, velut si qui in theatro, aut in foro injuria facta sit; vel ex persona, velut si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria.*

⁵⁸ Vid. TORRENT RUIZ, *op. cit.*, p. 463.

⁵⁹ Vid. Nota supra a propósito de Tab. VIII.3.

⁶⁰ Fecha probable de la *lex hortensia*, que equiparaba los plebiscitos a las leyes.

⁶¹ Vid. SIRCKS *op. cit.* P. 258; Torrent lo fija en 286 aC (*op. cit.*, p. 248) y Rodríguez Montero en 287-286 a.C., *op. cit.*, p. 159.

⁶² Gai D.9.2.2: *Ut qui servum servanve alienum alienanve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

⁶³ Ulp. D.9.2.27.5: *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

⁶⁴ Mucho se ha discutido sobre el sentido de la expresión *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Algunos autores sostienen que se trata de una corrupción del texto, que originariamente debía decir «*quanti ea res fuit*», otros defienden la literalidad del texto, argumentando que es posible valorar la cosa dañada en los treinta días siguientes al evento. Cabría también afirmar que quizás la norma no está pensando en el valor concreto de ese bien dañado sino en el equivalente de un producto similar en buen estado. También cabría, en fin, suponer que el texto está realizando un uso subjuntivo del futuro de indicativo (*erit*) lo cual no es extraño pues la lengua latina carece de futuro de subjuntivo, en cuyo caso se traduciría

III.3.1 CONCEPTO DE «DAMNUM»

El primer concepto capital de la regulación aquiliana es el término «*damnum*». Del análisis de las fuentes se desprende que los juristas consideraban «daño» toda lesión en el patrimonio de un hombre libre, incluyendo –obviamente– las lesiones causadas a los esclavos e incluso, por vía de la acción *utilis*, las lesiones causadas por negligencia a *alieni iuris*⁶⁵.

La redacción de la ley, tal como nos ha sido transmitida, especifica sobre qué bienes patrimoniales debe recaer el *damnum* para que fuera concedida la *actio legis aquiliae* en la modalidad de su primer capítulo, entendiendo Gayo que, además de los esclavos, se incluye a los cuadrúpedos que constituyen ganado: ovejas, cabras, bueyes, caballos, mulos y asnos, a los que Labeón añade los cerdos. También se incluyen en el ámbito de aplicación los elefantes y los camellos, excluyéndose los perros:

Gaius libro septimo ad edictum provinciale D.9.2.2:

Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. Elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.

En los siguientes párrafos, entre los que se dilucida el ámbito de aplicación de esta norma, se sitúa un enigmático fragmento de Ulpiano que parece conceder la *actio utilis* al hombre libre que sufriera daños en sí mismo, esto es, lesiones:

Ulpianus libro 18 ad edictum D.9.2.13 pr.:

Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Fugitivi autem nomine dominus habet.

como *quanto esa cosa fuere (hubiere sido)*. Una interpretación diferente puede encontrarse en ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 968, donde defiende que el plazo de 30 días es el conferido al causante para pagar el valor de la cosa, coincidiendo con el que establecen las XII Tablas (III.1) para que el deudor pague la deuda en evitación de la *manus iniectio*. PLESSIS, P. DU, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford, 2010, p. 321, tras advertir de que la redacción conocida del a *lex Aquilia* procede de Ulpiano que vivió cinco siglos después de su promulgación, analiza las distintas posiciones al respecto.

⁶⁵ Ya que de otro modo, al no concurrir el dolo necesario para la *actio iniuriarum*, quedarían impunes. D.9.2.5.3.

El texto parece haber sido interpolado⁶⁶, pero tuvo una gran repercusión en los glosadores que encontraron en él un cómodo fundamento para equiparar las lesiones causadas por imprudencia al resto de daños⁶⁷. En cualquier caso, al parecer, la *actio utilis* comprendía los gastos de curación y el importe de la cesación de su trabajo, pero no la compensación por los dolores que sufre, ni por la cicatrices ni deformidades sobrevinientes (D.9.2.13; D.9.1,3, D.9.3.7.)⁶⁸.

El tercer capítulo, por su parte, regula los daños ocasionados en cualquier otro bien distinto de los esclavos y animales cuadrúpedos y también los daños causados a estos que no conlleven la muerte:

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. (Ulpianus libro 18 ad edictum D.9.2.27.5).

Mucho se ha especulado⁶⁹ sobre el uso de los tres verbos resaltados en negrita en el texto (*urere*, *frangere* y *rumpere*) y la razón de que Ulpiano –o la propia ley– usen precisamente estos verbos para delimitar las acciones que generan esta *actio ex lege aquilia*. Sin embargo, como señala Castresana⁷⁰, la supuesta limitación de acciones sancionadas por la ley no sirvió más que de acicate para que la jurisprudencia ideara nuevos casos a los que aplicar la norma. Especialmente, como advierte Celso⁷¹ desde que se interpretó «ruperit» como «corruperit» y por tanto se admitió la aplicación de la ley a cualquier deterioro de una cosa.

III.3.2 «INIURIA» EN LA *LEX AQUILIA*

Probablemente el concepto más fecundo de la formulación de la *lex aquilia* sea la expresión «iniuria», que traducimos por «injustamente» Castresana⁷², con cita de Schipani, advierte de que el término *iniuria* puede encontrar-

⁶⁶ JOLOWICZ, H.F., *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 2009, p. 277, n. 6. A tal sospecha contribuye el hecho de que el resto de fragmentos contiguos no se refieren a lesiones a hombres libres sino a esclavos.

⁶⁷ ACURSIO, *Corpus iuris civilis iustinianei cum commentariis: Primus digestum vetus*, ad D.9.2.13.

⁶⁸ Vid. VALLE ARAMBURU, R. DEL, «Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. U.n.l.p. 2014, p. 279.

⁶⁹ Vid. DU PLESSISS, *op. cit.* p. 321.

⁷⁰ A. CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, 2001, p. 33.

⁷¹ D.9.2.27.13.

⁷² *Op. cit.*, p. 44.

se en Derecho romano en dos sentidos: o bien la violación dolosa de la norma «o bien *iniuria*, en ablativo constante, casi adverbializado, con el sentido de «sin razón, injustificadamente», sin tener derecho a ello, desde el *in-ius* entendido como ausencia o falta de Derecho»⁷³.

Inicialmente, como hemos visto, la expresión *iniuria* se refiere a la ofensa al honor, lo que entraña indudablemente el *animus iniurandi*, y por tanto, el dolo. Sin embargo, en algún momento esta expresión se extiende, en lo que refiere a los daños patrimoniales, al elemento subjetivo del injusto que puede incluir, no solo el dolo sino también la culpa. Resulta indudable que en la jurisprudencia clásica tardía el concepto de *iniuria* ya abarca tanto la intención de causar el daño como la negligencia ilícita, a la vista de lo manifestado por Ulpiano en D.9.2.5.1, donde explica que la expresión *iniuria* aquí significa tan solo «ilícito» y por tanto, engloba el daño causado por culpa. Sin embargo, advierte el jurista, a veces concurren ambas acciones, y habrá entonces, añade, dos estimaciones, una por el daño y otra por la ofensa:

Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

Más adelante, en el apartado 3, explica Ulpiano –con cita de Juliano– la diferencia entre la *actio iniuriarum* y la *actio legis aquiliae* a propósito de las lesiones causadas por un maestro zapatero a un *alieni iuris*, descartando la *actio estimatoria* ante la ausencia de *animus iniurandi* (*quia non faciendae iniuriae causa percusserit*) pero no duda de la aplicación de la *lex Aquilia*. Se entiende que se trataría de una *actio utilis* porque stricto sensu no se trata de un esclavo ni de ningún otro bien, sin embargo, no aparece expresado así en el texto:

*Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia te-
neatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui
eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit di-*

⁷³ Ciertamente la traducción más habitual de la expresión «damnum iniuria datum» es la de «daño causado injustamente», en la cual el término *iniuria* se traduce por el adverbio «injustamente», y probablemente sea la adaptación más acorde al sentido dado por la jurisprudencia a los términos de la ley. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente filológico cabría otra traducción ligeramente distinta, tomando *iniuria* como el complemento agente de una oración en pasiva: «daño causado por la injuria». Siguiendo esta traducción podríamos suponer que la injuria –entendida desde las XII Tablas como agresión dolosa de los derechos de una persona– merece una sanción prevista primero en las XII Tablas y luego en la *lex Cornelia* y, además, si ha provocado un *damnum*, una segunda pena, basada en el valor de la cosa dañada. Tal interpretación hipotética, que podría haber variado con el tiempo, podría tener un residuo en el texto de Ulpiano que comentamos.

endum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percussit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito.

Y resulta más enigmático aún un texto inserto en D.9.2.5.7 aparentemente referido al mismo suceso, que concreta que el padre tendrá derecho al resarcimiento de los gastos de curación y de la pérdida de capacidad laboral del menor, por la pérdida del ojo:

Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.

Dicha previsión puramente resarcitoria no parece encajar ni en el carácter sancionador de la *lex Aquilia* ni en la pena establecida para la muerte de esclavos (el valor máximo en el año anterior) ni en la pena del valor máximo en los treinta días *proximi* que, según el propio Ulpiano⁷⁴, se establecía en el capítulo tercero, para el resto de daños patrimoniales. Es probable que el texto esté interpolado, pues sistemáticamente no encaja en la casuística de muertes de esclavos, que es el supuesto de hecho que se trata en este apartado del Digesto, pero la narración del caso no parece totalmente inventada por la referencia a Juliano, que vivió poco antes de nacer Ulpiano.

III.3.3 LA EXPRESIÓN «DATUM»

El uso del verbo «do» en la formulación de la ley causó cierta controversia entre los juristas. Así, en D.9.2.9, que recoge un fragmento de Ulpiano en que se plantean diversos supuestos en los que trata de delimitar cuándo se aplica la *lex Aquilia* y cuándo se debe conceder una *actio in factum*. En particular, en D.9.2.9 pr. analiza el caso de que una partera suministre a una mujer un medicamento que le provoque la muerte y distingue –siguiendo a Labeón– el caso de que la propia partera administre el medicamento (en el cual es aplicable la ley *aquilia*) de aquél en que se lo entrega a la parturienta para que lo tome, en cuyo caso sería adecuada la *actio in factum*:

Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit,

⁷⁴ D.9.2.27.5.

ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.

Idéntica solución se plantea, siguiendo a Neracio, en el párrafo 2, para quien deja morir de hambre a otro:

Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.

Sin embargo, en otros fragmentos, redactados por Ulpiano –y no basados en la opinión de juristas que le precedieron– parece entenderse que el debate se traslada a lo que la moderna doctrina llama «nexo causal» y que ha sido prolífico durante los siglos XIX y XX, no sólo en Derecho civil sino también en el ámbito del Derecho penal. Por ejemplo, en D.9.2.9.4 se trata el caso de un esclavo que es alcanzado por los dardos tirados por jugadores. Por un lado, se afirma que es responsable, por la ley aquilia, el tirador que erró el tiro, salvo qué la víctima se hubiera interpuesto de manera intempestiva, lo cual recuerda a los modernos conceptos de culpa exclusiva de la víctima y compensación de culpas.

IV. CONCLUSIONES

El Derecho Romano clásico no establece de manera general y exclusiva la reparación como consecuencia jurídica del daño patrimonial. Antes al contrario, la intencionalidad del acto, especialmente en los daños corporales, conlleva una sanción pecuniaria a cargo del ofensor y a beneficio de la víctima que no era incompatible con la reparación del daño (más propiamente, la estimación), de manera que el mero resarcimiento queda únicamente previsto para casos de daño accidental o fortuito. Sin embargo, a partir de la codificación, se deslinda la ofensa, que constituye un ilícito penal de injurias, del daño (patrimonial o corporal) que queda sujeto, en nuestro Derecho, al menos aparentemente, a la reparación. En este contexto, resulta extraño que el common law establezca, para las agresiones causadas con grave intencionalidad, una pena privada complementaria a la indemnización, a pesar de que dicha institución es mucho más coherente con nuestro pasado jurídico de lo que podría pensarse.

Frente a la admisión de los daños punitivos en Derecho continental se suele argumentar que el Derecho privado no tiene por fin la función punitiva y que el pago de una indemnización que excediera el valor del daño provocaría un enriquecimiento ilícito de la víctima. Sin embargo, como queda dicho más

arriba, nuestro Derecho acoge, sin disonancias, instituciones que pertenecen al ámbito de los daños punitivos (como el recargo de prestaciones en el ámbito laboral) o que se acercan mucho (como los daños morales o la cláusula penal en los contratos). La prohibición de enriquecimiento injusto, siempre que nos hallemos en el ámbito de los daños no patrimoniales, queda excluida, como argumentamos, pues en los daños corporales y en los inmateriales (como el honor) no cabe la posibilidad de sobrepasar el valor de los daños.

SOBRE LA RECEPCIÓN DE LA *LEX ANASTASIANA* EN ORDENAMIENTOS Y JURISPRUDENCIA CONTEMPORÁNEA ¹

*Concerning the reception of the lex Anastasiana in contemporary legal
systems and jurisprudence*

PABLO FERNÁNDEZ BELZUNEGUI
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen: La regulación relativa a las cesiones de créditos tuvo vigencia durante siglos en derecho romano. Algunas de las disposiciones han pervivido de diferentes formas hasta la actualidad. El presente artículo trata de relacionar la *lex Anastasiana* y otras disposiciones del Código de Justiniano con el derecho contemporáneo, siendo la jurisprudencia el elemento que define el alcance de la regulación recepcionada.

Palabras clave: *Lex Anastasiana*, litigiosidad, *potentiores*, recepción, jurisprudencia.

Abstract: The regulation regarding the transfer of credits had in Roman law validity for centuries. Some of the dispositions have survived in different shapes until nowadays. The present article intends to relate the *lex Anastasiana* and other dispositions in Justinians Code with contemporary law, being jurisprudence the element that defines the spread of the received regulation.

Keywords: *Lex Anastasiana*, litigation, *potentiores*, reception, jurisprudence.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Consideraciones previas: litigiosidad. III.–Legislación tardo-antigua complementaria. IV.–Legislación contemporánea. V.–Jurisprudencia. VI.–Consideraciones finales.

¹ Parte del Proyecto I+D, DER2015-67052-P, Centro y periferia en el discurso jurídico y la práctica jurídica del Imperio Romano.

I. INTRODUCCIÓN

Promulgada en el año 506 d.C. en Constantinopla por el *Princeps* Anastasio, la comúnmente denominada *lex Anastasiana*² es una constitución imperial en la que se dispone que, si se hubiera producido la subrogación del acreedor a cambio de un precio, el deudor puede igualar las condiciones y adquirir para sí el crédito, extinguiéndolo. Esto es, el precio que el adquirente del crédito haya satisfecho por el mismo será el precio por el que el deudor podrá saldar su deuda, con total independencia del original montante del crédito.

Respecto de sus características y excepciones, cabe destacar que la cesión del crédito ha de serlo por un precio cierto e indudable: la onerosidad es un elemento esencial. Se excluyen en consecuencia las donaciones de créditos. En la misma línea, se exceptúan las cesiones de créditos en garantía del cumplimiento de otra obligación, las cesiones en el marco de una *datio in solutum* y las cesiones entre coherederos en la sucesión.

Más allá de estas cuestiones, un aspecto que antes y después de la recepción de la disposición en los ordenamientos contemporáneos mantiene la relevancia es el de la litigiosidad.

Es la faceta que, desde distintos puntos de vista, definió la aplicabilidad de la norma tanto en la Antigüedad como en la actualidad. En época de Anastasio y Justiniano porque para la aplicación de la *lex Anastasiana* las cesiones habían de serlo sobre créditos no litigiosos. En la actualidad porque han de serlo sobre créditos litigiosos.

² CJ.4.35.22 *Imperator Anastasius: Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare hocque modo diversas personas litigiorum, vexationibus adficere, cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, sua vindicare quam ad alios ea transferre velle.*

1. *Per hanc itaque legem iubemus in posterum huiusmodi conamen inhiberi (nec enim dubium est redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt), ita tamen, ut, si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit:*

2. *Exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascumque vel creditor vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictas sunt, pro his fieri necesse sit: nulla etenim tali ratione intercedente redemptor, sicuti superius declaratum est, magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones.*

3. *Sin autem per donationem cessio facta est, sciunt omnes huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecumque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant.* *ANASTAS. A. EUSTATHIO PP. *A 506 D. X K. AUG. AREOVINDA ET MESSALA CONSS.' (Krueger, *The Roman Law Library*, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/a/01/07/219>).

II. CONSIDERACIONES PREVIAS: LITIGIOSIDAD

Del texto de CJ.4.35.22 se deduce que la constitución está pensada para ser aplicada cuando la cesión se realiza con anterioridad a la iniciación de un proceso judicial. Ello es así aunque la constitución tampoco sea particularmente clara al respecto y haya de atenderse en algún aspecto a lo deducible. Así, tenemos tres referencias en el texto que, conjuntamente consideradas y sin perjuicio de otras constituciones, conducen a la conclusión de que la *lex Anastasiana* opera cuando la cesión del crédito haya sido realizada en un momento en que el mismo no se halle sujeto a litigio.

La primera referencia en el texto, que pudiera hacer pensar en una conclusión diametralmente opuesta, es la de «*hocque modo diversas personas litigiorum, vexationibus adficere*», (= acosando de esta forma a los litigantes). La cuestión en este punto radica en que la mención de los litigantes ha de comprenderse junto con una explicación que en la propia *lex* consta entre paréntesis, mención que expresa que «*(nec enim dubium est redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt)*» (= pues no es dudoso que parece que son compradores de litigios ajenos los que desean que a su favor se hagan tales cesiones). Así, la aparente preocupación por los litigantes no sería sino sobrevenida, habría que comprender la situación de hecho como la cesión de un crédito que se perfeccione con el fin inmediato de proceder a la reclamación judicial del mismo. Consecuencia de lo anterior sería, en términos jurídicos, el que se asuma que el crédito se halla vencido y sea exigible. La situación de abusos, todo apunta, se produciría en una fase posterior a la Sentencia, al procedimiento, con lo que la cuestión de la litigiosidad adquiere mayor relevancia.

La segunda referencia que refuerza el requisito de la no litigiosidad del crédito cedido la hallamos igualmente en el prólogo de la *lex*. Se nos dice que «*cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, sua vindicare quam ad alios ea transferre velle*», (= como quiera que sea cierto, tratándose de obligaciones indudables, que aquellos que antes se ofrecían, preferían reivindicar lo suyo a transferirlo a otros). De lo anterior habría que valorar que, si la alternativa es reclamar o transmitir el crédito, necesariamente al momento de la cesión no se ha procedido a la reclamación. En caso contrario se trataría de una subrogación que impediría la alternativa. En resumen, si ya se ha iniciado la reclamación no cabe optar entre transmitir o reclamar.

La tercera y última referencia es la más explícita en tanto en cuanto es donde se define el mecanismo por la *lex* dispuesto. El fragmento expresa que

«*si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur*», (= si alguno hubiere dado dinero para así obtener la cesión, se le permita ejercitar las acciones solamente hasta la misma cantidad del dinero pagado y de los intereses de la misma). El extracto es suficientemente claro y dispone expresamente que, acaecida la cesión, la reclamación que la siga deberá atenerse a las cantidades abonadas por la propia cesión. Dicho de otro modo, la cesión ha de darse con anterioridad al litigio, para que en el mismo se satisfagan las cantidades que han sido definidas en la cesión del crédito.

A mayor abundamiento, y aunque el requisito de la no litigiosidad resulte del texto, cabe valorar algún aspecto complementario. Considerando que los abusos («*vexationes*») pudieren abarcar potencialmente una multitud de situaciones, no sería absurdo atender a determinadas posibilidades como pudiera ser el que se obligara al acreedor a ceder su crédito a un tercero, tanto con la reclamación iniciada como sin hacerlo. Porque habría supuestos en los que, atendida la *lex Anastasiana*, no sería de interés del adquirente el que constara su adquisición, menos aún las cantidades abonadas. En este caso, resultaría claramente atractivo para el adquirente del crédito seguir en el «anonimato», ya que de ese modo no habría forma de verse afectado por la disposición. En este escenario resultaría relativamente intrascendente la litigiosidad o no del crédito cedido, pero es necesario hacer notar que esta situación exigiría considerar tanto al acreedor cedente como al deudor como partes perjudicadas. Ello sería consecuente con la mención acerca de los «abusos» a los litigantes, así como con la indicación de que «preferirían reivindicar lo suyo a transferirlo a otros», pero no lo sería con la pequeña anotación que hace referencia a «aquellos que antes se ofrecían», puesto que implica cierta connivencia, ni tampoco encajaría con las consideraciones que Justiniano realiza en CJ.4.35.23³ al ac-

³ CJ.4.35.23 *Imperator Justinianus: Anastasio divae memoriae principi iustissima constitutio conscripta est tam humanitatis quam benivolentiae plena, ut ne quis alienum subeat debitum cessione in eum facta et amplius consequatur a debitore his, quae praestavit cessionis auctori, exceptis quibusdam casibus, qui specialiter illi sanctioni continentur. Sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserunt, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditores, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem, generaliter anastasiane constitutioni subvenientes sancimus nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre, sed, si voluerit, pure totum debitum donare et per donationem actiones transferre, non occulte nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem: huiusmodi enim cessionibus non adversamur*

1. *Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur et pecunias pro parte accipit et vendidit partiatim actiones, partem autem donare simulat vel ipsi, qui emptorem actionis subiit, vel forsitan alii per suppositam personam (quia et hoc saepius perpetratum esse didicimus), huiusmodi machinationem penitus amputamus, ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit: sed omne, quod su-*

tualizar la disposición anastasiana. Dentro de dicha disposición justiniana se alude al deudor como perjudicado y a los acreedores (cedente y cesionario) como cómplices, concretamente la frase expresa que «*Sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserunt, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditores, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem*» (= mas como los que están próximos a litigios no han permitido que permanezca en su propia naturaleza la misma piadosa disposición, hallando un ardid para transferir a otro acreedor una parte de la deuda a título de venta, y para ceder la otra parte por aparente donación). Más allá de incidir en la cuestión de la no litigiosidad como criterio, la versión justiniana nos indica otros dos aspectos relevantes a considerar.

De una parte, que se trata al acreedor cedente como partícipe del ardid, lo cual marcaría notables diferencias con el trato al acreedor cedente dispensado en CJ.4.35.22. De hecho, en esta versión parece culpase más al cedente que al cesionario. Cuestión esta que, valoraciones morales o éticas al margen, pudiera ser comprensible en un ámbito comercial si se tratase de operaciones equivalentes a descuentos de letras de cambio actuales. Esto es, ceder por debajo del valor créditos no exigibles todavía. Ello en cambio no es compatible con la inminencia del litigio a la que constantemente se alude, por lo que habría que considerar como más probable que nos hallemos más bien ante créditos de dudoso o difícil cobro, créditos de los cuales el acreedor cedente consiente recuperar una parte tan solo, cediendo en puridad al cesionario aquello que pueda ejecutar del deudor descontada la cantidad abonada al cedente. En todo caso, lo analizado nos devuelve al punto de considerar la no litigiosidad del crédito cedido como requisito para la aplicación de la *lex Anastasiana*, ya que el cobro de la diferencia sería consecuencia de haber culminado en primer lugar el procedimiento judicial con éxito para el acreedor demandante (luego ejecutante).

perfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus, ut neque ei qui cedit actiones neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri vel remanere vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.

2. *Sed et si quis donationem quidem omnis debiti facere adsimulaverit, ut videatur esse tota donatio, aliquid autem occulte susceperit, et in hoc casu hoc tantummodo exactionem sortiri, quod datum esse comprobetur, et si hoc a debitore persolvatur, nulla contra eum vel substantiam eius ex dissimulata donatione oriatur molestia.*

3. *Et iustum quidem fuerat hoc remedium debitoribus ab anastasianis temporibus impertiri, ex quibus etiam lex lata est, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. sed ne videamur in tanta temporum nostrorum benivolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus, ut omne, quod contra legem anastasianam excogitatum est, hoc in posterum nostro perfruatur remedio. * IUST. A. IOHANNI PP. *A 531 – 532' (Krueger, The Roman Law Library).*

De otra parte, el segundo aspecto a considerar es el de la forma elegida por los afectados para evitar la aplicación de la disposición anastasiana. Se nos dice en CJ.4.35.23 que se empezó a ceder los créditos en parte mediante compraventa en parte mediante donación. Ello, más allá de otras valoraciones jurídicas que proceden, nos indica que la *lex Anastasiana* era perfectamente conocida y que, igualmente relevante, era reconocida como disposición vigente y aplicable. No es baladí la cuestión en la medida en que, en un ambiente que observaría con cierta cotidianeidad los abusos referidos, pudiere haberse dado el caso de que simplemente se ignorara la disposición. No sólo no se da esa situación, el hecho de que se optara por donaciones parciales simuladas indica que los adquirentes de los créditos deseaban que constasen a su nombre y deseaban reclamar abiertamente el cumplimiento para sí. Se trataba de obtener una Sentencia favorable perfectamente legal que a su vez facultara para proceder contra el deudor como ejecutante, no como mero acreedor. Ello descartaría *a priori* situaciones en las que el adquirente se hallaría documentalmente oculto, pero tampoco cabe descartarlo totalmente toda vez que la precisión justiniana no tiene por qué abarcar todos los supuestos. A mayor abundamiento, las situaciones en las que hubiera ocultamiento serían notablemente más difíciles de solucionar y más aún de ordenar en una constitución imperial. Por todo lo anterior, una interpretación plausible es que esa apariencia de buen derecho era una exigencia, un requisito para la final obtención del lucro. Porque a la adquisición del crédito le seguía la interpelación judicial, y por lo tanto se requería del acreedor que jurídicamente no se planteara ninguna área oscura. Tenía que reclamar el crédito y obtener una sentencia estimatoria. Si seguían adquiriendo los créditos simplemente por menor valor, el deudor habría sido condenado a abonar el importe de la cesión, y no el original montante: sin la donación parcial simulada, parece que las Sentencias habrían podido estimar la excepción anastasiana.

Por lo tanto, cabe valorar como suficientemente fundado el que la *lex Anastasiana* preveía para su aplicación la cesión de un crédito operada con anterioridad a la reclamación judicial sobre el mismo. Una cesión por importe inferior al valor del crédito para luego reclamar el mismo en su integridad junto con los intereses. Sin embargo, refiriéndonos a la situación de hecho, y aunque el presupuesto implique la inexistencia en el momento de la cesión de un procedimiento que le afecte, no deja de ser relativamente obvio que más o menos inminentemente se producirá una interpelación judicial para reclamar el montante del crédito, y en esos términos se expresa el texto legislativo.

De esta forma, cabe afirmar que existía conciencia y consciencia del contenido de la *lex Anastasiana*, del mismo modo que no se altera en la actualización la premisa en cuanto no varía más que mínimamente la consideración que

sobre estas cesiones de créditos la legislación observa. Son cesiones de créditos realizadas para posteriormente iniciar procedimientos judiciales de realización del crédito. La cuestión de esta forma se concreta en determinar el encaje procesal de la *lex Anastasiana*. La manera en la que sería aplicada a la luz de constituciones imperiales relacionadas del Código de Justiniano, así como el reflejo que dicha legislación ha tenido en la jurisprudencia y normativa contemporánea.

En este instante habría que comenzar puntualizando que nada impide que, teóricamente, se solucionaran controversias de acuerdo con la disposición y de manera pacífica. Se trataría de situaciones en las que el adquirente del crédito, consciente de lo dispuesto en CJ 4.35.22, reclamase una cantidad equivalente a la por él abonada. Obviamente sería un supuesto posible pero que, cabe considerar, sería poco habitual en un contexto de deudores insolventes y acreedores «profesionalizados».

Antes de pasar ya al siguiente apartado, procede puntualizar que la razón de ser última de la constitución anastasiana parece que apunta a los abusos o padecimientos que los «litigantes» sufrían por parte de los acreedores ejecutores. Esto es, a una forma del uso de la fuerza destinado a procurar el cobro de lo adeudado dentro de un contexto que, de criticarse por el legislador, se hace aludiendo a alguna forma de abuso de derecho. Hay que valorar, como se ha dicho, que, atendida la inevitabilidad e inminencia del procedimiento que sigue a la cesión, en la disposición se esté hablando, implícitamente, de créditos vencidos o de próximo vencimiento, créditos en esencia reclamables. Sería así aceptando que estas operaciones fueran comunes, que aparentemente lo eran, y que la figura de los *redemptores litium* o compradores de pleitos era tan conocida como socialmente mal considerada. Circunstancia esta segunda que provocaría una posible tendencia al ocultamiento que dificultaría el establecimiento de una legislación monolítica. Así, a la precisión del mecanismo dispuesto se le añadirían explicaciones como para que el objetivo último de la constitución quedase suficientemente claro. En la misma línea, y de acuerdo con lo que sigue, para hacerla coherente y compatible con legislación preexistente.

III. LEGISLACIÓN TARDO-ANTIGUA COMPLEMENTARIA

Atendiendo al autor que con más dedicación a tratado el tema, resulta útil seguir alguna precisión de Rennpferdt⁴, ya que hay que considerar la previa

⁴ RENNPFERDT, M., *Schuldnerschutz im Wandel der Zeiten*, Göttingen, Muster-Schmidt, 1990, p. 51.

existencia (previa a la *lex Anastasiana*) de constituciones que prohibían la cesión de créditos litigiosos (CJ 8.36.2⁵), sin olvidar otro grupo de disposiciones dentro de las cuales resultan de alguna forma paradigmáticas las que norman acerca del acceso de *potentiores* a pleitos y créditos ajenos. Categoría dentro de la que destacan las constituciones CJ 2.13.1⁶ (de época de los emperadores Diocleciano y Maximiano), 2.13.2⁷ (de época de Honorio y Teodosio II y que recogen la esencia de la filosofía adelantada) y, en otro apartado, pero totalmente vinculada a las anteriores, la constitución imperial CJ.2.14.1⁸ (de Arcadio y Honorio).

De lo ya adelantado, y sin perjuicio de lo que sigue, resulta ilustrativo el que, como en otros muchos campos del Código de Justiniano, se utilicen cons-

⁵ CJ.8.36.2 *Imperator Constantinus: Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptio-nibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat, tanquam si nihil factum sit, lite nihilo minus peragenda.* * CONST. A. AD PROVINCIALES. *A 331 D. K. AUG. BASSO ET ABLA-BIO CONSS.' (Krueger, The Roman Law Library).

⁶ CJ.2.13.1 *Imperatores Diocletianus, Maximianus: Divine admodum constituit divus Claudius con-sultissimus princeps parens noster, ut iactura causae adficerentur ii, qui sibi potentiorum patrocinium advocassent, ut hoc proposito metu iudicariae lites potius suo Marte discurrerent, quam potentiorum domorum opibus niterentur.*

1. *Quem palam est in tantum provincialium quaestionibus esse commotum, ut huius sanctionis rec-tores provincialium custodes et contemptae rei vindices fecerit, scilicet ut in actores seu procuratores in subsidia negotiorum vel usurpatos gratia vel redemptos severa sententia vindicarent.*

2. *Quare cum intersit et universe omnium et praecipue tenuiorum, qui saepe importunis potentium intercessionibus opprimuntur, inter litigatores audientiam tuam impertire debebis: nec metuas, ne praeiudices clarissimis viris, cum divus Claudius huius rei rectorem provinciae et disceptatorem et, si res postu-laret, ultorem specialiter fecerit.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ARISTOBULO SALUTEM. *A 293 D. IIII ID. SEPT. AA. CONSS.' (Krueger, The Roman Law Library).

⁷ CJ.2.13.2 *Imperatores Honorius, Theodosius: Si cuiuscumque modi cautiones ad potentium fuerint delatae personas, debiti creditores iactura multentur. Aperta enim creditum videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores.* * HONOR. ET THEODOS. AA. IOHANNI PP. *A 422 D. V ID. IUL. RAVENNA HONORIO XIII ET THEODOSIO X AA. CONSS.' (Krueger, The Roman Law Li-brary).

⁸ CJ.2.14.1 *Imperatores Arcadius, Honorius: Animadvertimus plurimos iniustarum desperatione causarum potentium titulos et clarissimae privilegia dignitatis his, a quibus in ius vocantur, opponere.*

1. *Ac ne in fraudem legum adversiorumque terrorem his nominibus abutantur et titulis, qui huiusmo-di dolo scientes conivent, adficiendi sunt publicae sententiae nota.*

2. *Quod si nullum in hac parte consensum praebuerint, ut libelli aut tituli eorum nominibus aedibus adfigantur alienis, eatenus in eos qui fecerint vindicetur, ut adfecti plumbo perpetuis metallorum suppliciiis deputentur.*

3. *Quisquis igitur lite pulsatus, cum ipse et rei sit possessor et iuris et titulum illatae sollemniter pulsationis exceperit, contradictoriis libellis aut titulis alterius nomen crediderit ingerendum, eius posses-sionis aut causae, quam sub hac fraude aut retinere aut evitare temptaverit, amissione multetur nec repe-tendae actionis, etiam si ei probabilis negotii merita suffragantur, habeat facultatem.*

4. *Eos sane, qui se sponte alienis litibus inseri patiuntur, cum his neque proprietates neque possessio competat, veluti famae suae prodigos et calumniarum redemptores notari oportebit.* * ARCAD. ET HO-NOR. AA. MESSALAE PP. *A 400 D. V K. DEC. MEDIOLANI STILICHONE CONS.' (Krueger, The Roman Law Library).

tituciones de épocas alejadas entre sí, pero formando en última instancia una suerte de unidad coherente, aspecto que no deja de ser el objetivo último de la restauración jurídica romana promovida por Justiniano.

Estando las disposiciones recién citadas incluidas en el Código de Justiniano junto con la *lex Anastasiana* (y la actualización justiniana en CJ.4.35.23), su coexistencia probada obliga a considerar CJ.4.35.22 dentro de un complejo de constituciones imperiales en el cual su función, parece ser, es la de evitar las operaciones previas o extrajudiciales que inevitablemente derivarían en procedimientos judiciales y tortuosas (para el deudor) ejecuciones. En ese sentido, puede entenderse como reforzamiento y filtro añadido de las constituciones complementarias.

Volviendo a fijar la vista en la cuestión de la litigiosidad, el requisito de la no litigiosidad se refuerza ya que, aunque cabría entender que el adquirente del crédito se subrogará siempre en la posición del reclamante, la legislación de la época observaba otras disposiciones de las que la *lex Anastasiana* sería complementaria, y que provocarían su inaplicabilidad cuando la cesión del crédito ocurriera tras iniciarse un litigio. Así, como ya se ha avanzado, la constitución CJ 8.36.2 (de Constantino I), establecía la prohibición de cesión de créditos litigiosos. Sobre esa base, no se tendría por realizada la cesión de un crédito que esté siendo reclamado judicialmente.

Sí que podríamos considerar que, constatada la existencia de las simulaciones, se realizasen cesiones sin que estas fueran notificadas en el procedimiento. Esto es, que el acreedor cedente sufriera los padecimientos en cuanto verse obligado a seguir adelante con el procedimiento (a su nombre) sabiendo que lo realizado será para quien ha adquirido el crédito que se hallaba reclamando. Habría que añadir que en este último supuesto la *lex Anastasiana* no sería de aplicación puesto que lo sería CJ.8.36.2 (siendo por otra parte inconciliables ambas alegaciones conjuntamente). Sí lo sería si el acreedor cedente fuera forzado a iniciar el procedimiento en su nombre, aunque la cesión ya haya operado. A mayor abundamiento, en este último supuesto el acreedor cesionario ni siquiera correría riesgos puesto que en el peor de los casos se absolvería al deudor por ausencia de legitimación del reclamante en el procedimiento, pero ello no obstaría la posterior reclamación por parte del real acreedor, aunque fuera por una cantidad inferior.

Al respecto de determinación del destinatario de la *lex*, cabría considerar que, aunque beneficie al deudor (y dependiendo del caso al acreedor cedente), la misma está pensada principalmente en contra de los adquirentes de los créditos. Circunstancia que, como se verá, convierte en menos clarificable la cuestión del encaje procesal, pero al mismo tiempo condiciona y ordena la fi-

lososfía que debería seguir a la disposición. Se tratará de evitar el lucro derivado de las cesiones de créditos «especulativas», con lo que dependiendo del caso CJ.4.35.22 podrá definir a unos u otros como perjudicados. Nótese, eso sí, que la cuestión de la «especulación» se considera implícita, en primer lugar porque no se menciona expresamente, y en segundo lugar porque la constitución obvia cualquier influencia que pudieran tener la culpa o el dolo. Se circunscribe toda la cuestión a la constatación de que se ha procedido a ceder un crédito por debajo de su valor.

Este aspecto relaciona la *lex Anastasiana* con las disposiciones relativas al veto que los *potentiores* sufrirían para adquirir créditos o asumir la defensa o dirección de pleitos. Se trata de disposiciones que, al margen de tecnicismos jurídicos, regulan atendiendo a la cualidad personal y a la influencia que dicha cuestión puede tener tanto en el devenir del procedimiento como en las posibilidades de la parte contraria a la de los *potentiores*, sin perjuicio de la censura de la violencia que también parece la norma pretende.

En CJ.2.13.1 se recoge abiertamente cómo se trata de evitar la participación de *potentiores* en pleitos ajenos. Y ello sobre la base de que la resolución del pleito no debe estar condicionada por la influencia de estos individuos. Disposición que se ve ampliada y al mismo tiempo concretada en la constitución CJ.2.13.2, donde se establece que las cesiones de créditos a *potentiores* se tendrán por no realizadas y, además, se manifiesta el reproche al calificarse la conducta de estos como producto de la *voracitas*.

Por último, CJ.2.14.1 establece que la regulación que afecta a quien hace uso del nombre de *potentiores* para su reclamación. Las penas son severas y observan desde la pérdida de la reclamación a la declaración de infamia. En todo caso, a los efectos que aquí nos ocupan, es de destacar el que, aunque en ocasiones no se diga explícitamente, la normativa señalada hace referencia a la declarada intención del legislador de evitar la participación de *potentiores* en pleitos ajenos, de limitar el uso de la violencia en el cobro de las cesiones de créditos y, atendida la *lex Anastasiana*, de cercenar el lucro implícito en estas operaciones dado que, si se observan las fechas, parece que seguían hallándose subterfugios que provocaban que esta industria siguiera resultando rentable o atractiva.

Existen muchas otras constituciones imperiales que permiten perfilar más y mejor el lugar de la *lex Anastasiana* en el ordenamiento jurídico justiniano, pero las anteriores sirven para establecer el nexo directo con la legislación contemporánea y con la jurisprudencia que la desarrolla, así como con la filosofía esencial de la disposición original romana.

IV. LEGISLACIÓN CONTEMPORÁNEA

En este punto me centraré en la relación de la *lex Anastasiana* con las constituciones imperiales reseñadas, así como en el reflejo que dicha relación ha tenido en el resultado final de la recepción. De un lado atendiendo a la cuestión de la litigiosidad, y de otro al de las limitaciones por cualidades personales.

El primer paso en este sentido se dio en Francia, donde al componer el Código Civil Napoleónico se incluyeron los artículos hoy día numerados del 1699 al 1701,⁹ destacándose al respecto el artículo 1699:

«Artículo 1699 Aquel contra quien se hubiera cedido un derecho litigioso podrá hacerse liberar por el cesionario, reembolsándole el precio real de la cesión con los gastos de escritura y accesorios y demás gastos, y con los intereses a contar desde la fecha en que el cesionario hubiera pagado el precio de la cesión que se le efectuó.»¹⁰

Estos artículos son casi idénticamente adaptados en el Proyecto de Código Civil español de 1851, tal y como expresa el tafallés García Goyena¹¹, uno de los autores del Proyecto. No sólo eso, el autor relaciona los motivos subyacentes del articulado y los compara con lo que entiende es la justificación de la

⁹ Artículo 1700 La cosa se considerará litigiosa desde que hubiera proceso y disputa sobre el fondo de derecho.

Artículo 1701 La disposición preceptuada en el artículo 1699 cesará: 1° En el caso en que la cesión hubiera sido hecha a un coheredero o copropietario del derecho cedido; 2° Cuando hubiera sido hecha a un acreedor en pago de lo que le era debido; 3° Cuando hubiera sido hecha al poseedor de la herencia sujeta a derecho litigioso. Esta y las demás traducciones al castellano del Código Civil de Francia, de: VALDÉS, J., y FELDMAN, F., *Traducción del Código Civil francés*, 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance> a 01/07/2019.

«Article 1700 La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit.

Article 1701 La disposition portée en l'article 1699 cesse: 1° Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé; 2° Lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû; 3° Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux.»

¹⁰ «Article 1699 Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite.»

¹¹ «Además, según su letra no era necesario que la acción o derecho estuviera ya en litigio, antes bien se infiere que la compra se hacía para moverlo: hallo por lo tanto mayor sagacidad y previsión en las leyes Romanas; y me afirmo en este concepto, por cuanto otras leyes anteriores tenían ya prohibida la enajenación de las acciones, o cosa litigiosa, leyes 2, 3 y 4, título 37, libro 8 del Código. Pero esto equivaldría a prohibir la venta de todo crédito o derecho: según Pothier, número 383, capítulo 4, parte 6, basta que se tema pleito, aunque no haya comenzado; esto como se ve, es muy vago. Séase de ello, por Derecho Romano, lo que se quiera, nuestro artículo se limita a lo ya litigioso, y define cuándo haya de tenerse por tal.» GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852., pp. 435-437.

norma a ojos del legislador romano. De esta forma, los artículos del vigente Código Civil que recogen el retracto anastasiano, exactamente como se halla en los artículos 1699 a 1701 del Código Civil francés, serían el 1535 y el 1536¹². Ahí es en donde se concreta el supuesto de aplicación del retracto al crédito litigioso, como en el Código Civil de Francia y como en el Proyecto de Código Civil de 1851. Cabe adelantar y resaltar que se conservan las tres excepciones de la original *lex Anastasiana*.

De lo anterior cabe concluir que la *lex Anastasiana* ha sido recibida, curiosamente, en una forma opuesta desde el punto de vista procesal. En los códigos civiles francés y español se limita la aplicabilidad del retracto crediticio a las cesiones de créditos litigiosos. Dicho lo cual, el precepto anastasiano concuerda en lo que se refiere a las excepciones de la disposición, lo cual indefectiblemente nos remite a la idea de que se sigue persiguiendo la especulación crediticia, puesto que esa es la razón de ser de las excepciones.

La limitación a los créditos litigiosos, en cualquier caso, se justifica por el impacto económico que se le atribuye a la norma, aunque se mantiene que la repercusión no es suficiente como para prescindir de la norma. Este será un aspecto recurrente, como se verá atendiendo a la jurisprudencia. A mayor abundamiento, y sobre la base de la peculiaridad foral navarra, la recepción íntegra de la original disposición romana abre alternativas. Más allá de que se valoren atendiendo nuevamente más adelante a la jurisprudencia, se presenta la peculiaridad del encaje de la Ley 511 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (FNN)¹³ dentro del procedimiento judicial que se seguirá en los supuestos que se juzguen en dicho territorio. Cabe adelantar en todo caso que, nuevamente por motivos económicos, se procura aplicar la misma doctrina en todo el territorio español, con lo que la norma navarra quedará relativamente marginada en algunos supuestos.

El segundo punto es el que relaciona normativa contemporánea con la legislación justiniana de veto a los *potentiores* en pleitos y reclamaciones de

¹² Artículo 1535 Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago.

Artículo 1536. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior la cesión o ventas hechas: 1.º A un coheredero o condueño del derecho cedido. 2.º A un acreedor en pago de su crédito. 3.º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda.

¹³ Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (FNN), «Ley 511: Cesión de créditos. El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito.».

créditos ajenos. Aspecto que por otra parte se puede relacionar directamente a través de las valoraciones de García Goyena con la *lex Anastasiana*, porque a la hora de explicar la minoración de la aplicabilidad a lo litigioso, justifica la solución añadiendo que existe otro artículo para que evitar determinadas personas en circunstancias concretas puedan adquirir créditos litigiosos.¹⁴

Se trata de normativa vigente tanto en el Código Civil francés¹⁵ como español¹⁶. Países en los que el vínculo en este aspecto se corresponde también en este punto. Por otra parte, no resulta una cuestión hueca, puesto que otros países europeos cercanos tienen artículos equivalentes a estos relativos a limitaciones personales para adquirir créditos, pero carecen de un retracto crediticio en forma alguna.

Este es el caso tanto de Portugal como de Italia. Pero la relación con la *lex Anastasiana* es mayor en el caso italiano¹⁷ si se observa que, dentro de las limitaciones a la adquisición de créditos litigiosos, se añaden las tres excepciones de la disposición original romana. Este aspecto es compartido con el

¹⁴ «La Comisión lo estimó así, y rechazó la indicada prohibición, Téngase presente que a los comprendidos en el número 5, hasta el fin del artículo 1381 les está prohibido absolutamente comprar estos derechos». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852., pp. 435-437.

¹⁵ Artículo 1597: «Los jueces y magistrados, sus suplentes, los fiscales, los secretarios judiciales, *huissiers, avocats, notaires* y defensores oficiales, no podrán devenir cesionarios como consecuencia de los procesos y de las acciones litigiosas que fueran competencia del tribunal en la jurisdicción del cual ejercieran sus funciones, bajo pena de nulidad, ni de los gastos, daños e intereses a ellos referidos».

«Article 1597 Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, *huissiers, avocats, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts*».

¹⁶ Artículo 1459: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 1.º Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección. 2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados. 3.º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo. 4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados. Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta. 5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión. Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean. La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio».

¹⁷ «Articolo 1261: *Divieti di cessione. I magistrati dell'ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni. La disposizione del comma precedente non si applica alle cessioni di azioni ereditarie tra coeredi, né a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario.*»

Código Civil español ya que el artículo correspondiente¹⁸ repite las excepciones del artículo 1536 en el párrafo que sigue al punto quinto.

El caso de Portugal¹⁹ no presenta la semejanza en lo que a las excepciones se refiere, pero sí que incluye, como el artículo 1535 del Código Civil español, la definición de lo que se tiene por derecho litigioso. Esto a su vez lleva a llamar la atención sobre el hecho de que el único ordenamiento que utiliza la expresión crédito litigioso, y no derecho litigioso, es el Código Civil español.

Por lo tanto, hallamos que se recepciona (y vía García Goyena se relaciona expresamente²⁰) la *lex Anastasiana*, la legislación relativa a los créditos litigiosos, y la equivalente a la de los *potentiores*, centrada ahora en los individuos que tienen un cargo o una relación directa con el procedimiento, pero visto desde el punto de vista de la administración de justicia, no tanto de una referencia, a nuestros ojos, relativamente inconcreta como la de los *potentiores*.

V. JURISPRUDENCIA

Por último, y previo a las conclusiones, procede traer a colación la argumentación que da cuenta del lugar que hoy en día ocupa el retracto crediticio en los ordenamientos civiles. La circunstancia más destacada, cabe adelantar, será el que este mecanismo no será aplicable cuando un banco sea parte del contrato del que el pleito traiga causa, supuesto que económicamente sería claramente el de mayor impacto de regularse de distinta manera. De esta for-

¹⁸ «Artículo 1459: (...) Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.»

¹⁹ «Artigo 579: (Proibição da cessão de direitos litigiosos)1. A cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares da justiça que tenham intervenção no respectivo processo.2. Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido.3. Diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado.»

²⁰ «Está tomada la primera parte de las leyes 22, 23 y 24, título 35; libro 4 del Código, cuyo objeto fue cortar los pleitos y refrenar la codicia o malignidad de los que con la compra o cesión de derechos litigiosos, se proponían enriquecerse a expensas de otro, o atormentarle: por esto Justiniano en la ley 23, dice de la anterior dada por el Emperador Anastasio que es *tam humanitatis, quam benevolentiae plena*; pero dichas leyes eran más absolutas, y a mi entender más sabias, pues prohibían que el comprador pudiera exigir del deudor más que el precio dado y sus intereses. La Comisión lo estimó así, y rechazó la indicada prohibición, Téngase presente que a los comprendidos en el número 5, hasta el fin del artículo 1381 les está prohibido absolutamente comprar estos derechos». F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852., pp. 435-437.

ma se evita, se entiende, el perjuicio económico que sufrirían las operaciones de compraventa masivas de créditos. En cualquier caso, procede concretar más y mejor.

En el caso español, y basándome por su utilidad en la jurisprudencia navarra, destaca el que la resolución de conflictos se realiza atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En primer lugar, plantea un problema por cuanto el Tribunal Supremo resuelve atendiendo al Código Civil, cuando en Navarra, en lo civil, se debería resolver atendiendo al Fuero Navarro y supletoriamente (cuando se trate de instituciones derivadas del derecho romano) por el propio derecho romano. En cualquier caso, como ya se ha dicho, existen justificaciones de índole económico que provocan que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea aplicada en Navarra en esta cuestión, argumentación que cabe resumir en este extracto del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (nº 220/2018 de 11 de octubre de 2018) que, cabe destacar, es el fragmento utilizado sistemáticamente desde la publicación de la original Sentencia a que hace referencia en 1987. Así, el Auto establece que:

«La doctrina científica, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo, al amparo del art. 2, en relación con los arts. 175, 177, 199 y 212 CCom, entienden que los préstamos bancarios tienen carácter mercantil sin excepciones, aún cuando se hagan a favor de personas ajenas al comercio que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles, atendida la especial consideración que tienen las entidades de crédito, sujetas a una estrecha regulación administrativa, «cuyo designio esencial, consiste en asegurar la confianza en ellas», lo que sin duda es «factor imprescindible» para su buena marcha [STC 10 febrero 1992 (RTC 1992, 14)]. (...) Y la cesión de créditos mercantiles está regulada en los artículos 347 y 348 CCom, preceptos éstos que no contemplan, como hace la Ley 511 FN en supuestos de cesión de créditos a «título oneroso», la facultad del deudor de liberarse «abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito». Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero de 1987, antes citada, un autorizado sector de la doctrina entiende que, respecto de una disciplina uniforme, como es el Derecho mercantil, resultaría perturbador admitir particularidades que afectarían inevitablemente a las «bases de las obligaciones contractuales», apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado, por lo que no cabe aplicar la Ley 511 FN.»

Lo anterior se resume en la idea de que, si un banco es parte de un contrato, la controversia judicial que del mismo pueda derivarse será entendida

como derivada de un contrato bancario. A los contratos bancarios se les aplica la legislación mercantil, esto es, el Código de Comercio. Siendo lo anterior así, el retracto crediticio de la Ley 511 FNN o el artículo 1535 del Código Civil devienen inaplicables cuando una de las partes sea un banco. Lo cual nos conduce a la primera conclusión de que el campo de aplicación de la *lex Anastasiana* se ha visto enormemente reducida.

Esta cuestión tiene su relevancia por una diferencia esencial si se compara la Antigüedad Tardía y la actualidad. Es cierto que en época antigua la disposición estaría pensada para actores privados, para individuos. Pero es igualmente cierto que no existía, ni de forma similar, un ordenamiento jurídico que contemplase la participación de los bancos en el tráfico jurídico en cuanto personas jurídicas con facultades propias de personas físicas. En el mismo sentido, en la primera mitad del siglo VI todo apunta a que los bancos (o banqueros) no prestaban dinero, con lo que, irónicamente, cabe defender que la conservación de la legislación sin alteración ha provocado (por los cambios económicos) un cambio sobrevenido en la aplicabilidad de la disposición.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Existe y pervive gran parte de la legislación mencionada en el presente artículo, y en muchos casos de una forma muy respetuosa con la filosofía original. Ocurre que, en el caso de la *lex Anastasiana*, variaciones en las prácticas económicas han provocado su orillamiento. No deja de ser curioso que el tecnicismo de la *lex* haya provocado, en un primer momento, un interés en mantener la disposición, pero al mismo tiempo, ese mismo tecnicismo ha provocado que su aplicabilidad haya estado sujeta a cuestiones que escapan a lo puramente jurídico.

No deja de ser procedente recordar que la época del emperador Anastasio fue la de mayor crecimiento económico de la historia del Imperio Romano de Oriente, y de hecho, con bastante margen. Este no es un dato en sí mismo definitivo, pero como mínimo apunta que en determinadas circunstancias la *lex Anastasiana* no supone un perjuicio para la economía, sino acaso todo lo contrario.

Lo que tampoco presentaría demasiadas dudas sería, igualmente, el hecho de que el bien jurídico protegido habría sido alterado: de la prioritaria preocupación por los abusos relacionados con la especulación crediticia, se ha pasado a la preocupación para con el mercado crediticio. Esto es, se ha completado el recorrido, sin alterar la legislación, desde la protección del deudor a la protección del crédito.

**A DOAÇÃO NO *IUS ROMANUM* E NO *IUS COMMUNE*
(BREVE REFERÊNCIA A ALGUNS DIREITOS EUROPEUS
E AO DIREITO BRASILEIRO)**

*Law of gifts in Ius romanum and in European Ius commune.
(A brief reference to laws in some european countries and to brazilian law)*

ANTONIO DOS SANTOS JUSTO
Universidade de Coimbra e Universidade Lusíada–Norte

Resumo: A doação, figura jurídica do direito romano está presente em diversos Países europeus. Estudámos a sua evolução e as marcas romanas que persistem nos Códigos Civis português, espanhol, italiano, francês, alemão e brasileiro. Há, no entanto, figuras específicas cujos regimes jurídicos se afastam: v.g., a doação entre marido mulher que também mereceu a nossa atenção.

Palavras-chave: Doação, *causa donationis*, *animus donationis*, efeito real, efeito obrigacional, doação entre marido e emilher, doação *mortis causa*, condição modal, doação para casamento, reversão, direitos português, espanhol, italiano, francês, alemão, brasileiro.

Abstract: An integral and primordial part of the European *jus commune*, Roman law is represented in the systems of several European countries. Therefore, we begin with Roman law to understand its influence on the Portuguese, Spanish, Italian, French, German and Brazilian Civil Codes. We highlight its doctrinal development and some examples such as gifts between husband and wife, on which today's legal systems have taken different positions.

Keywords: Gifts, *causa donationis*, *animus donationis*, free contract, obligational effects, gifts between spouses, *donatio mortis causa*, conditional gifts, gifts in contemplation of marriage, reversion, Portuguese law, Spanish law, Italian law, French law, German law, Brazilian.

SUMARIO: I.–Antelóquio. II.–Adoção no Direito romano. II.1.–Evolução dogmática. II.2.–Regime jurídico. II.2.1.–Revogação. II.2.2.–Reversão. II.2.3.–Doação entre cônjuges. II.2.4.–Doação *mortis causa*. II.2.5.–Doação modal. II.2.6.–Doação entre pai e filho. II.2.7.–Doação *propter nuptias*. III.–O direito comum nos nossos dias especial referência a alguns direitos. III.1.–A doação no direito português. III.1.1.–Caraterização. III.1.2.–Doação *mortis causa*. III.1.3.–Doação para casamento. III.1.4.–Doação entre casados. III.1.5.–Reversão. III.1.6.–Doação modal. III.1.7.–Revogação. III.2.–A doação noutros direitos europeus. III.2.1.–Direito espanhol. III.2.2.–Direito italiano III.2.3.–Direito francês. III.2.4.–Direito alemão. III.2.5.–Direito Brasileiro. IV.–Conclusão.

I. ANTELÓQUIO

Embora persistam dúvidas sobre o conceito, carateres e elementos constitutivos do direito comum¹, não se discute a influência decisiva que, na sua afirmação, teve a Escola dos Comentadores que, bem sabemos, o consolidou como sistema de fundo romano e canónico que se superiorizou ao direito português nos séculos XII e XIII e, a partir daí, foi utilizado como direito subsidiário por efeito das nossas sucessivas Ordenações². O que, dada a existência abundante de lacunas, foi aplicado com muita frequência nos nossos tribunais, sobretudo superiores³ e, não raras vezes, até como direito principal prioritário ao direito pátrio⁴ reconhecidamente imperfeito e insuficiente, caraterísticas a que não era alheio o ensino universitário que privilegiava o estudo do direito romano e do direito canónico⁵.

Por virtude da sua aplicação nos nossos tribunais (superiores) quer como direito principal quer como direito subsidiário, os dois direitos – romano e canónico – tornavam-se portuguesas, alimentando a linfa do direito português com novas soluções e dando-lhe a perfeição científica que, já referimos, remonta à Escola de Bártolo, sem esquecer a anterior Escola de Irnério.

Simplemente, este fenómeno não é exclusivamente português. Observa-se em diversos países da Europa regidos igualmente por direitos de base empírica que a penetração da ciência jurídica do *mos italicus* iria transformar com o rigor, a precisão e a autonomia normativa. Foi decisivo o contributo dos es-

¹ Vide esta controvérsia em DE ALMEIDA COSTA, M.J., *História do direito português*, 5.ª edição revista e atualizada com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 286⁽¹⁾.

² Vide DE ALMEIDA COSTA, M.J., *ibidem*, pp. 285-287, 342-343, 345 e 348-349.

³ Vide DE ALMEIDA COSTA, M.J., *ibidem*, p. 351.

⁴ Vide DE ALMEIDA COSTA, M.J., *ibidem*, p. 350.

⁵ Vide DE ALMEIDA COSTA, M.J., *ibidem*, p. 410.

tudantes oriundos de diversos países europeus que, formados nas Universidades italianas, difundiam, nos seus países, o renascido direito romano e o renovado direito canónico⁶. Movimento académico que progrediu com a formação de novas Universidades e outras Escolas do saber jurídico que se tornaram célebres pela *iuris scientia* que superiormente desenvolviam. Recordamos, como exemplos breves, a Escola Culta francesa, a Escola Racionalista do Direito Natural, na Holanda, Inglaterra e Alemanha e a corrente do *Usus Modernus Pandectarum*, na Alemanha⁷.

Em Espanha, é eloquente, neste sentido, José Antonio Escudero que, no seu *Curso de Historia del Derecho*⁸ começa por falar de duas fases diferenciadas: «*una primera, en la que predomina el fragmentarismo, la dispersión o la pluralidad normativa, con múltiples textos que rigen en diferentes ámbitos; y una segunda, caracterizada desde principios del siglo XIII por el creciente uniformismo fruto de la recepción del llamado «dereito común»*»⁹. Observa, depois, que o direito comum tem dois elementos fundamentais: o romano e o canónico, a que os Glosadores juntaram um terceiro elemento baseado em textos do direito feudal¹⁰. Prosseguindo, refere que «*los expertos en el ius commune ocuparon así cátedras universitarias, pero nutrieron además los tribunales de justicia y distintos organos de la administración bajomedieval, con lo que esse derecho más perfeccionado fue empapando la vida cotidiana en un proceso lento pero ininterrompido*»¹¹. E conclui, afirmando que «*la rara perfección del derecho de los comentaristas aparecía como modelo a la hora de redactar las leyes mismas*»¹².

Em Itália, a pátria do renascimento do direito romano e da renovação do direito canónico, ou seja, da ciência jurídica, observa Antonio Padoa Schioppa que «*il vasto patrimonio di dottrine elaborate dal Glossatori e dai Commentatori continuò ad alimentare con intensità ed efficacia sia il pensiero dei giuristi moderni che la prassi giudiziaria e forense*», pois «*una profonda cesura –l'única paragonabile per importanza a quella del secolo XII, contrassegnata dal'avvento della nuova scienza del diritto– si avrà in Europa solo alla*

⁶ Vide DE ALMEIDA COSTA, M.J., *História do direito português*, cit., pp. 254-256.

⁷ Vide SANTOS JUSTO, A., *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 37-39, 41-43 e 53-54.

⁸ Este livro, cuja 4.ª edição revista foi publicada em 2012 «*a la memoria de Don Alfonso García-Gallo*», tem por título *Curso de historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*.

⁹ Vide ESCUDERO, J. A., *ibidem*, p. 399.

¹⁰ Vide ESCUDERO, J. A., *ibidem*, p. 413.

¹¹ Vide ESCUDERO, J. A., *ibidem*, p. 418.

¹² Vide ESCUDERO, J. A., *ibidem*, p. 419.

*fine del Settecento, con le riforme illiministiche e con le prime moderne codificazioni che segnarono il definitivo tramonto del diritto comune»*¹³.

E, no Brasil, as portuguesas Ordenações Filipinas estiveram em vigor até ao início de vigência do primeiro Código Civil (de 1916) e, mesmo depois, tiveram influência decisiva neste Código e no atual de 2002. Poder-se-á falar, sem grave ofensa à verdade, num direito luso-brasileiro e observar que, em alguns institutos, o direito do Brasil é mais português do que o direito de Portugal¹⁴.

Porém, não nos cumpre desenvolver este tema, percorrendo caminhos da história do direito. Tão pouco nos ocuparemos do direito canónico, cuja influência no progresso do nosso direito não foi menos importante. A nossa via é a romanista e, por isso, partiremos do *ius romanum* para, depois, procurarmos mostrar a base romana da doação. Nas palavras de Mário Talamanca, «*la scienza giuridica romana ha condizionato il renascimento degli studi giuridici nella Bologna della fine del sec. X e, irradiandosi di colà in ogni direzione, ha creato la cultura giuridica europea, com uno sviluppo senza soluzioni di continuità fino ai nostri giorni*»¹⁵. Cultura europeia que naturalmente também é francesa e alemã.

Para não cairmos no *mare magnum* do direito civil dos diversos países Europeus, donde dificilmente sairíamos, optamos por centrar a nossa intervenção na *donatio* cuja presença em alguns Países –destacamos Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha, a que juntamos o Brasil– assinala a influência do direito romano e a sua dimensão de verdadeiro direito comum europeu (e brasileiro).

Pelos mesmos motivos, limitar-nos-emos à análise de alguns aspetos particularmente importantes da doação.

II. ADOAÇÃO NO DIREITO ROMANO

II.1 Evolução dogmática

Num estudo que marcou o início da nossa intervenção de romanista¹⁶, escrevemos que a doação começou por ser, no direito romano, a causa dum

¹³ Vide PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa*, 2.^a ed., Il Mulino, Bolonha, 2007, p. 241.

¹⁴ É paradigmático o efeito obrigacional da compra e venda e da doação que, em Portugal, produzem efeito real.

¹⁵ Transcrevemos TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milão, 1990, p. 4.

¹⁶ Vide SANTOS JUSTO, A., «*Donatio et animus donandi*» separata do número especial do BFD – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, 1983. Vide, também,

negócio jurídico, aliás irrelevante nesses tempos primitivos em que a vontade apenas surgia como mecanismo acionador de negócios cuja sorte e efeitos logo abandonava ao sentido objetivamente aprisionado na solenidade das palavras sacrais¹⁷. Era, portanto, inútil referir o *animus*, a *mens* ou a *voluntas* que, reconhecida como *causa*, permitisse individualizar e objetivar um sentido, uma finalidade. Ou seja, não importava que a transferência da propriedade fosse determinada pelo *animus donationis*: só interessava o ato que a realizava, fosse a *mancipatio*, a *in iure cessio* ou a *traditio*. De resto, nesses tempos mais afastados, as dificuldades não existiam porque, na apreciação de Riccobono, as pessoas raramente doavam¹⁸.

A escassez de doações justificava que não houvesse restrições à sua prática, embora de quando em vez surgissem, como a proibição de oferendas aos ricos, exceto de velas de cera. Assim ocorreu cerca do ano 204 a. C., quando foi promulgada uma *lex Publicia* que procurou combater a avareza de alguns patronos que, por ocasião das Saturnais, exigiam dos seus clientes, a título de presentes, verdadeiras doações.

Porém, a aristocracia romana continuou a aproveitar outros acontecimentos para extorquir doações, a pretexto do menor serviço prestado a um plebeu. Daí que, ainda no ano 204 a. C., para resgatar os antigos costumes e permitir a necessária reflexão, um plebiscito conhecido por *lex Cincia*, tenha proibido as liberalidades acima de certo valor –cujo montante se desconhece–, exceto entre familiares próximos, ou seja, a pessoas cujas ligações de ordem moral e social ao disponente excluíssem que a sua vontade se determinasse por coação. A proibição atingia os parentes, agnados ou consanguíneos, até ao 5.º grau; os indivíduos *in potestate manu mancipiove* do disponente; o enteado e a enteada, a madrasta e o padrasto; o sogro e a sogra; o genro e a nora; o marido e a mulher; o noivo e a noiva; e o tutor.

Todavia, a *lex Cincia* não declarava nula a liberalidade que a contrariasse; por isso, a defesa do disponente (doador) era assegurada pelo pretor contra a pretensão do beneficiário (donatário) na seguinte situação: se a propriedade duma *res mancipi* doada já tivesse sido transferida (através de *mancipatio* ou *in iure cessio*), mas ainda não a posse, a ação de reivindicação do donatário, já tornado proprietário, seria paralisada com a *exceptio legis Cinciae*. Assim, os

Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações) em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 333-347.

¹⁷ Vide SANTOS JUSTO, A., *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro* em *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congresso Internacional y VIII ibero-americano de derecho romano*, Fortaleza (Brasil), 2002, pp. 59-93.

¹⁸ Vide RICCOBONO, S., *apud* A. SANTOS JUSTO, *Donatio et animus donandi*, cit., p. 75.

jurisconsultos romanos consideravam *perfecta a donatio* em que a propriedade e a posse da *res* doada tinham sido transferidas para o donatário, ou seja, a doação estava consumada.

Entretanto, porque a doação era uma liberalidade e nem todas as liberalidades tinham sido proibidas, a dogmática preocupou-se com a individualização da doação. Deparamos aqui com a primeira dificuldade que as fontes consentem. Partindo de textos que proíbem o enriquecimento-empobrecimento (*locupletatio-depauperatio*) entre cônjuges, Savigny caracterizou a doação como o enriquecimento do donatário à custa do correlativo empobrecimento do doador e, em consequência, recusou que houvesse doação quando o donatário se enriquecesse sem o doador se empobrecer. Seria o caso da renúncia dum herança por parte do marido à sua mulher, que Iuliano (D.24,1,5,13) considera válida porque esta se enriquece sem aquele se empobrecer.

Que comentário suscita esta posição? Não existe nas fontes um princípio comum orientador: há textos (D.39,5,1 pr., 1 y 5-6) que só referem o enriquecimento do donatário; noutros (D.29,5,18,3; D.39,5,19,4; D.39,5,23 pr.), está subjacente a relação de enriquecimento (do donatário) – empobrecimento (do doador); e outros (D.39,5,9 pr.; D.39,5,1; D.39,5,32) fundam a doação na ideia de enriquecimento do donatário, sem transparecer, com a mesma clareza, o correlativo empobrecimento do doador.

Com o devido respeito que Savigny nos merece – e é naturalmente muito grande – parece-nos que é mais correta a ideia de que a *causa donationis*, que constituiu o elemento objetivo das doações, traduzia-se no enriquecimento (*locupletatio*) do donatário sem envolver necessariamente o empobrecimento (*depauperatio*) do doador. Além de o próprio Iulianus (no fragmento assinalado: D.24,1,5,13) referir que a doação é válida (*donationem valere*), iremos ao encontro da *lex Cincia* que proibiu as doações não por se traduzirem num enriquecimento do donatário à custa do correspondente empobrecimento do doador, mas apenas porque consistiam em liberalidades superiores a um limite que se ignora, excetuando as pessoas que referimos. Numa palavra, o elemento enriquecimento-empobrecimento é essencial nas doações entre marido e mulher, mas não nas restantes doações em que bastava o enriquecimento do donatário.

No entanto, para a individualização da doação não bastava o elemento objetivo (a *causa donationis*). Importa não ignorar que a *donatio* não era qualquer atribuição patrimonial gratuita e, por isso, foi necessário introduzir um elemento subjetivo (o *animus donandi*) no qual a vontade desempenha uma função muito importante, saindo das trevas em que, durante muitos anos, se

encontrava sepultada¹⁹. Doravante, há, na doação, dois elementos: um objetivo (a *causa donationis*); e outro subjetivo (o *animus donationis*)²⁰. Deste modo, tornou-se possível distinguir a doação do precário²¹, do comodato, do mútuo sem juros, do mandato e do depósito²².

Mas não chegava: eram necessários outros elementos, como a espontaneidade e a patrimonialidade. Aquele é referido por PAPINIANO ao afirmar que «*considera-se que se doa o que nenhum direito obriga a conceder*»²³. E a presença da patrimonialidade implica que não fossem doações negócios destinados a assegurar uma simples vantagem (v.g., o precário, o comodato, o mútuo gratuito e o depósito) por não haver concessão de direitos a quem recebe: são negócios que criam direitos a quem faz as prestações, não a quem as recebe. POMPÓNIO refere, a propósito do pagamento antecipado de um débito, que o devedor «*pode pagá-lo sem medo de doação, ainda que, tendo retido o dinheiro, tivesse podido experimentar a utilidade do tempo*»²⁴.

Se, na época clássica, a doação foi considerada *causa* de variados atos, caídas as clássicas *mancipatio* e *in iure cessio* e tornando-se a *traditio* o modo geral de transferência da propriedade, perdeu sentido o conceito de *donatio perfecta* que a *traditio* assegurava ou, no mínimo, tornou-se ambíguo. Daí que Constantino, que aboliu a *lex Cincia*²⁵, tenha criado uma forma particular para a doação em conformidade com os usos do Oriente. E, em consequência, a doação deixou de ser causa de vários atos, para se tornar um negócio típico com regime jurídico próprio. Fala-se, doravante, de bilateralidade e da necessidade de o donatário aceitar a doação. Todavia, a doação não deixou também de poder manifestar-se em atos atípicos nos quais a unilateralidade não está excluída: v.g., não deixa de ser doação a plantação gratuita e voluntária em solo alheio. É da estrutura do ato que depende a sua qualificação de bilateral ou unilateral²⁶.

Outra inovação está relacionada com o afastamento do conceito *perfecta* dado à doação nos tempos subsequentes à *lex Cincia* se a posse da *res* doada

¹⁹ Vide SANTOS JUSTO, A., «*Donatio et animus donandi*», cit., pp. 36-38; e *supra*, nota 17.

²⁰ Falam de *animus donandi*: Juliano (D.39,5,1pr.-1; D.39,5,2pr.-2; D.39,5,2,6-7), Ulpiano (D.39,5,6; -39,5,13; D.39,5,18,1 y D.39,5,19,3), Modestino (D.39,5,23,1), Papiniano (D.39,5,31,1); Escévola (D.39,5,32), Hermogeniano (D.39,5,33,2,3) e Paulo (D.39,5,10; D.39,5,34pr.).

²¹ Cf. D.43,26,1.

²² Vide SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, pp. 29-35.

²³ D.39,5,29pr.: *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*.

²⁴ D.24,1,31,6: ... *praesens solvere potest, quamvis commodum temporis retenta pecunia potuerit*.

Vide SANTOS JUSTO, A., *Donatio ei animus donandi*», cit., pp. 39-40.

²⁵ Cf. C. 8,53,25-27; C.Th. 8,12,1; FV. 249.

²⁶ Vide SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., p. 336.

tivesse sido transferida para o donatário. Agora, considera-se *perfecta* e, portanto, irrevogável, a doação feita em documento escrito seguida da *traditio* da coisa doada perante vizinhos e do depósito do *scriptum* nos serviços competentes (*apud acta*)²⁷. Ou seja, seguindo a dogmática moderna, estaremos perante um contrato real *quoad constitutionem*²⁸.

Simplemente, a evolução não para²⁹ e, na época de Justiniano, a *traditio* deixou de ser ato necessário à perfeição da doação para se tornar simples ato executivo dum negócio jurídico chamado *donatio*³⁰. Esta desformalização foi completada com a dispensa da forma escrita e da *insinuatio apud acta* nas doações que: 1) não excedessem o valor de 500 sólidos³¹; 2) fossem feitas ao imperador; 3) o seu escopo consistisse na reconstrução de edifício destruído por incêndio; 4) se destinassem ao resgate de prisioneiro, a causas piíssimas, à constituição de dote, etc. Entretanto, alargou-se o campo das doações com a possibilidade de: a) se doarem créditos³²; b) se prestar fiança (*fideiussio*) a uma dívida, embora a doação só ocorresse no momento em que o fiador a pagasse³³; c) pagamento de dívida alheia³⁴; d) concessão de dote³⁵; e) edificação em solo alheio³⁶; etc. Segundo a dogmática moderna, a redução da *traditio* a simples ato de execução permite ver na doação justinianeia um contrato real *quoad effectum*.

Exposta a evolução da *donatio* de simples causa de atos jurídicos a negócio jurídico com a individualidade própria, sem afastar a possibilidade de ser igualmente *causa* de outros atos, materiais e jurídicos, impõe-se um breve excursão ao seu regime jurídico. A doutrina³⁷ observa, a propósito, que a doação pode revestir três espécies: real (quando transfere a propriedade ou constitui outro direito real); obrigacional (se se traduz na assunção de uma obrigação); e liberatória (se extingue um direito de crédito do donatário).

²⁷ Vide SANTOS JUSTO, A., «*Donatio et animus donandi*», cit., pp. 47-48; e *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., p. 336.

²⁸ Vide DA MOTA PINTO, C.A., *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 397.

²⁹ Recordemos que, como bem assinala SAVIGNY, o direito é um fenómeno cultural e a cultura evolui, tem história; logo, o direito também é dinâmico.

³⁰ Vide SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., p. 336.

³¹ Cf. C.8,53,36,6. O anterior limite era de 300 sólidos: C.8,53,34.

³² Vide SANTOS JUSTO, A., «*Donatio et animus donandi*», pp. 48-49.

³³ Cf. D.34,3,5pr.; D.14,6,9,3. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 57-63.

³⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, pp. 63-67.

³⁵ Cf. D.12,4,9pr. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 67-81.

³⁶ Vide SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, pp. 81-84.

³⁷ Vide SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 336-337.

II.2 Regime jurídico

II.2.1 REVOGAÇÃO

Por efeito da *lex Cincia* eram irrevogáveis as doações: 1) que não ultrapassassem determinado valor; 2) as feitas entre parentes ligadas por relação de parentesco; 3) consideradas *perfectae* (as doações definitivamente cumpridas com a entrega da coisa doada ao donatário). As *imperfectae* (falta de entrega) eram válidas *iure civili*, mas o pretor paralisava a pretensão do donatário com a *exceptio legis Cinciae* a favor do doador. Esta *exceptio* cessava com a morte do doador: «a lei Cíncia é removida pela morte»³⁸.

Quiçá já na época clássica, mas inequivocamente nos tempos pós-clássicos, foram consagrados alguns casos de revogação das doações, mesmo que o seu formalismo tivesse sido observado. Destacamos: a) a ingratidão do donatário para com o doador que se traduzisse em injúrias graves ou atentado à sua vida. Esta revogação começou por ser admitida nas doações entre *pater* e *filius*³⁹ e foi depois estendida por Justiniano a qualquer doação⁴⁰. A correspondente *actio* tem natureza pessoal e, por isso, não se transmite aos herdeiros do doador; b) a superveniência de filhos do doador, tratando-se de doação do patrono ao liberto⁴¹; c) o incumprimento dos ónus assumidos pelo donatário⁴².

II.2.2 REVERSÃO

Por virtude de um *pactum fiduciae* inserido na *mancipatio* ou na *stipulatio*, o doador podia reservar a faculdade de recuperar a coisa doada (reversibilidade) se ocorressem determinadas circunstâncias, entre as quais o pré-falecimento do donatário⁴³. Estas disposições tinham, no tempo de Diocleciano, somente efeitos obrigacionais, por efeito do princípio segundo o qual a propriedade não se pode transferir só até determinado momento⁴⁴.

Apenas numa hipótese a coisa doada regressava *ex lege* ao doador: sucedia com o dote constituído pelo *pater* à sua filha. Morta esta, o genro devia

³⁸ Cf. FV. 259.

³⁹ Cf. FV. 248.

⁴⁰ Cf. C.8,55(56),10.

⁴¹ Cf. C.8,55(56),8.

⁴² Cf. C.8,55(56),10.

⁴³ Cf. C.8,55(54),2.

⁴⁴ Cf. FV. 283.

restituí-lo ao sogro «*para que, perdida a filha, lhe servisse como que de consolo e não sofresse o desgosto de ter perdido a filha e o dinheiro*»⁴⁵.

Juntam-se a revogação por fraude aos credores e a rescisão por lesão da legítima. Nesta hipótese, a doação não era totalmente revogada, mas apenas no suficiente para a reconstituição da *quarta*⁴⁶.

II.2.3 DOAÇÕES ENTRE CÔNJUGES

A proibição das doações entre cônjuges é posterior à *lex Cincia* e remonta aos costumes, como refere Ulpiano: «Está admitido entre nós pelo costume que não sejam válidas as doações entre marido e mulher»⁴⁷. No entanto, a opinião dominante entende que terá sido acolhida ou sancionada pela *lex Iulia et Papia Poppaea* de Augusto, na parte denominada *lex decimaria* que limitava a sucessão entre cônjuges. Haja em vista que esta proibição se enquadra no espírito desta *lex*: *completa e reforça as duas disposições*⁴⁸; e também não devemos ignorar que, por vezes, as leis acolhiam os costumes, reforçando a obrigatoriedade das suas determinações⁴⁹.

Os motivos que se invocaram para justificar esta proibição são diversos. Segundo Ulpiano, foi admitida «*para que os cônjuges não se espoliassem por mútuo amor*»⁵⁰. Parece, no entanto, uma explicação insuficiente pois, se assim fosse, teriam sido proibidas também as doações entre parentes e entre amigos⁵¹. Na opinião de Paulo, a razão desta proibição terá sido «*o empenho na educação dos filhos*»⁵², justificação que tão pouco parece aceitável; se assim fosse, as doações levariam os cônjuges a descuidar a educação dos filhos⁵³. Finalmente, para Sexto Cecílio, esta proibição destinou-se a combater a frequente dissolução dos matrimónios por iniciativa de um dos cônjuges se o outro recusasse doar-lhe, circunstância que tornaria os matrimónios venais⁵⁴.

⁴⁵ D.23,3,6pr.: «... *ut filia amissa solatii loco cedere (...) ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*».

⁴⁶ Cf. C.3,29,5 y 7-8. Vide SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., pp. 325 e 340.

⁴⁷ D.24,1,1: «*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*».

⁴⁸ Vide SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., pp. 325 e 340. pp. 340-341.

⁴⁹ A própria Lei das XII Tábuas terá convertido o *ius consuetudinarium* num *ius legitimum*. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução*. Fontes, 4.^a edição, Coimbra 1984, p. 184.

⁵⁰ D. 24,1,1: «... *ne mutuato amore invicem spoliarentur*».

⁵¹ Vide SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, p. 341.

⁵² D. 24,1,2: «*Nec esset iis studium liberos potius educendi*».

⁵³ Vide SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, p. 341, que cita a opinião de BIONDI.

⁵⁴ D. 24,1,2: «... *saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalia essent matrimonia*».

Seja qual for a explicação, a doação só é proibida se produzir efeito na constância do matrimónio; por isso, proíbe-se a doação que, embora feita antes, deva ser cumprida durante o matrimónio; e, inversamente, é válida a doação quando, apesar de feita durante o matrimónio, só deva ser cumprida depois da sua dissolução⁵⁵.

A proibição produz a nulidade da doação com todas as suas consequências: a propriedade não se pode transmitir e o dador, que conserva a propriedade, pode recorrer à *reivindicativo*; se o doador já cumpriu, pode repetir como pagamento indevido; e, tratando-se de doação liberatória, pode exigir a prestação que realizou.

Uma atenuação importante a esta proibição foi introduzida por um senatusconsulto do ano 206, proposto por Septímio Severo e Antonino Caracala⁵⁶. Considerando que é «*durum et avarum*»⁵⁷ os herdeiros invocarem a nulidade da doação que o doador não chegou a invocar, admite-se que a doação se convalida quando este morre sem a ter pedido. E, para provar que o doador não invocou a nulidade, esperando que a sua morte a convalide, basta que não pratique nenhum ato incompatível.

II.2.4 DOAÇÃO MORTIS CAUSA

Estas doações, que só produziam efeitos depois da morte do doador, eram feitas para a hipótese de este falecer antes do donatário: refere-se que o doador pensou na sua morte (*sola cogitacione mortalitatis*) ou no perigo iminente (doença grave, viagem perigosa, guerra, etc.)⁵⁸ em que viria a encontrar-se. Nesta hipótese, a doação perdia a sua eficácia se o doador sobrevivesse ao risco.

Estamos perante uma figura problemática que participa simultaneamente da natureza dos atos jurídicos *inter vivos* e *mortis causa*. Relacionada com aqueles estão a sua estrutura exterior (realiza-se através de *stipulatio*, *mancipatio*, *acceptilatio*, etc.) e o elemento convencional. Ligado aos atos *mortis causa* encontra-se o conteúdo da *stipulatio* ou do pacto que se junta à *mancipatio* ou à *acceptilatio* que atribuem a coisa doada ao donatário quando o doador morrer.

⁵⁵ Vide A SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, p. 341, que continua a seguir BIONDI e, agora, VOICI.

⁵⁶ Cf. D.24,1,32.

⁵⁷ Cf. D.24,1,32,2.

⁵⁸ Cf. D.39,6,2; D.39,6,31,2; D.39,6,35,4.

Não faltaram divergências entre os juristas clássicos: v.g., enquanto Marcelo via na *donatio mortis causa* um ato *inter vivos*⁵⁹, Marciano recusava⁶⁰. Justiniano procurou afastar esta controvérsia, atribuindo-lhe a natureza e o regime dos legados, mas deixou a questão em aberto porque a natureza convencional desta doação não se concilia com a unilateralidade das disposições *mortis causa*.

Seja como for, a sua importância foi grande, sobretudo porque permitia substituir o testamento. A aproximação destas doações aos legados levou a que Justiniano unificasse estas figuras⁶¹, embora a equiparação não fosse completa. O próprio Justiniano disse que «*tem lugar quase em tudo*»⁶²; e Teófilo observou que «*a donatio mortis causa é quase igual aos legados*»⁶³. Pode ser mais: v.g., diminuindo o património do doador no momento da sua morte, os herdeiros e legatários são preteridos pelo donatário⁶⁴.

II.2.5 DOAÇÃO MODAL

Nesta modalidade de doações, o doador impõe ao donatário o encargo (*modus*) de fazer algo a si ou a terceiro. Habitualmente, esta obrigação resultava de um *pactum fiduciae* (que acompanhava a *mancipatio*) ou de uma *stipulatio* em que o donatário prometia ao doador a restituição da coisa doada ou o pagamento de uma pena no caso de não cumprir o encargo.

O doador era tutelado pela *condictio causa data causa non secuta*, com base no princípio de que, nesta espécie de obrigações, há uma *datio ob causam*⁶⁵. E se o *modus* fosse estabelecido a favor de terceiro, este seria protegido com uma *actio utilis*⁶⁶.

E a doação podia ser revogada se o donatário não cumprisse o ónus que voluntariamente tinha aceite⁶⁷.

⁵⁹ Cf. D.39,6,13,1; D.39,6,35,4.

⁶⁰ Cf. D.39,6,42pr.

⁶¹ Cf. C.8,56,4; D.39,6,37pr.

⁶² Cf. I.2,6,1: «...*ut per omnia fere legatis connumeretur*».

⁶³ Cf. Par. 1,7,1.

⁶⁴ Cf. D.39,6,1pr.

⁶⁵ Cf. D.23,3,9pr.

⁶⁶ Cf. C.8(54)55,3,1.

⁶⁷ Cf. C.8,55(56),10.

II.2.6 DOAÇÃO DE PAI A FILHO

Os jurisconsultos romanos consideravam esta doação nula por não ser possível criar-se uma relação patrimonial entre *pater* e *filius in potestate*⁶⁸.

No entanto, não deixava de criar alguns efeitos: v.g., se o herdeiro ratificasse a doação ou o *pater* não retirasse o pecúlio ao filho donatário no ato da sua emancipação, este podia usucapir a coisa doada⁶⁹.

E, nos alvares da época pós-clássica, Valeriano e Galieno determinaram, no ano 260, a convalidação da doação se o *pater* morresse sem a ter revogado ou o filho donatário tivesse sido emancipado⁷⁰.

II.2.7 DOAÇÃO PROPTER NUPTIAS

Estamos perante um instituto obscuro sob os aspetos histórico e dogmático. A sua origem é incerta e o desenvolvimento não se mostra orgânico. Ter-se-á afirmado no Oriente, na época pós-clássica, por influência de vários fatores⁷¹.

Esta doação parece ligada ao costume universal de donativos entre noivos e, no Oriente, assumiu particular importância e desempenhou funções específicas que estão presentes na legislação que vai de Constantino a Justiniano: visava reforçar os esponsais, servia de apanágio à esposa no caso de ficar viúva; constituía uma penalização no caso de divórcio por culpa do marido; e compensava o dote⁷².

No direito justinianeu a *donatio propter nuptias* foi equiparada ao dote dado pelo marido à mulher⁷³.

Importa, no entanto, separar duas épocas: enquanto, na época clássica, esta doação só podia ser feita antes do matrimónio, porque, de contrário, incorria na proibição das doações entre cônjuges⁷⁴, Justiniano admitiu a possibilidade de ser aumentada durante o matrimónio⁷⁵; e, avançando mais, determinou que também podia ser feita na constância do matrimónio⁷⁶.

⁶⁸ Cf. FV. 294, D. 41,5,2,2; D.1,6,1,1. Vide SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 345-346.

⁶⁹ Cf. D.41,6,4; FV. 260; –294.

⁷⁰ Cf. D.41,6,4; FV. 194; –260.

⁷¹ Vide SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, pp. 346-347.

⁷² Vide SANTOS JUSTO, A., *ibidem*, p. 346.

⁷³ Cf. C. 5,3,20.

⁷⁴ Vide *supra*, 2.3.

⁷⁵ Cf. C. 5,3,19.

⁷⁶ Cf. C. 5,3,20.

Por isso, a expressão *ante nuptias* foi substituída por *propter nuptias*. E observa-se um abalo profundo na velha proibição das doações entre marido e mulher.

III. O DIREITO COMUM NOS NOSSOS DIAS ESPECIAL REFERÊNCIA A ALGUNS DIREITOS

III.1 A doação no direito português

III.1.1 CARATERIZAÇÃO

A partir da definição que o Código Civil português dá de doação —«contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito ou assume uma obrigação em benefício do outro contraente⁷⁷—, a doutrina⁷⁸ caracteriza-a como um contrato que realiza, a favor do donatário, uma atribuição patrimonial à custa da diminuição do património do doador, por espírito de liberalidade.

A atribuição patrimonial pode consistir na transferência de um direito real ou de crédito, na diminuição do passivo do donatário e na assunção de uma dívida e, por isso, fala-se de doação real, obrigacional e liberatória. Nada de novo se observa em relação ao direito romano.

A diminuição do património do doador exclui a prestação gratuita de serviços (v.g., o comodato, o mútuo sem juros) porque o enriquecimento da pessoa beneficiada não se faz à custa do património da outra. Voltamos a observar a presença do direito romano.

E o espírito de liberalidade, expresso pela locução *animus donandi*, traduz a ideia de generosidade ou espontaneidade que se opõe à necessidade ou cumprimento de um dever. Por isso, não existe doação no cumprimento de uma obrigação natural nem em atos de puro altruísmo (v.g., oferta de presentes em certas épocas do ano ou acontecimentos determinados) por derivarem do cumprimento de regras de trato social e, portanto, envolverem um *animus solvendi*⁷⁹. Estas ideias são igualmente romanas.

⁷⁷ Cf. art. 940.º, n.º 1.

⁷⁸ Vide SANTOS JUSTO, A., *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, Petrony, Lisboa, 2017, pp. 103-157 e os Autores aí citados.

⁷⁹ Sobre estas regras, Vide SANTOS JUSTO, A., *Introdução ao estudo do direito*, 9.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 28-30.

Já romana não parece, na nossa opinião, a consideração de que o enriquecimento do donatário se faz à custa do correlativo empobrecimento do doador. É certo que o nosso Código é coerente quando dispõe que não existe doação «*no repúdio de herança ou legado*»⁸⁰, porque o repudiante não empobrece o seu património, apenas não o aumenta. No entanto, a doutrina não deixa de reconhecer que existe doação quando a renúncia é feita a favor de algum ou alguns dos sucessíveis que seriam chamados na falta do «herdeiro» renunciante⁸¹. O direito romano afasta, segundo cremos, esta dualidade, se não perfilharmos a opinião de Savigny⁸². Haja em vista que a sua primigénia e secular natureza jurídica foi ser causa de diversos atos jurídicos e materiais, embora não devamos ignorar que, as mais das vezes, o enriquecimento do donatário era feito à custa do correlativo empobrecimento do doador; nem a existência de fontes que suportam a doutrina de Savigny⁸³.

Depois, considera-se que a doação pode ser real *quoad effectum* quer isolada, quer conjuntamente: a primeira hipótese ocorre quando transfere a propriedade (ou constitui outro direito real); a segunda, quando cria a obrigação de o doador entregar a coisa ao donatário tornado proprietário. E pode também ser um contrato puramente obrigacional, situação que ocorre quando o doador assume uma obrigação em proveito do donatário.

Haverá aqui alguma influência romana? Afastada a época clássica em que a doação era uma simples causa de atos jurídicos e materiais, recordemos que, na época pós-clássica, adquiriu individualidade e autonomia como negócio jurídico, dependendo a sua perfeição da entrega da coisa doada e, em regra, também de documento escrito e do seu depósito nos arquivos públicos. Portanto, sem a *traditio* não existia doação. Todavia, na época de Justiniano, esta deixou de ser elemento da sua perfeição e tornou-se ato de execução, ou seja, poder-se-á, porventura, afirmar que a doação passou a produzir efeitos reais: só por si transfere a propriedade da coisa doada ou constitui outro direito real. A ser assim, o atual direito civil português está próximo do direito romano justinianeu.

III.1.2 DOAÇÃO MORTIS CAUSA

O Código Civil português consagra algumas doações atípicas, como, *v.g.*, a que produz efeitos depois da morte do doador. É certo que, via de regra, a

⁸⁰ Cf. art. 940.º, n.º 2.

⁸¹ Cf. art. 2057.º, n.º 2.

⁸² *Vide supra*, n.º 1.1.

⁸³ Cf. D. 29,5,18,3; -39,5,19,4; -39,5,23pr. *Vide supra*, n.º II,1.

doação *mortis causa* é proibida⁸⁴ e, apontam-se, como *rationes*, a necessidade de evitar pressões sobre o doador e decisões precipitadas que, ao invés da livre revogação dos testamentos, não poderiam ser livremente revogadas por efeito da estabilidade dos contratos⁸⁵.

Todavia, a proibição está afastada em casos especialmente previstos na lei⁸⁶; e converte-a em disposição testamentária se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos⁸⁷.

Também aqui o direito romano está presente se não ignorarmos que Justiniano equiparou estas doações aos legados. Acresce que os motivos que, em Roma, levaram os jurisconsultos a construir esta figura permitem compreendê-la melhor nos nossos dias⁸⁸.

III.1.3 DOAÇÃO PARA CASAMENTO

A doação com vista ao casamento está prevista no Código Civil português que a define como a que «é feita a um dos esposados ou a ambos, em vista do seu casamento»⁸⁹. Trata-se, na opinião da doutrina, de liberalidades feitas a quem está para casar e «*destinam-se a facilitar e encorajar a realização de casamentos, contribuindo para a sustentabilidade económica da família*»⁹⁰.

Podem ser feitas por um dos esposados ao outro, pelos dois reciprocamente ou por terceiro⁹¹ e criar efeitos *inter vivos* e *mortis causa*. Aqueles são produzidos a partir da celebração do casamento, salvo disposição em contrário; estes, depois da morte do doador, sendo tais doações havidas como pactos sucessórios⁹².

As doações feitas entre esposados nem sequer podem ser revogadas por mútuo consentimento⁹³, pretendendo-se, deste modo, evitar que o doador, valendo-se do ascendente intelectual, moral ou físico sobre o donatário, o possa prejudicar revogando a doação. Por outro lado, porque tais doações só podem

⁸⁴ Cf. art. 946.º, n.º 1.

⁸⁵ Cf. art. 406.º, n.º 1.

⁸⁶ Cf. art. 946.º, n.º 1.

⁸⁷ Cf. art. 946.º, n.º 2.

⁸⁸ *Vide supra*, II, 2.4.

⁸⁹ Cf. art. 1753.º, n.º 1.

⁹⁰ *Vide FERREIRA DE ALMEIDA, C., apud A., SANTOS JUSTO, Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa, cit., p. 126.*

⁹¹ Cf. art. 1754.º

⁹² Cf. art. 1755.º

⁹³ Cf. art. 1758.º

ser feitas na convenção antenupcial⁹⁴, evita-se, com a sua irrevogabilidade, que o regime de bens seja alterado depois do casamento.

Como observámos⁹⁵, estamos perante uma figura jurídica romana, ligada ao costume universal de donativos aos noivos por eles próprios, familiares ou amigos. E que, além de reforçar os esponsais e o dote, serviu de apanágio à esposa no caso de ficar viúva e constituiu uma penalização no caso de divórcio por culpa do marido.

III.1.4 DOAÇÃO ENTRE CASADOS

As doações entre casados são admitidas no Código Civil português⁹⁶, exceto se vigorar imperativamente o regime da separação de bens⁹⁷. No entanto, consagra a possibilidade de, a todo o tempo, serem revogadas pelo doador sem que lhe seja lícito renunciar a este direito⁹⁸. Estamos perante um direito estritamente pessoal, porque não se transmite aos herdeiros do doador⁹⁹. Ou seja, o Código Civil português não deixou de ser sensível à argumentação romana a favor da proibição destas doações: evitar que o cônjuge mais generoso pudesse ser despojado pelo mais egoísta e avaro. Basta pensar que, a todo o tempo, o doador pode revogar a doação; e, por outro lado, permitindo a livre revogação, vai ao encontro da imutabilidade das convenções antenupciais: se a doação fosse irrevogável, frustrar-se-ia com facilidade esta imutabilidade¹⁰⁰.

Dir-se-á que as nossas Ordenações Filipinas já apontavam para esta via. Efetivamente, determinavam que: 1) «Se o marido fizer doação à sua mulher, ou a mulher a seu marido, depois de recebidos, posto que entre eles não intervisse cópula, poderá o doador revogar essa doação, quando quiser. E posto que a não revogue, se o que a fez não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veio a nascer de entre ambos, fica logo essa doação revogada por o nascimento do filho»¹⁰¹; 2) «E se o marido fez doação à sua mulher, ou ela a ele, sendo casados, e o que a fez morrer ab intestado sem herdeiros legítimos, des-

⁹⁴ Cf. art. 1756.º, n.º 1.

⁹⁵ *Vide supra*, II, 2.7.

⁹⁶ Cf. art. 1761.º

⁹⁷ Cf. art. 1762.º

⁹⁸ Cf. art. 1765.º, n.º 1.

⁹⁹ Cf. art. 1765.º, n.º 2.

¹⁰⁰ *Vide* SANTOS JUSTO, A., *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, cit., p. 133.

¹⁰¹ Cf. Ord. Filipinas, IV,LXV,pr.

cendentes, ou ascendentes, e sem até ao tempo da morte revogar a doação, fica essa doação confirmada...»¹⁰².

Ou seja, não se proíbem as doações entre cônjuges, mas concede-se aos doadores a faculdade de as revogarem arbitrariamente, desde que não tenha havido cópula. *A contrario sensu*, a cópula afastaria esta revogação. Depois, a doação é revogada com o nascimento de filhos de ambos os cônjuges. E, finalmente, é confirmada pela morte do doador se falecer *ab intestato* e sem herdeiros legítimos¹⁰³.

Quanto à proibição das doações entre cônjuges imperativamente separados de bens, é uma exceção que igualmente se compreende: existe o receio de abusos de influência que um dos cônjuges possa exercer sobre o outro para lhe extorquir bens.

Se compararmos esta figura jurídica com a *donatio* romana entre casados, encontramos, sem dificuldade, a mesma *ratio*. No direito romano clássico e pós-clássico, estas doações eram proibidas; no direito português, são admitidas, mas com a faculdade de livremente serem revogadas pelo doador. Acresce que, na época de Justiniano, a proibição parece ter sido afastada¹⁰⁴.

III.1.5 REVERSÃO

O Código Civil português consagra a possibilidade de o doador estipular a reversão dos bens doados¹⁰⁵; e determina que «*a reversão dá-se no caso de o doador sobreviver ao donatário, ou a este e a todos os seus descendentes*»¹⁰⁶.

Comparando com o direito romano, verifica-se que, enquanto neste direito a reversão ocorria em circunstâncias determinadas no contrato —entre as quais o pré-falecimento do donatário¹⁰⁷—, no direito português só funciona se o donatário ou os seus descendentes falecerem antes do doador.

Por outro lado, pelo menos ainda no tempo de Diocleciano (alvares da época pós-clássica), produzia, em regra, efeitos obrigacionais¹⁰⁸, enquanto, no direito civil português, cria efeitos reais: encontrando-se sujeita a condição

¹⁰² Cf. Ord. Filipinas, IV,LXV,1.

¹⁰³ Vide COELHO DA ROCHA, M.A., *Instituições de direito civil portuguez*, 8.ª edição, Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, pp. 526 e 528.

¹⁰⁴ Vide *supra*, II,2.3.

¹⁰⁵ Cf. art. 960.º, n.º 1.

¹⁰⁶ Cf. art. 960.º, n.º 2.

¹⁰⁷ Vide *supra*, II,2.3.

¹⁰⁸ Vide *supra*, III, n.º 1.3.

resolutiva, os bens doados regressam à titularidade do doador, tudo se passando como se nunca tivessem pertencido ao donatário ¹⁰⁹.

III.1.6 DOAÇÃO MODAL

A doação modal está também prevista no Código Civil português ¹¹⁰, mas com um limite: «o donatário não é obrigado a cumprir os encargos senão dentro dos limites do valor da coisa ou do direito doado ¹¹¹.

Trata-se de doações que criam restrições ao donatário: a obrigação de cumprir os encargos determinados que, no entanto, não podem ultrapassar o valor da coisa doada: haja em vista que, doutro modo, a doação deixaria de ser uma liberalidade. Por isso, se o donatário espontaneamente cumprir o encargo acima do valor da liberalidade, a sua prestação constitui, quanto ao excesso, o cumprimento de uma obrigação natural ¹¹².

Porque limitado, o encargo (*modus*) não afasta a natureza da doação: trata-se duma simples cláusula acessória que somente restringe a liberalidade e não funciona como equivalente da coisa ou direito doado.

Finalmente, concede-se a faculdade ao doador, herdeiros e quaisquer interessados de exigirem o cumprimento dos encargos ¹¹³ e, também, o direito de pedirem a resolução da doação se lhes for conferido pelo contrato ¹¹⁴.

É agora fácil verificar que o regime jurídico desta espécie de doações tem fortíssima influência romana. No entanto, enquanto no direito romano a doação podia ser revogada por incumprimento do encargo, no direito português a revogação depende do seu reconhecimento no próprio contrato.

têm uma fortíssima influência romana ¹¹⁵.

III.1.7 REVOGAÇÃO

Sendo a doação um contrato, «só pode extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei» ¹¹⁶. No entanto, o Cód-

¹⁰⁹ Ressalva-se, no entanto o registo da cláusula de reversão se a doação tiver por objeto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo. Só nesta hipótese é oponível a quem, entretanto, os tenha adquirido. Cf. art. 960.º, n.º 3.

¹¹⁰ Cf. art. 963.º, n.º 1.

¹¹¹ Cf. art. 963.º, n.º 2.

¹¹² Cf. art. 402.º

¹¹³ Cf. ar. 965.º

¹¹⁴ Cf. art. 966.º

¹¹⁵ Vide *supra*, II, 1.6.

¹¹⁶ Cf. art. 406.º, n.º 1.

go afasta-se do regime geral dos negócios jurídicos, determinando que é livremente revogável pelo doador enquanto não for aceita, e desde que a revogação observe as formalidades da declaração negocial¹¹⁷.

Todavia, depois de aceita, a irrevogabilidade é afastada por ingratidão do donatário¹¹⁸, referindo o Código, como causas de incapacidade: a indignidade de suceder ao doador ou algumas das ocorrências que justificam a deserção¹¹⁹. Assim sucede, nomeadamente, com a condenação como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o doador ou o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado; com a condenação por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos; com a indução, por dolo ou coação, do doador a fazer, revogar ou modificar o testamento; etc.¹²⁰ E, relativamente à legitimidade, estão afastados os herdeiros do doador, excetuando o caso de homicídio e dentro de um ano a contar da sua morte¹²¹.

A influência romana está bem presente. Como referimos¹²², os casos de ingratidão não são muito diferentes. Todavia, o direito português afasta a superveniência dos filhos do doador. A legitimidade excepcionalmente reconhecida aos herdeiros do doador é outra marca romana: impôs-se, nos dois direitos, o caráter pessoal das ofensas ao doador e demais pessoas previstas.

III.2. A doação noutros direitos europeus

III.2.1 DIREITO ESPANHOL

Em Espanha, o Código Civil define a doação como «*un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*»¹²³. Prevê as doações *mortis causa*, mas sujeita-as às regras da sucessão testamentária¹²⁴; e consagra as doações onerosas¹²⁵. A doação considera-se perfeita no momento em que o doador conhece a aceitação do

¹¹⁷ Cf. art. 969º, n.º 1.

¹¹⁸ Cf. art. 970.º

¹¹⁹ Cf. art. 974.º

¹²⁰ Cf. arts. 2034.º e 2166.º

¹²¹ Cf. art. 976.º, n.ºs. 1 e 3.

¹²² *Vide supra*, II, 1.2.

¹²³ Cf. art. 618.

¹²⁴ Cf. art. 620.

¹²⁵ Cf. art. 622

donatário¹²⁶. Admite a possibilidade de reversão a favor do doador em «*cualquier caso y circunstancias*»¹²⁷. Prevê a revogação da doação *inter vivos* por superveniência de filhos do doador¹²⁸, por incumprimento das condições impostas ao donatário¹²⁹ e por ingratidão deste nos casos previstos¹³⁰. Dispõe que, tratando-se de ingratidão do donatário, a ação não se transmite aos herdeiros do doador¹³¹. E prevê também as doações para casamento¹³² que ficam sem efeito se não for celebrado no prazo de um ano¹³³.

A doutrina –seguimos Manuel Albaladejo¹³⁴ e Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón¹³⁵– assinala que a doação é um contrato «*en cuya virtud una parte (donante) por espíritu de liberalidad empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra (donatario), que se enriquece*»¹³⁶. Todavia, forçando a definição legal, recorre ao empobrecimento do doador e ao correlativo enriquecimento do donatário. Ou seja, segue a opinião de Savigny que não é –pelo menos, segundo pensamos– a verdadeira definição romana¹³⁷. Trata-se dum ato gratuito porque, observam Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, «*quien la realiza no recibe a cambio ninguna contraprestación*»¹³⁸.

Depois, embora o Código Civil fale de *acto*, Manuel Albaladejo entende que se trata dum contrato, invocando, em seu apoio, o conforto do Tribunal Supremo e a opinião mais extensa da doutrina¹³⁹. E, fiel à tradição jurídica espanhola que atribui à compra e venda efeitos obrigacionais, considera que a doação, salvo se houver entrega simultânea da coisa doada que produz a transferência da propriedade, obriga o doador: v.g., «*cuando por escrito se dona una cosa mueble, sin entregarla, se queda obligado a transmitir su propiedad*». É certo que, refere Manuel Albaladejo, «*también hay donaciones que de por sí, es decir, sin necesidad de tradición (...) el donatario se convirtiese en*

¹²⁶ Cf. art. 623.

¹²⁷ Cf. art. 641.

¹²⁸ Cf. art. 644.

¹²⁹ Cf. art. 647.

¹³⁰ Cf. art. 648.

¹³¹ Cf. art. 653.

¹³² Cf. art. 1.336

¹³³ Cf. art. 1.342.

¹³⁴ Vide ALBALADEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 14.^a edição, Edisofer, SL, Madrid, 2011.

¹³⁵ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, II*, 9.^a edición, 3.^a reimpressão, Tecnos, Madrid, 2003.

¹³⁶ Vide ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 578.

¹³⁷ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, p. 306.

¹³⁸ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, cit., p. 306, para quem nas doações modais a prestação imposta ao donatário «*ha de ser en todo caso inferior al valor de lo dado y además no se produce nunca como un intercambio de prestaciones entre el que da y quien recibe*».

¹³⁹ Vide ALBALADEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, cit., pp. 579-580.

propietario del bien donado». No entanto, escreve: «*En mi opinión, la letra del art. 609 no corresponde a su espíritu (...) no se sustrae a la necesidad de tradición para transmitir el derecho donado*»¹⁴⁰. E, em consequência, o Autor refere que o doador fica obrigado («*nasce (da doação) un derecho de crédito para el donatario) a transmitir la propiedad de la cosa donada (para lo que deberá entregar ésta: tradición), si fue donación de propiedad, o a constituir o transmitir al donatario el derecho donado (también, mediante tradición, cuando proceda), o a liberarle de la obligación o gravamen de que se tratase*»¹⁴¹. E conclui, dizendo: «*La afirmación de que donación y obligación son incompatibles (...) no es admisible a la vista de los textos legales ni a la jurisprudencia del T.S.*»¹⁴². Persistem, no entanto, divergências doutrinárias, como observamos, v.g., em Francisco de P. Blasco Gascó, para quem «*de acuerdo com el párrafo segundo del ar. 609 CC, el efecto fundamental de la donación es la transmisión de la propiedad o del derecho real objeto de la misma al donatario, pues la donación, como dice al art. 618 CC, é un acto de disposición*»¹⁴³.

Depois, observa-se que a responsabilidade por evicção não existe, exce- tuando a doação onerosa e fundamenta-se esta irresponsabilidade do doador no caráter gratuito da aquisição do donatário¹⁴⁴. E, quanto aos vícios, «*el donante no queda obligado al saneamiento de lo donado, a menos que se houbiese pactado tal obligación*»¹⁴⁵.

Relativamente à doação *mortis causa*, invoca-se a sua origem histórica quando a doação se fazia por causa de morte ou de perigo mortal, «*sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en caso de vivir*», situações que lhe transmitem as suas características fundamentais: revo- gabilidade pelo doador; necessidade de o donatário sobreviver ao doador¹⁴⁶.

Apreciando as doações modais ou onerosas, refere-se que a obrigação imposta ao donatário «*es producto de una determinación accesoria de la volun-*

¹⁴⁰ Transcrevemos ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 583. Diferente parece ser a opinião de Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, p. 307, para quem «*la donación es un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial si se hace con las formas y solemnidades legales*».

¹⁴¹ Transcrevemos ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 601.

¹⁴² Voltamos a transcrevermos ALBALADEJO, M., *ibidem*, 602.

¹⁴³ Transcrevemos BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Instituciones de derecho civil*, Tirant de lo Blanch, Va- lência, 2016, p. 187.

¹⁴⁴ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, II, cit., pp. 313-314. Vide também ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 603.

¹⁴⁵ Transcrevemos ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 603.

¹⁴⁶ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, p. 319. Vide também ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 606, para quem estas doações «*no son realmente un acto mortis causa*». Todavía, «*como sin duda que se hacen en atención a la muerte, y en outro caso no se habrían hecho, se pueden calificar de mortis causa*».

tad del donante, pues quiere principalmente enriquecer gratuitamente el donatario (animus donandi), pero además pretende la consecución de otros fines: la liberalidad es el vehículo para su obtención». No entanto, «la asunción de la carga por el donatario no es contraprestación de la liberalidad»¹⁴⁷. Relativamente ao «saneamento de la cosa donada com carga, no siendo da donación modal, no queda obligado el donante, siéndolo, lo queda en tanto en cuanto el valor del gravamen sobrepase el enriquecimiento que lo donado reporto efectivamente al donatário»¹⁴⁸.

Quanto à faculdade de o doador estipular a reversão da coisa doada, seja a seu favor, seja de terceiros, afirma-se que se trata duma «verdadeira sustitución, y se gobierna bajo este aspecto por las mismas reglas» e pode depender de condição ou de um prazo¹⁴⁹. A posição jurídica do donatário é igual à do herdeiro fiduciário na substituição fideiommisária e, portanto, «ha de conservar los bienes, no pudiendo disponer de ellos, salvo en la reversión condicional, aunque quedando en esta última hipótesis los actos de disposición sujetos también a condición»¹⁵⁰.

Não é permitida a doação de todos os bens, pois é necessário que o doador reserve o necessário para viver «en un estado correspondente a sus circunstancias», podendo a reserva incidir sobre direitos distintos da propriedade ou do usufruto. Se a doação não cumprir esta disposição, não será nula, mas redutível¹⁵¹.

Relativamente às doações entre casados, refere que inicialmente não podiam doar entre si os cônjuges durante o matrimónio, exceto se se tratasse de «regalos módicos que se hiciesen en ocasiones de regocijo para la familia (C.c., antiguo, art. 1334)¹⁵². De todo o modo, não se tratava de doação, «sino liberalidad de uso»¹⁵³. O silêncio do Código e da doutrina espanhola mostra que a proibição da doação entre casados não existe no atual ordenamento jurídico civil espanhol.

Finalmente, quanto à revogação, afirma-se, como regra, que a doação é irrevogável, por se tratar dum contrato. No entanto, há causas que a deixam sem efeito, como a superveniência de filhos na doação *inter vivos*; a ingratidão do donatário, cujas causas estão legalmente fixadas; e o incumprimento dos encar-

¹⁴⁷ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, p. 320; e ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 608, para quem «toda donación es esencialmente gratuita, porque el donante no recibe nada a cambio de lo que da»; por isso, «es inexacto calificar de onerosa (aunque sólo sea parcialmente) a la donación modal».

¹⁴⁸ Transcrevemos M., ALBALADEJO, *ibidem*, p. 609.

¹⁴⁹ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, p. 323.

¹⁵⁰ Transcrevemos Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, II, cit., p. 324.

¹⁵¹ Vide ALBALADEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, cit., p. 600.

¹⁵² Voltamos a transcrever ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 595.

¹⁵³ Vide ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 595.

gos¹⁵⁴. Todavía, a revogação não tem efeitos retroativos: «*subsiste la eficacia de los actos realizados por el donatario sobre lo donado. Y si esto no puede ser devuelto, o no puede serlo libre de gravámenes, como se entrego, lo será su valor, o, además de devolverlo gravado, habrá que abonar el valor del gravamen*»¹⁵⁵.

É fácil observar que o regime jurídico espanhol das doações é profundamente romano. Mais: a influência do direito romano é mais intensa do que em Portugal. Basta ter presente o efeito obrigacional, a responsabilidade por evicção nas doações modais, o *beneficium competentiae*, a revogação por superveniência de filhos do doador e por incumprimento do *modus*. Fora da influência romana fica a não proibição da doação entre cônjuges, embora não devamos ignorar a posição do direito justinianeu que acabou por permiti-las.

III.2.2 DIREITO ITALIANO

Em Itália, o velho Código Civil de 1916 consagrava a proibição romana das doações entre cônjuges, dispondo que «*i coniugi non possono durante il matrimonio farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salvo negli atti di ultima volontà nella forme e secondo le regole stabilite per tali atti*»¹⁵⁶. No entanto, por se tratar duma proibição talvez excessiva¹⁵⁷ —chegou mesmo a admitir-se que se tratava dum instituto que «*ordinamenti giuridici di nazioni civilissime lo ignorano completamente*»¹⁵⁸—, o artigo que a consagrava acabou por ser declarado «*costituzionalmente illegittimo*» por decisão da Corte Constitucional de 27 de junho de 1973.

O atual Código Civil (de 1942) define a doação como «*il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione*»¹⁵⁹. Prevêem-se as doações «*in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore de uno ou di entrambi o del figli nascituri da questi*» que se tornam perfeitas sem necessidade de aceitação, «*ma non produce effetto finchè non segua il matrimonio*»¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Vide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, pp. 314-319; e ALBALADEJO, M., *ibidem*, pp. 615-621.

¹⁵⁵ Transcrevemos ALBALADEJO, M., *ibidem*, p. 621.

¹⁵⁶ Cf. art. 1054.

¹⁵⁷ Vide DE RUGGIERO, R., *Instituições de direito civil*, 3, trad. da 6.ª edição italiana por Paolo Capitanio, Bookseller, Campinas, 1999, p. 527.

¹⁵⁸ Transcrevemos CASULLI, V. R., *Donazione (diritto civile)* em *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè Editore, 1964, p. 979, que cita, como exemplos, os Códigos austríaco, germânico e suíço.

¹⁵⁹ Cf. art. 769.

¹⁶⁰ Cf. art. 785.

São possíveis cláusulas de reversibilidade «*sia per il caso de premorienza del solo donatario, sia per il caso de premorienza del donatario e dei suoi discendenti*»¹⁶¹. Os seus efeitos consistem na resolução de todas as alienações dos bens doados que regressam ao doador livres de todo o ónus ou hipoteca, com algumas exceções, como havendo uma hipoteca inscrita para garantia do dote¹⁶².

Igualmente prevista é a doação modal, sendo o donatário «*tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti del valor della cosa donata*»¹⁶³. Relativamente à garantia por evicção, responsabiliza-se o doador para com o donatário, se esta garantia foi expressamente prometida, se a evicção depende de dolo ou de facto pessoal do doador ou se se trata de doação modal ou remuneratória, casos em que «*la garantia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante*»¹⁶⁴. E quanto aos vícios da coisa doada, a garantia do doador não se lhes estende, exceto salvo pacto especial ou se o doador incorreu em dolo¹⁶⁵.

Finalmente estão previstas, como causas de revogação, a ingratidão do donatário e a superveniência de filhos¹⁶⁶.

A doutrina¹⁶⁷ destaca o carácter contratual da doação e distingue as doações reais, (ou com efeito real) com as quais se transfere ou constitui o direito sobre um bem, as doações liberatórias, com que se renuncia a um direito, e as doações promissórias com as quais se assume uma obrigação para com o donatário. Neste contexto, fala-se de «*arricchimento del donatario e il depauperamento del donante*»¹⁶⁸.

As doações são irrevogáveis com a aceitação notificada ao doador. Exce-tua-se o ato formal de aceitação nas doações nupciais, cuja eficácia depende do matrimónio¹⁶⁹.

Nota-se também que o donatário «*ha sempre l'obbligo di fornire gli alimenti al donante che in seguito ne venga ad avere bisogno, purchè non si tratti di donazione obnuziale o di donazione remuneratoria*», mas o donatário

¹⁶¹ Cf. art. 791.

¹⁶² Cf. art. 792.

¹⁶³ Cf. art. 793.

¹⁶⁴ Cf. art. 797.

¹⁶⁵ Cf. art. 799.

¹⁶⁶ Cf. arts. 800 a 803.

¹⁶⁷ Seguimos de perto TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, 34.^a edizione, CEDAM, Pádua, 1993, pp. 858-861; e CASULLI, V. R., *Donazione (diritto civile)*, cit., pp. 966-991.

¹⁶⁸ Vide CASULLI, V. R., *ibidem*, p. 977. Ainda segundo este Autor, a doação com efeitos reais, seja translativa d propriedade ou constitutiva de direitos reais, «*ha tradizionalmente formato il paradigma dell'istituto*».

¹⁶⁹ Vide TRABUCCHI, A., *ibidem*, p. 858.

«non è tenuto oltre il valore della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio»¹⁷⁰.

E relativamente à reversibilidade, observa-se uma condição resolutive, por efeito da qual «*si risolvono ex tunc tutte le alienazioni fatte dal donatário, e i beni ritornano al donante liberi, di regola, da pesi o ipoteche*»¹⁷¹.

É clara a influência romana. Recordamos a noção legal de doação sem referência ao empobrecimento do doador; as doações para casamento cuja eficácia depende da celebração do matrimónio; a possibilidade de reversão por pré falecimento do donatário e seus descendentes; a não responsabilidade por evicção, excetuando situações determinadas; os casos previstos para a revogação da doação, que incluem a superveniência de filhos do doador; o *beneficium competentiae*; e reversibilidade. Pelo contrário, não se nos afiguram romanas a definição doutrinal da doação, a natureza real do contrato e a não proibição das doações conjugais (pelo menos, nas épocas clássica e pós-clássica).

III.2.3 DIREITO FRANCÊS

Em França, o Código Civil determina que «*on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies*»¹⁷². Distingue a doação *inter vivos*, como «*un acte par lequel le donateur se dépouille acuellement et irrévocablement de la chose en faveur du donataire qui l'accepte*»¹⁷³; e exige a presença do notário, sob pena de nulidade¹⁷⁴. Só produz efeitos quando for aceita¹⁷⁵ e o doador pode estipular o regresso dos objetos doados para o caso de o donatário e seus descendentes falecerem primeiro. A reversão que só pode beneficiar o doador¹⁷⁶. O efeito do «*droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés*» os quais regressem «*quites de toutes charges et hipoteques*»¹⁷⁷.

Quanto à revogação da doação *inter vivos*, somente poderá ter lugar «*pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite,*

¹⁷⁰ Transcrevemos TRABUCCHI, A., *ibidem*, p. 860.

¹⁷¹ Voltamos a transcrever TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 861.

¹⁷² Cf. art. 893.

¹⁷³ Cf. art. 894.

¹⁷⁴ Cf. art. 931.

¹⁷⁵ Cf. art. 932.

¹⁷⁶ Cf. art. 951.

¹⁷⁷ Cf. art. 952.

por cause d'ingratitude, et por cause de survenance d'enfants»¹⁷⁸. São previstas as seguintes causas de ingratidão: se o donatário atentou contra a vida do doador; se é «*coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves*»; e se recusa alimentos ao doador¹⁷⁹. No entanto, as doações para casamento não serão revogáveis por ingratidão¹⁸⁰.

Olhando para a doutrina civilista francesa, observa-se que «*la donation opere transfert de propriété à titre gratuit: sans prix*»¹⁸¹. E, comparando a compra e venda com a doação, nota-se que a capacidade de dispor e de receber não são as mesmas: «*la vente implique une garantie quant à la chose fournie, qui n'existe pas dans la donation en raison de sa gratuité*». E quanto à *donation ave charges, semble se trouver à mi-chemin entre le gratuit e l'onéreux*», mas a obrigação que onera o donatário «*ne constitue pas un prix, l'intention libérale predomine généralement dans l'esprit du donateur*»¹⁸².

Quanto às doações com vista a casamento, a doutrina refere que estão «*soumises aux formes du contrat de mariage, notamment, la formalité de l'acceptation expresse du donataire (que) n'est pas exigée*». O doador «*peut imposer au donataire la charge de payer toutes ses dettes, même futures*» (e) «*se réserver de disposer des biens donnés ou de certains eux, affecter la donation d'une condition potestative*»¹⁸³. Por outro lado, enquanto as doações de direito comum «*sont révocables por cause de survenance d'enfant au donateur; les donations faites par un futur époux à son futur conjoint échappent à cette cause de destruction*»¹⁸⁴.

As doações entre cônjuges são válidas; estão sujeitas ao regime comum das doações, exceto: «*elles sont toujours révocables au gré du donateur; en revanche, elles échappent à la révocation de plein droit por cause de survenance d'enfant; elles sont nulles lorsqu'elles sont déguisées ou faites par personnes interposées*»¹⁸⁵. Finalmente, a faculdade de revogação destas doações é rigorosamente pessoal «*à l'époux donateur: ni ses héritiers ni ses créanciers ne peuvent l'exercer*». Trata-se dum «*droit absolu, discrétionnaire*». Finalmente, «*la faculté de révocation unilatérale est d'ordre public. L'époux dona-*

¹⁷⁸ Cf. art. 953.

¹⁷⁹ Cf. art. 955.

¹⁸⁰ Cf. art. 959.

¹⁸¹ Transcrevemos HUET, J., *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1996, p. 61.

¹⁸² Transcrevemos HUET, J., *ibidem*, p. 62.

¹⁸³ Transcrevemos VOIRIN, P., *Manuel droit civil*, II, 17.^a ed. por Gilles Goubeaux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992, pp. 321-322

¹⁸⁴ Voltamos a transcrever VOIRIN, P., *ibidem*, p. 322.

¹⁸⁵ Continuamos a transcrever VOIRIN, P., *ibidem*, p. 323.

teur ne pourrait y renoncer à l'avance». E quanto aos seus efeitos, a revogação «*opere comme une résolution: les droits du donataire sont rétroactivement anéantis*».

Se tivermos presente o direito romano clássico, o direito francês afasta-se, nas doações entre cônjuges, que considera válidas. Mas se olharmos para a época de Justiniano, a aproximação é evidente. Paira, no entanto, a divergência sobre o efeito real da doação que, em França, transfere, só por si, a propriedade ou a titularidade de outro direito real. No resto, a influência romana é clara se excluirmos o efeito retroativo da revogação, embora o direito de Justiniano não seja claro.

III.2.4 DIREITO ALEMÃO

Na Alemanha, o B.G.B refere que «*a disposição mediante a qual uma pessoa confere um benefício a outra à custa do seu património é uma doação se ambas as partes acordam que a disposição se realiza de forma gratuita*»¹⁸⁶. Depois, determina que «*o doador só é responsável por dolo e culpa grave*»¹⁸⁷. Relativamente à responsabilidade por vícios no direito o doador «*está obrigado a indemnizar o dano causado se oculta de forma fraudulenta um vício no direito*»¹⁸⁸. E «*se ocultou de forma fraudulenta um defeito na qualidade da coisa doada, está obrigado a indemnizar o donatário por qualquer dano causado por este*»¹⁸⁹.

Tratando-se de doação modal, o dador «*pode exigir a execução do modo se, por sua parte, realizou a doação*»¹⁹⁰. E «*se a execução do modo não se realiza, o doador pode exigir a devolução da doação nas condições especificadas pelo direito de rescisão no caso de contratos bilaterais, segundo as disposições relativas à devolução do enriquecimento injusto, sempre que a coisa doada devesse ter sido aplicada à execução do modo*»¹⁹¹.

Se o doador, «*depois da execução da doação, não esteja em posição razoável para subsistir e para cumprir a obrigação alimentícia que lhe incumbe legalmente a seus parentes, cônjuge ou cônjuge anterior, pode exigir que o*

¹⁸⁶ Cf. § 516,1

¹⁸⁷ Cf. § 521.

¹⁸⁸ Cf. § 523,1.

¹⁸⁹ Cf. § 524,1.

¹⁹⁰ Cf. § 525,1.

¹⁹¹ Cf. § 527,1.

donatário lhe devolva a coisa doada sob as disposições relativas à devolução por enriquecimento injusto»¹⁹².

Quanto à revogação, a doação «*pode ser revogada se o donatário, por falta grave contra o doador ou parente próximo do doador, se tornar culpado de ingratidão grave*»¹⁹³. Mas «*a revogação está excluída se o doador perdoou ao donatário*»¹⁹⁴; e «*depois da morte do doador, a revogação não é mais admissível*»¹⁹⁵. Finalmente, só é possível renunciar ao direito de revogação depois de a ingratidão ter sido conhecida¹⁹⁶.

A doutrina observa que a doação provoca uma diminuição patrimonial no doador e, por isso, não existe doação quando se repudia uma aquisição que ainda não ocorreu; e tão pouco há doação no repúdio de herança ou legado, pois consideram-se ainda não adquiridos¹⁹⁷. Refere também que as doações que dependem da sobrevivência do donatário dizem-se «*mortis causa*» e considera-as doações condicionais, podendo a condição consistir na simples supervivência ou num perigo que o doador sente pelas sua vida, sobrevivendo o donatário¹⁹⁸. Relativamente a vícios de direito, o doador não responde, exceto se houver ocultação dolosa. E também não responde, salvo pacto especial, por vícios na coisa doada, exceto, também, se foram ocultados dolosamente¹⁹⁹.

Nota ainda que o doador goza do *beneficium competentiae* que lhe permite gozar dos meios indispensáveis ao seu sustento; e do direito de revogação²⁰⁰. Quanto à revogação, observa que, no direito comum, tinha lugar por ingratidão grave do donatário em determinados casos. Mas o atual Código Civil admite a revogação em geral, quando existe falta grave contra o doador ou parentes próximos²⁰¹. Como regra geral, só o doador pode revogar. No entanto, pedida a revogação a pretensão transmite-se aos seus herdeiros²⁰².

Relativamente à doação modal, entende-se que se enquadra no conceito de doação mista, mas trata-se dum negócio único, com caráter de verdadeira doação²⁰³. Observa-se que o direito romano e comum dava sempre ao doador,

¹⁹² Cf. § 528,1.

¹⁹³ Cf. § 530,1.

¹⁹⁴ Cf. § 532.

¹⁹⁵ Cf. § 532.

¹⁹⁶ Cf. § 533.

¹⁹⁷ Vide ENNECERUS, L., *Derecho de obligaciones*, II, 3.ª edição, trad. espanhola da 15.ª edição alemão, por J. FERRANDIS VILELLA, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, p.195.

¹⁹⁸ Vide ENNECERUS, L., *Derecho de obligaciones*, cit., p. 199.

¹⁹⁹ Vide ENNECERUS, L., *ibidem*, p. 209.

²⁰⁰ Vide ENNECERUS, L., *ibidem*, p. 209 e 212-213.

²⁰¹ Vide ENNECERUS, L., *Derecho de obligaciones*, cit., p. 217.

²⁰² Vide ENNECERUS, L., *ibidem*, p. 218.

²⁰³ Vide ENNECERUS, L., *ibidem*, p. 229.

se o donatário não cumprisse o *modus*, uma *condictio* dirigida à devolução total da coisa doada, enquanto, no B.G.B. a pretensão só se dá verificados os requisitos previstos para a resolução dos contratos bilaterais: assim, só ocorre no caso de impossibilidade de execução imputável ao donatário, mas não se a impossibilidade for fortuita²⁰⁴.

Comparando os direitos romano e alemão, não surpreende a enorme influência que aquele exerceu neste. Bastará invocar a ação do *usus modernus pandectarum* e, mais recentemente, da Escola Histórica alemã que se dedicou prioritariamente ao estudo do *ius romanum*²⁰⁵. Não se estranha também o acolhimento legal da doutrina de Savigny relativamente à noção de doação; e tão pouco a consagração legal e o reconhecimento doutrinal da responsabilidade do doador baseada na ocultação dolosa de vícios da coisa doada. E também não se estranha a penalização do não cumprimento do *modus* com a devolução da doação; a consagração do *beneficium competentiae*; as causas de revogação por ingratidão, afastada se o doador perdeu ao donatário; o caráter pessoal da revogação; a doação *mortis causa* e aos motivos que a determinam.

III.2.5 DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, segundo o Código Civil «*considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra*»²⁰⁶. Depois, a propósito da doação para casamento, determina que «*a doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que de futuro houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta da aceitação e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar*»²⁰⁷. Prevê-se também a possibilidade de «*o doador estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário*»²⁰⁸ e proíbe-se a reversão a favor de terceiro²⁰⁹. Considera-se nula «*a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador*»²¹⁰. Relativamente à evicção e a vício redibitório, afasta-se a respon-

²⁰⁴ Vide ENNECCERUS, L., *ibidem*, pp. 231-232.

²⁰⁵ Vide SANTOS JUSTO, A., *Nótuas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 57-59.

²⁰⁶ Cf. § 538.

²⁰⁷ Cf. art. 546.

²⁰⁸ Cf. art. 547.

²⁰⁹ Cf. art. 547, parágrafo único.

²¹⁰ Cf. art. 548.

sabilidade do doador²¹¹. Prevê-se a hipótese de a doação ser onerada com encargos seja a favor do doador, seja de terceiro ou do interesse geral²¹². Quanto à sua revogação, «a doação pode ser revogada por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo»²¹³ e determinam-se as causas de ingratidão²¹⁴. Todavia, o direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador²¹⁵ e, tratando-se de homicídio doloso do doador, «a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado»²¹⁶. Também «a doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora»²¹⁷, mas não é revogável por ingratidão do donatário²¹⁸. Também não é suscetível de revogação por ingratidão a doação feita para determinado casamento²¹⁹.

No que interessa aqui destacar, a doutrina –privilegiamos Caio Mário Da Silva Pereira²²⁰ e Orlando Gomes²²¹– observa que o legislador «quis tomar posição diante de controvérsia existente (entre) o Código Civil francês (que não alinha a doação entre os contratos» e «a ideia contratualista sustentada firmemente por WINDSCHEID, DERNBURG e GIORGI, que domina códigos –alemão, suíço, portugueses, polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano, mexicano–, partindo do pressuposto fático do acordo das vontades»²²², optando pela sua natureza contratual²²³. Fala de doação modal, cujo encargo constitui uma restrição ao donatário sem «assumir o aspeto de contrapartida»²²⁴, cujo incumprimento «pode ser sancionado com a revogação do benefício»²²⁵. Depois, observando a possibilidade de a doação ser feita *propter nuptias*, refere que «a sua eficácia fica sujeita à celebração do casamento em contem-

²¹¹ Cf. art. 552.

²¹² Cf. art. 553.

²¹³ Cf. art. 555.

²¹⁴ Cf. art. 557.

²¹⁵ Cf. art. 560.

²¹⁶ Cf. art. 561.

²¹⁷ Cf. art. 562.

²¹⁸ Cf. art. 564, I.

²¹⁹ Cf. art. 564, IV.

²²⁰ Vide DA SILVA PEREIRA, C.M., *Instituições de direito civil*, III, *Contratos*, 11.ª edição, atualizada por Regis Fichtner, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 245-268.

²²¹ Vide GOMES, O., *Contratos*, 26.ª edição atualizada por António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 253-264.

²²² Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *Instituições de direito civil*, cit., p. 245.

²²³ Vide GOMES, O., *Contratos*, cit., pp. 253-254, para quem as situações em que o consentimento do donatário não se verifica «são casos excepcionais, de menor importância, não prejudicam a tese vitoriosa, da contratualidade».

²²⁴ Voltamos a transcrever DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 253. Vide também GOMES, O., *ibidem*, p. 262.

²²⁵ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 253.

plação do qual é realizada»²²⁶. E fala da doação *mortis causa* como reminiscência romana. Nota-se também que a definição de doação comporta o enriquecimento do donatário à custa do empobrecimento do doador²²⁷, ou seja, o acolhimento da doutrina de Savigny.

Quanto aos seus efeitos, observa-se que a doação «*não opera, por si só, a transferência do domínio*» e, embora o artigo 538 pareça consagrar efeitos reais, considera-se que se trata de «*mera aparência*» e invoca-se que a «*regra dominante da aquisição da propriedade está firmemente enunciada no art. 1.245 em relação aos imóveis e art. 1.267 para as coisas móveis*». A doação «*tem o sentido de ato causal, para que o facto subsequente (transcrição ou tradição) produza o efeito aquisitivo: cria a obrigação de transferir a propriedade da coisa doada, mas não tem o efeito real de realizar aquela transmissão*»²²⁸.

Observa-se também a possibilidade de a doação ter uma cláusula de reversão que «*opera como condição resolutiva, com desfazimento dos atos realizados pelo donatário e restituição do bem doado, ainda que tenha havido alienação, porque é efeito natural da propriedade resolúvel esta reversão*», embora «*os frutos pertençam ao donatário*» e «*são igualmente mantidos os atos de administração, como alugéis ajustados*»²²⁹.

E quanto à evicção e ao vício redibitório, o doador não responde, salvo se tiver expressamente assumido os riscos ou se a doação tiver sido efetivada para casamento com certa e determinada pessoa²³⁰.

Relativamente às causas de nulidade, destaca-se «*a doação universal sem a reserva de usufruto ou renda suficiente para a subsistência do doador*»²³¹. E quanto à revogação, observam-se causas específicas: ingratidão do donatário e incumprimento do encargo (doação modal) e nota-se que só o doador pode promover a revogação que está afastada se o doador houver perdoado o donatário²³². No entanto, a doação *propter nuptias* não é revogável «*por vir animada do objetivo de auxiliar os nubentes nos encargos oriundos da constituição da sociedade conjugal*»²³³. E «*em nenhum caso é lícito renunciar, por antecipação, à faculdade de revogar a doação por ingratidão do donatário, porque*

²²⁶ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 255.

²²⁷ Vide GOMES, O., *ibidem*, p. 253.

²²⁸ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, pp. 258-259. No mesmo sentido, Vide Gomes, O., *ibidem*, p. 255.

²²⁹ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 260. Vide também GOMES, O., *ibidem*, p. 260.

²³⁰ Vide DA SILVA PEREIRA, C.M., *Instituições de direito civil*, cit., p. 260.

²³¹ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 262. Vide também GOMES, O., *Contratos*, cit., pp. 262-264.

²³² Vide DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 264; e GOMES, O., *ibidem*, pp. 262-264.

²³³ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M. REIRA, *ibidem*, p. 268.

se trata de direito instituído com caráter de ordem pública»²³⁴. Quanto aos efeitos da revogação, «é inadmissível a modificação do contrato de doação que já foi executado com o registo do imóvel doado, necessário à produção do efeito translativo»²³⁵. Por isso, «*se terceiro adquiriu direito real sobre a coisa, este subsiste, seja de gozo seja de garantia*»²³⁶.

Quanto às doações entre cônjuges, paira um silêncio total no Código Civil e na doutrina, que temos seguido. Todavia, no Esboço de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, observamos que «*proibe-se que façam doações: 1.º Os cônjuges, um ao outro, qualquer que seja o regime do casamento*»²³⁷. Esta proibição que, vimos, remonta ao direito romano, compreende-se se não ignorarmos a altíssima cultura jurídica que Teixeira de Freitas recebeu do direito romano.

Olhando para as nossas Ordenações Filipinas, verificamos que não proibiram a doação entre cônjuges, mas concederam ao doador a faculdade de a revogar arbitrariamente, desde que não houvesse cópula. *A contrario sensu*, a cópula afastava esta revogação. Depois, a doação é revogada com o nascimento de filhos de ambos os cônjuges. Finalmente, é confirmada pela morte do doador se este falecer *ab intestato* e sem herdeiros legítimos²³⁸.

Em conclusão, a tradição portuguesa era menos radical do que a doutrina de Teixeira de Freitas: enquanto, para este, as doações entre casados deviam ser proibidas, para aquela eram válidas, embora pudessem ser livremente revogadas pelo doador se não tivesse havido cópula e por superveniência de filhos. Numa palavra, o ilustre civilista brasileiro estava mais próximo do direito romano. Aliás, o restante regime jurídico da doação alimenta-se do caldo romanista superiormente difundido no Brasil, ontem e hoje, por juristas talentosos que não merecem a abandono a que muitas Universidades votaram o ensino do direito romano.

IV. CONCLUSÃO. O DIREITO COMUM DAS DOAÇÕES. ECOS DO DIREITO ROMANO NA ATUALIDADE

Já tivemos a oportunidade, ao longo do presente estudo, de mostrar a presença do direito romano –e, por sua via, do direito comum– nos códigos

²³⁴ Transcrevemos DA SILVA PEREIRA, C.M., *ibidem*, p. 268.

²³⁵ Transcrevemos GOMES, O., *ibidem*, p. 264.

²³⁶ Voltamos a transcrever O., GOMES, *ibidem*, p. 264.

²³⁷ Transcrevemos A., TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço de Código Civil II*, Typografia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1864, art. 2.124, p. 380.

²³⁸ *Vide supra*, III, 2.1.4; e COELHO DA ROCHA, M.A., *Instituições de direito civil portuguez*, 8.ª edição, Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, pp. 526 e 528.

civis de alguns Países da Europa e do Brasil. Há uma Cultura Jurídica que, a par da Filosofia Grega e do Cristianismo, unifica e distingue a Europa e os Países que vivem os mesmos valores.

A longa duração do direito romano no Império de Roma justifica uma evolução que abriga e consente divergências, como a natureza real ou obrigacional do contrato de doação e o regime jurídico da doação entre marido e mulher: proibida ou permitida, as suas bases não deixaram de ser romanas. E os restantes aspetos que marcam esse regime permitem ao povo de qualquer desses Países sentir-se como que em sua casa, facilitando a circulação livre de pessoas e de bens com a segurança e a certeza que, a par da justiça, ao direito compete assegurar.

Dir-se-á, portanto, que somos europeus, porque somos romanos!

**LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA COMPRAVENTA ROMANA
EN EL DERECHO EUROPEO. HACIA UN NUEVO CONTENIDO
DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL SIGLO XXI:
CAVEAT EMPTOR***

The rules and principles of the Roman Law on sales in the current European Law. A contribution to the sales contract law of the 21st century: caveat emptor

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ
Universitat Jaume I (Castellón-España)

Resumen: En el momento actual de globalización económica, debido a la influencia del Derecho anglosajón en la formación de la nueva *lex mercatoria*, el principio *caveat emptor* ha sido adoptado por el ordenamiento jurídico internacional y la práctica mercantil. En nuestro ordenamiento el principio *caveat emptor* se ha introducido a partir de la práctica negocial en el ámbito de algunos contratos de naturaleza mercantil, como en el caso del contrato compraventa de empresas.

Palabras clave: *caveat emptor*, compraventa de empresas, modelo analítico de contratación.

Abstract: In an era of economic globalization, as a consequence of the influence of the Common Law in the formation of a new *Lex Mercatoria*, the *caveat emptor* principle has been adopted by international law, as well as by trade practice. In our legal system, the *caveat emptor* principle has been introduced from the legal practice in some business contracts, such as in the corporate acquisitions.

Keywords: *caveat emptor*. Corporate acquisitions. Analytical Contracting Model.

* El presente trabajo deseo dedicárselo al Prof. Dr. D. Justo García Sánchez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo, como muestra de agradecimiento.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Imposición en la praxis negocial del modelo analítico de contrato de compraventa de empresas y del principio *caveat emptor*. III.—Principio *caveat emptor*. IV.—Modelo analítico de contratación en la compraventa de empresas. V.—Relaciones causa-efecto entre las «due diligence» y las «manifestaciones y garantías». VI.—Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del tema propuesto y enlazando con anteriores trabajos presentados en esta misma sede¹, dedicaré mi intervención a un principio o máxima romana *caveat emptor*, retomado en sede de incumplimiento contractual en el ámbito de algunos contratos de naturaleza mercantil, como en el caso del contrato de compraventa de empresas².

Existen históricamente tres sistemas de regular el incumplimiento contractual cuando éste consiste en la falta de adecuación de la cosa vendida en cuanto a las cualidades que ésta debe tener de acuerdo con el contrato. A saber, y por orden histórico: *caveat emptor*, acciones edilicias, y el principio de conformidad. En cualquier caso ninguno de los tres responde a una necesidad esencial del contrato, siendo desde un punto de vista técnico, cualquiera de sus soluciones tan válida como otra³.

El principio *caveat emptor* fue el que en su origen rigió en las compraventas específicas en Roma. Según este principio, el vendedor sólo respondía de aquellas cosas que expresamente había prometido⁴.

¹ MONTAÑANA CASANÍ, A., «La *actio quanti minoris* en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías» en P. RESINA (Coord.) *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, Universidad de Almería, 2012, 393-408; «Hacia un nuevo contenido de la *actio quanti minoris* en el régimen del incumplimiento contractual del siglo XXI. La acción de rebaja del precio en la ley 23/2003 de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo» en *Revista Internacional de Derecho Romano*, RIDROM 11, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, 510-548; «Un supuesto de adaptación al Derecho europeo en materia de incumplimiento contractual a la luz de la STS de 4 de marzo de 2013» en J.R. ROBLES, (Coord.) *Las actividades de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Pamplona, Aranzadi, 2015, 199-208.

² Al hacer referencia a la naturaleza mercantil del contrato de compraventa de empresa, no pretendemos afirmar su carácter mercantil, sino referirnos a que es objeto de estudio del Derecho mercantil por razón de la materia. Sobre el carácter mercantil o civil del contrato de compraventa de empresa ver: VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23ª ed., Valencia, Tirant Lo Blach, 2012, p. 404-406; vol II, 23ª ed., p. 1579-1585. El autor defiende el carácter civil del contrato de compraventa de empresas, por no existir identidad de razón con la compraventa mercantil delimitada y regulada en los art. 325 y ss C.co.

³ MORALES MORENO, A.M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa» en *Anuario de Derecho Civil LXV*, BOE, 2012, 5-28.

⁴ MONTAÑANA CASANÍ, A., «La responsabilidad por vicios ocultos en los Fueros de Valencia» en A. MURILLO (Coord.) *La responsabilidad civil de Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional*

Para Max Weber⁵ sería el principio que caracterizaría la moral económica romana y es el propio de la economía capitalista. Este fue el principio que recogió el *common law* y por tanto podemos afirmar que es el principio típico del Derecho anglosajón.

El sistema de las acciones edilicias fue introducido con posterioridad, por los ediles curules para las compraventas de esclavos y animales en los mercados de Roma. Se trataba de proteger al comprador particular frente al vendedor, comerciante especializado, tratante de animales y esclavos, agravando la responsabilidad de este último que debía responder por los vicios ocultos que tuviera la cosa, tanto si eran conocidos por él, como no. Este fue el sistema acogido por las codificaciones continentales⁶.

El principio de conformidad, consistente en que el vendedor está obligado a entregar la cosa con las cualidades que debe tener «conforme al contrato» y no hacerlo implica incumplir el contrato⁷. Es el que rige para la compraventa internacional de mercaderías⁸, tiene su origen en el régimen del incumpli-

y VII Iberoamericano de Derecho Romano, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 561-572, en concreto 561-562.

⁵ WEBER, M., *Economía y sociedad*, edición electrónica 2014, editorial@fondo de cultura económica.com.

⁶ MONTAÑANA CASANÍ, A., «La responsabilidad por vicios ocultos...» p. 563-566.

⁷ MORALES MORENO, A.M., «Tres modelos de vinculación...» p. 19 ss. L. COSTA, «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo» en *Aranzadi Civil 1*, Aranzadi, 2004, 2045-2080, en concreto p. 2053. Define el principio de conformidad como la exacta correspondencia, adecuación o identidad entre la prestación prevista en el programa contractual y la efectivamente ejecutada por el deudor-vendedor. Para la autora, el principio de conformidad sería una especificación del principio general *pacta sunt servanda*. VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?» en *Anuario de Derecho Civil LXIV*, BOE, 2011, 5-39, en concreto p. 11, para quien el principio de conformidad o falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa. Siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones según les plazca. La conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación.

⁸ Convención de Viena, Parte III, Capítulo II «obligaciones del vendedor», Sección II, «Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros», Art. 35: 1– El vendedor debe entregar las mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o empaquetadas en la forma fijada por el contrato. 2– Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a– que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo; b– que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; c– que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; d– que estén envasadas o empaquetadas de la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. 3– El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a)-a-d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

Señala BIANCA, C., «Sezione II. Conformità dei beni e diritti dei terzi. Art. 35» en C. BIANCA (Coord.) *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, CEDAM,

miento contractual establecido en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁹. Y que a través de la Directiva 44/1999 sobre determinados aspectos de la Venta y Garantía de los Bienes de Consumo ha sido introducido en los ordenamientos jurídicos de los países de la UE, bien a través de una reforma de los códigos, bien a través de leyes especiales¹⁰.

II. IMPOSICIÓN EN LA PRAXIS NEGOCIAL DEL MODELO ANALÍTICO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESAS Y DEL PRINCIPIO *CAVEAT EMPTOR*

Centrándonos en el tema que pretendemos abordar, podemos afirmar que en nuestra praxis negocial se ha impuesto para los contratos de compraventa de empresas el modelo analítico de contratación anglosajón, abandonando el régimen legal del contrato de compraventa regulado en nuestro Código civil. Las razones, sin duda, la influencia del poder económico angloamericano. Es obvio que el peso de sus economías impone el Derecho anglosajón en el mundo del comercio como si de una moderna *lex mercatoria* se tratara¹¹.

Pero hay otra razón, a nuestro modo de ver, que explicaría la fuerza con la que se ha impuesto este contrato en nuestra práctica negocial; ésta habría que buscarla en el hecho de que nuestros códigos no contemplan un contrato especial de compraventa de empresa. Al plantear el tema de nuestro trabajo hemos hecho referencia a la especial naturaleza de este contrato, la especialidad deriva, sin duda, del objeto de la compraventa en este caso: la empresa. La complejidad estructural de la empresa como objeto de compraventa; un objeto

1992, 146-152 que del articulado de la Convención de Viena sobre el cumplimiento de la prestación derivan dos consecuencias:

La primera, de orden sistemático, el reconocimiento de los vicios y la falta de cualidad de los bienes se reconducen al ámbito del incumplimiento contractual, separándose en esto de la tradición romana que recogen los códigos europeos, en que los defectos corren a cargo del vendedor.

La segunda, la Convención recoge una noción unitaria de la prestación inexacta que incluye los vicios ocultos, la falta de cualidad y el *aliud pro alio*.

Como consecuencia de esta noción unitaria, concluye el autor, se ve reforzada la posición del vendedor, que sólo responde según el art. 39 cuando el comprador ponga de manifiesto la falta de conformidad si lo hace en un plazo razonable. Además, previamente, el art. 38 impone al comprador la obligación de examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendiendo a las circunstancias.

Señala además, que la Convención de Viena da preeminencia a la determinación contractual, aplicándose los criterios de la Convención sólo de modo supletorio.

⁹ La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, al regular el incumplimiento contractual introduce el concepto de incumplimiento esencial/no esencial.

¹⁰ MORALES MORENO, A.M., «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa» en *Anuario de Derecho Civil LVI*, BOE, 2003, 1609-1651, en concreto pp. 1617-1622.

¹¹ VICENT CHULIA, F., *Introducción...*, p. 403 s.

complejo por sí mismo y no estático hace que el contrato de compraventa clásico, pese a su demostrada versatilidad a lo largo de la Historia, no responda a las necesidades en este caso concreto¹².

Consecuencia lógica de la asunción de esta praxis negocial propia del Derecho anglosajón, es la asunción del principio *caveat emptor* en estos contratos de compraventa de empresas.

III. PRINCIPIO CAVEAT EMPTOR

El principio *caveat emptor* podemos definirlo como aquel por el que el comprador debe asumir el riesgo de la calidad de los bienes comprados a menos que estén cubiertos por la garantía del vendedor¹³. Es decir, el vendedor sólo responde de aquellas cosas que expresamente haya prometido.

El principio, también aludido como *emptor debet esse curiosus*, trata de estimular la actividad de autoprotección del comprador, bien intensificando la verificación del estado de la cosa, bien pactando la garantía del vendedor.

Parsons¹⁴ justifica de este modo la adopción de este principio por el *common law*: «Si no existe una garantía expresa, el *common law* no da por implícita ninguna en general. La regla es incuestionable, *caveat emptor*. Aparentemente es una regla severa, y en ocasiones produce injusticias o inflexibilidad.... Como regla general podemos optar por esta regla o por su opuesta; y no nos damos cuenta de que la regla opuesta, es decir, que cada venta implica una garantía de calidad, causaría un inmenso incremento de litigios e injusticia. Siempre está en la mano del comprador exigir una garantía; y si no la obtiene, sabe que compra sin garantía, y debe proceder en consecuencia».

El juego se reparte de acuerdo con estas reglas:

1.º Verificación del estado de la cosa objeto del contrato exigido tanto al comprador como al vendedor.

2.º De este modo, el comprador podrá exigir garantías que le cubran de los posibles riesgos.

3.º El vendedor podrá dar garantías, sin asumir riesgos.

¹² HERNANDO CEBRIÀ, L., *El contrato de compraventa de empresas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2005, p. 358.

¹³ *Collins English Dictionary*. Copyright © HarperCollins Publishers.

¹⁴ Citado por CARRASCO PERERA, A., «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento» en J.M., ÁLVAREZ ARJONA – A., PERERA CARRASCO (Direcc.), *Adquisiciones de empresas*, 3º Ed., Pamplona, Aranzadi, 2010, pp. 285-358, en concreto p. 286, nt. 4.

A este reparto de juego responde el modelo analítico de contratación referido a la compraventa de empresas.

IV. MODELO ANALÍTICO DE CONTRATACIÓN EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESAS

El modelo analítico de contratación se caracteriza por reconocer un amplio margen a la autonomía privada. En ausencia de regulación, las partes determinan los puntos relevantes en la transmisión de empresas¹⁵.

El contrato se lleva a cabo a través de un proceso de negociación en el que pueden distinguirse distintas fases¹⁶:

1.º Una primera fase equivaldría a unos tratos preliminares, la toma de contacto con los posibles vendedores; se redactarían después unas cartas de intenciones de carácter no vinculante.

2.º A continuación, se procedería a realizar una serie de informes periciales (due diligence), destinados a obtener información financiera sobre el estado de salud de la empresa.

3.º En un tercer momento, se pasaría a formalizar o perfeccionar el contrato, cuyo contenido incluiría una serie de cláusulas, las llamadas «manifestaciones y garantías» consistentes en un listado de materias sobre las que el vendedor manifiesta y garantiza su contenido y de las que el comprador hace depender su voluntad de compra.

4.º Llegamos así al cierre, momento final de la operación de adquisición de la empresa. En este momento se produciría el intercambio de cosa por precio.

En este momento pueden reproducirse las «manifestaciones y garantías» para el caso en que la empresa haya sufrido alguna modificación desde el momento de la firma del contrato, de tal forma que éstas sean conocidas por el adquirente, pudiendo no estar obligado a adquirir o pedir una reducción del precio.

En este momento del cierre también se tomarán en consideración elementos de la realidad exterior que pueden tener incidencia sobre el futuro de

¹⁵ Incluiría tanto el «share deal» o compraventa de capa, que comprende la adquisición del activo+pasivo de la empresa, como el «asset deal» en el que se compran sólo los activos de la empresa.

¹⁶ ÁLVAREZ ARJONA, J.M., «Elementos comunes y estrategia del cierre» en J.M., ÁLVAREZ ARJONA – A. CARRASCO PERERA (Direcc.), *Adquisiciones de empresas*, Pamplona, Aranzadi, 2010, pp. 55-121.

la empresa, su crecimiento o su perpetuación. Son las llamadas cláusulas MAC (material adverse change/efecto adverso importante).

V. RELACIONES CAUSA-EFECTO ENTRE LAS «DUE DILIGENCE» Y LAS «MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS»

Nos interesa detenernos en la relación causa-efecto entre las «due diligence» y las «manifestaciones y garantías».

El proceso conocido como «due diligence»¹⁷ consiste en que durante un periodo de tiempo el comprador dispone de acceso ilimitado a la empresa, y a todos los elementos que la integran, a fin de, a través de su estudio, tener una imagen patrimonial de la empresa lo más nítida posible, que incluiría aspectos financieros, legales, fiscales, comerciales, medioambientales...¹⁸.

En el transcurso de este proceso el vendedor debe colaborar, proporcionando la información que le sea requerida de acuerdo con el principio de buena fe que debe presidir los contratos.

En todo caso la información obtenida a través de las «due diligence» tiene sus limitaciones pues depende de los datos facilitados por el vendedor y por tanto el comprador está expuesto al riesgo.

Es aquí, cuando entran en juego las «manifestaciones y garantías»¹⁹ que el vendedor otorga a favor del comprador apoyando el resultado de las «due diligence» cuando se trate de aspectos que sea imposible o no rentable com-

¹⁷ El origen de las Due diligence lo encontramos en EEUU en las Securities Act de 1933. La Ley de Valores de 1933 fue la primera legislación federal utilizada para regular el mercado de valores. La Ley de Valores de 1933 se estableció como resultado de la crisis del mercado de valores de 1929. La legislación tenía dos objetivos principales: garantizar una mayor transparencia en los estados financieros para que los inversores puedan tomar decisiones informadas sobre las inversiones; establecer leyes contra la tergiversación y las actividades fraudulentas en los mercados de valores.

¹⁸ GIMENO RIBES, M., *La protección al comprador en la adquisición de empresas*, Granada, Comares, 2013, p. 170-171.

¹⁹ «representations and warranties», el término *representations*, lo hemos traducido como «manifestaciones»; estas cumplen una función informativa de la situación de la empresa. Las *warranties*, que hemos traducido como garantías, aseguran la compensación que determinen las partes, ante el incumplimiento de las manifestaciones.

Estas manifestaciones y garantías, sin ser éste un contenido necesario, en general contendrán dos órdenes de compromisos. En primer lugar habrá una serie de manifestaciones referidas a hechos o estados de cosas: se referirán a la constitución, capacidad, capital, estatutos de la sociedad vendedora o adquirida, órganos de administración, auditores, poderes, estado financiero, libros de comercio, impuestos, principales contratos, propiedad intelectual e industrial, activos muebles e inmuebles, seguros, plantillas laborales y contratos de servicios, licencias y autorizaciones administrativas, litigios, cuestiones medioambientales, seguridad de productos. En segundo lugar contendrá unas manifestaciones hechas sobre las propias manifestaciones en las que el vendedor declara que éstas son veraces, correctas y completas.

probar por el comprador. Comunicando al comprador una serie de circunstancias relativas a la empresa o a su entorno y asegurándole que son ciertas²⁰.

Las «manifestaciones y garantías» constituyen asignaciones contractuales de riesgos²¹:

- Los riesgos asignados al vendedor en la lista de «manifestaciones y garantías», son riesgos que éste soporta, aunque el comprador hubiera podido averiguar su existencia en el proceso de las «due diligence».

- Los riesgos excluidos de la lista de «manifestaciones y garantías», son riesgos voluntariamente asumidos por el comprador, aunque se trate de riesgos que, en ausencia de pacto, hubiera tenido que asumir el vendedor.

- La lista de garantías incluye los remedios contractuales en caso de que surjan contingencias. Estos remedios pueden ser:

1. Rescisión del contrato, éste se dará sólo en supuestos excepcionales como en los casos de responsabilidad por evicción en el caso de que el comprador fuera desposeído de la empresa.

2. Minoración del precio (*quanti minoris*).

3. Indemnizaciones, sometidas a límites cuantitativos y temporales, permitiendo mayor seguridad del tráfico y reduciendo posibles costes de litigios por cuantías pequeñas.

Nos interesa detenernos en el juego de los dos elementos referidos: Las «due diligence» y las «manifestaciones y garantías». Y las relaciones causa-efecto que entre ellas se producen para hacer efectiva la protección al comprador que deriva de la aplicación del principio *caveat emptor*.

El juego de ambos mecanismos persigue un doble fin:

De un lado, actúa como mecanismo de información para el comprador en la evaluación de debilidades y riesgos actuales y futuros de la empresa.

Por otro lado, permite al vendedor trasladar la carga de la evaluación al comprador y le dispensa de responsabilidades derivadas de vicios en el consentimiento de la contraparte.

En esto consistiría el juego del principio *caveat emptor* para la doctrina americana²².

²⁰ HALLET CHARRO, R., «Due diligence» en J.M., ÁLVAREZ ARJONA – A., CARRASCO PERERA (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, Pamplona, Aranzadi, 2010, pp. 191-257.

²¹ CARRASCO PERERA, A., «Manifestaciones y garantías...», en concreto pp. 296-298.

²² HERNANDO CEBRIÀ, L., *La revisión legal (legal due diligence) en el Derecho mercantil*, Granada, Comares, 2008, p. 10.

VI. CONCLUSIONES

Finalizaremos con una serie de conclusiones/reflexiones que nos han surgido en torno al estudio del principio *caveat emptor*:

1. El principio *caveat emptor* responde históricamente a las estructuras jurídicas de las economías tempranas, entre ellas la romana.

Sería el principio que caracterizaría la moral económica romana. Basta recordar que los romanos admitían el *dolus bonus* en sus transacciones comerciales, entendido como estratagemas, mañas o alabanzas exageradas de las mercancías, resaltando cualidades que no tienen dirigidas a que se contrate.

2. El principio *caveat emptor* es el propio de las economías capitalistas. En este sentido, surge una duda, ¿cómo debemos interpretar este principio en el marco de las economías de la Unión Europea, siendo sus Estados, «Estados sociales y democráticos de Derecho»?

Utilizaremos el concepto economía capitalista, entendiendo ésta como el sistema económico o los principios económicos que rigen entre los profesionales del comercio. Excluyendo del concepto economía capitalista, desde la perspectiva de nuestro principio, los contratos con consumidores o todo lo que afecte a los derechos de los consumidores que deben regirse por principios que garanticen la protección al consumidor²³.

3. Entendiéndolo así, podemos concluir que el principio *caveat emptor* es el que se aplica según nuestro Código civil a las compraventas de empresas²⁴. Véamos:

²³ En los contratos con los consumidores regiría el principio de conformidad, incorporado a nuestro ordenamiento en cumplimiento de la Directiva 44/1999 sobre determinados aspectos de la Venta y Garantía de Bienes de consumo, a través de la Ley 23/2003 de la Venta y garantía de Bienes de consumo. Posteriormente incorporado al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. El principio de conformidad supone incorporar a nuestro ordenamiento el régimen del incumplimiento contractual establecido por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

²⁴ Sobre el modelo legal de contratación que recoge nuestro Derecho positivo y las garantías que en él se recogen y su especial aplicación al contrato de compraventa de empresas, ver GIMENO RIBES, M., *La protección al comprador...*, p. 76 ss. Para el autor, la institución de las acciones edilicias o saneamiento por vicios ocultos es, probablemente, la que más se ajusta a las necesidades de la compraventa de empresa, pues permite otorgar un tratamiento a las posibles inadecuaciones del objeto, bien rescindiendo el contrato, bien reduciendo el precio, permitiendo llegar a una solución económica justa. De ambos remedios, sería el destinado a obtener una reducción del precio el que más se adecuaría al supuesto de compraventa de empresas; pues la aplicación de la acción redhibitoria genera en una compraventa de empresas una situación compleja y poco apropiada, especialmente cuando la empresa ya ha desarrollado su actividad normal tras la transmisión, generando unos beneficios que han podido reinvertirse.

1.º Nuestro art. 1484Cc excluye de la obligación del saneamiento en aquellos casos en los que el vicio sea manifiesto o no estando a la vista el comprador fuese un perito que por razón de su oficio o profesión pudiera conocerlo.

2.º Todo empresario, por su condición de tal, puede considerarse un perito. Debemos valorar el hecho de que el comprador es más que probable que desarrolle su actividad empresarial en el mismo sector.

También debemos valorar que según el mayor o menor tamaño de la empresa el comprador puede contar con asesoramiento profesional.

Así, sólo se aplicaría nuestro régimen legal de las acciones edilicias en las compraventas de empresas en aquellos casos de pequeñas empresas o en aquellos casos que el comprador fuera un particular, esto último es poco probable.

4. Debemos plantearnos, si el principio *caveat emptor* es el aplicable en las compraventas de empresas según el art. 1484Cc, ¿qué aporta a la praxis el modelo de contratación analítico? Muy sencillo, el modelo analítico de contratación nos permite anticipar problemas y anticipar soluciones, evitando litigios y reforzando la seguridad del tráfico jurídico. Frente al régimen legal que se plantea desde la perspectiva del ejercicio de acciones.

5. Un apunte final: a lo largo de la exposición las referencias romanísticas han sido constantes; desde los remedios mencionados: la rescisión del contrato (acción redhibitoria); la reducción del precio o indemnización (*quantum minoris*). La referencia al principio de buena fe que debe presidir la contratación entre las partes.

Resulta evidente el reconocimiento de los fundamentos romanísticos del contrato de compraventa, también en el modelo analítico anglosajón por el que se sustancia el contrato de compraventa de empresas.

**ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES
DE LA CONFUSIÓN COMO MODO DE EXTINCIÓN DE LAS
OBLIGACIONES: DERECHO ROMANO Y PROYECCIÓN
ROMANÍSTICA**

*Some exceptions to the irrevocable effects of confusion as a means to the
extinguishment of obligations: Roman law and effects in Civil law*

ALFONSO MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos

Resumen: La confusión se produce cuando coinciden en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor. En estos casos, la doctrina siempre se ha preguntado si realmente la extinción de la deuda extingue, elimina, la relación jurídica obligatoria que la originó. Qué sucede si con posterioridad los actos que provocaron la confusión resultan ser ineficaces: ¿Revive la obligación que se dio por extinguida? ¿Se produce su reviviscencia?

Palabras clave: Extinción de las obligaciones, *confusio*, negocios *mortis causa*, herencia, legados, fideicomisos, *donationes mortis causa*, *donatio omnium bonorum*.

Abstract: Confusion arises when the qualities of creditor and debtor meet together in one person. In these cases, the doctrine has always questioned whether the extinguishment of the debt really removes the obligatory legal relation that originated it. What happens if the facts that were the cause of the confusion were subsequently rendered void? Will there be a revival of the obligation that was considered extinguished? Will its reinstatement ensue?

Keywords: Extinguishment of obligations, *confusio*, business *mortis causa*, inheritance, legacy, trusteeship, *donationes mortis causa*, *donatio omnium bonorum*.

SUMARIO: I.—Planteamiento. II.—Efectos de la confusión. III.—Gayo 4.78 y la reviviscencia de la obligación. IV.—Confusión y negocios *mortis causa*. V.—Sucesión *mortis causa* a título particular: A) Legados. B) Fideicomisos. 1.—Confusión entre el fideicomitente deudor y el fiduciario acreedor. 2.—Confusión entre el fideicomitente acreedor y el fiduciario deudor. VI.—Confusión en casos de *donationes mortis causa*. VII.—Confusión en casos de *donatio omnium bonorum* (donación universal). VIII.—Reflexión final.

I. PLANTEAMIENTO

La confusión se produce cuando coinciden en una misma persona las cualidades incompatibles¹ de acreedor y deudor. Partiendo de esta circunstancia, y como nadie puede ser deudor de sí mismo (*nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse*)², se acepta comúnmente que la confusión es un modo de extinción de las obligaciones. Además, su apoyo procesal también es muy obvio: uno no puede litigar contra sí mismo —*ipse mecum agere non possum*—³. Por lo tanto, podría afirmarse que la confusión es un modo de extinción de las obligaciones en cuya virtud dejan de existir. Este es un hecho irrefutable para un elevado número de casos; así, normalmente, la confusión se produce como consecuencia de la herencia o bien de otras adquisiciones universales⁴. Es un modo de extinción *ipso iure* que hace desaparecer, en principio, la obligación totalmente, de forma definitiva y para todos los obligados cuando son varios⁵. Ello contrasta con los modos *ope exceptionis* que solamente facultan para impugnarla cuando se alegan por vía de excepción, y puede operar únicamente respecto de alguno de los sujetos, si son varios, y no afecta a los fiadores⁶ ni a otras medidas asegurativas⁷.

¹ El principio de la incompatibilidad, base de la imposibilidad, es varias veces reiterado por SOLAZZI, S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, vol. I., 2ª ed., Napoli, ed. E. Jovene, 1935, pp. 277, 281, 296, 314.

² D.46.1.21.3 (*Afric. 7 quaest.*).

³ Gayo 4.78.

⁴ D.18.4.2.18: *Cum quis debitori suo heres exstitit confusione creditor esse desinit.*

⁵ D.46.3.107(*Pomp. 2 enchir.*).— *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.*

⁶ Sobre las formas en que puede presentarse la confusión en las obligaciones garantizadas mediante una fianza (*fideiussio*), vid. JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones garantizadas con fianza», en AA.VV., *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba* (coord. por R. Casado Raigón, I. Gallego Domínguez), tomo II, Córdoba, ed. Universidad de Córdoba, 2005, pp. 747-759. Igual en Revista General de Derecho Romano, n.º 3, diciembre 2004 (www.iustel.com). También de la misma Autora, *Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en derecho romano*, Madrid, ed. Dykinson, S.L., 2017, pp. 54 ss.

⁷ La confusión también es un modo de extinción de los derechos reales, fundamentalmente de los *iura in re aliena*, como consecuencia de la integración en un mismo sujeto de las dos distintas titularida-

Sin embargo, todas estas aseveraciones, mantenidas en el tiempo por la doctrina, quiebran ante determinadas circunstancias que seguidamente se van a exponer y a las cuales se dedica este estudio. Es necesario partir de que la confusión como causa de extinción de las obligaciones es involuntaria, junto con la compensación, la pérdida de la cosa debida, la imposibilidad de la prestación por causa sobrevenida, o por muerte en casos de obligaciones personalísimas, o por prescripciones extintivas, frente a las causas voluntarias como prototipo de pago (*solutio*), entre las que se encuentran la dación en pago, la consignación, la condonación, la novación, el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, o también en casos de condición y término resolutorio⁸. Ello conduce a preguntarse de forma retórica aunque no irreal, si realmente la extinción

des jurídicas. Esta situación se produce, básicamente, cuando en un mismo sujeto confluye la propiedad de dos fundos gravados entre sí con servidumbre, lo que conlleva la extinción de esta. Es decir, en una misma persona se une la cualidad de propietario del fundo dominante y del fundo sirviente. El principio que rige en este caso es: *nemini res sua servit.* (D.8.2.26; D.8.2.30(29) *pr.*; D.8.6.1; D.30.116.4). Lo mismo puede decirse de las servidumbres personalísimas: usufructo, uso y *habitatio*, cuando se produce lo que se denomina consolidación en la misma persona: coincidencia de los derechos de nudo propietario y usufructuario, usuario o *habitor*. (D.7.2.3.2; D.7.9.4; D.23.3.78.2). O de los derechos reales de enfiteusis y superficie, que también se extinguen por confusión al coincidir en la misma persona el derecho de propiedad y el derecho de enfiteusis o de superficie. *Vid.* BETTI, E., «Sulla concezione classica della 'confusio'», en *SDHI*, 1962, (28), pp. 14-26. JIMÉNEZ SALCEDO, *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp.131-151. Aunque no es objeto del trabajo, se sabe que en aquellos casos en que desaparezca la confusión de derechos en la misma persona, los *iura in re aliena* renacen, se produce su reviviscencia, como constan en D.36.1.73.1 (*Maec. 13 fid.*).— *Cum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent.* Para VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. II, *Parte Speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2.ª ed., Milano, ed. A. Giuffrè, 1963, p. 364 nt. 107, se trata de una reviviscencia *iure pretorio*. También podría hablarse de la *confusio* como modo de adquisición de la propiedad, en la mezcla de líquidos (D.6.1.5.1; I.2.1.27), o de la *commixtio*, mezcla de sólidos (D.6.1.3.2; D.41.1.7.8; D.41.1.12.1). En todos los casos expuestos se produce la reunión en una sola persona de la titularidad principal y de la accesoria, o de la unión de un crédito y una obligación, o del derecho de propiedad, produciéndose en todos el efecto final de la extinción, siendo la causa la reunión en una misma persona de cualidades distintas y opuestas. Todo ello llevaría a plantear una teoría general de la confusión que difícilmente puede tener una configuración unitaria. Sin duda, se necesita disciplinar sistemáticamente la institución de la confusión como modo de extinción de las obligaciones. Los jurisconsultos romanos no elaboraron ninguna teoría general sobre la confusión, se limitaron a resolver los casos que se les iban planteando en atención a sus circunstancias particulares, lo que no empuja para observar tendencias de solución de forma común en diferentes supuestos de confusión. *Vid.* JIMÉNEZ SALCEDO, M.ª DEL C., «Algunas reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones en derecho romano», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (AFDUC), n.º 7, 2003, pp. 487 ss.; igual en *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 29 ss. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «De la confusión de derechos, artículos 1192 a 1194», en AA.VV. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XVI, vol. 1*, (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), EDESA, Madrid, 1991, pp. 439 ss.

⁸ En opinión de JÖRS, P. – KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, (trad. de la 2ª ed. por L. Prieto Castro), Barcelona, ed. Labor S.A., 1965, p.277: «De todas las causas de extinción de las obligaciones la más importante fue en el derecho romano clásico y en el postclásico como en el moderno, el cumplimiento o pago (*solutio*), que consiste en la realización de la pretensión debida al acreedor. Constituía la finalidad de toda obligación, y su efectividad era el fin normal de la misma. Al lado del pago, todas las demás causas extintivas aparecen como anormales, unas en mayor, otras en menor grado».

de la deuda extingue, elimina, la relación jurídica obligatoria que la originó. Dado el caso, si con posterioridad resulta ser ineficaz el acto jurídico que provocó la confusión: ¿Revive la obligación que se dio por extinguida? ¿Se produce su reviviscencia?

II. EFECTOS DE LA CONFUSIÓN

Esta situación conduce necesariamente a hablar de los efectos de la confusión. A diferenciar entre efecto extintivo definitivo y efecto extintivo temporal o provisional. Efecto extintivo cuyo origen reside en la imposibilidad de que subsista la relación jurídica cuando se ha reducido el número de sujetos de la misma. Por ello, Betti, interpretando D.46.3.107, afirma que los clásicos concibieron la *confusio* como una circunstancia que resolvía el *vinculum iuris* sin satisfacer el interés crediticio⁹. Desde un punto de vista patrimonial, cuando la confusión se produce en la persona del acreedor, éste ve reducida una parte de su activo patrimonial, pues su patrimonio no se ha visto incrementado de una manera efectiva, por el contrario, cuando la confusión se produce en la persona del deudor, su patrimonio se incrementa en la medida en que se libera del importe de la obligación¹⁰. Por consiguiente, con independencia de que la confusión extinga la obligación, sus efectos, económicamente hablando, difieren grandemente en atención al sujeto activo (acreedor) o pasivo (deudor) en quien se produzcan, de ahí que quizás ésta fuera la razón por la cual los proculyanos defendieron la reviviscencia de la *obligatio* en aquellas ocasiones en que era imposible ejecutar la obligación, y defendían su estado de pendencia hasta tener certeza de la validez definitiva del acto jurídico que originó la confusión. Ratifica esta opinión Wacke¹¹, cuando afirma que «la confusión no sustituye propiamente el cumplimiento. No es equiparable al pago, en particular, porque las garantías accesorias previstas para garantizar la obligación no deben extinguirse, en tanto que el acreedor no queda completamente satisfecho, es decir, hasta que ha podido tomar todo lo que le corresponde del patrimonio de su deudor». Por ello, dice el romanista alemán, una cosa es induda-

⁹ BETTI, «Sulla concezione classica della «confusio»», cit., pp.14 ss.

¹⁰ Vid. LEDESMA URIBE, J. DE J., *La confusión como forma de extinción de las obligaciones del derecho romano al derecho actual*, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/27188/24535> (última consulta 30 de marzo 2019), pp.703 ss.

¹¹ WACKE, A., «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación? Crítica de la legislación y de la doctrina dominante», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano (SCDR)*, XXX, 2017, p.223.

ble: una persona no puede demandarse a sí mismo. En definitiva, a su juicio, la esencia de la confusión reside solo en la desaparición de la accionabilidad.

Es mucha la doctrina romanista y civilista que ha dedicado páginas a esta cuestión, y llama especialmente la atención que en los Proyectos europeos de unificación del derecho de obligaciones y contratos, salvo en el conocido como Código de Pavía, se asuma con total normalidad que la reunión en la misma persona de la cualidad de deudor y acreedor (confusión), extinga la deuda, extinga las obligaciones. Así, en el Draft Common Frame of Reference (DCFR) se habla de confusión, en el art. III.– 6:201¹². Igual, en The Principles of European Contract Law, art. 10:107¹³. En ambos Proyectos se reconoce a la confusión como un modo más de extinción de las obligaciones, dejando a salvo los derechos de terceros. Buscan soluciones coherentes con las exigencias del comercio, para tutelar la certeza de las relaciones jurídicas y favorecer de ese modo la circulación de la riqueza¹⁴. Más relevante, a la vez que sorprendente, es lo previsto en el Código Europeo de Contratos, art. 133.1¹⁵, en donde se indica que «Un crédito derivado de un contrato no es exigible cuando y por todo el tiempo que, en relación con él, la cualidad de acreedor y deudor, recaiga en la misma persona». Suscita esta redacción la duda de si la causa de ex-

¹² Section 2: Merger of debts.

III. – 6:201: Extinction of obligations by merger.

(1) An obligation is extinguished if the same person becomes debtor and creditor in the same capacity.

(2) Paragraph (1) does not, however, apply if the effect would be to deprive a third person of a right.

¹³ Article 10:107 Performance, Set-Off and Merger in Solidary Obligations

1.– Performance or set-off by a solidary debtor or set-off by the creditor against one solidary debtor discharges the other debtors in relation to the creditor to the extent of the performance or set-off.

2.– Merger of debts between a solidary debtor and the creditor discharges the other debtors only for the share of the debtor concerned.

¹⁴ ANCONA, L., «Modi di estinzione delle obbligazioni. La confusione», en AA.VV., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference II. Materiali e commento*, (a cura di G. Luchetti e A. Petrucci), Bologna, Pátron Editore, 2010, pp. 549 ss. En esta misma obra puede verse una somera referencia a la confusión como modo de extinción de las obligaciones en el derecho intermedio y en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Para algunas referencias de derecho comparado y relativas a las posibilidades de unificación en el mundo latinoamericano, LEDESMA URIBE, *La confusión como forma de extinción de las obligaciones*, cit., pp. 709 ss.

¹⁵ Art. 133 Confusión:

1.– El crédito que deriva de un contrato no es exigible cuando, y por todo el tiempo en que, en relación a éste, las cualidades de acreedor y deudor, se reúnen en la misma persona.

2.– Si también se reúnen en la misma persona las cualidades de acreedor y de deudor solidario, el efecto previsto en el párrafo anterior, se produce para la parte del susodicho deudor solidario en favor de los otros deudores. Si en la misma persona se reúnen las cualidades de acreedor solidario y de deudor, el efecto previsto en el párrafo anterior que precede se realiza para la parte del primero. Las mismas reglas se aplican a las obligaciones indivisibles.

3.– La confusión no es oponible frente a los terceros que pudieran por ella tener algún perjuicio y, en todo caso, cuando en las reglas en vigor en la Unión europea y en los Estados miembros, queda excluida en interés de los terceros.

tinción por confusión es definitiva o provisional, pues como dice Arce Flórez-Valdés¹⁶, «Cabe pensar, en efecto –y el artículo 133 en su regulación así lo sugiere-, si se trata propiamente de una causa de extinción (a partir de un momento y para siempre) o simplemente tiene el efecto de *no ser exigible cuando, y por todo el tiempo en que, en relación a éste, las cualidades de acreedor y deudor, se reúnen en la misma persona*. Porque la postura que se mantenga –extinción de la obligación o no exigibilidad– ha de influir en situaciones en que la reunión de la condición de acreedor y deudor en un mismo titular no sea definitiva». Se pregunta el Autor, a la luz de lo recogido en el Proyecto, y no sin razón, «¿Podrá plantearse la posible reviviscencia ulterior? ¿Deberá admitirse la posibilidad de un restablecimiento de la obligación?».

A esta proposición, ciertamente, no se ha llegado por azar; muchos de los miembros que compusieron la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Europeo de Contratos (Código de Pavía), eran romanistas o tenían una evidente influencia del derecho romano. Ello aboca a realizar un rastreo histórico partiendo del derecho romano para conocer la solución que se ha dado a esta realidad. Un discutido texto de Gayo evidencia que ya en el s. II d.C., la jurisprudencia romana no se ponía de acuerdo en cuanto a la confusión como medio de extinción de las obligaciones. Discusión, por otro lado, que se observa ha llegado hasta nuestros días y promete perpetuarse en el futuro, si algún día fuere legislación vigente el Código de Pavía.

III. GAYO 4.78 Y LA REVIVISCENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Gayo 4.78.– *Sed si filius patri aut seruus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem peruenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. Unde quaeritur, si alienus seruus filiusue¹⁷ noxam commiserit mihi et si postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. Nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo ab initio consistere non potuerit, ideoque licet exierit de mea potestate, agere me non posse.*

¹⁶ ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J., «Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo», en AA.VV., *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía) II, Comentarios en homenaje al Prof. D. J.L. de los Mozos* (Dir. C. Vattier; J.M.^a de la Cuesta; J.M.^a Caballero), Madrid, ed. Dykinson S.L., 2003, p. 533.

¹⁷ Para SOLAZZI, S., *Nè «accessiones» nè «adpromissores»*, en *Scritti di diritto romano III (1925-1937)*, Napoli, ed. E. Jovene, 1960, p. 348 nt. 23 *filiusve* es un glosema; la razón es que Gayo no habría pospuesto nunca el hijo al siervo, es más, el texto comienza con un orden diferente: hijo y siervo (*si filius patri aut seruus domino...*).

Diuersae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum uero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari.

Dice Gayo que si un hijo comete un delito contra su padre o el esclavo contra el amo, no surge ninguna acción noxal¹⁸, ya que no puede surgir una obligación entre quien está bajo mi potestad y yo. Consecuentemente, aunque pase a potestad de otra persona, o se haga independiente, no hay acción posible ni con él mismo ni con aquel bajo cuya potestad se halla. De ahí que se discuta, en caso de que un esclavo o hijo ajeno me causara un daño, y después entrara bajo mi potestad, si la acción se extingue o está como latente. Los maestros de nuestra escuela creen que se extingue, puesto que ha llegado a un estado en que no puede permanecer la obligación; y por eso, a pesar de que dejara de estar bajo mi potestad, ya no tengo acción por aquel delito (yo no podría litigar). Los maestros de la escuela contraria opinan que la acción está como latente mientras el que cometió el delito está bajo mi potestad, puesto que yo no puedo litigar conmigo mismo; pero al dejar de estar bajo mi potestad, entonces la acción revive (resucita).

Resulta obvio que entre las escuelas de los proculeyanos y los sabinanos existían diferencias de parecer, tal como queda reflejado en la segunda parte del texto *Unde quaeritur...*¹⁹. El supuesto es muy sencillo: cuando un hijo ajeno o un esclavo ajeno cometen un delito contra un tercero, y antes de que responda de dicho delito el padre o el dueño, uno u otro entran bajo potestad de la víctima, es decir, del tercero, momento en el que se produce la confusión, que siguiendo la regla habitual extingue la obligación, pero, sin embargo, es cuando surge la duda: *utrum intercidat actio an quiescat*. ¿La acción se extingue o permanece latente? Para los sabinianos la obligación se extingue, de tal manera que aunque el hijo o el esclavo salieran de la potestad del nuevo dueño,

¹⁸ Las *actiones noxales*, como acciones penales, se originaban cuando un hijo de familia o un esclavo, ambos carentes de personalidad ante el derecho pero sujetos a responsabilidad penal, cometían un delito, en cuyo caso dichas acciones se ejercitaban contra el padre o dueño, y era noxal en cuanto que el demandado si era vencido en juicio tenía la posible alternativa de o bien pagar la *poena* correspondiente al delito del hijo o del esclavo, o bien exonerarse de responsabilidad entregando en *noxae dandi*, el cuerpo del delincuente a la parte ofendida partiendo de la idea de que los actos del *filius* o *servus* no podían empeorar la posición de su *potestas-habiente*. Vid. TORRENT, A., s.v. *actiones noxales*, en Diccionario de derecho romano, Madrid, ed. Edisofer S.L., 2005, p. 69. GIMÉNEZ CANDELA, T., El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal, Pamplona, ed. EUNSA (Universidad de Navarra), 1981.

¹⁹ PERIÑÁN GÓMEZ, B., «El principio «*semel heres semper heres*» y la confusión de las obligaciones en el derecho romano», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII*, Valparaiso, Chile, 2005, pp. 134 ss.

éste no podría ejercitar ninguna acción²⁰. Sin embargo, para los proculeyanos, mientras que el que delinquiró está bajo la potestad de la víctima, la acción permanece latente, porque uno no puede litigar contra sí mismo, sería la víctima quien responde de los delitos del hijo o esclavo consigo mismo, y ello es imposible, *quia ipse mecum agere non possum*, pero, y aquí está la clave, tan pronto salgan, el hijo o el esclavo, de la potestad de la víctima, éste podrá litigar y exigir la pertinente responsabilidad por el delito cometido. Es decir, la acción revive, resucita, la obligación no se extinguió: *tunc eam resuscitari*. La confusión ha paralizado la extinción, ha suspendido los plenos efectos, pero no ha eliminado la relación jurídica que originó la responsabilidad. Sencillamente ha imposibilitado su ejercicio²¹. Los proculeyanos argumentaban en un plano procesal; *quiescat*, la responsabilidad existe en forma latente, «solo duerme pero no muere»²².

Por lo tanto, son los efectos de la confusión quienes definen su naturaleza. Mientras que la doctrina mayoritaria considera que es un modo de extinción que una vez producida se extingue con todos sus accesorios, para otros es un hecho que paraliza la posibilidad de ejercer acciones pues se considera un obstáculo en la ejecución de la obligación. Es decir, la concurrencia en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor, respecto de la misma deuda, la extingue de pleno derecho, pero, dice Montoya²³, como simplemente consiste en un obstáculo para la ejecución de la obligación, si la causa que origina la confusión fuere nula, la obligación recupera su validez.

Para los proculeyanos la obligación, cuando la confusión no producía plenos efectos, *tunc eam resuscitari*, revive, apreciación de la cual no informa únicamente Gayo (Gayo 4.78). También Papiniano, D.46.1.50²⁴ y Paulo, D.46.1.71²⁵, observan dicha opinión, al menos en casos muy concretos. En-

²⁰ Era el parecer que defendían los sabinianos: D.9.4.37 (*Tryph. 15 disp.*); D.47.2.18 *in fine* (*Paul. 9 ad Sab.*). HERNÁNDEZ-TEJERO, F., «Extinción de las obligaciones», en AA.VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994, p. 212. JIMÉNEZ SALCEDO, *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 77 ss.

²¹ Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, «Algunas reflexiones sobre la confusión», cit., pp.481 ss.

²² WACKE, «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación?», cit., p. 244.

²³ MONTOYA GÓMEZ, M., *De las obligaciones en el derecho romano*, Bogotá, ed. Temis, 1973, p. 171.

²⁴ D.46.1.50 (*Pap. 37 quaest.*).– *Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius), solutionis potestate; sed pro parte coheredis obligatio salva est non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem.*

²⁵ D.46.1.71 (*Paul. 4 quaest.*).– *Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. Mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principa-*

tienden la confusión como una especie de pago que el deudor se hacía a sí mismo una vez convertido en acreedor (*aut, quod est verius, solutionis potestate; veluti solutionis iure sublata obligatione*). O, como dice Montoya, más que una verdadera satisfacción, lo que había era un obstáculo a la ejecución²⁶. Lo cierto es que desaparecida la causa que imposibilita la ejecución, es decir, la causa que originó la confusión, la obligación puede exigirse nuevamente. Justiniano adoptó la posición de los sabinianos apoyado por la actividad de los compiladores, dado que no fue opinión común durante la época clásica la de este grupo de juristas.

IV. CONFUSIÓN Y NEGOCIOS *MORTIS CAUSA*

La reunión en la misma persona de la condición de acreedor y deudor puede darse tanto en los negocios *inter vivos* como en los negocios *mortis causa*²⁷. Los negocios *inter vivos* más habituales son: bien por cesión del crédito o de la deuda realizada por el acreedor cedente al deudor cesionario, o viceversa; bien por medio de un contrato consensual, por ejemplo, una compraventa que extinga un arrendamiento; bien por medio de una donación, que sería una condonación de la deuda, aunque existe un supuesto ciertamente especial, la donación universal *inter vivos* (*donatio omnium bonorum*), a la que se dedicará un pequeño *excursus*, sin soslayar que la investigación se centra en los negocios *mortis causa*; o bien por la venta de la herencia²⁸.

Por lo que respecta a los negocios *mortis causa*, puede suceder que sean tanto a título universal²⁹ como a título particular. Los casos más habituales de confusión en negocios *mortis causa* a título universal son: cuando el heredero es acreedor o deudor respectivamente del causante, y con motivo de la sucesión ya testada ya intestada se concentran los créditos y las obligaciones del *de*

li debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse.

²⁶ MONTROYA GÓMEZ, *ibidem*

²⁷ Vid. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., pp. 275 ss.

²⁸ TORRENT, A., *Venditio hereditatis. La venta de herencia en derecho romano*, Salamanca, ed. Universidad de Salamanca, 1966. JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Notas sobre la confusión y la venta de herencia», en *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 7, diciembre 2006 (www.iustel.com.); igual en *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 119-130.

²⁹ Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Aspectos de la confusión de las obligaciones como consecuencia de la sucesión hereditaria», en *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 2, junio 2004 (www.iustel.com.). Igual en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Murcia, ed. Universidad de Murcia, 2004, pp. 2533-2544; también, de la misma Autora, en *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 85-101. PERIÑÁN GÓMEZ, «El principio «*semel heres semper heres*» y la confusión de las obligaciones en el derecho romano», cit., pp. 123-139.

cuius y del heredero en la misma persona. Por lo que respecta a la sucesión *mortis causa* a título particular, los supuestos más habituales son el legado, los supuestos de fideicomiso, y por analogía, los supuestos de *donatio mortis causa*, siempre que en ellos se produzca la situación básica y fundamental de toda confusión: que coincida en la misma persona la condición de acreedor y deudor. La confusión, obviamente, puede ser total o parcial, lo que no impide para ratificar su existencia.

La aceptación de la herencia determina que las relaciones obligatorias que pudieran existir entre el causante y el heredero se extinguen por confusión. Se trata de un principio clásico que ha perdurado hasta la actualidad. Las fuentes lo expresan con absoluta rotundidad. Sin embargo, esta opinión no será tan fácilmente sostenible cuando se aborde la cuestión de los legados y fideicomisos. Entre las fuentes que evidencian las consecuencias de la confusión, y por tanto la extinción definitiva de la obligación, se pueden señalar las siguientes. D.34.3.21.1 (*Terent. 12 ad leg. Iul. et Pap.*).— ... *quia confusione perinde extinguitur obligatio...*; D.36.1.60(58) *pr. (Pap. 9 resp.)*.— ... *actio eo confusa per Trebellianum reintegrari non potest*; D.36.1.61(59) *pr. (Paul 4 quaest.)*.— *aditione quidem hereditatis confusa obligatio est...*; D.46.3.75 (*Mod. 8 reg.*).— *si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem*; D.46.3.95.2 (*Pap. 28 quaest.*).— *Aditio hereditatis nonnumquam iure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.*

Si se observa la literalidad del inmediatamente transcrito fragmento papiniano, D.46.3.95.2, la rotundidad de la afirmación de que la obligación se extingue por confusión, cuando se produce la adición de la herencia, queda matizada por la locución adverbial *nonnumquam*, a veces, de donde puede deducirse, sin mayor dificultad, que cuando existen créditos y deudas entre el *de cuius* y el heredero, si son transmisibles, lo más frecuente es que se produzca una confusión total, pero no siempre, pues a veces puede producirse una confusión parcial, que lógicamente extingue la obligación en parte. Consecuencia de ello es que los créditos del heredero contra la herencia o los del causante contra el heredero, quedan extinguidos, fundamentalmente por la reunión de los dos patrimonios, derivado de la falta de pluralidad de partes (deudor–acreedor) a partir del momento de la aceptación de la herencia. La confusión parcial consta en otro elocuente texto del mismo jurista, Papiniano:

D.46.1.50 (*Pap. 37 quaest.*).— *Debitori creditor pro parte heres exstitit accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius), solutionis potestate: sed pro*

*parte coheredis obligatio salva est non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem*³⁰.

Pero no siempre la confusión, ya sea total ya sea parcial, extingue la obligación de forma definitiva como cuando el causante y el heredero sean acreedor y deudor, o viceversa, el uno del otro. Seguidamente se analiza la singularidad de algunos supuestos de sucesión *mortis causa* a título particular.

V. SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* A TÍTULO PARTICULAR

A) Legados.

Por lo que respecta a la sucesión *mortis causa* a título particular, que también provoca la extinción de las obligaciones por confusión, hay que diferenciar entre los casos de legado y los de fideicomiso. En los casos de legado, aunque teóricamente no se admite que el legado esté constituido por deudas, en general se acepta que un legado es toda disposición *mortis causa* que atribuye derechos a una persona pero que no le confiere el título de heredero. No obstante, las fuentes no son muy rigurosas con la definición de legado, y existen serias dificultades para comprender en un concepto general la gran variedad y disparidad de los tipos concretos de legados. Ahora bien, lo importante es que cuando coincide en el legatario la condición de acreedor y deudor, en virtud de una relación previa con el causante, se producirá la confusión. La consecuencia será la extinción de la previa relación jurídica entre ambos y por consiguiente de la obligación existente, la cual quedará extinguida.

Es conocido que el régimen jurídico de los legados fue aplicado a los fideicomisos³¹, cuya finalidad esencial consistía en regular la voluntad del disponente que quería hacer llegar determinados bienes o derechos a una determinada persona. Al igual que se verá infra, cómo surge la duda de si la confusión en materia fideicomisaria conlleva la extinción permanente o transitoria de la obligación, también surge semejante duda en materia de legados. Dada la gran variedad de tipos de legados y sus diferentes contenidos, solamente anotamos

³⁰ Situación similar recoge D.21.2.41 (*Paul. 2 ed. aed. curul.*).

³¹ D.30.1 (*Ulp. 67 ad ed.*).— *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*. Es un texto que a juicio de la doctrina está interpolado. Justiniano dejó muchas pruebas de que la fusión no se produjo en tiempos de Ulpiano sino bajo su mandato. Vid. ABELLÁN, M., *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, Madrid, ed. Universidad Complutense, 1982, pp. 57 ss., con abundante bibliografía.

de modo genérico la incertidumbre que genera semejante disposición *mortis causa*. Dos textos de las Instituciones de Gayo originan la desconfianza:

– Gayo 2.245.– *Ex diverso constat ab eo, qui in potestate tua est, herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si vero filius emancipatus aut servus manumissus erit vel in alium translatus, et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum*³².

– Gayo 2.189.– *Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut pos mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere: si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest*³³.

Nos dice Gayo que cuando se instituye heredero a un esclavo ajeno, debe aceptar la herencia por orden de su dueño, siempre que haya permanecido en el mismo estado, porque si su dueño lo enajenó estando vivo el testador, o lo enajenó después de su muerte (del testador), pero antes de hacerse la aceptación, el esclavo debe aceptar la herencia por orden de su nuevo dueño, y si fue manumitido, puede hacerlo él libremente. También nos dice Gayo (2.245), que por el contrario, es claro que vale el legado que se hace en tu favor cuando ha sido instituido heredero el que está bajo tu potestad, aunque se invalide si te haces heredero por su mediación, ya que no puedes deberte el legado a ti mismo. Pero si el hijo fue emancipado, o manumitido el esclavo o transmitido a otra persona, y él o la otra persona por su mediación se hacen herederos, el legado debe ser pagado.

Lo más sorprendente es que si el dueño, con independencia de que sea deudor o acreedor del causante, es nombrado por ejemplo, legatario, y su hijo o su esclavo, heredero, tan pronto como estos estando bajo su autoridad acepten la herencia, no solo se extinguirá por confusión el legado sino también las deudas; por el contrario, si el hijo hubiera sido emancipado, o el esclavo manumitido o vendido, y en su nueva condición aceptasen la herencia, bien por voluntad propia (hijo emancipado) o bien por orden del nuevo dueño (el esclavo), las deudas o créditos en favor o en contra del antiguo *pater* o dueño, subsisten. No es que sea un caso similar al recogido en Gayo 4.78, pero sí induce la duda de qué solución debe darse cuando el cambio de condición jurídica se produzca en el ínterin entre la muerte del causante, la aceptación de la herencia, la emancipación del *filius*, la manumisión del esclavo o su transmisión. Porque no se soslaye el supuesto por el cual un tercero, ya deudor ya acreedor

³² I.2.20.33.

³³ I.2.14.2.

del causante, adquiere un esclavo ajeno nombrado heredero por aquél, y de cuya aceptación va a depender la extinción por confusión de las obligaciones preexistentes. Meridianamente consta en I.4.14.1 *in fine*³⁴, cuando se dice que el esclavo ajeno instituido heredero, si hubiere permanecido en la misma condición, deberá adir la herencia por mandato de su dueño, pero si hubiera sido enajenado por éste o viviendo el testador o inmediatamente después de su muerte (del testador) y antes de adir la herencia, debe adirla por orden de su nuevo dueño. Ahora bien, si ha sido manumitido viviendo el testador o después de muerto antes de adirla, puede adir la herencia a su arbitrio. Por consiguiente, y aplicando las opiniones de las escuelas de proculeyanos y sabianianos, tal y como se recoge en Gayo 4.78, dependiendo del régimen de sumisión en que se halle el hijo o esclavo sometido a la potestad o dominio del *pater* o dueño, va ocasionar que el legado se extinga por confusión (cuando hijo o esclavo acepten la herencia o legados en régimen de sumisión), o reviva, es decir, sea exigible, si el hijo está emancipado o el esclavo pertenece a otro dueño o es manumitido en testamento, en cuyo caso el legado será de necesario cumplimiento.

B) Fideicomisos.

También suscitan dudas en relación con la confusión como modo de extinción de las obligaciones los casos de institución fideicomisaria. Una vez que el heredero fiduciario adía la herencia se producían los mismos efectos que en toda adición, «se subroga en la personalidad del testador con todos los derechos y obligaciones que a éste pertenecían, salvo los personalísimos; deviene propietario de las cosas de la herencia, acreedor de los créditos hereditarios y deudor de las deudas hereditarias»³⁵. Por cierto, que la extinción de créditos y deudas entre el disponente y el fiduciario no tiene idénticas consecuencias en el fideicomiso *in genere* que en el fideicomiso de *eo quod supererit*.

Se sabe que en cualquier tipo de fideicomiso, desde el momento en que el fiduciario recibe la herencia se produce una especie de mezcla o confusión entre los bienes de los dos patrimonios, pero el problema, sabido que no se transmiten los derechos personalísimos es, ¿qué ocurre con los créditos y deudas que tenían contraídos mutuamente fideicomitente y heredero? Si el fidu-

³⁴ I.2.14.1 *in fine*.— *Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu eius domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius antequam adeat, debet iussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.*

³⁵ CLEMENTE DE DIEGO, F., *El fideicomiso de eo quod supererit en derecho romano*. (Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico 1926-27 en la Universidad Central), Madrid, 1926, p. 81.

ciario fuera un heredero normal, una vez que pasaran a él todos los derechos y obligaciones de un patrimonio hereditario, las deudas y créditos que tuvieran mutuamente contraídos desaparecerían, como ut supra se ha visto. Sin embargo, como el fiduciario no es un heredero normal o acostumbrado, sino que por el propio encargo fiduciario tiene que transmitir lo recibido o una parte al fideicomisario, no se puede decir que créditos y deudas se extingan, porque la relación no es ya para con el testador sino para con el fideicomisario. Entonces podríamos decir que créditos y deudas, cuando están en manos del fiduciario se extinguen, y por el contrario, cuando llega el momento de la restitución surgen, y es cuando se hacen efectivos los derechos y obligaciones. Así, pues, todas las relaciones jurídicas existentes entre testador y fiduciario cuando la herencia está en manos de éste último se extinguen, pero con una salvedad, que esto es sólo momentáneamente. En la herencia fideicomisaria la relación renace porque la confusión era provisional y *pro tempore*³⁶.

Esta confusión, entre derechos y obligaciones, no se puede decir que tuviera la misma duración en el fideicomiso puro o general que en el de residuo. La confusión sólo dura hasta el momento de la restitución, momento que es diferente en el fideicomiso de residuo que en el común, pues mientras en aquél tiene lugar a la muerte del fiduciario, en éste tendrá lugar cuando haya dispuesto el fideicomitente, según el fideicomiso fuera temporal o condicional. Dependiendo de las relaciones que el fiduciario mantuviese con el disponente, podían colocar a cualquiera de ellos en la situación de acreedor o deudor el uno del otro. Son dos situaciones diferentes a la vista del distinto comportamiento de los sujetos que intervienen en un fideicomiso, con evidentes diferencias según que el fideicomitente sea deudor y el fiduciario acreedor, o que el fideicomitente sea acreedor y el fiduciario deudor, o incluso cuando interviene un tercero deudor de la herencia.

1. Confusión entre el fideicomitente deudor y el fiduciario acreedor.

Cuando la relación sea entre el testador y el fiduciario, y el primero se encuentre en posición de deudor y el segundo de acreedor, una vez que se produce la transmisión hereditaria el fiduciario pierde por confusión aquel crédito que tenía contra el testador³⁷:

D.36.1.61(59) pr. (Paul. 4 quaest.)– Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris:

³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I. Parte general. Teoría general del contrato, 5ª ed., Madrid, ed. Dykinson S.L., 2011, p. 299.

³⁷ WINDSCHEID, B., *Il diritto delle Pandette*, vol. III (trad. ital.), Torino, ed. Utet, 1925, p. 528.

cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset: nam et cum de lucro heres scriptus a sit, quod forte legatum accepit, si heres non exitisset, responsum est non esse cogendum adire nisi legato praestito. Ubi quidem potuit dici nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adisset, in ipsius voluntate posuit aditionem: sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei praestamus.

El asunto que Paulo presenta en este texto es el siguiente: Un deudor (fideicomitente) instituyó heredero fiduciario a su acreedor pignoraticio al que ruega que entregue el fideicomiso de toda a herencia³⁸ a la hija del propio testador. El heredero fiduciario, no queriendo adirla por considerarla sospechosa³⁹, es obligado a adir por el pretor, restituyéndola después a la fideicomisaria. Paulo deja entender que aunque restituyó la herencia, el heredero fiduciario se quedó con la posesión de la prenda, pues no habiendo encontrado comprador pidió la *impetratio dominii*. De todo ello, se deduce que había dos obligaciones, la principal, que se extingue por la confusión, *aditione quidem hereditatis confusa obligatio est*, mientras que la obligación accesoria, la prenda, no se extingue⁴⁰. A partir de este momento, el texto ha sido muy criticado, viéndole múltiples alteraciones⁴¹ y pudiéndose llegar a la conclusión de que no es clásico por haber sufrido ediciones sucesivas de la misma colección⁴²,

³⁸ LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis I*, Lipsiae, ed. Bernhardi Tauchnitz, 1889, coloca este texto bajo la rúbrica *De mandati* c. 1318 alejado de la materia de los fideicomisos.

³⁹ Razón convincente la que da TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, ed. Universidad de Oviedo, 1975, p. 95, para considerar sospechosa a la herencia; afirma que «Lo más probable es que la cuantía de la deuda garantizada con prenda superase la cuarta parte del valor de la herencia, pues en caso distinto la herencia no tenía razón de ser sospechosa para el heredero».

⁴⁰ JIMÉNEZ SALCEDO, *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 49 ss.

⁴¹ *Vid. Index Interpolationum*, D.36.1.61 (59) *pr.*

⁴² FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, vol. II. Le garanzie reali*, Padova, ed. Cedam, 1963, p. 105.

mientras que algún autor, como Solazzi⁴³, cree ver una solución sustancialmente clásica en su contenido⁴⁴.

En el fondo lo que en este estudio interesa es el comportamiento jurídico del fiduciario acreedor en contra de la herencia que recibe del deudor (fideicomitente) en el fideicomiso *in genere*. Cuando en la sucesión *mortis causa* normal el acreedor se convierte en heredero del causante-deudor se extinguen por confusión los derechos de los que era titular, sin embargo, en el fideicomiso puro esto no ocurre, y por lo tanto la confusión sólo se produce temporalmente⁴⁵. ¿Por qué la confusión se produce sólo temporalmente? Pues bien, como se ha visto en D.36.1.61(59) *pr.*, el heredero era acreedor del causante y tenía garantizado el crédito con prenda; en situación normal de heredero desde que adiera la herencia desaparecerían los derechos de crédito y los derechos sobre la prenda; sin embargo, como tiene que restituir lo recibido, el crédito «renace» de nuevo. Es decir, mientras la herencia estuvo en manos del heredero fiduciario se extinguió, pero cuando sale de las mismas resurge de nuevo el «crédito», pero solo como obligación accesoria representada en el *pignus*. Esta nueva relación jurídica el fiduciario podrá hacerla efectiva contra el fideicomisario, punto éste que nos aclara Paulo poniéndonos dos hipótesis: que la prenda la posea el acreedor heredero o la posea el fideicomisario. ¿Qué sucede si la posee el heredero fiduciario? Cuando el heredero fiduciario sea el que posea no se verá molestado nunca: *nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio*⁴⁶. Por el contrario, cuando quien posea sea el fideicomisario, el fiduciario heredero *Serviana actio tenebit*, y esto porque *verum est enim, non esse solutam pecuniam*.

Dos puntos hay en el texto paulino reconocidos por Daube⁴⁷ y por Longo⁴⁸ como clásicos, a partir de los cuales se comprende todo el contenido del texto, son: *aditione hereditatis confusa obligatio est*, y *verum est non esse solutam pecuniam*. De las dos obligaciones que se presentaban, la principal, el crédito, y la accesoria, el *pignus*, con la confusión se extinguía la

⁴³ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 298 nt. 1.

⁴⁴ Afirma ANKUM, H., «Pignus et confusio dans le texte D.36.1.61(59) *pr.*», en AA.VV., *Fides humanitas ius. Studii in onore L. Labruna I*, Napoli, ed. Scientifica, 2007, pp.151–168, que el texto, del cual, por cierto, realiza una profunda y rigurosa exégesis, no contiene ninguna interpolación realizada por los compiladores (p. 154). Es un texto sustancialmente clásico.

⁴⁵ FONT BOIX, V., y MARTÍNEZ-RADIO, A. DE LA E., «El fideicomiso de residuo «eo quod supererit» y «si quid supererit»», en AA.VV., *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1965, p. 564.

⁴⁶ Señala TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 96, que ambas soluciones no parecen clásicas.

⁴⁷ DAUBE, D., «Sale of Inheritance and Merger of Rights», en ZSS, 74, 1957, p. 295.

⁴⁸ LONGO, G., *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano, ed. A. Giuffrè, 1962, p. 209.

primera, pero no la segunda que renace con la restitución. Sin duda, esta afirmación puede resultar exagerada, pues el derecho accesorio, la prenda, debe seguir siempre la misma suerte que la deuda principal, como nos dice Ulpiano en D.46.3.43 (*Ulp. 2 reg.*)⁴⁹, extremo éste que se contradice en D.36.1.61(59) *pr.* La doctrina se ha encargado de demostrar cómo esta contradicción es salvable por numerosas causas que a continuación se señalan. Según Solazzi⁵⁰, la confusión no extinguirá la prenda accesoria debido a las normas especiales del *pignus*, y además la *actio Serviana* durará mientras no conste *eam pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse*. Si se observan las posibles causas de extinción de la relación pignoraticia en la reconstrucción de Lenel⁵¹ de la *actio pigneraticia*, en el caso que se analiza, se podría ejercitar tal *actio*, pues no entra ni dentro de la *confusio*, ni de la *satisfactio*, ni de la mora del acreedor, que son las causas de extinción. Si se mantiene la clasicidad de *verum est non esse solutam pecuniam*, la prenda subsiste. Torrent⁵² defiende la permanencia del *pignus* apoyado en la cualidad de acreedor del heredero, pues una vez restituida la herencia, *iure pretorio* pierde la titularidad sobre los bienes hereditarios, y además, dice Torrent, el heredero puede ejercitar su derecho sobre el *pignus* no *iure hereditario*, sino *iure crediti*. Carrelli⁵³ considera válido el *pignus* porque las causas de extinción de la *actio pigneraticia* no se han verificado. Por ello, dice, si no ocurriera esto Paulo hubiera dicho *obligatio confusa est, ergo pignus liberatum est*.

El *pignus*, como derecho real de garantía, renace sin duda por esa idea latente en materia de fideicomisos, cual es, la continua diferencia y separación de patrimonios, como ocurría también en el fideicomiso de residuo⁵⁴. A consolidar esta idea viene un texto de Meciano relativo a fideicomisos de predios con servidumbres (derecho real)⁵⁵. A la luz de D.36.1.61(59) *pr.* y D.36.1.75(73).1, se llega a una evidente conclusión: que los créditos se extinguen con la confusión de patrimonios, mientras que los derechos reales renacen con la restitución de la herencia fideicomitada.

⁴⁹ D.46.3.43 (*Ulp. 2 reg.*).— *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur; puta adpromissores hypothecae pignora ...*

⁵⁰ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 310.

⁵¹ LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, ed. Bernhardi Tauchnitz, 1927, p. 255.

⁵² TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 98.

⁵³ CARRELLI, E., *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano*, Napoli, ed. E. Jovene, 1980, p. 46.

⁵⁴ Vid. MURILLO VILLAR, A., *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid, ed. Universidad de Valladolid, 1989.

⁵⁵ D.36.1.75(73).1 (*Maec. 13 fid.*): *Cum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent.*

Preocupa ahora ver si en los fideicomisos de *eo quod supererit* se sigue la norma del fideicomiso común sobre la extinción del crédito cuando el fiduciario es el acreedor y el testador el deudor. La respuesta la ofrece el siguiente texto de Scaevola⁵⁶:

D.36.1.82(80) (*Scaev. 5 dig.*).– *Matrem et avunculum eosdemque creditores suos heredes scripsit Lucius Titius et eorum fidei commissit, ut post mortem restituerent, quod ex re familiari testatoris superfuert, Septicio. Heredes non modicam partem bonorum testatoris consumpserunt et multos heredes reliquerunt, quibus scientibus multa corpora, quae remanserant ex bonis Lucii Titii, Septicius possedit. Quaesitum est, an id, quod Lucius Titius debuit matri et avunculo, heredes eorum a Septicio petere possint. Respondit non posse. CLAUDIUS: aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat. Sed fideicommissi repetitio erat: cuius aequitas defecit his, qui multa ex hereditate consumpsisse proponuntur.*

El texto se atiene totalmente a la fórmula de estudio, donde el heredero fiduciario es acreedor del causante que instituye un fideicomiso, en este caso *de eo quod supererit*. La *quaestio* formulada es si, una vez que el heredero fiduciario tiene la herencia fideicomitada, se extinguen los créditos de éste contra el causante. Del texto se desprende que los fiduciarios siguiendo la normativa vulgar del fideicomiso de residuo de que estos pueden consumir lo que quisieren, así lo hicieron; pero a su vez también dejaron *multa corpora*. De todas las cosas que restituyeron los acreedores a Septicio parece ser que los herederos de aquellos quisieron reintegrarse los créditos que tenían pendientes contra el testador. Ante esta situación, Scaevola sienta la doctrina general del fideicomiso de *eo quod supererit* cuando *respondit, non posse*⁵⁷. La respuesta de Scaevola está apoyada por una idea que a continuación se refleja en el texto, atribuida a Claudio Trifonino: *aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat*⁵⁸. La relación entre *non posse* y la idea de la confusión de la obligación es absoluta. Por lo tanto, los herederos de los fiduciarios no podrán pedir los créditos que aquellos tenían contra el testador porque se habían extinguido con la confusión.

⁵⁶ DESANTI, L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, ed. A. Giuffrè, 2003, pp. 113-189.

⁵⁷ Para CUENA BOY, F.J., *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Santander, ed. Universidad de Cantabria, 2004, p. 53, se trata de la solución de un caso particular.

⁵⁸ DAUBE, «Sale of Inheritance and Merger of Rights», cit., p. 303, defiende la clasicidad de esta frase.

Beseler⁵⁹ considera interpolado el *non de respondit non posse*, con lo que de forma radical quedaría anulada la opinión de Claudio Trifonino, y esto supondría la no admisión de la extinción de la obligación por confusión⁶⁰. No obstante, en el fideicomiso de residuo hay algo más que motiva e induce a la extinción de los créditos, es lo que podríamos llamar el «espíritu» del fideicomiso de residuo. Si al fiduciario de residuo se le permite disponer de buena fe de todo el patrimonio fideicomitado, con el arbitrio de un buen varón y no *intervertendi fideicommissi gratia*, hasta el punto de poder llegar a gastar prácticamente todo el patrimonio hereditario recibido, sería desde todo punto de vista extraño y de una persona incumplidora de los requisitos de todo fiduciario de residuo, el exigir al fideicomisario después de la restitución el crédito que tenía contra el causante, cuando éste había confiado en su buen hacer y disponer de todos los bienes sin limitarse a reservarse la *quarta Trebelliana* como en el resto de fideicomisos.

La primera parte del texto no ha suscitado en la doctrina ningún problema grave de interpretación, exceptuando la ya señalada interpolación que observa Beseler en el *non de respondit non posse*. En la segunda parte del texto, que es toda la nota de Trifonino, se han suscitado algunos problemas. Daube y Klami⁶¹ consideran la frase *aditione-interciderat* como clásica y auténtica de Trifonino, sin embargo, la discusión surge en cuanto al *sed erant* que Klami lo considera como original clásico. La interpretación que Klami⁶² hace de *sed fideicommissi repetitio erat*, se basa en la interpretación de unas palabras de la primera parte del fragmento, *quibus scientibus*, de donde deduce que los herederos de Lucio Ticio (la madre y el tío materno) ya habían transferido en vida determinados objetos de la herencia a Septicio. Afirma Klami que si la restitución la hubiesen hecho los herederos de los fiduciarios no se hubiera dicho *scientibus* sino otra expresión más explícita. Partiendo de esta posición, Klami no encuentra dudas para afirmar que se podría realizar por los fiduciarios una *repetitio fideicommissi*. Ha de admitirse que la interpretación de Klami es correcta, en cuanto a que los fiduciarios entregaron antes de tiempo los bienes de la herencia a Septicio (fideicomisario), pues la restitución debía haberse realizado a la muerte de los fiduciarios, como fue el ruego del testador (*et eorum*

⁵⁹ BESELER, G., «Miscellen», en ZSS, 45, 1925, p. 454.

⁶⁰ TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 85.

⁶¹ KLAMI, H.T., *Entscheidung und Begründung in den Kommentaren Tryphonins zu Scaevolus Responsen*, Turku, ed. Turun Yliopisto, 1975, p. 34.

⁶² KLAMI, *Entscheidung und Begründung*, cit., p. 33.

fidei commissit, ut post mortem restituerent)⁶³. Por lo tanto, lo que realizaron los fiduciarios fue una liberalidad en favor del fideicomisario.

Partiendo de la interpretación de Klami y atribuyendo *sed-erat* a los fiduciarios, el texto es correcto, pero si se analiza con más detalle, se observa que fueron los herederos de los fiduciarios los que plantearon la cuestión, y este planteamiento se realiza cuando ya han muerto los fiduciarios. Entender en este contexto *sed repetitio fideicommissi erat* en favor de los herederos fiduciarios no es correcto, y esto porque hablar de *repetitio fideicommissi* es impreciso, como dice Daube⁶⁴, porque como máximo podría recobrase el valor de la deuda que no debió entregarse. Por consiguiente, *repetitio fideicommissi* es inexacto, pues nunca podría reclamarse el fideicomiso por los herederos de los fiduciarios, sino solo una parte, la deuda, que no había ninguna obligación de transferir. Es más, ni incluso podría repetirse la deuda, al menos en un fideicomiso de residuo, pues el fiduciario tenía a su plena disposición toda la herencia fideicomitada y si no dispuso de ella es porque no quiso, pues contaba con plenas facultades dispositivas según deseo del testador, pero teniendo siempre en cuenta que no podía sobrepasar los límites de la *bona fides* y del *arbitrium boni viri*, y ha de admitirse que resarcirse de la deuda de ningún modo sobrepasa estos límites.

Es necesario, pues, aceptar la existencia de dos herencias distintas, la del disponente, que por medio de los fiduciarios es restituida al fideicomisario, y la de los fiduciarios que pasa *mortis causa* a sus herederos, de donde se deduce una clara dualidad de patrimonios. Sin embargo, en cuanto a las obligaciones es necesario decir que se confunden en los herederos fiduciarios, y no podrán ser recuperadas por los herederos de los fiduciarios (Scaevola *respondit, non posse*), y además viene ratificado por la nota de Trifonino que asegura que *aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat*. Si se parte de esta interpretación no se puede aceptar las conclusiones que indican que el fiduciario no puede deducir lo que le debía el finado, mientras la deuda no exceda de aquello en que disminuyó el caudal⁶⁵, ni que en el fideicomiso de *eo quod supererit* los créditos pueden ser distraídos solamente cuando no hubiera encontrado compensación en las enajenaciones hechas por el fiduciario *medio tempore*⁶⁶.

⁶³ Vid. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo*, cit., pp. 92 ss.

⁶⁴ DAUBE, «Sale of Inheritance and Merger of Rights», cit., p. 302.

⁶⁵ PASTOR Y ALVIRA, J., *Manual de derecho romano*, 4ª ed., Madrid, ed. Gómez Fuentenebro, 1914, p. 461.

⁶⁶ COSTA, G., «Cenni intorno alla storia e alla dottrina del fedecomesso di residuo», en *Indice di Giurisprudenza*, 1908, n.º 11-12, p. 103.

2. Confusión entre el fideicomitente acreedor y el fiduciario deudor.

La situación contraria a lo visto ut supra, cual es que el heredero fiduciario fuese deudor del que realiza el testamento, es decir, que el testador fuese acreedor del heredero, puede verse en el siguiente texto de Juliano.

D.36.1.28(27).11 (*Iul. 40 dig.*).– *Si ex Trebelliano hereditatem restituit heres et fructus praediorum retinet vel ipsa praedia, sive etiam debitor eius qui testamentum fecit fuerit, neccessarium est actionem adversus eum fideicommissario dari. MARCELLUS: hoc ídem neccessario faciendum est, cum parte hereditatis restituta familiae erciscundae iudicium inter eum qui restituit hereditatem et qui receperit accipietur.*

La *quaestio* de este fragmento juliano⁶⁷ presenta dos hipótesis con la misma solución: por un lado, que el heredero fiduciario una vez que hubo restituido la herencia hubiese retenido los frutos de los predios o los mismos predios; y, por otro, que el heredero fuese deudor del que hizo el testamento (causante o fideicomitente). En ambos casos se da al fideicomisario acción contra el heredero: *neccessarium est actionem adversus eum fideicommissario dari*. La primera situación es razonable si se quiere que el fideicomisario pueda recibir los frutos, e igualmente en lo referente a los predios. Preocupa, sin embargo, la segunda situación, es decir, que se le dé acción al fideicomisario cuando el heredero es deudor del disponente. Si se trajera aquí el principio general de la confusión se aprecia que la obligación se había extinguido, del mismo modo que cuando el fiduciario era acreedor y el disponente deudor. Por el contrario, este paso de acciones al fideicomisario es conforme *ex Trebelliano Senatusconsulto*, según D.36.1.1.2, pues desde la restitución de la herencia las acciones pasarán sin más, ya sea en favor o en contra, al fideicomisario a fin de que en lo sucesivo se confirmen mejor las últimas voluntades de los difuntos.

Observa Torrent⁶⁸, que la situación es anómala, porque el heredero fiduciario deudor del testador no puede pagarse a sí mismo, pero sí está obligado a restituir la *hereditas*. Es más, el heredero deudor cuando recibe los bienes de la herencia y paga la deuda no puede pagarse a sí mismo, porque no suma su deuda a unos bienes que vayan a ser para él, sino que aporta lo debido a la masa hereditaria que debe restituir, es decir, aumenta, pagando la deuda a la herencia, a la masa hereditaria, con lo cual salda la deuda, y el fideicomisario recibe más bienes y el heredero también, pues la parte proporcional a la cuarta aumenta. Entonces cuando el heredero tiene en sus manos la herencia fideico-

⁶⁷ LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis I*, cit., c. 426, lo incluye bajo la rúbrica *De fideicommissis*.

⁶⁸ TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 86.

mitida él mismo pierde cantidad de bienes porque si no, después, cuando el fideicomisario ejerza su acción, le tendrá que pagar todo lo debido y el heredero perderá la cuarta parte de la deuda que hubiera recibido al retener la *quarta Trebelliana*. Es decir, la jurisprudencia, aunque no niega el efecto de la confusión, intenta por todos los medios eliminarla, para restablecer la situación jurídica anterior, cuando la herencia pasa al fideicomisario⁶⁹. En definitiva, en el caso de un fideicomiso normal se produce una reviviscencia de la obligación, pues el fideicomisario dispone de la acción para dirigirse contra el heredero, no así en el fideicomiso de residuo.

A un mayor esclarecimiento del problema que se suscita en D.36.1.28 (27).11, que esencialmente puede considerarse clásico⁷⁰, viene un otro texto de Papiniano D.36.1.60(58) *pr.*

D.36.1.60(58) *pr.* (Pap. 9 resp.).— *Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, prius quam restitueret, hereditario debitori heres exitit. Quoniam actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest, pecuniae quoque debitaе dodrans ex causa fideicommissi petetur. Sed in eum diem, quo actio confusa est, usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt, computabuntur: posteriori ita demum, si mora fideicommissio facta sit.*

En este fragmento⁷¹ el fiduciario quedó heredero del deudor de la herencia antes de restituirla, con lo que los bienes de ese tercero deudor quedan en manos del heredero fiduciario, de tal modo que el tercero pierde protagonismo y el deudor ahora es el heredero fiduciario, con lo que se presenta la misma situación que en D.36.1.28(27).11; esto se produce porque en la mecánica de la sucesión *mortis causa* universal el heredero responderá por las deudas del causante tanto *ultra vires* como *intra vires* dependiendo de las diferentes situaciones. Ante la nueva situación, nos dice Papiniano que *actio eo*⁷² *confusa per Trebelliano redintegrari non potest*. Este principio papiniano: *actio confusa redintegrari non potest*, consistiría en que una vez que el heredero fiduciario se convierte en deudor de la herencia y éste ha recibido los bienes del causante en fideicomiso, se extinguen los créditos y deudas. Sin embargo, es necesario volver al principio que se viene manteniendo de que con la restitución renacen todas las relaciones jurídicas extinguidas. A demostrar esto viene Papiniano

⁶⁹ BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, ed. A. Giuffrè, 1955, pp. 488 ss.

⁷⁰ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 295 n. 1

⁷¹ Vid. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., pp. 87 ss., para quien el texto presenta una situación de la cual arrancan todos los problemas doctrinales en torno a la *solutio-confusio*, al recoger una teoría general: *actio confusa redintegrari non potest*.

⁷² SOLAZZI, *loc. cit.*, nos dice que *eo* está interpolado cuando señala que «*il pronome non ha riferimento*».

cuando a renglón seguido nos dice: *pecuniae quoque debitaе dodrans ex causa fideicommissi petetur*, con lo cual con una *petitio fideicommissi* puede reclamar también el fideicomisario las tres cuartas partes del dinero debido.

En definitiva, cuando el fiduciario y el disponente causante son deudores o acreedores entre sí, se produce una confusión de créditos y deudas, y la razón es porque cuando el patrimonio hereditario del disponente pasa a manos del fiduciario, éste todavía no tiene obligaciones para con el fideicomisario. Los créditos y deudas surgen desde el mismo instante de la restitución, que es cuando se debe aclarar la situación obligacional entre disponente y fiduciario, y será entonces cuando el fideicomisario reciba lo que indicó la *voluntas testatoris* que llevará incluido los créditos a favor y las deudas en contra.

Y qué sucede en el fideicomiso de *eo quod supererit* cuando el fiduciario sea deudor del disponente, ¿se extinguen las obligaciones?, ¿surgen de nuevo con la restitución? Las fuentes no informan en ningún texto acerca del fideicomiso de *eo quod supererit* en donde el fiduciario sea deudor del disponente. La conclusión a la que se puede llegar tras el análisis de D.36.1.82(80) puede ser totalmente extrapolable a este otro caso, en donde dadas las posibilidades de disposición con que cuenta el heredero fiduciario sería contradictorio pensar que a una persona a quien se le deja disponer de todo el patrimonio hereditario, tuviera que restituir el importe de sus deudas; más bien habría que entender que esa deuda está contraída como un anticipo del propio fideicomiso de *eo quod supererit*, y no tendría ningún sentido que el disponente le exigiese el pago de la deuda al heredero gravado para después darle los bienes en cuasi plena disposición.

Se ha señalado por parte de la doctrina romanista que en el fideicomiso de residuo hay una falta de equidad en comparación con el fideicomiso puro o normal⁷³, y para ello acuden a D.36.1.82(80) *in fine*: «*cuius aequitas defecit his, qui multa ex hereditate consumpsisse proponuntur*»; Beseler⁷⁴ estima que toda la frase está interpolada, y no le falta razón para ello. No se puede afirmar que en el fideicomiso de residuo falta equidad, cuando es un instituto jurídico que discurre con plena vigencia a lo largo de todo el periodo clásico⁷⁵, basado únicamente en la *voluntas testatoris* que así lo instituye y que confía en la *bona fides* y en el *arbitrium boni viri* del heredero fiduciario. Son impropias de Trifonino esas palabras siendo un jurista clásico; más bien habría que pensar que

⁷³ CLEMENTE DE DIEGO, *El fideicomiso de eo quod*, cit., p. 82. Para opiniones diferentes, vid. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p.156 nt. 150.

⁷⁴ BESELER, *loc. ult. cit.*

⁷⁵ Vid. MURILLO VILLAR, A., «Aproximación al origen del fideicomiso de «eo quod supererit»», en *BIDR*, vol. XCII – XCIII, Milano, 1989, pp. 121-149.

es obra de los compiladores, influidos sin duda por Justiniano y la plasmación de su pensamiento en la Nov. 108, en donde cortó de raíz la gran libertad de disposición que tenía el fiduciario durante el periodo clásico permitiéndole disponer solo *usque ad Falcidiam*⁷⁶. La razón que alega Beseler para ver */cuis-fin/* interpolado, es que la *non modica pars bonorum compsunta* alcance el valor de la deuda. Por lo tanto, se estaría en el campo de la compensación con claras reminiscencias de época justiniana⁷⁷; razón que apoya Torrent⁷⁸, matizando que la deuda se extinguiría por confusión, y la consunción de la *pars bonorum* estaba ya dispuesta por la *voluntas testatoris* al instituir un fideicomiso de *eo quod supererit*.

VI. CONFUSIÓN EN CASOS DE *DONATIONES MORTIS CAUSA*

Por lo que a la *donatio mortis causa* se refiere, y dada su analogía con el legado, se trata de un supuesto de sucesión *mortis causa* a título particular, pues sus efectos se condicionan a la muerte del donante⁷⁹. La *donatio mortis causa* tiene lugar cuando una persona, donante, dispone una donación en favor de otra, donatario, supeditando sus efectos a su propia muerte, y siempre que acaezca antes que la del donatario. Lo más importante es que las *donationes mortis causa* eran esencialmente revocables *usque ad mortem*, lo que no impedía que con anterioridad el donatario pudiera disponer de los bienes y derechos puestos a su disposición por el donante. No es difícil imaginar a un donante, sin descendientes o con ellos desheredados, que ante el riesgo de una muerte

⁷⁶ MURILLO VILLAR, A., «Usque ad Falcidiam: La quarta falcidia a la inversa», en *VARIA STUDIA. Libro-homenaje al Profesor Dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario*, Pontevedra, ed. Patronato del Instituto de Estudios Ibéricos, 2015, pp. 703-718.

⁷⁷ Vid. PICHONNAZ, P., *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, ed. Fribourg Suisse, 2001. MURILLO VILLAR, A., «La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano», en AA.VV., *As relações comerciais; a contribuição de Roma à globalização contemporânea, vol. 1, em homenagem ao centenario de nascimento do jus comercalista Clóvis Cunha da Gama Malcher*, Rio de Janeiro (Brasil), ed. Lumen Juris, 2016, pp. 175-206; igual en *Judicatus, Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León (México)*, julio/diciembre 2017, 3ª época, año 5, número 10, pp. 183-222 (<https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Revistas/2018/RevistaJudicatus10/docs/RevistaJudicatus10.pdf>)

⁷⁸ TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., pp. 85 s.

⁷⁹ En el Código civil español están suprimidas, no así en otros ordenamientos vigentes en territorios autonómicos que se han mantenido fieles a la tradición romana, como Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia y Navarra. El art. 620 del C.c. establece que cuando las donaciones produzcan sus efectos por muerte del donante, quedarán sometidas al régimen de las disposiciones testamentarias y se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria. Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C.I. – NANCLARES VALLE, J., «Donaciones por causa de muerte», en AA.VV., *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (coord. por J. SOLÉ RESINA; M.ª del C. GETE-ALONSO CALERA (dir.)), vol. 1, ed. Thomson Reuters, 2011, pp. 1205-1258.

próxima o inminente, decide donar sus bienes a un tercero, sea o no, pariente. Obviamente, los plenos efectos de dicha donación están supeditados a la supervivencia o no del donante al peligro o circunstancia que motivó tal acto de generosidad. Si a ello se añade que el donante era acreedor o deudor del donatario, o viceversa, la confusión es una mera consecuencia de la unión de patrimonios, el del donante con el del donatario, en cuyo caso las obligaciones existentes entre ambos se extinguirán por confusión, pues el donatario no podrá reclamarse o pagarse a sí mismo.

El espacio de tiempo que transcurre desde que el donatario acepta la donación, se procede a la entrega o puesta a su disposición de los bienes, y el momento en que el donante supera aquel peligro que originó la *donatio*, puede ser importante, y en ese ínterin qué duda cabe que se ha extinguido la deuda por confusión, si bien es cierto que la *confusio* definitiva se producirá cuando el donante fallezca. En definitiva, la *donatio mortis causa* es aquella donación que requiere, para tener una eficacia definitiva, la premoriencia del donante al donatario o al menos la no supervivencia del primero al segundo. Si por ventura la muerte del donante y del donatario se produjese en el mismo momento, la *donatio mortis causa* pendiente entre ellos no pierde sus efectos⁸⁰. Y como los plenos efectos estaban vinculados a la supervivencia del donante, no es difícil plantearse la posibilidad de que éste recupere o no lo que haya donado⁸¹. Entonces, es cuando debe plantearse si las deudas extinguidas por la confusión reviven, si se produce su reviviscencia.

Por ello, hablar de *donatio mortis causa* perfecta es sinónimo de donación irrevocable, al igual que revocabilidad y *donatio mortis causa* imperfecta son correlativos. Así, pues, el ejercicio de revocación corresponde en exclusiva al donante⁸². Los distintos supuestos en que una donación hecha en atención a la muerte puede quedar revocada, podrían reducirse en derecho romano a cuatro, que vistos en su evolución histórica, serían los siguientes: 1º.- Revocación cuando el donante supera el peligro de muerte, sin duda, el supuesto más frecuente; 2º.- Revocación cuando el donatario premuere al donante, circunstancia bastante excepcional; 3º.- Revocación cuando el do-

⁸⁰ BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 707. AMELOTI, M., *La «donatio mortis causa» in diritto romano*, Milano, ed. A. Giuffrè, 1953, p. 3; «s.v. «donatio mortis causa» (Diritto romano)», en *NNDI VI*, Torino, ed. Utet, 1960, ristampa, 1981, p. 222; «s.v. «donazione mortis causa» (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto XIII*, Varese, ed. A. Giuffrè, 1964, p.1000.

⁸¹ I.2.7.1.- *Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis paenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit.*

⁸² RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, ed. Universidad de Oviedo, 2000, pp. 107 ss., con importante aparato bibliográfico que sirve por todos.

natario modifica su situación jurídica: por divorcio, *capitis deminutio*, *adrogatio*, etc; y 4º.– Revocación al arbitrio (*ad libitum*) del donante.

Las *donationes mortis causa* desde Roma hasta la actualidad, siempre se han constituido *contemplatio mortis*, es decir, sus efectos quedan supeditados a la muerte del donante. En la donación por causa de muerte pura, la transmisión de la propiedad al donatario no se produce hasta el hecho mismo de la muerte del donante. Ello significa que el donante mientras viva no tiene ninguna intención de perder ni el dominio ni la libre disposición sobre la cosa donada. Como la *donatio mortis causa* participa de las características fundamentales de los actos de última voluntad, desde Roma se equiparó a los legados, y como éstos son revocables hasta el último hálito de vida del disponente, la donación no produce efectos sino *post mortem*. Por consiguiente, la donación *mortis causa* es una donación pendiente de la premoriencia del donante al donatario, en caso contrario es revocable. ¿Qué deberá reintegrarse? Si el dominio aún no se había transmitido, porque continúa vivo el donante, no deberá el donatario o sus sucesores reintegrar nada, pues aún no tenía la cosa donada; estaba a la espera del desenlace, muerte del donante, para que la donación se perfeccionara y se produjera la transmisión. Sin embargo, pudiera darse el caso de que el donante hubiese transmitido la posesión al donatario, ello no significa que se haya desnaturalizado el concepto de *donatio mortis causa*, porque el dominio aún no lo tiene el donatario, será preciso que éste sobreviva al donante, al igual que el legatario al causante.

Si lo que ha habido a favor del donatario es una *datio* hecha bajo condición suspensiva, si ésta no se produce, el donante ha permanecido propietario y puede reivindicar la cosa; si lo que ha habido es una *datio* pura y simple, y el donante ha tenido la posesión, el donante podrá oponer la *exceptio doli* a la *reivindicatio* del donatario⁸³. Lo que no se alcanza a comprender es que el donatario tenga la propiedad y la posesión viviendo aún el donante, pues por tratarse de una donación cuyos efectos se vinculan a la muerte del donante, consideramos que estaríamos ante una *donatio inter vivos* antes que frente a una *donatio mortis causa*, o ¿es posible que un heredero tenga la propiedad y la posesión de unos bienes hereditarios antes de morir el causante? Al igual que es menester que el heredero sobreviva al causante para heredarle, del mismo modo es necesario que el donatario sobreviva al donante⁸⁴.

⁸³ PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, (trad. esp. de J. FERRÁNDEZ), 17ª ed., México, ed. Porrúa, 2001, p. 438.

⁸⁴ MURILLO VILLAR, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, ed. Universidad de Burgos, 2007, p. 134.

Aun siendo cierto lo dicho, habrá de entenderse que durante el periodo de tiempo que el patrimonio donado permanezca a disposición del donatario, que puede ser mucho, por ejemplo, en el caso de un viaje o de una enfermedad, cualquier actuación de éste como acreedor o como deudor en favor o en contra del patrimonio donado, será desde cualquier punto de vista imposible, por cuanto nadie puede ser donante y donatario a un tiempo. Al igual que nadie puede ser deudor y acreedor a un tiempo, fundamento de la confusión como criterio de extinción de las obligaciones. Por consiguiente, si el donante sobrevive al peligro que motivó la *donatio mortis causa* podrá exigir los créditos que no le ha satisfecho el donatario deudor, o viceversa, deberá abonar las deudas no satisfechas al donatario acreedor. Pero ello, a partir del momento de la rehabilitación o puesta nuevamente en existencia de la obligación, sin posibilidad de exigir el incumplimiento mientras duró la confusión. Para explicar esta situación, sirva un supuesto. Así, por ejemplo, entre donante y donatario existe un contrato de arrendamiento, o una compraventa de un inmueble, cuyo pago se está efectuando a plazos. Como consecuencia de una *donatio mortis causa* el donatario pasa a disponer como propietario del citado inmueble; mientras dure la confusión de la condición de donante propietario y donatario arrendatario o comprador, no tiene sentido que el donatario salde consigo mismo la deuda. Ahora bien, producida la *revocatio* de la donación, «renacida» la obligación, ya que mantiene el mismo objeto y los mismos sujetos, el pago de los plazos recuperará su normalidad. Obviamente, durante el tiempo que duró la confusión, periodo de incertidumbre acerca de la supervivencia del donante, se entiende que los plazos impagados no serán reivindicables.

Esta afirmación se sustenta en que en tiempos del emperador Justiniano se admitió la propiedad *ad tempus*. Mientras los patrimonios permanecen bajo disponibilidad de un único sujeto, el donatario, lógicamente, no podrá ejercitar ninguna acción contra sí mismo para exigirse el cumplimiento de las obligaciones preexistentes; ahora bien, tan pronto desaparezca dicha situación, como consecuencia de la *reivindicatio* del donante, los créditos o deudas reviven, son exigibles. Diocleciano impidió cualquier revocación real de la donación porque entendió que la propiedad no podía transferirse por un tiempo determinado⁸⁵. Sin embargo, Justiniano atribuyó eficacia real a la condición resolutoria, e invirtió el principio de Diocleciano, reconociendo como posible una transferencia de la propiedad *ad tempus*⁸⁶. Reconocimiento que fue ratificado en otra constitución del año 532, C.6.37.26, en la que se recuer-

⁸⁵ F.V. 283 ... *ad tempus proprietatis transferri nequiverit*.

⁸⁶ C.8.55(54).2.– *donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest*.

da que se pueden hacer donaciones temporales: *iam constitutum est fieri posse temporales donationes*⁸⁷.

VII. CONFUSIÓN EN CASOS DE DONATIO OMNIUM BONORUM (DONACIÓN UNIVERSAL)

Existe un supuesto de negocio *inter vivos*, que dadas sus peculiares características y su relación con la donación, y a pesar de dedicarse el estudio a los negocios *mortis causa*, va a ser abordado, al menos someramente, a continuación. Es el caso de la donación universal o *donatio omnium bonorum*, que de producirse conlleva la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones del donante al donatario, y que una vez aceptada por éste se producirá la confusión y consiguientemente la extinción de las obligaciones. Sirva el siguiente supuesto. Un donante es acreedor del donatario, o viceversa, y lleva a cabo una donación universal de todos sus bienes presentes. En el momento en que el donatario acepte la donación, se producirá la confusión, pues éste ya no podrá hacer efectivo el crédito ni a favor ni en contra de sí mismo. Pero aunque toda donación por principio es irrevocable, salvo en determinados supuestos en que excepcionalmente se admitía la revocación, cuando esta se produjese, de inmediato surge la duda: ¿revivirá el crédito contra el donatario deudor?, ¿podrá el donatario acreedor dirigirse contra el donante deudor? Estas preguntas requieren algunas explicaciones.

En el periodo postclásico, la *donatio* se transformó en un negocio típico independiente, muy similar a la configuración jurídica actual, que bien podría definirse como atribución patrimonial gratuita, sin contraprestación, por acuerdo de ambas partes, en virtud de la cual una parte enriquece de su patrimonio a la otra. La donación universal, *donatio universitatis*, conceptualmente encierra un contenido menor del que en un principio sugiere, de ahí que sea más aconsejable hablar de *donatio omnium bonorum praesentium et futurorum*. Lo relevante es que la *donatio omnium bonorum* tenía plenos efectos a partir de un simple pacto⁸⁸. Y también es verdad que dicha donación podrá ser revocada si el donante tuviere hijos con posterioridad a la misma⁸⁹. La donación universal está sometida a la normativa general que rige las donaciones, pero en algunos aspectos muy puntuales conlleva una regulación diferente, precisamente

⁸⁷ BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 710.

⁸⁸ C.8.54(53).35.4 (*Imp. Iustinianus A. Iuliano PP.*)

⁸⁹ C.8.56(55).8 (*Imp. Constantius et Constans ad Orphitum*)

por la peculiaridad de cosa compuesta que encierra su propio contenido. La *donatio universitatis* puede contener créditos y/o deudas. Como el donatario se coloca en el lugar que ocupaba el donante surge la duda de si aquel habrá de responder o no de las deudas de éste. La respuesta más certera es la negativa: el donatario no responde de los débitos del donante salvo que hubiera aceptado pagarlos⁹⁰. Además, habrá de velarse porque la donación universal no encierre un *fraus creditorum*, en cuyo caso para defender los intereses del tercero será el donatario quien asuma ese riesgo y por consiguiente las deudas del donante. Por el contrario, si el donatario aceptó una donación con el compromiso de hacer frente a las deudas del donante frente a los acreedores, y no lo hiciera, la donación podrá revocarse para que el donante o sus sucesores puedan hacer frente a los acreedores⁹¹.

La transmisión de deudas, por lo que se desprende de estos supuestos, no forma parte del conjunto universal de bienes donados sino que conforma una condición de cuya realización depende la definitiva transmisión de la donación. Es decir, el donante, como en cualquier donación, una vez pactado con el donatario los extremos relativos al cumplimiento de la donación, es obligado *in id quod facere potest pero deducto aere alieno*, o lo que es lo mismo, la donación solo vale por el activo⁹². De aquí puede colegirse que en las donaciones universales absolutas junto con la aceptación de la misma, se asume tácitamente la obligación de pagar las deudas. Es decir, si se acepta todo un conjunto de bienes y derechos, habrá de incluirse el activo y el pasivo, sustituyendo el donatario al donante frente a los acreedores⁹³. Así, pues, puede concluirse que en caso de *donatio omnium bonorum* los donatarios responden siempre de las deudas de los donantes, bien porque se han comprometido por medio del negocio al efecto, bien porque se entienda que la *donatio universitatis* obedezca a un comportamiento fraudulento hacia los acreedores. Ante estas circunstancias, resulta obvio que deberá producirse la extinción de las obligaciones recíprocas entre donante y donatario por confusión. De ahí, que si aquella obligación extinguida por confusión como consecuencia de una donación universal, posteriormente, si la *donatio universitatis* fuese revocada, la obligación podrá ser exigida. Es decir, que la confusión no es un modo de

⁹⁰ WINDSCHEID, B., *Il diritto delle Pandette, vol. II*, (trad. ital.), Torino, ed. Utet, 1925, p. 425.

⁹¹ C.4.6.2; C.8.54(53).22. Vid. MURILLO VILLAR, A., «Donatio omnium bonorum praesentium et futurorum (non valet)», en AA.VV., *Estudios jurídicos in memoriam del Prof. Alfredo Calonge, vol. II*, Salamanca, ed. AIDROM, 2002, pp. 728 ss.

⁹² BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 719.

⁹³ Vid. SAVIGNY, F.C. DE, *Sistema de derecho romano actual III*, 2.ª ed., (trad. esp.), Madrid, ed. Centro Editorial de Góngora, 1940, pp. 95 ss.; WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette, vol. II*, cit., p. 426 nt. 6; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, loc. ult. cit.*

extinción definitiva de la obligación, sino solamente para y durante el periodo temporal que dure la confusión.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto, puede concluirse que si el art. 133 del Proyecto de Código de Pavía abre la puerta al debate y discusión acerca de la duración temporal de la extinción de las obligaciones por confusión, es porque esa cuestión ya fue debatida por la jurisprudencia romana y no obtuvieron una solución definitivamente satisfactoria. La factible reviviscencia de una obligación que se creía extinguida por confusión, es un hecho que se planteó en Roma, que en el derecho intermedio no se alcanzó una solución relativamente aceptable, que perdura en la actualidad, y que salvo que se regule de una manera adecuada persistirá en el futuro. Por consiguiente, aquellas cuestiones jurídicas a las que Roma no dio una solución jurídica certera y definitiva, han llegado a hoy, y quizás fuera bueno aceptar aquellas soluciones ofrecidas por los juristas romanos para no permanecer y agrandar la ofuscación doctrinal⁹⁴.

Si el dogma de la confusión en determinados casos es contrario al interés de las partes, pues en muchas ocasiones conduce a la frustración de un negocio ya celebrado, no estaría demás aceptar que pueda haber casos en que desaparecida la causa que motivó la confusión, la obligación reviva, renazca, y se pueda dar satisfacción al *vinculum iuris* originario. En consecuencia, dice Wacke⁹⁵, «parece apresurado sacar la consecuencia de que con la sucesión hereditaria se extingue el derecho de crédito. Para ello es necesaria además una transmisión patrimonial; y ello implica que se produzca una liquidación hecha por el heredero consigo mismo. Hasta que eso suceda el vínculo jurídico per-

⁹⁴ Entre la doctrina civilista española permanece el debate a propósito de la extinción definitiva de las obligaciones en los supuestos de confusión, fundamentalmente con motivo del comentario del art. 1192 del C.c. «De la confusión de derechos. Artículo 1192: *Quedaría extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario*». Sin ánimo de ser exhaustivos, vid. GONZÁLEZ PORRAS, «De la confusión de derechos, artículos 1192 a 1194», cit., pp. 439 ss. LLÁCER MATA CÁS, M.^a R., «La extinción de las obligaciones por confusión», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 74, 1990, pp. 13-37. ARIAS DÍAZ, M.^a D., *La confusión como modo de extinción de las obligaciones*, Jaén, ed. Universidad de Jaén, 1994. ABRIL CAMPOY, J.M., *La extinción de las obligaciones por confusión en el derecho sucesorio*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1995. ABRIL CAMPOY, J.M., *La confusión de derechos como causa de extinción de la relación obligatoria: análisis del derecho de obligaciones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1995. ARIAS DÍAZ, M.^a D., «La confusión», en AA.VV., *Obligaciones y Contratos. Cuaderno III, Mecanismos de extinción de la relación obligatoria* (coord. M.^a DEL C. VILA RIBAS), Madrid, ed. Dykinson S.L., 2010, pp. 133-148.

⁹⁵ WACKE, «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación?», cit., p. 233.

manece existente, por más que no podrá actuarse por vía de acción». Así, pues, cuando en el heredero se unen la condición de acreedor y deudor, causante y heredero, o viceversa, puede tomar la prestación que se le debe directamente del caudal relicto mediante negocio consigo mismo; y sólo con la toma de la prestación se satisface el acreedor y se cumple la deuda; «con la mera coincidencia personal lo que sucede en el ínterin es que desaparece solo la accionabilidad»⁹⁶.

⁹⁶ WACKE, «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación?», cit., p. 241.

EN TORNO A LA «REASONABLE PERSON» COMO MODELO DE CONDUCTA PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

The reasonable person as a model of conduct form harmonization of European Law

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
Universidad Miguel Hernández (España)

Resumen: El presente trabajo analiza el nuevo modelo de conducta presente en los instrumentos para la armonización del derecho europeo, la «*reasonable person*», en especial, en los principios UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o el *Draft Common Frame of Reference*.

Palabras clave: European private law, *reasonable person*, *reasonableness*.

Abstract: This paper analyzes the new model of conduct present in the instruments for the harmonization of European law, the «*reasonable person*», especially in the UNIDROIT principles, the *Principles of European Contract Law* or the *Draft Common Frame of Reference*.

Keywords: Derecho privado europeo, persona razonable, razonabilidad.

SUMARIO: I.–Planteamiento del tema. II.–Los conceptos de *reasonableness* y *reasonable person* en los principios UNIDROIT, PECL Y DRAFT. III.–Consideración final.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Los esfuerzos para lograr una armonización del Derecho privado europeo que se están llevando a cabo desde finales del pasado siglo han dado como fruto la publicación de diversos trabajos cuya pretensión primordial ha sido buscar espacios comunes y establecer algunas reglas o principios que permitieran escapar a la aplicación de los distintos derechos nacionales¹. Es-

¹ La literatura acerca de la unificación del derecho privado europeo en nuestro país es prolija, pero se pueden consultar, entre otros autores, los trabajos siguientes: MOCCIA, L., *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; DE LOS MOZOS, J.L., «Integración europea, derecho comunitario y derecho común», en *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 211 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., «Para la unificación internacional del derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», en *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 223 y ss.; Scmidlin, B. (Ed.), *Vers un droit privé européen commun?*, Basel, 1994; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995; GARCÍA RUBIO, M.P., «Presente y futuro del derecho privado en el proceso de integración europea», en A.A.V.V., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, Vol. I.1, pp. 239 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., «Presente y futuro del derecho privado en el proceso de integración europea», en A.A.V.V., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, 1995, Vol. I.1, pp. 239 y ss.; VRAKEN, M., *Fundamentals of European civil law*, Londres, Blackstone, 1997; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: «Integración europea y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 2, 1997, pp. 413 y ss.; LIPARI, N., *Diritto privato europeo*, I y II, Padova, 1997; Van Hoecke-Ost, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Portland, Oregon, 2000; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado Europeo*, trad. por Antoni VAQUER ALOY, A., Madrid, 2000; BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001; GARCÍA GARNICA, M.C., «Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo», en *Aranzadi Civil*, núm. 7-8, 2002, pp. 15 y ss.; HESSELINK, M.W., *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, *Kluwer Law International*, The Hague/London/New York, 2002; PARRA LUCÁN, M.A., «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 30/6-6/10 de 2002, pp. 1.167 y ss.; SCHULZE, R. ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, estudio preliminar a cargo de ARROYO I AMAYUELAS, E., Madrid, 2002; VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», en *La Ley*, 2002-4, pp. 1.605 y ss.; ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso para el derecho privado europeo», en *La Ley*, núm. 5482, 2002, pp. 1 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C., «Consideraciones sobre la unificación del derecho privado europeo», en *Aranzadi Civil*, 7-8, 2002, pp. 15 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., «El hipotético Código civil europeo: ¿por qué, cómo y cuándo?», en Cabanillas Sánchez, A. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2002, vol. 1, pp. 347 y ss.; IDEM, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *Indret*, núm. 1, 2012, pp. 1 y ss.; PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo*, Madrid, 2014; VAQUER ALOY, A., *Estudios de Derecho privado*, Olejnik, Chile, 2016; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «España, la Unión Europea y los restos principales para la unificación del derecho internacional privado», en Alcaide Fernández, J., Petit de Gabriel, E. (Coords.), *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Sevilla, 2017, pp. 447 y ss.; BERNAD MAINAR, R., «La fructífera experiencia del Ius Commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado común europeo», en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 19, 2017, pp. 243 y ss.; SALAZAR REVUELTA, M., HERRERA BRAVO, R., «Los principia iuris como medio de armonización y unificación del Derecho europeo a través de la metodología histórico-comparativa», en *Glossae: European Journal of Legal History*, núm. 14, 2017, pp. 818 y ss. Recientemente, resulta interesante el estudio de LOPEZ AZCONA, A., «La europeización del derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso», en *Actuali-*

tas iniciativas privadas que han contado con financiación de Instituciones europeas, en un principio fueron recibidas con un enorme recelo, ya que la deseada convergencia del derecho europeo en una legislación común era percibida como una utopía abocada al fracaso seguro²; sin embargo, últimamente se han llevado a cabo modificaciones legislativas en países de nuestro entorno como Alemania, Francia o Italia³, que han tomado como modelo de inspiración precisamente las ideas, conceptos, nociones y principios ofrecidos en estos trabajos –conocidos con el nombre de *soft law*⁴–, con lo que se ha logrado quitar la razón a aquellos que criticaban la posible armonización de las legislaciones europeas y se ha abierto el camino hacia la deseada unificación de este derecho.

El ámbito en el que estas iniciativas han tenido una mayor repercusión ha sido el derecho de contratos, quizás porque se ha producido un incremento en las relaciones comerciales entre los países europeos que exigen un aumento en la seguridad jurídica a la hora de suscribir los contratos, a fin de que no queden sus efectos al albur de la disparidad de las respectivas legislaciones nacionales⁵.

dad Jurídica Iberoamericana, IDIBE, núm. 8, feb. 2018, pp. 475 y ss., en el que se expone el proceso de publicación de los textos jurídicos realizados por los grupos académicos europeos para la unificación del Derecho privado, la elaboración del Marco Común de Referencia y, después, de la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea.

² Vid. DE GROOT, R., «European private law between Utopia and early reality», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 4, 1997, pp. 159 y ss.; BASEDOW, J., «Il diritto privato europeo. Chimera o realtà?», en *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto*, Milano, 1998, p. 140; CAMARA LAPUENTE, S., «Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?», en *La Ley*, 1999, pp. 1.668 y ss.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., «Certezas, falsedades y horizontes del Derecho privado europeo», en *Europa e Diritto privato*, 2003, Vol. 2, pp. 272 y ss.

³ También en España se ha llevado a cabo en 2016 una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, que fue publicada en 2009 y el libro V del proyecto de Código Civil, realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Vid. a este respecto MORALES MORENO A. M., La modernización del derecho de obligaciones, Madrid, 2006, pp. 28 y ss. y DE BARRÓN ARNICHES, P., «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Núm. 2.134, Septiembre 2011, pp. 1 y ss.

⁴ El denominado *Soft law* se contrapone al denominado *Hard law*, porque éste último tendería a la unificación del derecho privado europeo mediante un texto normativo codificado que se apruebe por las instituciones comunitarias y que sea obligatorio en Europa. El *Soft law*, por el contrario, trataría de conseguir la unificación a través del *Restatement*, esto es, un conjunto de principios o reglas generales cuyo cumplimiento no sería obligatorio y que serviría más de inspiración o modelo para el legislador comunitario y también a los nacionales para mejorar las normativas internas o servir de base para las sucesivas reformas legislativas europeas. Vid. a este respecto, Díez-PicazO, L., «Codificación, descodificación y recodificación», en *ADC*, 1992, II, pp. 476 y ss.; y LUCHETTI, G., PETRUCCI, A. (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. I. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2010, p. 14.

⁵ RUFFINI GANDOLFI, L., «Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1991, p. 687.

El impulso para intentar unificar el derecho europeo ha venido dado por distintos grupos académicos que han realizado proyectos y redactado instrumentos de armonización como los conocidos Principios UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* –en adelante PECL– o el *Draft Common Frame of Reference* –en adelante DFCR–, que en los últimos años están alcanzando una relevancia extraordinaria al servir como marco dentro del cual reflexionar sobre la actualización de los Códigos civiles europeos. El hecho de que se esté deliberando sobre la idea de reformar diversas materias de los Códigos civiles europeos, en principio, no debe suponer ninguna preocupación –parece algo compartido por todos que su contenido se encuentra desfasado y bastante alejado de la realidad actual⁶– pero sí está despertando una creciente inquietud que en el proceso de unificación se esté abandonando el sustrato jurídico que unía a los distintos ordenamientos europeos, favoreciéndose la adopción de algunos conceptos que provienen del *Common law* y que, por tanto, resultan ajenos a la tradición romanística y a las nociones que se encontraban fuertemente arraigadas en el derecho continental. Un claro ejemplo es el gran entusiasmo con que ha sido acogido la *reasonable person* –y, en general, la *reasonableness*– como modelo de conducta al que acudir para evaluar la responsabilidad de un obligado en claro detrimento del arquetipo del «buen padre de familia», proveniente del Derecho romano y que ha estado vigente hasta ahora en los ordenamientos de países como Francia, Italia, Portugal y, por supuesto, España⁷.

Como es sabido, la culminación de la labor de los grupos de trabajo de expertos formada por el *Study Group* –que publicó los *Principles of European Law*– y el *Acquis Group* –autor de los *Acquis Principles*– se produjo en 2009 con la publicación del DCFR, que fue el resultado de un profundo estudio del acervo jurídico de las legislaciones europeas con la plasmación de aquellas soluciones que a juicio de la comisión parecían ofrecen una mejor salida a los problemas planteados y que se encontraban recogidas tanto en los derechos nacionales como en los textos internacionales. No cabe duda que el camino iniciado hacia la deseada unificación del Derecho civil en Europa es arduo y

⁶ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo*, Madrid, 2014, pp. 47 ss.

⁷ Como afirma TORRELLES TORREA siguiendo a PERLINGIERI, F., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 2, n. 2, la consideración del concepto de razonabilidad extraño a nuestra cultura jurídica refleja la poca atención de los civilistas a la tradición del derecho romano y tiene el riesgo de llevar al ostracismo, en palabras de la autora, a los modelos de conducta esencialmente continentales, como son, la diligencia del buen padre de familia, la equidad, la buena fe, etc. TORRELLES TORREA, E., «El criterio de la razonabilidad: un elemento reequilibrador del contrato», en Gramunt Fombuena, M.D., Florensa I Tomàs, C.E. (Dir.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid, 2017, pp. 175 ss.

uno de los obstáculos que encuentra es la diversidad del acervo jurídico que subyace entre los distintos ordenamientos, que no deja de ser una exteriorización y muestra de la riqueza cultural acumulada durante siglos. Esta diversidad jurídica no puede ser desconocida y por ello, en los esfuerzos por unificar el derecho privado, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, el establecimiento de reglas y principios aglutinadores resulte una tarea casi imposible; de ahí que se hayan asumido algunos costes al tener que elegir algunos conceptos que resultan ajenos a nuestra tradición romanística de la que somos herederos.

Con independencia de lo anterior, el hecho de que la lengua originaria empleada en los trabajos sea el inglés también resulta un inconveniente de los instrumentos de armonización⁸; ello comporta que las posibles traducciones a otras lenguas –como el castellano– resulte una tarea compleja⁹, toda vez que una palabra en inglés puede comprender un significado global o general que no se puede reducir a una palabra equivalente en otro idioma y requiera para su comprensión exacta el empleo de diversas palabras o necesitar una explicación más extensa¹⁰. De este modo, nos encontramos con el riesgo de que traducciones al castellano excesivamente apegadas a la literalidad del inglés, ofrezcan una redacción que no refleje con exactitud la idea genuina del texto¹¹. Quizás esta dificultad de traducción de los textos originariamente ingleses a otros idiomas europeos es lo que ha llevado a que en ocasiones se recurra a lo que se ha denominado «expresiones neutras» y «términos elásticos», esto es,

⁸ La adopción del inglés en la publicación definitiva del DFCR se ha justificado porque es el idioma de trabajo empleada por los miembros de los grupos redactores; sin embargo, se ha realizado un esfuerzo notable para escoger una terminología que fuera precisa y clara, no sólo porque desde el principio se intentó prever la traducción al mayor número posible de lenguas comunitarias, sino también para que pudieran servir de *basics rules* o modelo de inspiración al legislador nacional. LUCHETTI, G., PETRUCCI, A. (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo...*, cit., p. 18.

⁹ WEIR, T., «Die Sprachen des europäischen Rechts Eine skeptische Betrachtung», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1995, pp. 368 y ss.

¹⁰ ARROYO Y AMAYUELAS pone ejemplos de palabras de los *Acquis Principles* (ACQP) que se han empleado para sustituir otras presentes en las diferentes Directivas; así, se emplea «bussines» para designar al «proveedor», «profesional», «empresario», «vendedor», o «comerciante», recomendando el propio grupo la utilización de «profesional» para el caso de una posible traducción al castellano. Igualmente, para el derecho a desvincularse del contrato *ad nutum*, en los ACQP se emplea «right to withdraw», que ha sido traducido al castellano como «derecho de desistimiento». ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Los principios del Derecho contractual europeo», en *ADC*, LXI, 2008, I, pp. 211 y ss.; en concreto, p. 216.

¹¹ Las traducciones al español de los instrumentos de convergencia del derecho europeo en ocasiones se efectúan de una forma que no llega a expresar el verdadero sentido que se le ha querido dar en la lengua original y, por tanto, pueden adolecer de incorrección y no comprender el significado genuino del término en cuestión. Por ejemplo, la «notification», que en realidad está expresando «declaración», se ha traducido por «comunicación»; el término «duty» siempre se traduce como «deber», cuando hay ocasiones que denota más bien una «carga» u «obligación», o la expresión «standar contract terms» se ha traducido con la frase genérica «clausulas generales» –del contrato– y no con la correcta que sería «condiciones generales» –de contratación–. ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Los principios...», cit., p. 7.

palabras del inglés que por su versatilidad se presentan a priori con una vocación generalista, admitiendo una multitud de significados que se pueden adaptar fácilmente al caso concreto al que deben aplicarse. Así, el mismo término serviría para que, con posterioridad, pudiera ser recogido por el legislador o el juez, acomodándolo y adaptándolo a las circunstancias específicas, interpretándolo de una manera u otra, según el contexto, condiciones, situación o la evolución de la realidad en la que tenga que ser aplicado ¹².

II. LOS CONCEPTOS DE REASONABLENESS Y REASONABLE PERSON EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT, PECL Y DRAFT

Uno de esos términos flexibles, que ha venido impregnando los textos europeos de forma tan reiterada que ya se han alzado voces críticas por su utilización abusiva e inapropiada es el de la «*reasonableness*»; el recurso a lo «razonable» –*reasonable*– ha provocado ya la sustantivación de este adjetivo, dando lugar a que la «razonabilidad» –*reasonableness*– se sitúe como uno de los conceptos de máxima relevancia y actualidad, al haber sido acogido en las últimas reformas legislativas de nuestro entorno europeo. Quizás la pertenencia de la razonabilidad a la categoría de los conceptos indeterminados, ha hecho que se vea como un término flexible, capaz de adaptarse a distintas sociedades y épocas, concibiéndose así la idea de que podía servir como posible punto de convergencia, donde tendrían cabida los distintos ordenamientos europeos. Como afirma Tomás Martínez, el estándar de lo «razonable» facilita al juez «un referente abstracto», que luego él debe concretar en función de una posición relacionada con las cosas –el valor de un objeto– con las personas –la diligencia o cuidado que debe tener una persona– o con las circunstancias –el

¹² Así, la concreción del alcance de estos «términos elásticos» corresponderá al legislador nacional que se proponga tomar como base estos trabajos o el juez, en caso de que se trate de un litigio, aplicando la prudencia. Como afirma BAZAN, «Racionalidad y razonabilidad en el Derecho», en *Revista Chilena de Derecho*, 1991, Vol. 18, núm. 2, pp. 179 y ss., en concreto p. 180, la razonabilidad, como concepto jurídico indeterminado, es un instrumento legal que «apela a la prudencia judicial, poseedora de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa, para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso». Según el autor, el Tribunal Constitucional emplea el término razonable «en diversos sentidos, cercanos entre sí», añadiendo que «lo razonable» es en ocasiones entendido como «lo justificado, no arbitrario», sobre todo donde resulta de aplicación el principio de igualdad; también aludiendo a «proporción, ajustamiento o medida», que es empleado en los textos internacionales para hacer referencia al plazo razonable, las medidas razonables, las condiciones razonables. En este sentido, el TC ha establecido su doctrina en cuanto a un proceso sin dilaciones indebidas, siguiendo a su vez la doctrina del TEDH, que establece los parámetros a los efectos del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: naturaleza y circunstancias del litigio, conducta del demandante y órgano judicial de que se trate y las consecuencias que para las partes en litigio ha tenido la demora del proceso.

tiempo o momento para hacer o no hacer algo¹³-. Añade la autora que incluso en ocasiones el estándar de la razonabilidad es «estrictamente o puramente intelectual como cuando se utiliza la noción de «duda razonable», «confianza razonable» o «expectativas razonables».

Pero lo cierto es que la *reasonableness*, que está calando tan fuerte y que pretende ser el punto de unión entre las diferentes normativas de los países que la integran, es y ha sido uno de los conceptos más relevantes del *Common law*. Con origen en el derecho anglosajón –y más concretamente en los tribunales ingleses de la época victoriana (1837-1901)–, el estándar del «*reasonable man*» nace como modelo de conducta que variará dependiendo de las circunstancias del caso, características de la situación, riesgos, etc. Del ámbito del *Tort law* extiende su aplicación a otros ámbitos como tanto del derecho civil, derecho administrativo, penal o laboral¹⁴. En la actualidad, se ha intentado emplear una terminología que neutra que elimine la alusión al género masculino, habiéndose sustituido por la expresión «*reasonable person*» y tendiendo hoy en día a la sustantivación del adjetivo, prefiriéndose hablar de *reasonableness*. Por lo tanto, la noción de «persona razonable» es ajena a nuestra tradición romano-germánica y más reciente que el modelo de conducta estándar que ha servido de referencia en el *Civil law*, el «buen padre de familia», además de que se ha estado aplicando hasta ahora en el derecho inglés, basado en el casuismo jurisprudencial y carente del sustrato romanístico del que ha bebido el denominado *Statute law*.

Ahora bien, cabe preguntarse si más allá de la terminología que se emplee, existe una modificación sustancial en el arquetipo al que ha recurrido el legislador como patrón general de actuación del deudor u obligado en el cumplimiento de sus deberes contractuales. Y en este sentido, lo cierto es que la «persona razonable», al igual que el «bonus paterfamilias», representan el modelo ideal de una conducta socialmente aceptable, inspirada en el sentido común y en el equilibrio¹⁵ y personifica el modelo de cuidado y diligencia con el que, en sede judicial, se comparará el comportamiento observado por el de-

¹³ TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La influencia internacional en la creciente presencia del estándar de razonabilidad en el derecho privado», en Murillo Villar, A., Calzada González, A., Castán Pérez-Gómez, S. (Coords.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, pp. 1.181 y ss.

¹⁴ Para un análisis del origen y ámbito de aplicación del «*reasonable man*», Vid. TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: Reforma en Francia y valoración de su alcance», en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, 1 (enero-marzo, 2015), Estudios, pp. 57 y ss., en especial pp. 67 y ss.

¹⁵ TORRELLES TORREA, E., «El criterio de la razonabilidad...», cit., p. 182, siguiendo a TROIANO, S., «To what extent can the notion of «Reasonableness», Help to harmonize European Contract Law? Problems and prospects from a Civil Law perspective», en *European Review of Private Law*, núm. 5, 2009, p. 751.

mandado¹⁶. Y es que, como afirman Stein y Shand, en su nacimiento, lo razonable era todo aquello dotado de razón, pero hoy día ese significado ha caído en desuso y, por influencia de la Corte inglesa, se emplea como estándar de conducta diligente normal, usual. En este sentido, lo razonable ha pasado a tener el significado de proporcionado, apropiado a las circunstancias, probable, acostumbrado e incluso ordinario¹⁷. Se está haciendo referencia al hombre común –*common man*– que se inserta en la realidad habitual y este es el significado que ha tenido, en general, el «buen padre de familia» en los Códigos europeos, como se puede comprobar acudiendo al español. En él, este patrón de conducta se encuentra referido a la diligencia que deben mantener algunas personas por la posición que ocupan en una relación contractual, laboral o por las obligaciones que entraña un cargo tuitivo, como disponen los artículos 270, 497, 1.555, 1.889 y 1.903, que tratan respectivamente de la tutela, usufructo, arrendamiento, gestión de negocios ajenos y a la responsabilidad de padres, tutores, empresarios en relación con los hijos, pupilos y empleados¹⁸.

¹⁶ La propia Corte Suprema del Reino Unido, en sentencia de fecha 30 de julio de 2014 (*Healthcare at Home Limited v. The common Services Agency*) afirma que la «persona razonable» es la representación inglesa de la figura romana del «buen padre de familia». Vid. TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La sustitución del «buen padre de familia...», cit., p. 71, nota 52.

¹⁷ STEIN, P.-SHAND, J., *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. It. por MACCIONI, A., Milano, 1981, p.138. Cuando se hace referencia a la razonabilidad en otros ámbitos –no como arquetipo de conducta– se le da el significado de moderación y prudencia –plazo razonable, medida razonable, precauciones razonables, cuidado razonable—. Vid. también MAZZARELLA, F. (2003), «Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza», en S. PAJNO, S., VERDE, E.G. (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole, esperienze giuridiche a confronto*, Atti del seminario di Palermo 11 febbraio 2002, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 93 y ss.; NIVARRA, L. (). «La ragionevolezza e il diritto privato», en *Ars interpretandi*, núm. 7, 2002, pp. 375 y ss.; TROIANO, S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

¹⁸ Artículo 270. El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia. Artículo 497. El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia. Artículo 1555. El arrendatario está obligado: 1.º A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos. 2.º A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra. 3.º A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato. Artículo 1889. El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso. Artículo 1903. La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las

El término «razonabilidad», sin embargo, se emplea en el Código civil tan sólo en dos artículos que se refieren a la separación y divorcio y a la incapacitación, no teniendo en ninguno el significado anglosajón de paradigma de conducta¹⁹. En efecto, el artículo 105, redactado por Ley 30/1981, de 7 julio («BOE» 20 julio), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, refiriéndose al deber de convivencia en el matrimonio, dispone que no lo incumple el cónyuge que sale del domicilio conyugal «por una causa razonable» y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud de medidas provisionales. Por otro lado, el artículo 201, que también es fruto de una reforma posterior del Código Civil, ya que su redacción actual se debe a la Ley 13/1983, de 24 octubre («BOE» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela, se refiere a la incapacitación de los menores de edad, y dispone que podrá darse «cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad». Se observa, pues, que ambos artículos emplean el término razonable, no para referirse al modelo de conducta objetiva, sino con dos significados y, además, distintos entre sí: en el caso del artículo 105, se podría entender razonable en el sentido de no arbitrario –que la causa que motive el cese de la convivencia marital se encuentre justificada– y, en el caso del artículo 201, con el significado de previsible. Por tanto, escasa presencia del término «razonable» en nuestro Código civil, destacando la falta de significado unívoco y, en cualquier caso, desprovisto del sentido que tiene en el derecho inglés, que en nuestro código se reserva para el «buen padre de familia».

Por lo que se refiere a los instrumentos de armonización del derecho europeo, comenzaré con el análisis de los Principios UNIDROIT, debido a su relevancia en el ámbito de la contratación mercantil internacional, ya que se emplean como instrumento facultativo para solucionar conflictos en el ámbito de la contratación mercantil internacional. Desde su primera edición han adoptado el concepto de razonabilidad en numerosas disposiciones y con significados diversos, como veremos a continuación.

El artículo 3.2.2, que se refiere al error determinante, establece que una parte puede anular un contrato a causa de error si en el momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable en la misma situación de la persona que cometió el error no habría contratado o lo habría

personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

¹⁹ TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La influencia internacional...», cit., pp. 1.185 y ss.

hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. Se puede observar que el artículo hace referencia a la persona razonable entendiendo por tal a aquella que hubiera mantenido aquella conducta que hubiera llevado a cabo la mayoría de la comunidad, una conducta generalmente admitida, aceptada por todos en las mismas condiciones.

Igualmente, el artículo 3.3.1, referente a los contratos que violan normas de carácter imperativo, bien nacional, internacional o supranacional, mantiene que esa violación tendrá las consecuencias que establece la norma, pero si no establece nada al respecto, entonces el apartado 2 menciona que «las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias». Y el artículo 3 ofrece algunos criterios a modo de ejemplo para poder fijar esos «remedios razonables»: en primer lugar, la finalidad de la norma violada; en segundo lugar, las personas que la norma busca proteger; en tercer lugar, las sanciones que impusiera la norma violada, aunque fueran para otros supuestos; en cuarto lugar, la gravedad de la violación; en quinto lugar, el conocimiento que tienen las partes de la violación de la norma; en sexto lugar, si el cumplimiento del contrato conlleva la violación de la norma y, por último, las expectativas razonables de las partes en el contrato.

Asimismo, se alude a la persona razonable también en el artículo 4 en el que, al tratar la interpretación de los contratos y tras afirmar que el primer criterio al que se debe acudir es el de la intención que tuvieron las partes al redactar las cláusulas, continúa en su apartado segundo diciendo que, si esa intención no se puede averiguar, se deberá acudir «al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes». En este artículo se observa que la idea de persona razonable entroncaría directamente con lo esperable o previsible; como se pone de manifiesto en el comentario al mencionado artículo, la razonabilidad no es un concepto general y abstracto, sino que se refiere a la interpretación que cabría esperar que llevara a cabo una persona con los mismos conocimientos técnicos, de idioma, culturales, etc que las que tuvieron las partes que suscribieron del contrato.

Por último, el artículo 5.1.4, que distingue entre obligaciones de resultado y lo que en los principios UNIDROIT se denominan las obligaciones de emplear los mejores esfuerzos, afirmándose respecto de estas últimas que «esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable en la misma condición», adoptando por tanto el significado de usual o normal.

Hay que destacar que los principios UNIDROIT hacen referencia a «lo razonable» de forma exagerada y para referirse a plazos, medidas, circunstancias, tiempo, etc., exceso que se repite en otros instrumentos de armonización, como los PECL o el DFCR, quizás porque se ha encontrado en esa expresión un término genérico, con una gran versatilidad que no se encuentra en otras palabras. Hay que tener en cuenta que lo razonable en cada caso es único y debe conectar siempre con las circunstancias del caso concreto; y es que, en efecto, como afirma San Martín Neira²⁰, cuando el legislador hace un reenvío a lo razonable está previendo situaciones en las que existen múltiples soluciones a adoptar en esa realidad que se presenta, sin que se pueda fijar de antemano la que resultará más adecuada un caso concreto.

Haré referencia a continuación a los *Principles of European Contract Law* –PECL– por ser el trabajo que probablemente ha tenido una mayor difusión en los países europeos²¹ y que ha servido en España de apoyo o integración en algunas Instituciones a través interpretación en la praxis judicial²². En el artículo 1:302 se afirma que lo que debe entenderse por razonable en ese texto «se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal», ofreciendo algunas pautas para determinar «aquello que sea razonable»: para ello habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera»²³. Con esta definición que contienen los PECL de «lo razonable» y con los criterios que se enumeran para su determinación, en especial la buena fe, se ha destacado por parte de la doctrina el esfuerzo de conciliación que se ha intentado llevar a cabo entre la tradición anglosajona y la romano-germánica²⁴.

²⁰ SAN MARTIN NEIRA, L., «El criterio de «lo razonable» Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño», en *Derecho y Justicia* (www.derecho-ucsh.cl/revista), núm. 1, 2011, pp. 43-66., p. 54.

²¹ Se puede ver, a este respecto, entre otros autores, LANDO, O., Beale, H. (ed.), *Principles of european contract law: parts I and II*, London, Boston, Kluwer Law International, 2000; *Part III*, London, Boston, 2003.

²² PERALES VISCASILLAS, M.P., «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit y los principios de derecho contractual europeo», en *La Ley*, 2007, pp. 1.750 y ss.

²³ ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

²⁴ Vid. TORRELLES TORREA, E., «El criterio de la razonabilidad...», cit., p. 179. También se alude a la buena fe en el artículo 1:106 referente a la interpretación e integración: *1. Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.*

En cuanto a las reglas de interpretación de los contratos, el artículo 5:101, establece como primer criterio el literal, después la intención de las partes y, por último, en caso de que ésta no pudiera hallarse, se menciona que «el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias»²⁵. Los principios de derecho contractual realizan en materia de interpretación de contratos la remisión a al arquetipo de persona razonable en el sentido de hombre o mujer normales, es decir, la conducta que habría mantenido cualquier persona en las circunstancias que se han encontrado las partes. Así, como afirma San Martín Neira²⁶, se ofrece al Juez la posibilidad de adoptar las soluciones que puedan satisfacer en general o en la mayor parte de los casos en que las circunstancias lo permitan y de ahí que lo razonable o irrazonable dependerá del caso concreto porque el reenvío a la razonabilidad tiene su sentido en los supuestos donde no parece posible dar una respuesta *a priori*²⁷.

Por último, analizaré el Marco Común de Referencia –en adelante, DFCR– que también ha ofrecido una aproximación a aquello que se puede comprender como «razonable» en el artículo I.–1:104, estableciendo también unos parámetros en función de los cuales debe medirse aquella, básicamente los mismos que en los principios. Así se dice que «la razonabilidad se verificará objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se realiza, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas relevantes».

La separación entre buena fe y razonabilidad que se da en el DFCR ha sido alabada por algunos autores que consideran que no es bueno que se confundan ambos conceptos²⁸, pero otros autores han visto que el alejamiento del Marco común de referencia respecto de la buena fe significa el abandono de

²⁵ Artículo 5:101. Interpretación de los contratos. (1) Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas. (2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. (3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias. CRISCUOLI, G. (1984), «Buona fede e Ragionevolezza», en *Rivista di Diritto Civile*, I, pp. 709-754.

²⁶ SAN MARTÍN NEIRA, L., «El criterio de «lo razonable...», cit., p. 54.

²⁷ Así, la autora concluye diciendo que «el perjudicado habrá observado su carga cuando la conducta mantenida puede ser calificada de «razonable», y lo será cuando, conforme a la experiencia, la conducta observada se presentaba como la más idónea atendidas las circunstancias del caso concreto». Añade que «el juicio de razonabilidad de la conducta es un juicio *ex ante*, es decir, el juzgador debe tener en consideración aquello que conforme a las circunstancias que rodeaban al sujeto era razonable al momento de adoptar la decisión de actuar o no, y, para el caso de que haya decidido actuar, cuál de las medidas posibles se presentaba como la más razonable».

²⁸ TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La sustitución del «buen padre de familia...», cit., p. 90.

nuestras más arraigadas concepciones jurídicas. No obstante, existen autores como Zimmermann²⁹ que han puesto de relieve que las diferencias entre el *Common law* y el *Civil law* se han atenuado y es que, según el autor, tanto en Europa continental como en Inglaterra, al final, el derecho siempre está creado, si bien con distinto peso, por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina, teniendo las leyes la raíz común del derecho romano y compartiendo los jueces y la doctrina la misma ideología europea. Las diferencias, se afirma, más que en las reglas concretas se encuentran en las fuentes de su producción³⁰. Como afirma Díez Picazo, si se desciende a las instituciones concretas, se acentúan las diferencias en la buena fe, el cumplimiento específico, la cláusula penal y el contrato a favor de terceros, figuras que son desconocidas en el *Common law*³¹.

Sin embargo, a mi juicio, es importante advertir que el artículo del marco común de referencia que acabo de citar, viene precedido por otro que se refiere a la buena fe contractual, definiéndola como un estándar de conducta «caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la relación»³². Por lo tanto, creo que, vinculando ambos artículos, el marco de referencia no dista mucho de lo que se dispone en los principios de derecho europeo, porque, para establecer cuál es la conducta razonable en el caso concreto de que se trate, habría que atender, en primer lugar, a la naturaleza y objeto del contrato, en segundo lugar, a las circunstancias del caso, en tercer lugar, a los usos y prácticas de comercio o actividad con la que tenga que ver el contrato. Y, a mi juicio, también cabría añadir un cuarto punto, que sería la buena fe, concretada en las propias declaraciones y conducta de las partes a lo largo de la relación contractual.

El DFCR también hace alusión a la persona razonable al tratar la interpretación de los contratos y de los actos jurídicos y así en el artículo II.-8:101, tras afirmar que la intención de las partes es el primer criterio aplicable, incluso cuando ésta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas,

²⁹ ZIMMERMANN, R., «Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science», en *Law Quarterly Review*, 1996, 112, pp. 576 y ss.

³⁰ Vid. ZIMMERMANN, R., «Estudios de Derecho privado Europeo», trad. por Vaquer Aloy, Madrid, 2000; «Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi», *Rivista di diritto civile*, 2001, pp. 707 ss.

³¹ Díez-PICAZO, L., «Un Codice civile europeo?», en Alpa, G., Buccino, E.N. (dirs.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Milano, 2002, pp. 63 y ss.

³² I.-1:103: Buena fe contractual. (1) La expresión «buena fe contractual» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión. (2) En particular, es contrario a la buena fe contractual que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta.

en el apartado 3 se afirma que el contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable cuando no se puede determinar la intención de las parte o si la cuestión surge respecto a una persona que no es parte del contrato –o que por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera– y razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato³³.

En esta materia parece claro que el sentido que se le quiere conferir al término razonable es el de normalidad, pero lo cierto es que también en otros artículos se hace referencia a la razonabilidad o a lo razonable en otros sentidos y con otros significados que se salen del de estandarización o modelo de regularidad conductual –y ello con independencia del abuso de la razonabilidad del que adolece el DFCR y que se puede predicar de todos los instrumentos de armonización del derecho privado publicados–. En este sentido, destaca a mi juicio el empleo de la razonabilidad aplicado a la diligencia, que como ocurre en el artículo VI.–3:102, al tratar la culpa, dentro del capítulo dedicado a los criterios de imputación subjetiva, se afirma que una persona ocasiona un daño jurídicamente relevante por culpa cuando su conducta no alcanza el nivel de diligencia establecido por una disposición legal o no alcanza el nivel de diligencia exigible a una persona razonablemente diligente en las circunstancias del caso, añadiendo respecto a los menores, en el artículo VI.–3:103, que éstos únicamente responderán en la medida en que no haya actuado con la diligencia exigible a una persona razonable de su misma edad y en las mismas circunstancias del caso.

La conexión entre diligencia y razonabilidad, si bien no está referido al ámbito contractual sino al derecho de daños, recuerda el arquetipo del *diligens paterfamilias* que ha predominado hasta ahora en los Códigos civiles europeos como modelo de conducta que debía mantener el obligado en el cumplimiento de sus deberes contractuales. En este sentido, el DFCR también realiza una remisión a la diligencia en el ámbito contractual cuando en el artículo III.– 3:703 del DFCR, menciona que, en una obligación derivada de un contrato u acto jurídico, el deudor es responsable únicamente de los daños que previó, o cabe razonablemente esperar que previó, en el momento en que contrajo la obligación como resultado probable de un incumplimiento, salvo que este fuese deliberado, imprudente o gravemente negligente. El artículo hace referencia a la previsibilidad de los daños y, en general, dentro de los

³³ En el mismo sentido se expresa para los actos jurídicos el artículo II.–8:201, que establece que su interpretación se efectuará en el sentido que normalmente le daría una persona razonable: (a) si no son de aplicación el apartado (1) ni el apartado (2); o (b) si surge una cuestión respecto a una persona que no es el destinatario del acto jurídico o a la que la ley no confiere mejor derecho que si lo fuera y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente.

remedios frente al incumplimiento de las obligaciones, vemos que sitúa el acento de la responsable del deudor en la previsibilidad del daño; en este sentido no sólo responde de los daños que previó, sino los que «cabe razonablemente» esperar que previese.

Se hace alusión también a la «diligencia razonable» en los contratos de arrendamiento, servicios, almacenamiento, depósito, procesamiento, información y asesoramiento, mandato y también en el tratamiento médico, gestión de negocios ajenos y garantías personales. Comenzando por el arrendamiento, el artículo IV.B.-5:104, se refiere a la obligación que tiene el arrendatario de usar el bien arrendado, no sólo conforme a lo estipulado en el contrato, cumpliendo los requisitos y restricciones que se deriven de las condiciones acordadas por las partes, sino con el cuidado que cabe razonablemente esperar en estas circunstancias, teniendo en cuenta la duración y la finalidad del arrendamiento y la naturaleza de los bienes, adoptando todas las medidas que habitualmente se consideran necesarias para preservar la calidad y el funcionamiento normales de los bienes, en la medida de lo razonable y considerando la duración y la finalidad del arrendamiento y la naturaleza de los bienes. En este artículo se hace alusión a la razonabilidad en el sentido de la exigencia de unos mínimos referidos al cuidado que el arrendatario debe observar en el uso del bien arrendado y también en cuanto a las medidas que debe adoptar para mantener el buen estado del mismo. Parece que lo razonable estará entonces vinculado a la diligencia mínima que cualquier persona tendría al ejercitar uno de los derechos primordiales que dimanarían de este contrato, cual es el uso de la cosa por la que se paga una renta.

En el contrato de servicios, se hace remisión explícita a la obligación de competencia y diligencia del prestador del servicio, estableciendo el artículo IV.C.-2:105, que éste deberá ejecutar el servicio para el que ha sido contratado con la diligencia y competencia que cabe razonablemente esperar de un prestador de servicios en las circunstancias de que se trate y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio³⁴,

³⁴ Destaca un plus de diligencia exigido en algunos supuestos, ya que en el apartado 2 de este artículo se señala que, si el prestador del servicio tiene un nivel más alto de competencia y diligencia, deberá prestar el servicio con dicha competencia y diligencia, añadiendo que si el prestador de servicios es, o dice ser, miembro de un grupo de profesionales para el que una autoridad competente o el propio grupo han establecido unas normas, deberá ofrecer el nivel de competencia y diligencia exigido por esas normas. Además, el apartado 4 ofrece una serie de pautas o criterios para poder determinar la competencia y diligencia que el cliente tiene derecho a exigir, para lo que se deberán tener en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos de la prestación del servicio al cliente; si se produce un daño, los costes de las medidas preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar; si el prestador de servicios es una sociedad; si debe pagarse un precio

adoptando, como se establece en el apartado 5, las medidas preventivas razonables –aquí con el significado de prudentes– para evitar que se produzcan daños como consecuencia de la prestación del servicio.

También se menciona la razonabilidad en otros contratos, en relación con las precauciones o medidas que debe adoptar una de las partes para evitar deterioros, desgastes o depreciaciones innecesarias en el bien objeto del contrato –artículo IV.C.–5:103, en cuanto al almacenamiento o depósito, respecto al depositario– o para evitar daños en el mismo –artículo IV.C.–4:103, en el contrato de procesamiento, respecto al servicio que se ha obligado a prestar en un bien mueble, cosa incorporal o estructura inmueble³⁵–.

Por otro lado, la obligación de competencia y diligencia que se exige en algunos contratos varía cuando intervienen profesionales, ya que en estos casos el modelo o arquetipo de conducta que debe servir al obligado de guía es el del «profesional razonable» y no el de la «persona razonable». Así, se exige esta diligencia para el asesor respecto del cliente en el artículo IV.C.–7:104, que trata del contrato de información y asesoramiento, implicando al profesional para que adopte las medidas que considere razonables para garantizar que el cliente comprenda el contenido de la información, exigiendo en el cumplimiento de sus obligaciones «la diligencia que un prestador de información razonable» mostraría en las circunstancias similares. También en el tratamiento médico, el artículo IV.C.–8:104, se afirma que la obligación del profesional sanitario requiere expresamente que se actúe con la competencia y diligencia que un «profesional razonable» y competente demostraría en las circunstancias del caso concreto, destacando además la obligación de derivar el paciente a otro médico para evitar perjuicios a éste, en el caso de que el profesional sanitario carezca de la experiencia o la competencia para tratarlo con el grado necesario de competencia y diligencia³⁶.

Igualmente, respecto al mandato, el artículo IV.D.–3:103 se refiere a la diligencia con el que el mandatario debe cumplir su encargo y en él se afirma que debe cumplir sus obligaciones con la competencia que «el mandante tiene

y, en ese caso, su importe; así como el tiempo del que razonablemente se dispone para la prestación del servicio.

³⁵ En virtud del contrato de procesamiento una parte –el procesador– se compromete a realizar un servicio en un bien mueble existente o en una cosa incorporal o en una estructura inmueble para otra parte –el cliente– el artículo IV.C.–4:103, referente a la obligación de evitar daños en el bien objeto del contrato, establece que el prestador del servicio debe adoptar las precauciones razonables para evitar daños en el bien objeto del contrato.

³⁶ También en el artículo IV.E.–4:303, referido a los métodos empresariales e instrucciones, se dice que el franquiciado debe hacer todo cuanto sea razonable para desarrollar la actividad de franquicia de acuerdo con los métodos empresariales del franquiciador, debiendo actuar con diligencia razonable para no causar daño alguno a la red de franquicia.

derecho a esperar de acuerdo con las circunstancias del mandato», añadiéndose que deberá observar una diligencia superior en el supuesto que el mandatario fuera capaz de desarrollar un nivel superior de cuidado. Por último, ofrece el artículo en su apartado cuarto algunos criterios que permiten determinar la diligencia que el mandante tiene derecho a esperar, concretándose, entre otros, los siguientes: la naturaleza, la magnitud, la frecuencia y la previsibilidad de los riesgos que entraña el cumplimiento de las obligaciones; si las obligaciones son cumplidas por una persona no profesional o de manera gratuita; el importe de la remuneración fijada para el cumplimiento de las obligaciones; y el tiempo razonablemente disponible para el cumplimiento de las obligaciones³⁷.

De todos los artículos que hemos citado, la alusión a la razonabilidad y a la conducta razonable debe fijarse descendiendo a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta, eso sí, los parámetros objetivos que se ofrecen en el propio texto, tales como la naturaleza del contrato de que se trate, los usos y prácticas comerciales o la propia conducta de las partes contratantes, que debe ser acorde con la buena fe. Como afirman Martínez y Zúñiga, hablar de razonabilidad en el Derecho supone analizar si las soluciones a los conflictos de relevancia jurídica son o no «razonables», o sea, si las «razones» que hay detrás de aquéllas son o no ajustadas a la razón, y no producto de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, impresiones o gustos personales y es que el Derecho nos ofrece siempre varias soluciones posibles jurídicas y aplicables a un caso o situación, y la determinación de cuál de ellas es la más adecuada es lo mismo que preguntarse cuál de todas ellas es la más razonable³⁸.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

Una vez analizados los instrumentos de armonización del derecho europeo que mayor difusión han tenido, se puede afirmar que la conducta razonable, lo razonable o, en general, la razonabilidad, no son sino conceptos jurídi-

³⁷ Igualmente, en la gestión de negocios ajenos, se establecen en el artículo V.-2:101 entre los deberes del gestor: actuar con diligencia razonable y actuar de una manera que «coincida o sea razonable suponer que coincide» con la voluntad del dueño del negocio.

³⁸ MARTÍNEZ, J.I., ZÚÑIGA URBINA, F., «El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional», en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9, núm. 1, 2011, págs. 199-226pp. 199 y ss. Según los autores, si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, lo cierto es que un estudio más detenido de ambos lleva a concluir que estricta y formalmente no son lo mismo.

cos indeterminados, que, al ser flexibles y dinámicos, sirven de instrumento legal para dejar en manos de la prudencia judicial, en su amplio margen de discrecionalidad, su determinación atendiendo a las circunstancias del caso concreto. A mi juicio, es muy positivo que se introduzcan estos conceptos, pero no lo es tanto que todas las propuestas, instrumentos y proyectos que se están publicando en el ámbito del derecho europeo se esté produciendo un abuso, mala utilización y, en definitiva, una vulgarización del concepto de razonabilidad. Y es que lo razonable se usa para aludir a casi todo (plazo razonable, conducta razonable, medidas razonables, persona razonable, tiempo razonable...), empleándose de «comodín» para todo tipo de situaciones, incluso para las cuales no estaba previsto que actuara según su historia y significado originario.

El estándar de la persona razonable, por tanto, se está empleando con imprecisión, unas veces aludiendo a la conducta del hombre –de la persona–media, otras veces, a la conducta esperable, otras a la previsible, otras a la coherente, otras a la socialmente aceptable, o, incluso, aplicando el criterio de la proporcionalidad, a la conducta que obtendríamos ponderando el punto medio, de equilibrio, si tenemos en cuenta dos conductas extremas. Y con ello, además, se está produciendo en los textos el abandono de conceptos e ideas que se encontraban muy arraigadas en nuestra tradición civil y a las que acudíamos con frecuencia para resolver muchísimos problemas jurídicos. La buena fe, la equidad y, por supuesto, el estándar de conducta del *diligens paterfamilias*, están siendo desplazados por la idea de lo que puede ser razonable o de la razonabilidad. Pero, a la vez, lo que paradójicamente está comenzando a ocurrir es que el recurso a aquellos conceptos está resultando la tabla de salvación para poder llenar de contenido a la *reasonable person* y a la *reasonableness*.

LA ACTIO DE POSITIS VEL SUSPENSIS Y LA APARICIÓN DE LOS MODERNOS DELITOS DE PELIGRO

The actio de positus vel suspensis and the appearance of the modern crimes of danger

LUIS RODRÍGUEZ ENNES
Universidad de Vigo

Resumen: Los delitos de peligro son figuras a las que, por múltiples razones técnicas y político-criminales, recurre cada vez con mayor frecuencia el legislador punitivo moderno. Con nuestro análisis del largo devenir histórico de la «actio de positus vel suspensis» tratamos de demostrar que los delitos de peligro son una creación de los juristas romanos.

Palabras clave: *Delicta praetoria*, seguridad viaria, noción del peligro.

Abstract: The crimes of endangerment are figures wich for multiple technical and political-criminal reasons the penal modern legislator often resorts. With our analysis of the length historical development of the «actio de positus vel suspensis»,we try to prove that the crimes of endangerment are a creation of the roman jurists.

Keywords: *Delicta praetoria*, street safety, notion of danger.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Elemento objetivo. III.–Elemento subjetivo. IV.–Legitimación. V.–«Condemnatio». VI.–Evolución posterior. VII.–Situación actual.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las medidas de policía, dirigidas a reprimir hechos atentatorios del uso libre y razonable de lugares transitados o de estacionamiento ordinario¹, el pretor concede la *actio de positis vel suspensis* contra el que hubiera colocado *in suggrunda protectove* objetos de cuya caída pudiera irrogarse daños a terceros:

D.9,3,5,6 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: Ne quis in suggrunda² protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum [solidorum decem] sestertiorum decem milium nummorum³ in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicitur, [aut noxae dedi iubebo].⁴*

La *laudatio edicti* aparece meridianamente clara en D.9,3,1 y 2 (Ulp. 23 *ad ed.*):

Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neguet: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere.

¹ D.9,2,28 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*); D.9,2,31 (Paul. 10 *ad Sab.*); D.9,3,1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D.9,3,5,6 (Ulp. 23 *ad ed.*); D.23,1,40, 41 y 42 (Ulp. *ad aed. cur.*). Vid. Sobre estos textos, nuestros trabajos: «El edicto `de effusis vel deiectis´ y la problemática urbanística romana», en *Homenaje al Profesor Alfonso Otero* (Santiago de Compostela, 1981) p. 301 ss.; «Notas sobre el elemento subjetivo del `effusum vel deiectum´», en IVRA 35 (1984) p. 90 ss.; «Notas sobre el elemento objetivo del `effusum vel deiectum´», en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo* 2 (Madrid, 1988) p. 117 ss.; «Algunas observaciones en torno a la `actio de positis vel suspensis´», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (RFDM) 16 (1990) p. 255 ss.; *Estudio sobre el `edictum de feris´* (Madrid, 1992); «Los actos ilícitos del derecho honorario», en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994) p. 902 ss.; «El podador y los viandantes» en RGDR 29 (2017); «El elenco de los animales a los que se refiere el `edictum de feris´ en las fuentes literarias», en RIDROM (2018).

² Según LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig, 1927) p. 1, tal era la rúbrica del edicto.

³ La *condemnatio* era de diez mil sestercios en el derecho clásico; la suma de *solidorum decem* es compilatoria (cfr. *ibid.* nt. 8). Nos ocuparemos más adelante de esta cuestión.

⁴ Para LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis* 2 (Leipzig, 1889) p. 551, nt. 3, la lectura *aut noxae dedi iubebo* que propone Mommsen es imposible porque, explica en EP², p. 174, nt. 11, «ein praetorisches *iubebo dari aut noxae dedi* indet rechtstaat». En el mismo sentido, se manifiesta GRADENWITZ, O., «Spruchgebrauch des praetorischen Edikts», en ZSS 8 (1887) p. 257, que sugiere *aut defendit aut duci iubebo*. Contra, con buenas razones, («mit guten Gründen») se pronuncia WLASSAK, M., en cuya opinión cabe suponer que los compiladores, tras proceder a un trasvase literal del contenido del *edictum de effusis vel deiectis*, se percataron de que *in iudicio adiciam* carecía ya de sentido en su tiempo y de este modo lo sustituyeron por *aut noxae iubebo* [cfr. *Die Klassische Prozessesformal mit Beiträgen zur Kenntnis des Jurisberufen in der Klas. Zeit* (Viena, 1930) p. 120].

A tenor de las palabras edictales, es de utilidad pública⁵ que se pueda circular sin miedo ni peligro por aquellos lugares por los que ordinariamente se transita; razón por la cual el dato verdaderamente decisivo para la tipificación del ilícito pretorio es que el evento acaezca en *loca qua vulgo iter fiet*, al igual que ocurre en otros textos también dirigidos a la protección de la seguridad viaria⁶. La explícita referencia al vulgo en la cláusula demuestra que la protección pretoria se dirigía al *populus*, no entendido en su acepción política de comunidad organizada en Estado⁷, sino en su significado natural y no jurídico: la multitud de individuos que constituye la masa de la población⁸. Es este *vulgus*, en definitiva, quien postula un tránsito incólume por las calles y plazas de las que, efectivamente, realiza un uso constante y cotidiano⁹. No cabe duda, por tanto, que la promulgación del *edictum de positis vel suspensis* está íntimamente relacionada con la necesidad de garantizar la incolumidad de los transeúntes¹⁰.

⁵ Para GAUDEMET, J.,: «la forme ampoulée du texte suffirait à la rendre suspect». En su opinión, la expresión *utilitas publica* ignorada por las leyes republicanas o el edicto del pretor, «n'apparaît chez les jurisconsultes classiques qu'avec la grande trîade Papinien, Paul et Ulpian. Elle est en particulier inconnue des Institutes de Gaius. Môme chez les jurisconsultes de la fin du I – II siècle, elle n'est pas fréquente». Concluye afirmando que «les oeuvres post-classiques font, au contraire, un plus large appel à l'*Utilitas publica*» [Cfr. *utilitas publica*, en RHD 29 (1951) p. 477-478= Études de droit romain 2 (Nápoles, 1979) p. 174-175]. En punto a la noción jurisprudencial de la expresión *utilitas publica*, convengo con A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que esta categoría se eleva en los textos jurídicos como un verdadero axioma institucional, un imperativo jurídico de la constitución política romana coincidente con los significados de las expresiones *utilitas omnium* y *utilitas universorum* [cfr. *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa* (Madrid, 1999) p. 71]. Con todo, en mi opinión, tal expresión no fue empleada por los juristas de la trîada clásica en el sentido técnico-jurídico, sino simplemente como sinónimo de *communis utilitatis*, tal como hace Cicerón en *Pro Sest.*, 91: *Tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus* [Sobre esta cuestión, vid. L. RODRÍGUEZ ENNES, *Estudio sobre el «edictum de feris»*, cit., p. 23, nt. 50. Más modernamente cfr. nuestro «Prólogo» a Tejada Hernández, F., *El derecho romano ante la ilustración hispanoamericana* (Madrid, 2017) p. 24].

⁶ Vid. la nt. 1.

⁷ Sobre el origen del término *populus*, vid. DEVOTO, D., *Storia della lingua di Roma* (Bolonía, 1944) p. 57 ss. Un amplio análisis del concepto político de *populus* en VON LÜBTOW, V., *Das Römische Volk* (Fráncfort, 1955) p. 471 ss.

⁸ Tal es el significado que le asigna, en primera acepción, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*¹⁰ (Graz, 1958), s.v. *vulgo*: «insgemein (...) gemeinglich, gewöhlich», y cita expresamente D. 9, 3, 1, 1; también LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford, 1950) s.v. «vulgo»: «the multitude, everybody, all the world, generally, universally, everywhere, all over, commonly, openly, publicly». Previa utilización del vocablo en Cicerón, *Mur.* 35, 73: *quid est vulgo? Universos*. Acerca del origen y el significado de la palabra *vulgus*: Vid. BILINSKI, B., «Intorno alla semasiología del termine *vulgus*», en *Syntheleia Arangio*, Ruiz, 2 (Nápoles, 1964) p. 727.

⁹ Cfr., a este respecto, mi trabajo «El edicto de *effusus vel deiectis*» y la problemática urbanística romana, cit., donde se contienen amplias referencias a las vívidas descripciones que aparecen en las fuentes literarias en punto a las abigarradas multitudes que deambulan por las calles de Roma.

¹⁰ Las *viae urbanae*, en cuanto *res publicae usui destinatae*, están bajo la exclusiva protección de los magistrados. De ellas –de las vías urbanas– se dice expresamente que *cura pertinet ad magistratus* (D.43,8,2,25 (Ulp. 68 *ad ed.*). El título 10 del libro 43 del Digesto se refiere a las normas singulares relativas a esta función, indicando, el propio tiempo, los diversos medios tuitivos.

La íntima conexión entre el edicto de *effusis, vel deiectis* y la cláusula edictal *ne quis in suggrunda* es proclamada, sin ambages, por el mismo Ulpiano al calificar a esta última de *portio* de la anterior en D. h. t.: *Hoc edictum superioris portio est*. Algunos autores la interpretan en el sentido de que indica que el edicto de *positis* era simplemente una sección del edicto de *effusis*¹¹. En nuestra opinión, la expresión *superior* sólo denota locación, significa que en el *album* edictal estaba situado más arriba que el *effusis vel deiectis*¹² y no que fuese cronológicamente más antiguo, pues para ello debería haberse empleado el vocablo *anterior*¹³, en lugar de *superior*. Consiguientemente, el hecho de que ambos edictos estén incluidos bajo la misma rúbrica 9, 3 del Digesto, no significa que nuestra cláusula edictal sea una sección o parte del *effusis vel deiectis* sino, simplemente, que está ubicada la una antes de la otra. Las diferencias de régimen jurídico entre ambas acciones son tan evidentes que no nos permiten llegar a otra conclusión diferente a la apuntada. Ello, no obsta, en modo alguno, para que coincidamos con Giménez-Candela en afirmar que «los dos edictos están estrechamente unidos»¹⁴.

Carecemos de elementos fehacientes para proponer una datación segura de la aparición del *edictum de positis*. Watson señala que falta «evidence of dating»¹⁵. Así, las cosas, permanece en la incertidumbre si apareció después o, por el contrario, antes de su análogo edictum de *effusis vel deiectis* del que sí conocemos la fecha aproximada de su inserción en el *album* pretorio, ya que –según se infiere de las fuentes– estaba en vigor en la primera mitad del último siglo de la República pues Ulpiano nos transmite una opinión de Trebacio¹⁶ al respecto:

D.9,3,5,1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri Trebatius ait...*

¹¹ WATSON, A., *The Law Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford, 1965) p. 267, siguiendo a LENEL, O., *Das Edictum*, p. 174. Más modernamente, HOCHTEIN, R., *Obligationes quasi ex delicto* (Stuttgart – Berlín – Colonia – Magunzia, 1971) p. 71.

¹² En HEUMANN-SECKEL, s.v. *superior* es: «oberer, höherer», más alto, situado en un lugar más alto. Igualmente en LEWIS-SHORT, s.v. *superior*= «that is above, upper, higher».

¹³ *Anterior*, en HEUMANN-SECKEL es «früher, alter» y en LEWIS-SHORT, es «before, foremost. Of time previous former».

¹⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos* (Madrid, 1990) p. 110.

¹⁵ WATSON, A., *The Law of Obligations*, cit., p. 267 ss.

¹⁶ Sobre Trebacio, *Vid.*, KUNKEL, W., *Herfunkt und soziale Stellung der römischen juristen* (Graz – Viena – Colonia, 1967) p. 28. Más modernamente: DOMINGO, R., s.v. «Trebacio Testa», en *Juristas Universales*, I, *Juristas Antiguos* (Madrid, 2004) p. 137-139, con bibliografía en este último.

Con todo, también existe una parca referencia, esta vez de Servio¹⁷ que prueba la existencia del *edictum de positis* también hacia mediados de siglo I a. C.:

D.9,3,5,1 (Ulp. 23 ad ed.): ...*nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita...*

De este fragmento se deduce, según Servio, que si una tabla caía desde un andamio a la calle y dañaba a un transeúnte no se podía dar la *actio de positis*, porque el objeto causante del daño no había sido colocado *in suggrunda protectove*. En este caso, precisa Servio, se debe conceder una *actio ad exemplum huius actionis*¹⁸. Pensamos que esa *actio* no era la *positis vel suspensis* (que tipificaba exclusivamente el delito de riesgo y castigaba por el mismo) si no la de *effusis vel deiectis*, cualificada por el resultado de daños, tal como aquí acontece, según se infiere nítidamente de D.9,3,5,12 cuando señala que... *tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset*.

II. ELEMENTO OBJETIVO

La cláusula del *positis vel suspensis* constituye, sin duda, al igual que la de *effusis vel deiectis*, una medida de policía dictada en aras de la seguridad viaria y dirigida, del mismo modo, a reprimir hechos atentatorios del uso libre y razonable de las vías, tanto públicas como privadas¹⁹: *qua vulgo iter fiet*. El edicto establece que la responsabilidad será asumida cuando los objetos estén colocados de una manera peligrosa [D.9.3.5.11: *Praetum ait «cuius casus no-*

¹⁷ Sobre Servio Sulpicio Rufo, *vid. D'ORS, X., s.v. en ibid. p. 129 ss.*

¹⁸ En punto a las *actiones ad exemplum*: ARANGIO-RUIZ, V., «Studi Formularii», en BIDR XXV (1912) p. 178, nt. 1; WESENER, G., «Actiones ad exemplum» en ZSS LXXXV (1958) p. 229; VALIÑO, E., *Actiones útiles* (Pamplona, 1974) p. 22.

¹⁹ Creemos que la protección edilicia se extiende también a las vías privadas siempre que por ellas se transite de un modo constante y cotidiano. Nos basamos en las referencias explícitas que aparecen en los demás textos dirigidos a la protección del *vulgo iter fieri*: D.9,2,31 (Paul. 10 ad ed.): *Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fieret*; D. 9,3,1,2 (Ulp. 23 ad ed.): *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat*. En efecto, como señalamos en otro de nuestros trabajos, mientras que en la reinterpretación del parecer de Mucio, que Paulo nos transmite, poco importa que se caminara por lugar público o privado, porque muy frecuentemente *per privata loca vulgo iter fiat*, igualmente en el paralelo texto ulpiano el dato verdaderamente decisivo para la tipificación del ilícito pretorio es que el evento dañoso acaezca en *loca per quae vulgo iter solet fieri*, sin importar —como el mismo Ulpiano precisa— que el lugar de tránsito sea público o privado; porque se toma en consideración a los transeúntes, y no a las vías públicas (cfr. *Contribución a una hipótesis interpretativa de D. 9, 2, 31, cit., p. 1061*).

cere possit» edicto locus sit] y alude al emplazamiento *in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur*. *Protectum* es un voladizo, una proyección de una fachada en forma de alero que también sirve para guarecerse de la lluvia²⁰. *Suggrunda*, sin embargo, es un término técnico del campo de la arquitectura que tiene oscuro origen²¹ debido a su etimología insegura²². Este vocablo se utiliza tanto en las construcciones rústicas²³ como en las *insulae urbanas*²⁴.

Se establece una defensa preventiva en favor de los viandantes, castigando el simple *factum* de colocar de modo peligroso, o sin las debidas precauciones –*in suggrunda protectove*– sobre lugares de paso o estacionamiento ordinario, un objeto *cuius casus nocere cui possit*; por el contrario, el otro edicto, solo tipifica como ilícito el *effusum et deiectum* productor de consecuencias damnificadoras, razón por la cual debemos inferir la diversa finalidad de ambas cláusulas edictales: preventiva la primera, reparadora la segunda²⁵. El edicto de *positis vel suspensis* tipifica, por tanto, un ilícito pretorio subsumible en los que la ciencia punitiva moderna designa como delito de peligro o riesgo.

El pretor no busca, a través de la concesión de la *actio de positis vel suspensis*, moderar algunos de los inconvenientes derivados de la ausencia de punibilidad de la tentativa²⁶, sino que entiende que se ha violado un derecho – el que tienen todos los transeúntes al uso razonable y cotidiano de las vías públicas – por el simple hecho de colocar algo en lugares *quo vulgo iter fieret* sin las debidas precauciones. En el *effusum et deiectum*, por contra, se exige la producción de un resultado lesivo, que debe ser resarcido mediante el ejercicio, de la acción pertinente²⁷. Con razón arguye Thomas que «c'est en effet ce

²⁰ BERGER, D., *Encyclopedie Dictionary of Roman Law* (Filadelfia, 1953) p. 659, LEWIS-SHORT, s.v. «*protectum*»: «the projecting part of the roof», p. 1478.

²¹ Según ERNOUT, A., «Les elements etrusques du Vocabulaire Latin», en *Philologica I* (París, 1946) p. 38 ss.: se trata de una palabra de origen asiático que tiene raíces en Grecia y formaba parte del vocabulario etrusco, al igual que otros términos en *unda*.

²² ERNOUT-MEILLET, en su *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (París, 1985) p. 282-283, s.v. «*subgrunda*»: «gouttiere, gargouille», se trata de un «mot technique, sans etymologie sûre et susceptible d'alterations».

²³ Varr. *De re rust.* 3,3,5: ... *apes enim suggrundas ad initio villatico usae tecto*.

²⁴ Vitruv. *De arch.* 2,9,16: ... *certe tabulae in subgrundis circum insulas si essent ex ea conlocatae, ab traiectionis incendiorum aedificia periculo liberarentur, quod eae neque flammam nec carbonem possunt recipere nec facere per se*.

²⁵ Seguimos aquí la opinión de WATSON, A., «Liability in the *actio de positis vel suspensis*», en *Mélanges Meylan* (Lausana, 1963) p. 379.

²⁶ Como afirma, equivocadamente, WOŁODKIEWICZ, D., «*Deiectum vel effusum e positum vel suspensum*», en RISG (1968) p. 379.

²⁷ Vid. mis «Notas sobre el element objetivo...», cit.

qua dissent clairement les textes»²⁸. Ello demuestra hasta qué punto ha sido asumido, con demasiada ligereza, por parte de algunos autores que la responsabilidad era la misma en ambos casos²⁹.

Una postura bastante extendida entre la romanística entiende que el ilícito tipificado en ambos edictos debe ser perpetrado durante el día, no de noche³⁰. Esta limitación del *factum* delictivo a las horas diurnas constituye una suerte de tradición canónica que se ha transmitido de unos a otros con la sola apoyatura textual de la opinión de Labeón, recogida por Paulo en D.9,3,6,1 *Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte; sed quibusdam locis et nocte iter fiet*.

Empero, creemos que la tesis dominante –pese a su predicamento– debe ser abandonada por diversas razones. Ante todo, porque los más de sus sustentadores prescinden al formularla de toda explícita referencia a la patente censura pauliana al *responsum* de Labeón, avanzada en la misma sede textual: *sed quibusdam locis et nocte iter fiet*, y tan solo un autor³¹, tras calificarla de «tímida objección», añade que «podría constituir el germen de una tardía interpretación extensiva de la previsión edictal» en lo que, a nuestro juicio, equivalía a situar cronológicamente tal interpretación casi en época postclásica y, además, disociaría el *effusum et deiectum* de su estricto ligamen con el criterio del *vulgo iter fiet* que constituye la auténtica *ratio edictalis*³².

En segundo término, la postura tradicional origina una inútil antinomia con D.1,3,1,2,2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *semper enim ea loca, per quae volgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere*, por cuanto el empleo del adverbio *semper* parece connotar la generalización temporal de la prohibición. Be-

²⁸ THOMAS, Y., «Observations sur les actions: in bonum et aequum conceptae», en RHD 25 (1901) p. 558.

²⁹ En este sentido se manifiesta STOGCEVIC, D., *Sur le caractère des quasi-délits*, cit., p. 58, cuando señala: «Así, en los casos de *de effusis vel deiectis et de positis vel suspensis* es indiferente que el hecho fuese cometido dolosamente o sólo con culpa: el usuario de la habitación, el *habitor*, tiene una responsabilidad cuasi-delictual, sin tener en cuenta si él ha cometido personalmente el acto que causó perjuicio, si actuó de forma dolosa o sólo culposa.» Abunda en la misma interpretación errónea Longo., *I quasi delicta*, cit., p. 469, al afirmar: «En sustancia, los dos edictos, en mi opinión, tipifican diferentes bases de responsabilidad: el *habitor* es aquel que coloca o deja colocar peligrosamente objetos juzgados bajo un mismo prisma». En parejos términos se manifiesta STEIN, P., *La natura delle obbligazioni quasi ex delicto*, en JUS, 9 (1958), p. 367, y *The Nature of quasi-delict obligations in Roman Law*, en RIDA, 5 (1958), p. 363.

³⁰ *Vid.*, *ad ex.* LOZANO y CORBI, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona, 1982); también se reafirma en dicha interpretación en «Popularidad y régimen de legitimación en el actio de *effusis et deiectis*», en *Studi Biscardi* 5 (1984) p. 312.

³¹ CASAVOLA, F., *Studi sulle azioni popolari romane. «Les acciones populares»* (Nápoles, 1958) p. 157.

³² A esta misma conclusión –aunque por caminos diferentes– llega PALMIRSKY, T., «Some remarks on ne quis suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit, praetor's edict», en RIDA (2003) p. 293.

seler trata de resolver la cuestión señalando que el pasaje está interpolado debido a la no clasicidad del término *securitas*³³; Schipani³⁴, intenta salvar la antinomia partiendo de la polisemia del adverbio *semper*: si se refiere a una precisa dimensión cronológica de la provisión edictal —«siempre», «en todo momento»— la contradicción con el texto pauliano es patente, pero si se le asigna la acepción de omnivalencia temporal de la seguridad viaria, su autenticidad es evidente y la contradicción queda superada. A nuestro entender, resulta factible que la frase pudiera constituir el fruto de un glosema ulpiano al texto edictal originario sin que, en consecuencia, deba hablarse de una intervención compilatoria.

Por último, la primera parte de la cláusula por cuanto se impone a todos (*Ne quis...*) el deber de no colgar o suspender algo *in suggurunda protectove* que amenace caer a lugares transitados, sugiere claramente el estilo usual de las medidas de policía. Ello se infiere sin ambages del empleo del verbo en forma imperativa negativa³⁵ y no se constriñe la protección a las horas diurnas, del mismo modo que se tutela el tráfico ordinario tanto dentro como fuera de las ciudades³⁶, en vías públicas y privadas³⁷. A mayor abundamiento, sería absurdo —desde el punto de vista del bien jurídico protegido— que no se sancionase el *factum* producido por la noche, cuando sabido es el máximo riesgo que entrañaba circular por las calles de Roma en horas nocturnas³⁸. Así las cosas, la tutela edictal viaria no se circunscribe, por tanto, cronológicamente a las horas del día, sino a las calles y plazas de las que, efectivamente, se realiza un uso constante y cotidiano.

³³ BESELER, G., *Beitrag zur kritik der römischen Rechtsquellen*, 3 (Tubinga, 1913) p. 164.

³⁴ SCHIPANI, S., *Responsabilitá «ex lege Aquilia». Criteri di imputazioni e problema della «culpa»* (Turín, 1969) p. 87.

³⁵ A este usual empleo verbal en las medidas de policía, se refiere IMPALLOMENI, G., *L'editto degli edili curuli* (Padua, 1969) p. 373.

³⁶ D. 9, 3, 6, pr. (Paul. 90 ad ed.): *Hoc edictum non tantum ad civitates et vicos, sed ad vias, per quas vulgo iter fiet, pertinent.*

³⁷ D. 9, 3, 1 (Ulp. 23 ad ed.) *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus.*

³⁸ De ello nos habla Juvenal de un modo tan gráfico y vivo que es preferible cederle la pluma: *respi-ce nunc alia ac diversa pericula noctis:/ quod spatium tectis sublimibus unde cerebrum/ testa ferit, quotiens rimosa et curta fenestris/ vasa cadunt, quanto percussum pondere signent, / et laedant silicem. Possis ignavus haberi / et subiti casus improvidus, ad coenam si / Intestatus eas...* (*Satirae* 3. 267-272). Abstracción hecha de su fuerte vis cómica, no cabe duda de que el genial satírico escribía con pleno conocimiento de causa. En Roma no había iluminación pública. Cada uno debía proveerse de medios al respecto. El propio Juvenal dice que solía guiarse por la luz de la luna y el brillo de una candela que, la mayor parte del tiempo mantenía apagada como medida de ahorro (*Satirae*, 3, 286: *Me quem luna solet deducere, vel breve lumen / candelae, cujus suspensus et tempero filum, / contemnit*). No es, por tanto, extraño, que aquel que no tuviere razón para salir permaneciese en casa como medida de prudencia (Acerca de este problema, *Vid.*, entre otros, CARCOPINO, P., *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire* (París 1934) p. 226. PAULI, U.E., *Urbs. Aspetti di vita romana antica* (Florenca, 1942) p. 66 ss. Acerca de las fuentes literarias en punto a este tema, cfr. nuestro: «El edicto de effusus et deiectis y la problemática urbanística romana», cit., *passim*.

III. ELEMENTO SUBJETIVO

El segundo elemento conceptualmente diferenciado que tipifica el edicto de *positis vel suspensis* es de tipo subjetivo o intencional. Según de infiere de D. h.t. 12, el demandado es descrito como *is qui positum habeat*³⁹. La colocación del objeto peligroso constituye, pues, el momento a partir del cual cabe colegir que la *voluntas delicti* ha asumido una manifestación lo suficientemente precisa y concreta para justificar la intervención del órgano punitivo⁴⁰. Con ello, a nuestro juicio, se demuestra que la conexión del individuo agente con la conducta delictiva es mucho más próxima que en el *effusum vel deiectum*, donde –como es sabido– la legitimación procesal pasiva corresponde a *qui ibi habitaverit*, es decir, a aquella persona que se encontraba en situación de disfrute del inmueble, con independencia de si le es o no imputable la caída. Aquí, el *habitor* responde frente a las normas edictales sin que se tenga en cuenta la circunstancia de que el evento damnificador hubiera sido producido por dolo o por negligencia. La naturaleza objetiva de la protección edictal en el *effusum vel deiectum* debe considerarse como algo pacíficamente admitido por la doctrina.

El propio Ulpiano se ocupa en h.t. 11 de explicar qué se entiende por *cuis casus nocere posset* al señalar que con dicha expresión se pone de manifiesto que el pretor –en evitación del daño– se refiere no a todo lo que está colocado, sino a lo que está colocado que pueda dañar:

*Praetor ait «cuius casus nocere posset». Ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit (hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere) nec spectamus ut noceat sed omnino si nocere possit, edicto locus sit*⁴¹. *Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit.*

³⁹ La expresión *positum aut suspensum* es característica del texto gayano recogido en D. 44, 7, 5, 5 y reiterado en I. 4, 5, 1: ... *Cui similis est, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet*. Opino con PALMIRSKY, T., «Some remarks», cit. p. 288 que «separating *suspensum* as a distinct case towards *positum* does not seem fully proper, for *positum* in its broader sense means as much situated. Thus *positum* comprises in its concept *suspensum*. *Positum* (de *pono*) significa colocar, situar, emplazar («to place», «to set up») vid.». LEWIS-SHORT, p. 1396.

⁴⁰ Sobre el momento en que tiene lugar la consumación del *iter criminis*, COSTA, E., «Il conato criminoso del diritto romano», en BIDR 31 (1921) p. 27.

⁴¹ El período *hoc solum... locus sit* ha sido calificado de compilatorio por Longo basándose en los siguientes indicios: «Il primo periodo *hoc solum ... nocere dopo ut nocere possit* reca una costruzione infinita improvvisa; il successivo periodo *nec ... edicto locus sit* é assolutamente superfluo con taluni indizi formali: *sed omnino* l'improvviso *edicto locus sit*. Né forse si potrebbe negare che, altresì, sia una conclusione non necessaria il periodo finale, che lascia sussistere, perchè vi é poco certezza per riterne il carattere spurio.» Ello no obstante a nuestro juicio se trata de meros reparos de tipo formal que no empecen a la progenie clásica de la esencia del fragmento.

Del texto se deduce que la responsabilidad dependía de la existencia de una situación de peligro, según se infiere –con palmaria evidencia– de las palabras *ut nocere possit*. El recurso a uno u otro edicto dependería de que el *qui pendes* sucesivamente *effuderit*: si el objeto cae y ocasiona daños a los viandantes será de aplicación la *actio de effusis et deiectis*; si simplemente permanece suspendido *cuius casus nocere possit*, la *actio de positis vel suspensis*.

Es también interesante, a este respecto, el fragmento 12 h.t., objeto por parte de la romanística de diversas valoraciones críticas:

Si quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator. Nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.

Coinciden los autores en señalar la procedencia compilatoria del texto. Así, Mommsen⁴², para quien la corrupción deriva de una falta de cuidado del copista; Watson⁴³, por su parte cree que cualquier tentativa de reconstrucción debe descansar en un razonamiento *a priori*. A su juicio, tanto puede mantenerse que «the text talks of giving an action under this edict against the *dominus aedium* or *inhabitor* is liable even when unaware the placing». Participa de esta postura Giménez-Candela⁴⁴ para quien «de una primera lectura surge una cierta perplejidad, ya que parece contradecirse con lo que sabemos hasta ahora de la acción, pero es sólo una contradicción aparente, pues, como hemos visto, la acción del edicto se da contra *is qui positum habeat*, pero no se precisaba la prueba de que había colocado, por ello se daba habitualmente contra el *haborator*.» Más argumentos aporta Longo⁴⁵ en cuya opinión el pasaje *quasi haec actio... nam* constituye una intromisión bizantina evidente. En efecto, los compiladores al confundir el régimen de ambas acciones –*effusis et deiectis* y

⁴² En su edición del D. *ad* 9,3,5,12 (Berlín, 1870) Mommsen –refiriéndose a Cuyacio– creía que el comienzo del fragmento fue interpolado y debería leerse: ... *in eum competit actio (sc. actio de effusis vel deiectis) qui ibi habitaverit non in eum qui posuit: itaque utilis danda erit eum qui posuit quasi haec actio (sc. actio de positis) non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator.*

⁴³ WATSON, A., *Liability in the action positis ac suspensis*, cit., p. 381.

⁴⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, cit. p. 122.

⁴⁵ LONGO, G., «I quasi delicta. Actio de effusis et deiectis. Actio de positis ac suspensis», en *Studi Sanfilippo* 4 (Milán, 1983) p. 482.

positis ac suspensis—ponen erróneamente en boca del jurista que la cualidad del *dominus aedium* o *inhabitor* es un requisito de la legitimación pasiva⁴⁶; muy al contrario—como hemos tenido ocasión de señalar— en orden de la *actio de positis vel suspensis* decide de modo exclusivo la determinación del autor de la situación de peligro. Solo así encuentra una explicación lógica el período inicial de 9, 3, 5, 12: *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit in eum competit qui habitaverit non in eum qui posuit*. Esto significa que la *actio* en este caso era la de *effusis vel deiectis* y no la de *positis ac suspensis*. *Competit actio* debe interpretarse como *actio de effusis*. La segunda parte confirma la interrelación de la primera: *actio deficit*, porque el *positum et suspensum* no tuvo lugar *neque in suggrunda, neque in protecto*⁴⁷.

Así las cosas, y corroborada la progenia espuria de la primera parte del fragmento, no hay motivo—a nuestro juicio— para dudar de la pureza clásica del inciso final: *Servius respondit... quia legitima et honoraria actio deficit*. En nuestra opinión, no existen razones para pensar que este fragmento proceda de la autoría de Ulpiano y no de la de Servio. El empleo del indicativo en una frase de este género es perfectamente compatible con el estilo indirecto⁴⁸ y constituye una particularidad de la lengua ulpiana cuando nos transmite la opinión de otro prudente⁴⁹. La frase precedente proporciona un ejemplo paradigmático de lo antedicho: la expresión *quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita*, es, sin ninguna duda, de Servio; sin ella la solución que propone cojearía irremediablemente.

IV. LEGITIMACIÓN

En D. 9, 3, 5, 13 (Ulp. 23 *ad. ed*) se contiene referencia explícita a los legitimados para el ejercicio de esta *actio*:

Ista actio popularis est et heredi 'similibusque' competit, quia poenalis est

Ante todo, se trata de una *actio popularis* y ello es absoluto corolario de la *ratio edicti*. Efectivamente, es en el régimen de las *res publicae usui desti-*

⁴⁶ En el mismo error incide STOICEVIC, D., *Sur le caractère*, cit., p. 59, hablando de responsabilidad del *haborator* y diciendo que sería irrelevante «la question de savoir si c'était (l'usager) en quelqu'un d'autre l'autor du acte».

⁴⁷ LONGO, G., loc. cit., en nt. 45, p. 464.

⁴⁸ ERNOUT-THOMAS, *Syntaxe Latine* (París, 1951) p. 359.

⁴⁹ Así, por ejemplo, en D.19,5,13,1; D.21,1,10,4; D.21,1,25,3; D.21,1,31,8; D.39,2,22; D.39,5,19,1; D. h. t. 6; D.46,7,3,7; D.47,2,13 pr.

natae donde cabe situar el origen de las acciones populares⁵⁰: las plazas, la vía pública pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos y cualquiera de ellos está legitimado para exigir la satisfacción del daño ocasionado, del mismo modo que si se tratase de una lesión inferida a sus propios intereses⁵¹. El *civis* se sirve de estas *res*, las repara, las defiende contra perturbaciones, prohíbe su deterioro y exige su restitución sobre la base de su propio derecho en cuanto ciudadano, y por ello, copropietario junto con los otros *cives* de todo el territorio de la ciudad que no sea propiedad privada⁵².

Las acciones populares, en acertadas palabras de Murga⁵³ son una profunda demostración del civismo urbano de Roma y de una idiosincrasia peculiar que no se repetirá probablemente nunca más en la historia de la humanidad: «la comunidad es de todos, y por serlo, cada ciudadano romano dentro de la urbe, cada colono en su colonia y cada munícipe en su pequeño núcleo urbano, puede incoar la acción de multa para reprimir delitos o infracciones cometidos contra la comunidad, haciendo el papel de actor porque realmente es parte interesada en el asunto». La popularidad de las acciones constituye, en suma, una especie de expediente genial para que *quivis ex populo*, y no únicamente los magistrados, pueda promover a la *tuitio urbis*. Es más, sólo cuando la iniciativa popular faltase intervendrían de oficio los ediles para proteger el buen funcionamiento de la ciudad⁵⁴.

Esta acción pretoria, debido a su naturaleza *popularis* que, como es sabido, le confiere la *potestas experiundi* a *quivis ex populo*, plantea, *prima facie*, un problema que dista de tener un alcance meramente teórico. En efecto, así como en las acciones privadas la *exceptio rei in iudicium deductae* –instrumento jurídico que sirve para dotar de efectividad a la conocida *regula iuris* de la imposibilidad de replanteamiento procesal que se producía una vez que el litigio había llegado a la *litis contestatio*⁵⁵– evitaría, de un modo indubitado,

⁵⁰ BRUNS, L.G., «Die römischen Popularklagen», en ZRS 3 (1864) p. 121.

⁵¹ IHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschieden. Stufen seiner Entwicklung* I (Leipzig, 1894) p. 211.

⁵² CASAVOLA, F., «Fadda e la dottrina delle azioni popolari», en *Labeo* I (1955) p. 141.

⁵³ MURGA, J.L., «Las acciones populares en el municipio de Imi», en BIDR 27 (1985) p. 210 ss. Un estudio exhaustivo y muy actual sobre las acciones populares en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «La acción popular romana, *actio popularis* como instrumento de defensa de los intereses actuales y su proyección en el derecho actual», en RGDR 31 (2018). También F. BOTTA, «Acerca de la *litis pendencia* y de la *res iudicata* en las acciones populares romanas» en *Ibid.*

⁵⁴ FADDA, C., *L'azione popolare. Studio de diritto romano e attuale. I: Parte storica, diritto romano* (*Studia Giuridica* 26) Turín, 1894, p. 357.

⁵⁵ Tal *regula iuris*, que se sustancia en el aforismo *bis de eadem de re si actio o bis de eadem re agere non licet*, nos es recordada por Quintiliano, *Inst. Orat.* 7, 6. Sobre su aparición en la jurisprudencia republicana, vid.: CORNIL, G., «Une conjecture sur l'origine de la maxime «bis de eadem re ne sit actio»», en *Studi Bonfante*, 3, p. 35 ss.

que el que litigó una vez volviera a interponer la acción, ¿cómo impedir, tratándose de *actiones populares*, que cualquier otro miembro de la comunidad ciudadana, reasumiendo el papel de actor, pueda incoar de nuevo la tramitación? La solución fue aportada por la *exceptio vulgaris*, que al considerar agotada la antigua pretensión, vetaba a *quicumque agere volet* toda posibilidad de un segundo replanteamiento litigioso⁵⁶. Ahora bien, la popularidad de esta acción –que se revela como atributo del *homo singularis* en cuanto miembro de la comunidad ciudadana⁵⁷, no obsta para que el magistrado, si hay pluralidad de demandantes, atendiendo a las necesidades derivadas de las circunstancias concurrentes, elija al más idóneo, y éste sería normalmente el heredero o el pariente más próximo⁵⁸. Hasta aquí el tenor literal del texto que, en este punto, con razón ha sido reputado de espurio por la crítica romanística⁵⁹. En efecto, la intransmisibilidad activa es una lógica consecuencia del carácter *popularis* de la *actio positus* ya que *quivis ex populo*, cualquier persona, está legitimada para ejercitarla, con lo que la referencia explícita a su transmisión a los herederos o similares se nos antoja un añadido carente de razón⁶⁰.

Que la acción pretoria por el *positus vel suspensus* sea anual se explica por su naturaleza penal e *in factum*. En efecto, según una regla atribuida a Casio, que Paulo nos transmite⁶¹, las acciones pretorias son limitadas en un año, sin son penales; son, por su parte, perpetuas si reipersecutorias. La regla se halla enunciada en D. 44, 7, 35 pr (Paul. 1 *ad ed.*):

⁵⁶ Sobre la denominada *exceptio vulgaris*, vid.: SCIALOJA, V., «L'exceptio rei iudicate sulle azioni popolari», en *Studi Giuridici* I, p. 211.

⁵⁷ A la polivalencia semántica del término *popularis* alude explícitamente CASAVOLA, en *Actiones populares*, cit., p. 158 ss.

⁵⁸ Para DANILOVIC, J., «Observations sur les «acciones populares»», en *Studi Grusso*, 6, p. 13 ss: «Ce régime resultait des besoins concrets imposés par la nature des cas réglés par les édits».

⁵⁹ Así lo entienden: FADDA, C., *L'azione popolare*, cit., p. 175-176; CASAVOLA, F., *Studie sulle azione popolare*, cit., p. 166. Ya con anterioridad CODACI-PISANELLI, A., *Le azioni popolari* (Nápoles, 1887) p. 30. Por el contrario, admite la sucesión en las *actiones populares* PAALZOW, H., *Zur lehre von den römischen Popularklagen* (Berlín, 1889) p. 43 ss.

⁶⁰ Con todo, PALMIRSKI, emplea una argumentación un tanto artificiosa para salvar la clasicidad del pasaje *heredi 'similibusque' competit*. A su juicio, dado que tal legitimación sólo sería ejercitable cuando el objeto permaneciese colgado o suspendido y no hubiese caído, es muy difícil aquí señalar al agraviado en el estricto significado de este vocablo y, lo que, es más, para señalar al heredero que sería beneficiado del *positus vel suspensus*. A pesar de que el hecho de la responsabilidad *exposito vel suspensus* se origina independientemente del daño, nosotros podemos hablar en este caso de mayor o menor interés del pueblo legitimado para interponer la acción [por ejemplo una persona cuya propiedad o cuyo trabajo estuviese usualmente en la calle, si un objeto susceptible de causarle daño estuviese colgado encima de él, tendrá preferencia sobre los peatones accidentales]. Entonces, la expresión «heredi 'similibusque'» usado en 9,3,5,13 podría ser entendida probablemente –olvidándonos de la posible interpolación de este pasaje– no como un círculo de gente legitimada *iure hereditario* sino como un grupo de personas más interesadas. Cfr. «Some remarks», cit. p. 299-300.

⁶¹ «In buon latino», dice AMELOTTI, M., *Actiones perpetuae*, cit., 191.

In honorariis actionibus sic esse definendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

La clasicidad de la máxima casiana ha sido pacíficamente admitida⁶². Su justificación radica en que en las acciones penales se busca principalmente una reparación del agravio en forma de sanción: la ejemplaridad del castigo es mucho mayor si su cumplimiento sigue rápidamente a la ofensa⁶³; por tanto, a la general perpetuidad, acogida para las acciones reipersecutorias, se opone el carácter anual de las acciones penales pretorias⁶⁴.

El *annus actionis* comienza a computarse desde que se tiene, por primera vez, la *potestas experiundi*. Es, según la doctrina tradicional, un año útil, no un año continuo⁶⁵; el *tempus utile* implica la concreta posibilidad del actor de promover el juicio⁶⁶. El cómputo del año se retrasará cuando la ocurrencia de impedimentos referidos a la persona del actor, del demandado o del magistrado obsten a lo *potestas experiundi*:

D.44,3,1 (Ulp. 74 ad ed.): *Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum*

⁶² Con todo, SIBER, H., *Römisches Recht 2* (Darmstad, 1928) p. 227, ha señalado el error de transcripción de *darentur* por *dentur*, que sería lo formalmente correcto. Para VOCI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milán, 1939), p. 100, se trata únicamente de un nuevo descuido en la transmisión diplomática.

⁶³ AMELOTI emplea esta gráfica expresión para describir el carácter sumario de la ejecución de la sanción: «cuando essa é ancora fresca nella mente della vittima» (Cfr. *Actiones perpetuae*, cit., p. 187). Para MURGA, «aunque no es fácil hipotizar sobre su origen, tal vez la pena pudiera ser como el final evolutivo del antiguo rescate que debía satisfacer el ofensor a fin de librarse de la venganza permitida por los *mores* a la víctima o a su grupo familiar. Si ello fue así realmente, estas acciones penales vendrían a ser dentro de la historia jurídico-procesal como un paso intermedio entre los tiempos arcaicos de la venganza privada y la posterior intervención de la *civitas*, que, en su misión de administrar la justicia y realizar el Derecho, fue asumiendo para sí la tramitación procesal de las acciones» (Cfr. *Derecho romano clásico*, 2. *El proceso* [Zaragoza 1980] p. 231).

⁶⁴ Tal es, a mi juicio, el fundamento de la anualidad de las acciones penales pretorias. No cabe, por tanto, como hacen algunos autores, ligar la anualidad de las acciones penales al *annus imperii*, esto es, al año de ejercicio de la magistratura partiendo de I.4,12 pr: *nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium*. Vid., por todos, BERETTA, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, en RISG 2 (1948) y 3 (1949) p. 83 ss. Para AMELOTI, la frase en sí misma es de factura compilatoria «senza trovare riscontro nel testo di Gaio», el argumento del *annus imperii* se revela al autor como notoriamente insuficiente; las fuentes que lo refieren no pueden erigirse en exclusivas frente al silencio de textos más seguramente clásicos. Pero sobre todo, de ser aceptado, comportaría que todas las acciones pretorias fuesen anuales, cuando existen numerosas excepciones (cfr. *ibid.*, p. 208 s.), y concluye en la p. 217: «Il ricollegamento delle azioni pretorie annali all'annus imperii altro non è che fantasia, e spero averlo dimostrato». A idéntica conclusión llega SCIALOJA, *Procedura civile romana* (Roma, 1936), p. 349 ss., con abundante literatura respecto a la doctrina anterior.

⁶⁵ SAVIGNY, F. C., *Sistema del derecho romano actual*², trad. esp. De Mesía y Poley 4 (Madrid, s. f.) p. 176 ss.

⁶⁶ Sobre el *tempus utile*, vid. UBBELOHDE, A., *Ueber die Berechnung des «tempus utile» der honorarischen Temporalklagen* (Hamburgo, 1891); Rec. de BIERMANN, en ZSS 13 (1892) p. 384 ss.

*est, ut sit facultas agendi; neque sufficit res experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiiri. Proinde sive apud hostes sit sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo, vel in regione detineatur; ut neque experiiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiundi habet potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit*⁶⁷.

Transcurrido el año, el demandado podrá pedir la inserción en la fórmula de una genérica *exceptio annalis* que Lenel⁶⁸ reconstruye de esta forma: *Si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit*.

Por lo que respecta a la legitimidad pasiva, como es sabido, las acciones penales verdaderas y propias, es decir, las que tienen por contenido solamente la pena, no al mismo tiempo la *res* y la *poena* o el *quanti ea res est*, no se transmiten –ni siquiera en el derecho justiniano– contra el heredero⁶⁹, y ello, es plenamente lógico debido a que, por su carácter personalista, al pretender especialmente la sanción del culpable, no deben ser utilizadas más que contra el autor del delito, y nunca contra los herederos de éste, que normalmente nada habían tenido que ver con la comisión del delito.

En lo tocante a este punto, conviene ahora detenernos en el examen de la hipótesis de la comisión del ilícito por un *servus*. Existe un planteamiento de este supuesto en D.9,3,5,6 (Ulp. 23 *ad ed.*):

*Si servus insciente domino fecisse dicitur [aut noxae dedi iubedo]*⁷⁰.

⁶⁷ AMELOTTI, *Actiones perpetuae*, cit., p. 211 ss., hace un detallado análisis de estos obstáculos.

⁶⁸ LENEL, EP³, p. 505.

⁶⁹ *Vid.*, por todos, ALBERTARIO, E., «Notte sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità pasiva», en BIDR 26 (1913) p. 109. Se trata de acciones inspiradas en la idea de desagravio como la *actio iniurandarum*, la *actio de sepulchro violato*, et., cuya propia finalidad sancionadora limita el castigo al culpable y sólo a él.

⁷⁰ Para LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 (Leipzig, 1889) p. 551, nota 3, la lectura *aut noxae dedi iubedo* que propone Mommsen es imposible porque –explica en EP, p. 174, nota 11– «ein praetorisches iubere dari aut noxae dedi indet rechtstaat». En el mismo sentido se manifiesta Gradewitz, O., *Spruchgebrauche des pratorischen Edikts*, en ZSS, 8 (1887), p. 257, que sugiere *aut defendi aut duci iubedo*. Contra, por buenas razones («mit guten Gründen», según el propio Lenel, que en EP, p. 174, nota 11, revisa su postura) se pronuncia Wlassak, M., en cuya opinión cabe suponer que los compiladores, tras proceder a un trasvase literal del contenido del edicto de *effusis vel deiectis*, se percataron de que el *in iudicio aidi-ciam* carecía ya de sentido en su tiempo y de este modo lo sustituyeron por *aut noxae iubedo* (cfr. *Die Klassische Prozessformel mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristisberufes in der Klas. Zeit.*, Viena, 1933), p. 120.

Se subordinaba, por tanto, la concesión de la *actio noxalis* a la ausencia de la *scientia domini*⁷¹; consecuentemente, si el esclavo actuó con desconocimiento del dueño procedía la acción noxal y, como es sabido, el titular de la *dominica potestas*, si resultaba probado el ilícito, podría optar en el momento de la *litis constestatio* por pagar la pena o proceder a la *noxae deditio servi*. Caso de que el esclavo cometiese el delito *sciente domino*, procedía ejercitar contra el dueño la acción penal directa –en el supuesto que nos ocupa; la *actio de positis*–, sin que cupiera exoneración por *noxae deditio*⁷². Se trata una vez más, de una extensión del régimen de la ley Aquilia, ya que, como dice Albanese⁷³, es más que probable que una expresa disposición del plebiscito aquiliano estableciera que el daño ocasionado por un esclavo *sciente domino* determinaba la *actio legis Aquiliae* directa contra el *dominus*. Con todo, y al igual que ocurre en el *damnus* aquiliano, basta la *scientia* meramente culposa, esto es, la *non prohibitio*, para que se pudiera dar la acción directa, ya que en este ilícito no se persigue el dolo⁷⁴.

V. «CONDEMNATIO»

De D.9,3,5,6 se infiere que la conducta ilícita estaba castigada con una multa de diez *solidi*. Sin embargo, según Lenel⁷⁵, el texto originario del edicto establecería en este caso una multa de diez mil sestercios. Esta opinión parece válida, considerando el hecho de que desde la mitad del siglo III a. C. los romanos cuantificaban el valor de sus propiedades en sestercios⁷⁶. El problema de la estimación exacta de la extensión de la pena por la inobservancia del *edictum de positis ac suspensis*, especialmente en comparación con las fijadas para el edicto de *effusis* ha sido discutido. Algunos autores⁷⁷, asumen en este

⁷¹ Vid., sobre la *scientia domini*, PUGLIESE, G., «Obligazione del capo familia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità», en *Studi Albertario*, I (Milán, 1953) p. 232 ss.; ALBANESE, B., «Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitto del servo», en BIDR 70 (1967) p. 119 ss.; GIMÉNEZ CANDELÁ, T., «Sobre la «scientia domini» y la acción de la Ley Aquilia», en IVRA 31 (1980) p. 129 ss.

⁷² Convenimos con PUGLIESE, *ibid.*, p. 273, que, en punto a la redacción de la fórmula, la *actio directa* se transforma en noxal «con la semplice aggiunta della clausula *aut noxae dedere*». Contra, GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, (Pamplona, 1981) p. 396, nt. 39.

⁷³ ALBANESE, «Sulla responsabilità del «dominus sciens», cit., p. 170, donde cita al respecto D.9,4,2,1 y 9,2,45. Análogas prescripciones se hallan en el edicto de *albo corrupto* (D.9,4,3; D.4,4; D.9,4,5; D.9,4,7) y en el edicto *ne quis in suggrunda* (D.9,3,5,6; D.9,3,5,10). En el mismo sentido, DE VISSCHER, F., *Le régime romain de la noxalité* (Bruselas, 1947), p. 326 ss. Y 490 ss.

⁷⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, Sobre la «scientia domini», cit., p. 121.

⁷⁵ Vid., a este respecto, la nt. 3 de este trabajo.

⁷⁶ Acerca del fenómeno inflacionario en Roma, cfr. nuestro «Depreciación monetaria e inflación en la crisis del Bajo Imperio», en RGDR 22 (2014).

⁷⁷ Entre otros, PALAZZO, A. G., *Obbligazioni quasi ex delicto* (Parma, 1919) p. 99; GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamadas cuasidelitos*, cit., p. 123.

caso un importe de cien mil sestercios, como dice Giménez-Candela «una cantidad elevada para salvaguardar la seguridad pública con una prohibición de carácter preventivo, en la que además, dada la dificultad de probar quien era el autor material del *positum*, se castigaba con una sanción rigurosa la simple posibilidad de un peligro, sin atender a que se produzca un evento dañoso»⁷⁸. Con todo, esta asunción de una pena mayor que la aplicable al que causó daños es contradictoria. No sería lógico castigar el mero hecho de colocar un objeto en un lugar peligroso con una penalidad doble de la prevista para el edicto *de effusis* en el caso de muerte de una persona libre⁷⁹. A mayor abundamiento, es evidente –tras la comparación del texto de ambos edictos– que la suma de diez *solidi* del *de positus*, es cinco veces menor que la de las cincuenta áureos del *effusis*⁸⁰. La entrada en circulación del *solidus aureus*, auspiciada por Diocleciano como instrumento capital de sus medidas antiinflacionarias, tuvo lugar decididamente con Constantino a partir del 311. Como dice A. D'Ors: «el acontecimiento más importante del siglo IV, que dominó la historia de la centuria y aún de los que le siguieron, fue la aparición del *solidus* constantiniano, esto es, la difusión de la moneda de oro por todo el ámbito del Imperio Romano»⁸¹. Merced a esta medida, fundamentalmente el siglo IV va a ser una época de progreso general en términos macroeconómicos. El juicio negativo de algunos historiadores se debe a que está inserto entre dos periodos dramáticos y porque la influencia de la política religiosa y de las fuentes cristianas favoreció una interpretación negativa de la realidad económica⁸².

Este progreso se va a apoyar en una moneda fuerte –el *solidus aureus*– implantada por Constantino, que pondría fin a la confusión monetaria del siglo III. El *solidus* pesaba 1/72 de libra y permaneció estable –salvo pocas excepciones– hasta la época bizantina. De hecho, se mantenía prácticamente sin cambios en el año 1070, cuando empezaron a aparecer muestras degradadas de esta moneda⁸³.

⁷⁸ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Ibidem*.

⁷⁹ Nos adherimos plenamente a la postura sustentada en este punto por PALMIRSKI, T., «Some remarks» cit., p. 194.

⁸⁰ Según LENEL, EP³, cit., p. 174 el equivalente a cincuenta mil sestercios que, manteniendo la misma proporción se corresponde con la quinta parte de los diez mil sestercios que se fijan para el edicto *ne quis suggrunda*.

⁸¹ D'ORS, A., «Un arbitrista del siglo IV y la decadencia del Imperio Romano», en *Cuadernos de la Fundación Pastor* 7 (Madrid, 1963) p. 41-69.

⁸² BERNARDI, A., «Los problemas económicos del Imperio Romano en la época de su decadencia», en C. Cipolla y otros, *La decadencia económica del Imperio* (Madrid, 1973) p. 27 ss.

⁸³ WALBANK, F.W., *La pavorosa revolución. La decadencia del Imperio Romano en Occidente*, trad. Esp. D. Rolfe (Madrid, 1978) p. 104.

VI. EVOLUCIÓN POSTERIOR

En el derecho visigodo no se encuentran indicios de estas acciones. Tampoco en el Fuero Real cuyo libro IV trata del derecho penal, pero, pese a regular la reparación de daños, no alude a esta cuestión. Tampoco existe referencia alguna en el Espéculo al que falta el libro IX que presumiblemente estaría dedicado al derecho penal⁸⁴.

Con todo, en las Siete Partidas fueron incorporadas las acciones *de effusis vel deictis* y la *de positis ac suspensis*, específicamente en la partida séptima dedicada al ordenamiento punitivo y que contiene una norma casi idéntica a la del derecho romano, sobre todo en lo concerniente a la primera de ellas, puesto que en lo que atañe a la *actio de positis vel suspensis* se introduce una novedad importante: su ámbito de aplicación se reduce exclusivamente a cosas que se suspenden o cuelgan en el ejercicio de algún comercio o industria. Aparte de la referencia a poco saludables prácticas del Bajo Medioevo, las similitudes entre la redacción recogida en el código alfonsino y el texto latino son notables⁸⁵. Reflejamos a modo ilustrativo la transliteración de la rúbrica de la ley XXV, título XV, partida VII, tal como lo propone Sánchez Arcilla⁸⁶:

«Como el que echare de su casa huesos o estiércol en la calle debe pechar el daño a los que pasaren por allí». Empero, hay algunos cambios: desaparece la distinción entre hombres libres y esclavos, se adapta la moneda, etc. Con todo, se mantiene la presunción de responsabilidad objetiva de los moradores de la vivienda sobre los vertidos hechos a los lugares donde transitan personas siguiendo la misma fórmula empleada por los romanos: el doble para los daños materiales y una cantidad fija para el caso de muerte [cincuenta maravedíes de oro para los herederos, e igual cantidad para la Corona].

Por lo que respecta al edicto de *positis vel suspensis*, la rúbrica alfonsina es la siguiente:

«Como los hosteleros que tienen colgadas algunas cosas a las puertas deben poner de manera que no hagan daño a otro»⁸⁷.

⁸⁴ PÉREZ MARTÍN, A., «La obra legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan Las Siete Partidas» en *Glossae* 3 (1992) p. 26; MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Leyes de Alfonso X. Tomo I (Espéculo) edición y análisis crítico* (Ávila, 1985) p. 2.

⁸⁵ GREGORIO LÓPEZ, en una glosa ad h. l. escribe: «concord. cum ed. de his qui effuderint vel deicerint» [Cfr. *Las Siete Partidas glosadas por el lic. Gregorio López*, III, (Salamanca, 1555) p. 62].

⁸⁶ SÁNCHEZ ARCILLA, J., *Las Siete Partidas* (Madrid, 2004) p. 944.

⁸⁷ *Ibid.*

El texto, transliterado en la medida señalada, reza así:

«Cuelgan a las veces los hosteleros u otros hombres ante las puertas de sus casas algunas señales para que sean conocidas por ello, así como semejanzas de caballo o de león o can o de otra cosa semejante. E porque aquellas señales que ponen para esto están colgadas sobre las calles por donde andan los hombres, mandamos que aquellos que las ponen allí, que las cuelguen de cadenas de hierro o con otra cosa cualquiera. E por si ventura alguno tuviese la señal colgada, de guisa que sospechasen que podría caer o lo acusasen de ello o lo hallasen en verdad que podría caer o lo acusasen de ello o lo hallaren en verdad que podía caer e hacer daño, aunque no cayese no lo hiciese, mandamos que por la pereza que hubo en no la tener atada como debía, que peche diez maravedíes de oro; los cinco al acusador e los cinco a la cámara del rey».

A la vista de lo expuesto, queda claro que la normativa alfonsina respetó en su espíritu al modelo romano⁸⁸, sin perjuicio de la incorporación de algunos aportes originales y propios cual es la circunscripción del *positis vel suspensis* al ámbito hostelero. Como bien dice Gema Tomás Martínez⁸⁹: «Esta resonancia de las fuentes justinianas sobre la *actio de effusis vel deiectis*, es una muestra de la influencia que debieron tener sobre las Partidas, tal y como resulta de otros estudios hasta ahora realizados»⁹⁰. Lo relevante es –y en ello hago más las palabras de Schipani– cómo ni el paso del tiempo, ni el desarrollo de la ciencia jurídica o la creatividad de los procesos codificados impidieron que estos edictos encontraran su lugar en los modernos códigos civiles⁹¹.

Ello no obstante, *actio de effusis vel deiectis* y la *positio vel suspensio* no corrieron la misma suerte en Francia. Domat rubrica la sección primera del Título VII del Libro segundo de sus Leyes Civiles: «De lo que fuere arrojado desde una casa, o de lo que estuviese colgado en ella de modo que pueda caer y causar algún daño», recogiendo el espíritu de ambas acciones en la misma⁹². La primera redacción del *Code* dedicaba al *effusis vel deiectis* dos artículos⁹³, situados inmediatamente después de la declaración general de respon-

⁸⁸ BARRIA DIAZ, R., «Actio de effusis vel deiectis y actio de positio vel suspensio: antecedentes, contenido y proyecciones de la moderna responsabilidad contractual», en REHJ XL (2018) p. 574 ss.

⁸⁹ TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La responsabilidad del habitador en la actio de effusis et deiectis y su alcance actual (artículo 1910 del Código Civil)», en *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Burgos, 2001) p. 859.

⁹⁰ La propia Gema Tomás Martínez, en *ibid.* nt. 19, aporta sustanciosa bibliografía al respecto.

⁹¹ SCHIPANI, S., «Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda cui principis della responsabilità civile del Corpus Iuris ai codici civile europei e latinomericani», en *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale* (Turín, 2009) p. 203 ss.

⁹² DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, II (París, 1777) p. 65.

⁹³ Artículo 16: «Si desde una casa habitada por varias personas, se arroja sobre un transeúnte agua o alguna cosa que cause daño, los que habitan en el departamento desde donde se ha arrojado son todos solidariamente responsables, a menos que se conozca a quien lo tiró, en cuyo caso debe él en solitario la

sabilidad por hecho propio contenida en lo que a la postre sería el artículo 1382⁹⁴. Empero, durante la discusión del primitivo proyecto, los ponentes –quizás movidos por su cierta ignorancia de los antecedentes históricos⁹⁵– rechazaron la incorporación de los dos preceptos de la primera redacción⁹⁶.

Por lo que atañe a nuestros tratadistas de la etapa precodificadora, Aso y De Manuel⁹⁷ asumen en punto al delito la definición contenida en el Proemio de la séptima de las Partidas: «*Delito es: todo mal fecho, que se face á placer de una parte, é á daño, é á deshonra de la otra. Prol. de la part. 7. Si este mal fecho se executa con intención dañada, esto es, con dolo, es delito verdadero, al qual nuestras leyes comprehenden baxo nombre general de malfetria; pero si este hecho solo procede de una omisión, aunque culpable, se llama quasi delito*».

En lo concerniente a la *actio de positis vel suspensis*, estos autores se limitan a constatar la responsabilidad de los posaderos por las cosas que tienen colgadas a sus puertas o ventanas en línea con la partida alfonsina:

«Son también responsables del daño (...) los Mesoneros; u otros por el daño que causan a los pasajeros las cosas que tienen colgadas a sus puertas o ventanas»⁹⁸.

El Proyecto de García Goyena va a seguir la línea del código napoleónico tipificando únicamente la *actio de effusis vel deiectis*⁹⁹ y haciendo caso omiso de la de *positis aut suspensis* a la que considera mera «medida de policía»¹⁰⁰.

reparación del daño». Artículo 17: «Los huéspedes que sólo están de paso en la casa desde donde la cosa ha sido lanzada, no responden del daño, a menos que se pruebe que son ellos los que la han arrojado; pero el que los hospede responde».

⁹⁴ Los MAZEAUD atribuyen a dicha ubicación, el que los redactores del *code* no aquilatasen correctamente la importancia de dichas disposiciones, los tomaran por meras ejemplificaciones del artículo 1382 y en consecuencia inútiles y procedieran así a su exclusión del texto definitivo [cfr. MAZEAUD, H., y L., *Traité Théorique et pratique de la Responsabilité Civile*, I, 2ª ed. (París, 1934) p. 310].

⁹⁵ Son palabras de SALANOVA VILLANUEVA, M., «Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas en derecho español y francés», en RDP (1999) p. 368.

⁹⁶ En la sesión del Conseil d'Etat de 2 de frumario del año 2, al discutirse los artículos 16 y 17 «M. Miot dice que el enunciado del principio es suficiente: los ejemplos deben ser eliminados» [Locré, cit., por MAZEAUD, *Traité* cit. p. 310, nt. 2].

⁹⁷ JORDÁN DE ASSO, I., y DE MANUEL RODRÍGUEZ, M., *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 5ª ed. (Madrid, 1792), libro II, tít. XIX, cap. I, p. 234. En todo caso, esta concepción del «hecho ilícito» y de la «intención de dañar» aparece reflejada en DELVINCOURT, E., *Cours de Droit Civil*, III (París, 1819) p. 214: «Ce fait est licite ou illicite... Dans le second, il faut encorer distinguer: si le fait illicite a été commis avec l'intention de nuire, il se nomme delit, s'il été commis sans cette intention, il se nomme quasi-delit».

⁹⁸ *Ibid.*, p. 243-244.

⁹⁹ Artículo 1904: «Todo el que habita como principal una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma».

¹⁰⁰ García Goyena al comentar el precepto que nos ocupa califica el supuesto de «materia de policía» y atribuye a tal circunstancia al hecho de que no encuentre correlato en los Códigos civiles de la época: «Este artículo se halla colocado entre las faltas, y propiamente es materia de policía, números 22 y 30, artículo 482 del Código penal: tal vez por eso se echa de menos en los Códigos civiles modernos» (cfr.

Posteriormente, el anteproyecto de 1882-1889 se encargó de reproducir la norma del proyecto isabelino y todo ello cristalizó en el vigente artículo 1910 del Código Civil en cuyo tenor: «El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable por los daños por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma».

En definitiva, la *actio de positis vel suspensis* va a dejar de estar presente en las modernas codificaciones civiles porque como muy bien dice Zimmermann: «las regulaciones de policía y las reglas previstas en la legislación penal podían considerarse suficientes para incentivar a las personas para evitar conductas dañosas de esta especie»¹⁰¹. Así las cosas, respecto de la *actio de positis vel suspensis* ha existido un reflejo penal como norma de policía en diversos códigos punitivos tipificada como falta¹⁰².

VII. SITUACIÓN ACTUAL

Los delitos de peligro son figuras a las que por múltiples razones técnicas y político-criminales recurre con frecuencia cada vez mayor el legislador penal moderno y, coherentemente con tal tendencia ha ido creciendo simultáneamente la atención que les dedica la doctrina científica y la jurisprudencia. Probablemente Lackner no hubiera podido siquiera imaginar, cuando en 1967 concebía que los delitos de peligro se habían extendido como una «mancha de aceite», convirtiéndose en el hijo predilecto del legislador, el grado de veracidad que cobraría su afirmación en años posteriores¹⁰³.

Desde luego, como acabamos de demostrar con nuestro análisis del largo devenir histórico de la *actio de positis vel suspensis*, ni la existencia, ni el concepto de los delitos de peligro son una creación del legislador y de la doctrina contemporánea. En la segunda mitad del siglo pasado, especialmente a partir de los años sesenta, ante la creciente peligrosidad de la vida en esta «sociedad

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, II (Madrid, 1852) p. 971.

¹⁰¹ ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996) p. 10.

¹⁰² El Código Penal de 1848, art. 482.21 establece: «El que tuviese en balcones, ventanas o azoteas u otros puntos exteriores de su casa tiestos u otros objetos, con infracción de las reglas de policía». En los mismos términos el de 1850, art. 495.18; el Código de 1870 varía algo la redacción, art. 599.8: «Los que tuvieran en los parajes exteriores de su vivienda sobre la calle o vía pública objetos que amenazaren causar daños a los transeúntes». Este precepto reproduce el art. 575.5 del Código Penal de 1932, el de 1944 (580.4) y el de 1973 (580.4). (Datos tomados de TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La responsabilidad del habitador», cit., p. 861).

¹⁰³ LACKNER, K., *Gefährdungsdelik in Verkehrsstrafrecht* (Berlín, 1967) p. 1.

de riesgo», comienza a demandarse al Derecho Penal un adelantamiento de la protección que no espere a la producción del resultado sino que castigue las acciones peligrosas por sí mismas, desvinculándolas de un resultado lesivo¹⁰⁴. Con todo, esta tipología delictiva dista mucho de ser una creación de la dogmática moderna, tal como creen muchos autores. Muy al contrario –como hemos tenido ocasión de señalar–, los juristas romanos aceptaron sin objeciones la división en delitos de daño o lesión y delitos de peligro, tomando como base el grado de energía de la acción que provoca el deterioro del bien jurídico protegido. Si el resultado produce la destrucción total del bien o de un derecho, estamos ante la presencia de un delito de daño; si sólo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro. En el primer caso, se afecta directamente al interés tutelado; en el segundo, la acción se concreta al riesgo de deterioro. *Historia est magistra vitae*.

¹⁰⁴ RAMÍREZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Colección Autores de Derecho Penal*, Alberto Donna (dir.) (Buenos Aires, 2004) p. 22. Vid., también: KISS, A., *El delito de peligro abstracto* (Buenos Aires, 2011). MÁRQUEZ CISNEROS, R., *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto* (Madrid, 2016). En nuestro Derecho, basta una ojeada a las reformas legislativas de los últimos años y a los Proyectos de reforma para constatar el importantísimo incremento de la presencia de delitos de peligro en ámbitos como el tráfico rodado [introducidos en el CP español por la Ley 3/19967 de 8 de abril, aunque con los precedentes de las Leyes especiales de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962], la salud pública [En los últimos años tanto la doctrina como el legislador han prestado especial atención a los denominados «fraudes alimentarios nocivos», atención fundada en hechos como las intoxicaciones masivas, cuyo ejemplo más dramático fue el envenenamiento por aceite de colza]. El medio ambiente [Carente de protección penal en nuestro ordenamiento hasta la reforma de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio), por la que se introduce el artículo 347 bis)], las condiciones de seguridad en el trabajo [Protegidas penalmente a través del artículo 340 bis a, introducido por la reforma de 1983 (LO 8/1983), de 25 de junio)], la manipulación y transporte de sustancias peligrosas [La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, crea un nuevo 348 bis b, en el que se tipifica la infracción de las reglas de seguridad tanto a la manipulación, transporte... de sustancias peligrosas como en la construcción]... delitos que responden a la creciente necesidad de adelantar las barreras del Derecho penal a estadios previos a la producción del resultado, para hacerla efectiva.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE

Axiological principles in inter absentes contracting in the EU

JOSÉ RUIZ ESPINOSA

Universidad Católica de Murcia UCAM

Resumen: Se estudia el régimen jurídico en la contratación a distancia y los mecanismos de protección del consumidor, concretamente el deber de información precontractual, cuya regulación sustantiva se halla principalmente en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. A tal efecto, se tratarán sucintamente sus aspectos axiológicos como el principio *de bona fides*, presente en la normativa del consumidor, que en cierta medida, ya se planteaba en el Digesto como deber del vendedor de informar sobre las circunstancias que pudieran afectar negativamente al objeto de la compraventa.

Palabras clave: *buena fe contractual, asimetría negocial, información precontractual, consumidor.*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the legal regime in distance contracting and consumer protection mechanisms, specifically the duty of pre-contractual information whose substantive regulation is found in the Consolidated Text of the General Law for the Defense of Consumers and Users. For this purpose, its axiological aspects will be treated succinctly as the principle *of bona fides*, present in consumer regulations, which to some extent in the Digest already stated as a duty of the seller to report on the circumstances that could adversely affect to the object of the sale.

Keywords: *contractual good faith, negotiation asymmetry, pre-contractual information, consumer.*

SUMARIO: I.–Presentación del tema. II.–Antecedentes. III.–Régimen jurídico en la contratación a distancia con consumidores. 1.–Contratación entre empresarios y consumidores (contratación B2C). 1.1.–Regulación sustantiva de la información precontractual. 1.1.1.–Información previa en la Directiva europea 2011/83. 1.2.–Información precontractual en el TRLGDCU. 2.–Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia. IV.–Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Actualmente el principio *bona fides* está presente en el Derecho privado español y europeo, como principio general omnicomprendido, aplicable en determinados presupuestos fácticos. Así se constata en diferentes sentencias del TS español, afirmando: «*el principio general de la buena fe, determinado en el art. 7.1 código civil (cc), y constituye una noción omnicomprendida, equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, de acuerdo con la propia conciencia, contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia. De ahí sobresale una regla de conducta, inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohoneste con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad*»¹. A su vez, el Marco Común de Referencia o DCFR define la *buena fe contractual* en el I.–1:103:

(1) La expresión «buena fe contractual» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión; (2) En particular, es contrario a la buena fe contractual que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta².

Actualmente, las nuevas plataformas tecnológicas del comercio electrónico están propiciando una ruptura de los antiguos modelos contractuales, de ahí la importancia en dotar a las relaciones jurídicas resultantes de una gran solidez, equilibrando posibles asimetrías³. Así, en aquellos contratos celebra-

¹ STS de 14 de mayo de 2002 –EDJ 2002/14741; STS de 11 de mayo de 1992 –EDJ 1992/4553; STS 1ª de 15 de junio de 2009 EDJ 2009/134646.

² VON BAR, C. CLIVE, E. SHULTE NOLKE, H. BEALE, H. Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR) (Coord. versión española) Jerez Delgado, C. Boletín Oficial del Estado, 2015.

³ RUIZ ESPINOSA, J. «La franquicia como estructura contractual en el desarrollo de la economía colaborativa», (Dir.) MADRID PARRA, A. *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, Pamplona, 2018. p. 964.

dos entre empresario y consumidor (B2C o *business to consumer*; empresario-consumidor), la información previa adquiere un carácter relevante. El art. 61.2 del TRLGDCU establece que: «el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias *de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido, y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*». Es decir, la publicidad forma parte esencial de la oferta contractual, vinculando a las partes [cfr. STS de 7 de noviembre de 1988 (RJ 8419)], de forma que si el producto o servicio no se ajustase a las características anunciadas, se incumpliría el acuerdo (cfr. 1101, 1106, 1107 y 1124 cc)⁴.

En las SSTS de 14 de junio de 1976 (ROJ 22) y de 27 de enero de 1977 (ROJ 143) se concluye que el principio de buena fe está consagrado en el artículo 1258 cc, constituyendo un medio para precisar las obligaciones emanadas de un contrato, e implica la vinculación a los términos de la publicidad previamente efectuada. La buena fe contribuye a determinar el alcance de las prestaciones contractuales, así como el desarrollo conforme a unos principios que la conciencia social estima necesarios, sin que hayan sido establecidos por el legislador, por la costumbre, o por las partes en el contrato⁵.

En suma, en la regulación sustantiva de los contratos celebrados a distancia con consumidores, la información precontractual es un elemento protector regulado en el art. 97 TRLGDCU. Se procede así, al análisis del régimen jurídico de contratación en que intervenga el consumidor, mediante un método descriptivo y analítico revisando la doctrina y la propia jurisprudencia europea y española.

II. ANTECEDENTES

Es evidente que no se puede realizar transposición de las categorías jurídicas actuales a la Antigua Roma, pero si es cierto que existían instituciones

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 184. CUADRADO PÉREZ, C. «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada parte II». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 746, 2014, p. 3015.

⁵ DÍEZ-PICAZO, L. «Comentario al artículo 1258 cc», (Dir.) DÍEZ-PICAZO, L. BERCOVITZ, R. SALVADOR, P. Y PAZ-ARES, C. *Comentario del Código Civil*, (2), Madrid, 1999, p. 437; PASQUAU LIAÑO, M. «Jurisprudencia civil comentada: Código Civil», (Dir.), PASQUAU, M. (coord.). ALBIEZ, K. J. Y LÓPEZ, A. Granada, Comares, 2000, p. 2148.

muy similares⁶, de hecho, había juristas dedicados profesionalmente a la banca, operando en el mercado de dinero, comercio y transporte, con una regulación específica. De ello se infiere, que existía alguna institución de Derecho mercantil⁷, sin embargo, es difícil sostener la afirmación sobre la existencia del Derecho comercial especial para el comercio⁸.

Entorno a la jurisprudencia romana se articuló un sistema jurídico que llegó a tal perfección que ha servido como fundamento de numerosas instituciones en el Derecho actual. Produjo pocas y diseminadas normas destinadas a regular las relaciones comerciales, por ello, los romanos desconocieron la palabra técnica para denominar el comercio. El término *commercium* aludía a un acto inter vivos de intercambio; la palabra *negotiatio*, el ejercicio de una industria cualquiera; y el vocablo *mercatura* el tráfico de mercancías en sentido más restringido⁹.

La Roma Antigua no fue un pueblo de comerciantes pero si tenía una alta consideración hacia la agricultura, si bien, a merced del enorme crecimiento de su poder, la mayor parte del tráfico comercial de todo el mundo se realizaba en sus dominios. El hecho de ser capital del Imperio de todos los pueblos y plazas comerciales de su época, hizo de Roma un gran centro de negocios, especialmente en el periodo de la *Pax romana*¹⁰, extendida por todo el mundo, lo cual, tuvo un legado en la vida económica y social. Así, con más de un millón de habitantes, Roma fue un centro comercial donde llegaban productos de todo el mundo, especialmente cereales. Si no surgió un Derecho especial para el comercio debió ser por diversos factores, a saber: a) una economía basada en la esclavitud donde la industria y el comercio era desempeñado por esclavos.

⁶ ALPHA, G. *Il Diritto dei consumatori*, Roma, 1999, p. 155; PETRUCCI, A. «Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil», *Anuario Mejicano de Historia del Derecho*, 15, 2003, p. 601.

⁷ TORRENT RUIZ, A. «Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana», *IURA*, 57, 2009, p. 56. Hay autores que defienden la existencia del Derecho mercantil romano CERAMI, P. Y PETRUCCI, A. *Diritto commerciale romano*, Profilo storico, Torino, 2010. p. 3.

⁸ Antecedentes del Derecho mercantil en época prerromana GOLDSCHMIDT, L. *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Lieferung, (1), F. Enke, 1891, p. 48; LEHMANN, K. *Lehrbuch des handelsrechts*, Veit y comp, 1912, p. 14; BOURCART, G. «Esquisse historique du droit commercial», *Annales du droit commercial*, 1924, p. 262.

⁹ ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *Revista de Derecho privado*, (3), Madrid, 1931, p. 6.

¹⁰ El significado de la *pax* contribuyen a afianzar el régimen republicano, la armonía de la *res pública* y de las instituciones que comparten los ciudadanos, asambleas, senado y magistraturas y ejército. La *pax* se encuentra ligada a instituciones que todos la anhelan, la precisan y sobre todo la gestionan. Los buenos gobernantes saben conseguirla y administrar la *pax*. Así Tácito afirma: «*la eternidad del Estado, la paz del mundo, mi salud y la vuestra, pende de la del Senado*». TÁCITO, C. C. *Las historias de Cayo Cornelio Tácito*, Imprenta Real, Madrid, 1794, p. 101. El mismo TITO LIVIO en *Ab Urbe Condicia* defiende las bases de la república donde la referencia a la *pax* es notable; MUÑOZ, A. F. «La *pax romana*», *Cosmvisiones de paz en el mediterráneo antiguo y medieval*, Granada, 1998. p. 204 y 205.

vos, creando éstos relaciones de hecho (administrativas y contables) pero no relaciones jurídicas; b) las relaciones con otros pueblos comerciantes griegos, asiáticos y egipcios, dotó al Derecho romano de una impronta internacional (*ius gentium*), aportando normas suficientes para las necesidades del tráfico internacional, y a la sazón, de las relaciones comerciales¹¹.

En la Antigua Roma las personas contrataban mediante una suerte de condiciones generales¹², o modelos contractuales uniformes, predispuestos unilateralmente, que situaba al adquirente en una posición de inferioridad. Por ello, pese a que el derecho del consumidor como tal, no existía, si se constata la presencia de ciertas instituciones de naturaleza tuitiva hacia el adquirente en el *Corpus Iuris Civilis*¹³. En este sentido, los *ediles curules* eran los encargados de mantener la paz social en los mercados, elaboraban un *edicto* que regulaba con gran precisión la obligación del vendedor de manifestar solemnemente las características, vicios y defectos del esclavo vendido. De tal modo, si el comprador advertía defectos no incluidos en la declaración (o si se omitía la necesaria información), el comprador podía devolver el artículo y recuperar su dinero, o, alternativamente, obtener una reducción del precio pagado en atención a la menor calidad del objeto. Decían así los curules: «*Los que venden caballerías digan clara y simplemente que enfermedad o que vicio tiene cada una de ellas y serán entregadas a los compradores lo mejor que hayan sido enjaezadas para ser vendidas. Si alguna cosa no se hubiera hecho así, para su restitución del enjaezamiento o la redhibición de las caballerías por razón del jaece, daremos una acción dentro de los sesenta días; por causa de enfermedad o vicio dentro de los seis meses para deshacer la compra, o bien para la reducción del precio dentro del año (...)*»¹⁴.

Más tarde, el principio de información necesaria se extendió al resto de compraventas y perduró en el tiempo, transformándose en una responsabilidad del vendedor para cualquier defecto del producto no informado. Dicha respon-

¹¹ ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *op. cit.*, p. 7.

¹² El régimen jurídico especial al que se someten las condiciones generales en cuanto cláusulas integrantes de contratos concretos, con independencia de que el contratante que se limite a adherirse al clausulado, el adherente, actúe o no como consumidor o usuario.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J. «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 109 y ss.

¹⁴ ULPIANO en segundo libro *Ad Edictum curulium* traducción del Digesto realizada por D'Ors, *Vid ad ex.* WALLINGA T. «La protección del consumidor de Roma a la Unión Europea» en *Congreso Internacional de Derecho fundamentos romanísticos del Derecho de la UE y de los países Iberoamericano*, el 11 de abril de 2019.

sabilidad, se extiende incluso a los vicios o defectos ignorados por el vendedor, tal como se recoge actualmente en el art. 1484 cc español¹⁵.

Nótese que el Digesto contemplaba la información precontractual como deber del vendedor de informar sobre las circunstancias que pudiera conocer, y que pudieran afectar negativamente al objeto de la compraventa, «*en cuanto interesa al comprador no ser engañado*». Ciertamente, se hacía distinción entre el vendedor que conocía la existencia de defectos en el producto, y aquellos que ocultaban dolosamente¹⁶.

En este punto, conviene traer el significativo ejemplo del conocido caso del mercader de Rodas, expuesto por Cicerón¹⁷. Si un mercader lleva de Alejandría a Rodas un cargamento grande de trigo en tiempos de escasez y hambre, y por tanto de altos precios, sabiendo que otros muchos mercaderes de Alejandría habían embarcado ya con naves de trigo con destino a Rodas, ¿deberá decirlo a los rodios, o venderá su género al mejor precio que pueda? Ante esto, Cicerón expone la respuesta de los estoicos Diógenes y Antípatro; el primero, piensa que una vez declarados los defectos que manda el Derecho civil, el mercader puede lícitamente ocultar esa información y vender el trigo lo mejor que pueda, pues una cosa es encubrir y otra callar, ya que uno no estaría obligado a comunicar todo lo que el otro requiera. De otro lado, Antípatro entiende que debe comunicar toda información, de modo que el comprador conozca todo lo que conozca el vendedor, pues ocultar esta información sería contraria a la buena fe. De tal suerte, que Cicerón se adhiere a ésta última, distinguiendo entre lo útil y lo honesto¹⁸.

Interesa ahora especialmente destacar el nacimiento del consumidor, de forma incipiente, en la Revolución Industrial, de una producción en masa, en la que en la segunda década del siglo xx, se constituya una nueva forma de consumo, modificando el sistema de producción y la fuerza del trabajo, lo que

¹⁵ DÍAZ BAUTISTA, A. Si no queda satisfecho con su esclavo, le devolvemos su dinero, <https://scientiablog.com/2018/10/23/si-no-queda-satisfecho-con-su-esclavo-le-devolvemos-su-dinero/> (consultado el 14 de marzo de 2019).

¹⁶ Digesto. 19, 1, 13, 2 y 3. Versa sobre la venta de un esclavo ladrón o fugitivo, en la que un vendedor oculta estas circunstancias al comprador y otro, que realmente las ignoraba, asevera sus buenas costumbres y fidelidad. Sobre la evolución histórica del tratamiento del error, el dolo y los deberes de información precontractual en los Derechos continentales, Cfr. SCHERMAIER, M. J. «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», en SEFTON-GREEN, RUTH, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, pp. 40-64.

¹⁷ Cfr. CICERÓN, M. T. De officiis, III, 12-13.

¹⁸ FERNÁNDEZ CABALEIRO, E. «El principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 460, 1967, pp. 931-941.

propiciará la acumulación de capital¹⁹. Así, a finales del siglo pasado surgirá propiamente el derecho del consumidor, con el fin de proteger a los particulares en la adquisición de bienes y servicios producidos en un mercado a gran escala²⁰. El problema residía en aquellas situaciones en las que el consumidor decidía reclamar al empresario, careciendo de los datos identificativos de las personas que habían intervenido en los procesos de producción, comercialización y distribución del producto. En definitiva, el usuario carecía de la información necesaria para contratar y de instrumentos jurídicos necesarios para defender sus derechos²¹. Para evitar dichas situaciones, se desarrollaron los *contratos tipo y condiciones generales de la contratación*²².

En particular, en España el art. 51 CE permitió al legislador desarrollar la Ley 26/1984 de Ley General de Consumidores y Usuarios (LGDCU), como incipiente normativa de los consumidores, aunque dicha norma no regulaba la contratación a distancia. Es decir, el incipiente marco normativo se llevó a cabo mediante la Ley 7/1996 Ley de Ordenación de Comercio Minorista (LOCM), en sus arts. 39 a 48 LOCM, y todo ello, sin perjuicio de la Ley de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) que disciplinara la contratación electrónica²³. En España, el derecho del consumidor no siguió el modelo propuesto por Bercovitz, basado en la promulgación de leyes sectoriales, autosuficientes y dotadas de máxima eficacia imperativa²⁴.

¹⁹ ALONSO BENITO, L. E. «Los orígenes del consumo de masas», *Estudios de consumo*, 6, 1985, p. 12.

²⁰ La doctrina suele hablar de distintas nociones de consumidor, esto es, una abstracta y otra concreta, aunque es cierto que a ésta última se le atribuyen varios sentidos. En el Derecho comparado existe el derecho del consumo *Droit de la consommation* que se utiliza en Francia, Bélgica y Portugal. En cambio países EEUU, Reino Unido, Australia y Alemania prefieren utilizar la expresión de Derecho del consumidor.

²¹ Con arreglo a la nueva Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. Se completan los requisitos establecidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en a Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En Exposición de Motivos Ley 3/2014, *Boletín Oficial del Estado* de 28 de marzo de 2014, n° 76, p. 26969.

²² REYES LÓPEZ, M. J. «Concepto y características del derecho de consumo», *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, 1, Madrid, 2009, p. 1 y ss.

²³ España. Ley 3/2014 de 28 de marzo en su Disposición Final 2ª modifica el art. 10 de la LOCM que regulaba el desistimiento remitiendo al art. 71 del TRLGDCU; también modifica el concepto de contrato a distancia en su art. 38 LOCM remitiendo igualmente al art. 92 del TRLGDCU.

²⁴ En Alemania, la interpretación jurisprudencial de la Ley de las condiciones de la contratación ha influido enormemente sobre el BGB (código civil alemán) y el HGB en materia de obligaciones y contratos, cuyo éxito ha propiciado la reforma del BGB en el año 2002. WITZ, C. «La reforme du droit allemand des obligations», (Dir.) WITZ, C. y RAINERI, F. *Droit comparé et européen*, (3), París, 2004, p. 14. De esta forma ha nacido un BGB rejuvenecido. Alrededor de 15 párrafos han sido modificados. Se han integrado en el BGB textos importantes como las condiciones generales de la contratación de los negocios y las principales leyes de protección de los consumidores.

La falta de protección a los consumidores en la contratación a distancia provocó como primera medida, la promulgación de la Directiva 97/7, armonizando las legislaciones de los Estados de la UE, mediante un conjunto de normas mínimas de contenido inderogable²⁵. Posteriormente, la Directiva 2011/83 continuó dicho proceso, especialmente en lo referente a la información precontractual y derecho de desistimiento. En España, dicha Directiva fue transpuesta mediante la Ley 1/2007 de 16 de noviembre Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) derogando la Ley 26/1984 LGDCU, aunque será la entrada en vigor de Ley 3/2014 de 27 de marzo, con la que se culmine la armonización de la Directiva 2011/83, lo cual desde un punto de vista sistemático fue un acierto.

En la UE hay diferentes modelos legislativos en la incorporación de las Directivas sobre protección de los consumidores. A saber:

Un primer modelo utilizado por Francia e Italia basado en la creación de un solo cuerpo normativo. En esta línea, Francia en 1993 a través de la Ley 93-949, de 26 de julio, materializó el *Code de la Consommation*, sistematizando toda la normativa de protección de los consumidores. En el caso italiano, será a través del *Codice del consumo* (Decreto legislativo 06.09.2005, núm. 206) conteniendo éste la mayor parte de las normas de consumo²⁶.

El segundo modelo es adoptado el legislador español, al menos hasta la fecha, así como el portugués, griego y luxemburgués, donde coexisten una Ley General de Defensa de los Consumidores (TRLGDCU) y una variedad de normas sectoriales. La virtud de dicho modelo, reside en su sencillez y capacidad de adaptación a las propias directivas de la UE. No obstante, Gramunt Fombuena critica la forma de refundición, es decir, la incorporación al TRLGDCU de la Ley responsabilidad por Productos Defectuosos y de Viajes Combinados, mientras que se deja fuera la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles²⁷. En España, existe cierto rechazo hacia la creación de un código de consumidores²⁸, la razón reside en la difícil delimitación entre las Disposiciones estatales y de las CCAA, la diversidad de fuentes, la necesidad de coor-

²⁵ ANCOS FRANCO, A. «La protección de los consumidores en la contratación a distancia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (5), 2001, p. 629.

²⁶ Aunque el código italiano no incorporó la contratación de servicios turísticos, porque en el año 2011 cuenta con un cuerpo legal específico, el *Codice del turismo* (Decreto legislativo 23.05.2011, núm. 79).

²⁷ Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico), de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

²⁸ A favor de codificación CARRASCO PERERA apunta la posibilidad de haber aprovechado la oportunidad y haber acometido la elaboración de un Código de Derecho de consumo a la manera del *Code de la Consommation* francés CARRASCO PERERA, A. «La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de

dinación con la reforma del Derecho privado general, e incluso, la escasa vigencia de la armonización. Ahora bien, una revisión del Derecho comparado y de la propia experiencia española, indica que el TRLGDCU ha supuesto un avance en la creación de un código de los consumidores similar al código de consumo francés²⁹.

El tercer modelo asumido por Alemania desde el año 2002³⁰, integrando normas de protección de los consumidores en el BGB (código civil alemán)³¹. En este sentido, Ebers critica dicha medida, siendo partidario de regular el derecho del consumidor al margen del BGB. La cuestión es que el actual sistema codificado dentro del BGB es difícil de modificar, y de hacerlo, podría afectar a todo el sistema de Derecho civil alemán. Además, el TJUE podría imponer alguna interpretación incompatible con el Derecho interno, como ocurrió en el caso *Heininger*³². Por consiguiente, será vital la labor del Tribunal Supremo alemán en la «descodificación» de algunas materias, ya que los propios tribunales alemanes se niegan a interpretar el BGB en la misma línea de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

III. RÉGIMEN JURÍDICO EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA CON CONSUMIDORES (B2C)

III.1 Regulación sustantiva de la información precontractual

III.1.1 INFORMACIÓN PREVIA EN LA DIRECTIVA EUROPEA 2011/83

Dado el carácter unilateral del contrato celebrado con consumidores, la información precontractual constituye un elemento básico en la protección de

aplicación y alcance de la refundición», <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/4.pdf> (consultado 28 de diciembre de 2014).

²⁹ PERÉZ GURREA, R. «Código de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 729, 2012, p. 671; PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. «Reflexiones críticas acerca del régimen legal...», *op. cit.*, p. 7.

³⁰ Alemania. Ley de modernización del derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), el 21 de noviembre de 2001.

³¹ GRAMUNT FOMBUENA, M. «Protección del contratante en contextos asimétricos», GRAMUNT FOMBUENA, M. y FLORENSA I TOMÀS, C. E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p. 101.

³² EBERS, M. «German consumer law years after recodification» GRAMUNT FOMBUENA, M. y FLORENSA I TOMÀS, C. E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p. 170-171; SMITS, J. «Dutch Report: Coherence and Fragmentation of Private Law», *European Review Private Law*, (20), 2012, p. 163.

éstos, cuyo fundamento reside en la buena fe negocial³³. La cuestión radica en la asimetría negocial³⁴, por ello, se obliga a la parte fuerte a informar debidamente al consumidor³⁵. Además, existen razones carácter económico, en términos de reparto y atribución de costes, que refuerzan el carácter tuitivo de la norma (art. 51 CE)³⁶.

Según Basozábal con carácter general, la protección consistiría en continuar con el contrato, realizando una integración judicial, e incorporando la información ignorada, lo cual podría derivar en una reducción del precio por la prestación: o bien, la rescisión o resolución³⁷. Para Pantaleón sería admisible que el perjudicado pudiera solicitar la indemnización del interés de confianza cuando le resulte difícil probar el importe de su interés en el cumplimiento, aunque distingue entre: 1) la infracción del deber de información constitutiva de dolo, o que haya provocado un error a la otra parte, que opta por anular el contrato. En cuyo caso, debería indemnizarse el interés negativo, y no el interés en el cumplimiento, salvo que la falsa representación generada en la otra parte por el dolo, pudiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo; 2) si la parte que sufre el error o dolo opta por confirmar el contrato, o pierde por caducidad la facultad de anularlo; 3) los casos en que la infracción del deber de información no constituye dolo, ni provoca un error que permita a la otra parte la anulación del contrato, siendo procedente en éstos dos últimos supuestos, la indemnización del interés negativo, y sin que el interés en el cumplimiento deba determinar el límite máximo de la indemnización. Por ello, es criticable la redacción del art. 11-3:109. 2-3 del Marco Común de Referencia (DCFR), donde se equipara el incumplimiento de los deberes precontractuales, con la incorporación al contrato de las obligaciones razonablemente esperadas por la otra parte³⁸.

³³ DÍEZ-PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I Introducción. Teoría del Contrato, Civitas, Madrid, 1996, pp. 49-50.

³⁴ ARROYO SAN JOSÉ, L. «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo», (Dir.) GRAMUNT FOMBUENA, M. y FLORENSA I TOMÀS, C. E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p. 298.

³⁵ LLÁCER MATA CÁS, M. R. «Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo», *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Llamas Pombo, Eugenio*, tomo II, La Ley, Madrid, 2006, p. 151; MARÍN LÓPEZ, M. J. «Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo», *Revista de Derecho de consumo CESCO*, 2011, p.1.

³⁶ GÓMEZ CALLE, E. «Los deberes precontractuales de información», La Ley, Madrid, 1994, pp. 12-26.

³⁷ BASOZÁBAL ARRUE, X. «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anales de Derecho civil*, T. LXII-II, 2009, p. 709.

³⁸ PANTALEÓN, F. «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *Anales de Derecho civil*, T. LXIV-III, 2011, p. 924.

En referencia a los hechos de significación material, por razón de su objeto, es aplicable la Directiva 2011/83 que regula la contratación a distancia en su art. 6, prescindiendo de algunas menciones obligatorias (sistema de venta organizado por el oferente) en la derogada Directiva 97/7³⁹. Quizás debido al enorme aumento de tiendas virtuales en la UE se haya eliminado dicho requisito, lo cual favorece al empresario, permitiendo a éste adaptarse rápidamente a las condiciones del mercado. Aunque en España, dentro el ámbito del comercio electrónico dicha cuestión ya estaba resuelta por el art 27.3 LSSICE⁴⁰.

El art. 6.1 y el Considerando (19) de la Directiva 2011/83 han sido transpuestos íntegramente al ordenamiento jurídico español, a través de los arts. 60 (disposición generales) y 97 del TRLGDCU⁴¹. Así las cosas, el empresario que ofrezca bienes y servicios deberá de disponer de varios puntos de contacto dirección postal, número de fax y correo electrónico para facilitar una comunicación eficaz y directa. El TJUE ha declarado la exigencia de una comunicación «rápida y eficaz», obligando al empresario a comunicarse con sus clientes sin intermediarios, de tal forma que la respuesta se realice sin demora⁴².

Respecto a las notas que integran la estructura y función, hay que añadir la forma en los contratos celebrados con consumidores, especialmente la realizada a distancia, tiene como propósito informar debidamente al consumidor, así como determinar el momento de perfección del contrato, preconstituir prueba del mismo y compensar la asimetría contractual⁴³. Por tanto, antes de que el contrato sea perfeccionado, el empresario ha de poner a disposición del consumidor la información precontractual, «de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas» (art. 8.1 Directiva 2011/83).

En este sentido, el contrato realizado a distancia despliega efectos jurídicos cuando el empresario facilite «de forma clara y comprensible» las condi-

³⁹ Concretamente las condiciones de prestación del servicio equivalente (art. 7.3 Directiva 97/7) o el plazo de validez de la oferta y el precio (art. 4.1 *h*) Directiva 97/7).

⁴⁰ ARROYO AMAYUELAS, E. «Comentario al art. 27 LSSI», en CÁMARA LAPUENTE, S. Comentarios a las normas de protección de consumidores: texto refundido RDL 1/2007 y otras leyes complementarias vigentes en España y en la Unión europea, Colex, Madrid, 2011, p. 1732. art 27. 3 LSSICE «las ofertas realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente, o en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios el servicio».

⁴¹ MARCOS FRANCISCO, D. «Hacia un Derecho uniforme en la Unión Europea», *Actualidad Civil*, 12, La Ley, 2012, p. 1326.

⁴² STJCE de 16 de octubre de 2008, TJCUE 2008, 240.

⁴³ SANTOS MORÓN, M. J. «Forma contractual y desarmonización comunitaria», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, (2), 2010, p. 210. En este mismo sentido la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo europeo, de 8 de octubre de 2008, sobre el derecho de los consumidores, COM(2008) 614 final en considerando (17) «Los consumidores deben tener derecho a recibir información antes de celebrar el contrato... En las transacciones a distancia y fuera del establecimiento, el comerciante siempre debe facilitar información sobre las modalidades de pago, entrega, funcionamiento y tratamiento de reclamaciones, ya que pueden no resultar evidentes por el contexto».

ciones, el plazo y procedimiento para ejercer el desistimiento (art. 8.4 Directiva 2011/83). Pero en ocasiones, por limitaciones de carácter material, esto es, medio elegido, número de caracteres en teléfono móvil o tiempo en los anuncios de televisión, es posible que el empresario no pueda aportar la información mínima exigida del derecho de desistimiento (a través de enlace página web o número de teléfono) (art. 6.1 *h*) Directiva 2011/83). Se ha discutido la validez de la información a la que se accede mediante un enlace, en una página de internet distinta la inicial. Así, la STJUE de 5 de julio de 2012 C-94/11 establece como lícito el envío al consumidor de una clave que permita acceder a otro sitio de la red, precisando que debía suministrarse en «soporte duradero»⁴⁴. De otra forma, no se podía garantizar la incolumidad del mensaje y la posible revisión en un tiempo adecuado⁴⁵. En definitiva, deben cohonestarse los requisitos de información del art. 98.4 TRLGDCU, con las restricciones técnicas de determinados medios de comunicación. En este sentido, el TJUE hace una interpretación extensiva respecto a los requisitos de información precontractual del desistimiento del consumidor⁴⁶. De ahí que sea suficiente con mostrar al consumidor la forma de desistir, pudiendo suministrarse posteriormente a través de una página web o similar distinta a la inicial (cfr. STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17)⁴⁷.

Se trata cohonestar el deber de informar al consumidor y las propias limitaciones materiales, sin menoscabo de la libertad empresarial⁴⁸. Si el contrato

⁴⁴ STJUE 5 de julio de 2012 C-94/11. El TJUE entiende que para que el soporte sea duradero debe permitir al consumidor almacenar la información y para ello debe incorporar unas serie de garantías, como su almacenamiento, al igual que el soporte papel, y la posesión de la información mencionada en esa disposición (*ex art. 5.1 Directiva 97/7*), para que en caso necesario pueda ejercer sus derechos. CALVO SAN JOSÉ, M. J. «La protección de los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 31, Pamplona, 2001, p. 6. La importancia de que la información se realizara en *soporte duradero*, quizás por entender el carácter efímero de determinadas tecnologías como la televisión y teléfono. Es preciso que se realice por escrito y con la debida antelación de los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato.

⁴⁵ RALUCA STROIE, I. «La información sobre el derecho de resolución del contrato celebrado a distancia ha de ser facilitado al consumidor por un escrito o en otro soporte duradero. No sirve la remisión a un hipervínculo a un sitio de internet», *Notas Jurisprudenciales. Revista de Derecho de Consumo CESCO*, 2012, p. 2.

⁴⁶ Una empresa alemana difundió un folleto con formato de 19 x 23,7 cm en diferentes periódicos y revistas cuya anverso y reverso tenía una tarjeta que aludía al ejercicio de derecho de desistimiento con una dirección de internet y un número de teléfono. Se cuestionaba el cumplimiento de la obligación de información precontractual respecto al derecho de desistimiento, llegando a recurrirse en casación al TS alemán el cual elevó cuestión prejudicial al TJUE. STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17.

⁴⁷ En cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo alemán en relación con el cumplimiento de la obligación del empresario de informar al consumidor con base en el art. 355 BGB según las condiciones plazos y procedimientos regulados (art. 246a BGB). El derecho de desistimiento establecido en el art. 312g BGB alemán

⁴⁸ STJUE Neptune Distribution C-157/14 apartado 67 donde se sostiene que el empresario en ejercicio de su libertad puede realizar publicidad.

se celebra mediante una técnica de comunicación a distancia, con espacio y tiempo limitado (ej. el caso de teléfono móvil o en anuncio de televisión), el comerciante facilitará las características básicas de los bienes y servicios, la identidad del comerciante, precio total, derecho de desistimiento (con las características descritas *vid. supra*), duración del contrato y en el caso de los contratos de tracto sucesivo, las condiciones de resolución (art. 6.1 *a*), *b*), *e*), *h*) y *o*) Directiva 2011/83). Si el contrato se realiza vía telefónica y el comerciante llama al consumidor para ofrecerle algún producto o servicio, aquél deberá revelar su identidad, (o bien el nombre de la persona por la que actúa), dejando claro el objetivo comercial de la llamada (art. 8.5 Directiva 2011/83).

En la contratación electrónica antes de realizar el pedido, el consumidor debe conocer las características principales de los bienes y servicios, precio completo (incluidos impuestos y gastos adicionales), la duración del contrato, y en su caso, la duración de las obligaciones del consumidor⁴⁹. En los contratos de tracto sucesivo el precio incorporará los costes del período de facturación, y en caso de no poder determinar el coste total, se deberá informar del precio en función del consumo (ej. céntimos euro por segundo). Por tanto, no basta con facilitar la información, sino que deberá ser fácilmente identificable la compra, mediante la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar. En síntesis, el consumidor no quedará obligado (art. 8.2 Directiva 2011/83) si al iniciarse el procedimiento en página web no se indicase de forma clara y legible la existencia de alguna restricción de entrega y que modalidades de pago existentes⁵⁰.

III.1.2 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA EX ART. 97 TRLGDCU

La sociedad actual requiere que los consumidores dispongan de muchos más datos sobre las características básicas de los bienes o servicios suministrados para la adecuada formación del consentimiento. Si bien, en caso de error el DCFR establece como defensa clásica, la ampliación de la información imprescindible para adoptar una decisión debidamente⁵¹. El esquema básico del

⁴⁹ *Ex* arts. 5 c) y 6 c) Directiva 2011/83.

⁵⁰ Respecto a la información precontractual es preciso señalar que en el art. 8 de la Directiva 2011/83 establece que se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos realización de pedidos por vía electrónica establecidos en los arts. 9 y 11 de la Directiva 2000/31 (*ex* art. 8.9 Directiva 2011/83).

⁵¹ VON BAR, C. CLIVE, E. SHULTE NOLKE, H. BEALE, H. Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR), *op. cit.*, p. 35.

contrato basado en la igualdad de las partes⁵², encuentra su regulación sustantiva en dos grandes ámbitos de aplicación: por un lado, una norma general que contiene previsiones comunes para toda contratación celebrada con consumidores, esto es, el art. 59.2 TRLGDCU; y una parte especial, formada por normas sectoriales que disciplinan modalidades concretas de contratación (servicios financieros, contratación electrónica...) ⁵³.

El empresario debe facilitar la información «antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente» (art. 60.1 TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014; la redacción anterior se refería a «antes de contratar»). Pero el art. 60.1 TRLGDCU no señala con qué antelación debe hacerse, ésta dependerá del tipo de contrato. En cualquier caso, la información debe ser recibida por el consumidor⁵⁴. Se trata de determinar que información ha de aportarse en cada caso, de ahí que el legislador español optase por el sistema de listados de información obligatoria. Así las cosas, el art. 60 TRLGDCU obliga al oferente a informar sobre las «características principales» del contrato («características esenciales», en la obsoleta redacción del art. 60.1 TRLGDCU), y en particular, sobre sus condiciones negociales y económicas. El art. 60.2 TRLGDCU contiene una lista de menciones obligatorias⁵⁵, lista que es aún más extensa y detallada tras la nueva redacción de este precepto⁵⁶, lo que ha merecido la crítica de parte de la doctrina⁵⁷. No se nos oculta que el exceso de información puede distorsionar la toma de decisiones, por ello, quizá sería más adecuada la adopción de una regla general sobre la información. Sería suficiente con informar sobre las características principales del contrato y de aquellos elementos que permitan definir y comparar el objeto, indicando igualmente las cláusulas o características que se apartan de las

⁵² SANTOS MORÓN M. J. «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en (Coord.), BOTANA GARCÍA, G. Y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso de protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, 1999, p. 136.

⁵³ GARCÍA VICENTE, J. R. «Comentario al artículo 59», (Coord.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Aranzadi, 2009, p. 76.

⁵⁴ GÓMEZ CALLE, E. Los deberes precontractuales de información, *op.cit.*, p. 137.

⁵⁵ Este modelo de listados informados obligatorios se acoge también en la legislación sectorial: arts. 97 y 152 TRLGDCU, 10.3 y 12.2 Ley 16/2011, 9.1 Ley 4/2012, 3.1 Ley 43/2007, 27.1 Ley 34/2002, 7 Ley 22/2007, Norma 6ª de la Circular del Banco de España 5/2012, etc.

⁵⁶ El art. 60.2 TRLGDCU mejora la redacción y extensión de algunas de las menciones existentes, e introduce nuevas menciones obligatorias. MARÍN LÓPEZ, J. M. «Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, diciembre 2014, p. 2.

⁵⁷ CARRASCO PERERA las califica de «cáncer en el cuerpo del Derecho de consumo» en CARRASCO PERERA, A. «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Pamplona, Civitas, 2012, p. 314.

comunes en ese sector. Es importante destacar, que no todas las menciones obligatorias del art. 60.2 TRLGDCU tienen la misma importancia, ya que algunas hacen referencia a las condiciones principales del contrato (ej. sujetos, objeto del contrato, incluyendo el precio). Mientras otras, lo hacen sobre los elementos accesorios, que puede adquirir gran relevancia, ya que rigen las vicisitudes del contrato (ej. fecha de entrega del bien o ejecución del servicio, condiciones de resolución de un contrato de duración indefinida, o la existencia de garantía comercial)⁵⁸.

La información suministrada debe satisfacer varios requisitos⁵⁹ pero por lo que respecta a los aspectos formales, el TRLGDCU no exige una representación determinada (por eso, cabe la forma verbal), aunque en sede de contratación a distancia es preceptiva la forma escrita⁶⁰. Por ello, se favorece al consumidor en un doble sentido: en primer lugar, permite conocer dicha información de forma estable, pudiendo comprobar lo finalmente plasmado en el contrato; y por otro lado, es beneficioso para el empresario ya que constituye el medio de prueba para acreditar el cumplimiento del deber de información precontractual. No obstante, la carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar recae sobre el empresario, como establecen los arts. 97.5 y 97.8 TRLGDCU.

En los contratos a distancia el empresario debe facilitar al consumidor (art. 98 TRLGDCU) la información precontractual exigida en el artículo 97.1 TRLGDCU, y se aportará de acuerdo con las técnicas de comunicación a distancia, respetando el principio de buena fe. Pero para ello, dicha información debe manifestarse en un soporte duradero (art. 98.1 TRLGDCU)⁶¹. En este

⁵⁸ Se puede tratar de los derechos del consumidor como la garantía legal o el derecho de desistimiento o bien facultan para el ejercicio de los mismos (ej. procedimiento para atender quejas y reclamaciones).

⁵⁹ i) ha de ser comprensible y clara-. Esto supone que está redactada de tal modo que puede ser aprehendida por un consumidor medio sin que le suponga un esfuerzo excesivo. Para ello es preciso que sea fácilmente perceptible y legible, que sea susceptible de comprensión directa (sin reenvíos a otros documentos), y que se facilite en una lengua que el destinatario pueda comprender (el nuevo art. 60.4 TRLGDCU requiere que se facilite al menos en castellano). ii) Ha de ser suficiente, esto es, sobre cada una de las menciones obligatorias ha de informarse de todos sus aspectos relevantes, de manera que el consumidor pueda hacerse una idea exacta de los elementos que lo conforman. (iii) Ha de ser veraz, es decir, exacta y ajustada a la realidad. Están prohibidas las informaciones inexactas y las omisiones engañosas, que pueden confundir al consumidor, induciéndole a error (arts. 5, 7 y 19 y ss. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; arts. 20, 60.1 y 97.2 TRLGDCU). (iv) Ha de facilitarse al consumidor de forma gratuita. MARÍN LÓPEZ, J. M. «Información precontractual en contratos con consumidores...», *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰ Art. 98.6 TRLGDCU; 10.2 Ley 16/2011, 3.3 Ley 43/2007, 14.2 y 20.2 Ley 2/2009, y 8.2 Ley 4/2012.

⁶¹ Por soporte duradero debe entenderse todo instrumento que permita al consumidor «almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las

sentido, HALL señala que en la contratación electrónica, antes de añadir los productos a la «cesta de compra», el consumidor debe ser informado del método de pago y cualquier restricción, y en caso de cualquier contingencia, el usuario podrá deshacer la operación y reiniciar el proceso⁶². Por lo tanto, el contrato despliega efectos desde que se pulse el botón de aceptación, y éste incluya la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar⁶³.

III.2 Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia

Tras la reforma de la Ley 3/2014 el incumplimiento deber de información precontractual (art. 98.7⁶⁴ y 99.2⁶⁵ TRLGDCU), el contrato podrá ser anulado a instancia del consumidor mediante vía de acción o excepción (art. 100 TRLGDCU)⁶⁶: sólo en el supuesto de falta de información por parte del empresario, respecto a la facultad de desistimiento, se alargará el plazo del mismo, no procediendo a la anulación del contrato⁶⁷. Por tanto, la no confirmación del contrato implica dos sanciones jurídicas: a) sanción administrativa similar al incumplimiento de aportación de la información precontractual, cuyo fundamento reside en el art. 49.2 b) del TRLGDCU; b) por otro lado, una

tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS» (art. 59 bis 1. letra f) TRLGDCU).

⁶² HALL, E. & HOWELLS, G. & WATSON, J. «The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law», *European Review of Contract Law*; 8, 2012, p. 151.

⁶³ Como destaca la citada Directiva 2011/83 es importante asegurar que el consumidor «está en condiciones de determinar el momento en el que asume la obligación de pagar al comerciante. Por consiguiente, es necesario llamar específicamente la atención del consumidor, a través de una formulación inequívoca, sobre el hecho de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante». Considerando (39).

⁶⁴ Por un lado las condiciones descritas en el art. 97.1 TRLGDCU, y por otro, la pérdida del derecho de desistimiento en el caso de suministro de contenido digital (*ex art. 103 m*) TRLGDCU).

⁶⁵ La copia del contrato firmado o la confirmación del mismo.

⁶⁶ El art. 100.1 TRLGDCU modificado mediante el art. 28 Ley 3/2014. «El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción».

⁶⁷ En el art. 71.3 TRLGDCU se establece un plazo de 12 meses, a diferencia de la anterior redacción 3 meses a contar desde la ejecución del contrato. Pero la el art. art. 10 de la Directiva 2011/83 modificaba los efectos en caso de incumplimiento de la obligación del empresario estableciendo 12 meses desde la expiración del desistimiento inicial, de acuerdo con el art. 9.2. la Directiva 2011/83. BERMÚDEZ BALLESTEROS M. S. «El cumplimiento irregular de los deberes de información y documentación de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil se sanciona con la anulabilidad del mismo y consiguiente restitución de las prestaciones», *Notas Jurisprudenciales*, 2012, p. 3.

sanción civil (art. 71.3⁶⁸ y 105 TRLGDCU)⁶⁹. Sin embargo, la Directiva 2011/83 continua sin proporcionar reglas claras sobre las consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual, aunque la legislación española si adopta determinadas medidas⁷⁰.

En opinión de Twigg-Flesner queda un largo camino hasta establecer un conjunto claro y sistemático de remedios o sanciones en caso de incumplimiento del deber de información⁷¹. No obstante, hay dos posibles soluciones para paliar los efectos del incumplimiento de la información sobre el desistimiento: a) prolongar el período de desistimiento, en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos; b) establecer como día de inicio para el cómputo del ejercicio de desistimiento, el cumplimiento de los deberes de información, sin establecer un plazo previo. En la Directiva 2011/83 se optó por la primera opción, por ello, el plazo de desistimiento se amplió a 12 meses⁷². En otras palabras, si durante dicho periodo, el empresario facilitara la información referida, se iniciaría un plazo de 14 días naturales durante el cual, se podría ejercer el derecho de desistimiento (art. 10.2 Directiva 2011/83).

La falta de ejercicio de desistimiento no obsta para el ulterior ejercicio de la acción de nulidad o resolución del contrato (art. 78 TRLGDCU). Si bien, llama la atención que el anterior texto LGDCU de 1984 no se estableciera facultad resolutoria en los supuestos de falta de información⁷³. Por ello, la entra-

⁶⁸ Art. 71.3 TRLGDCU «Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios».

⁶⁹ Art. 105.1 TRLGDCU «Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104. El art. 6.1 de la derogada Directiva 97/7 conllevaba la extensión del plazo de desistimiento hasta tres meses en los que podrá ejercitarse dicho derecho».

⁷⁰ La SAP de Asturias de 21 de septiembre de 2012, Ref. El Derecho, nº – 251889 FJ. 2º. En la que se reafirma la ineficacia solicitada por un consumidor por incumplimiento de los requisitos de forma y documentación exigida legalmente por el empresario. El requisito de la forma es piedra angular del sistema como garantía del consumidor.

⁷¹ Aunque hay dos excepciones en los que las consecuencias están claramente establecidas: a) cuando el comerciante no informa de los gastos adicionales [*ex art. 6.1 e*] el consumidor no debe pagarlos; b) cuando el empresario no informa del derecho de desistimiento (art. 10.2 Directiva 2011/83) TWIGG-FLESNER, C. «La Directiva sobre derecho de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo en la Unión Europea», CÁMARA LAPUENTE, S. Y ARROYO AMAYUELAS, E. *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección a los consumidores*, Civitas, 2012, p. 95.

⁷² Art. 10.1 Directiva 2011/83.

⁷³ La diferencia entre la resolución y el desistimiento reside en que éste último no está basado en causa alguna, mientras que el aquél precisa que concurra incumplimiento de la contraparte. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S. «Consulta remitida por la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena en relación con el derecho de desistimiento por el consumidor y la resolución del contrato de consumo por falta de conformidad», *Centro de estudios de Consumo cesco*, septiembre de 2013, p. 6.

da en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014 que da forma al actual art. 100 TRLGDCU, es un elemento positivo en la defensa del consumidor, aportando mayor coherencia y rigor sistemático. Anteriormente, sólo en los supuestos de falta de información sobre el derecho de desistimiento (art. 102 TRLGDCU), se concedía un plazo especial para el ejercicio de éste (art. 71.3 TRLGDCU)⁷⁴. Cabe pensar que pudo habersele olvidado al legislador haber regulado dicho extremo⁷⁵.

IV. CONCLUSIONES

El Digesto ya establecía la obligación del vendedor de informar al adquirente sobre el objeto del contrato lo cual desde un punto de vista axiológico era una manifestación del principio de buena fe. En su virtud, queda patente la actual vigencia de dicho principio, siendo un elemento esencial en los contratos suscritos a distancia con consumidores (B2C), donde la información previa es un elemento corrector de la asimetría negocial. Así, el principio de buena fe continua presente en el Derecho privado español y europeo como principio general omnicompreensivo, especialmente en el régimen de contratación entre ausentes celebrado entre empresario y consumidor B2C.

En realidad, la ausencia física de los contratantes requiere que el oferente informe con mayor precisión al consumidor, la idea es lograr la correcta formación del consentimiento. En este sentido, es relevante mencionar la reciente STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17 según la cual el TS alemán plantea una cuestión prejudicial donde se discute el cumplimiento de la obligación del empresario de informar sobre el derecho desistimiento en un folleto de publicidad incluyendo los datos de correo electrónico, número de teléfono y fax no incorpora el formulario de desistimiento por limitaciones de carácter material, (número de caracteres en teléfono móvil o tiempo en los anuncios de televisión). Es decir, puede suceder que el empresario no pueda aportar la información mínima exigida del derecho de desistimiento, y lo haga mediante otro medio y en otro momento, a través de enlace página web o número de teléfono (art. 6.1 h) Directiva 2011/83). Se trata de cohonestar los requisitos de información (cfr. art. 355 BGB y 98.4 TRLGDCU de la legislación alemana y española respectivamente), con las restricciones materiales inherentes al medio

⁷⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «Régimen de información», *El nuevo régimen de la contratación a distancia de consumidores*, 1, La Ley, Madrid, 2009, p. 35.

⁷⁵ PICATOSTE BOBILLO, J. «Derecho de la información en la contratación con consumidores», *Actualidad civil*, 4, La Ley, 2011, p. 425.

elegido. En definitiva, el TJUE matiza su postura inicial de STJUE el 5 de julio de 2012 haciendo una interpretación más amplia respecto a la exigencia de los requisitos de información precontractual del derecho de desistimiento del consumidor. En suma, el empresario podrá aportar el modelo de formulario aunque para ello utilice otro medio y momento siempre que sea en términos claros y comprensibles (cfr. STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17).

**LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE
CONTRACTUAL EN EL DERECHO INGLÉS. A PROPÓSITO DE
SHEIKH TAHNOON BIN SAEED BIN SHAKHBOOT V. IOANNIS
KENT (2018)**

The Reception of the Principle of Contractual Good Faith in the English Law. On Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent (2018)

CARLOS M.^a SÁNCHEZ-MORENO ELLART
Universidad de Valencia

Resumen: Aparte de los esfuerzos de Lord Mansfield en el siglo XVIII, la admisión de la buena fe como criterio de regulación de los contratos ha sido tratada por el Derecho inglés con cierto escepticismo, lo cual implica a veces un estatus impredecible. Según el caso *Walford v. Miles* la buena fe es incompatible con los intereses opuestos de las partes contratantes y con la naturaleza casuística del Derecho inglés, que normalmente limita la acción de los principios generales con la finalidad de cerrar el paso a la inseguridad jurídica. Sin embargo, y aparte de otros precedentes, en los últimos años un par de sentencias de Lord Leggatt han vindicado la buena fe como parte de los llamados 'relational contracts', en los que la cooperación entre las partes es necesaria para la pura implementación del objeto contractual.

Palabras clave: Buena fe; Sistema contractual inglés; Relational contracts; Lord Mansfield; Lord Leggatt.

Abstract: Apart from Lord Mansfield's efforts in the eighteenth century, the admission of good faith as a criterion to regulate contracts has been treated by English law with some scepticism that sometimes implies an unpredictable status. According to the leading case –*Walford v. Miles*– good faith is incompatible with the opposing interests of the contracting parties and with the casuistic nature of English law that normally limits the action of

general principles in order to curtail legal uncertainty. Nevertheless, and apart from some precedents, in the last years a couple of sentences by Lord Leggatt have vindicated good faith as a part of the so-called 'relational contracts', in which cooperation between the parties is needed for the very implementation of the contractual object.

Keywords: Good faith; English contractual system; Relational contracts; Lord Mansfield. Lord Leggatt.

La reciente sentencia *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent* [2018], cuyo ponente es Lord Leggatt, significa un episodio más de la compleja y peculiar recepción histórica del principio de la buena fe por parte del Derecho inglés. Se trata de una resolución del High Court (Queen's Bench) sobre un contrato oral de 'joint-venture' que se inscribe en una ya larga línea de pronunciamientos¹ tendentes a admitir parcialmente la buena fe como un principio que subyace a la relación contractual. Esta admisión, empero, se verifica dentro de un contexto que presupone tanto una recepción de un principio del Civil Law como la continuidad de una jurisprudencia que lo ha matizado y restringido.

De acuerdo con este entorno, la sentencia que comentaremos se decanta de nuevo por una admisión parcial de la buena fe, pues su reconocimiento aparece limitado a los llamados 'relational contracts'. Se afirma que en éstos la habitual confrontación de intereses entre las partes se relaja en la medida en que existe un deber de cooperación entre ellas. Tal pronunciamiento de Lord Leggatt está en la misma línea que otra sentencia suya, ésta de 2013 (*Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321) en la que aceptaba el papel de la buena fe para los 'relational contracts' también dentro de ciertos límites y en el dominio de los

* El autor agradece las facilidades que ha obtenido para la redacción de este trabajo a la biblioteca del IALS (The Institute of Advanced Legal Studies-University of London) y a su personal.

¹ Es significativo, como hemos advertido, que se deba al mismo ponente, Lord Leggatt, la sentencia del caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321) a la que habremos de referirnos. No debe confundirse a este Lord Leggatt, Sir George Andrew Midsomer Leggatt, quien desde 2017 desempeña el cargo de Lord Justice of Appeal con su padre, Sir Andrew Peter Leggatt, que ocupó el mismo cargo y que se hizo célebre, aparte de por ciertos pronunciamientos muy influyentes, por haber llevado a cabo por encargo del Lord Chancellor (en aquel momento, Lord Irvine) un informe sobre el sistema judicial en Inglaterra y Gales en 2000 (generalmente conocido como «The Leggatt Review of Tribunals», titulada *Tribunals for Users: One System, One Service*, Londres 2001) que está en la base de varias reformas posteriores. Sobre esto último, *vid.* SLAPPER, G./KELLY, D., *The English Legal System*, Londres7, 2004 357-368; LORD JUSTICE CARNWARTH ET ALII, «An Overview of the Tribunal Scenes in Canada, Australia, New Zealand and the United Kingdom», en CREYKE, R. (Ed.), *Tribunals in the Common Law World*, Sydney 2008 1-26, esp. 21-23.

‘implied terms’. Aunque se ha señalado que esta sentencia ha sido más citada que aplicada, tal afirmación no acaba de ser cierta².

Sabido es que esta actitud remisa a la buena fe contractual la marca el caso *Walford v. Miles* (HL 1992), del que fue ponente Lord Ackner, y que en realidad confirma toda una línea jurisprudencial que data del siglo XIX. Considerada en general el ‘leading case’ sobre este problema, se trata de una sentencia pronunciada en 1992 por la Cámara de los Lores.

Tal como veremos, la cuestión que se plantea en *Walford v. Miles* (que afronta un supuesto de precontrato) se expresa del modo más general posible: si el acuerdo para negociar de buena fe es directamente exigible ante los tribunales o, en otras palabras, si se puede invocar la buena fe como criterio general. La respuesta, como veremos, es negativa³.

Es obvio que esta actitud reticente a la buena fe contractual contrasta con el papel que ésta desempeña en un ordenamiento encuadrado en el Civil Law⁴. Y no es menos cierto que la cuestión de la buena fe es y ha sido uno de los problemas que más han separado a los sistemas del Common Law de los del Civil Law e incluso cabe afirmar que han comprometido todos los intentos de coordinación entre ambos sistemas que se han llevado a término hasta ahora. Por citar un ejemplo muy revelador, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías (United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods), de 11 de abril de 1980 menciona en diversas ocasiones la buena fe de los contratos, pero su valor y efectividad resultan muy discutibles: mientras en el artículo 7.1 se afirma que en la interpretación de los contratos prevalecerá la buena fe, en ningún momento se exige un verdadero deber de buena fe a las partes⁵. Naturalmente, el redactado final es fruto de un compromiso entre los países del Common Law y los del Civil Law. No se renuncia, pues, a invocar la buena fe dentro de un marco general, pero su operatividad concreta queda muy limitada y –en gran medida– por definir.

² Esta sentencia, contra lo que afirma McKENDRICK, E., (*Contract Law*, Londres¹¹ 2015 205), ha sido varias veces aplicada como precedente, *vid. e. g. Bristol Groundschool v. IDC* (2014) EWHC 2145.

³ Por ejemplo, es sintomático que CARTER, J. W./COURTNEY, W. («Good Faith in Contracts: Is there an implied promise to act honestly?», *Cambridge Law Journal* 75.3 2016 608-619) sean especialmente críticos con la primera sentencia de Lord Leggatt en favor del principio de la buena fe (scil. *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*) porque creen que su fundamentación es contradictoria.

⁴ CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford-Portland (Or.) 2007 58-59.

⁵ El problema de la confrontación entre ambos sistemas tiene especial interés para nosotros porque la exigencia de la buena fe contractual se introdujo en el texto como resultado de la presión de los países de Civil law y concretamente por los buenos oficios de un jurista español, *vid. EORSI, G.* «Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods», *American Journal of Comparative Law* 27 (1979) 311-323, esp. 313. JANSSEN, W./ZIMMERMANN, R., *Commentaries on European Contract Law*, Oxford 2008 103-106.

Sirvan las anteriores consideraciones como una breve introducción a la cuestión de cómo la buena fe es esencial en los países de Civil Law y cómo es sólo parcialmente operativa en los de Common Law, singularmente en Inglaterra. Hay que mencionar que en Escocia y gracias a su tradición romanística, el estatus de la buena fe contractual ofrece un alcance mayor que el de Inglaterra⁶. En los Estados Unidos, paradójicamente, la recepción de este principio está bastante más avanzada que en Inglaterra y en Escocia, aun partiendo de un marco conceptual similar⁷. Canadá, Australia o Nueva Zelanda también se han abierto al principio de la buena fe en los últimos años⁸.

LA RECEPCIÓN DE UN CONCEPTO ROMANÍSTICO

Como es de todos conocido, el principio de la buena fe en el Civil Law resulta fruto de una lenta evolución realizada esencialmente por la labor del *ius commune*, es decir, se trata una construcción hecha sobre el Derecho romano pero llevada a cabo por la tradición romanística, en especial, pero no sólo, por la jurisprudencia racionalista francesa⁹. No procede ahora deslindar el contenido que se recibe del Derecho romano y la tarea de generalización y sistematización de esos contenidos tal como eran en su origen, sin duda muy distintos del resultado final¹⁰.

⁶ Cf. *Smith v Bank of Scotland* (1997 SC (HL) 111, 1997. Lord Clyde.

⁷ En virtud de l Uniform Commercial Code (I § 203) rige en los EEUU la exigencia de la buena fe en la ejecución del contrato, pero no en la negociación.

⁸ Cf. *Bhasin v Hrynew* 2014 SCC 71; [2014] 3 S.C.R. 494, at [33]

⁹ Renunciamos a un tratamiento exhaustivo de este problema aquí, pero desde por lo menos la obra de Baldo y la de los canonistas se insiste en el papel de la buena fe en la interpretación de las fuentes romanas, de un modo que estrictamente rebasa su sentido original, *vid.* útil y conciso resumen de la cuestión en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid 1971 89.

¹⁰ No es éste el lugar de desarrollar estas ideas, conocidas por todo romanista, pero sirva como mención que el papel de la *bona fides* en la teoría contractual romana no se puede compara fácilmente con la que hemos recibido en nuestros sistemas de Civil law. En el Derecho romano la buena fe se centraba en los *bonae fidei iudicia*, categoría bajo la que se integraban no sólo los contratos consensuales, sino también acciones de naturaleza muy distinta de la contractual como la *actio tutelae*. En el fondo y dicho en grandes rasgos, se trataba de un método de decidir sobre qué acciones permitían al juez examinar determinadas circunstancias del caso, todo ello concebido dentro de un sistema basado no tanto en el acuerdo como en el vínculo obligatorio, que a su vez no siempre surgía directamente del acuerdo. El significado de la *bona fides* se reducía originariamente a su aspecto procesal y sólo por efecto de la interpretación posterior (basada, por ejemplo, en textos como D. 16.3.31 pr. Tryph 9 *disp.*) se desarrolló un concepto sustantivo de ella que se integra después como un principio general de los contratos. Este proceso culmina en la jurisprudencia racionalista francesa previa a la codificación, que recoge a su vez ideas del iusnaturalismo racionalista y éste a su vez de autores como Suárez y los canonistas. Las dificultades de integrar tal concepto general de buena fe en los esquemas del Derecho contractual romano y su correspondiente sistema de acciones son claras, *vid.* e. g. A. Vinnius *Institutionum Imperialium Commentarius Accademicus et Forensis I*, Lyon 1676 972 quien al comentar la división entre acciones de buena fe y de Derecho estricto (I. 4.6.2.8) se sorprende de que no se diga explícitamente que en todo contrato se requiere la buena fe y cita para integrar el texto dos constituciones imperiales sacadas de su contexto original: C. 3.1.10 (*Impe-*

Sí parece indicado, por el contrario, señalar que la lenta y trabajosa labor de construcción del principio de la buena fe en el ámbito del Civil Law cristaliza en torno al siglo XVII en Francia y que en el siglo siguiente fue recibida en Inglaterra por obra de Lord Mansfield. Tal como hemos señalado, la evolución posterior de la jurisprudencia inglesa no sólo fue renuente a aceptar este principio general, sino que cuando lo aceptó fue en términos claramente diversos.

Por otra parte, a nadie se le oculta que el principio de la buena fe es uno de los pilares básicos del Derecho de contratos del Civil Law y que, como tal, está presente en los códigos civiles más destacados¹¹, pero tampoco hemos de caer en el simplismo de considerar que la buena fe es homologable en todos los sistemas de Civil Law, puesto que existen diferencias significativas y evoluciones históricas diferenciadas. Al comparar los sistemas de Civil Law y de Common Law en lo que a la buena fe respecta, vamos a ignorar deliberadamente esas diferencias: partimos de un concepto simplificado en el Civil Law para contraponerlo a su menor relevancia en los sistemas del Common Law¹².

No olvidemos tampoco que con el principio de la buena fe estamos tratando con un problema más amplio: el del alcance y operatividad de los conceptos jurídicos indeterminados, que tantas discusiones han suscitado desde el punto de vista de la seguridad jurídica o del respeto a la voluntad manifestada por las partes. No son menores en este sentido problemas como la medida en que, partiendo de un concepto indeterminado, se concede al poder pú-

ratores Constantinus, Licinius. Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem) y C. 4.10.4 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus. Bonam fidem in contractibus considerari aequum est*). El texto de Vinnio es revelador de la diferencia de enfoques entre las fuentes romanas y el *ius commune*: «Quod quaedam actiones dicuntur esse stricti iuris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in l. placuis C. de iud., ubi magis ait placere, in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique et in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur quod generaliter constitutum est in l. 4 Cod. de obli. et act. bonam fidem in contractibus considerari aequum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus certe iis, quae ex contractu profiscuntur, pariter bona fides spectanda».

¹¹ En general, sobre el Derecho español anterior a la reforma del Título preliminar, *vid.* DE LOS MOZOS, J-L, *El principio de la buena fe*, Valladolid 1965 45-53. Sobre las consecuencias de la reforma del Título Preliminar, *vid.* CADARSO PALAU, J., «Reforma de la Ley y renovación del ordenamiento en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil* 29 (1976) 55-84.

¹² Sólo por dar un ejemplo de esta diversidad, nos centraremos en las relaciones entre la buena fe y el abuso de derecho. La obligatoriedad de la buena fe negocial procede del Código Napoleón (art. 1134-5), con indudable influencia de Domat y de Pothier, pero el abuso de derecho ha sido construido por la jurisprudencia con base en los art. 1382-1383. En el BGB el §242, está claramente basado en precedentes franceses, pero dicho párrafo no trata específicamente del abuso de derecho, sino que esto se aborda en el §226, lo cual muestra una sistemática diferente. En el Código Italiano de 1942, art. 1175 tiene un contenido parecido al 1134 del Código Napoleón, pero es el artículo 833 el que regula el abuso de derecho, aunque la relación de éste con la buena fe es discutida en la doctrina. Nuestro art. 1258 Cc también se inspira en el 1134 del Código francés, pero todo el desarrollo posterior, que culmina en la reforma del Título Preliminar y que relaciona la buena fe con el abuso de derecho recoge planteamientos que originariamente no estaban en el ánimo del legislador.

blico una mayor o menor posibilidad de actuar en la esfera privada. En la caracterización de la buena fe en el Derecho inglés están, pues, implicadas todas estas cuestiones¹³.

Una vez hechas estas advertencias, nos proponemos dividir nuestra exposición en tres partes. Empezaremos por explicar de modo sucinto la doctrina que informa el caso *Walford v. Miles*, así como su anclaje ideológico. Partiremos de ella para resumir en el siguiente apartado la evolución histórica de este problema, con especial interés en el primer intento de imponer la buena fe en los contratos en virtud de la archifamosa sentencia *Carter v. Boehm*. Dedicaremos la parte final a valorar en su contexto la última sentencia de Lord Leggatt, *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent* fijándonos como elemento de comparación en su anterior pronunciamiento (*Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*), donde se manifestaba *obiter dicta* sobre la buena fe¹⁴.

EL LEADING CASE: WALFORD v. MILES

Si tomamos como punto de partida un manual clásico del Derecho inglés de contratos¹⁵, veremos que el autor afronta por primera vez la buena fe en el ámbito de la negociación subsumiéndola dentro de los ‘Contracts made by Courts’¹⁶. Se trata, como advertíamos, de un caso de negociaciones previas al contrato y en ese ámbito se plantea ese acuerdo genera ya obligaciones contractuales o si debe ser el tribunal quien se las atribuya, precisamente por mor de la buena fe invocada. Aun reconociendo lo artificioso de la distinción ‘contracts made by the parties’/‘contracts made by courts’, este planteamiento resulta a nuestro entender significativo, pues sitúa el problema en el ámbito de la interpretación o –mejor dicho– en el margen que los tribunales tienen para integrar un contrato o incluso, según la expresión comentada, crear un contrato donde es dudoso que ya exista. Al usar la expresión «made by courts» se da énfasis a la primacía de la voluntad de las partes¹⁷ y se cuestiona hasta qué

¹³ Por ejemplo, la cuestión del liberalismo como fundamento del rechazo al principio de la buena fe es muy discutible. Tal como ha mostrado CAMPBELL, D. («Adam Smith and the Social Foundation of Agreement: *Walford v. Miles* as a Relational Contract», *Edinburg Law Review* 376 (2017) 376-404), esta visión, que siempre se esgrime para salir al paso de la buena fe, es fruto de una lectura superficial de Adam Smith.

¹⁴ La *ratio decidendi* era, como veremos, la coerción (‘duress’) ejercida sobre el demandante, aunque ambas esferas no son fácilmente separables en este supuesto.

¹⁵ ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1995 89-90.

¹⁶ Es cierto que esta distinción la hace el autor en esta parte del libro con referencia al precontrato, pero advierte al mismo tiempo que en Derecho inglés no hay previsión diferente para el contrato.

¹⁷ Cf. *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd* (2014) EWHC 752 (TCC) 153: «...it is tempting for the court then to fashion a term which will reflect the merits of the situation as they appear. Tempting, but wrong».

punto puede integrarse el contenido del contrato con el recurso a un principio de una naturaleza y alcance tan difíciles de definir. Como veremos, el mismo prejuicio subyace a otros modos de aproximarse al problema de la buena fe, como es el caso de los ‘implied terms’¹⁸. En *Walford v. Miles* nos hallamos ante una invocación expresa del principio de buena fe, mientras que en otros supuestos vamos a tratar de casos en los que se puede presumir su existencia.

El deber de negociar de buena fe tiene, al parecer, difícil cabida en un sistema en el que las partes negocian «at arm’s length», como dice Atiyah sirviéndose de una frase proverbial inglesa. La carencia de un concepto general de buena fe lleva, inevitablemente, a que los caminos por los que ésta resulte ocasionalmente reconocida sean forzados e incluso tortuosos¹⁹.

Walford v. Miles [1992] 2 AC 128; [1992] 2 WLR (HL-Lord Ackner) sienta los límites sobre la posibilidad de invocar la buena fe y se pronuncia concretamente sobre un contrato de exclusividad (‘lock out agreement’) para negociar la venta de una empresa. Ambas partes pactan negociar de buena fe y a cerrarse a propuestas de terceros, compromisos que la parte vendedora no cumplirá. Lord Ackner, el ponente, concluye que no es posible un pacto de esta naturaleza por inconcreto, por generar inseguridad jurídica, por no establecer plazo de vigencia y por no adaptarse a la situación de enfrentamiento de las partes²⁰.

A nadie se le oculta que con un precedente como *Walford v. Miles* la admisión de un criterio general de buena fe queda –al menos a simple vista– seriamente comprometida y que sólo indirectamente puede, en ciertos casos, aceptarse la mera idea de que las partes queden vinculadas por este principio: la casuística posible es ciertamente compleja, pero resulta relativamente fácil explicar sus líneas de fuerza.

¹⁸ A nuestro juicio, resulta significativo que el afamado romanista británico Barry Nicholas resume el problema diciendo que muchos conflictos que en Francia (a la que usa para ejemplificar los sistemas de Civil Law) se resuelven apelando a la buena fe se solucionan en Inglaterra por medio de la teoría de los ‘implied terms’, *vid.* NICHOLAS, B. *The French Law of Contract*, Oxford 1992 251-255.

¹⁹ ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, cit. 90: «Because of the absence of any general concept of good faith the technical means by which the courts impose these duties are sometimes strained or even tortuous».

²⁰ ATIYAH, P. S., «Justice and Predictability in the Common Law», *University of New South Wales Law Journal* 15 (1992) 448-461. La ‘predictability’ es una noción capital en el Common law. El problema está esencialmente ligado a la incertidumbre jurídica de los principios indeterminados, problema que no se reduce al Common law, sino que es una cuestión profundamente debatida en el Civil law también. Por ejemplo, entre los romanistas que han abordado el problema todos conocemos el caso de WIEACKER, F. (*Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB*, Tübinga 1956 26-32) y su propuesta (según él basada en las funciones del *ius honorarium*) de delimitar mediante el uso de conjuntos de casos posibles –‘Fallgruppen’– la aplicación del régimen de ‘Treu un Glauben’ de dicho parágrafo.

Wadford v. Miles constituye un caso en cierto modo reciente en el que cristalizan los criterios por los cuales se rechaza la invocación de la buena fe como principio general, al mismo tiempo que se señala que, aunque no se pueda partir de un concepto indeterminado de buena fe, ello no significa que comportamientos como el engaño sean lícitos²¹. El deber de «negociar de buena fe», entiende tradicionalmente el Derecho inglés y así lo confirma esta sentencia, es contradictorio con la posición enfrentada de las partes²², que en el mundo real de los negocios hacen afirmaciones que no siempre se ajustan a la verdad, siempre con el fin de lograr un acuerdo ventajoso²³.

Tales declaraciones, aunque puedan parecer contrarias a la buena fe, son comunes y aceptadas en el ámbito comercial, en el cual el rigor que ejerce el Derecho inglés es de todos conocido²⁴. Por todo ello, un acuerdo para negociar de buena fe, como un acuerdo para negociar sin más, queda vacío de contenido, afirma *Wadford v. Miles*. Tal es la línea jurisprudencial que se ha venido siguiendo: dar énfasis a la fuerza vinculante del contrato, a la libertad y a la responsabilidad de las partes, a las cuales se les exige que se formen su propio juicio antes de vincularse por ningún acuerdo²⁵. A ello –como ya hemos apuntado– hay que añadir el dato de que tal acuerdo de negociar de buena fe carecía

²¹ Un caso anterior muy significativo es *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989) 1 QB 433, donde el ponente, Lord Bingham, afirma: «In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contract parties should act in good faith. This does not simply mean that they should deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialism as ‘playing fair’, ‘coming clean’, ‘putting one’s cards face upwards on the table’».

²² Lord Ackner es tajante en este sentido: «The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations... A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party».

²³ ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, cit. 113.

²⁴ La primacía de lo pactado, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, lleva a que, por ejemplo, el leve incumplimiento de una condición, aun no generando perjuicio alguno, faculte a la otra parte a la resolución del contrato, como por ejemplo en *Bunge Corp. v. Tradax Export Ltd* (1981) WLR 711. El ponente, Lord Roskill, considera que la cláusula sobre el tiempo de entrega es una de las condiciones básicas del contrato independientemente de que en realidad no se hubiera producido consecuencia alguna derivada del leve retraso producido. La sentencia no se atiene a lo literalmente pactado, sino que se pronuncia en favor de que un ‘term’, aunque no hubiera sido explícitamente señalado en el texto del contrato como ‘condition’ puede funcionar como tal en aras de la seguridad jurídica y como una consecuencia más del rigor mercantil, *vid. e. g.* ATIYAH, P. S./ADAMS, J. N./MACQUEEN, H. L. *Sale of Goods*, Harlow¹¹ 2005 94-95; FURST, S./ROMNEY, V. *Keating on Construction Contracts*, Londres⁹ 2012 214-215.

²⁵ Cf. e.g. *ING Bank NV v. Ros Roca SA* ([2011] EWCA Civ 353; [2012] 1 WLR 472. Aunque el caso menciona la ausencia de un criterio general de buena fe, la *ratio decidendi* no se basa en este problema. El caso se resuelve por medio del ‘estoppel’ (si se trata de ‘estoppel by convention’ o ‘promissory estoppel’ es discutible), aunque mantiene el principio de la interpretación literal de los contratos.

incluso de plazo en el contrato litigioso. Eso lo transforma en algo todavía más indeterminado²⁶.

LOS CASOS DE VINCULACIÓN TÁCITA POR EL PRINCIPIO DE BUENA FE: LOS ‘IMPLIED TERMS’

Cuando el deber no se asume explícitamente (como ocurría en *Walford v. Miles*) nos hallamos ante una alegación de buena fe de modo tácito, como ‘implied term’, siguiendo la terminología que ha quedado fijada en el Derecho inglés. Significativamente, los sistemas de Civil Law no se ven forzados a recurrir con tanta frecuencia a la doctrina de los ‘implied terms’ precisamente porque en ellos funciona el principio general de la buena fe²⁷.

La utilidad de los ‘implied terms’, pues, se basa en la posibilidad de intervenir en lo explícitamente acordado (‘express terms’) por medio de las herramientas de la interpretación. Su fundamento plantea la cuestión de en qué medida los tribunales están facultados para realizar o modificar la construcción de un contrato. No olvidemos que en el caso que nos ocupa (*Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*) nos hallamos ante un contrato oral, donde el juego de los ‘implied terms’ es –si cabe– más destacado.

La clasificación de los ‘implied terms’ varía según el jurista que trate de ellos, aunque la *summa divisio* se construye contraponiendo los ‘implied terms in law’ a los ‘implied terms in fact’.²⁸ Naturalmente por imperativo legal un pacto no incluido por las partes debe ser sobreentendido y entonces nos hallamos ante ‘implied terms by statute’. Éstos –según si estamos ante norma imperativa o dispositiva– en unos casos pueden ser derogados por las partes y en otros no²⁹. Por otra parte, aquellos pactos que no constan expresamente en el contrato pero que cabe deducir de la voluntad de las partes, como inherentes al acuerdo, se consideran ‘implied terms at common law’. Es importante destacar que, en este supuesto, los ‘implied terms’ se aplican en bloque a cada

²⁶ Una sentencia reciente (*Sainsbury’s Supermarkets Limited v. Bristol Rovers 1883 2015 EWHC 2002*) en el mismo sentido rechaza que una parte, por haber pactado el obrar de buena fe esté comprometida a obrar contra una cláusula del contrato.

²⁷ AUSTEN-BAKER, R. *Implied Terms in English Contract Law*, Cheltenham/Northampton (Mass.)² 2017 3, n. 6. Tal como Austen-Baker precisa, en algunos sistemas de *Civil Law* la doctrina de los ‘implied terms’ puede desempeñar un papel, aunque siempre limitado, como es el caso del Derecho mercantil japonés.

²⁸ MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit. 198-199.

²⁹ AUSTEN-BAKER, R. *Implied Terms in English Contract Law*, cit. 1: el autor parte del ejemplo de la *Sale of Goods Act* (1979), donde en algunos casos cabe pacto en contra mientras que en otros se trata de normas de *ius cogens*. Por supuesto, bajo esta categoría caen tanto las leyes promulgadas en Inglaterra como las directivas de la UE y en algunos campos (como por ejemplo en el del Derecho de los consumidores) indiscutiblemente rige la buena fe en virtud de tales normas.

tipo contractual³⁰. Por el contrario, cuando esos ‘implied terms’ no se pueden deducir de la voluntad de las partes o impuestos a ella, se llaman ‘implied terms in fact’ y éste es uno de los principales campos de acción de la buena fe negocial.

En principio el problema de si deben reconocerse tales ‘implied terms in fact’ no se plantea, como en los supuestos de los ‘implied terms at common law’, dentro de cada tipo contractual, sino en la esfera del cada contrato en particular, caso por caso. La propia jurisprudencia ha sometido esta posibilidad de intervención a importantes controles, en aras de la seguridad jurídica.

Por simplificar el problema, digamos que en el terreno de los ‘implied terms in fact’ rige el ‘leading case’ *Marks & Spencer Plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* ([2015] UKSC 72; [2016] A.C. 742, cuya sentencia confirma la tesis tradicional de que para vindicar el valor de un ‘implied term’ es necesario afrontar la prueba del ‘officious bystander test’ o bien del ‘test of necessity’, también llamado ‘Moorcock test’³¹. El primero no deja de ser una aplicación del tópico de la obviedad (‘that goes without saying’), aunque en la práctica y dada la complejidad de las transacciones comerciales, la exigencia para su aplicación es rigurosa, pues presupone el parecer de un tercero que contemplara desapasionadamente el caso y dedujera como algo obvio que tal acuerdo existía; el segundo se fundamenta en que una cláusula no expresa sea necesaria para la eficacia del negocio (‘business efficacy’)³². Tal como apunta Andrews, el concepto de ‘business efficacy’ ha llegado a ser mezclado con el ‘officious bystander test’ en desde la primera sentencia donde se menciona, *Reigate v. Union Manufacturing Co (Rambottom) Ltd*. (1918)³³. Como es de esperar, el juego de ambos criterios rebaja notablemente la aplicabilidad de cláusulas de buena fe implícitas.

³⁰ MCKENDRICK, E., *Contract Law*, cit. 199 y n. 14: «Terms implied in law are’ those terms that are consistently implied into all contracts of a particular type because of the nature of the contract, rather than the supposed intention of the parties’ (la cita es de PEDEN, E. «Policy concerns behind Implication of Terms in Law», *Law Quarterly Review* 117 2001 459). Examples of terms implied in law can be seen in employment contracts, and contracts between landlords and their tenants».

³¹ El nombre ‘Moorcock’ se debe al primer caso donde se formuló dicho test, (1889) porque así se llamaba un barco que sufrió desperfectos porque el lecho Támesis en la zona donde fue atracado no estaba en las condiciones exigibles para ello.

³² STONE, R. *The Modern Law of Contract*, Portland⁶ 209-210.

³³ ANDREWS, N. *Contract Law*, Cambridge 2011 365. AUSTEN-BAKER, R. (*Implied Terms in English Contract Law*, cit. 167) habla en general del ‘business efficacy test’, del que considera un caso concreto el ‘officious bystander test’.

LORD MANSFIELD Y LA ADMISIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE: *CARTER v. BOEHM*: SU INFLUENCIA EN LOS CASOS RECIENTES

Visto lo anterior, no parece sorprendente que, por lo que a la buena fe respecta, la sentencia del caso *Carter v. Boehm* (1766 3 Burr 1905, 97 ER 1162) se haya explicado como una rara excepción en el panorama del Derecho inglés³⁴, pues, aunque se pronuncia en un caso de contrato de seguro, afirma que en todo contrato sería exigible tal requisito³⁵. Datada en 1766 es obra de un jurista de profunda formación en el Civil Law desde el punto de vista más romanístico, como fue Lord Mansfield³⁶ y nos permite contemplar el problema de la buena fe en Inglaterra desde un punto de vista histórico³⁷. A este jurista, de origen escocés y jacobita, formado en Oxford y bien instruido en la doctrina del Civil Law de su tiempo, fundador del Derecho mercantil inglés³⁸, se le atribuye haber clarificado las líneas básicas del contrato de seguro, que moldeó partiendo de los fundamentos tanto del Derecho romano como de la doctrina del Civil Law³⁹. El hecho de que el contrato de seguro marítimo implicara diversas jurisdicciones facilitó este punto de partida orientado por el Civil Law⁴⁰.

El caso se dio en la isla de Sumatra, en Fort Malborough, en aquel entonces asentamiento británico dependiente de la British East India Company, posteriormente cedido en 1824 a Holanda en virtud del Tratado de Londres (Anglo-Dutch Treaty). Carter era el gobernador británico de la fortaleza y en

³⁴ Sobre la historia de esta sentencia y su influencia, *vid.* WATTERSON, S. «The History of a Landmark: *Carter v. Boehm*» en QUIANG HAN, Y./PYNT, G. (Eds.) *Carter v. Boehm and the Pre-Contractual Duties in Insurance Law: A Global Perspective after 250 Years*, Oxford-Londres-Nueva York 2018 23-86.

³⁵ Para apreciar la influencia de Lord Mansfield en lo que a la buena fe concierne y las diversas valoraciones que se han hecho de sus teorías, *vid.* OLDHAM, J. *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill (NC) 2004 101-130.

³⁶ Hoy conocemos mucho mejor las fuentes de Civil law utilizadas por Lord Mansfield y su dominio del Derecho romano gracias al trabajo de COUILLETTE, D. R., «Legal Ideology and Incorporation IV: The Nature of Civilian Influence on Anglo-American Commercial Law», *Boston University Law Review* 67 (1987) 876-970, esp. 948-962. Hoy en día contamos además con la edición de los cuadernos de trabajo de Mansfield realizada por OLDHAM, J., *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century* I, Chapel Hill (NC) 1992; II 2012. NO aparece, sin embargo, el material relativo a *Carter v. Boehm*.

³⁷ Sobre el papel del Derecho romano y de la tradición romanística en la obra de Lord Mansfield aún es útil la consulta de CAMPBELL, J. *The Lives of the Chief Justices of England* II, Londres 1849 327 y HOLDSWORTH, W., *A History of English Law XII*, Londres 1938 467. Entre la bibliografía reciente *vid.* en general, DYSON, M./IBBETSON, D. *Law and Legal Process. Substantive Law and Procedure in English Legal History*, Cambridge 2003 203 nn. 149-150; SWAIN, W. *The Law of Contract 1760-1860*, Cambridge 2015 75-78; POSER, N. S., *Lord Mansfield. Justice in the Age of Reason*, 2013 40-48.

³⁸ TODD LOWRY, S., «Lord Mansfield and the Law Merchant. Law and Economics in the Eighteenth Century», *Journal of Economic Issues* 7 (1973) 605-622; SWAIN, W., *The Law of Contract 1760-1860* 76.

³⁹ DYSON, M./IBBETSON, D., *Law and Legal Process*, cit. 202 y n. 137.

⁴⁰ DYSON, M./IBBETSON, D., *Law and Legal Process*, cit. 202.

calidad de tal contrató una póliza de seguro con la aseguradora Boehm para el caso de que Fort Marlborough fuera tomada por el enemigo. Tal eventualidad, es preciso señalarlo, entraba entonces dentro de lo previsible, ya que en ese momento se estaba librando la Guerra de los Siete Años: Francia finalmente atacó y logró tomar la fortaleza dentro del año del límite de la póliza.

Además de señalarse el evidente peligro de guerra cuando la póliza fue suscrita, se estableció en la fase probatoria que el gobernador era consciente de que la fortaleza podía controlar el territorio que se le había encomendado, pero apenas hacer frente a un ataque del exterior ('concealment of circumstances'). Por esa razón la parte demandada consideró que la conducta del gobernador Carter había incurrido en mala fe⁴¹.

Pese a estos antecedentes, Lord Marlborough se inclinó por dar la razón al demandante al reconocer que las circunstancias que la parte demandada decía que le había ocultado eran 'universally known' por cualquier comerciante implicado en situaciones comparables⁴². Precisamente en aplicación del principio de la buena fe, el demandado estaba obligado tanto como el demandante a conocer las circunstancias en que se firmó la póliza, es decir, el inminente estallido de la guerra. Respecto al 'duty of disclosure' Lord Mansfield, si bien reconoce que dada la naturaleza '*uberrima fide*' del contrato de seguro se deduce el deber de revelar a la otra parte todos los datos que afectaran al caso, estima asimismo que la pretensión del asegurador no puede basarse en lo que no se ha dicho explícitamente cuando él mismo debería haber conocido esos hechos. El guardar silencio sobre determinados extremos que el asegurador podría haber averiguado no implica, en consecuencia, actuar contra la buena fe⁴³.

Una sentencia todavía reciente y relacionada con un seguro marítimo se refiere al intento de Lord Mansfield y le reconoce determinados efectos en el Derecho inglés, pero con las limitaciones que se derivan del tipo de contrato sobre el que pudiera incidir. Se trata de *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Co Ltd and others* ([2001] 1 All ER 743, [2001] 2 WLR 170, [2001] UKHL 1,

⁴¹ BURROW, J. (Ed.), *Report of Cases Argued and Adjudged in the Court of the King Bench III*, Dublín⁵ 1794 1906-1907. Sobre la fiabilidad de los 'reports' de Sir James Burrow en relación con las sentencias de Lord Mansfield, *vid.* COUILLETTE, D. R., «Legal Ideology and Incorporation IV» 952

⁴² BURROW, J. (Ed.), *Report of Cases 1907*.

⁴³ BURROW, J. (Ed.), *Report of Cases 1910*: «either party may be innocently silent, as to grounds open to both, to exercise their judgment upon... An under-writer cannot insist that the policy is void, because the insured did not tell him what he actually knew... The insured need not mention what the under-writer ought to know; what he takes upon himself the knowledge of; or what he waives being informed of. The under-writer needs not be told what lessens the risque agreed and understood to be run by the express terms of the policy. He needs not to be told general topics of speculation».

[2003] 1 AC 469) en la que el ponente, Lord Hobhouse, desarrollando otra resolución de la Cámara de los Lores en el mismo sentido (*Pan Atlantic Ins Co v. Pine Top Ins Co*) afirma:

«The history of the concept of good faith in relation to the law of insurance is reviewed in the speech of Lord Mustill in *Pan Atlantic Ins Co v. Pine Top Ins Co* [1995] 1 AC 501 and in a valuable and well researched article (also containing a penetrating discussion of the conceptual difficulties) by Mr. Howard Bennett in 1999 LMCLQ 165. The acknowledged origin is Lord Mansfield's judgment in *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905. As Lord Mustill points out, Lord Mansfield was at the time attempting to introduce into English commercial law a general principle of good faith, an attempt which was ultimately unsuccessful and only survived for limited classes of transactions, one of which was insurance. His judgment in *Carter v Boehm* was an application of his general principle to the making of a contract of insurance. It was based upon the inequality of information as between the proposer and the underwriter and the character of insurance as a contract upon a «speculation». He equated non-disclosure to fraud. He said at p. 1909:

«The keeping back [in] such circumstances is a fraud, and therefore the policy is void. Although the suppression should happen through mistake, without any fraudulent intention; yet still the underwriter is deceived, and the policy is void.»

En ese contexto, podemos señalar que la definición que en Derecho inglés puede deducirse de la buena fe contractual se halla, por ejemplo, en *Interfoto Picture Library v Stiletto* [1989] QB 433:

«This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as 'playing fair', 'coming clean' or 'putting one's card face upward on the table'. It is in essence a principle of fair and open dealing...».

En esa esfera entran, por ejemplo, los 'duties of disclosure', pues *Carter v. Boehm* es de nuevo una sentencia que se plantea dentro de los términos de la negociación del contrato y, al menos según la mayoría de la doctrina, constituye la fuente última de la consideración del contrato de seguro como *uberrima fide* o de 'utmost good faith'⁴⁴.

⁴⁴ Sobre el debate sobre cuándo se usó la expresión *uberrima fide* en un pronunciamiento, y cuál es la primera sentencia que aborda estos problemas *vid.* QUIANG HAN, Y., «Pre-Contractual Duties in the UK Insurance Law after 2015», en QUIANG HAN, Y./PYNT, G. (Eds.) *Carter v. Boehm and the Pre-Contractual Duties in Insurance Law*, cit. 143-169, esp. 145-147.

Se ha insistido con razón en la formación de Lord Mansfield como jurista con lecturas de autores de la Escuela Holandesa o de la jurisprudencia racionalista francesa, que está imbricada en el texto del futuro Code Napoleon⁴⁵. Una simple cita de Domat, fuente del art. 1134 es lo bastante elocuente como para explicar a qué concepto general de buena fe recurrió, con mucha probabilidad, Lord Mansfield:

«Dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuteur, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où il sont entrés».

«Ou encore «[q]u'en toute sorte d'engagements, soit volontaires ou involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute autre manière de nuire et de faire tort»⁴⁶.

Tal como ya hemos indicado, *Carter v. Boehm* es un punto de referencia del que los pronunciamientos posteriores se han distanciado, pero al mismo tiempo han tenido que valorar. Una reciente sentencia, *HIH Casualty and General Insurance Ltd v Chase Manhattan Bank* todavía se debe referir a la labor de Lord Mansfield y a su intento de introducir la buena fe como requisito general de los contratos:

«I am conscious that in *Carter v. Boehm* itself Lord Mansfield does seem to have considered that there was a difference between the concealment which the duty of good faith prohibited and mere silence ('*Aliud est celare; aliud tacere*'). As a result, non-disclosure in the insurance context in the early years was referred to as a 'concealment', and the doctrine has sometimes been viewed and explained as constructive fraud. However, Lord Mansfield was seeking to propound a doctrine of good faith which would extend through the law of contract, and in that respect his view did not bear fruit. Where, however, in the insurance context it put down firm roots, it came to be seen as a doctrine which went much further than the antithesis of fraud, and, as it came to be developed, «non-disclosure will in a substantial proportion of cases be the result of an innocent mistake.»

Hay algo también en la solución de Lord Mansfield del aforismo ciceroniano *aliud est celare, aliud tacere* (Cic *de off.* III.12.52; III.50.7), no sólo de Domat y de la jurisprudencia racionalista y este tipo de citas son comunes al

⁴⁵ Vid. *supra* n. 37; FIFOOT, C. H. S. Lord Mansfield, Oxford 1936 (reimp. Aalen 1977) 30-45.

⁴⁶ DOMAT, J., *Traité de Lois*, en *Oeuvres de Jean Domat* I París 1822 33. Es sabido que algunas de las innovaciones de Lord Mansfield basadas en tales fuentes fueron rechazadas posteriormente por la Cámara de los Lores, especialmente las que tendían a construir una teoría general del contrato, como *Pilans v. Van Mierop* vid. e. g. SCHWARTZ, B. *The Code Napoleon and the Common Law World*, Nueva Jersey 1998 128; 138, n. 78.

Civil Law y a determinados pronunciamientos del Common Law. Ya hemos visto, sin embargo, cómo la acreditada tendencia de Lord Mansfield a introducir principios generales como los que son comunes en los sistemas de Civil Law no ha quedado en la irrelevancia, pero sus efectos se han limitado a determinados supuestos concretos. En esto la buena fe no es una excepción. Resulta difícil extraer un concepto lo suficientemente claro y determinado de buena fe si no se recurre al caso concreto como contexto, y ésta es una de las razones que han propiciado que *Carter v. Boehm* haya sido objeto de interpretación restrictiva: no se reconoce una obligación general de actuar de buena fe pero sí se aplica la buena fe en puntos determinados de los contratos, por ejemplo en los sobrecostes. En *Petromec v. Petroleo Brasileiro* [2006] 1 Lloyd's Rep 121 hallamos también en la fase de negociación del contrato el pacto por el cual las partes se someten a la buena fe en lo que concierne a los sobrecostes de reparación de un buque. En este supuesto el High Court acepta la legitimidad de ese acuerdo concreto porque el papel de la buena fe está claramente delimitado. Una decisión parecida, se encuentra en *Barbudev v. Eurocom Cable Management Bulgaria EOOD* [2012] EWCA Civ 548, donde se niega la naturaleza vinculante de negociar de buena fe de modo general (esto es, en los términos de *Wadford v. Miles*) pero también se destaca la claridad del compromiso como requisito para ser amparado por los tribunales.

Esta naturaleza excepcional de la buena fe, nunca aceptable como criterio indefinido y formulado de modo abstracto, pero sí amparable en casos concretos donde el compromiso es claro y terminante, ha sido posteriormente confirmada por Lord Longmore, quien en *Charles Shaker v. Vistajet Group Holdings SA* [2012] EWHC 1329 (Comm) confirma y resume la ratio decidendi de este modo: «where there are no objective criteria the court is unable to enforce the parties' agreement to agree», lo que a sensu contrario significa que los criterios bien definidos sí pueden fundar una reclamación basada en la buena fe. Se trata de que las partes determinen los criterios objetivos en los que debe operar la buena fe.

LAS RECIENTES APORTACIONES DE LORD LEGGATT: *YAM SENG PTE LTD v. INTERNATIONAL TRADE CORP Y SHEIKH TAHNOON BIN SAEED BIN SHAKHBOOT v. IOANNIS KENT*

Tras esta referencia general al estatus del principio de la buena fe en el Derecho inglés vamos a examinar el contenido de la reciente sentencia *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent* a la luz también del anterior pronunciamiento de Lord Leggatt, *Yam Seng*. Antes de *Yam Seng* se juzgaba dudosa y crítica la solución ofrecida por *Charles Shaker v. Vistajet Group*

Holdings SA y sus dos precedentes mencionados. No puede afirmarse que ahora el problema, aunque algo mejor planteado, llegue a estar resuelto, pero resulta indudable que la buena fe contractual sí que sale reforzada.

Sin duda, las novedades⁴⁷ que suscitó *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp* se ven confirmadas y desarrolladas en *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*. Ambas sentencias se incardinan en esa propensión a interpretar el juego del principio de buena fe de modo restrictivo, puesto que Lord Leggatt limita la buena fe a los 'relational contracts'. Al referirse a la buena fe como un 'implied term' ya no está vindicando, como hacía *Petromec v Petroleo Brasileiro* el cumplimiento de una cláusula expresa pactada por las partes, por lo que el grado de intervención de los tribunales en la interpretación del contrato es aún mayor.

Es cierto que en ambos casos la afirmación de la buena fe se hace como un obiter dictum, pero, tal como han señalado con razón Carter y Courtney, el papel que ésta desempeña en la *ratio decidendi* en la *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp* (y podemos extender su afirmación a la *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*) no es tan fácil de discernir como se diría a simple vista⁴⁸. Como explicaremos, no compartimos las conclusiones de dichos autores, pero sí su punto de partida.

Recordemos que *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp* trata de un contrato de distribución a largo plazo, sometido al Derecho inglés, en el que una empresa de Singapur (Yam Seng) y una empresa británica (ITC) acuerdan la distribución de artículos de perfumería bajo la marca del Manchester United FC. La distribución exclusiva la otorga Yam Seng a ITC por el período de treinta meses.

El conflicto entre las partes surgió porque el acuerdo preveía esencialmente que la distribución se habría de realizar en el mercado 'duty-free' (limitado a Singapur y a ciertos lugares de Asia y Australia) pero al parecer ITC también distribuyó productos fuera de ese ámbito, lo cual, como era de esperar, motivó discusiones y desavenencias por el problema de los pre-

⁴⁷ La contribución de Lord Leggatt tiene algún precedente posterior a *Wadford v. Miles*, como es el caso de *First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd* (1993) 2 Lloyd's Report 194 al que hará alusión. En esta sentencia el ponente, Lord Steyn afirma: «A theme that runs through our law of contract is that the reasonable expectations of honest men must be protected. It is not a rule or a principle of law. It is the objective which has been and still is the principle moulding force of our contract law. It affords no licence to a judge to depart from binding precedent. On the other hand, if the prima facie solution to a problem runs counter to the reasonable expectations of honest men, this criterion sometimes requires rigorous re-examination of the problem to ascertain whether the law does indeed compel demonstrable unfairness».

⁴⁸ CARTER, J. W./COURTNEY, W., «Good Faith in Contracts» 609.

cios⁴⁹. Con tal fundamento Yam Seng demandó por daños a ITC y resolvió el contrato.

Según Lord Leggatt, la demanda debía ser estimada porque ITC había suministrado información falsa a Yam Seng sobre precios, pues por ejemplo le había mentado sobre la circunstancia de que algunos de ellos bajarían más de lo que estaban valorados en el mercado ‘duty-free’ de Singapur. El ponente declara que tal conducta vulnera el «heart of the trust which is vital to any long-term commercial relationship».

Aunque se refiere a la hostilidad tradicional del Derecho inglés contra la inclusión de un principio general de buena fe, Lord Leggatt asume que resulta esencial en la contratación que «the parties bind themselves in order to cooperate to their mutual benefit».

Obsérvese que la presencia de tal ‘implied term’ lo sustenta en todos los contratos, no sólo para el caso en el que se trataba en el juicio, aunque luego circunscribe su aserto a los ‘relational contracts’ (§142), entre los que se sitúa el contrato de distribución a largo plazo. Naturalmente, Lord Leggatt también afirma que no es posible llevar a término tal ‘implied term’ en todo tipo de contratos, lo que no excluye que pueda extender a otros distintos de los ‘relational contracts’.

En supuestos como los ‘relational contracts’ no cabe duda de que puede inferirse un ‘implied term’ acerca de guardarse ‘mutual trust and confidence’. La sentencia se refiere, de hecho, a un ‘implied term’ que caracteriza como ‘good faith and fair dealing’ y ‘fidelity to the parties’ bargain’ (§ 150), ideas que cuentan con algunos precedentes no muy lejanos⁵⁰. El contexto de los contratos (de cada tipo contractual, pues el Derecho inglés no plantea una teoría general del contrato) es lo que determina la presencia de ese ‘implied term’ por el cual la buena fe desempeña un papel relevante: en un contrato de esta naturaleza se espera que las partes no actúen sólo como partes enfrentadas, sino que establezcan algún modo de cooperación, pues ello redundaría en beneficio de ambas.

Lord Leggatt es sobradamente consciente de la reticencia del Derecho inglés a aceptar el principio de la buena fe de modo absoluto y sobre ello no sólo se remite a Lord Bingham y a *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Vi-*

⁴⁹ La información sobre los precios vulnera también *Livock v. Pearson Bros* (1928), *vid.* CARTER, J. W./COURTNEY, W., «Good Faith in Contracts» 610.

⁵⁰ CARTER, J. W./COURTNEY, W., «Good Faith in Contracts» 610 se refiere a *First Energy (UK) v. Hungarian International Bank Ltd* 1993 2 Lloyd’s Re. 194, 96 como precedente en la medida en que habla de dar crédito a las expectativas razonables de la gente honrada, así como *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Ali* [2001] UKHL 8; [2002] 1 A.C. 251. .

sual Programmes Ltd, sino que menciona también doctrina, concretamente el tratado *Contract Law* de McKendrick, un texto muy divulgado en Gran Bretaña y del que nosotros también hacemos uso en este trabajo. No en vano ya recordamos al principio que McKendrick habría de ser muy crítico con *Yam Seng*:

«Three main reasons have been given for what Professor McKendrick has called the ‘traditional English hostility’ towards a doctrine of good faith: see McKendrick, *Contract Law* (9th Ed) pp. 221-2. The first is the one referred to by Bingham LJ (...): that the preferred method of English law is to proceed incrementally by fashioning particular solutions in response to particular problems rather than by enforcing broad overarching principles. A second reason is that English law is said to embody an ethos of individualism, whereby the parties are free to pursue their own self-interest not only in negotiating but also in performing contracts provided they do not act in breach of a term of the contract. The third main reason given is a fear that recognising a general requirement of good faith in the performance of contracts would create too much uncertainty. There is concern that the content of the obligation would be vague and subjective and that its adoption would undermine the goal of contractual certainty to which English law has always attached great weight.»

A nuestro juicio, con esta larga cita Lord Leggatt quiere destacar el alcance real de su contribución. Dado que existe en Inglaterra tal reticencia a un principio general de buena fe, el ponente parte de esa realidad y la resume por medio de tres aserciones: 1) que el método casuístico rechaza los conceptos generales (‘broad overarching principles’) en beneficio de soluciones caso por caso; 2) el individualismo, que se atribuye habitualmente a la cultura anglosajona; 3) el temor a la inseguridad jurídica derivada de esos principios generales. Los tres principios, a nuestro entender, están estrechamente implicados, porque, por ejemplo, no cabe separar el temor a la inseguridad jurídica de la desconfianza hacia los conceptos jurídicos indeterminados ni ambas actitudes se circunscriben a la evolución histórica del Derecho en Inglaterra⁵¹. El ponente afirma a renglón seguido que no se trata de que aceptando tales conceptos se torne vago e inconcreto el sentido de la obligación ni que éste quede a la interpretación subjetiva.

⁵¹ El sistema casuístico deriva tanto de una actitud remisa a los conceptos generales como a su vez genera un sistema en el que la intervención de dichos principios se hace más complicada. Sobre el ‘case law’ y el sistema de precedente, *vid.* en general CARTWRIGHT, J. *Contract Law* 19-27; BRADGATE, R./WHITE, F., *Commercial Law*, Oxford 2007 26. Consideramos representativa de esta tendencia contraria a la buena fe por considerar que ataca el núcleo del funcionamiento del Common law la explicación de BROWNSWARD, R., *Contract Law. Themes for the Tweny First Century*, Oxford² 2006 114-120.

Coherentemente, Lord Leggatt rechaza una contraposición estricta entre ‘paternalism’ en el Civil Law e ‘individualism’ en el Common Law y menciona como ejemplo la progresiva aceptación del principio de buena fe en los Estados Unidos (*Wigand v. Bachmann-Bechtel Brewing Co.*), en Canadá (*Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.*) en Australia (*Burger King Corporation v. Hungry Jack’s*) y en Nueva Zelanda (*Bobux Marketing Ltd v Raynor Marketing Ltd*)⁵². El ponente cierra sus menciones de casos similares con una referencia a Escocia.

En el pronunciamiento siguiente (§131) Lord Leggatt reflexiona sobre la posibilidad de introducir tal principio en Inglaterra y en qué medida podría realizarse⁵³.

«Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties».

Tal como destaca McKendrick, Lord Leggatt insiste en que la aceptación del principio de la buena fe no significa de por sí la renuncia a los métodos del Common law⁵⁴. Pero partiendo de este aserto, un problema de la solución de Lord Leggatt a *Yam Seng*, de la que él es claramente conocedor, es la posibilidad de utilizar la doctrina de los ‘implied terms’ con ese alcance. Sabemos que en el caso de los ‘implied terms at Common law’ sólo se puede recurrir a ellos en la esfera de ciertos tipos contractuales, dado que en el Derecho inglés rige la tipicidad antes que una teoría general del contrato. En un contrato de trabajo, por dar un ejemplo esgrimido por la sentencia, se admite como tal ‘implied term at Common law’ el deber de servir con buena fe, pero esto no es extrapolable a todos los tipos⁵⁵. E incluso dentro de los contratos mercantiles es complejo, al decir de Lord Leggatt, presuponer la intervención de un ‘implied term

⁵² §§125-129.

⁵³ Nos resulta obvia la influencia de Lord Hoffman (*Attorney-General of Belize v. Belize Telecom Ltd* (2009) UKPC 10; [2009] WLR 1988) donde se da relevancia al contexto del contrato, *vid.* MERKIN, R./SANTIER, S., *Poole’s Textbook on Contract Law*, Oxford 2019 26.

⁵⁴ MCKENDRICK, E., *Contract Law* 220. Es conveniente precisar que en *Yam Seng* se da justo el caso contrario: las partes redactan un breve texto de contrato que resulta indeterminado y con pocos detalles que conlleven certeza jurídica (cf. *Yam Seng* §161).

⁵⁵ CARTWRIGHT, J., *Contract Law* 190-191.

at Common law’, pero el autor defiende la posibilidad de presuponerlo en tales contratos como ‘implied term in fact’, basándose en la voluntad presunta de las partes. Ya hemos visto que los ‘implied terms in fact’ están sometidos a la comprobación de al menos uno de los tests tradicionales y en la medida en al esgrimirlos se mantengan las exigencias recientemente confirmadas en *Marks & Spencer Plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd*, invocar la buena fe no parecería tan fuera de lugar en Inglaterra.

Aceptando este esquema, la efectividad de un ‘implied term in fact’ sometida a los tests acostumbrados conlleva una aplicación forzosamente restrictiva. *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd*, sentencia ya mencionada y posterior a *Yam Seng* es un buen ejemplo de ello, pues la buena fe no se estima en tal supuesto implícita, precisamente porque la regulación del contrato es lo suficientemente prolija (‘detailed contracts’) como para que se imponga la voluntad expresada por las partes y se excluya recurrir a la voluntad implícita. Lo mismo ocurrirá si las partes han pactado muy detalladamente una cláusula cuya no aplicación por la intervención de la buena fe significara que aquélla perdiera alcance (*Greenclose Ltd. v. Boots UK Ltd*. 2013 EWHC 3251)⁵⁶.

La línea iniciada en *Yam Seng* la ha continuado Lord Leggatt con la siguiente sentencia que hemos de comentar en sus elementos esenciales: *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot v. Ioannis Kent*. Hemos subrayado ya que estamos ante un contrato verbal y eso condiciona la sentencia, basada en cuestiones de hecho enteramente⁵⁷. Se trata, por establecer un término de comparación, de un supuesto muy diferente a *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd*.

No es irrelevante tampoco que Lord Leggatt profundice en el marco conceptual que construyó para *Yam Seng*, basado en la idea de Lord Bingham, según la cual el Derecho inglés ofrecía, en parangón con los principios generales del Civil law, lo que él denominó con fortuna ‘piecemeal remedies’ que se debían activar caso por caso.

Los fundamentos de hecho del caso son los siguientes: John (Ioannis) Kent es un empresario greco-inglés que inicia con el Jeque (Sheikh) Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot Al Nehayan, miembro de la familia real de Abu Dhabi una relación amistosa y comercial. Como consecuencia de dicha relación ambos deciden emprender un negocio hotelero en Grecia por medio de

⁵⁶ MCKENDRICK, E. *Contract Law* 221.

⁵⁷ YALZANOV, O. *Precedent and Statute: Lawmaking in the Courts versus Lawmaking in the Parliament*, Hamburg 2018 92.

una ‘joint-venture’ a partes iguales que posteriormente se extiende a una agencia de viajes ‘on line’. El contrato era meramente verbal, dada la confianza que se reconocían mutuamente las partes.

No obstante, por causa de la crisis inmobiliaria, especialmente dura en Grecia, en 2012 el negocio experimenta diversas dificultades financieras que agrían la relación entre el jeque y el comerciante griego. Esta decadencia de la amistad y confianza de las partes atraviesa diversas etapas: primero el jeque Tahnoon amplía su parte hasta el 70% como compensación de haber invertido fondos adicionales. Después, en abril de 2012 ambos subscriben dos contratos del siguiente tenor: 1) el primero para dividir la sociedad; 2) el segundo la firma de un pagaré (‘promissory note’) en virtud del cual Kent se compromete a pagar 5,4 millones de libras en plazos anuales entre 2013 hasta 2018. Es precisamente en 2013 cuando el jeque Tahnoon demanda a Kent por un importe de 15 millones de libras. El demandado niega estar vinculado por los contratos que firmó en 2012 debido a haberlos firmado como consecuencia de intimidación y arguye también que la otra parte incumplió sus obligaciones contractuales, entre ellas haber observado la buena fe.

Aunque la ratio decidendi final, tal como adelantamos, es la intimidación (‘duress’) Lord Leggatt se sirve del caso para desarrollar las ideas⁵⁸ que expuso en *Yam Seng* acerca de la buena fe. Una de ellas es la de apelar a los ‘relational contracts’, ya que, en realidad, en *Yam Seng* la postura de Lord Leggatt era algo ambigua. Por una parte, se refiere a la buena fe en esta categoría determinada de contratos, a los que caracteriza de este modo:

§142: «(scil, ‘Relational contracts’) may require a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties’ understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements».

Pero al mismo tiempo apela a la realidad social para introducir un concepto de buena fe que estaría en el núcleo (‘the essence of contracting’) de la contratación. Este núcleo (‘core’) se hallaría en casi todas las relaciones contractuales (‘almost all contractual relationships’) y eso da a la sentencia un

⁵⁸ Dado que nos hallamos en una explicación general del problema, no es éste el lugar de desarrollar estas cuestiones, pero creemos interesante mencionar que una de las críticas más relevantes que recibe Lord Leggatt por *Yam Seng* es precisamente su uso de los ‘implied terms in fact’ para argumentar en favor de la buena fe. Según CARTER, J. W. /COURTNEY, W. («Good Faith in Contracts» 614-615) el uso del ‘implied term in fact’ en muchos casos no pasaría los tests exigibles. Lord Leggatt presupone que la buena fe está implícita en la mayoría de los contratos (§139 ‘fidelity to the parties’), pero según estos autores, la práctica comercial no siempre demuestra este aserto.

alcance aún mayor o, por el contrario, afirman sus críticos, compromete la lógica de su razonamiento.

En *Sheikh Tahnoon* es significativo que esta observación la realice Lord Leggatt para todos los contratos, no sólo para los ‘relational contracts’:

§ 167 «It is a mistake to draw a simple dichotomy between relationships which give rise to fiduciary duties and other contractual relationships and to treat the latter as all alike. In particular, I drew attention to a category of contract in which the parties are committed to collaborating with each other, typically on a long term basis, in ways which respect the spirit and objectives of their venture but which they have not tried to specify, and which it may be impossible to specify, exhaustively in a written contract».

De este modo, aunque en el caso que nos ocupa nos hallemos ante un contrato subsumido en el tipo ‘relational contracts’, no se puede negar que algunas de esas consideraciones sobre la buena fe implícita puedan extenderse, siempre caso por caso y en atención a circunstancias concretas, a otras relaciones contractuales.

La categoría de los ‘relational contracts’, aunque divulgada y desarrollada por Ian Roderick MacNeil en el ámbito del Common law⁵⁹, tiene un origen claramente enraizado en le Civil Law. Dicha teoría reposa en la idea de que existe una suerte de ‘sociedad’ entre las partes del contrato. En Francia, por ejemplo, ya en los años treinta René Demogue había hablado del ‘microcosmos’ de la relación contractual, que requería cooperación entre las partes para trabajar por un interés común⁶⁰. Teniendo en cuenta estas premisas, Lord Leggatt caracteriza el contrato de ‘joint venture’ del modo siguiente:

«(scil. The parties) naturally and legitimately expected of each other greater candour and cooperation and greater regard for each other’s interests than ordinary commercial parties dealing with each other at arm’s length».

Esas expectativas suelen estar basadas en una amistad previa (como es el caso analizado entre el jeque árabe y el comerciante griego) o al menos en una trayectoria de cooperación asentada, y por ello las partes «were content to proceed informally on the basis of their mutual trust and confidence that they would each pursue the common project in good faith».

Ese deber de cooperación en dicho tipo contractual es imprescindible para que el contrato tenga efecto, con lo cual Lord Leggatt sitúa el problema

⁵⁹ MACAULAY, S. «Relational Contracts. Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian MacNeil and Lisa Bernstein», *Northwestern University Law Review* 94 (2000) 775-804.

⁶⁰ DEMOGUE, R. *Traité des obligations en générale* II.6, París 1931 3

en los ‘implied terms in fact’ deduciendo que se cumple el ‘business necessity test’, tal como exige *Marks & Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd.*

§174. «In the circumstances the contract made between these parties seems to me to be a classic instance of a relational contract. In my view, the implication of a duty of good faith in the contract is essential to give effect to the parties’ reasonable expectations and satisfies the business necessity test which Lord Neuberger in *Marks & Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* [2015] C UKSC 72; [2016] AC 742 at paras 16 to 31 reiterated as the relevant standard for the implication of a term into a contract. I would also reach the same conclusion by applying the test adumbrated by Lord Wilberforce in *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239 at 254 for the implication of a term in law, on the basis that the nature of the contract as a relational contract implicitly requires (in the absence of a contrary indication) treating it as involving an obligation of good faith».

En realidad, aceptando que la categoría de los ‘relational contracts’ implica la colaboración, es decir, que las partes no son simplemente partes enfrentadas. Esto es notablemente más claro en los contratos de ‘joint venture’, donde coherentemente con este punto de partida, no cabe que una parte se beneficie de la relación de manera exclusiva en detrimento de la otra (§176), como sucedió en *Sheikh Tahnoon v. Ioannis Kent*.

Si se observa detenidamente, en el último inciso Lord Leggatt llega a relativizar en tal caso (‘joint-venture’ como tal ‘relational contract’) y, salvo pacto en contra, la posible intervención de los tests tradicionales en la aplicación de los ‘implied terms in fact’. En caso de que éstos no salvaran la exigencia de la buena fe, la propia esencia del contrato la exigiría. De todos modos, precisa el ponente, es casi imposible definir la obligación de buena fe de modo general y aplicable a todos los casos (§175.), por lo que, coherentemente con sus pronunciamientos en *Yam Seng* el problema debe afrontarse de modo casuístico⁶¹.

Como vemos, *Sheikh Tahnoon* se mueve en los parámetros de *Yam Seng*, pero desarrollando dos aspectos: el sentido de los ‘relational contracts’ como base para utilizar un ‘implied term in fact’ que introduzca el juego de la buena fe y, por otra parte, la reafirmación del método casuístico como medio de adaptar la buena fe que se exige como requisito básico en los contratos de Civil law.

La cuestión de los ‘relational contracts’, que ya había tratado en *Yam Seng* implica, en sus palabras, que las partes «naturally and legitimately expec-

⁶¹ Lord Leggatt parte de su propia sentencia *Yam Seng*, pero también en *Bristol Groundschool Ltd v. Intelligent Data Capture Ltd.* (2014) EWHC 2145, donde –tal él mismo como advierte (§ 168)– se reconoce un ‘relational contract’ y una obligación de buena fe.

ted of each other greater candour and cooperation», ya que en este tipo de contratos se relaja lo que *Waldorf v. Miles* señala como posición antagónica de las partes. Respecto al ámbito en el que presenta su solución, el método casuístico propio del Common law, resulta particularmente claro cuando Lord Leggatt admite que es imposible una definición de la buena fe con valor universal (§175) y por lo tanto sólo cabe definirla en cada caso concreto. Al centrarse en los ‘relational contracts’ no descarta, sin embargo, que el problema de la buena fe se pueda abordar, siempre siguiendo el método del Common law, en otros supuestos diferentes a esta categoría.

En este sentido, no creemos que la solución que presentan tanto *Yam Seng* como *Sheikh Tahnoon* sea contradictoria con el modelo en el que se inscribe, que es la crítica que hacen Carter y Courtney de la primera sentencia. Según dichos autores, el hecho de que el fallo se base en el contexto influye más que la presunción de que las partes habrían consentido en obrar con buena fe mutua⁶².

La diferencia nos parece artificiosa, porque todo ‘implied term’, en la medida en que se impone es por la intervención de ciertos valores sociales, no necesariamente –como parecen temer los autores– como una invasión de una teoría extraña, pues aquí no estamos hablando de un uso del principio de la buena fe, sino de una aceptación limitada y contextualizada de la buena fe en un caso o grupo de casos que, por razones de lógica interna (la naturaleza de los contratos que los sustenta), parecen hacerse merecedores de ese tratamiento. Otra crítica, sin embargo, se nos antoja mejor fundamentada. Carter y Courtney interpretan el uso de la buena fe en los ‘relational contracts’ como algo que en sí no es necesario pues el sistema contaba con otros instrumentos más adecuados, por ejemplo, en *Yam Seng*, la resolución forzosa del contrato o, en *Sheikh Tahnoon*, la coerción o violencia ejercida por una de las partes.

Esta objeción, aunque mejor orientada, no se impone necesariamente. Aparte de que no es fácil, como ya advertíamos, deslindar el papel de la buena fe en los motivos que finalmente basan las sentencias comentadas, dentro del Common law se están dando procesos muy parecidos donde se valora la buena fe de un modo similar a estos supuestos. Nos referimos, por ejemplo, a la situación del contrato de seguro marítimo, tradicionalmente paradigma del contrato *uberrima fide* o ‘utmost good faith’. Es cierto que existe una tendencia a rebajar el requisito de la buena fe tan radical como ha sido aplicado, pero

⁶² CARTER, J. W./COURTNEY, W. «Good Faith in Contracts» 616.

nunca cuando entre las partes ya existía una relación de confianza mutua previa, caso homólogo a los vistos en *Yam Seng* y en *Sheikh Tahnoon*⁶³.

Sobre los presupuestos ideológicos de esta actitud renuente a la buena fe ya hemos advertido sobre el reciente artículo de David Campbell, donde provocativamente se identifica al contrato de *Walford v. Miles* como ‘relational contract’⁶⁴. Como es ampliamente conocido, y en esto ha insistido Lord Leggatt, se suele vincular la reticencia a la buena fe con el individualismo y con los presupuestos que llevaron a la eclosión de la revolución industrial y a la economía capitalista en los autores clásicos del liberalismo. No obstante, a partir de una lectura más contextualizada de Adam Smith, Campbell lleva a cabo un comentario de *Yam Seng* (no se había pronunciado aún Lord Leggatt sobre *Sheikh Tahnoon*) en el que se plantea si existe un vínculo tan directo entre la exclusión del principio de la buena fe y la persecución legítima de los propios intereses, tal como se atribuye al liberalismo, es decir, si es legítima la persecución del llamado ‘self-interest’ sin más trabas que las del orden público.

Un análisis detenido de la teoría del contrato en Adam Smith no conduce a considerar ajustado a su pensamiento ese lugar común, que es el que indirectamente parece guiar el fallo de *Walford v. Miles*. En realidad, puede admitirse que ‘good faith’ no se contraponen exactamente a ‘self-interest’ ni existe tampoco una coincidencia precisa entre la ‘good faith’ y cooperación de las partes y ‘self-interest’ y la posición enfrentada de éstas⁶⁵. Como hemos advertido, tal parece ser la concepción de Lord Ackner en *Walford v. Miles*, pero esa solución se basa en un concepto de ‘self-interest’ demasiado restringido lo que, como Campbell señala, lleva a entenderlo como una búsqueda del propio beneficio desligado de todo contenido moral. El concepto originario de ‘self-interest’ en el liberalismo tal vez englobe mucho más que lo que se ha acostumbrado a entender y un concepto más amplio y matizado quizá sea más propio de la economía desarrollada⁶⁶.

En los recientes estudios sobre Adam Smith se demuestra que en el ánimo del autor no estaba precisamente la idea de desvincular la persecución del propio interés de todo contenido ético⁶⁷. De estos planteamientos Campbell deduce inconsecuencias o, en otras palabras, proposiciones que concuerdan

⁶³ SCHOENBAUM, T. J. «The Duty of Utmost Good Faith in Marine Insurance Law», *Journal of Maritime Law and Commerce* (1998) 29 1-39, esp. 1-2.

⁶⁴ CAMPBELL, D. «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement. *Walford v. Miles* as a Relational Contract», *The Edinburgh Law Review* 21 (2017) 376-404.

⁶⁵ CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 378.

⁶⁶ CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 376-377.

⁶⁷ CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 381-382.

mal con los presupuestos de Lord Ackner en *Walford v. Miles*. El contrato no está basado sólo en ‘solipsistic self-interest’, sino en un ‘self interest’ matizado por otras obligaciones⁶⁸.

En este marco conceptual, David Campbell desarrolla su explicación de *Wadford v. Miles* como ‘relational contract’ en relación con *Yam Seng* y para ello recurre a un trabajo anterior suyo sobre esta teoría y su creador en el ámbito del Common law, el ya mencionado Ian MacNeil⁶⁹.

Campbell, por resumir, critica el término ‘adversarial’ porque simplifica la teoría del contrato, reinterpretada a la luz de un ‘self interest’ al que no son ajenas las cuestiones éticas, y en ese sentido, tampoco la buena fe como concepto, si bien no como principio general. En ese sentido todo contrato puede interpretarse como un ‘relational contract’.

Esta visión de la categoría de los ‘relational contracts’ ha sido vindicada recientemente por Günther Teubner como uno de los puntales del progreso económico del capitalismo desarrollado en la medida en que las grandes empresas tienden a ser más cooperativas y se fomenta la creación de redes cada vez mayores de colaboración duradera⁷⁰. La posibilidad de extender esta categoría a otros contratos o, si se quiere, que esta concepción impregne todo el sistema contractual inglés es una cuestión a la que deberá responder caso por caso la jurisprudencia futura.

⁶⁸ CAMPBELL, D., «Adam Smith and the Social Foundation of Agreement» 406.

⁶⁹ CAMPBELL, D., «Ian Macneil and the Relational Theory of Contract», D. Campbell (Ed.), *The Relational Theory of Contracts. Selected Works of Ian Macneil*, Londres 2001 3-58.

⁷⁰ TEUBNER, G. «Legal Irritants: Good Faith in British Law, en F. Snyder, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford-Portland (Or.) 200 243-268, esp. 260-261.

PRETIUM AFFECTIONIS O DAÑOS MORALES EN LA AESTIMATIO DAMNI EX LEGE AQUILIA

Pretium affectionis or moral Torts in the aestimatio damni ex lege Aquilia

ARMANDO TORRENT RUIZ

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Resumen: La *lex Aquilia* del 286 a.C. superando las XII Tab. y la legislación posterior hasta el plebiscito aquiliano, fue una *lex poenalis* que propuso por primera vez en la Historia del pensamiento jurídico la responsabilidad extracontractual por *damni* que si en principio solo podían ser materiales evaluados económicamente para poder determinar el juez el montante económico resarcitorio, al llegar la época clásica la *interpretatio prudentium* llegó a admitir los daños morales causados a la víctima.

Palabras clave: *Lex Aquilia, Aestimatio damni, daños morales.*

Abstract: The *lex Aquilia* (286 B.C.) a *lex poenalis* going forward the XII Tab. that derogated, fixed new rules for the extracontractual liability. Originally the perception of the *damnum only* may be material for fixing the *aestimatio damni*, but the *interpretatio prudentium* came in classical period to admit the moral torts caused to the victims.

Keywords: *Lex Aquilia. Aestimatio damni. Moral torts.*

En un escrito anterior¹ he tenido ocasión de comprobar algo por otra parte ya sabido: la *interpretatio ad legem Aquilianam* fue ampliando los supuestos de *damni* a supuestos que ya no eran meramente la *occisio* del *servus* o *quadrupes*

¹ TORRENT, *Id quod interest (daño emergente, lucro cesante) en la aplicación de la Lex Aquilia. Reflexiones sobre Jul.-Ulp. D. 9,2,23,1-2.*, en *Ad legem Aquilianam*, (Madrid, 2019) p. 185 ss. *Vid.* también C. AEDO, *El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia. Una mirada funcional*, en *Revista de Derecho* (Chile), 27 (2014), pp. 27-57.

entendida como destrucción material y definitiva de la *res laesa*, o la *vulneratio* (*rumpere, frangere, urere*) que eran las hipótesis originarias contempladas en los caps. I y III de la ley, con gran seguridad un plebiscito del 286 a. C. que por comodidad de citación todos seguimos llamando ley, sino que empezaron a tenerse en cuenta –no sin graves divergencias entre los juristas del Principado– otros criterios para determinar el *damnum*² y la consiguiente *aestimatio damni*–³ que superaban el *pretium corporis* del esclavo muerto *iniuria* (*sine iure*)⁴ culposamente⁵, como la *hereditas delata* al esclavo en principio no admitida por la jurisprudencia republicana admitida en época clásica por Ner. y Jul. También admitió parte de la jurisprudencia del Principado la estimación de otros criterios como el lucro cesante y el daño emergente que se añadían al resarcimiento del *pretium corporis*. En este trabajo quiero demostrar que asimismo, y dentro de grandes controversias entre los clásicos, se admitió como objeto de la *actio legis Aquiliae* el llamado a partir de los medievales «daño moral» (*sofferenze morali* en terminología italiana⁶), que más tarde sería desarrollado por los iusnaturalistas de los s. XVII y XVIII⁷, particularmente por Pufendorf⁸, y hoy es corriente en el lenguaje forense y en el derecho de nuestros días. Siendo los daños morales⁹ un concepto desarrollado en la Edad Moderna¹⁰, debemos tomar precauciones al aplicarlo al Mundo Antiguo.

² Cfr. C. AEDO, *Los requisitos de la lex Aquilia con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero*, en *Ius et Praxis*, 15 (2010) 311-337; S. GALEOTTI, *Rupit, rupitias, noxia, damnum: ildanneggiamento nella normativa postaquiliana*, en *SDHI* 80 (2014), p. 229 y ss.

³ Vid. A. CORBINO, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martini*, I (Milano 2008), p. 699 y ss.

⁴ Vid. M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, (Milano 2002) 85 ss.; A. CORBINO, *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en *SDHI* 75 (2009) 77 ss.; G. SANTUCCI, *The meaning of «iniuria» in the «lex Aquilia»*. A historical sketch, en *Scritti Corbino*, 6 (Tricase 2016), pp. 526-543.

⁵ Vid. AEDO, *El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías*; en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte. Antofagasta, Chile), 23 (2014), pp. 21-59.; con fuentes y lit. TORRENT, *Aproximación al concepto de «culpa ex lege Aquilia»* (*Paul. 10 ad Sab.*) *D. 9,2,31 y 9,2,28.*, en *Antología jurídica romanística e anticuaria*, (Milano 2018), p. 75 y ss.

⁶ Vid. D. A. CENTOLA, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, (Napoli 2011), (en adelante CENTOLA, *Soff. mor.*)

⁷ Vid. TORRENT, *El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII precursor de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo*, (Madrid 2016), p. 120 y ss.

⁸ S. PUFENDORF, *De iure Naturae et Gentium libri octo* (1672), p. 138.

⁹ CENTOLA, *Soff.*, 2 nt. 2.

¹⁰ Cfr. P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 103 ss. Add. B. KUPISCH, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, *ibid.* 123 ss.; CURSI, *Il danno non patrimoniale e il diritto storico-sistemático dell'art. 2079 c.c.*, en AA.VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, (Napoli 2003), p. 103 y ss.

Admitida la *hereditas delata*, en esta sede voy a tratar si podía admitirse en la *aestimatio damni* la *affectio domini* por el *servus* (o el *filius*) *occisus* que entre otros problemas como las dificultades de su cálculo, plantea el reconocimiento de los daños morales, que desde luego no son un concepto meramente teórico sino que en el *animus* de la víctima implicaban lesiones que podían perjudicarle gravemente, y que obviamente superaba el valor de los *damni* meramente patrimoniales. Centola¹¹ advierte que la noción de daño moral no coincide con la de daño no patrimonial, siendo ésta más amplia. Señala Bonilini¹² que daño moral tradicionalmente alude al dolor, padecimiento de ánimo, sufrimiento espiritual, mientras que daño no patrimonial debe entenderse como toda consecuencia peyorativa que no tolera, teniendo en cuenta criterios objetivos (precio de mercado), una valoración pecuniaria rigurosa. Señalo estos apuntes dogmáticos para poner de relieve las grandes dificultades que tiene el tema si queremos rastrearlo en el derecho romano, que yo creo posible, estando protegidos los daños morales no por la *actio civilis directa legis Aquiliae*, sino por *actiones in factum (legem Aq. accommodatae)*. La doctrina romanística que estudia el problema de los daños morales enfocándolos desde su resarcibilidad se bifurca por dos caminos: 1) la negación absoluta de un principio general de resarcibilidad de los daños morales, tesis defendida a principios del s. xx por Marchi¹³ y que puede decirse sigue siendo la doctrina mayoritaria¹⁴ que sólo admite un concepto de *damnum* patrimonial en el sentido de perjuicio económico material causado a la víctima; 2) su admisión en el derecho justiniano por Ratti¹⁵, De Robertis¹⁶; Bove¹⁷ que sólo los reconoce en derecho justiniano. Crifò¹⁸ que también está por su admisibilidad los presenta en forma problemática afirmando que la medida de la resarcibilidad de los daños morales viene dada por el *id quod interest* que incluía daño emergente y lucro cesante. A mi modo de ver no hay que llegar al derecho justiniano para admitir los daños morales, sino que los juristas clásicos ya empezaban a tomar conciencia de la existencia de estos daños resarcibles mediante *actiones in factum ex lege Aquilia*.

¹¹ Sobre el tema, CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Scritti Franciosi*, I (Napoli 2007), p. 607 y ss.

¹² G. BONILINI, s. v. *Danno morale*, en *Digesta delle discipline privatistiche*, Sez. Civ. 5 (1989), p. 85.

¹³ A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, en *BIDR* 16 (1904) 206 ss.

¹⁴ Vid. por todos M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², (München 1971) 491; A. GUARINO, *Diritto privato romano*², (Napoli 2001), p. 999 y ss.

¹⁵ U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, en *BIDR* 40 (1932), p. 169 y ss.

¹⁶ F. M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, en *Annali Bari*, 3.1 (1965-66) 223 ss. = *Scritti varii di diritto romano. I. Diritto privato*, (Bari 1987), p. 503 y ss.

¹⁷ L. BOVE, s. v. *Danno (diritto romno)*, en *NNDI*, 5 (1960), pp. 144, 146.

¹⁸ G. CRIFÒ, s. v. *Danno (storia)*, en *ED* 11 (1962), p. 618 y ss.

Es obvio que la jurisprudencia republicana no podía admitir el *pretium affectionis* por la rigidez de los *verba legis* que constreñía a que la *aestimatio* sólo tuviese en cuenta el valor objetivo que tuviera la cosa, generalmente su precio de mercado, y no al que se pudiera atribuir por razones personales a favor de la víctima del hecho delictivo¹⁹, pero en época clásica comenzamos a ver textos que muestran las diferencias entre los juristas en cuanto si algunos niegan totalmente la consideración de la *affectio* (Sexto Pedio, Paul. D.9,2,33 pr.), otros (el mismo Paul.) consideran que la víctima puede reclamar no solamente el *pretium corporis* sino además un plus añadido que es el *pretium affectionis* referido tanto a los hijos como a los esclavos particularmente estimados por el *dominus*, planteando el tema de si además del valor de mercado de los bienes lesionados con el *plus* en su caso de fijar la *aestimatio quanti in eo anno plurimi fuit* en caso de *occisio*, o *in diebus triginta proximis* en caso de *vulneratio*²⁰, podía añadirse el *pretium affectionis* que una vez admitido significó la máxima expresión de ampliación jurisprudencial de las prescripciones originarias de la ley Aq. (caps. I y III) que durante mucho tiempo sólo colmaban la satisfacción de la víctima exclusivamente mediante la estimación del daño material, objetivo, que se concentraba en el precio de mercado del objeto lesionado por el hecho ilícito dañoso causado *cum iniuria*. Entre los que negaban que el *pretium affectionis* pudiese incluirse en la *condemnatio ex lege Aq.*, veremos en primer lugar un célebre texto de Paul. D. 9,2,33 pr. que sigue la opinión negativa de Pedio, aunque deja un portillo abierto en D. eod. 33,1 al admitir *actiones in factum* para otros daños (los no patrimoniales) *ex lege Aquilia* que nos lleva al campo de una *interpretatio* más amplia de los *verba legis* ocurrida durante el Principado.

Un concepto de efectos similares a la *affectio*, el *dolor*; clara expresión de los sufrimientos morales, me lleva a entender que en época clásica ya se había abierto paso el reconocimiento de sentimientos personales protegidos por el ordenamiento, situación que aparece en distintos supuestos aunque algunos no tratan precisamente de temas aquilianos sino de derecho penal familiar concretamente en el campo de la represión del *adulterium*, conducta que viola la esperada fidelidad matrimonial dando derecho al padre o al marido de la adúltera a dar muerte impunemente a la adúltera y a su cómplice, o en su caso con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* de Augusto concediendo una acusación pri-

¹⁹ A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*², (Padova 2008), p. 188.

²⁰ TORRENT, *Previsiones aquilianas. 2. Momento de la aestimatio damni para el cálculo del resarcimiento del damnum. La discordancia entre quo plurimum in eo anno fuit (Gayo 3,210 y D. 9,2,2 pr.; IJ 4,3,pr.) e in diebus XXX proximis (Gayo 3,215; Ulp. D.9,2,27,5)*, en *RIDROM* 21 (2018) 241 ss.=Ad legem Aquilianam, 2,161 ss.

vilegiada al padre de la adúltera y al marido burlado²¹ en que además de prescribir la muerte de los adúlteros se prevenían otras penas económicas²². Un rescripto de Marco Aurelio Pío y Comodo D. 48,5,38(39),8 (Pap. 36 *Quaest.*) reclama el *iustus dolor* por crimen tan nefando (adulterio de la esposa) para dejar impune el ejercicio de la violencia contra la mujer por parte del marido burlado que *impetu tractus doloris* mata a la mujer sorprendida en flagrante adulterio²³ quedando exento de la pena *legis Corneliae de sicariis*. Centola también alega el *dolor* («sofferenze morali») del acusador en la disciplina de la acusación²⁴, y el de los padres en la disciplina del rapto de una virgen²⁵.

En principio hay que subrayar que la *actio directa legis* no consentía la reclamación de los daños morales en la *condemnatio ex lege Aq.*, como demuestran Sexto Pedio y Paulo, pero este último incluye su posibilidad mediante una *actio in factum*, lo que destaca la importancia de la *iurisdictio praetoria* en la progresiva ampliación de la *interpretatio ad legem Aq.* superando los *verba legis* originarios²⁶; otro tema sería si se trata de un *actio in factum*²⁷ específica en los casos que cita Paul. o una *actio in factum generalis* en el sentido de una tutela general desde la época postclásica a la bizantina tal como lo expone Cursi²⁸.

D.9,2,33 pr. (Paul 2 *ad Plautium*). *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi; itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. 1. In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

La opinión de Pedio es compartida por Paul. sin objeción alguna y advir-
tamos que su libro II *ad Plaut.* lo coloca Lenel acertadamente en la rúbrica *de*

²¹ TORRENT, *Derecho penal matrimonial romano y «poena capitis» en la represión del «adulterium»*, en *RIDROM* 17 (2016), pp. 270, 272.

²² TORRENT, *Der. penal matr.*, 279.

²³ CENTOLA, *Soff.*, pp. 18-19.

²⁴ CENTOLA, *Soff.*, p. 46 s.

²⁵ CENTOLA, *Soff.*, p. 61y ss.

²⁶ *Vid.* sobre el tema a propósito de la noción de *damnum*, S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum*. I. *Il danno nel diritto romano tra semántica e interpretazione*, (Napoli 2015); Ead. II. *I criteri di imputazione del danno tra «lex» e «interpretatio prudentium»*, (Napoli 2016).

²⁷ Pienso dedicar un estudio específico a las *actiones in factum* que supusieron una extensión significativa del contenido de la *lex Aquilia* por obra de la jurisprudencia y del pretor.

²⁸ CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, (Naopoli 2018), p. 89 y ss.

*lege Aquilia*²⁹ señalando que no deben entrar en la *aestimatio rei* ni la *affectio*, ni la *utilitas singulorum, sed communiter fungi*, que en mi opinión se refiere al precio que tuvieran los esclavos o aquel esclavo o el hijo natural en el momento de la *occisio*, lo que equivale a señalar el precio de mercado *quanti omnibus valeret*, un precio que podría denominarse «formal» en cuanto era el aceptado *communiter*; aseveración pediana-paulina sumamente significativa en contraposición al subjetivo *pretium affectionis*, lo cual no quiere decir que subjetivamente el precio de mercado sea el precio justo porque las cosas valen lo que efectivamente se pague por ellas, y esto depende de la necesidad del comprador de adquirir la cosa de lo que se aprovechará el vendedor para elevar el precio, y de la urgencia del vendedor de desprenderse de la cosa por las razones que fueran (entiendo que normalmente para lograr liquidez) que efectuará admitiendo el precio ofrecido por el comprador que obviamente irá a la baja³⁰. También es significativo que los textos hablen de *pretium affectionis* y no de *pecunia doloris* (en terminología alemana «Schmerzensgeld»). En D. eod. 33 pr, Ped.-Paul. siguen la línea tradicional de excluir cualquier otro tipo de daño al margen de la *occisio servi vel filii* prevista en el cap. I de la *lex Aq.* Paul. expone los argumentos de Ped. ampliándolos para tener en cuenta otros supuestos que influían en la *aestimatio rei* (*servus obnoxius, hereditas delata*); en otra sede, D.35,2,63 pr. Paul. (2 *ad legem Iuliam et Papiam*) retoma el mismo principio restrictivo en tema de *pretium rerum*, aunque de Gayo 3,212 se deduce que se estaban abriendo paso otras valoraciones que no fueran meramente el *pretium corporis*.

En estas ampliaciones al tenor originario de los caps. I y III del plebiscito aquiliano Gayo incluye la *hereditas amissa*³¹ y el *damnum* que implicaba para el *dominus* la muerte e inutilización para los fines pretendidos con el conjunto de una de las cosas compuestas que depreciaba o incluso anulaba el valor de las subsistentes (un miembro de un grupo de comediantes o de músicos, la *occisio* de una mula que destruía la pareja, o de uno de los caballos de una cuádriga), y el mismo Paul. D. 9,2 33,1 se dio cuenta del perjuicio que suponía para la víctima restringir la *aestimatio damni* al mero *pretium corporis* admitiendo paladinamente *in damnis quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*. Todo esto supone que la *interpretatio ad legem Aq.* iba

²⁹ LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I (Lipsiae 1889), p. 1149.

³⁰ Cfr. F. GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, en *Pubblicazioni della Università di Pavia. Istituto di esercitazioni della Facoltà di Giurisprudenza*, 39 (1966) 3 ss. = Id., *Opuscula selecta*, (Padova 1999) 65 ss.

³¹ Cfr. sobre la *hereditas amissa*, TORRENT, *Id quod interest*, cit.

ampliándose hasta comprender un genérico *id quod interest*³² y un específico *pretium affectionis*.

Gayo 3,212. *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni quam pretium servi sit, id quoque quam iussu, eo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. item, si ex gemellis vel comoedis vel ex sumphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fuit aestimatio, sed eo amplius (id) quoque computatur, quod ceteri qui supersunt depretiati sunt. idem iuris est etiam si ex pari mularum unam vel etiam quadrigis equorum unum occiderit.*

D. 35,2,63 pr. (Paul. *II ad legem Iuliam et Papiam*). *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec expectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qui filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quod pluris venire potest. Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiozem, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiozem effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: acquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus.*

Ninguno de estos textos ha quedado inmune a la crítica, sobre todo en el siglo pasado³³ en que pareció imponerse la visión hipercrítica de Beseler que llegó a proponer una reconstrucción de los textos que ha quedado aislada, pero las aguas antiinterpolacionistas se fueron aquietando; hoy por ejemplo desde Gerke³⁴ nadie cree en la interpolación de *communiter*, poco antes Riccobono

³² Vid. sobre el tema D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Rechts des Schadenersatzes*, (Köln-Graz 1962) 238 ss.; G. VALDITARA, *Dall'aestimatio rei ad id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana*, n L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-compatistica*, I (Torino 1995) 76 ss.; DE ROBERTIS, *Dammum iniuria datum. Trattazione della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, (Bari 2002) 121 ss.; CORBINO, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martini*, I (Milano 2008) 699 ss.; CURSI, *Danno e resp. extracontratt.*, cit., 61 ss.; TORRENT, *Id quod interest*, cit.

³³ A. GUARNERI CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, en *Annali Perugia*, 37 (1924) 68 nt. 1; G. von BESELER, en *ZSS* 50 (1930) 28 ss.; KASER, *Quanti ea res est*, (München 1935) 168 nt 8; P. VOGL, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, (Milano 1939) 77 nt. 4; B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, en *AUPA* 21 (1950) 206 SS.; K. LANGE, *Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, en *ZSS* 72 (1955) 233 ss.; K. H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cesans im römischen Recht*, (München 1964) 30 ss.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno* (Berlin 1971) 123 nt. 173.

³⁴ F. GERKE, *Geschlilliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der lex Aquilia*, en *SDHI* 23 (1957) 74 nt.. 43,

se había pronunciado por la continuidad esencial del derecho romano, y desde 1970 la ciencia romanística giró hacia una posición conservadora negando la amplitud de las interpolaciones sostenida por Beseler y Solazzi. Ciertamente que hoy conocemos mucho mejor la andadura de la jurisprudencia en cada una de las épocas en las que convencionalmente dividimos el derecho romano, y textos acusados de justinianos hoy los consideramos clásicos, lo que puede advertirse especialmente en temas aquilianos donde la misma interpretación de los *verba legis Aquiliae* experimentó los avatares de la evolución lingüística (pensemos en la evolución del verbo *rumpere* en la época tardo republicana y en el Principado), como también el progresivo afinamiento de las instituciones jurídicas generalmente producido en el marco del llamado *ius controversum* como sucedió en temas aquilianos, y particularmente en el campo de los daños morales o extracontractuales, hasta el punto que un notabilísimo civilista italiano como Renato Scognamiglio³⁵ con gran influencia en la doctrina civilística posterior, apuntó los «dubbi precedenti romanistici». Intento con este trabajo –en la medida de lo posible– despejar algunas de estas dudas suscitadas en la *interpretatio ad legem Aq.* que hoy explicamos sirviéndonos de una terminología corriente en la civilística actual como la noción de daño extrapatrimonial que atañe frontalmente a la *aestimatio damni* aquiliana, que habiendo nacido como estimación de daños patrimoniales, iba siendo ampliada hasta llegar a comprender el *pretium affectionis* o *pretium doloris*, mediante *actiones in factum*, y entiendo que también mediante *actiones utiles*, para mí intercambiables en época clásica que el afán clasificatorio justiniano intentó distinguir.

Vuelvo a insistir en que los daños morales no son un tema fácil de resolver en derecho romano, como ya había advertido desde 1917 un civilista italiano, Minozzi, que dedica un capítulo al tema en el derecho romano considerando³⁶ que «nel diritto romano lo studio dell'elemento della non patrimonialità è di massimo interesse, perchè in quel diritto non si trova questo concetto già formato, ma lo si osserva nelle sue prime fasi, se ne esamina tutta la vita evolutiva: dal suo nascere al suo più rigoroso svolgimento». Entra Minozzi en un campo de batalla de la romanística posterior al entender que pena privada y resarcimiento son consecuencia del delito civil no existiendo en Roma contradicción entre ambos conceptos que tienen el mismo fundamento³⁷ dirigido a la tutela jurídica individual, fundamento que descansa sobre la naturaleza humana. Tengo la impresión que Minozzi está muy influenciado por las doctrinas iusnaturalistas so-

³⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, en *Rivista di dir. civile*, 3.1 (1957) 296.

³⁶ A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*³, (Milano 1917)p. 103 y ss.

³⁷ MINOZZI, *Danno non patrim.*, p. 126.

bre los daños morales³⁸, y la identificación pena privada-resarcimiento pasa muy por encima de conceptos procesales romanos, sobre todo en el desarrollo de la *actio legis Aquiliae* y su interpretación por los juristas clásicos –no todos concordantes– que en medio de sus divergencias y teniendo en cuenta los evidentes perjuicios via *affectio* para la víctima de un *damnum iniuria datum* protegido por la *lex Aq.*, acabaron incluyendo el *pretium affectionis* en las *actiones ex lege Aq.*, como también en las *actiones in bonum et aequum conceptae*³⁹. Desde mi punto de vista sus argumentos implican por una parte la ampliación del concepto de *damnum* cada vez más alejado del rigorismo de los *verba legis* originarios⁴⁰ (caps. I y III)⁴¹, y por otra la correlativa ampliación de la protección aquiliana de los nuevos *damni* mediante la interposición de *actiones utiles*⁴², y por supuesto plenamente reconocidos los daños morales en el derecho justinianeo.

Una corriente doctrinal importante sostiene que los daños morales solo fueron reconocidos en el derecho justinianeo, defendiendo Marchi⁴³ que los textos clásicos *ad hoc* estaban interpolados (D. 17,1,54 pr.; D. 27,3,1,2; D. 21,2,71), que incluso en los juicios de buena fe seguía siendo válida en época clásica la regla de la patrimonialidad, y únicamente y de modo excepcional el *favor libertatis*, el *favor dotis* y los vínculos de sangre, consienten en el derecho justinianeo la aplicación de un principio estimatorio diferente, pero incluso en estos casos no se puede decir que se tratara de resarcimiento de daños morales. Me parece demasiado restrictiva esta tesis de Marchi y además algo confusa, porque aún si admitiéramos la interpolación de los textos clásicos, la alteración justiniana deponen en favor de la aplicación de los nuevos principios en materia del resarcimiento de daños, obviamente incluidos los morales, y es significativa al respecto la explicación de Ratti⁴⁴ que favorable a las tesis justinianas admite sin restricciones la aplicación de a su juicio la nueva doctrina sobre el resarcimiento de los daños morales, a mi modo de ver no tan nueva porque ya había sido admitida por los clásicos reclamables mediante *actiones in factum*, y por supuesto por los justinianos sobre todo mediante *bonae fidei iudicia*.

³⁸ Cfr. MINOZZI, *Danno non patrim.*, p. 281.

³⁹ MINOZZI, *Danno non patrim.*, p. 225.

⁴⁰ Vid. sobre el tema GALEOTTI, citado supra nt. 26. Add. L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretatio prudentium*, (Torino 2015).

⁴¹ Cfr. VALDITARA, *Superamento dell'«aestimatio rei» nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai «non domini»*, (Milano 1992).

⁴² Cfr. CORBINO, *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustiniana del danno aquiliano*, en *Studi Nicosia*, 3 (Milano 2007), p. 1 y ss.

⁴³ En este sentido MARCHI, *Risarcimento del danno morale*, p. 281.

⁴⁴ RATTI, *Risarcimento del danno morale*, 1, p. 70 y ss.

También defienden la tesis justiniana Medicus y de Robertis. El primero⁴⁵ entiende que nunca existió un principio general de estimación de aquellos daños a efectos de considerarlos resarcibles, admitiendo casos excepcionales en que el supuesto de hecho atañía al interés del padre o del esposo en caso de ruptura de sponsales y en casos *de sepulchro violato*, que a su juicio discutían intereses «ohne Zweifel» inmateriales, morales⁴⁶. De Robertis⁴⁷ va más lejos admitiendo en época justiniana el principio de resarcibilidad de los daños morales en todos los *bonae fidei iudicia* fijándose especialmente en Pap. D. 17,1,54 pr.⁴⁸, excluyendo por tanto los *stricti iuris iudicia*⁴⁹. A mi modo de ver no está interpolado el § papiniano, pero aún de admitirlo, demostraría el conocimiento de los compiladores de las preferencias de los clásicos (*placuit prudentioribus*) por las *rationes affectionis*. Afronta también De Robertis el problema del cálculo económico del resarcimiento de los daños morales (*pretium affectionis*) para lo que apela a dos instrumentos procesales: el *iusiurandum in litem delatum*, y la *aestimatio officio iudicis*⁵⁰.

Una opinión que no comparto entendiéndola excesivamente radical la expresó Macqueron⁵¹ al negar absolutamente que la experiencia jurídica romana asumiera en algún momento la reparación de los daños morales: tanto en las obligaciones *ex delicto* como en las *quasi ex delicto* la pena no tenía nada que ver con la reparación de un «prejudice moral ou d'affection», y tanto en el derecho clásico como en el justiniano. Tampoco comparto su afirmación⁵² que el pretor cuando establece una pena para sancionar aquellas obligaciones nunca significa el resarcimiento de un daño moral porque la acción dispuesta para la víctima sólo significaba la venganza de ésta. No me convence esta explicación que ignora que ya en época clásica señalaba Paul. D. 9,2,33,1: *in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*. Tampoco Raber⁵³ acepta el principio del *pretium affectionis* en época clásica (de lo que se deduce *sensu contrario* su validez en la justiniana, con lo que da un paso

⁴⁵ D. MEDICUS, *Id quos interest*, p. 1 y ss.

⁴⁶ MEDICUS, *Id quod interest*, p. 213 ss., p. 279.

⁴⁷ DE ROBERTIS, *Risarcibilità del danno morale*, en *Scritti varii*, cit., I, p. 504 y ss.

⁴⁸ D. 17,1,54 pr. (Pap. 27 *Quaest.*)... *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendum*

⁴⁹ Cfr. DE ROBERTIS, *Quanti res est-id quod interest nel sistema della grande compilazione. (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano)*, en *SDHI* 32 (1966) = *Scritti varii*, cit. I, p. 519 y ss.

⁵⁰ DE ROBERTIS, *Scritti*, I, p. 510.

⁵¹ J. MACQUERON, *L'interêt morale ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, en *Etudes Audinet*, (Paris 1968), p. 174.

⁵² MACQUERON, *L'interêt morale*, p. 175.

⁵³ F. RABER, *Zum «pretium affectionis»*, en *Festgabe Herdlitzka*, (München-Salzburg 1972), p. 213.

adelante en relación con las ideas de Macqueron. Martini⁵⁴ en un principio (2002) tampoco era favorable a la resarcibilidad de los daños morales en derecho romano, pero poco más adelante⁵⁵ admitió el *damnum non pecuniarium* en base a D. 9,3,5,5 (Ulp. 23 *ad Ed.*) que trataba de la *actio de effusis et deiectis* concluyendo «tranquilamente la riparibilità del danno morale in diritto romano attraverso l'impiego di azioni penali»⁵⁶.

Había terciado en la contienda otro civilista italiano buen conocedor del derecho romano⁵⁷, Giovanni Pacchioni, que dedica muchas páginas al interés pecuniario de las obligaciones⁵⁸, reconociendo que en derecho romano hay «obblighi giuridici (che) non aventi per oggetto una prestazione di valore pecuniario erano indubbiamente riconosciuti e in modo diverso e vario sanciti dal diritto romano» como lo son anche dai diritti moderni»⁵⁹. Vignerón⁶⁰ basándose en algunas constituciones imperiales del tardo Principado de Alejandro Severo inmediatamente anteriores a la anarquía militar del s. III a. C., admite que «en droit romain l'interêt d'affection était, au moins occasionnellement, pris en compte⁶¹». Las constituciones recogidas por Vignerón son muy significativas: C. 4,56,1, 2 y 3 (las dos primeras del 223 d. C., y la tercera del 225) se refieren a la venta de una mujer esclava con la cláusula *ne prostituatur*, y C. 4,57,1,2 y 3 (las primeras del 222 y la tercera del 225) a la venta y liberación de esclavos. Comparto la tesis de Vignerón sobre el reconocimiento de los daños morales, y disiento en su estimación «ocasionalment» porque a mi juicio esta estimación se advierte con las sólitas discordancias entre los juristas de época antonina y severiana.

En Cursi advierto también una cierta tendencia a comprender los daños morales en el derecho clásico⁶². Considera que en los juristas romanos (se re-

⁵⁴ R. MARTINI, *Sul risarcimento del danno morale in diritto romano*, en *Studi in onore Sergio Antonelli*, (Napoli 2002) p. 525 y ss.

⁵⁵ MARTINI, *Sus risarcimento del danno morale in diritto romano. II (Ripensamenti)*, en *RDR* 8 (2008) 1 ss. (= http://www.ledonline.it/rivistadidiritto_romanoo).

⁵⁶ MARTINI, *Risarcimento danno morale II*, p. 5.

⁵⁷ Bastaría para confirma leer la parte romana que dedica en G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano, civile e commerciale*, (Padova 1933) con el que he tenido ocasión de polemizar: TORRENT, *Los contratos a favor de terceros. Del derecho romano a los Principles, Definitions and Model Rules of the European private Law*, (Madrid 2015).

⁵⁸ G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, (Padova 1940), p. 245 y ss.

⁵⁹ PACCHIONI, *Delitti e quasi delitti*, 317. Para una ráida «rassegna» de las oscilaciones de la doctrina civilista Italiana sobre la resarcibilidad de los daños morales, *vid.* CENTOLA, *Soff.*, pp. 129-130.

⁶⁰ R. VIGNERON, *L'interêt d'affection en droit romain classique*, en *BIDR*, n. s. 39 (1997) 193 ss, que completa una comunicación presentada en el congreso de la SHIDA de 1996, *Le douleur comme source de droits de l'homme à Rome*, en *RIDA* 35 (1998), p. 395 ss.

⁶¹ VIGNERON, *L'interêt d'affection*, p. 204.

⁶² CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistemati del art. 2059 C.c.*, en R. Fiori (cur.), *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, (Napoli 2008),

fiere fundamentalmente a D.9,2,33 pr.) se encuentra una distinción evidente entre la «lógica reipersecutoria» dirigida al resarcimiento del perjuicio económico sufrido que no tiene en cuenta la reparación de daños no patrimoniales, y una lógica «sanzionatorio-afflittiva» que corresponde a las acciones penales que admiten tales daños, distinción que encuentra en Paul. que a su vez está hablando de dos distintos supuestos fácticos: la muerte del esclavo y del hijo natural que no permite una *aestimatio damni* basada en la *affectio domini* o *patris*, y el supuesto de corrupción del hijo que sí admite el resarcimiento del daño protegiendo mediante la acción penal *de servo corrupto* el interés moral del padre en no *corrumpere* el *animus* del hijo que confirma Paul. en D. 11,3,14,1 (Paul. 19 *ad Ed.* ⁶³) en protección de la *fama et dignitas* del *pater-dominus* comprendiendo también el *id quod interest*.

D. 11,3,14,1: *De filio filiae familiae corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente: sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animi liberorum nostrorum non corrumpi.*

Este § ⁶⁴ presenta varias incógnitas; en primer lugar había servido a Marchi que analizando una serie de textos referidos tanto a interdictos como a acciones penales, civiles, pretorias, reipersecutorias con fórmula de *condemnatio in quanti ea res est*, entendió que en todos los casos examinados eran enfocados por los juristas desde un punto de vista exclusivamente patrimonial ⁶⁵, pero se encontró con el escollo de D. 11,3,14,1 que consideró excepcional no admitiendo su factura clásica (ya vimos que no admitía el resarcimiento de daños morales en tiempos clásicos) entendiendo justiniano el ejercicio de la *actio servi corrupti* por un padre reclamando el pago del daño sufrido por la corrupción del hijo, tesis interpolatoria que no comparto, porque en el mismo texto señala Paul. que para reclamar por la *corruptio* (*pretium affectionis*) el padre podía ejercitar una *actio utilis* confirmando lo dicho en D. 9,2,33,1 rectificando la posición rigorista de Ped., jurista del s. I d. C. del que no se conservan textos directos. Para Marchi la condena pecuniaria por el *damnum corporis* (que es el único que admite Marchi en época clásica) era siempre una pena privada, lo cual es cierto, pero también es cierto que la *condemnatio* podía

pp. 103-167, que antes de ocuparse del derecho positivo italiano y de sentencias de la Corte Constitucional, hace un excelente recorrido histórico sobre la génesis y desarrollo de los daños no patrimoniales dedicando una parte importante a la experiencia jurídica romana.

⁶³ LENEL, *Pal.*, I, 1000, sitúa este texto en la rúbrica *de servo corrupto* (E. 62).

⁶⁴ También situado por LENEL, *Pal.*, I, 1000 en la rúbrica *de servo corrupto*.

⁶⁵ MARCHI, *Risarcimento del danno morale*, 125.

comprender el *pretium affectionis* mediante *actiones utiles*. En mi opinión la *actio utilis* en la que piensa Jul. bien podía ser una *actio utilis ad legem Aquilianam acomodada*, pues *corrumpere* como evolución de *rumpere* ya había sido resuelto por la *interpretatio prudentium ad legem Aq.*

Marchi tampoco creía que los justinianos hubieran tomado el principio del *pretium affectionis* como principio general, aunque no niega su existencia en época bizantina por lo que niega su factura clásica, y en este mismo sentido interpreta D. 27,3,1,2 (Ulp. 36 *ad Ed.*). Lenel⁶⁶ no parece tener una idea concreta de donde situar este texto, porque lo coloca bajo dos diferentes rúbricas: *de tutelis* (E. XXII); *tutelae vel contra* (E. 124), y aún alude pero con letra muy pequeña a *de directa actione*. La hipótesis de este § que según Ulp. (que trae en causa a Jul.) debía tramitarse en un *bonae fidei iudicium*, se refiere al pupilo que actúa contra el tutor que con el patrimonio del pupilo hubiera dejado de prestar alimentos a la madre y a la hermana del pupilo que de otro modo no hubieran podido mantenerse, anulando el magistrado una donación hecha por el tutor con cargo a aquel patrimonio desatendiendo el deber de *alimenta*, derecho que se había ido robusteciendo con la *cognitio extra ordinem* reconocido en sede normativa con Antonino Pío y los *divi Fratres*⁶⁷; poco antes Plin hablaba de la prestación de alimentos en su correspondencia con Trajano⁶⁸, las fundaciones alimentarias se suponen instituidas por el emperador Nerva⁶⁹; está documentada la existencia de tales fundaciones en época de César a mediados del s. I a. C.; se trataría por tanto de un deber legal y no tanto de *pretium affectionis* por lo que no me parece muy apropiado que Marchi se haya apoyado en este texto para fundamentar la tesis de la interpolación justiniana de un texto que sí es cierto que trata una responsabilidad extracontractual, a mi juicio lo único que probaría es que los temas de responsabilidad aquiliana estaban sobreentendidos en época justiniana, pero esto no niega la admisión del *pretium affectionis* en época clásica.

El derecho a los alimentos no era conocido en el *ius vetus* dado el carácter potestativo de la familia que no obligaba a los padres a atender la subsistencia de sus hijos. La figura de los *alimenta* se constituía generalmente por medio de convenciones y legados hasta que se afirmó como obligación jurídica⁷⁰ ordenando que determinadas personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco,

⁶⁶ LENEL, *Pal.* 2, 667.

⁶⁷ TORRENT, S. V. *Alimenta*, en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005), pp. 100-101;

⁶⁸ Vid. TORRENT, «*Alimenta ingenuorum ingenuarumque*» (*Plin. Ep.* 7,18). *Un caso de aplicación de la economía al derecho*, en *INDEX* 43 (2015), p. 137 y ss.

⁶⁹ J. A. TAMAYO, «*Alimenta*», *una institución a caballo entre la munificencia y la propaganda*, en *RIDA* 57 (2010), p. 437.

⁷⁰ GUARINO, *Dir. priv. rom., cit.*, 960, ib. lit. sobre *alimenta*.

afinidad o reconocimiento especial, vínculos en los que la *affectio* juega un papel primordial obligando a la prestación de alimentos (comida, vestido, alojamiento) en caso de ser necesarios para su subsistencia a los que no podían atenderla por sí mismos.

D.27,3,1,2. (Ulp. 36 *ad Ed.*): *Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, ídem Iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem, et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, «decreto scilicet interveniente»: veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

Sobre este § se han volcado las sospechas críticas de Albertario, al menos en la primera parte⁷¹, pero yo lo veo sustancialmente genuino⁷²; Centola ve claro que el § toma en consideración el interés moral del pupilo para que sean alimentadas la madre y la hermana en situación de desamparo y de ahí las minuciosas reglas para atenderlas⁷³.

Según Jul. citado por Ulp. era opinión extendida que las donaciones *non mortis causa* hechas por el pupilo *tutore auctoritate* no eran válidas, pero el pretor con un decreto podía autorizar al tutor *sine reprehensione* disminuir el patrimonio del pupilo en ciertos casos como los suplidos a título de *alimenta* a favor de su madre o hermana que *se tueri non possunt*. Dado que Ulp. reconoce la validez del ejercicio de la *actio tutelae* contra el tutor que hubiera desatendido esta obligación con cargo al patrimonio del pupilo, y aún siendo cierto que lo disminuía, exoneraba al tutor en estos casos de su responsabilidad de mantener íntegro el patrimonio pupilar, ve Centola⁷⁴ evidente que sólo el interés moral del pupilo puede ser puesto como fundamento de la acción contra el tutor y no la lesión de un interés patrimonial buscando apoyo en D. 17,1,54 pr. y D. 27,3,1,2 que Marchi⁷⁵ entendía no como defensa del interés moral de la víctima, sino concedida la *actio tutelae* al pupilo para reconocer de modo indirecto eficacia a obligaciones ineficaces en estricto rigor jurídico, y que como vimos, Ratti y De Robertis entendían puro entendimiento justiniano de los

⁷¹ E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, en *PUC* 1835; = *Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia*, (Milano 1933), p. 266.

⁷² También lo entiende genuino CENTOLA, *Soff. Mor.*, p. 179.

⁷³ También considera genuina esta parte A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, en *Labeo* 47 (2001), p. 48 y ss.

⁷⁴ CENTOLA, *Soff. mor.*, p. 182.

⁷⁵ MARCHI, *Risarcimento del danno morale*, p. 267.

daños morales. Nos movemos por tanto en el ámbito de los *iudicia bonae fidei*, y por eso conviene analizar D. 17,1,54 pr. aludido en páginas anteriores.

D.17,1,54 pr. (Pap. 27 *Quaestionum*⁷⁶): *Cum servo extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse placuit prudentioribus affectus ratione in bonae fidei iudiciis habendam. Quod si de suis nummis emptor pretium dederit neque enim aliter iudicio venditi liberari potest, quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. et verius est utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferent.*

Este § a mi modo de ver prueba que Pap. conocía la función clave del *pretium affectionis*, y sirve a Centola⁷⁷ para declarar que una vez «appurato» que la *lex Aq.* no había previsto el resarcimiento de los daños morales, con lo que estoy de acuerdo, incluso diría que esto es obvio: el «dettato aquiliano»⁷⁸ del 286 a. C. estaba anclado a los conocimientos jurídicos de la época no pudiendo entonces prever tales daños que serían previstos por la jurisprudencia y constituciones del primer Principado, es oportuno –dice Centola– verificar la posibilidad de un interés afectivo fuera de tal disciplina, y aquí debo mostrar mi desacuerdo parcial porque si evidentemente también aquel *pretium* era resarcible mediante el ejercicio de otras acciones (por ejemplo la *actio mandati* en el § citado), entiendo que Paul. D.9,2,33,1 admite el resarcimiento de tales daños mediante *actiones in factum ad legem Aquiliam accomodatae* en una *interpretatio* cada vez más amplia de los *verba legis*, aunque tengo que decir que la mayoría de la doctrina se pronuncia por la factura justiniana del resarcimiento de los daños morales.

D.17,1,54 pr. ha sido muy tratado por la doctrina romanística⁷⁹. En esencia el § trata de un esclavo que da mandato a un tercero para que lo compre a

⁷⁶ LENEL, *Pal. I*, 866 coloca este § bajo la rúbrica *de stipulationibus aliisque contractibus servorum*.

⁷⁷ CENTOLA, *Soff. morali*, p. 167.

⁷⁸ Así gusta de decir a CORBINO, *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico nella media Repubblica*, en *Studi Labruna*, II (Nápoli 2007), pp. 1127-1140.

⁷⁹ MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, 261; RATTI, *Il risarcimento del danno morale*, p. 186 y ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.1 (Padova 1960) 64; DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale*, 506 ss.; MEDICUS, *Id quod interest*, p. 191; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, (Torino 1966), p. 153; H. HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadersatzrecht*, (München 1966), p. 153 ss.; VOICI, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obbligazione*, (Milano 1969), p. 262 y ss.; RABER, *Sum „pretium affectionis*», p. 205 y ss.; K. KNÜTEL, *Das Mandat zum Verkauf*, en D. NÖRR – S. NISHIMURA (Herg.), *Mandaten und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, (Berlin-Heidelberg 1993), p. 368 y ss.; A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, (Bari 1996), p. 348 y ss.; CENTOLA, *Soff. mor.*, p. 167 y ss.

su *dominus*; tal mandato es nulo pero es válido si se dirige a la manumisión del esclavo; si no ha sido liberado el *dominus servi* como vendedor puede actuar para obtener el precio, y es más, puede ejercitar la *actio mandati* para obtener el cumplimiento del encargo asumido por el mandatario, y por lo que interesa en esta sede, en protección de la *affectio* que afectaba al *dominus* si el esclavo era hijo natural suyo o un hermano, que además no es una tesis original de Ulp. porque la frase *placuit prudentioribus affectus ratione* destaca que debían tenerse en cuenta los intereses afectivos en los *bone fidei iudicia*. D. eod. 54 pr. apunta a la *affectio* que el *dominus* sentía por el esclavo.

Albertario⁸⁰ había pensado que las nuevas reglas para un trato más humano a los esclavos se debían a la influencia del cristianismo, pero Centola⁸¹ observa con razón que no todas las transformaciones en este ámbito pueden ser reconducidas exclusivamente al cristianismo⁸² y no se puede desprestigiar el importante papel desempeñado por la *humanitas* de Adriano. Yo añadiría que la tendencia al *favor libertatis*, que puede tener o no relación con la *affectio*, es más antigua, y sobre todo debida en sus inicios más a razones económicas que a motivos éticos, que en todo caso en los s. I y II d. C. se deberían, de haberlos habido, a la influencia del estoicismo como podemos comprobar en los escritos de Séneca. Para Centola⁸³ D. eod. 54 pr. evidencia que el relieve de un interés afectivo es tomado en consideración en contextos diversos de los relativos a la condición de los esclavos, y por tanto no puede ser justificado sólo a la luz de una orientación dirigida al mejoramiento de la condición servil; además entiendo que no es únicamente justiniano el resarcimiento de los daños morales, porque en época severiana ya estaba previsto en algunos casos por medio de *actiones utiles* (Paul. D.11,3,14,1) o *in factum* Paul. D.9,2,33,1).

Precisamente la idea rectora de mi análisis es que los daños morales, que yo englobo genéricamente en el *pretium affectionis*, es que estas «sofferenze morali» estaban incluídas en la *interpretatio ad legem Aq.*, notablemente ampliadas después de cinco siglos de laboreo jurisprudencial hasta llegar a la jurisprudencia severiana, y así entiendo los últimamente citados §§ de Paul.en-

⁸⁰ ALBERTARIO, *Ancora sulla peculiarità dell'interesse nelle obbligazioni*, en *Studi di diritto romano*, VI (Milano 1933), p. 252 y ss.

⁸¹ CENTOLA, *Soff. mor.*, p. 170.

⁸² La influencia del cristianismo sobre las instituciones jurídicas es un tema con grandes aporías; *vid.* con lit. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel modo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, (Roma 2007), p. 282 y ss; add. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008) 475, donde muestro mi escepticismo sobre la pretendida magnitud defendida por Biondi de la influencia del cristianismo sobre el derecho romano que pretende denominar Derecho romano-cristiano al posterior a Constantino, o sea, al célebre edicto de Milán del 313 d. C.

⁸³ CENTOLA, *Soff. mor.*, pp. 170-171.

cauzados en lo referente a los daños aquilianos mediante *actiones in factum* que ya no eran obviamente las *actiones stricti iuris* en su originario rigor de los *verba legis*, sino *actiones* acomodadas a los *iudicia bonae fidei*⁸⁴ ya conocidos al tiempo de Cic. que al llegar la época severiana consentían valorar el *pretium affectionis* en la *aestimatio damni* ensanchando todavía más el campo de la responsabilidad extracontractual. Probablemente en época clásica el *pretium affectionis* aún no era un principio general incluido bajo el paraguas de la *lex Aq.* y en realidad sólo puede entenderse en tal sentido –y con algunas limitaciones– en época justiniana; en época clásica sólo podían admitirse y en casos muy restringidos al amparo de los *bonae fidei iudicia*, como se desprende de Pap. También Ulp. *Coll.* 1,11,1-4, D.48,8,4,1 y D. 48,19,5,2⁸⁵ y D.48,19,3,2. Centola⁸⁶ admite esta idea «in via congetturale», pero en mi opinión creo que puede derivarse de los textos severianos que hemos visto –y no solamente «in via congetturale– la admisión del resarcimiento de los valores afectivos, al menos a través de *actiones in factum* ejercitables por la víctima como defendió Paul. D.9,2,33,1 a finales del s. II-principios del III d. C., o *actiones utiles* Paul. D.11,3,14,1.

Pero si la preocupación por el resarcimiento de los daños morales se manifiesta en los grandes juristas severianos, están documentados casos que demuestran interés por los intereses afectivos en acontecimientos dañosos culpables ocurridos en la Bética de época de Adriano: *Coll.* 1,11,14; D.48,8,4,1; D.48,19,5,2 todos extractados de Ulp. *7 de off. proc.*, y sobre todo de Paul.

Soy consciente de que dejo sin aclarar la concurrencia de acciones en la cada vez más amplia *aestimatio damni ex lege Aquilia* entrecruzándose la *actio legis Aquiliae* con la *actio servi corrupti*, *actio tutelae*, *actio venditi*, *actio mandati*, que desarrollaré en un estudio posterior.

⁸⁴ Vid. P. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, en *ZSS* (11 (1890), p. 165 y ss. I. KOSCHEMBAR-LISKOWSKI, «*Quid veniat in bonae fidei iudicium*», en *Studi Ricobono*, 2 (Palermo 1936), p. 147 y ss.; F. WIEACKER, *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, en *ZSS* 60 (1963) 1 22.; A. CARCATERRA, *Intorno a i bonae fidei iudicia*, (Napoli 1964), rec. de KASER, en *ZSS* 82 (1965), pp. 416-425; GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic. Pro Roscio Com. 5,13 su i iudicia legitima di Cicerone a Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, en *Studi Segni*, II (Milano 1968) 485 ss.; R. FIORI, *Jus civile, ius gentium, ius honorarium. Il problema della recezione dei iudicia bonae fidei*, en *BIDR* 101-102 (1998-1999), p. 165 y ss.; A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, en *Studi Franciosi*, III (Napoli 2007), p. 1731 y ss.

⁸⁵ LENEL, *Pal.* 2, 976-977 los coloca bajo la rúbrica (*Ad legem Corneliam*) de *sicariis et veneficis*. Vid. el análisis de estos textos con lit. en CENTOLA, *Soff. mor.*, p. 184 y ss.

⁸⁶ CENTOLA, *Soff. mor.*, p. 183.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE ROMA A LA UNIÓN EUROPEA

Consumer protection from Rome to the European Union

TAMMO WALLINGA

Universidad Erasmus de Rotterdam/Universidad de Amberes

Resumen: A través de su historia, el Derecho romano fue desarrollando una cierta protección de consumidores, especialmente en tema de no-conformidad de la cosa comprada. De esa protección forman parte la posibilidad de rescindir la compraventa, o bien de demandar la devolución de una parte del precio pagado. Estas opciones siguen estando presentes en las codificaciones modernas, y por medio de la directiva EG 1999/44 se han convertido en una norma de la Unión Europea.

Palabras clave: Protección del consumidor, *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*, Directiva EG 1999/44.

Abstract: In the course of its history, Roman law developed a certain degree of consumer protection, especially for the buyer in case of non-conformity of the object of the sale. Part of this protection is the possibility to either rescind the sale, or claim restitution of part of the price paid. These options are still present in modern codifications, and thanks to the directive EG 1999/44 they have become a norm of the European Union.

Keywords: Consumer protection, *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*, Directive EG 1999/44.

Hoy en día la protección del consumidor es un tema importante. A primera vista no se trata del mejor ejemplo de la conexión entre Derecho romano,

Derecho privado moderno y Derecho de la Unión Europea. Propiamente, en relación con la protección del consumidor –o falta de ella– existe un dicho conocido del Derecho romano, que al parecer incluso se sigue empleando en la *Common Law* británica: *caveat emptor*. En el Derecho romano pre-clásico, al menos, no es el vendedor quien tiene que informar al comprador de modo exhaustivo acerca de la cosa que vende –obligación normal y corriente en la actualidad–, sino que es el comprador mismo quien tiene que mirar la cosa por todos los lados, y averiguar si funciona y si tiene todas las características necesarias para la finalidad a la que la destina. Sin embargo, el comprador se puede proteger contra defectos ocultos, solicitando una garantía explícita al vendedor –lo que habrá afectado al precio de la compraventa–. Un texto revelador en este tema es el siguiente:

D.19,1 (de actionibus empti venditi),⁶ (Pomponius libro nono ad Sabinum),⁴: *Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.*

D.19,1 (sobre las acciones de compra y venta),⁶ (Pomponio, libro IX *ad Sabinum*),⁴: Si me hubieses vendido una vasija diciendo que cabía en ella una cierta medida, o que tenía cierto peso, si es menos lo que entregas, podré demandarte por la acción de compra. Pero si me hubieras vendido una vasija afirmando que estaba entera, y no lo estuviese, quedarás obligado también a indemnizarme lo que hubiera perdido con ello. Pero si no se había convenido que me la entregases íntegra, entonces quedarás obligado a indemnizarme solamente por el dolo. Cree Labeón lo contrario, y que sólo se ha de observar que, si no se hubiese convenido lo contrario, debe entregarse del todo íntegra, y es verdad; y dice Minicio que Sabino había dado una respuesta diciendo que también debe indemnizarse así cuando se arriendan tinajas.¹

El vendedor responde por lo que dijo que vendía y que luego no prestó. El primer ejemplo es de una vasija vendida que no contiene la cantidad mencionada por el vendedor. Entonces el comprador lo puede demandar; no se especifica por qué o por cuánto, pero el daño para el comprador parece limitarse al hecho de no tener la vasija correcta. El siguiente ejemplo es de una afir-

¹ Traducción: D’Ors. Sobre este texto también: DE BRUIJN (abajo, nota 4), p. 35.

mación de parte del vendedor de que la vasija estaba entera; luego el comprador la usa para guardar algún líquido que se pierde por un agujero en la vasija: ahora el comprador puede demandar al vendedor también por lo que perdió en función del defecto de la vasija. Sin embargo, esto es el efecto de la afirmación del vendedor, porque la siguiente frase dice que sin cláusula sobre la calidad de la vasija, el vendedor responde tan sólo en caso de dolo, es decir, si ha entregado esta vasija a sabiendas de que tenía algún agujero. Nos podemos imaginar la situación en el mercado que se lee aquí entre líneas: la semana siguiente, el comprador regresa al puesto del vendedor a quejarse del agujero en la vasija que le ha hecho perder, digamos, una cantidad de vino. Y el vendedor le responde: «Ah, la querías sin agujeros... hombre, haberlo dicho...».

Pero en el mismo texto vemos también que las cosas cambian. Según Pomponio, que aprueba esta opinión, Labeón decía que la vasija tenía que ser íntegra, incluso sin garantía explícita de parte del vendedor. Parece aplicar el mismo criterio que se aplica en la actualidad: la cosa vendida tiene que tener, como mínimo, las características necesarias para su uso habitual. De esta manera, ya no es necesario para el comprador incorporar una cláusula semejante al contrato: incluso sin cláusula está protegido –por lo menos según Labeón y Pomponio– contra los defectos más serios. Hasta este punto se puede decir que se introduce una medida de protección del consumidor, porque el vendedor ya no se puede limitar a entregar ‘una’ vasija, sino que tiene que procurar que la que entrega sea apta para el uso normal que se va a hacer de ella.

El primer verdadero caso de protección del consumidor romano está en el edicto de los ediles, en cuanto a la compraventa de ganado y esclavos en el mercado. Protegían al comprador con la *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*, durante períodos relativamente cortos, de medio año y un año, respectivamente.

D.21,1 (De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris),³⁸ (Ulpianus libro secundo ad edictum curulium)pr.: *Aediles aiunt: ‘Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. (...)*

D.21,1 (Sobre el edicto edilicio, la acción redhibitoria y la reducción del precio),³⁸ (Ulpiano, segundo libro *ad Edictum curulium*)pr.: Dicen los ediles: ‘Los que venden caballerías digan clara y simplemente qué enfermedad o qué vicio tiene cada una de ellas y serán entregadas a los compradores lo mejor que hayan sido enjaezadas para ser vendidas. Si alguna cosa no se hubiera hecho así, para la restitución del enjaezamiento o la redhibición de las caballerías por razón

de los jaeces, daremos una acción dentro de los sesenta días; por causa de enfermedad o vicio dentro de seis meses para deshacer la compra, o bien para la reducción del precio dentro del año; (...).

Hay que recordar que estas acciones fueron creadas para una situación específica: la compraventa de esclavos y ganado en el mercado. Sin embargo, las opciones que daban las acciones edilicias se fueron incorporando poco a poco a la *actio empti* también. En cuanto a la compraventa en otros casos, el vendedor está obligado a pagarle al comprador el daño entero que le ha causado si ha vendido dolosamente una cosa defectuosa; pero si el vendedor tampoco conocía el defecto, sólo responde por la diferencia de precio entre tal cosa en buen estado y la cosa tal y como se vendió, con el defecto. Esto se ve en los siguientes dos textos. Es decir que aquí, la *actio empti* se utiliza para conseguir lo mismo que con la *actio quanti minoris* en la venta de esclavos o ganado en el mercado, ya en tiempos de Juliano²:

D.19,1 (de actionibus empti venditi),13 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum) pr.: *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corrue-runt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*

D.19,1 (sobre las acciones de compra y venta),13 (Ulpiano, libro XXXII ad Edictum) pr.: Juliano, en su libro décimo quinto, hace una distinción, entre aquél que vende una cosa conscientemente y el que lo hace con ignorancia, en la condena por acción de compra; pues dice que aquél que 'me' vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si lo hizo sin saberlo, habrá de responder por la acción de compra solamente de aquella cantidad en que lo habría comprado de menos de haber conocido yo que se hallaba así; pero si se calló a sabiendas y engañó al comprador, habrá de responder al comprador de todos los daños que de aquella compra se derivasen para él. Así, pues, si la casa se derrumbó por defecto de la viga, el valor de la casa; si perecieron los ganados por contagio del enfermo, habrá de responder del interés del comprador en que se vendiesen cosas idóneas.

D.19,1 (de actionibus empti venditi),4 (Paulus libro quinto ad Sabinum)pr.: *Si servum mihi ignoranti, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis du-*

² Según KASER, existen dudas sobre la autenticidad de este texto: KASER, M., *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Múnich 1970, §131 nota 40.

plam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset.

D.19,1 (sobre las acciones de compra y venta),4 (Paulo, libro V *ad Sabinum*)pr.: Si me hubieras vendido un esclavo sabiendo que era ladrón o delincuente, ignorándolo yo, aunque hayas hecho la promesa del doble, me quedarás obligado por la acción de compra hasta la medida en que me hubiese interesado haberlo sabido, porque no puedo demandarte por acción de la estipulación en tanto no se produzca un perjuicio.

La función de la *actio redhibitoria* también se incorpora a la *actio empti*, como se puede ver en el siguiente texto. La esclava no tiene *vitium* alguno, pero no es lo que el comprador se esperaba; el vendedor lo sabía, pero aún así le vendió la esclava sin revelar la verdad. En este caso, el comprador no puede ejercitar la *actio redhibitoria*, pero con la *actio empti* consigue lo mismo, es decir, la rescisión del contrato:

D.19,1 (de actionibus empti venditi),11 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum),5: *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.*

D.19,1 (sobre las acciones de compra y venta),11 (Ulpiano, XXXII *ad Edictum*),5: Si alguno creyese que compraba una esclava doncella habiéndosele vendido una mujer, y el vendedor dejó a sabiendas que el comprador errara, no hay ciertamente redhibición por este motivo; pero compete la acción de compra para resolver la compraventa, de modo que restituido el precio, se devuelva la mujer.

A lo largo del tiempo, pues, la *actio empti* fue incorporando las funciones de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris*. Kaser, seguido por Zimmermann, considera que Justiniano declaró aplicable la responsabilidad edilicia en tema de compraventa de esclavos y ganado a las compraventas de cualquier cosa, en un texto interpolado: ³

D.21,1 (De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris),1 (Ulpianus libro primo ad edictum curulium)pr.: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de*

³ KASER, M., *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: die nachklassischen Entwicklungen*. München 1975, págs. 393-394; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford 1996, págs. 321-322, con la nota 219; además IGLESIAS J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*. Barcelona 1958, p. 424 nota 138; D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, [Pamplona] 2004, § 497.

venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes.

D.21,1 (Sobre el edicto edilicio, la acción redhibitoria y la reducción del precio),¹ (Ulpiano, primer libro *ad Edictum curulium*)pr.: Escribe Labeón que el edicto de los ediles curules respecto a la compraventa se refiere tanto a las cosas inmuebles como a las muebles o semovientes.

Aquí me gustaría sembrar una pequeña duda. Sobre este texto, Kaser cita mucha literatura que data de tiempos de plena *Interpolationenforschung*, y dado que hoy en día tenemos más cuidado en asumir interpolaciones, podría merecer la pena volver a reflexionar sobre el ser o no ser interpolado de este texto. Por cierto, el texto no dice literalmente que las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* se aplican a la compraventa de cualquier cosa –claramente, situar esta afirmación en tiempos de Labeón sería atrevido– y me parece posible que la definición de esas acciones en el edicto de los ediles las limitara a la compraventa de esclavos y ganado en el mercado, por mucho que el edicto en general se aplicaba a la compraventa de todas las cosas.

Sea como fuera: queda claro que en tiempos de Justiniano, con la *actio empti* se podía conseguir lo mismo como con las acciones edilicias, y de hecho, como comenta Kaser, Justiniano podría haber abolido éstas. Pero no lo hizo, lo que llevó a cierta confusión en la Edad Media. Muchos Glosadores y Comentaristas admitían las acciones edilicias también bajo la *actio empti*. Otros, sin embargo, intentaban encontrar una *distinctio* significativa para separar las acciones. Mientras tanto, la cuestión principal seguía siendo la de los plazos: medio año para la *actio redhibitoria*, un año para la *actio quanti minoris*, y no menos de treinta años para la *actio empti*. Aunque era claro que el plazo de treinta años no se podía aplicar a cuestiones de non-conformidad y defectos, no dejaba de ser un tema muy debatido.

Aquí cabe mencionar una adición reciente a la literatura sobre non-conformidad y defectos en la Edad Media y la temprana Época Moderna: la tesis de Niels de Bruijn, defendida en la Universidad Libre de Amsterdam, el día 26 de octubre de 2018.⁴ En ella, su autor demuestra que en la Edad Media y especialmente en la temprana Época Moderna, se aplicaba a la non-conformidad y a los defectos la doctrina de la *laesio enormis*. Quien ha comprado una cosa defectuosa por el precio de una cosa entera, ha pagado demasiado, y a veces ha pagado tanto de más que se le puede aplicar la *laesio enormis* en su versión

⁴ DE BRUIJN, C.J., *Latent Defect or Excessive Price? Exploring Early Modern Legal Approach to Remediating Defects in Goods Exchanged for Money*. Ede, 2018. El autor obtuvo su doctorado –acontecimiento relativamente raro en Países Bajos– *cum laude*.

medieval. La *laesio enormis*, en su origen⁵ una protección para el vendedor de un terreno, fue aplicada a otros contratos recíprocos de buena fe, a ambas partes contratantes, y a cosas muebles también, convirtiéndose en un principio general de igualdad de prestaciones en el derecho contractual. Aplicada de esta manera al tema de los defectos confunde todavía más las cosas. Aquí no vamos a profundizarlo más; se recomienda leer la tesis. Su autor, además, ha estudiado muchos casos prácticos que ha sacado a la luz desde el archivo de la Real Cancillería de Valladolid.⁶

Miramos ahora las codificaciones. Me tomo la libertad de empezar por el antiguo Código civil neerlandés de 1838, cuyos artículos 1540-1543 se encuentran abajo. Puede llamar la atención su parecido con los artículos 1484-1486 del Código civil español de 1889. Y no es de extrañar, porque tanto el Código civil neerlandés de 1838 como el español de 1889 tienen sus raíces en el Code civil francés de 1804. Es más: los cuatro artículos neerlandeses son traducciones literales de los artículos 1641-1644 del Code civil francés. El artículo 1543 claramente alberga la *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*. No sólo han sobrevivido a Justiniano, sino que han seguido formando parte del derecho sobre los defectos ocultos durante muchos siglos:

BW 1838, artt. 1540-1543 (Código civil neerlandés de 1838; cf. artt. 1484-1486 Cc español y artt. 1641-1644 del Code civil francés de 1804.)

1540 *De verkooper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgene gebreken van het verkochte goed, die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier voege verminderen, dat, bijaldien de kooper de gebreken gekend had, hij het goed of in het geheel niet, of niet dan voor een minderen prijs, zoude gekocht hebben.*

1541 *De verkooper is niet gehouden in te staan voor zichtbare gebreken, welke de kooper zelf had kunnen ontdekken.*

1542 *Hij moet voor de verborgene gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest, ten zij hij, in dat geval, bedongen had dat hij tot gene vrijwaring hoegenaamd zoude gehouden zijn.*

⁵ Véase C.4,44,2 y C.4,44,8. La *sedes materiae* es C.4,44,2 que llegó a ser tan generalmente conocida que los juristas medievales se referían a ella como *lex secunda*, sin más. Dos artículos excelentes sobre la *laesio enormis* son BALDWIN, J.W., «The Medieval Theories of the Just Price. Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries», *Transactions of the American Philosophical Society* NS, vol. 49, part 4 (1959) 1-92 y GORDLEY, J., «Equality in Exchange», *California Law Review* 69 (1981) 1587-1656. El gran experto español en cuanto a esta figura jurídica es Miquel MARTÍN CASALS, de la Universidad de Lérida; véase por ejemplo su artículo «From *laesio enormis* to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm.» En: *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*. Hrsg. von WIEGAND, W., KÖLWE, Th., WALTER, H.P., Berna 2009, págs. 499-527

⁶ El tercer capítulo (págs. 73-147) de la tesis está dedicado a *Early Modern Castilian Law*. Las págs. 473-513 contienen documentos escaneados de pleitos.

1543 *In de gevallen bij artikel 1540 en 1542 vermeld, heeft de koper de keus om het goed terug te geven en den koopprijs terug te vorderen, of het goed te behouden, en zich zoodanig gedeelte van den koopprijs te doen terug geven, als de regter, na deskundigen hierop te hebben gehoord, zal bepalen.*

1540 El vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida que la hacen impropia para el uso al que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría comprado o tan sólo por un precio menor.

1541 El vendedor no responde por defectos visibles que el comprador hubiera podido descubrir.

1542 Tiene que responder por los defectos ocultos aunque los ignorase, a no ser que haya estipulado que, en aquel caso, no estuviera obligado a saneamiento alguno.

1543 En los casos mencionados en los artículos 1540 y 1542, el comprador tiene la opción de devolver el bien y reclamar el precio, o de quedarse con el bien y pedir la restitución de la parte del precio que el juez, a juicio de peritos, decida.

En Países Bajos, como es sabido, tenemos un nuevo CC en sustitución del de 1838. Por cierto, hasta los Franceses acaban de hacer una revisión importante del suyo, en cuanto al derecho de obligaciones.⁷ Del nuevo Código civil neerlandés, la mayor parte entró en vigor en 1992: los libros 3, 5, 6 y gran parte de los libros 7 y 8. Los nuevos libros 1 y 2 ya habían sido introducidos en 1970 y 1976, respectivamente. El libro 4 (Derecho de sucesiones) no entró en vigor hasta 2002, debido a la oposición del notariado. En 1992, al libro 7, que regula concretamente el contrato de compraventa, no se había incorporado ninguna explícita *actio quanti minoris*:

BW-1992 (Código civil neerlandés de 1992, versión original)

7:21 párrafo 1 Cuando lo entregado no responda al contrato, puede exigir el comprador:

- a. la entrega de lo que falta;
- b. la reparación de la cosa entregada, con tal que el vendedor pueda cumplir con ello razonablemente;
- c. la sustitución de la cosa entregada, a menos que la anomalía de lo convenido sea demasiado exigua para justificarlo, o bien a menos que la cosa después del momento en que el comprador deba tener en cuenta razonablemente el deshacimiento, se haya extinguido o se haya mermado por el hecho de que no la ha cuidado como un deudor diligente en cuanto a su conservación.

⁷ En vigor desde el 1 de octubre de 2018: <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/droit-des-obligations-ce-qui-change-au-1er-octobre>; https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/13587_C_Asfar-Cazenave.pdf (ambas páginas web consultadas el 2 de julio de 2019).

Aquí falta la posibilidad concreta de ejercitar la *actio quanti minoris*. Sin embargo, era posible conseguir una reducción del precio, a través de una rescisión parcial del contrato y una demanda de devolver la parte correspondiente del precio de la compraventa, salvo en casos de non-conformidad insignificante.

Siete años después, en 1999, se publicó la Directiva 1999/44 de la Unión Europea, que contiene normas explícitas sobre las posibilidades que tiene el comprador en caso de non-conformidad de la cosa entregada. Los párrafos 2 y 5 dejan completamente claro que el comprador tiene derecho a la rescisión del contrato, o a una reducción del precio:

DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo:

(...)

Artículo 3

Derechos del consumidor

1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.

3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:

- El valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,
- La relevancia de la falta de conformidad, y
- Si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.

4. La expresión «sin cargo alguno» utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de

los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales.

5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:

- si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o
- si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o
- si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor.

6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.

Esta directiva suponía un problema para el Código civil neerlandés. Aunque existía la posibilidad de una rescisión parcial, ésta conocía unas condiciones algo más restrictivas que la norma de la Directiva. Así que el legislador neerlandés se vio obligado a adaptar su hermoso nuevo Código civil a la realidad europea. Esto se realizó al final el día 1 de enero de 2002, y el artículo relevante 7:22 ahora reza:

BW 1992, art. 7:22 (Código civil neerlandés de 1992, adaptado en 2002)

Boek 7. Bijzondere overeenkomsten

Titel 1. Koop en ruil

Afdeling 3. Bijzondere gevolgen van niet-nakoming van de verplichtingen van de verkoper

Artikel 22. 1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan heeft bij een consumentenkoop de koper voorts de bevoegdheid om: a. de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt; b. de prijs te verminderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene.

2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden ontstaan pas wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevergd kunnen worden (...).

Libro 7. Contratos particulares

Título 1. Compraventa y permuta

Apartado 3. Consecuencias particulares del incumplimiento de las obligaciones del vendedor

Artículo 22. 1. Si lo entregado no corresponde con lo acordado en el contrato, el comprador consumidor está autorizado para: a. rescindir el contrato, a no ser que, constatada la escasa entidad de la diferencia con lo pactado, no se justifique esta rescisión con sus consecuencias; b. disminuir el precio proporcionalmente a la medida de la diferencia con lo pactado.

2. La autorización mencionada en el párrafo 1 nace tan sólo cuando reparación y sustitución son imposibles o no pueden ser exigidas al vendedor (...).

Por un lado, es una curiosidad: un caso de recepción del Derecho romano en pleno tercer milenio. En otra ocasión lo he llamado «la venganza del Derecho romano». ⁸ Pero por otro lado, es más: es un claro ejemplo de la fuerza que siguen teniendo las raíces romanas de las codificaciones modernas, que a la vez son las raíces del nuevo derecho Europeo. Es el famoso pato ⁹ del Derecho romano, que no deja de levantar la cabeza de vez en cuando.

⁸ WALLINGA T., «Derecho Romano y Derecho Privado neerlandés: la venganza del Derecho Romano», en: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano XX-XXI (2007-2008)*, págs. 481-497.

⁹ Sobre esta imagen creada por Goethe: KANNOWSKI, B., «Über Goethe, die Freiheit und die Ente in der Rechtsgeschichte», en: BALOGH, E./HOMOKI-NAGY, M. (Hg.), *Ünnepi Kötet Dr. Blazovich László Egyetemi Tanár 70. Születésnapjára (Acta Universitatis Szegediensis. Acta Juridica et Politica LXXV)*, Szeged 2013, págs. 349-356 (también accesible en internet: http://acta.bibl.u-szeged.hu/30655/1/jurid-pol_075_349-356.pdf).

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES ROMANÍSTICAS Y DIRECTIVA 2014/17/UE

*Deed in lieu of foreclosure and debtor protection: based on roman law
and directive 2014/17/ EU*

JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen: Analizaremos las bases romanísticas de la *datio in solutum necessaria* como institución que constituye el antecedente de lo que hoy se recoge en numerosas fuentes, y más recientemente como solución que arbitra el Código de buenas prácticas bancarias CBP¹ que se ha ido incorporando a leyes recientes como la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que en gran medida transpone la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que refleja la dación, aunque sólo la voluntaria.

Palabras clave: *Solutio, datio in solutum necessaria* o *ex lege*, protección del deudor, *venerabiles domus*, CBP código de buenas prácticas bancarias.

Abstract: We are going to analyzed the romanistic bases of the *datio in solutum necessaria* as an institution that constitutes the antecedent of what is collected today, in the

¹ Este CBP se ha ido recogiendo en primer lugar en el Anexo del RDL 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios que ha sido modificado por la L 1/2013 de 14 de mayo, para reforzar la protección de los deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social que lo que hace es convalidar el RDL1/2015 de 27 de febrero, finalmente este CBP ha quedado incorporado en la DA^a 11 de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en donde se establece la adhesión al mismo.

sources that we will have occasion for analysis and more recently as a solution that arbitrates the Code of good banking practices that has been incorporating recent laws such as the last Act of 5/2019 regulating real estate credit contracts, which largely transposes the Directive in question is the 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of February 4 2014, on credit agreements with consumers for real estate for residential use, which reflects this institute of the date, although only voluntary.

Keywords: *Solutio, datio in solutum necessaria o ex lege, debtor protection, venerabiles domus, Good banking practices Code.*

SUMARIO: I.–*Datio in solutum y ager publicus* II.–*Datio in solutum necessaria* en las Novelas: A propósito de Nov.4.3 y 120.6.2. III.–Evolución ulterior en el Derecho intermedio y positivo: excepcionalidad de la dación en pago necesaria. IV.–Dación en pago: apunte sobre la Directiva y el Código de buenas prácticas bancarias. V.–Reflexión final.

I. *DATIO IN SOLUTUM Y AGER PUBLICUS*

Es evidente que Roma² no fue ajena a esta problemática marcada por las crisis económicas y no cabe duda de la respuesta jurídica a través de la *datio in solutum*, como veremos a continuación, instituto que supone otras de las grandes aportaciones cuya génesis se encuentra en el Derecho romano³, y que también deja su impronta en el *ius commune europeum*. En este sentido, si-

² La importancia del Derecho romano como elemento integrador en la formación y cultura europea en palabras de KOSCHAKER, P., *Europa und das Römische Recht*, Berlin, C. H. Beck 1947, p. 352, destaca el a. su importancia a pesar de poner de relieve en su día la crisis de los estudios: «*dass das römische Recht trotz der ernsten un bedrohlichen lage seines Studiums heute reif zur Abdikation sei, ist nicht memine Meinung. Ich hoffe vielmehr gezeigt zu haben, dass es auch heute noch Wege gibt, es zu einem legendigen Glied in der Bindlung aller Juristen zu manchen und es so in seiner geschichtlichen Funktion zu erhalten, ein Mittler unter den grossen europäischen Privatrech*». Vid. sobre la importancia del desarrollo del Derecho privado europeo, HAMZA G., *Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest, Bibliotheca Iuridica, 2005, p. 171 ss, las tendencias de los estudios jurídicos europeos y la propia de la investigación del Derecho romano, destacando la importancia del método comparativo para el estudio de la evolución.

³ Para una evolución sobre las codificaciones vid. RAINER, J.M., *Das römische Recht in Europa*, Wien, Manz, 2012, p. 4 y ss el autor señala la importancia del Derecho romano en la formación del jurista actual. Id. STEIN, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 130, considera que la idea del Derecho comunitario europeo no es algo nuevo sino una renovación de la unidad cultural: «*Nevertheless the idea that European Community law is in some sense noa a new thing but a renewal of a cultural legal unity, which once covered the whole continent, has sparked interest in what is described as the civilian tradition*» Id. CARVALE, M., *Alle origini del Diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzi, 2005, p. 181 y ss.

guiendo a la prof^a. Solidoro⁴ señala, como objeto de discusión, sobre la futura construcción del Derecho común europeo que no debe fundarse prevalentemente como sucede en la actualidad sobre las directivas a menudo contingentes y cuestionables de Bruselas, siendo razonable y deseable un acentuado llamamiento a la aportación que proporciona el patrimonio conceptual de la tradición romanística. Por ello considera que el Derecho europeo⁵ no debería prescindir de toda una serie de conceptos que han ido edificándose a lo largo de los siglos. En este sentido, es importante para el Derecho contractual europeo aquellos principios que se transmiten a través del *ius commune* y la rigurosa conceptualización y sistematización realizada por la Pandectística.

Por otro lado, debemos señalar que uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar la dispersión y la atomización normativa y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual. En lo que concierne al crédito hipotecario, se ha ido buscando la armonización y la protección del consumidor participante en una operación crediticia, sobre todo en los supuestos en los que éste no puede hacer frente al pago en situaciones de crisis, y donde puede entrar en juego la dación en pago.

En el Derecho romano encontramos esta figura que la jurisprudencia romana denominó como *datio in solutum*⁶, que constituye una forma de extinción de la obligación y, por tanto, de liberalización del deudor, obteniendo el acreedor la *solutio* y su *satisfactio*. Melillo considera que la *solutio* y la *satisfactio* indican, al menos cuando las fuentes se refieren a la *obligatio*, respectivamente el cumplimiento exacto e inexacto, ya que en última instancia comprende cualquier comportamiento capaz de sustituir el interés del acreedor *id quod debetur*⁷. Pero la regla general según la cual el deudor no puede entregar una cosa por otra se aprecia del final del texto de Paulo, 28 ad. ed., D.12.1.2.1: *... nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, principio romano cuya excepción es precisamente la dación en pago voluntaria o en su caso forzosa, siendo esta última una medida coyuntural ante situaciones de crisis económicas.

⁴ SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino, 2003, Giappichelli Editore, p. 226.

⁵ A propósito del pretendido código europeo de contratos, que tiene defensores y detractores, e incluso rebasando los límites del eventual código, se impone la creciente pujanza del mercado con el correlativo adelgazamiento progresivo de los Estados nacionales, y quizá hasta de las mismas funciones del gobierno de la UE por muchas Directivas que le dedique, *cfr.* TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: Derecho roman-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 339.

⁶ ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford Press, 1990, p. 753-560.

⁷ MELILLO G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, E. Jovene, 1970, p. 2.

A mayor abundamiento, debemos precisar que este instituto hunde sus raíces en la época Republicana, donde *el ager publicus* es utilizado como garantía crediticia. Así, en el año 210 como nos informa Tito Livio durante el consulado de Marco Valerio Levino y Marco Claudio Marcelo, se financia el Estado, por las necesidades materiales y militares a través de préstamos entre éste y los senadores y caballeros que de forma voluntaria lo hubieran suscrito y que debía devolverse en tres plazos, entre el 204 a. C. al 200 a.C., dependiendo esto último de la mejora de la situación financiera⁸, Liv.29.16.1-3:

Altera item res prope aeque longo neglecta silentio relata a M. Ualerio Laeuino est qui priuatis conlatas pecunias se ac M. Claudio consulibus reddi tandem aequum esse dixit; nec mirari quemquam debere in publica obligata fide suam praecipuam curam esse; nam praeterquam quod aliquid proprie ad consulem eius anni quo conlatae pecuniae essent pertineret, etiam se auctorem ita conferendi fuisse inopi aerario nec plebe ad tributum sufficiente. grata ea patribus admonitio fuit; iussisque referre consulibus decreuerunt ut tribus pensionibus ea pecunia solueretur; primam praesentem ii qui tum essent, duas tertii et quinti consules numerarent.

Ante la dificultad de afrontar el pago del último, *ultima pensio*, por las guerras con Macedonia, *Punicum bellum pecunia data in Macedonicum*, ya que los otros se habían realizado, los ciudadanos acreedores se dirigen al Senado reclamando la devolución del préstamo; ante esta situación se desamortizaron tierras del *ager* del Lacio mediante decreto consular para poder satisfacer la deuda como se desprende de Liv.31.13.5-9:

Cum et priuati aequum postularent nec tamen soluendo aere alieno res publica esset, quod medium inter aequum et utile erat decreuerunt, ut, quoniam magna pars eorum agros uolgo uenales esse diceret et sibimet emptis opus esse, agri publici qui intra quinquagesimum lapidem esset copia iis fieret: consules agrum aestimaturos et in iugera asses uectigal testandi causa publicum agrum esse imposituros, ut si quis, cum soluere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo. laeti eam condicionem priuati acceperere; trientabulumque is ager, quia pro tertia parte pecuniae datus erat, appellatus.

La tierra compensada fue llamada *ager trientabulumque*, por corresponder a una *datio in solutum* por el tercer pago, si bien el Estado se reservó una tributación de la suma de un as por yugada para conservar el carácter público y permitir la restitución en caso de que éstos quisiesen recuperar el dinero por las tierras.

⁸ SACCOCCIO, A., «Finanze e debito pubblico nel III sec. a.C.», *I cd. Trientabula*, Index 32, 2004, p. 319 y ss. Id. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 20-26.

Ahora bien, a pesar de este antecedente, lo cierto es que tuvo que ser una solución coyuntural ante determinadas circunstancias propiciadas por las crisis bélicas, es evidente que la *datio in solutum*⁹, como medio de extinción de las obligaciones *in dando*, cumple con una prestación distinta de la convenida¹⁰. Si bien esta forma de cumplimiento tuvo efecto liberatorio siempre que fuese aceptada por el acreedor, de ahí su carácter convencional¹¹. Ahora bien, en el presente estudio nos vamos a centrar en la *datio in solutum necessaria*, que va referida aquella que por imposición legal obliga al acreedor la aceptación de un determinado *aliud pro alio*. Esta expresión «*datio in solutum necessaria*» fue acuñada por el jurista italiano Tiberio Deciano¹² en el siglo XVI que hace distinguirla de la voluntaria que realmente no deja de ser una compraventa¹³ por el consentimiento del acreedor, frente a esta donde el acreedor resulta constreñido a recibir el *aliud pro alio*.

II. DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA EN LAS NOVELAS: A PROPÓSITO DE NOV.4.3 Y 120.6.2.

En relación a la dación en pago necesaria, la cual como veremos lleva aparejada circunstancias coyunturales de crisis y vulnerabilidad social, existe

⁹ La expresión *solutum accipere* se utiliza para referirse al cumplimiento exacto, si bien la *datio in solutum* viene recogida con otras expresiones según SACCOCCIO, A., «Datio in solutum: storia e dogmatica de una locuzione», en *FIDES HUMANITAS IURIS, Studii onore di Luigi Labruna, Napoli, Editoriale Scientifica*, 2007, pp. 4893-4895; ID. SACCOCCIO A., *Finanze e debito pubblico... op. cit.* pp. 4-9. en las que destaca: «*in solutum dare*», «*in solutum suscipere*», «*aliud pro alio*», «*rem proolvere*», «*pro eo quod debeo aliquidolvere*» «*rem pro pecuniaolvere*», «*pro solutu rem dare*», «*pro debitoolvere*», «*in solutum tradere*», «*pro debito accipere*», «*vice pretti dare*», «*pro pecunia dare*» «*pro pecunia accipere*», «*aliud reddere*», «*aliud commutare*», «*aliud pro alio permutare*», «*in quantitatem debiti satisfacere*», «*accipere pignus pro pecunia*», «*vicem solutionis continere*», «*pro pecunia valere*», «*rem pro re dare*», «*pro pretio accipere*».

¹⁰ Gai 3.168: «*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeat. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est*» Cfr. Inst.3.29.pr: «*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio soluerit. nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. item si reus soluerit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. idem ex contrario contingit, si fideiussor soluerit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus*».

¹¹ Podía tener eficacia *ope exceptionis* o *ipso iure*, según los proculeyanos o sabinianos, *vid.* al respecto BLANCH NOUGUES, J. M.^a, «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en el Derecho romano», *RGDR* 13 (2009); en www.iustel.com (última consulta realizada el 25 de marzo de 2019).

¹² DECIANUS UTINENSIS, T., *Responsa I, Venetiis*, 1629, Resp. 3,n. 128 c.97: «*nam et datio in solutum voluntaria in omnibus vicem sustinet venditionis, secus si sit necessaria, et iussu iudicis facta*».

¹³ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio ... p.* 269.

un antecedente que se remonta al año 49 a.C. en el que Julio Cesar ante las deudas que se habían generado por la crisis, en vez de conceder su abolición, esperada y reclamada con constante afán por los deudores, decretó que éstos pagarían con sus propiedades según la estimación de sus propietarios y conforme a su importe antes de la guerra civil; y que se deduciría del capital todo lo que se hubiese pagado en dinero o en promesas escritas a título de usura, con cuya disposición se anulaban cerca de la cuarta parte de las deudas, como de infiere del texto de Suetonio, *Caes.* 42.8:

De pecuniis mutuis disiecta novarum tabularum expectatione, quae crebro movebatur, decrevit tandem, ut debitores creditoribus satis facerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparassent, deducto summae aeris alieni, si quid usurae nomine numeratum aut perscriptum fuisset; qua condicione quarta pars fere crediti deperibat.

En igual sentido, en los Comentarios de Julio César a la guerra civil, *Caes. Bellum civile.* 3.1:

His rebus confectis, cum fides tota Italia esset angustior neque creditae pecuniae solverentur, constituit, ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes possessionum et rerum, quanti quaeque earum ante bellum fuisset, atque eae creditoribus traderentur.

Se estableció que terminados los comicios, puesto que el crédito andaba bastante escaso en toda Italia y no se satisfacían las deudas, se nombrasen árbitros y que éstos hicieran una tasación de lo que antes de la guerra costaban las propiedades y otros objetos de los deudores, con el fin de que se entregasen a sus acreedores. En este sentido es más que obvio que las medidas obedecían a una situación de deflación monetaria y de enorme recesión económica, presupuesto que habilitará posteriormente las situaciones en las que aplicar una dación *necessaria*.

Prosigue el texto: *Hoc et ad timorem novarum tabularum tollendum minuendumve, qui fere bella et civiles dissensioness equi consuevit, et ad debitorum tuendam existimationem esse aptissimum existimavit.*

Juzgó que esto era lo más conveniente para quitar o reducir el temor de nuevas tablas de cancelación de deudas, temor que de manera general suele seguir a las guerras y a los disturbios internos; y también para proteger el crédito de los deudores.

Se aprecia, por tanto, una serie de medidas dirigidas a auxiliar a los prestatarios; así, con la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis*, que probablemente se trate de la *Lex iulia de bonis cedendis*, que trató de establecer unos límites acepta-

bles en las vicisitudes de los créditos¹⁴, y más en lo que concierne a la dación en pago en relación a deudas relacionadas con la crisis que provocaba la bancarrota de muchos deudores, de ahí la necesidad de arbitrar mecanismos que permitiesen el pago de las deudas no solo con dinero sino también con las propiedades. La clase social pudiente, muchos de ellos prestatarios, temían que Cesar¹⁵ aboliese de forma general todas las deudas, al mismo tiempo que muchos deudores habían dejado de pagar por su paupérrima situación, de ahí que la intervención se centrara en garantizar el flujo monetario para solventar las quejas a este respecto, poniendo dinero en circulación para de esta forma garantizar el crédito a los prestamistas¹⁶, sin llegar a abolir las deudas; si bien, como hemos apuntado, trata de solucionar los problemas de impago concediendo a posibilidad de cumplir el mismo con la entrega de bienes.

Como vemos, se articulan una serie de medidas en relación a la protección a las que Saccocio¹⁷ se refiere como una imposición unilateral a los acreedores para que acepten como pago los fondos, en lugar de dinero, esto es un tipo de *datio in solutum* forzosa, sobre todo ante situaciones de crisis económicas que afectaban a los deudores.

Ahora bien, esta *datio in solutum necessaria*, a pesar de los antecedentes señalados, que produce la liberación del deudor prescindiendo de todo acuerdo con su acreedor, obligado éste último a aceptar un «*aliud pro alio*¹⁸», no deja de

¹⁴ Junto a la medida que estamos analizando, dispuso la remisión de los intereses devengados durante dos años lo cual supuso la pérdida de una cuarta parte del crédito a los acreedores y por otro lado, restringió la posibilidad de que nadie pudiese atesorar más de quince mil denarios al contado, *vid.* en relación a esto último, entre otros, Cic. *Att.* 7,18,4; 9,9,4; 10,11,2.

¹⁵ SUAREZ PIÑEIRO, A.M., «César un político popular», *Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica* 9,1997, pp. 249-275; 254, la a. considera que: «*la política de César sobre deudas no fue especialmente revolucionaria. Fue pensada para moderar la estricta ley de crédito vigente en Roma, para promover una medida que supusiera cierto alivio tanto a los grandes como a los pequeños deudores, y para tranquilizar a los ciudadanos haciéndoles ver que el gobierno era permanente y de confianza. El dinero circuló de nuevo en los mercados y desapareció la ansiedad por cancelar las deudas.*»

¹⁶ Dion Casio, 41.37.2; 41.38.1-2.

¹⁷ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio* ... p. 271. el autor señala que la terminología de las fuentes habla de un procedimiento de transmisión del fundo al acreedor a iniciativa del deudor, a ello se refiere Suetonio «*satisfacere*» Cesar «*trudere*», si bien el autor aporta otras fuentes como Apiano Bc. 2.48 «*διδόναι*» o Dión Casio 42.5.2. «*ἀπόδοσιν*», esta claro que la función que desempeña la aceptación del terreno a la cual es constreñido el acreedor es sustitutiva del pago del precio.

¹⁸ MELILLO, G., *In solutum dare...*, p. 136-138, el a. señala que la conmutación de una prestación por otra tiene su génesis en época Republicana y en concreto en el sector agrario donde para hacer frente a las deudas monetarias, hubo que acudir al pago en especie, y que pudo determinar la configuración pretoria de la *condictio triticaria*. Si bien el a. en su p. 137 alude a la aparición de ese *aliud pro alio* y de la identificación con el binomio *solvere-satisfacere*, en relación a Catón, *De agric.* 146.2, «... *donicum solutum erit ut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt...*» la *Lex Galia Cisalpina* 21.14-19 (Fira.1.173) que habla de la prestación sustitutiva y incluso en la *Tabula Heracleensis* 40-45, referida a los supuestos en los que el propietario obligado a conservar una vía incumplía el edil que tuviera a su

ser, un *beneficium dationis in solutum*¹⁹, el cual encuentra su desarrollo autónomo y específico por parte de la cancillería en dos Novelas que veremos a continuación Nov.4.3 y Nov.120.6.2., y por tanto extraña a la doctrina clásica²⁰.

Veamos en primer lugar la Nov.4.3 del emperador Justiniano del 535 dirigida a Juan de Capadocia:

Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia (damus enim creditori volenti immobiles res accipere pro auro), sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem: tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi nostrae reipublicae iudices secundum unicuique concessam a lege et a nobis iurisdictionem, in provinciis autem gentium praesides praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela cum qua debitor dare possit. Rerum vero datio sit huiusmodi: quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. Etenim non erit iustum, dantem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia, si aurum non recepit aut aliud rerum quae portari possunt, tamen licet ei possessionem non inutilem habere. Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis: agnoscant autem creditores quia, etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis ratio ad hoc causam perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud facturum erat quam propriis cedere, et rursus res ad creditorem merito venirent aurum percipere non valentem. Quamobrem quod cum iniuria et affectu acerbo perduceret creditorem et debitorem, hoc nos clementer simul et legaliter decidentes et infelicibus debitoribus auxiliamur et acerbis creditoribus non apparebimus duri, causam eis deputantes ad quam, si permanerent inoboedientes, tamen modis omnibus advenirent. Si itaque creditor paratus est praeparare quendam emptorem, necessitatem habere debitorem hoc agere, praebentem huiusmodi cautionem arbitrio iudicantis, qualem omnimodo est dare possibilis. Undique enim ita creditoribus providendum est, ut non debitores graventur.

cargo la zona podía ejecutar la obligación a costa del propietario incumplidor mediante arriendo del citado servicio a un tercero.

32-50 donde se regula un procedimiento de ejecución forzosa.

¹⁹ BONINI, R., «La c. d. datio in solutum necessaria (Nov. Iustiniani 4,3 e 120,6,2)», en *Contributi di diritto giustiniano* (1966-1976), Bologna, Patrón Editore, 1990, pp. 3 ss.

²⁰ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* p. 273. ASTUTI G, v. *Dazione in pagamento*, ED 11, 1962, p. 733. Se consideró como una datio solutio coactiva con el pago de los fundos de mayor valor según la autoridad competente, LONGO, G.E., v. «Datio in solutum», *NDIV*, Torino, Ed. VTET, 1957, p 173, n. 2.

1. Et absolute creditorem ponimus, antiquas sequentes leges, omnem, qui actionem habere contra aliquem potest, licet non sit mutuum gestum, sed alter quidam contractus consistat. Argentariorum quippe, sponsonibus propter utilitatem contractuum in ordine moderno durantibus.

'Epilogus' Quae igitur a nobis pro cautela subiectionum sancita sunt, cognoscens tua eminentia sollemnibus programmatibus et hic et in omni dictione fieri manifesta procuret, ut etiam inter gentes agnoscant subiecti quanta fuit nobis pro illorum utilitate providentia.

La providencia comienza con la usual justificación de la política legislativa²¹ del emperador en aras a auxiliar a los ciudadanos por las razones humanitarias, *humanis auxiliatur curis*, que se esgrimen en interés del deudor. De ahí que, a priori, en el texto aparezca hasta tres ocasiones *clementiam sancitur* como motivo para poder proteger a los deudores a través de una *datio in solutum* dirigida a evitar el procedimiento de ejecución patrimonial del deudor insolvente, en un período de crisis²² marcado por una situación política tan inestable en áreas tan inseguras como las provincias orientales en las que difícilmente el deudor podía encontrar un comprador de inmuebles. De ahí que, ante las guerras, la influencia militar y la consiguiente confusión política, se articulara este mecanismo de *datio in solutum necessaria* con el fin de que el propietario de un terreno que había recibido un mutuo, pudiera satisfacer a su acreedor ofreciendo dichos inmuebles²³, a pesar de que el texto también señala que dicha solución no sea grata para algunos acreedores. Lo cierto es que las razones humanitarias²⁴, a las que apela el emperador en su intervención, que no deja de ser un *ius singulare*, tienen como denominador común la crisis económica, cuestión que constituye una constante histórica, como iremos viendo en este estudio.

En la Novela también se recoge de forma casuística el problema que se deriva a raíz de un mutuo confiado a la solvencia del deudor, el cual carece de dinero para su restitución y sin embargo posee inmuebles²⁵ que no logra ni tan siquiera

²¹ Vid. sobre el estilo y redacción de la Novela de Justiniano, VOLTERRA, E., «Il problema del testo delle costituzioni imperiali, en la critica del testo» en *Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di storia del Diritto II*, Firenze, Ed. Olschki, 1971, p. 1081 ss.

²² LUCKS, K.M., *Aestimatio possessionis in Justinian Novellem 4.3 und 120,6,2*, Trier, 1991, pp. 140-141 «Eine Erklärung für die Geldknappheit und die Wertlosigkeit von Grundbesitz als Ursache des Erlaßes der Novellen 4,3 und 120,6,2 lässt sich der politischen und wirtschaftlichen Situation im frühen 6. Jahrhundert entnehmen. Als Justinian im Jahre 527 die Alleinregierung in Konstantinopel übernahm, war die politische Lage außerordentlich gespannt».

²³ LUCKS K.M., *Aestimatio possessionis...* p. 142.

²⁴ DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano*, Murcia, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1987, p. 162.

²⁵ BONINI, R., «La c. d. *datio in solutum necessaria...*», p. 11, n. 8, resultan extraños los casos del deudor que esta desprovisto de liquidez y de bienes muebles y, sin embargo, si tiene bienes inmuebles, de

ra vender cuando su acreedor le apremia en el pago. Por otro lado, el legislador había dado licencia para que el acreedor que quisiera pudiese aceptar bienes inmuebles en lugar de dinero, incluso cuando el deudor carecía de bienes muebles.

Ahora bien, en este caso se añade la dificultad de encontrar un comprador para los mismos por parte del deudor ya que su acreedor divulga que estos están gravados lo cual provoca que los posibles compradores sean renuentes «*creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem*». Es evidente que el acreedor mira por sus intereses y se observa la posibilidad de una venta de las cosas pignoras por el deudor, de ahí que la Novela destaque este aspecto en el que se trata de buscar compradores de los inmuebles con la dificultad que conlleva el hecho de que los mismos se encuentren gravados²⁶.

Por otro lado, el legislador continúa haciendo alusión a que, tanto los magistrados urbanos *nostrae reipublicae iudices*, como los *praesides provinciarum*, después de haber realizado la estimación pertinente de los bienes del deudor, darán a los acreedores posesión de los inmuebles en relación a la cuantía de la deuda *quantitatem debiti possessionem immobilem*. Es evidente que el emperador trataba de poner remedio a un procedimiento infructuoso en el que el deudor no podía hacer frente al pago de la deuda ni tan siquiera con sus bienes inmuebles ya que no encontraba compradores²⁷ para éstos. De tal forma que lo que se articula es una dación en pago de los inmuebles por deudas monetarias²⁸ en favor de sus acreedores justificada por razones de orden humanitario, como se infiere *ab initio*.

A mayor abundamiento, la disposición exige *cautio* o garantía del deudor, esto es con el fin de poder evitar, probablemente una posible evicción²⁹ que pueda afectar a los inmuebles. Además con el fin de garantizar el equilibrio entre las partes, no sólo porque se le permite este mecanismo al deudor incapaz de hacer frente al pago de la deuda, sino porque también como contrapartida al verse constreñido el acreedor a recibir el inmueble se añade en la disposición que dicha *datio* se realice de forma que se les de los mejores o de mayor valor al acreedor y los peores, un vez pagada la suma, permanezcan en poder del deudor. Así la Novela, trata de salvaguardar el equilibrio entre las partes al mismo tiempo que garantiza el consuelo del acreedor obligado a

ahí que el autor considere que «*il discorso avrebbe potuto svilupparsi a titolo del tutto ipotetico, nel senso de una datio in solutum necessaria di cose mobili*».

²⁶ BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia en el pignus*, Torino, G. Giappichelli, 1949, p. 119 y ss.

²⁷ BONINI, R., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*» p. 11, n. 9.

²⁸ POLACCO, V., *Della dazione in pagamento I*, Padova 1888, p. 63 y ss.

²⁹ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* p. 281, n. 44.

aceptar el inmueble como pago, debiendo ser, éste último, de entre los de mayor valor, así se observa de la Nov.4,3: «...*Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia*». Esto tiene su lógica si pensamos que quienes conceden un mutuo reciban unos bienes de valor o según como se infiere de la constitución como *possessionem non inutilem habere*. Ahora bien, la propia disposición aclara en su parte final que se llega al mismo resultado sin esta intervención por razón de necesidad, ya que el deudor desprovisto de dinero y sin compradores, podían realizar la cesión de sus bienes a sus acreedores que no hubiesen podido cobrar la deuda de éstos últimos con esa *cessio bonorum*, ante esa falta de alternativas³⁰. Por ello, sin la *datio in solutum necessaria*, el deudor era ejecutado concursalmente o bien este podía evitarla haciendo esta *cessio bonorum* que además comprendería los mismos bienes.

Con base a lo antedicho, el emperador acogiendo a los que considera «*infelicibus debitoribus*» adopta una decisión humana basada en la clemencia ante una situación de crisis económica en la que los deudores se encontraban con falta de liquidez y sin compradores, lo que habría generalizado esta medida³¹. Si bien, el final de la novela hace referencia a que el acreedor podía procurar un comprador al deudor, para lo cual este último debía de prestar caución conforme al arbitrio del juez, ello constituía una garantía previa a la venta en favor del acreedor y al crédito que este tenía a su favor.

La precisión del párrafo primero hace hincapié en la necesidad de que el acreedor sea el que tenga acción procesal derivada del contrato contra un sujeto, por cualquier causa³² y subsistiendo también los derivados de las relaciones bancarias³³ por razón de utilidad de los contratantes.

³⁰ BONINI, R., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*» p. 13. En igual sentido GIUFFRÈ, V., «*La c. d. «lex iulia» de bonis cedendis*», *Labeo* 18 (1972) p. 177, n. 17.

³¹ DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina...* p. 164.

³² En relación a la identificación que existe con el acreedor debe tenerse en cuenta *de verborum significationes* en tres fragmento de Ulpiano, D.50.16.10: «*Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex qualibet actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur*»; Gayo50.16. 11: «*creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*»; y de nuevo Ulpiano D.50.16.12.pr: «*Ut si cui ex empto vel ex locato vel ex alio ullo debetur. Sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi. Quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicitur creditoris loco non esse, postea esse*».

³³ Parece que la liquidez bancaria quedaba garantizada por razón utilidad, *vid.* LONGO G., «*Utilitas publica*», *Labeo*18 (1972) p. 61 ss. En igual sentido, ASTUTI G., *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito, II*, Milano, Giuffrè, 1941, pp. 280-354.

Dada la importancia de la norma y a fin de darle difusión para poder aplicar la *datio in solutum* cuando fuera necesaria ante la venta infructuosa que obligaba a la misma, se establece en el epílogo la necesidad de dar la mayor publicidad para que sea reconocida y aplicada en todo el imperio.

En términos semejantes, si bien con una serie de cautelas que veremos a continuación, se promulga otra disposición nueve años más tarde que guarda ciertas semejanzas procedimentales en cuanto a la Novela que ya hemos comentado, se trata de la Nov.120.6.2:

In venerabilibus vero monasterios primates eorum cum a pliore et maiore parte ibidem deservientium monachorum contractum efficiant... hoc etiam super ipsis venerabilibus domibus defenire praevimus, ut si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiant, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari immobilem rem creditori, ut eius fructus colligens reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis quam in usuris non amplius quarta parte centesimae. Si vero noluerit isto modo transigere debitum, iubemus per eos quidem qui a sanctissimo patriarcha ordinantur, sive metropolitae sive alii episcopi sint sive archimandritae sive orphanotrophi aut ptochotrophi aut xenodochi aut nosocomi aut aliarum venerabilium domorum ordinatores, apud sanctissimos patriarchas, a quibus ordinantur aut praeponuntur, monumenta fieri, et cum iureiurando ordinatorum et consensu amplioris partis in eis deservientium debitum manifestari et quia non est possibile de rebus mobilibus istud persolvi; eos vero qui a metropolitae ordinantur, sive episcopi sint sive archimandritae sive orphanotrophi sive ptochii aut aliarum venerabilium domorum ordinatorum, apud eos similiter metropolitae episcopos huiusmodi monumenta conscribi; ab illis vero episcopis, qui aut a patriarchis aut metropolitae episcopis ordinantur et habent sub propria iurisdictione aut monasteria aut ptochia aut xenones aut nosocomia aut alias venerabiles domos, sub similem modum gesta fieri, ita tamen ut, sive apud patriarchas sive apud metropolitae sive apud alios episcopos huiusmodi gesta fiant, nullum pro his dispendium aut expensam venerabiles domos sustinere. Propterea enim nolumus de cetero apud iudices provinciarum aut defensores locorum huiusmodi monumenta a memoratis personis sive domibus agi, ut nullum dispendium sentiant. Postquam vero ista subsecuta fuerint apud memoratos sanctissimos patriarchas aut metropolitae aut alios episcopos, tunc praedicti ordinatorum debitoris domus venerabilis in scriptis in publico civitatis loco proponant per viginti dies, et isto modo hortentur eos qui emere volunt immobilem rem, ut qui plus praebet aliis praeponatur. His vero omnibus procedentibus venditionem fieri pretio modis omnibus pro debito dando, ut non aliter habeat emptor munitionem, nisi pretium pro ipso debito persolvatur, et hoc evidenter inscribatur, quia nihil ad laesionem aut praescriptionem eiusdem venerabilis domus efficitur. Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur, iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in

ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum, ita tamen ut ordinatores debitoris venerabilis domus et amplior pars in eo deservientium huiusmodi venditionibus consentiat. Quae autem praebetur in hoc immobilis res non per electionem creditoris detur, sed secundum aequitatem aliud quidem fructiferarum aliud vero et sterilium possessionum eiusdem venerabilis domus et in reditu earum et in fi scali solutione et reliquae ordinationis.

Esta providencia fechada en el 544 dirigida al prefecto pretorio oriental, Pedro³⁴, también contiene un *datio in solutum necessaria*, en este caso aplicable a las *venerabiles domus*³⁵, es decir, establecimientos cristianos destinados a la beneficencia pública, por tanto a las *piae causae*³⁶.

Debemos traer a colación el pasaje contenido en el cap. IV³⁷ de la misma en la que se aclara que, si se necesita dinero por razón de tributos fiscales o de otra deuda, le sea lícito a sus administradores, bien obligar una cosa inmueble o darla en prenda al acreedor; e incluso recibir sus frutos con el fin de aplicarlos a las cantidades e intereses prestados sin que éstos superen la cuarta parte del 1% mensual, al mismo tiempo que se establece la necesidad de recuperar dicho inmueble si se paga la deuda o se compensan con los frutos el crédito pendiente.

Como vemos la norma también aplica una forma de anticresis legal si bien ésta prescinde del consenso del *creditor*. Ahora bien, si de esta forma no

³⁴ El epilogo que contempla la disposición es semejante al que vimos en Nov.4.6 que establecía la necesidad de garantizar la publicidad de la disposición con los pertinentes edictos con el fin de que los súbditos conociesen la medida, de igual forma Nov.120.6.2 en su epilogo señala en relación a como el prefecto: « *eminentia igitur, quae per praesentem legem perpetuum valituram nostra sanxit tranquillitas inconvulsa observare festinet, edicto in solemnibus et legitimis locis per decem dies propósito et nullo pro tali occasione in provinciis destinando. Nos enim providemus, quali modo sine collatorum laesione mni-bus praesns nostra generalis constitutio manifesta fiat*» vid. SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* p. 282.

³⁵ Estas se fueron personificando progresivamente sobre una base patrimonial, configurándose en las Novelas de Justiniano como centros autónomos de beneficencia dotados de capacidad hasta el punto, como sucede en nuestra Nov.120.6 en el que el legislador se refiere directamente a las casas autónomas y no a los obispos administradores a los que simplemente les otorgará el rol de supervisión, más adelante en Nov. 131. Vid. MURGA J.L., «La continuidad post mortem de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva» en *AHDE* 36 (1968), p. 543. ID. «Los negocios *pietates causa* en las constituciones imperiales postclásicas» en *AHDE* 37 (1967), p. 336-337. Sobre la atenuación del rigor en la Novela vid. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, E., «*Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*», *ZSS* 8, 1887, p. 245.

³⁶ Sobre las fundaciones cristianas de beneficencia y el concepto CUGIA, S., «*Il termine «Piae Causae»*. Contributo alla terminologia delle persone giuridiche nell diritto romano», *Studi in onore di C. Fadda*, V, Napoli, L. Pierro Editore, 1906, p. 229 ss.

³⁷ *Si vero contigerit aliquam praedictarum venerabilium domorum nomine fiscalium tributorum aut alterius cuiuslibet supervenientis necessitatis venerabili domui pecuniis egere, liceat eius ordinatoribus immobilem rem aut supponere aut dare in speciale pignus et creditor possideat eandem rem, et eius fructum colligat, et reputet sibi tam in his creditis pecuniis, quam in usuris, non autem maioribus, quam quartam partem centesimae. Si vero persolverint debitum praepositi eiusdem venerabilis domus, aut ex fructibus adimpleatur creditum, redat iterum res ad venerabilem domum, ex qua data est.*

se satisfacía la deuda, se procedía a realizar otra cautela que consistía en que las *piae causae* a través de un procedimiento privilegiado en el que los autorizados por el patriarca sean metropolitanos, obispos, archimandrita, o los encargados de los asilos, hospicios, hospitales y de cualquier otra *venerabiles domus*, hagan actuaciones por las cuales se manifieste la imposibilidad por los que son ordenados o constituidos y con juramento de los administradores, y de la mayoría de los que prestan los servicios en las mismas, para que se manifieste que no es posible que la deuda sea pagada con bienes muebles³⁸.

En igual sentido, la disposición recoge que en lo sucesivo tales personas o casas, no hagan actuaciones ante los jueces o defensores para evitar que sufran dispendio alguno *nullum dispendium sentiant*³⁹, de forma que se proceda a la exposición pública durante veinte días a través de un bando hecho por los administradores de la casa deudora para que los interesados en comprar el bien inmueble⁴⁰ puedan pujar por la misma, es decir una especie de subasta en la que el mejor postor se quedaría con dicho bien.

Por otro lado, en la Novela 120.6.2, al igual que vimos en Nov.4.3, se establece una nueva formalidad por la cual el acreedor puede ser conminado a aceptar *pro soluto* la posesión del inmueble, esto es, como último recurso una vez que se han realizado las cautelas anteriormente señaladas sin éxito se abriría la posibilidad a una dación en pago.

De esta forma, en caso de que no se encontrase comprador, se manda que el acreedor reciba la posesión de la *venerabilium domorum* afectada como pago. Este última eventualidad, tercera vía, es la que ordena al acreedor a ser conminado a aceptar *pro soluto* el bien que, el centro afectado por la deuda, debía entregar en concepto de pago, conforme con una sobre estimación del mismo, que estaba determinada en un diez por ciento de su valor y que además debía poseer una calidad media «...*et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum*». En todo el procedimiento, se observa la necesidad de garantizar ciertas cautelas y formalidades dado que se exige no solo el consentimiento de los administradores de la institución o *venerabilis domus*, sino también de aquellos que desempeñan su actividad laboral en dicha casa. Si bien, en la disposición se introduce como novedad a diferencia de lo que vimos en Nov.4.3 un privilegio en favor de la Iglesia, en tanto en cuanto no se da elección la posibilidad de elegir solo entre terrenos de gran valor sino que se

³⁸ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio ...* pp. 288-289.

³⁹ BONINI, R., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*», *op. cit.* p. 22.

⁴⁰ Sobre estas ventas en subasta *vid.* TALAMANCA, M., *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, pp. 106 y ss.

establece la necesidad de asignar de forma equitativa terrenos productivos y estériles⁴¹.

A priori, aunque la Nov.120.6.2 habla de *venditionibus consensiant*, en relación al consentimiento prestado por los administradores, lo cierto es que en ningún caso se trata de una compraventa como contrato típico, sino a una asimilación técnica que el emperador realizaba de la *datio in solutum necessaria* a la voluntaria, donde la naturaleza jurídica de la *datio* se asoció a la compraventa⁴².

La intervención de Justiniano obedece a una situación de crisis coyuntural que requiere medidas ágiles como hemos visto que obligan al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva del deudor pro soluto siendo en Nov.120.6.2 una *Pia causa*.

En otro orden de cosas, debemos tener en cuenta que muchos banqueros tenían que asumir una serie de riesgos cuando alude a la necesidad de los créditos a pesar de las dificultades que podían darse por parte de los deudores así se infiere de la Nov.136 del 541 d.C, de su Prefacio⁴³, si bien nos interesa el cap.III:

Atque illud profecto non alienum a ratione dicere visi sunt, si cuidam ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas pecuniam credant vel antea crediderint, et certam pecuniam dederint, et ex nummis creditis res acquisita sit, omnium se in ipsa re praecipua habere iura neque debere ullum pati damnum, sed si plane probent, pecuniis suis rem comparatam esse, neque illis debitores pecunia satisfacere possint, ipsa res pecunia eorum emta eis addicatur, quasi revera ab illis emta, sola vero emtoris appellatio interpósita esset. Neque enim iustum est, eos qui sua expedunt, non etiam primum et indubitatum locum in rebus emtis habere, si modo in scriptis contractibus hypothecae mentio facta fuerit. Nam si hoc observaverint omne id consequentur, quod nos rogarunt, inmo vero plus quam petierunt, siquidem potiora ipsis iura prae omnibus damus in iis rebus, quae ex eorum pecunia emtae probantur...

La Novela se centra en el sector bancario al cual el emperador establece un privilegio a los banqueros en los supuestos en los cuales habiendo concedido préstamos ya sea para comprar muebles o inmuebles, éstos no son devueltos, probablemente por la falta de liquidez de los deudores, ante dicha situa-

⁴¹ PUGLIATI, S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*.vol.2 *Problemi di diritto privato e di legislazione politica religiosa*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 114 ss, recoge un derecho singular en tono a los privilegios eclesiásticos concedidos por Justiniano.

⁴² « *Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata retinuit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus*». Ulpiano, 6 *fideicom.*, D.42.4.15.

⁴³ «*Qui in corpore sunt argentariorum felices huius urbis potentiae nostrae suplicantes de multis capitibus nos rogarunt potiri cupientes auxilio quum et ipsi multis se útiles praebeant, unde constituta et mutua subeant omnis periculi plena...*».

ción se establece un derecho preferente sobre la propiedad adquirida por el deudor, ya que se les adjudica a éstos como si fueran los propios banqueros los que adquieren dicha propiedad; haya habido o no constitución de hipoteca como garantía⁴⁴. A diferencia de la Nov.4.3, que básicamente era una autorización para imponer al acreedor la *datio in solutum* cuando el deudor carecía de liquidez y así facilitar el pago, esta Novela 136, con el fin de poder dar una mayor cobertura a los banqueros, establece ante el incumplimiento de los contratos de mutuo, probablemente por la crisis, la adquisición de los bienes adquiridos con los mismos como *beneficium dationis in solutum*.

A priori, del análisis de las fuentes romanas en relación a esta *datio in solutum necessaria*, se infiere que las razones de su aplicación obedecen a una situación económica coyuntural y a la vez singular, y, como tal una excepción al principio *aliud pro alio invito creditore solvere potest*.

Es evidente, como vimos en Nov.4.3, que la *datio* se ofrecía como un mecanismo que trataba de solventar la posición jurídica del deudor que había agotado todas las posibilidades del pago en el marco del procedimiento y que, ante la carencia de bienes muebles, sólo le quedaba hacer frente a la deuda a través de la entrega de un bien inmueble a la cual el acreedor no podía negarse ya que se había establecido por necesidades imperiosas, en las que los deudores eran víctimas de alguna contingencia económica particular.

Con base a lo antedicho, y siguiendo a un sector doctrinal⁴⁵, se deducen una serie de ideas de las fuentes justinianeas: por un lado es obvio que las razones que justifican la intervención imperial se asientan en: por un lado, razones de índole económico y social con el fin de tutelar y prestar auxilio a los deudores; si bien se podía haber resuelto los problemas que afectaban al equilibrio prestacional a través de un uso adecuado del principio de buena fe contractual⁴⁶ como fuente de integración del contrato.

Por otro, no podemos olvidarnos que este remedio permitía a los deudores extinguir sus obligaciones en supuestos donde no lograban monetizar sus bienes para poder cumplir con la prestación, ya que era difícil encontrar compradores de sus bienes inmuebles que estuvieran dispuestos a pagar una cantidad razonable o un justo precio, por los mismos.

⁴⁴ En la segunda parte se alude a esta posibilidad cuando señala «... *si tamen contractus sine scripto factus est vel fiat, et ipsi pecuniam dent, vel species... nec pretium acceperint, tunc eas tanquam suas vindicare illis liceat, licet hypothecas non habeant...*» Nov.136.3.

⁴⁵ SACCOCCIO, A., «La c. d. *datio in solutum necessaria* nel sistema giuridico romanistico», en Roma e America. Diritto romano comune», Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, 14, Bogotá, 2002, pp. 37-39.

⁴⁶ Vid. CARDILLI, R., «La buona fede ome principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina», en Roma e America. Diritto romano comune 13 (2002) pp. 143 y ss.

III. EVOLUCIÓN ULTERIOR EN EL DERECHO INTERMEDIO Y POSITIVO: EXCEPCIONALIDAD DE LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA

Posteriormente, este *beneficium dationis in solutum*, fruto de una reinterpretación y estudio de las fuentes romanas por parte de los glosadores y comentaristas⁴⁷ otorgaba un beneficio *ex lege* extraordinario a los deudores⁴⁸ que hacían uso de la *datio solutum necessaria*⁴⁹, aparece consagrado en el Fuero Real, 3.20.16: «*Sy aquel que es tenuto de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demandar*», según se infiere del fragmento el deudor puede pagar con otra cosa distinta sin que después se admita demanda al respecto.

En las Partidas también encontramos el reflejo del principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* en Partida V.14.3 que bajo la rúbrica «*como deuen fazer la paga o el quitamiento e a quien y de que cosas*» señala: *pagamiento de las debdas deue ser hecho a aquellos que las ha de recibir e deue se fazer de tales cosa como fuero puestas e prometidas el pleyto quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga. Pero si acaes- ciese que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien*

⁴⁷ A la *datio in solutum necessaria* se ocuparon los glosadores y comentaristas del siglo XII al XVI, si bien es de destacar los trabajos de Baldo de Ubaldis y Jasón Maino quien después de subrayar la vigencia de la regla romana *nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*, estudia más de veinte casos de excepciones del digesto, IASO MAYNI, *In secundam Digesti veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1622 ad. D.12.1.12.1, fol. 7 un. 9. Citado por SACCOCCIO, A., *La c. d. datio in solutum necessaria...* p. 45. BLANCH NOUGUÉS, J.M.³, «Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el Derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos», *RJUAM* 21(2010), pp. 33-53, 48 ss.

⁴⁸ LUDOVICO PONTANO estableció como requisitos del *beneficium* para las deudas pecuniarias, que el deudor no solo declare que no tiene liquidez monetaria sino que pruebe dicha situación de forma adecuada y el deudor no tenga bienes muebles y que transfiera la propiedad de los bienes inmuebles, así lo afirma en *Consilia sive Responsa*, Venetiis 1581, Consilium 158, fol. 108, el a. inspirándose en una controversia entre T. *Spinalis* y *Iacominus*.

⁴⁹ En el Derecho germánico encontramos el empleo a esta dación en dos leyes del siglo séptimo y noveno la *Lex Ribvaria* XXXVI.11 y la *Saxonum* LXVI vid. VILLA ROSAS, G., «*La recepción de la datio in solutum en las codificaciones europeas y latinoamericanas*», en *Revista de Derecho privado RDP* 20 (2011) p. 49-101. El autor considera que existieron opiniones divergentes sobre el instituto que venimos analizando, en particular en lo que concierne a la falta de unanimidad sobre el contenido de la pretensión de satisfacción sobre la *datio in solutum necessaria* hizo que el concepto se desarrollara fuera del marco de las fuentes justinianeas, en lo que concierne al Derecho germánico el a. trae a colación las leyes citadas como ejemplo de aplicación del *beneficium*. Como también nosotros hemos apuntado muchas de las medidas que también se adoptan en el medioevo son debidas a las crisis económicas como apunta el a. en relación al §172 del *Recessus Imperii Novissimus* de 1654 se estableció que los deudores pudieran transmitir a sus acreedores sus bienes muebles o inmuebles en lugar de la prestación pecuniaria original. En este periodo hubo respuesta favorable a utilizar de forma generalizada este *beneficium dationis in solutum*, a pesar de que podía estar justificado por razones coyunturales económicas y sociales. Vid. SACCOCCIO, A., «*La c. d. datio in solutum necessaria...* pp. 46-83.

*puede dar le entrega de otras a bien vista del judgador. Otrosi dezimos que si el quel ouviesse fecho pleyto de fazar alguna cosa e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto según su aluedrio del judgador del lugar. E deue pechar le el daño e el menoscabo que le vino por razón que non fizo aquella cosa, assi como prometio....*⁵⁰

Es evidente que las Partidas recogen⁵¹ la *datio in solutum necessaria* cuando concurren una serie de eventualidades y se produce de manera excepcional cuando el deudor se ve sometido a una serie de vicisitudes que impiden el cumplimiento normal de la prestación, ya sean de *dare* o de *facere*. Pero la Partida partiendo del reconocimiento del principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, permite la entrega de un *aliud pro alio*, cuando el deudor no pueda cumplir con la obligación primitiva, siendo irrelevante el consentimiento del acreedor y siempre bajo la autorización del juzgador.

El Código civil de Napoleón (1804) no contiene referencia expresa a la dación en pago voluntaria, y menos aún legal, sino que ésta se encuentra implícita, y sin que el acreedor pueda ser compelido⁵² a recibir un bien de igual valor o superior; este código ha inspirado el resto de Codificaciones europeas⁵³ e iberoamericanas⁵⁴, obedeciendo el mismo a la regla general que se

⁵⁰ SACCOCCIO, A., *Datio in solutum...* pp. 4908-4909.

⁵¹ También se recoge en la Partida VI.9.38 el supuesto del heredero que al estar gravado con un legado de bienes propiedad de un tercero, da cumplimiento a la entrega del mismo con la entrega de una suma equivalente del valor estimado de los bienes: «*conosciendo el heredero en juyzio que deue dar la manda que fue fecha a alguno si por auentura non la pudiesse luego entregar, el juez ante quien es fecha demanda en esta razón, deue dar plazo guisado a que la de. Mas si el heredero dixesse que aquella cosa que ouiesse mandado a otro el testador, era agena que la tuuiese tan cara aquel cuya fuese, que la non pudiesse comprar sinon por mucho mas delo que valia o si no la quisiese vender entonces dezimos que aboda que el heredero entregue a aquel a quien es fecha tal manda, dela estimacion della quanto pudiesse valer comunalmente*».

⁵² Art.1243: «*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*. El acreedor no puede ser constraído a recibir otra cosa que la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofertada sea igual e incluso mayor».

⁵³ Aunque se produce una exclusión de la dación en pago necesaria, la excepción a esta corriente se produjo con el ABGB austriaco de 1811 que la reconoce en su § 1414 y que permitía un *aliud pro alio* en caso de imposibilidad sobrevenida que permite al deudor liberarse aunque no lo consienta el acreedor. El *beneficium dationis in solutum* desde ese momento evolucionará en las codificaciones civiles como facultad de cumplimiento equivalente *ex lege* o en su caso entregando el *id quod interest*, o se incorpora como mecanismo procesal ejecutivo que obligará a los acreedores a recibir la propiedad que se ha intentado subastar. En todo caso el BGB 1900 el fenómeno *pro soluto* fue codificado como un subrogado cumplimiento en el que el acreedor acepta una prestación (*Leistung*) diferente a la debida § 364. El italiano de 1942 recoge en cierta manera en su art. 1197 la formulación francesa. Si bien el código portugués contiene en su art. 837-840 una reglamentación más orgánica que la contenida en el código francés, siguiendo más el modelo elaborado por la doctrina alemana *vid.* al respecto SACCOCCIO A., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*», *op. cit.* ... p. 91.

⁵⁴ Sobre algunos aspectos de la recepción en los diferentes códigos europeos e iberoamericanos *vid.* SACCOCCIO, A., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*», *op. cit.* p. 106 ss. VILLA ROSAS, G., «*La recepción*

aplicaba en el Derecho romano bajo el axioma «*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*⁵⁵», y por tanto *beneficium dationis in solutum* no tenía cabida en el Derecho francés, si bien, con anterioridad se había aplicado siempre ante circunstancias excepcionales⁵⁶. Por ello, el cambio de orientación deja su huella en el proyecto de Código civil 1851 de García Goyena art.1089⁵⁷, cuya huella se consagra en el 1166 de nuestro vigente código civil: «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*». Lo cual implica el deber inexorable del deudor de cumplir lo que convino en el contrato, de modo que el acreedor ostenta el derecho a que se observe la regla de identidad y no queda privado de su derecho a la ejecución exacta de lo convenido, lo cual implica que el margen de tolerancia para cualquier disimilitud en la prestación sea mínimo⁵⁸.

Por tanto, en nuestra codificación, desaparece toda mención a una *datio in solutum necessaria* o legal⁵⁹, quedando tan solo la voluntaria⁶⁰ pactada con

de la datio in solutum... p. 77-97. GUZMÁN BRITO, A., *La codificación civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 426 ss. BLANCH NOUGUÉS, J.M.^a, *Acerca de la datio in solutum necessaria...* p. 51ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*¹³, Thomson Reuters, 2010, p. 377-384. EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la ley 493 del Fuero Nuevo», en *Revista jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, 51, pp. 37-87.

⁵⁵ Paulo, 28 ad. ed., D.12.1.2.1: «*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*».

⁵⁶ Entre otros aspectos se tenían que dar como requisitos: que el deudor no poseyera dinero líquido y le resultara imposible procurárselo, sin su culpa; que éste no encontrara comprador para sus propios bienes, o de encontrarlo no se le ofreciera adquirirlo a un justo precio; el acreedor pudiera elegir una entre las cosas mejores del deudor; el deudor tenía que transferir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y garantizar la evicción con el resto; medida a la que acudió frecuentemente el Parlamento Alemán en el año 1654 ante situaciones de crisis de los treinta años; si bien, entre los siglos XVI y XVIII autores como Alonso Guzmán, Juan Gutiérrez, o Francisco Salgado de Somoza, fueron favorables al uso de este instituto, como señala EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a A., «Crisis económica»... p. 56; si bien a partir de los códigos como el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* de 1751, se produce un giro en la legislación según la cual se evita el compeler al acreedor a aceptar el cumplimiento de la prestación con un bien distinto de lo convenido.

⁵⁷ «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida», GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código civil*, III, Madrid, Ed. Sociedad Tipográfica, 1852, p. 121.

⁵⁸ A ello obedece también el artículo 1157 del Código civil cuando señala: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*».

⁵⁹ Sobre la evolución y estudio *vid.* también PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas», *Revista de Derecho Patrimonial* 39, enero-abril, 2016, pp. 27-64.

⁶⁰ FINEZ RATÓN, J.M., «La dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, 4 (1995), pp. 1467 ss.

el acreedor que permita un *aliud pro alio*, normalmente derivado de supuestos de iliquidez del deudor. Por ello, el margen de tolerancia para la disimilitud es mínimo⁶¹, dado que la exactitud de la prestación comprende numerosas vicisitudes, si bien la dación en pago, constituye una excepcionalidad a la identidad del pago o cumplimiento.

Dicha excepcionalidad se ha recogido en la Ley Navarra del Fuero Nuevo en su art. 493° 2, FN⁶² donde se disciplina la dación en pago necesaria: «*Asimismo el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la situación por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida*», lo cual permite acudir a este mecanismo para extinguir cualquier cantidad derivada de cualquier contratación civil, mercantil y de consumo⁶³, si bien se establecen como requisitos: que la obligación objeto de extinción sea derivada de una cantidad dinero, que ésta se haya convertido en especialmente gravosa; en este sentido, ya hemos comentado que la dación en pago en Roma como vimos de Nov.4.3 y 120.6 estaba justificada por unas contingencias económicas y sociales que afectaban a los deudores y que provocaban la iliquidez del mismo, idea que también se plasma en la legislación foral⁶⁴; otro de los requisitos de la ley 493, 2° implica que la decisión judicial en la que se estime la justa sustitución, a petición de la parte deudora, de la prestación de dinero por la entrega de un bien diferente, deba ponderar si los bienes que se entregan son suficientes para cubrir la deuda; y finalmente, lo que es obvio: la entrega de un objeto distinto por la prestación de la cantidad debida, esto último también supone un *dare* o una *datio* de un objeto en propiedad como se infiere de la ley 495⁶⁵ del FN, lo cual implica la consumación de la dación y la extin-

⁶¹ EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.ª A., «Crisis económica» *op. cit.*, p. 43. Añade dos notas a la caracterización de la dación como su integridad y su indivisibilidad, como se infiere del 1157 y 1169 de nuestro C. civil.

⁶² En este sentido, en el Proyecto de Ley Foral de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, recogido en el «Boletín Oficial del Parlamento de Navarra» de fecha 13 de febrero de 2019 en la ley 495 se recoge la dación en pago necesaria señalando: «*Dación en pago necesaria. El acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución atendiendo a la posición de iliquidez del deudor por imposibilidad de realización de sus bienes y a la agravación extraordinaria de la prestación que conllevaría para el mismo su cumplimiento forzoso o su incumplimiento por resultar una desproporción entre sus consecuencias o garantías y la deuda dineraria*».

⁶³ EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.ª A., «Crisis económica...», *op. cit.* pp. 63 ss.

⁶⁴ *Ibidem* p. 67 la a. señala que la dación en pago necesaria persigue la extinción de la obligación de dinero y no una modificación del contenido del contrato o la resolución de la relación, de esta forma se pretende atemperar, mediante la equidad el rigor del principio *aliud pro alio invito solvi creditore non potest*.

⁶⁵ «*Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en el que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación*».

ción de la obligación de la cantidad, salvaguardando los derechos del acreedor ante posibles vicios jurídicos o materiales del objeto de entrega.

Luego es importante destacar la regulación que se hace en el Fuero con la impronta romana sobre todo por su carácter extraordinario que afecta a los supuestos coyunturales de crisis y que la configura con una ponderada valoración judicial que aquilata la equivalencia económica de los bienes que se propongan entregar en sustitución de la prestación inicial evitando al mismo tiempo que el acreedor goce de una posición económica desproporcionada que se pueda traducir en un enriquecimiento injusto.

IV. DACIÓN EN PAGO: APUNTE SOBRE LA DIRECTIVA Y CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que la propia dación hoy en día cumple un papel crucial en aras a limitar los problemas que se suscitan en torno al pago del crédito hipotecario en el que se halla comprometido en base al art. 1911 el patrimonio del deudor al poder responder con los bienes presentes y futuros, mientras la obligación no se extinga⁶⁶.

Ahora bien, podemos limitar y restringir ese poder de agresión del acreedor, lo cual implica que el deudor pueda liberarse de su obligación con determinados bienes; en un contexto marcado por aquellas familias que, aprovechando los bajos tipos de interés, suscribieron créditos que fueron incrementándose exponencialmente ante una situación de burbuja inmobiliaria, y que, como sabemos, provocó el endeudamiento drástico de las mismas con créditos hipotecarios que no podían ser asumidos por muchas de ellas.

Bien es verdad que el art.140 de la Ley Hipotecaria permite una dación en pago voluntaria al *«pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados»*, si bien lo que se ha estado imponiendo *strictu sensu* es el art. 105: *«La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor»*, establecida en el antes citado art. 1911 C.c.

⁶⁶ Se exceptúan los bienes que son inembargables arts. 605-607 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, estableciéndose en el 609 la nulidad en caso de que se haya procedido a realizar la misma y lo del art.1 del RD-ley 8/2011 medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa que impide el embargo de los ingresos mínimos familiares en su art.1.

Pero debemos permitir o buscar una forma de *fresh start* o régimen de segunda oportunidad para evitar la estigmatización del deudor-consumidor-insolvente y su exclusión social tras liquidar su patrimonio y lo que es peor, que quede condenado a que éste no pueda nunca reiniciar su actividad económica familiar o incluso empresarial dada la responsabilidad del art.1911.

En el caso de la hipoteca voluntaria o de responsabilidad limitada pactada en su escritura de constitución a la que alude el 140 de la LH, estamos limitando al acreedor no sólo por tener que ejecutar solo la hipoteca sobre el inmueble sino también perjudicando a éste porque debe asumir su riesgo de disminución patrimonial. Si bien la responsabilidad del deudor y la acción de su acreedor, por virtud de este préstamo queden solo limitado⁶⁷ al importe de los bienes hipotecados sin afectar al resto de bienes del patrimonio de su deudor.

Ahora bien, tras la crisis de 2007, miles de familias han tenido que soportar desahucios y otras vicisitudes que se han intentado paliar mediante medidas legislativas como el RD-ley 6/2012, de 9 marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, también conocido como «*Código de buenas prácticas*» CBP, recogido en anexo, que contempla la dación en pago pero solo para los deudores en umbral de exclusión⁶⁸ junto a la posibilidad previa de reestructuración de la deuda con limitación de intereses moratorios, la posibilidad de una quita de hasta el 25 % del capital, y en última instancia, es decir si falla la reestructuración de la deuda, es cuando entra en juego la dación en pago necesaria.

En ese anexo del RD que es donde se recoge ese Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, se establece que en el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2), podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En

⁶⁷ Es evidente que se trata de una limitación del 1911 en tanto en cuanto ésta se halle inscrita de forma expresa en el título de constitución de la hipoteca, de esta forma se evita que una entidad crediticia pretenda la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor cuando ésta ya había pactado la adjudicación previa del inmueble de conformidad con el 140 LH, *vid.* al respecto auto n.º 111/2010, de 17 de diciembre, de la AP de Navarra.

⁶⁸ Según se infiere de su art. 3.1 son considerados los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual y que permite incluso una moderación en el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo, como se indica en su art. 4.1.

estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor quedando definitivamente cancelada la deuda, lo cual implica la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. Asimismo, se recoge una cautela en relación a la situación de exclusión y es que se establece la posibilidad de que el deudor pueda permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Posteriormente, se promulga la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta disposición también recoge en su anexo el Código de buenas prácticas, si bien en la contratación del préstamo y créditos hipotecarios, limita previamente lo que se puede pactar, permitiendo en algunas condiciones que el deudor se desvincule de lo pactado e incluso paralizando ejecuciones, de modo que, como sostiene Sainz Cantero Caparrós⁶⁹, la admisión del principio *pro consumatore* y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o más relevante para la protección del deudor que la propia previsión de la dación en pago retroactiva⁷⁰. Esta ley tuvo su origen en la necesidad de establecer un control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria, que en un contexto

⁶⁹ «La evolución de la posición del deudor hipotecario desde el pacto de Zurbano hasta la ley 1/2013 de 14 de mayo: del *favor creditoris cum hypotheca* al principio del consumidor en el tráfico inmobiliario» en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Comares, Granada, 2014, p. 18.

⁷⁰ No considera la dación suficiente en ejecución ya que la modificación introducida en el 579 LE-Civil establece que: Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procederán a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

de crisis coyuntural pudiera hacer que la postura de una entidad hipotecaria ejecutante provocara enriquecimiento injusto, cuestión que atenta contra el equilibrio contractual que se consagra en la directiva 93/13CEE⁷¹ y que se tradujo en la ley comentada.

En otro orden de cosas, es evidente que de alguna forma hay que acometer mayores esfuerzos para propiciar una «segunda oportunidad» o *fresh start* al deudor y que en España se ha ido acometiendo con medidas legales⁷², con el fin de evitar que este quede estigmatizado. En este sentido, se habla de una mayor flexibilidad del modelo americano donde el procedimiento de *bankruptcy* permite la condonación de deudas, «*discharge*» de conformidad con su cap. 7 o en su caso, la posibilidad de reestructurar la deuda mediante un plan de pagos si al deudor se le aplicara el cap. 13⁷³, modelo que también incorpora la dación en pago *deed in lieu of foreclosure*, siempre que no se logre una venta rápida o *short sale*.

Volviendo a nuestro entorno, en Europa el modelo de gestión de endeudamiento se percibe como un fenómeno social y desde un prisma sociológi-

⁷¹ Art. 3.º, 93/13/CEE «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». En este sentido puede verse la ST del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona procedimiento, de 7 de diciembre de 2016, en el que se apreció un comportamiento abusivo de la entidad, atentando ésta contra aspectos básicos en la contratación bancaria como la transparencia y la claridad al incluir cláusulas no negociadas y pre redactadas que implicaban importantes renunciaciones de derechos, tales como son los beneficios de división, excusión y orden, que a su vez vienen a equiparar al fiador con la figura del deudor hipotecario, sin que ello proceda.

⁷² Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que se convalidó por Ley 25/2015, de 28 de julio, establece su Disposición final tercera entró en vigor al día siguiente de la publicación. Según establece la Exposición de Motivos, la denominada legislación de segunda oportunidad tiene como objetivo: «*permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluido de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer...*». La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social introduce una modificación importante Respecto al Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios ya que se amplía el ámbito subjetivo, incrementándose el límite anual de renta de las familias beneficiarias, que se calculará con base en el IPREM anual de 14 mensualidades, incluyendo como nuevo supuesto de especial vulnerabilidad que el deudor sea mayor de 60 años e introduciendo una nueva forma de cálculo del límite del precio de los bienes inmuebles adquiridos. Adicionalmente, se introduce la inaplicación definitiva de las cláusulas suelo de aquellos deudores situados en el nuevo umbral de exclusión que las tuvieran incluidas en sus contratos. Además la ley amplía por un plazo adicional de dos años la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables contenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

⁷³ US Code Tit.11, modificado 2005-Pub. L. 109-8, title VIII, §801(b), title X, §1007(d), Apr. 20, 2005, Capítulos 7 sobre la «*liquidation*» y el 13«*Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income*», es decir la liquidación o, en su caso, el plan de ajuste para deudores con ingresos mensuales. En todo caso la aplicación de uno u otro capítulo puede estar condicionada al *means test*, donde se observa los ingresos del deudor en los últimos seis meses para verificar el promedio.

co⁷⁴ los problemas que se derivan del sobreendeudamiento del consumidor y más en relación a nuestra materia, por ello debemos traer a colación la reciente directiva 2014/17/UE de 4 de febrero del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores⁷⁵ para bienes inmuebles de uso residencial, por ello en su considerando 3 establece:

«Aunque algunos de los mayores problemas de la crisis financiera se produjeron fuera de la Unión, los consumidores de la Unión mantienen importantes niveles de deuda, gran parte de la cual se concentra en créditos relacionados con bienes inmuebles de uso residencial.... otras medidas compensatorias para aquellas situaciones en las que los riesgos subyacentes sean más elevados para los consumidores o en las que resulten necesarias para prevenir el endeudamiento excesivo de los hogares. Ante los problemas que la crisis financiera ha puesto de manifiesto, y con el fin de garantizar un mercado interior eficiente y competitivo que contribuya a la estabilidad financiera.»

En lo que concierne a nuestra materia, el artículo 28 de Directiva establece algunas cuestiones que debemos subrayar y que está claro van dirigidas a extinguir la obligación preexistente, sin dar origen a una nueva obligación, a través de la convención según la cual se produzca la sustitución de la prestación inicialmente debida por otra distinta. Cuestión esta que, dado que supone una modificación de las condiciones pactadas para el préstamo hipotecario, se enmarca en la de asunción de riesgos de las entidades de crédito.

En este sentido la directiva señala en su 28.1: *«Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución»*, luego obliga a las entidades financieras a facilitar a los consumidores información y explicaciones sobre todo en relación a las cláusulas y los aspectos del crédito, cuestión que exige a que las entidades asuman una fase precontractual con el deudor destinada a informar a éste último la carga económica y jurídica del préstamo; si bien

⁷⁴ ANDRÉS SANTOS, F., «Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho europeo» en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios...*, op. cit. pp. 123-124.

⁷⁵ La directiva se ha incorporado a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, publicada en BOE 16 de marzo 2019, la cual entrará en vigor en tres meses de conformidad con la disposición final decimosexta. Es de destacar la adhesión al Código de buenas prácticas en la DA¹¹: Todas las entidades que a la entrada en vigor de esta Ley se encontrasen adheridas al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», regulado en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de conformidad con la redacción vigente en el momento de su adhesión... se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en esta Ley, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de la versión previa que corresponda».

como se observa en el 28 en caso de ejecución ulterior manteniendo una postura flexible y razonable. Pero es en el apartado 4 donde se da cabida a la dación en pago, sin limitar la libertad de las partes, si bien va referida a la voluntaria:

«Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.»

En relación a este artículo, y en lo que concierne a la dación en pago, no existe mención alguna en la ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que entrará en vigor en el mes de junio, dado que ya existía en la ley hipotecaria la posibilidad de pactar la dación a tenor de los artículos 105 y 140, con arreglo a los mismos, como ya hemos apuntado se podía pactar que la obligación garantizada se haga efectiva solamente con el bien hipotecado, limitándose la responsabilidad del deudor a ese bien. Esta *lege data* podía haber sido una oportunidad para hacer una regulación de la «dación en pago», sin embargo, se omite cualquier referencia a ésta, dado que los tres ejes principales de la misma van referidos a la información precontractual, la evaluación de la solvencia potencial del prestatario (art.10 al 12) y la transparencia en la comercialización de los préstamos inmobiliarios. Excedería de las presentes líneas hacer un análisis de esta ley, si bien queremos destacar que también recoge en su disposición adicional undécima la adhesión al Código de buenas prácticas, al cual ya hemos hecho referencia y que en cierta medida parece recoger algunos principios de la dación en pago necesaria romana, sobre todo a personas con riesgo de exclusión, ante la sintomatología de la crisis económicas y sociales que provocaban la desvalorización de los inmuebles, en el CBP aunque también se puede lograr una reestructuración de la deuda e incluso una quita, hemos visto que hemos visto que también se puede llegar a una dación en pago en la que la entidad queda obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado, tal y como se infiere de su apartado 3: *«La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor».*

V. REFLEXIÓN FINAL

A tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores y a modo de conclusión podemos señalar las siguientes reflexiones:

En primer lugar, hemos podido verificar como los problemas de hoy no son tan lejanos dado que existieron circunstancias que obligaron a la adopción

de medidas dirigidas a auxiliar a los prestatarios como vimos en relación a las guerras civiles sufridas en la época de César, en la que se acuerdan medidas legales como la *lex Julia de Pecuniis Mutuis*, con imposición unilateral a los acreedores para que acepten como pago la entrega de fondos.

Si bien las situaciones coyunturales de recesión económica marcarán las medidas legislativas y las políticas de auxilio a los ciudadanos por parte del emperador Justiniano, como vimos en las Novelas analizadas que trataron de garantizar un equilibrio prestacional entre las partes, acordando la dación en pago necesaria que obligaba a la aceptación *ex lege* en ese marco económico de crisis, para lo cual se estructuran de forma escalonada una serie de cautelas procedimentales en un intento por satisfacer al acreedor afectado.

Por ello se percibe con claridad que en momentos coyunturales cobra virtualidad esta medida excepcional, como es la dación en pago necesaria, ante la falta de liquidez y la recesión económica que se originaba al no poder los deudores encontrar compradores de sus inmuebles para, de esta forma, hacer frente al cumplimiento de la prestación monetaria.

Este *ius singulare*, como hemos visto, también se aplicó a los supuestos de las *venerabiles domus*, en las que también las *piae causae* afectadas podían en última instancia, y una vez agotado el procedimiento extrajudicial, la entrega del inmueble, conminando al acreedor a una aceptación pro soluto de los bienes ofrecidos por las mismas.

La dación en pago necesaria en la actualidad ha quedado inserta en cierta medida en el CBP bancarias como respuesta jurídica a las crisis económicas y a la insolvencia de muchos deudores hipotecarios, si bien en épocas de normalidad queda salvaguardada la dación convencional, por tanto es lógico que la *datio* necesaria se configure para situaciones de exclusión social.

La Directiva 2014/17 como hemos visto ha dejado la puerta abierta en su art. 28 a la existencia de dicho mecanismo, si bien en la nueva Ley 5/2019 no se hace alusión *ex lege data* a la dación en pago, de ahí que en el caso de la convencional haya que remitirse a la ley hipotecaria art. 140, o en su caso a la vía del CBP al haberse recogido en su disposición adicional undécima.

A mi juicio, considero que se podía haber delimitado la dación en pago necesaria dentro de su propio nicho coyuntural económico, esto es en la crisis y las situaciones justificadas de vulnerabilidad, sin embargo, sabemos que limitar la responsabilidad patrimonial universal tiene como consecuencia la carencia de los créditos. Es obvio que la dación en pago necesaria no puede, en todo caso, superar su ámbito propio que se enmarca en las vicisitudes económicas, umbral que las entidades financieras saben que es inconveniente para las mismas ya que de lo contrario provocaría la carencia de los créditos inmo-

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

biliarios. Es un tema que tiene enorme enjundia y profusión que exige uniformización en el ámbito de la Unión Europea aunque se haya avanzado en aspectos tangenciales que obedecen en mayor medida a la reglamentación transnacional del crédito hipotecario.

II

DERECHOS REALES

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

*The aspects of Roman Law in the regulation of public goods in Brazilian
Civil Law*

MYRIAM BENARRÓS¹

JADER ALMEIDA GUERREIRO

RAQUELY PORTELA MALVEIRA

Universidade de São Paulo y Centro Universitário Fametro (Brasil)

Resumo: O presente trabalho busca analisar, primeiramente, no sistema do direito romano a disciplina das *res publicae*, em particular das *res communes omnium*, para posteriormente individuar no direito civil brasileiro quanto ainda permaneceu das concepções romanas na regulamentação das coisas públicas. Tenta-se, outrossim, evidenciar alguns problemas conceituais da tutela, nos ordenamentos contemporâneos, das *res publicae*, em particular no que concerne às *res communes omnium*.

Palavras-chave: Direito romano, coisas públicas, direito civil, tutela, bens públicos.

Abstract: The present article firstly seeks to analyse the regulation of *res publicae*, particularly of *res communes omnium*, in the Roman Law System; subsequently, it identifies what has remained from the Roman conceptions in the regulation of public goods in the Brazilian Civil Law. Furthermore, it is an attempt to highlight in contemporary ordinances some misinterpretations on the concepts of 'care, custody and protection' and of *res publicae*, distinctly concerning *res communes omnium*.

¹ O presente artigo foi elaborado por Myriam Benarrós, Mestre pela Universidade de São Paulo-USP, professora do Centro Universitário Ceuni-Fametro, em colaboração com os advogados Raquely Portela Malveira e Jader Almeida Guerreiro, bacharéis em direito pelo Ceuni-Fametro.

Keywords: Roman Law, public affairs, civil law, care, custody and protection, public goods

SUMÁRIO: I.–Considerações preliminares. II.–A classificação das *res publicae* no direito romano. III.–As coisas públicas no direito brasileiro: a *Consolidação das Leis Cíveis*, o *Esboço* e os Códigos Cíveis de 1916 e de 2002. IV.–Problemas conceituais e a defesa dos bens públicos no direito contemporâneo. V.–Considerações conclusivas.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O renascimento dos estudos do direito romano irá ocorrer, somente, no final do século XI, tornando-se intenso no século XII com a atividade dos juristas da Escola de Bolonha, os Glosadores.

O comparatista R. David tratando do renascimento e da ideia de direito afirma:

«A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. [...] A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma ideia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos Romanos. Mas o regresso a essa ideia, no século XII, é uma revolução².

O direito estudado e cultivado nas universidades europeias, entre os séculos XII e XVII com base no direito justiniano, convive com os direitos consuetudinários locais, mas constitui, tendencialmente, uma unidade, um direito comum, a todo o espaço europeu ocidental³.

Quanto à península ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido e da obra dos Glosadores são atestadas já nos finais do século XII, em regiões hispânicas que tinham maior contato com o resto da Europa. Evidências mostram que ao longo da segunda metade do XII, encontramos, na região, jurisconsultos de formação estrangeira⁴.

² DAVID, R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, trad. port. Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.

³ HESPANHA, A. M., *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 114 ss.

⁴ DE ALMEIDA COSTA, M. J., *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 244 ss.

Ademais, releve-se que as *Ordenações Afonsinas* no livro II, título 9, dispunha que diante do caso concreto, na falta de norma de direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte ou os costumes antigamente usados), dever-se-ia utilizar, em questões jurídicas temporais, o direito romano (leis imperiais); em questões espirituais o direito canônico e se houvesse conflito entre os dois prevaleceria o direito canônico. Não se encontrando a norma aplicável ao caso, nestas diversas ordens jurídicas, recorrer-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, por último, a, opinião de Bártolo⁵.

Entende-se por direito comum (*ius commune*), segundo M. J. de Almeida e Costa, um sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a escola dos Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII⁶.

A classificação das coisas é uma temática que tem que ser inserida no âmbito dos problemas relativos à sistematização do direito, que desde os tempos antigos, tinha sido objeto de reflexão dos *iusprudentes*. O problema da sistematização tem caracterizado de forma relevante e plenamente consciente o método de trabalho da ciência jurídica a partir da idade moderna, até chegar a se converter em problema central da discussão sobre a cientificidade da exposição jurídica. Ora, com o renascimento dos estudos do direito romano, em Bolonha, a partir do século XII, que se difundiu por toda a Europa, o problema da «sistematização» não foi, imediatamente, enfrentado, pois os Glosadores e, posteriormente, os Comentadores deram um grande impulso à dogmática jurídica, sem abordar a questão da ordem das matérias, sem valorar se a sistemática predisposta por Justiniano pudesse ser a melhor ou a mais correta para que se considerasse o *Corpus Iuris* uma obra perfeita. Na verdade, a *autorictas* do *Corpus Iuris Civilis* não estava baseada nas suas qualidades científicas intrínsecas, mas no fato de que esse era, por excelência, o direito do império; a ideia política de Roma colocava a compilação justinianeia em uma posição que impedia criticar a sua fundamentação, assim como o seu texto. O problema da sistematização é retomado com uma nova consciência pelo Humanismo Jurídico, no âmbito do qual se assiste, de um lado, ao surgimento de novas propostas de exposição sistemática do direito, por outro lado, verifica-se uma renovação da atenção pelo sistema das *Institutas* de Gaio e, conseqüentemente pelas Instituições de Justiniano⁷.

⁵ DE ALMEIDA COSTA, M. J., *História*, op. cit., pp. 341 ss.

⁶ DE ALMEIDA COSTA, M. J., *História*, op. cit., p. 285.

⁷ SCHIPANI, S., *Derecho Romano. Codificación y unificación del derecho*, trad. Fernando Hinestroza, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 44-45.

Destarte, a classificação das coisas nos códigos da família romano-germânica tem origem naquela elaborada por Gaio nas suas *Institutas* e, retomadas por Justiniano nas *Institutiones* do *Corpus Iuris Civilis*. O sistema das *Institutas* de Gaio e das Instituições de Justiniano representa um importante ponto de referência para o problema do sistema na história da tradição romanista. O sistema é construído segundo a famosa tripartição *personae* (Gai 1; I.1); *res* (Gai 2-3; I.2-4,5); *actiones* (Gai 4; I.4,6 ss.).

II. A CLASSIFICAÇÃO DAS RES PUBLICAE NO DIREITO ROMANO

O termo *res* nas fontes jurídicas romanas tem múltiplos significados, contudo, para fins da classificação, *res* corresponde à noção de «objeto», entidade material, uma porção do mundo externo, segundo critérios sociais e econômicos de valoração; hoje, na linguagem jurídica, prefere-se usar o termo «bens»⁸. Nas *Institutiones* de Gaio e de Justiniano o termo *res* é usado frequentemente, e em alguns fragmentos ele tem um valor de categoria sistemática, tais como em Gai 1,8; Gai 2,1-2-12-14a; Gai 4,1; nas de Justiniano em I.2,1 pr; I.2, 2 pr.; I.4,6,1.

No sentido jurídico, na lição de J. C. Moreira Alves, coisa é tudo aquilo que pode ser susceptível de apropriação pelas pessoas, aquilo que pode ser objeto de direito subjetivo patrimonial; tudo que for susceptível de apropriação pelas pessoas, desde que seja uma entidade econômica autônoma, é juridicamente uma coisa⁹. Esta, contudo, é uma definição de cunho patrimonialista que não pode ser projetada *in toto* à classificação das coisas no direito romano, pois, ela não se ajusta a especificidade das *res communes omnium*, como observam E. M Agati Madeira e H. M. França Madeira, já que essas coisas são insusceptíveis de valor econômico, mas seguem sendo *res*, com sentido jurídico próprio¹⁰.

Entre as classificações das coisas algumas remontam aos Romanos, outras à doutrina medieval e à Pandectística, elaboradas com base nos dados fornecidos pelo *Corpus Iuris Civilis*. As classificações romanas, por outro lado, variam de jurista para jurista e as categorias que as compõem podem

⁸ MARRONE, M., *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, Giappichelli, 2004, p.177.

⁹ MOREIRA ALVES, J. C., *Direito Romano*, Rio de Janeiro, 2010, p. 144.

¹⁰ AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico do princípio da defesa do meio ambiente no sistema jurídico romanístico luso-brasileiro*, in REINOSO-BARBERO, F., (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Tompson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 928 nt. 9.

adquirir significados diversos dependendo do autor e do contexto em que são utilizadas; nem mesmo nas *Institutas* de Gaio essas classificações formam um sistema único, não obstante, com base na famosa tripartição do *ius* que *vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* (Gai 1.7), o conceito de *res* tenha um valor central na exposição gaiana¹¹.

As *res*, de pronto, são qualificadas segundo que estejam *extra nostrum patrimonium* ou *in nostro patrimonio* (Gai. 2,1), sendo, estas últimas distinguidas em coisas *corporales* ou *incorporales* (Gai. 2,12); as coisas que são do direito humano também podem ser públicas ou privadas, não estando as coisas públicas entre os bens de ninguém, pois, são consideradas da própria comunidade; as coisas privadas são aquelas dos particulares (Gai. 2,10-11)¹². Com fundamento na distinção entre *in nostro patrimonio* e *extra patrimonium* a doutrina criou uma distinção dúplici: *res in commercio* e *extra commercio*, sublinhando como, não obstante algumas coincidências, o âmbito dessas duas classificações não fosse idêntico. Com efeito, uma coisa é *in commercio* quando esteja apta a ser objeto de relações jurídicas privadas, enquanto é *extra commercio* quando tais relações não sejam possíveis. As *res in patrimonio* são, ao contrário, aquelas sobre as quais subsiste um direito de propriedade, sendo, portanto, *in commercio*; ao passo que as *res extra patrimonium* são as coisas sobre as quais não incide um direito de propriedade, ou por que não são idôneas a serem objeto de um direito subjetivo no plano do direito privado, ou por que, embora sendo *res in commercio*, não possuem um proprietário, ou seja, são *res nullius*¹³.

Estavam fora do comércio as *res divini iuris*, ou seja, as *res sacrae*, as coisas dedicadas aos deuses, como os altares, templos e santuários, e as *res religiosae*, os túmulos¹⁴. Em contraposição às *res divinis iuris* os Romanos criaram a categoria das *res humani iuris*, as quais podiam ser públicas ou privadas (D.1.8.1 pr).

As *res privatae* eram as coisas *in patrimonio*, ou *in commercio*, enquanto são coisas *extra commercium* tanto as *res divini iuris* quanto as *res publicae*; uma terceira categoria, segundo V. Arangio-Ruiz, eram as *res communes omnium*, descritas nas Instituições de Justiniano (I.2,1,1) na esteira de um fragmento de Marciano (D.1.8.2 pr¹⁵). As *res communes omnium*, no direito justi-

¹¹ TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 379.

¹² GAIUS, *Institutas*, trad. port. A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951, p. 75.

¹³ TALAMANCA, M., *Istituzioni*, op. cit., p. 380.

¹⁴ MOREIRA ALVES, J. C., *Direito Romano*, op. cit., pp. 150-153.

¹⁵ Marcianus III libro institutionum, D. 1.8.2 pr: *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur-*

nianeu, são as coisas que pela sua própria natureza são acessíveis a todos, ilimitadamente, de modo que todos podem gozá-las: o ar, a água em curso, o mar, o litoral do mar (D.1.8.2.1; I.2.1 pr.-1)¹⁶. A classificação que emerge da construção de Marciano são as coisas comuns a todos, categoria elaborada a partir de um conceito de direito natural, as *res universitatis*, as *res nullius* e as *res singulae*, susceptíveis de apropriação pelos particulares; as coisas da coletividade, no pensamento de Marciano, são aquelas que não são dos particulares, são as *res* construídas pelos homens e colocadas à disposição de todos os *cives*, não são coisas de direito natural, assim sendo, diferem das *res communes omnium*. Essa distinção não consta nas *Institutas* de Gaio, o qual descreve as coisas públicas como coisas *humani iuris* que pertencem à coletividade (*res universitatis*), a construção de Gaio não contempla as várias classificações, retomadas por Justiniano, da elaboração doutrinária de Marciano; de fato, Justiniano utiliza Gaio (D.1.8.5 pr.) para fundamentar o uso público dos rios, baseado no direito das gentes, e se vale de Marciano para invocar o fundamento no direito natural das *res communes omnium*¹⁷.

O jurista Marciano, no entender de M. Talamanca constrói a categoria das *res communes omnium* como distinta das *res publicae*, inserindo nessa categoria todas as coisas que são devidas a todos os homens, independentemente de pertencerem a uma determinada comunidade, observe-se, contudo, que, geralmente, essas coisas para os outros juristas estão inseridas nas *res publicae*; no próprio pensamento de Marciano, em alguns casos, a relação entre as *res communes omnium* e as *res publicae* apresenta alguns problemas, como ocorre no caso dos rios¹⁸.

Res publicae são as da coletividade, do *populus Romanus*, que estavam fora do comércio se destinadas ao uso público (*res in usu publico*), como estradas, praças, teatros, bibliotecas, passíveis de imediata utilização por parte dos *cives*, ou estavam *in commercio* se se tratava de bens dos quais o *populus Romanus* pudesse obter alguma renda¹⁹; de forma semelhante as *res universitatum* são aquelas que pertencem, com análoga destinação, aos *municipia* e às *coloniae*.

Algumas coisas são por direito natural comuns a todos, outras da coletividade, outras de ninguém, e a maior parte delas dos indivíduos, as quais são adquiridas a cada um por várias causas; D. 1.8.2.1: *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris* - E certamente por direito natural são comuns de todas estas coisas: o ar, a água em curso, o mar, e, por isso, os litorais do mar. Ver trad. port. H. M. FRANÇA MADEIRA, *Digesto de Justiniano livro I*, São Paulo, RT, 2000, p. 88.

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 2006, p. 171.

¹⁷ AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico*, op. cit., pp. 928-931.

¹⁸ TALAMANCA, M., *Istituzioni*, op. cit., pp. 382-383.

¹⁹ MARRONE, M., *Manuale*, op. cit., p. 178.

Nota, ainda, V. Arangio Ruiz que os Romanos não conseguiram construir uma disciplina sobre as coisas de uso público no sentido de coisas que pertencem ao «Estado», esses oscilam entre uma ideia de condomínio de todos os cidadãos e o conceito publicístico de soberania territorial. Por outro lado, os Romanos usam, frequentemente, a expressão *res publicae* também para as coisas do «Estado» que estão *in commercio* e que podem ser objeto de relações jurídicas patrimoniais, passando inclusive do patrimônio público para o patrimônio privado²⁰. Com certeza os juristas romanos intuíram a categoria dos bens dominicais, mas não desenvolveram uma exposição sistemática.

III. AS COISAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO: A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, O ESBOÇO E OS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E DE 2002

a) *O direito imperial entre 1822-1858.* Após a proclamação da independência política do Brasil, em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823 que em seu artigo 1 determinava a vigência no Brasil das *Ordenações Filipinas*, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821 e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I «enquanto se não organizar um Código ou não forem especialmente alteradas»²¹. Tratava-se do direito civil português disciplinado especialmente no livro IV da *Ordenações Filipinas* (1603), incompletas em muitos pontos, com grandes lacunas e sem nenhuma sistematização.

A Constituição Política de 1824, consagrando os princípios liberais, em seu art. 179, XVII (título 8 - *Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros*) dispunha: XVIII. *Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.* Destarte, promulgou-se em 1830, o Código Criminal; em 1832, o Código do Processo Criminal; em 1850, o Código Comercial e o Código do Processo Comercial. A codificação, porém, do direito civil se apresentava bem mais difícil, conseqüentemente, o Código Civil só viria a ser promulgado em 1916. O direito civil que irá vigorar no Brasil será o direito civil

²⁰ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, *op. cit.*, pp. 171-172.

²¹ Quanto à importância do direito português na formação do direito brasileiro ver SANTOS JUSTO, A., «A influência do direito português na formação do direito brasileiro», in *Revista Jurídica da FA7*, vol. 1, n° 1 (jan./dez.), Fortaleza, Bookmaker, 2004, pp. 197 ss.

português, seja anteriormente à Independência, ocorrida em 1822, seja no período posterior à emancipação política, enquanto se aguardava a efetivação do disposto no artigo 179 da Constituição imperial.

O jurista do Império L. Trigo de Loureiro²², em 1851, publica a notável obra *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, elaborada, como o próprio autor informa ao leitor, a partir do sistema criado pelo jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire na famosa obra *Compendio de Instituições do Direito Civil Lusitano*. Explica L. Trigo de Loureiro ter extraído do *Compendio* «pela mesma ordem delle, tudo quanto continua a ter aplicação entre nós, e adicionando-lhe nos lugares competentes a substancia das Leis propriamente Brasileiras, publicadas desde 1822 até 1850»²³.

No livro II, título I, *Da divisão e qualidade das cousas*, encontra-se a disciplina concernente às coisas, o parágrafo 213 é dedicado às *Cousas comuns, publicas, da universidade, e de cada um*. No comentário o jurista de Viseu explica que a divisão das coisas de direito humano em comuns, públicas, da universidade, e de cada um, foi retirada do Direito Romano recepcionadas e «acomodadas ao nosso Estado». Dizem-se coisas «comuns entre nós as cousas de uso inexaurível, em que ninguém tem domínio, e cujo uso pertence a todos, taes como o ar, a luz, a agua corrente, o mar, etc, § 1 da *Inst. de rer. divis.*»; trata-se das Instituições de Justiniano I.2.1. São públicas as coisas que «são próprias da Nação, taes como o Thesouro Publico, os edifícios, e estabelecimentos publicos, os portos, os rios navegáveis, e os caudaes, as praias do mar até a distancia de tiro de peça do mar para a terra, as ilhas adjacentes e os terrenos da marinha», conforme às *Ordenações* livro 2, título XXVI, *Dos Direitos Reais*, §§ 8-10. São coisas da universidade aquelas que estão sob o domínio das províncias, cidades ou vilas, tais como os edifícios, os terrenos e estradas provinciais e municipais, os terrenos alagados por água de rios ou da chuva, os teatros públicos, as ruas, praças, rocios, e passeios públicos, os montes maninhos, ou baldios, e os terrenos destinados pelas Câmaras Municipais para logradouros, ou servidões públicas (Ord. Liv. 1,66). Por fim dizem-se «de

²² Lourenço Trigo de Loureiro nasceu em 25 de dezembro de 1793, sendo natural de Viseu, em Portugal. Iniciou seus estudos em direito na faculdade de Coimbra, porém, houve a interrupção obrigatória de suas aulas devido à invasão francesa, e consequente fechamento da Universidade. A partir disso, Loureiro deslocou-se para o Rio de Janeiro, onde passou a atuar na repartição dos Correios, lecionando, após, gramática portuguesa e o francês no seminário. Ao mudar-se para Pernambuco, lecionou também francês na academia das artes, anexa à de direito. Através da criação dos cursos jurídicos, em Olinda, Loureiro integrou a primeira turma, formando-se em 1832. Doutorou-se no ano posterior, iniciando a carreira de docente, na mesma faculdade, como substituto interino. Em 1840, tornou-se lente efetivo, até que, em 1852, catedrático. Além disso, foi deputado na Assembleia provinciana por várias legislaturas. Faleceu a 27 de setembro de 1870, em Pernambuco.

²³ TRIGO DE LOUREIRO, L., *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, t. I, Pernambuco, 1851.

cada um» aquelas coisas que são propriedade exclusiva de cada indivíduo²⁴. Ressalte-se que no âmbito das *Ordenações* há uma aproximação conceitual entre as *res communes omnium* e as *res publicae*, posto que ambas categorias são inseridas no patrimônio real, Ord. Fil. Liv. 2,26, 8²⁵:

E as stradas e ruas publicas, antigamente usadas, e os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis se não caudaes, que corram em todo tempo. E posto que o uso das stradas e ruas publicas, e os rios seja igualmente comum a toda a gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade dellas fica no Patrimonio Real.

Em cumprimento ao disposto na Constituição de 1824, o Governo imperial, em 15 de fevereiro de 1855, por indicação de José Tomás Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça e senador do Império, contratou A. Teixeira de Freitas para elaborar a *Consolidação das Leis Civis*, classificando as leis vigentes, portuguesas e brasileiras, por ordem cronológica e segundo a divisão em públicas e privadas. Em 1859, Nabuco de Araújo, logo que aprovado o texto da *Consolidação das Leis Civis* (1858), contratou o advogado Teixeira de Freitas para elaborar o projeto de Código Civil.

b) *Consolidação das Leis Civis e o Esboço*. Seguindo a doutrina alemã, em particular Savigny e a teoria das relações jurídicas, A. Teixeira de Freitas, na *Consolidação das Leis Civis*, divide, primeiramente, a matéria em duas grandes categorias: 1) a **Parte Geral** que trata em dois títulos das pessoas e das coisas que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas na esfera do Direito Civil; 2) a **Parte Especial** que se compões de dois livros. O livro primeiro tem por objeto os direitos pessoais e o livro segundo os direitos reais.

A classificação das coisas se encontra na Parte Geral, Título II, *Das Couzas*, arts 42 a 75. O art. 52 trata das coisas de domínio nacional, ou seja, no sentido mais extenso, as coisas de domínio eminente, domínio de soberania, sendo elas as coisas do uso público (estradas e ruas públicas, os rios navegáveis e «os de que se fazem os navegáveis, se são caudaes, que corram em todo o tempo (Ord. Fil. 2,26,8); e igualmente os portos de mar, onde os navios costumão ancorar» (Ord. Fil. 2,26,9); as coisas de domínio do Estado, como as ilhas adjacentes mais chegadas ao território nacional (Ord. Fil. 2,26,10), os terrenos de marinhas, terras devolutas, minas, minas e terrenos diamantinos, pau brasil, os bens a que não é achado senhorio certo, etc, e os bens da Coroa,

²⁴ TRIGO DE LOUREIRO, L., *Instituições*, op. cit., p. 122.

²⁵ *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 14 ed., por Candido MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870, p. 441.

tais como palácios, terrenos nacionais, construções que pertencem ao Imperador e a seus sucessores²⁶.

Na *Consolidação* as coisas de domínio eminente são as coisas de uso público (art. 52, § 1), as de domínio do Estado (art. 52, § 2) e os bens da Coroa (art. 52, § 3). Observe-se que desaparece a expressão «de uso comum a toda gente e a todos os animais» presente em Ord. Fil. 2,26, 8. Na *Consolidação*, nota-se, portanto, a «união» de duas categorias distintas: as de uso público e as de uso comum, ficando englobada a segunda na primeira; por outro lado, desaparece a referência ao unitário «patrimônio real»²⁷.

A *Consolidação das Leis Civis*, dado os percalços enfrentados pela proposta de código civil, preparada por Teixeira de Freitas e consubstanciada no *Esboço*, foi obra, genuinamente, legislativa, pois, foi o verdadeiro Código Civil Brasileiro até 1 de janeiro de 1916.

Foi no *Esboço*, a segunda grande obra do jurista baiano, que A. Teixeira de Freitas pôde expressar o seu espírito inovador, pois, não estava adstrito aos vínculos ínsitos à *Consolidação*.

O plano do *Esboço* é um aprimoramento da sistemática da *Consolidação*, na Parte Geral, acrescentou às pessoas e às coisas, os fatos, mudando, dessa forma, o posicionamento tido quando da feitura da *Consolidação*. A disciplina das coisas se encontra na Seção II – *Das coisas*; a seção está dividida em quatro títulos: I. *Das coisas em geral*; II. *Dos modos da existência das coisas*; III. *Do lugar da existência das coisas*; IV. *Do tempo da existência das coisas*. O título II se divide, por sua vez, em 2 capítulos: I. *Das coisas em relação às pessoas*; II. *Das coisas em relação aos direitos*. As coisas em relação às pessoas são classificadas da seguinte forma: 1. *Dos bens nacionais*; 2. *Das coisas públicas*; 3. *Dos bens da coroa*; 4. *Dos bens provinciais*; 5. *Dos bens municipais*; 6. *Dos bens particulares*.

O art. 317 fornece o conceito de coisa «*Todos os objetos materiais suscetíveis de uma medida de valor são coisas*». De pronto, observe-se que o jurista baiano repele a categoria das coisas incorpóreas e nos comentários ao art. 317 reafirma um posicionamento que já havia explicitado na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*:

«Para este Projeto não há coisas, que, no dizer de Bentham, não sejam coisas. Entende-se por coisas somente os objetos corpóreos, e fique portanto em esquecimento a divisão que fez o Direito Romano, e que fazem todos os Códigos,

²⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Consolidação das Leis Civis*, Edição fac-simile, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pp. 52-60.

²⁷ AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico*, op. cit., p. 938.

de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, atribuindo um sentido amplíssimo, e fazendo-a compreender tudo quanto pode ser objeto de direitos [...], ou pelo menos tudo quanto faz parte integrante do patrimônio [...]»²⁸.

A. Teixeira de Freitas restringe o conceito romano de «coisa», posto que só é coisa aquilo que possui materialidade e um valor econômico, veja-se o disposto nos artigos 318 e 319:

Art. 318. Os objetos materiais, que, sendo necessários ou úteis, não forem suscetíveis de uma medida de valor, como o ar, a luz, o mar, não se reputam coisas no sentido deste Código

Art. 319. Os objetos que, sendo suscetíveis de uma medida de valor, não forem objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido deste Código.

Na nota ao art. 318, esclarece A. Teixeira de Freitas que:

«O Direito Romano, quando considera as coisas em sua existência natural, compreende em geral tudo o que existe corporalmente no espaço, não sendo pessoa; e portanto todas as partes componentes da natureza não livre. Como existem coisas que não são suscetíveis de apropriação, o Direito Romano as denomina *coisas comuns -res communes omnium hominum-* e daí resulta a diferença entre coisas e bens. Neste Projeto estas duas palavras são sinônimas, as coisas comuns ficam fora da linha das coisas; porquanto se trata das coisas como elemento de direitos, e os objetos materiais comuns e inexauríveis não são elementos de direitos»²⁹.

Infere-se da apreciação desses artigos que as *res communes omnium* não são nem coisas nem bens, de acordo com o *Esboço*; afasta-se Teixeira de Freitas, limitando o conceito de coisa, do seu posicionamento expresso na *Consolidação das Leis Civis*.

Os artigos 327 e 328 do *Esboço* tratam das coisas públicas que são suscetíveis de apropriação (como os animais de caça, peixes dos mares e rios, tesouros abandonados etc.) ou tão somente suscetíveis de uso gratuito. Nos termos do art. 328 pertencem à classe das coisas públicas de uso gratuito³⁰:

1. Os mares territoriais, isto é, os adjacentes em tanta distância quanta abranger o tiro do canhão.
2. Os mares interiores, baías, enseadas, barras, portos e ancoradouros.

²⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço do Código Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 115.

²⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço*, *op. cit.*, p. 122.

³⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço*, *op. cit.*, pp. 123-124.

3. As praias do mar, salvo os direitos de propriedade particular já adquiridos.

4. Os rios navegáveis e seus braços e também suas margens quanto ao uso necessário para a navegação, salvos também os direitos de propriedade particular já nelas adquiridos.

5. As lagoas ou lagos navegáveis e também suas margens para a mesma servidão pública das margens dos rios navegáveis.

6. Os terrenos de logradouro público a cargo das Câmaras Municipais, em conformidade das respectivas Posturas.

7. As ruas públicas, praças, estradas, caminhos, cais, chafariz, fontes, canais, pontes e quaisquer obras públicas construídas para utilidade e comodidade comum ou esteja a cargo do Governo Geral ou do Governo Provincial ou das Câmaras Municipais.

8. A água corrente, ainda que de rios não navegáveis, quanto ao seu uso para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a faça acessível.

Atente-se que na categoria das «coisas públicas tão somente suscetíveis de uso gratuito» se encontram as *res* que no Direito Romano eram denominadas *communes omnium*, na construção de Marciano (ou coisas públicas ou da coletividade de acordo com Gaio), tais como a «*aqua fluens et mare, et per hoc litora maris*» (D.1.8.2.1).

c) *Os Códigos Civis de 1916 e 2002.* A disciplina dos bens públicos na passagem do código civil de 1916 para o código civil de 2002, não apresentou grandes inovações. Dispunha o Código de 1916, no Capítulo III, *Dos Bens públicos e particulares*, no art. 65 que «*são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertençam*». Comenta C. Bevilaqua que essa classificação repousa no modo diverso, pelo qual os proprietários exercem o direito de domínio sobre eles, salientando que no *Projeto primitivo* a inscrição deste capítulo era «*Dos bens em relação às pessoas*», mas o Senado suprimiu essa inscrição, pois alguns juristas censuraram a classificação dos bens que toma por base as pessoas a que os mesmos pertencem³¹.

O Código civil de 2002 em seu art. 98 não difere muito, pois, reza «*São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de*

³¹ BEVILAQUA, C., *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1927, pp. 290-291.

direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem».

Ambos os artigos apresentam a classificação dos bens em públicos e privados como constava nas *Institutas* de Gaio, Gai 210-11, classificação essa retomada por Justiniano em I.2.1.6, assim como no *Digesto* (D.1.8.1 pr; D.50.16.15):

Gai 2.10. *Haec autem (res) quae humani iuris sunt aut publicae sunt, aut publicae sunt aut privatae* – As coisas de direito humano ou são públicas ou privadas³².

Gai 2.11. *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt* – As coisas públicas reputam-se como não estando entre os bens de ninguém, pois são consideradas da própria comunidade. Privadas são aquelas dos particulares³³.

I.2.1.6. *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum* – Pertencem à coletividade, e não a particulares, as coisas que se encontram nas cidades, como teatros, estádios e outras coisas que são comuns nas cidades³⁴.

Os textos citados atestam que a distinção entre bens públicos e bens privados se encontra, sem dúvida, nas fontes romanas. Contudo, nos textos romanos nem sempre a terminologia é uniforme, observa B. Biondi, *v.g.*, que nas fontes a expressão *res publicae* é usada, às vezes, no sentido amplo de coisas destinadas ao uso universal, correspondendo, de uma certa forma, ao conceito de *res communes omnium*³⁵. Nas *Institutas* de Justiniano as *res publicae* são analisadas em correlação com as *res communes omnium* e as *res universitatis*; na realidade, Justiniano une em uma única disciplina a classificação de Gaio e a do jurista Marciano; os compiladores buscam harmonizar e explicar as três categorias, *res publicae*, *res communes omnium* e *res universitatis*.

Leciona C. Bevilaqua que são bens públicos, encarados do ponto de vista da sua utilização: os de uso especial, de uso comum e particulares ou dominicais. São de uso especial os bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, aplicados ao serviço público. São de uso comum os administrados pelos poderes públicos, e que podem ser utilizados por quaisquer pessoas. São patrimoniais da União, dos Estados e dos Municípios aqueles sobre os quais

³² Para a trad. port. ver CURTIS GIORDANI, M., *O Código civil à luz do Direito Romano*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 106. Cf. CORREIA, A.-SCIASCIA, G., *Manual, op. cit.*, p. 74-75.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Para trad. port. CORREIA, A.-SCIASCIA, G., *Manual, op. cit.*, p. 358-359.

³⁵ BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 156; cf. CURTIS GIORDANI, M., *O Código, op. cit.*, p. 107.

essas entidades exercem direitos de domínio, nos termos da legislação³⁶. Note-se que o autor no que concerne aos bens de usos comum do povo considera o Estado mero administrador de tais bens, pois são bens da coletividade, são *res Populi*; na mesma linha de pensamento Pontes de Miranda, conforme anotam E. M. A. Madeira e H. M. F. Madeira, quando afirma que «o titular do direito sobre os bens do art. 66, I, não é a pessoa de direito público, é o povo mesmo, posto que ao Estado caiba velar por eles»³⁷.

Assim sendo, os artigos 66 (código de 1916) e o art. 99 (código de 2002) estabelecem as três diferentes espécies de bens públicos, não havendo diferenças substanciais nos enunciados normativos: I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, os rios, as estradas, ruas e praças; II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive de suas autarquias; 3. Os dominicais que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Os legisladores de 1916 e 2002 operam uma unificação/harmonização das categorias de Gaio e Marciano que já podia ser vislumbrada no direito justinianeu.

Quanto aos bens de uso comum do povo, conceito que mais se identifica com aquele de *res communes omnium*, vemos que o legislador une em uma única categoria as duas categorias de *res communes omnium* que na visão de Marciano eram o ar, a água em curso, o mar, os litorais do mar (D.1.8.2.1) e as *res universitatis*, *i.e.*, teatros, estádios e semelhantes (D.1.8.1pr; D.1.8.6.1; D.43.8.20; I.2.1.6). Assim, coisas públicas são as destinadas ao uso comum do povo, quer as pertencentes ao Estado, no sentido de C. Bevilacqua e Pontes de Miranda, como os portos, os rios perenes, o uso de suas margens e as grandes estradas públicas, quer as pertencentes às cidades como as praças, as ruas os estádios, os teatros.

No direito romano as coisas que constituíam o patrimônio do «Estado», como os terrenos, os edifícios, os escravos, os dinheiros públicos, as minas, o território das províncias, a presa de guerra, corresponderiam, salvo, como nota M. Curtis Giordani, diferenças intuitivas, aos bens públicos de uso especial e dominicais (arts. 66, II-III, do CC/1916 e art. 99, II-III, do CC/2002)³⁸. Na

³⁶ BEVILAQUA, C., *Teoria Geral do Direito Civil*, ed. rev. e atual por Caio Mario da Silva Pereira, 3 ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, pp. 193-194.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito privado. Parte Geral. Bens Fatos Jurídicos*, tomo 2, Rio de Janeiro, 1954, p. 136. Cf. AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico*, *op. cit.*, p. 941.

³⁸ CURTIS GIORDANI, M., *O Código*, *op. cit.*, p. 110

lição M. Talamanca, como já salientamos, no quadro das *res publicae* se encontram as *res in usu publico*, aquelas de uso comum, submetidas à imediata utilização dos *cives*; as coisas que não podem ser usadas imediatamente pelos membros da *civitas*, enquanto são destinadas a um uso específico do «Estado», tais como as armas e os instrumentos bélicos; e por fim, as coisas que são utilizadas pelo «Estado» em consideração da sua potencialidade econômica, como o *ager publicus* e os territórios provinciais. Essa divisão, corresponde, grosso modo, a classificação das coisas públicas da legislação civil brasileira.

IV. PROBLEMAS CONCEITUAIS E A TUTELA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A disciplina das *res publicae* e das *res communes omnium* está correlaciona com a compreensão das *actiones populares romanas*, instrumento de defesa dos interesses do *Populus* na gestão da coisa pública, a conexão dessas duas temáticas põe em evidência alguns problemas conceituais da tutela, nos ordenamentos contemporâneos, das *res publicae*, em particular no que concerne às *res communes omnium*.

Deve-se evidenciar, *in primis*, a problemática concernente à dicotomia público-privado. Se considerarmos a particular concepção romana do *Populus* veremos que a contraposição entre «público» e «privado» é totalmente diferente daquela que estamos habituados a utilizar hodiernamente, público não é para os Romanos, pelo menos na época republicana, momento de maior fortuna das *actiones populares*, aquilo que pertence ao «Estado». Nessa época os conceitos de «comum» e «público» se sobrepõem, pois que a ideia de «comum» aparece entrelaçada com a própria ideia de organização das instituições públicas e com aquela relativa às relações de poder. Salienta A. Di Porto que o termo *Res publica* não pode ser traduzido nas nossas línguas e muito menos ser traduzido com a palavra «Estado», sem que se produza uma deformação do conceito romano de «participação e integração coletiva na vida da cidade». Na época republicana, portanto, o termo «público», se não equivale a «comum», contém em si uma ideia de «comum», de «utilidade comum»³⁹. «Público», nessa época, é aquilo que diz respeito a todos os cidadãos, como partes do todo, o *Populus*, não é aquilo que diz respeito ao *Populus* considerado como um ente abstrato, uma pessoa jurídica; nesse contexto, deve ser inserida a

³⁹ DI PORTO, A., «*Res in usu publico*» e «*Beni Comuni*». *Il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013, p. XVIII.

noção de *popularis*; na dicotomia «público-privado», está compreendida a dimensão do «popular». Note-se que essa concepção de «público» é totalmente diversa daquela que nos dois últimos séculos a doutrina elaborou, já que na construção doutrinária moderna «público» é aquilo que pertence ao Estado e «privado» é aquilo que pertence ao indivíduo. Muito importante ressaltar que a ideia de «comum», de «popular», interna à ideia de «público», tem implicações jurídicas relevantes, no que concerne à tutela na disciplina relativa às *res in usu publico*. A. Di Porto leciona que a disciplina dos bens destinados ao uso público se caracteriza pelo regime da tutela, definido pela legitimação popular; o bem é juridicamente considerado em razão da sua função, em razão da sua destinação ao uso público; a função do bem determina a disciplina da tutela, que é confiada ao *civis*, titular do uso do bem público. No Império a ação popular deixa de ser expressão da soberania do povo⁴⁰.

Tudo muda com a passagem da República ao Império, a posição do *populus* se enfraquece e todas as imputações de caráter público passam a ser referidas ao *princeps* e não mais ao *populus*. O significado de «público» muda, perdendo lentamente aquela noção interna de «comum», conseqüentemente, desaparece, paulatinamente, a legitimação popular, entendida como aquela destinada, como diria V. Scialoja⁴¹, a tutelar os «direitos públicos difusos»⁴².

A dicotomia «público-privado», no direito romano, tem, assim, como pano de fundo a particular relação entre o *civis* e o *Populus*, no âmbito da qual o *civis* não se contrapõe ao *Populus*, nem está em uma posição de submissão, o *civis* é parte do todo. O conceito base que fundamenta a constituição de uma comunidade política, como a *civitas*, é a relação todo-parte; esse conceito vem sendo ressaltado pela doutrina romanística como um aspecto saliente do povo romano. O sentido de concretude que sempre impregnou o pensamento jurídico romano impedia de se pensar ao povo como uma entidade abstrata, mas indicava um conceito de um conjunto de cidadãos, um conjunto estruturado em partes, cuja ação em prol do bem comum podia ser perseguida por cada cidadão através da *actio popularis*, e, principalmente, através dos *interdicta popularia*⁴³.

Deve-se, ainda, ressaltar que a categoria criada pelo jurista Marciano denominada *res communes omnium* que segundo de P. Maddalena devemos tra-

⁴⁰ DI PORTO, A., «*Res in usu publico*», *op. cit.*, p. XIX.

⁴¹ SCIALOJA, V., *Prefazione*, in *Le azioni popolari romane*, in *Archivio Giuridico*, vol. XXVIII, Pisa, 1882, p. 179.

⁴² DI PORTO, A., «*Res in usu publico*», *op. cit.*, p. XIX.

⁴³ MADDALENA, P., *Il territorio bene commune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà private e interesse pubblico*, Roma, Donzelli, 2014, pp. 25-26.

duzir com a expressão «bens comuns», possui uma importância fundamental para a correta compreensão dos problemas concernentes ao meio ambiente, pois hoje se privatiza até mesmo a água que é bem comum de todos, propriedade coletiva do povo. É imprescindível que se entenda que não se pode falar dos direitos de cada homem, se não levarmos em consideração que o homem não vive isoladamente, mas sim em uma comunidade, conseqüentemente, o primeiro conceito que se deve evidenciar é aquele da «relação entre a parte e o todo», «entre indivíduo e comunidade», «entre indivíduo e meio ambiente». As *res communes omnium* de Marciano se situam nessa perspectiva universal, compreendendo-se, assim, por que essas são consideradas no quadro do *ius naturale*, i.e., daquele direito que a própria natureza ensinou aos homens⁴⁴, trata-se do ar, da água em curso, do mar, dos litorais do mar, uma síntese *ante litteram* do hodierno conceito de meio ambiente. No entendimento do juiz da Corte Costituzionale italiana é necessário, hodiernamente, recuperarmos o conceito de *res communes omnium* e reequilibrarmos os conceitos de «propriedade privada» e «propriedade coletiva», posto que através da teoria de Marciano se viabiliza a tutela de interesses comunitários e universais⁴⁵.

É necessário que se efetue, no plano jurídico, um balanceamento entre propriedade privada e propriedade coletiva, com base no diverso peso dos correspondentes interesses objeto de tutela jurídica; é necessário que se supere o exacerbado individualismo das teorias neoliberais. Para que se possa instaurar um novo equilíbrio entre «propriedade privada» e «propriedade coletiva» é oportuno que sejam transferidos da propriedade privada à propriedade coletiva todos os bens indispensáveis à sobrevivência de todos os cidadãos⁴⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro a atual proteção ao meio ambiente é garantida pela ação popular, instrumento posto à disposição, desde o direito romano, do *cives* para defesa de seus interesses, dispondo o art. 5, LXXIII:

«qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência».

⁴⁴ D. 1.1.1.3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est [...]* – O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nascem na terra ou no mar, comum também das aves. Ver trad. port. FRANÇA MADEIRA, H. M., *Digesto de Justiniano, op. cit.*, p. 16.

⁴⁵ MADDALENA, P., «Per una teoria dei beni communi», in *Rivista MicroMega*, 9/2013, Roma, 2013, pp. 92-95.

⁴⁶ *Idem.*, pp. 100-101.

Como pode-se observar várias *res communes omnium* poderão ser defendidas pelos próprios cidadãos através da *actio popularis* constitucional. No que tange à proteção do meio ambiente, mais ampla do que a ação popular para defender os bens ambientais é a ação civil pública, criada pela Lei 7.347/1985, cuja propositura é de competência do Ministério Público nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal: *art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III. Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.* As coisas de uso comum (equivalentes às *res communes omnium*) referidas no Código civil de 1916 e no Código civil de 2002 são consideradas, tradicionalmente, pela doutrina brasileira como sendo bens de propriedade do povo. A. Teixeira de Freitas no *Esboço*, na nota ao art. 331, ao se referir à propriedade pública, elabora o conceito de «propriedade dos bens nacionais», aqueles destinados ao uso de todos e afirma que «o proprietário desses bens é a pessoa jurídica do art. 274, 1º, isto é, o povo, em geral como entidade política; e o seu uso pertence a todos e a cada um dos indivíduos que formam essa entidade»⁴⁷. C. Bevilaqua, outrossim, na nota ao art. 66, I, afirma que «Os primeiros (os bens de uso comum) são os que pertencem a todos (*res communes omnium*). O proprietário desses bens é a coletividade»⁴⁸.

V. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A análise da disciplina concernente aos bens públicos, desde o direito imperial até o Código Civil de 2002, atesta que do ponto de vista sistêmico, no sentido que os comparatistas dão ao termo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma forte ligação com o direito romano, em particular com o direito do *Corpus Iuris Civilis*.

Ressalte-se que existe uma diferença conceitual entre os termos «sistema jurídico» e «ordenamento jurídico», embora inúmeros doutrinadores entendam que essas expressões são sinônimas, estas devem ser diferenciadas. Há de se considerar, primeiramente, a acepção de «ordenamento jurídico» como «um complexo de normas jurídicas efetivas»⁴⁹, posto que as normas jurídicas nunca existem de forma isolada, pelo contrário, estas fazem parte de um conjunto de

⁴⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço, op. cit.*, pp. 127-128.

⁴⁸ BEVILAQUA, C., *Código, op. cit.*, p. 291.

⁴⁹ SCHIPANI, S.-BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, D., *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, São Paulo, FGV Direito SP, 2015, pp. 19-20.

normas com relações particulares entre si, formando o que chamamos de «ordenamento jurídico»⁵⁰ ou «direito» em sentido objetivo.

Diferencia-se, portanto, da expressão «sistema jurídico», que segundo S. Schipani significa «a identificação de algum critério que reúna ou agrupe aquelas diversas realidades que são os ordenamentos jurídicos em concreto», ou seja, os sistemas são fundados sobre realidades étnicas, ideológicas e econômicas⁵¹. Nessa linha de pensamento, P. Catalano salienta que é possível individualizar cada sistema jurídico com base em elementos étnicos, como por exemplo, os «direitos dos povos latinos», «direitos dos povos germânicos», ou se considerarmos as condições particulares geográficas, econômicas, sociais e políticas da América Latina, v.g., podemos individualizar um «grupo latino-americano»⁵².

Pode-se afirmar, portanto, sob a ótica do direito comparado, que no mundo existem diversos ordenamentos jurídicos distintos, e cabe ao jus-comparatista reconhecer essa multiplicidade e buscar inventariar os elementos mais estáveis e duradouros de cada um, isto é, aqueles dados que podem desaparecer somente após um longo período e que dizem respeito à história do ordenamento considerado. Após elencar os elementos caracterizadores dos ordenamentos jurídicos analisados é possível agrupá-los de acordo com as suas semelhanças, e essa correspondência ou similaridade entre os elementos mais estáveis dos diversos ordenamentos é o que leva a identificação de um verdadeiro «sistema jurídico» que os unem⁵³.

Se levarmos em consideração que cada ordenamento possui suas regras próprias, é inevitável reconhecer a sua diversidade, seja nas técnicas utilizadas para formular os enunciados, seja no modo de classificar e interpretar as regras de acordo com o meio social em que se encontram. No entanto, conforme leciona R. David, essa multiplicidade é bem menor quando se consideram os elementos mais fundamentais e estáveis de cada ordenamento, com a ajuda dos quais se pode descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor⁵⁴.

Ademias, segundo o jurista francês, é possível o agrupamento dos diferentes direitos em «famílias», reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. A primeira família de direito é a família romano-germânica, que agrupa os

⁵⁰ BOBBIO, N., *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 17.

⁵¹ SCHIPANI, S.; BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, D., *Sistema jurídico*, op. cit., p. 20.

⁵² CATALANO, P., «Sistema Jurídico Latino-Americano», in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69 (1982), pp. 253-254.

⁵³ SCHIPANI, S.; BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, D., *Sistema jurídico*, op. cit., pp. 21-22.

⁵⁴ DAVID, R., *Os grandes*, op. cit., p. 21.

países nos quais a ciência jurídica se formou sobre a base do direito romano; as regras de direito concebidas nestes países são estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral⁵⁵.

A. Saraiva da Cunha Lobo, já no começo do século xx, lecionava que na apreciação da influência do Direito Romano sobre a organização do direito de todos os povos da Europa, a classificação «que corresponde à verdade só pode ser a que divide estes povos em dois grandes grupos – os que receberam imediata e diretamente essa influência e o dos que só mediata ou indiretamente a experimentaram»⁵⁶. A família romano-germânica, cujos ordenamentos traem origem do direito romano, através de fenômenos tais como a colonização e a recepção (ou *transfusión*), dispersou-se muito além das fronteiras do Império Romano, particularmente, em toda a América Latina. De fato, C. Bevilaqua, na trilha do pensamento do comparatista E. Glasson, que distinguia três grupos de legislações: 1) aquelas em que a influência do direito romano e do direito canônico são «quasi nullas»; 2) as que recepcionaram o direito romano «de um modo mais ou menos radical»; aquelas em que os componentes germânico e romano se fundiram «por quantidades quase eguaes», acrescenta a essa classificação um quarto grupo a legislação dos «povos latino-americanos»⁵⁷.

Destarte, bem observa Lacerda de Almeida que:

«A verdade jurídica que brilha nos modernos monumentos de legislação, nos nossos tão decantados Códigos, está em gérmen, ninguém há que o desconheça, nos textos imortais do Direito Romano. Eis uma das razões da admiração, do culto, geralmente prestado ao Direito Romano e do seu indisputado domínio desde a Antiguidade até aos tempos atuais. O Direito Romano é a expressão altíssima da verdade jurídica»⁵⁸.

A disciplina dos bens públicos no direito brasileiro, oportunamente historicizada, tem o seu *principium* no Direito Romano compilado pelo Imperador Justiniano.

⁵⁵ DAVID, R., *Os grandes*, op. cit., pp. 22-23.

⁵⁶ SARAIVA DA CUNHA LOBO, A., *Curso de Direito Romano*, Brasília, Senado Federal-Conselho Editorial, 2006, p. 418.

⁵⁷ BEVILAQUA, C., *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, II Ed., Bahia 1897 (I Ed. 1893), pp. 73 ss.

⁵⁸ L. DE ALMEIDA, *Prefácio*, in A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., pp. XXI-XXXII.

**EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM*
Y LAS *RES PUBLICAE*: LA OPINIÓN DE RODRIGO SUÁREZ**

*The sea and the harbours between 'the res communes omnium' and the
'res publicae': the opinion of Rodrigo Suárez*

FRANCISCO CUENA BOY
Universidad de Cantabria (España)

Resumen: Análisis de un dictamen (*allegatio* o *consilium*) relativo al libre uso del puerto cantábrico de San Martín de la Arena emitido a finales del siglo xv o comienzos del xvi por el letrado Rodrigo Suárez, uno de los precursores del principio de libertad de los mares.

Palabras clave: *res comunes omnium*, *res publicae*, mar, puertos, Rodrigo Suárez.

Abstract: Analysis of an opinion (*allegatio* or *consilium*) concerning the free use of the Cantabrian port of San Martín de la Arena issued at the end of the 15th century or the beginning of the 16th by the lawyer Rodrigo Suárez, one of the precursors of the principle of freedom of the seas.

Keywords: *res comunes omnium*, *res publicae*, sea, harbours, Rodrigo Suárez.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Análisis. III.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Fue Rodrigo Suárez¹ un esclarecido jurista que se formó en la Universidad de Salamanca, donde obtuvo el grado de Bachiller en Leyes, y que tiempo más tarde ejerció la abogacía en Valladolid y llegó a ser nombrado oidor de la Real Chancillería de esta ciudad. Vivió, probablemente, entre 1440/1460 y 1500/20»². De su considerable producción escrita, me voy a centrar en una pieza muy concreta que Suárez hubo de suscribir precisamente en su condición de letrado: la alegación n.º 17 de las al menos 28 que redactó; un escrito cuyo singular destino le llevó a ser bautizado con el nombre de *Consilium de usu maris* para su inclusión, junto con la alegación n.º 18, en las sucesivas ediciones del *Tractatus de mercatura* de Benvenuto Stracca desde la publicada en Lyon en 1558³. Suele decirse que Suárez fue uno de los primeros defensores del principio de la libertad de los mares, antes que Fernando Vázquez de Menchaca y, por supuesto, que Hugo Grocio. Mérito tan singular se le atribuye precisamente en consideración al escrito que me propongo examinar. García Arias hace recuento parcial de los numerosos juristas que se hicieron eco de él en los siglos XVI y XVII, de Alberico Gentili a Groening pasando por Grocio, Freitas y Selden⁴; lista a la que yo puedo añadir, por ejemplo, los nombres de Gregorio López, Francisco de Alfaro y el sueco Johan Locken⁵.

Antes comenzar el análisis de la *allegatio* o *consilium* de Suárez, me detengo un momento en la naturaleza del escrito. Más allá del dato de haber sido redactado en interés de los actores en un pleito por el uso del puerto de San Martín de la Arena⁶, del texto mismo no se desprende si el dictamen fue pedi-

¹ Sobre Rodrigo Suárez, *vid.* ANTONIO, N., *Bibliotheca Hispana Nova*, I, Matriti, 1783, 271 s.; DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, Valladolid, Editorial Casa Martín, 1943, p. 156 s.; GARCÍA ARIAS, L., «La libertad de los mares según Rodrigo Suárez», en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 17, 1969-70, pp. 37 ss.; LÓPEZ-BARAJAS, M. R., «Rodrigo Suárez», en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, II/1, Barcelona-Zaragoza, Universidad de Málaga, 2006, p. 573; DE DIOS, S., «Los juristas de Salamanca en el siglo XV», en DE DIOS, S., y TORIJANO, E., (coord.), *Cultura, política y práctica del derecho. Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, p. 66.

² HOLTHÖFER, E., «Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal», en Coing, H., (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, Wissenschaft, München, Beck, 1977, p. 304.

³ *Tractatus de mercatura seu mercatore clarissimi I. C. Benvenuti Stracchae...*, Lugduni, 1558, pp. 619-635.

⁴ GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 52 s.

⁵ GREGORIO LÓPEZ, gl. *De los puertos* a Partidas 3.28.11 (López cita varias veces otras alegaciones y repeticiones de Suárez); FRANCISCO DE ALFARO, *De officio fiscalis*, Pinciae, 1606, gl. 20 *De regio patri-monio*, § 1: *Puertos*, n. 13, y § 5: *Pesquerías*, n. 92; JOHAN LOCKEN, *De jure maritimo et navali*, Holmiae, 1650, lib. 1, cap. 4, n. 6.

⁶ Cfr. *Consilium*, n. 1: «Salvo mejor juycio esta dubda paresce que cessa para contra Sant Ander con quien litigan estos concejos de Sant Martin y sus consortes actores». En lo sucesivo citaré el escrito de Suárez como lo he hecho esta primera vez: *Consilium* y el número del párrafo; para la división en párrafos me guiaré por la que figura en la edición de los *Opera omnia (Roderici Suarez hispani iureconsulti celebe-*

do por los propios actores o solicitado por el tribunal. La denominación de *allegatio* favorece la segunda posibilidad⁷; también, en principio, el cumplimiento general de los requisitos de las alegaciones conforme a la regulación castellana de la época⁸.

II. ANÁLISIS

§ 1. Comienza Suárez sentando el principio de que el mar es del territorio de la ciudad o del lugar del que se encuentra más cercano⁹. Ahora bien, siendo impensable un derecho de propiedad sobre el mar, así como un derecho de naturaleza idéntica al que corresponde a una comunidad política sobre el suelo en el que se asienta, ¿cuál es la situación jurídica a la que quiere aludir de esa manera? Sin afrontar de momento la cuestión, Suárez se aplica a justificar el principio según el cual «se considera que el mar, o una partícula del mar, es del territorio de aquella *civitas* o de aquel lugar al que más se acerca»¹⁰. Menciona para ello la glosa *Territorio* a VI.1.6.3.2, donde se presupone la separación del mar en distritos en función de su cercanía a una u otra ciudad¹¹, e introduce también varias citas de Baldo que respaldan la doctrina mencionada¹².

§ 2. Suárez sostiene, como Baldo, que el territorio se extiende también *in aquis*¹³. Dicha extensión resulta de X.2.9.3, que manda hacer limosna de

rrimi... Opera omnia, Francoforti, 1594), más exacta que la del Tractatus de mercatura de Stracca; también por esa edición citaré el enunciado de cada párrafo en el sumario que precede al consilium (o allegatio).

⁷ El nombre de *Consilium de usu maris* lo recibí sólo unos pocos años después al independizarse del conjunto de las alegaciones forenses del autor; en los *Opera omnia* de Suárez, la denominación genérica de *Allegationes* et *Consilia* comprende 28 escritos cada uno de los cuales recibe el nombre individual de *Allegatio* más el ordinal correspondiente.

⁸ Vid. SERNA VALLEJO, M., «El régimen legal de las alegaciones jurídicas en la Corona de Castilla y en los Reinos de Navarra y de la Corona de Aragón en la Baja Edad Media y en Época Moderna», en *Ius Fugit*, 17, 2011-2012, pp. 11 ss.

⁹ *Consilium*, sumario, n. 1: *Mare de territorio civitatis vel loci magis sibi propinqui esse dicitur.*

¹⁰ *Consilium*, n. 1: «mare, seu particula maris, dicitur esse de territorio illius civitatis vel loci, cui magis appropinquat».

¹¹ Gl. *Territorio* a VI.1.6.3.2: [electio papae ubi fieri, si in mari moriatur]: «(...) quod si moriatur in mari, Cardinales debeant convenire in civitate, per quam locus ille maris distingitur... et si non distingatur per aliquam civitatem, dicerem in viciniore is faciendum». Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 47 s.; SERNA VALLEJO, M., «El océano Atlántico: de marca o espacio fronterizo a 'territorio' dividido y sujeto a distintas jurisdicciones», en Truchuelo, S. y Reitano, E., (eds.), *Las fronteras en el mundo atlántico (siglos XVI-XIX)*, La Plata, 2017, p. 42 <<http://libros.fahce.unlp.edu.ar/index.php/libros/catalog/book/85>>.

¹² «[F]ines reperiuntur in mari, et designabitur mare per terram propinquam, cui magis mare adiacet, et sub qua distingui consuevit» (in C. 6.25.8 [C. 6.25.9.2]); «ille qui est in mari, quod regitur per civitatem maritimam... non dicitur esse extra districtum» (in Nov. 69, c. 1, in C. 7.44.1 y 2); «territorium etiam in aquis se extendit, cum et aquae mensurabiles sint» (in X.2.19.3, in X.2.6.2).

¹³ *Consilium*, sumario, n. 2: *Territorium in aquis se extendi, cum et aquae mensurabiles sint.*

una parte del pescado capturado en domingo a las *ecclesiae circumpositae*, expresión que la glosa refiere principalmente a las iglesias en cuyo territorio se hubiere hecho la captura. Menos explícito a este respecto es D.5.1.9, que Suárez atribuye erróneamente a «Caius consultus» y que solamente dice lo siguiente: *insulae Italiae pars Italiae sunt et cuiusque provinciae*. Ni estas palabras ni la ubicación del fragmento en la *pars de iudiciis* del Digesto invitan a ver en el pasaje la prueba de lo pretendido por Suárez: «quod locus seu particula maris attribuat loco seu territorio, cui est propinquior».

§ 3. Es cierto, sin embargo, que ese texto guarda estrecha relación con la teoría bartoliana del mar territorial¹⁴. Esta teoría implica una cierta ordenación del ejercicio del *ius puniendi* sobre los delitos cometidos en el mar, cuestión examinada por Suárez en el tercer párrafo de su dictamen¹⁵. En él acoge la doctrina de Angelo Perusino, que en su comentario a D.5.1.9 atribuye a la ciudad de Pisa el castigo de unos piratas aprehendidos en el puerto de una isla perteneciente a esa ciudad. El Perusino piensa, en efecto, que la competencia debe ser siempre del estado ribereño más cercano, al margen de la distancia que lo separa del punto del mar donde se cometió el delito¹⁶, y Suárez, en su intento de probar que el mar es del territorio de la ciudad o del lugar al que más próximo se encuentra, amalgama su opinión con la de Bártolo y suma otras citas de ambos que no añaden nada nuevo a la demostración.

§ 4. El argumento de los párrafos 4-8 es muy diferente. Escribe Suárez que los actores tienen «fundada su intención de derecho comun assi por estar el dicho puerto [scil. de San Martín] en su término y territorio como por ser comun à todos segun derecho natural el uso de la mar y de sus terminos». La ambigüedad atraviesa una declaración en la que el concepto de mar territorial («de territorio civitatis esse»: § 1) convive con la condición del mar y sus términos en cuanto *res communes omnium* por derecho natural. ¿Qué significa esto último para nuestro letrado?

¹⁴ Expuesta en el *Tractatus de insula*, en el cual, no obstante, Bártolo no utiliza D. 5.1.9; vid. RAESTAD, A. *La mer territoriale. Études historiques et juridiques*, Paris, A. Pedone Éditeur, 1913, pp. 14 ss.; C. ZENDRI, «*Mare passim omnibus pater: il diritto del mare agli inizi dell'età moderna (secc. XV-XVI)*», en *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 1, 2007, pp. 107 ss.

¹⁵ *Consilium*, sumario, n. 3: *Delictum in mari commissum ubi puniri debeat*.

¹⁶ Angelo Ubaldo Perusini in D. 5.1.9: «Per hanc legem fuit decisum Pisis de consilio Bartoli et bene, quod ad delictum commissum in mari propinquo eorum portui, et eorum civitati debeat ibi puniri, quia illa particula maris, quantum ad hoc intelligebatur subiacere civitati Pisarum. Tu adde, quod etiam si illa maris particula esset valde remota, si tamen nulli alii loco terrestri esset propinquior, ubi exercetur imperium, deberet puniri Pisis». Tales son las palabras de Angelo que el dictamen reproduce con alguna alteración; cfr. Raestad, *op. cit.*, pp. 18 s.; ZENDRI, *op. cit.*, pp. 108 s.

La naturaleza procesal de su informe hace que Suárez, en lugar de acudir a los textos romanos que declaran que el mar es común a todos por derecho natural¹⁷, se centre en refutar los argumentos *de contrario*. Según parece, Santander se basaba en la prescripción para prohibir a los demandantes el uso libre del puerto de San Martín. De ahí que Suárez¹⁸ invoque tres leyes de las que resulta, según él, la imposibilidad jurídica de prescribir cualquier cosa destinada al uso común de todos los hombres: D.41.3.45 pr., C.11.43.9 y C.8.11.6. Pero lo cierto es que esas leyes las alega sólo por el hecho de que prohíben la *longi temporis praescriptio*, sin reparar en que ninguna de ellas se refiere a las *res communes omnium* ni indica que una prescripción como la pretendida por Santander sea contraria al derecho natural. El caso más flagrante es el de D.41.3.45 pr.: aunque el sentido del texto es un tanto oscuro¹⁹, el mar y los puertos son aludidos sólo de forma indirecta a través de la mención del *litus maris* y, en principio, el *ius gentium* que ahí se menciona no es lo mismo que el derecho natural en el que, según Suárez, se ampara la pretensión de sus patrocinados²⁰. En cuanto a C.11.43.9, una ley oriental tardía, excluye la *longi temporis praescriptio* únicamente en relación con las fuentes públicas de la ciudad capital de Constantinopla²¹. Algo semejante sucede con C. 8.11.6, que declara contraria al *ius publicum* (sic) la prescripción de *loca publica* en concreta referencia al ámbito edilicio.

§ 5. Sobre el obstáculo que podría oponer al rechazo de la prescripción la facultad de aquel que ha pescado solo durante muchos años en determinado

¹⁷ D.1.8.2 pr.-1, Marcian. 3 *inst.*: *quaedam naturali iure communia sunt omnium... 1. et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*; lo mismo en I.2.1 pr.-1.

¹⁸ *Consilium*, sumario, n. 4: *Usus maris iure naturali omnium hominum communis est: nec quis praescriptione prohiberi aut impediri potest uti mari, et rebus ad communem usum deputatis, et nu. 7.*

¹⁹ Oscuridad, al menos, de lo que deba entenderse por *loca iuris gentium publica*; vid. M. G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 78 s.

²⁰ Algunas frases de los §§ 7 y 8 que refieren al derecho natural la afirmación de D.1.8.4 pr. de que el mar y su litoral *sunt iuris gentium* indican que Suárez no distingue entre el *ius naturale* y el *ius gentium*. Puesto que los demandantes pedían el libre uso del puerto de San Martín «según el derecho natural», habrá que ver también qué interpretación da Suárez a D.1.8.4.1 (*sed flumina paene omnia et portus publica sunt*), que excluye los puertos de la categoría de las *res communes omnium* cualquiera que sea el fundamento jurídico que se le quiera asignar. Apunta GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, p. 44, que Suárez no vio con exactitud la diferencia entre los términos *communis* y *publica* de los textos romanos; en el mismo sentido, PERRUSO, R., «The development of the doctrine of *res communes* in medieval and early modern Europe», en *TR*, 70, 2002, p. 86 nt. 95.

²¹ Vid. GEIßLER, K., *Die öffentliche Wasserversorgung im römischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 217 s.; BIAVASCHI, P., «Dalla scrittura su *tabulae* alla scrittura sulla pelle: il valore del documento scritto nelle costituzioni del titolo *De aquaeductu* del Codice Teodosiano», en BASSANELLI, G., TAROZZI, S. y BIAVASCHI, P., (eds.), *Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII. Instrumenta, civitates, collegia, studium iuris*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 116 s.

lugar de prohibir a otro la pesca en el mismo sitio²², Suárez señala que tal facultad no se da «ratione praescriptionis», sino que se basa en la cuasiposesión del derecho de pesca obtenida mediante ocupación previa del lugar que el derecho natural permite. Sorprende que pudiera temerse ninguna dificultad de un texto que, como D.44.3.7, se refiere a la pesca in *fluminis publici diverticulo*, tanto por el hiato lógico y material entre el río y el mar, como también, una vez más, por la indistinción de lo público y lo *communis omnium*. Una diferencia que Suárez escamotea de nuevo al presentar la supuesta prohibición de Partidas 3.29.7 de prescribir las cosas que son «en uso comunalmente del pueblo de alguna ciudad o villa...» como si fuera consecuencia de esa misma prohibición pero referida a las *res communes omnium*²³. Cuando lo cierto es que esta ley se refiere con claridad absoluta a las *res publicae* (o *universitatis*) y recoge además la figura justiniana de la *longissimi temporis praescriptio*, que tiene efecto adquisitivo²⁴. Suárez obvia todo esto y termina alegando la última frase de D.47.10.13.7, donde se califica de *usurpatio* la actitud del propietario de una casa o residencia campestre que impide la pesca delante de su finca, por lo que se concede contra él la *actio iniuriarum* sin que le valga, y éste sería el caso de Santander, costumbre ni prescripción alguna contraria al *ius gentium*²⁵.

§ 6. Como vamos viendo, Suárez busca desarmar a toda cosa el argumento de la prescripción: por eso hace tabla rasa de cualquier diferencia entre las *res communes* y las *res publicae* y aplica a las primeras reglas formuladas expresamente para las segundas; por eso pasa por encima de los efectos -adquisitivos o sólo procesales de la *longi temporis praescriptio*- aun a sabiendas de que ya la glosa había planteado la cuestión; y por eso, cuando acude a las Partidas, prefiere citar una ley que parece excluir la prescripción en lugar de otra que se limita a recoger el mencionado supuesto²⁶.

§ 7. Suárez dispone todavía de otra razón para rechazar la prescripción pretendida por Santander: la prescripción requiere que «los prohibidos desis-

²² *Consilium*, sumario, n. 5: *Res ad communem usum, non solum omnium hominum, sed etiam alicuius civitatem deputata, praescribi non possunt. Actione iniuriarum tenetur, qui aliquem, etiam ante aedes suas, piscari prohibuerit, et nu. 7*; el texto que indica esa posibilidad es D.44.3.7, Marcian. 3 *inst.*

²³ Cfr. *Consilium*, n. 5: «facit. *lex septima, incipit, Plaça, titu. xxix. iiii. part. ubi indistincte in omnibus rebus deputatis ad usum communem non solum omnium hominum, ut est mare, sed etiam hominum alicuius civitatis, disponit, ut in eis nullo tempore procedat praescriptio*».

²⁴ *Vid. C.7.39.8.1.*

²⁵ En *Consilium*, n. 6 (sumario *Consuetudo quenam, non consuetudo, sed usurpatio appelletur*), la idea de que la costumbre contra el derecho divino, natural o de gentes es *usurpatio* se refuerza con Nov. 134, c. 1: *male enim adinventata nec ex longa consuetudine confirmantur*; este párrafo no tiene más contenido. *Vid. PERRUSO, op. cit.*, p. 86.

²⁶ Respectivamente Partidas 3.29.7 y Partidas 3.28.6.

tan de su possession y de usar de su derecho despues de la prohibición», lo que está muy lejos de haber sucedido con los demandantes, ya que nunca han dejado de usar de su derecho y de continuar así su posesión²⁷. O sea, los demandantes no se han conformado con la prescripción sino que la han interrumpido cada vez que han pescado, cargado o descargado en las aguas que Santander quiere prohibirles.

Jurídicamente, este argumento se vertebra a partir de D.1.8.4, de donde se extrae una llamada «*communis iuris regula*» conforme a la cual, siendo el uso del mar y los puertos común a todos por derecho natural, nadie se lo puede prohibir a los actores²⁸. Ahora bien, esta supuesta *regula iuris* no se aviene con el contenido del texto en cuestión, pues, aparte otros datos²⁹, el § 1, que comienza con la conjunción adversativa *sed*, advierte que los puertos son públicos. Parece que para Suárez tanto da *ius gentium* como *ius naturale* y *ius naturale* como *publicum*.

§ 8. Se plantea ahora la cuestión de si para poder usar el mar, los puertos y los ríos se necesita obtener licencia del rey³⁰. Suárez lo niega insistiendo en que por derecho natural el mar es de uso común a todos, pero los textos que alega no son unánimes en esa dirección³¹. Así, al obstáculo ya referido de D.1.8.4.1 sobre los puertos se añade ahora el de D. 43.8.3 pr., según el cual son del pueblo romano -*res publicae* por tanto- las costas sujetas a su *imperium*³². Nada de esto altera el discurso del letrado; más aún, justo aquí es donde hace la primera referencia puntual a D.1.8.4.1, cuyo texto transcribe de forma literal³³ pero sin dejar de ver en él la «*regula omnium Consultorum*», como ahora la denomina, cuya existencia viene defendiendo. El siguiente paso es pregun-

²⁷ *Consilium*, n. 7: «cum patientia et tempore legitimo ad causandam praescriptionem et ius prohibendi, ut iuris principia docent. Sed cum hic ex parte actorum nunquam intervenit patientia, immo contraditio, et possessionis continuatio, cessat praescriptio indubitanter». Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, p. 49; EGÍO GARCÍA, V. M., *El pensamiento republicano de Fernando Vázquez de Menchaca*, tesis, Universidad de Murcia, 2014, p. 337 <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/43266/1/tesis_doctoral_Víctor_Egío.pdf>

²⁸ *Consilium*, n. 7: «quod usus maris et portus omnibus sit communis à iure naturali, quod nemo potest prohiberi his uti».

²⁹ Según D.1.8.4 pr. el mar es *ius gentium* y no de derecho natural.

³⁰ *Consilium*, sumario, n. 8: *Licentia principis an requiratur, obtinendaque sit, ut quis mari, portu, fluminibusque uti possit*. Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 49 s.

³¹ D.1.8.2, D.1.8.4, D.1.8.5.1, D.43.8.2.9, D.43.8.3, D.43.8.2.8, D.41.1.30.4 con otros, dice, del mismo título *De acquirendo rerum dominio*, D.47.10.13.7.

³² Suárez no repara en que D. 43.8.3, antes de afirmar que el uso del mar es común a todos, apunta la posibilidad -por lo menos esto- de que haya costas reservadas al uso del pueblo romano. Sobre el texto, por todos, vid. ZOZ, *op. cit.*, pp. 54 ss.; D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 70 ss.

³³ *Consilium*, n. 8: «sed et flumina pene omnia et portus publica sunt, in l. nemo. ad finem, de rer. divi. ff. et in §. nemo in libro Instit. eodem titulo»; o sea, D.1.8.4.1 e I.2.1.1.

tar por la ley que exige licencia real, toda vez que ninguna de las que él ha citado menciona ese requisito: «qui licentiam principis dicit necessariam, det legem in hoc requirentem»³⁴.

§ 9. Del párrafo 9 en adelante el informe ofrece elementos que podrán servir para intentar una respuesta a la pregunta planteada al inicio del análisis: ¿qué significa que el puerto de San Martín es «de termino et territorio» de los demandantes?

La cosa empieza con una dicotomía muy interesante según la cual los mares son comunes en cuanto al uso y el dominio y del emperador, en cambio, por lo que respecta a la protección³⁵. Suárez señala que la *potestas, ius o dominium* que sobre el mar tuvo en su día el pueblo romano, y por consiguiente el que tiene el emperador en la actualidad, se limita a la llamada «protectio et iurisdictio». Este doblete lo construye juntando la glosa *Littora* a D.1.8.2.1 donde *protectio* figura como segundo término de la dicotomía por la que nos preguntamos: «littora communia sunt quo ad usum et dominium: ut hic, sed quo ad protectionem sunt populi romani»- y una adición posterior a esa misma glosa que pone *iurisdictio* en idéntico lugar: «mare est commune, quo ad usum, sed proprietatis est nullius... sed iurisdictio est Caesaris». Lo mismo se encuentra, añade Suárez, en la glosa *Et per hoc* a I. 2.1.1 y en la glosa *Arbitror* a D. 43.8.3 pr³⁶. En fin, en este último fragmento se detiene –como si sólo ahora hubiera caído en que Celso tiende a considerar públicas las costas sobre las que el pueblo romano tiene *imperium*– para señalar que en él jurista romano habló «per verba rigida», lo que no parece apropiado ni suficiente para neutralizar su afirmación³⁷. Y sin más explicación, concluye que el mar es más bien (*magis*) de uso común a todos los hombres, lo que significa que el pueblo romano no dispuso –ni por ende el emperador dispone– de ninguna potestad para prohibir o conceder su uso.

³⁴ *Consilium*, n. 8: «coniecturam accipere debemus non requiri talem licentiam», escribe Suárez remitiendo a D.6.2.8; poco más adelante indica, con frase de D.1.9.1, que la exigencia de licencia real entra dentro de aquello «quod nec usquam relatum est nec nunquam receptum».

³⁵ *Consilium*, sumario, n. 9: *Littora maris quo ad usum et dominium, sunt communia: quo tamen ad protectionem sunt Imperatoris*; este enunciado es una sinécdoque evidente. Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 50 s.

³⁶ Se notará no obstante que la glosa *Et per hoc* advierte que, *prima facie*, I. 2.1.1 y D. 43.8.3 no dicen lo mismo: «Sed contra ff. nequid in loco publico l. littora (D.43.8.3), ubi dicitur littora esse populi Romani. Sed illum est verum quo ad iurisditionem; vere tamen sunt communia, ut hic».

³⁷ Es inapropiado porque Celso dice, muy moderadamente, «estimo (*arbitror*) que son del pueblo romano los litorales sobre los que tiene imperio el pueblo romano».

En el final del párrafo, por medio de Placentino y Juan Faber, se recalca una vez más la comunidad del mar y de las costas³⁸. Lo más interesante es la fugaz aparición de la noción de *ius naturale primaevum*: el aire, el *aqua profluens* el mar y el *litus maris* -o sea, las *res communes omnium* de I.2.1.1- no han caído nunca en el dominio de nadie, sino que «*fuerunt relictæ in suo iure, et esse naturali primaevo, quo omnia sunt communia*». Parece que, con esa expresión, Suárez quiere referirse a lo que otros llaman *ius gentium primaevum* -derecho natural de la razón, exclusivo en consecuencia de los hombres pero no consistente todavía en leyes-, de modo de colocar el régimen del mar en la esfera de lo jurídicamente inalterable, de plena conformidad, por otro lado, con la tesis del uso libre y común a todos que viene defendiendo. De todos modos, la explicación de esa «*protectio et iurisdictio*» que sobre el mar corresponde al soberano aún no ha llegado.

§ 10. Ya en los párrafos 7 y 8 Suárez ha incluido D.1.8.4 entre las fuentes que avalan el uso común del mar. En el párrafo 10, ahora en relación concreta con el *ius piscandi*³⁹, retorna a ese texto para leerlo de nuevo a su manera. Marciano no dice lo que Suárez le atribuye: «*Portus etiam ad usum communem hominum cedunt*»; más aún, en D.1.8.4.1 afirma que los puertos son públicos. Por otra parte, aunque según I.2.1.2 el derecho de pescar «*in portibus fluminibusque*» es común a todos, Suárez omite que, en este texto, el carácter común del *ius piscandi* es consecuencia de la condición pública de los ríos y los puertos⁴⁰. Parece, así pues, que sigue haciendo tabla rasa de la diferencia entre *publicum* y *communis*.

D.1.8.4 e I.2.1.1-2 tienen origen en un mismo texto del libro III de las *Institutiones* de Marciano. Aunque cada uno ofrece una versión diferente del texto matriz, acaso el significado del punto que nos interesa es el mismo. Mientras que D.1.8.4 pr. se refiere al acceso al *litus maris piscandi causa*, I.2.1.1 no señala para ese acceso ninguna finalidad especial; el *ius piscandi* aparece en I.2.1.2 en relación directa con el carácter público de los puertos (y los ríos), lo que inclina a pensar que, siendo ese derecho *omnibus commune*, este carácter se debe entender con la restricción que es propia de las *res publi-*

³⁸ La fuente principal es Faber in I.2.1.5; ahí una cita del Salmo 8,6-8. Sobre la posición de Faber, vid. PERRUSO, *op. cit.*, p. 80.

³⁹ *Consilium*, sumario, n. 10: *Ius piscandi in portu fluminibusque, omnibus commune est.*

⁴⁰ I.2.1.2: *Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque*. Para facilitar la comparación, transcribo también D.1.8.4: *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus pius piscatoribus formianis et capenatis rescripsit. 1. Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.*

cae. Dado que el conjunto del pasaje parece someter el uso del mar al régimen del *ius gentium*, ¿introduce mi lectura una contradicción en el seno de I.2.1.1-2? No necesariamente: el acceso al *litus maris* sería *iuris gentium* (I.2.1.1), el uso de los puertos (y los ríos) no, sino público (I.2.1.2), de modo que el *ius piscandi* en ellos solamente sería común para los miembros del *populus* y no para todos los hombres⁴¹. Así las cosas, la principal diferencia con D.1.8.4 tiene que ver con la presentación, respectivamente, del *ius piscandi* y del acceso al *litus maris piscandi causa*: derecho de pescar *in portibus* en tanto uso de cosa pública en I.2.1.2, acceso al *litus* para practicar la pesca en tanto facultad amparada en el *ius gentium* en D.1.8.4 pr. Hay coincidencia, en cambio, en la consideración jurídica de los puertos como *res publicae*⁴². De esta comparación resulta que el «ius piscandi» no respalda la tesis de Suárez: el derecho de pescar en los puertos (y en los ríos públicos) no es común a todos los hombres sino, en todo caso, a los miembros del *populus*.

Se podría objetar que mi discurso se aleja de la visión del *ius commune* en cuya órbita se mueve Suárez. De hecho, éste se apoya también en la doctrina de Baldo sobre la pertenencia de los puertos marítimos fabricados por el hombre, según la cual los edificios portuarios son de quienes los construyen, pero los puertos en sí mismos son «*publici omnium populorum*» debido a que el agua es común⁴³. Baldo basa lo primero en D.1.8.6 pr. y lo segundo en I.2.1.2. Ahora bien, procedente una vez más del libro III de las *Institutiones* de Marciano, D.1.8.6 pr. atribuye al constructor el *dominium* del terreno sobre el que ha edificado, pero sólo mientras dura el edificio, a cuya destrucción el *locus* recupera su condición primera *quasi iure postliminii*; no parece por tanto que esté pensando en las grandes instalaciones de carácter permanente propias de los puertos, sino en los precarios abrigos que los pescadores suelen levantar *in litore* mencionados en el fragmento inmediatamente anterior⁴⁴. En cuanto a I.2.1.2, sobra decir que, igual que no equivale a *communis*, *publicum* tampoco significa «*omnium populorum*».

⁴¹ No me refiero a otros usos que sí podrían ser comunes a todo navegante, singularmente a su utilización como lugar de refugio: cfr. ZOZ, *op. cit.*, pp. 84 s.

⁴² Cfr. ZOZ, *op. cit.*, p. 72; DURSI, *op. cit.*, pp. 7 s.; la misma consideración se infiere de D.50.16.17.1, Ulp. 10 *ad ed.*: '*Publica*' vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et picariorum.

⁴³ BALDO in rubrica *ff. de rerum divisione et qualitate* (D. 1.8), n. 11.

⁴⁴ D.1.8.5.1; en este sentido, ZOZ, *op. cit.*, pp. 51, 53 nt. 173; DURSI, *op. cit.*, pp. 97 ss.

§§ 11-12. Los dos párrafos siguientes enlazan la cuestión de la pesca con las regalías (*regalia*)⁴⁵. Una famosa ley de los *Libri feudorum*⁴⁶ –con la que concuerdan, apunta Suárez, las del reino que mencionará más adelante– incluye los puertos y las rentas de las pesquerías entre los *regalia* o *iura regalia*. Apoyándose en cierto número de textos y en la doctrina de Andrés de Isernia y Jacobo Alvaroto, especialistas en el derecho feudal⁴⁷, el letrado concluye que aquella ley no considera regalía el «ius piscandi» ni exige licencia real para los demás usos del mar y de los puertos, sino que sólo concede a los príncipes el «reditus piscariarum» acostumbrado⁴⁸. Y aquí, por primera vez en el dictamen, se dice algo concreto acerca de la «protectio et iurisdictio» que el soberano ejerce sobre el mar: la exacción de la renta o vectigal de las pesquerías cae bajo ese concepto⁴⁹. La indicación se hace más directa con la explicación de Isernia acerca de la regalía llamada «ripatica», cuyo objeto, aclara el feudista, no son las propias riberas sino el «proventus et reditus, ex his proveniens», a lo que añade: «et tunc dices regalia, quantum ad protectionem Principis»⁵⁰.

Suárez parece seguir fielmente la doctrina de Isernia, pero lo cierto es que éste distingue dos significados de *publicum*⁵¹, ubica bajo el segundo las regalías en general⁵² y advierte que los puertos no son lo mismo que el *litus maris*⁵³. Por otra parte, las expresiones que emplea para hablar de lo *publicum*, en cualquiera de los dos significados que distingue, no incluyen ninguna alusión al derecho natural ni al *ius gentium* e inclinan a pensar que Isernia piensa invariablemente en las *res publicae -in publico usu o in pecunia o in patrimonio populi (vel Caesaris)-*, de modo que cuando usa *publicum* «in larga significa-

⁴⁵ *Consilium*, sumario, n. 11: *Piscationem reditus an inter regalia numerentur*; y sumario, n. 12: *Proventus et reditus ex piscationibus ad principem provenientes, an inter regalia computentur. Riparum usus est publicus, sicut et mare: licetque omnibus in illis naves alligare et reponere*.

⁴⁶ Lib. II, tit. 56: *Quae sint regaliae*, cap. único.

⁴⁷ Andreas DE ISERNIA, *Commentarium super Usibus feudorum*, Nápoles, 1477; Jacobo ALVAROTO, *Super feudis*, Venecia, 1477.

⁴⁸ Esto es, «gabella seu aliud tributum solui consuetum: de his quod in mari piscatores faciunt, seu à mercatoribus de his quae emunt aut vendunt» (*Consilium*, n. 10).

⁴⁹ No es una afirmación directa, sino que lo dicho resulta de la frase «piscationes semper sunt communes, iurisdictio et protectio pertinent ad regem» (*Consilium*, n. 10).

⁵⁰ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 10.

⁵¹ «In larga significatione accepta», la palabra *publica* equivale a *commune*; «stricto modo» se refiere a lo que se encuentra «in patrimonio Regis, vel Caesaris, vel civitatis»: *vid.* ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, nn. 8 y 9.

⁵² Con la precaución de advertir que respecto a las costas la regalía se limita a la «Regis defensio, et protectio», lo que las deja fuera de las cosas públicas «quae sunt in fisci, vel Caesaris dominio» sin incluir las necesariamente en una categoría de *res communes omnium* que ISERNIA no parece haberse representado.

⁵³ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 2: «(...) non enim omnia litora sunt portus, et haec alia sunt publica».

tionem» se debe entender que alude a las *res in publico usu*⁵⁴. De cualquier modo, la afirmación de que los puertos en sí y el uso que se hace de ellos son comunes a todos no es de Isernia sino del propio Suárez⁵⁵, aunque, por otro lado, tampoco se puede atribuir al feudista la idea de que los puertos, en la medida en que se diferencian del *litus*, son públicos en sentido estricto y se encuentran, por tanto, «in patrimonio Regis, vel Caesaris, vel civitatis»⁵⁶. Lo que queda, probablemente, es que para Isernia los puertos son *res publico usus destinatae*.

De los dos párrafos del *consilium* sobre las regalías resulta la inclusión de éstas en la esfera de la «protectio et iurisdictio», quizá como la parte principal de su contenido, así como la localización de esa esfera en la persona del príncipe. En el planteamiento de Suárez, las regalías sobre la pesca y los puertos se asientan sobre la condición común del mar y sus costas y de los usos correspondientes, lo que intenta probar ahora alegando algunos textos no tan favorables a su intención⁵⁷. Sobre todo D.18.1.6 pr., pues, en efecto, la inalienabilidad que menciona se refiere a los lugares públicos *in publico usu*, es decir, no en uso de todos sino de los miembros del *populus*, como prueban la exclusión de los *loca in pecunia populi*, que sí se pueden vender⁵⁸, y el *campus Martius* como ejemplo de *locus* inalienable; además, si lo que Suárez pretende probar es la inalienabilidad⁵⁹, la ubicación de las regalías «in patrimonio Regis, vel Caesaris, vel civitatis» hace que ese texto le sea poco propicio. En cuanto a los ‘*publica*’ *vectigalia* de D.50.16.17.1, Suárez, de acuerdo con la Vulgata, lee *piscariarum* –«vectigal portus... et piscariarum»– allí donde la Florentina dice *picariarum*⁶⁰; pero, aun considerar falsa esa lectura, sí se debe subrayar que el texto abona de todos modos el carácter público de los tributos a los que se refiere y señala –en el pr.– que a estos efectos no se tienen por ‘*publica*’ las cosas destinadas *publicis usibus*.

⁵⁴ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 1: «litora, quae sunt publica, et communia, non ut fiscalia, et patrimonialia, quae sunt in dominio Principis, sed sunt publica in usu omnium... quae sunt publico usui deputata... non enim sunt in patrimonio Regis, quia distant haec publica ab illis, quae sunt in fisci, vel Caesaris dominio»; n. 10: «proventus, et redditus ex his proveniens, ripae. n. et earum usus est publicum, sicut et mare... non intelligitur de publico in patrimonio fisci, vel civitatis... Sed in communi usu populi»; de este n. 10, Suárez, *Consilium*, n. 12, reproduce solamente la primera frase.

⁵⁵ Suárez, *Consilium*, n. 12: «(...) haec sunt regalia: non tamen ipse portus nec eius usus, cum sit omnibus communis», apoyando esta afirmación en D.1.8.4, D. 50.16.17, D.1.8.5.

⁵⁶ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 9.

⁵⁷ D.1.8.5, D.18.1.6 pr., D.50.16.17.1 y Partidas 3.28.11, 3 y 6.

⁵⁸ Cfr. Zoz, *op. cit.*, p. 68 nt. 212.

⁵⁹ No es claro si esta frase de *Consilium*, n. 12: «et sic expone regalia quantum ad protectionem principis, quia non alienantur, ut in l. sed Celsus. ff. de contrahen. emp. (D.18.1.6 pr.)», se refiere a las regalías o a las riberas fluviales de las que viene hablando a propósito de la regalía llamada «ripatica».

⁶⁰ De *picaria*, -ae: fundición de pez.

§ 13. Volviendo a la concreta *res litigiosa*, en el párrafo siguiente⁶¹ Suárez subraya que, por más que los reyes y príncipes puedan tener o adquirir algún derecho sobre el mar y sus puertos, de ahí no se sigue la necesidad de licencia real para usar de ellos. Así pues, su idea parece ser que la «*protectio et iurisdictio*» del soberano es compatible con el uso común a todos del mar y los puertos, uso libre y no necesitado de licencia, por lo que la «*protectio et iurisdictio*» no incluye la facultad de prohibirlo. Queda sólo la duda de si el derecho de otorgar concesiones sobre el mar y los puertos, admitido por Suárez⁶², pertenece también a la «*protectio et iurisdictio*». Y ante esta duda es discutible el valor del argumento de fondo que para negar la necesidad de licencia real toma de Baldo, a saber, que siendo el agua común por derecho de gentes, razón por la que se concede a los ocupantes si el *ius civile* no lo prohíbe, cuando no hay prohibición hay que atenerse al derecho natural y de gentes⁶³.

§ 14. Parece, con todo, que Suárez llegó a encarar esta dificultad, ya que en el párrafo 14 se pregunta qué cosas puede conceder el príncipe «*sua potestate*»⁶⁴. La exposición de este punto nos depara una sorpresa: si en los párrafos anteriores ha dominado la confusión entre *publicum* y *communis*, el actual evoca la diferencia entre las *res publicae* y las *res communes omnium*; un eco, eso sí, bastante particular, puesto que lo que hace Suárez es aislar dentro de las *res publicae* un grupo de cosas de las que afirma que «*sunt in omnibus communia*» y que está compuesto al menos por el aire, el mar y los puertos: cosas públicas pero comunes a todos los hombres. En realidad, este inesperado reconocimiento de que el mar y los puertos son públicos prolonga la citada confusión dándole un sesgo peculiar; en efecto, sin haber definido en ningún momento la categoría de las *res publicae*, Suárez la divide ahora en dos especies justamente en función de a quiénes esta permitido su uso. Una pirueta argumental destinada a crear las condiciones idóneas para limitar la *potestas concedendi* del soberano a las cosas públicas «*quae non sunt in omnibus communia*», dejando fuera de ella las cosas que sí lo son por más que también las llame públicas.

⁶¹ *Consilium*, sumario, n. 13: *Principes usurpatione in mari et eius portibus multa sibi appropriant.*

⁶² *Consilium*, n. 13: «(...) seu ad concedendum aliquid in eis, vel sive ad aliquod vectigal in eis imponendum».

⁶³ BALDO in D. 1.8.3, n. 8: «nam possum ripam excidere, et facere ductum aquae, videlicet ad molendinum meum, per possessiones meas si flumen non est navigabile vel non impeditur navigatio alterius fluminis, nam aqua est communis de iure gentium, etc.» Suárez debilita el argumento al trasladarlo de su contexto original al del uso del mar y los puertos; por otra parte, la concesión del soberano o la necesidad de licencia real no dejarían de ser restricciones del *ius civile* en los términos de D.43.12.2 (*nisi imperator aut senatus vetet*), texto con el que Baldo redondea su razonamiento.

⁶⁴ *Consilium*, sumario, n. 14: *Princeps quas res sua potestate concedere valeat.*

La prueba de la mencionada limitación se encontraría en D.1.8.9.1, donde Cino de Pistoia y Baldo ven la posibilidad de que el príncipe done o conceda «*id quod publicum est*». Sin embargo, en esos escritores no hay huella de la dicotomía ideada por Suárez de forma que pueda colegirse que están pensado solamente en las cosas públicas «*quae non sunt in omnibus communia*»⁶⁵. Muy inconcreta es la inmediata alusión a la posibilidad de usar sin licencia del príncipe las *res publicae* destinadas «*ad communem usum hominum*» –variedad de cosas públicas que, insisto, él solo se inventa–⁶⁶, y la vaguedad apenas disminuye con el aviso de que no hay «*edictum prohibitorium*» en esta materia. Quizá esta última indicación intenta subrayar la amplitud y la libertad con que se usan aquellas cosas, como parece indicar también el dato de que el único interdicto que Suárez encuentra sea el «*ne quid aedificetur in loco publico, per quod impediatur usus communia omnium*» (sic), cuya finalidad, añade de forma un tanto oscura, es la defensa del uso asignado y la utilidad sin ninguna prohibición ni necesidad de licencia⁶⁷. Más aún, según él, en las fuentes hay un caso que decide expresamente la cuestión; se trata del «*utile interdictum... de mari*» ideado por la glosa contra el que prohíbe la carga y descarga en las riberas del mar, cuyo modelo sería el de D.43.14.1 pr. contra el que impide navegar por río público. Pero el argumento se debilita cuando, para probar su existencia, se apela a D.43.8.2.9, donde se niega el interdicto *de loco publico fruendo* y se remite al interesado a la *actio iniuriarum*⁶⁸.

«*Quod satis punctualiter decidit dubium assignatum*», escribe Suárez a punto de finalizar el párrafo 14 refiriéndose probablemente a su tesis de que la *potestas concedendi* del soberano alcanza sólo a las cosas públicas «*quae non sunt in omnibus communia*». En cuanto al modo en que pasa por encima de la

⁶⁵ Cfr. BALDO in D.1.8.9.1: «*Not. ex isto. §: quod Princeps potest donare quod publicum est, secundum Cy.*»; BALDO in rubrica *ff. de rerum divisione et qualitate* (D. 1.8), n. 13: «*(...) an imperator possit concedere flumina? et dico quod sic, quia publica concedere potest*», de nuevo con base en D.1.8.9.1. Suárez cita también el texto y la glosa de D.45.1.137.6, D.18.1.6 pr., Bártolo in D.43.8.2 y D.43.8.2.16.

⁶⁶ Suárez remite globalmente a D.1.8, I.2.1, D.43.10-11 y D.43.12.

⁶⁷ *Consilium*, n. 14: «*sed eis uti ad usum deputatum et utilitatem permissum est absque aliqua prohibitione, nec licentia requisita, ut dicit text. in l. 1. ff. ne quid in loc. publ.* (D.43.8.1)»; esta última referencia parece que debería ser a D.43.8.2 pr.

⁶⁸ D.43.8.2.9: *Si quis in mari piscari aut navigari prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est*. Quizá Suárez no vio bien los textos o se equivocó al citarlos: en D.43.12.1.17 se menciona un interdicto '*ne quid in mari inve litore*' '*quo portus, statio iterve navigio deterius fiat*' propuesto por Labeón a semejanza del *interdictum de fluminibus*; vid. ZOZ, *op. cit.*, pp. 85 s.; según FIORENTINI, M., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 343 ss., 350, el modelo adoptado para ese interdicto implica la asimilación del mar a los ríos públicos y, por tanto, la naturaleza pública del mar; DURSI, *op. cit.*, pp. 130 ss., recalca el carácter «popular» del interdicto en cuestión desde el punto de vista de la legitimación activa.

diferencia entre *res publicae* y *res communes omnium*, conviene añadir la advertencia de las fuentes en el sentido de que las primeras sirven a los usos de los particulares por derecho de la ciudad y no como propias de cada uno⁶⁹. Después de todo lo cual, de nada sirve la cita, al final del párrafo, de una ley imperial que ampara contra toda extorsión o perjuicio a las naves que parten de un puerto cualquiera o de un litoral: Suárez omite que su finalidad es impedir la exportación de mercancías ilícitas a las naciones bárbaras y que los capitanes quedan obligados a declarar su itinerario⁷⁰.

§ 15. El penúltimo párrafo del dictamen se pregunta por el alcance de la prohibición de carga y descarga sin licencia del príncipe⁷¹. Suárez encadena tres leyes de Partidas: Partidas 3.28.11, citada ya en el párrafo 12 y que incluye las rentas de los puertos entre las regalías⁷², deduce que ni los puertos ni el mar son regala sino sólo «quoad protectionem et iurisdictionem»; sólo en concepto de tal, debe entenderse, exigen los soberanos la renta y el vectigal acostumbrados; Partidas 3.28.3 sobre las «res, quae omnium sunt communes», cuyas palabras reproduce para mostrar que no dicen nada acerca de regalías; y Partidas 3.28.6, que le da la razón en que las cosas públicas –la ley menciona los ríos, los puertos y los caminos públicos– «pertenescent a todos los hombres comunalmente».

De acuerdo con lo que acaba de exponer, Suárez considera absurda y contraria a todos los principios del derecho la prohibición de carga y descarga sin licencia del príncipe. Pero se cura en salud afirmando que, aun si se pudiera encontrar una prohibición expresa y por escrito, no se extendería a todo aquello que sus clientes u otros por ellos introducen y sacan para su propio uso y mantenimiento⁷³.

§ 16. Acaba el informe con una larga explicación a propósito de una ley de las Cortes de Toledo de 1480 en la que Santander había intentado cimentar

⁶⁹ D.43.8.2.2: *loca enim publica utique privatorum usus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque*; cfr. Zoz, *op. cit.*, pp. 170, 184 s.; Dursi, *op. cit.*, pp. 115 s.

⁷⁰ C.12.44.1 (a. 420). La versión de CTh.7.16.3 detalla mucho más los requisitos impuestos a los capitanes: *vid. MOATTI, C.*, «La mobilité négocíe dans l'Empire romain tardif: le cas des marchands étrangers», en *Le relazioni internazionali nell'alto medioevo. Settimana di Spoleto LVIII*, 2011, pp. 18 s. <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01651642>>.

⁷¹ *Consilium*, sumario, n. 15: *Prohibitio de non onerando seu exonerando absque licentia principis, ad qua extendatur*.

⁷² Suárez inserta en el texto una referencia al mar que no aparece en el original: «las rentas de los puertos y de los portadgos que dan los mercaderes por razon de las cosas que sacan *del mar*, o de la tierra...» (cfr. Partidas 3.28.11: «que sacan, o meten en la tierra...»). Esta ley ya ha sido citada en el párrafo 12.

⁷³ Suárez remite aquí a Bártolo in D.30.41.5, n. 4 y C 4.61.5.

su posición. Dicha ley anula las imposiciones y tributos nuevos introducidos desde 1464 coincidiendo con el conflicto por la sucesión de Enrique IV⁷⁴; es por ello de suponer que la parte demandada había alegado que su derecho sobre el puerto de San Martín era anterior a aquel año.

Al respecto, Suárez alega: 1) que la ley sólo se dirige contra los gravámenes impuestos desde el año 1464 en determinados lugares del mar que nunca antes habían estado sujetos a ellos: pero el pleito actual no versa sobre esos gravámenes, sino «sobre el derecho de usar el mar y el puerto situado en su término y territorio»⁷⁵; 2) que la ley no trata del derecho de usar el mar y sus puertos, sino sólo de la supresión de los citados gravámenes: decir lo contrario supondría inducir de ella la modificación de muchas de las leyes citadas en el informe⁷⁶ e ir contra el *ius naturale gentium* según el cual los usos del mar y sus puertos son comunes a todos; 3) que la lectura del texto se debe acomodar al propósito de la ley: en consecuencia, las palabras legales «que no se hagan cargas ni descargas, etc.» no disponen nada sobre a quiénes es lícito el uso del mar y los puertos ni sobre la necesidad de licencia real, sino que atañen a la cuestión de los nuevos gravámenes de los que se trata; y 4) que aunque no fuera así, la ley es expresamente contraria a los demandados puesto que dice «que no se haga carga ni descarga salvo en aquellos lugares en que se hazia ante del anno de 64»⁷⁷.

Según Suárez, que cierra con esta idea su informe, la orden que da la ley de 1480 a los Concejos, Universidades y personas particulares para que muestren las cartas, privilegios o títulos de los derechos que dicen tener, entre ellos el de carga y descarga en los puertos marítimos, atañe a los que los pretenden «por solo privilegio». Los demandantes quedarían entonces a salvo de ella, ya que han probado el carácter inmemorial del uso que vienen haciendo del puerto de San Martín⁷⁸.

⁷⁴ *Ordenanzas Reales de Castilla*, lib. 6, tít. 10, ley 13: *Que las imposiciones, y tributos nuevos dende el año de mil y quatrocientos y sesenta y quatro non valan*; Suárez se explica sobre esta ley en *Consilium*, sumario, n. 16: *Intellectus cuiusdam legis Tolleti, qua disponitur in mari, et eius portubus navium exonerationem et operationem fieri non posse*. Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁵ *Consilium*, n. 16: «*super iure utendi mari et portu sito in suo termino et territorio*».

⁷⁶ Con base en la gl. *Petere* a VI.1.6.16, § *Quod si per viginti*, Suárez recuerda que cuando una ley se expresa «per verba obscura, suppleta, vel subintellecta», nunca se la ha de entender de manera de producir la rectificación de otras leyes.

⁷⁷ El texto legal reza así: «Otro si mandamos, y defendemos, que de aqui adelante... [no] se hagan cargos, ni descargos en otros puertos de la mar, ni en otros lugares, salvo en los que antes se hazian...»

⁷⁸ «(...) assi que à puerto tan antiquissimo como este no se estiende la dicha ley, antes ellos tienen prescripto derecho de puerto carga y descarga por tan antiquissima possession caso que de derecho comun les fuera prohibido quanto mas siendoles concedido»; Suárez se basa en X.5.40.26: *illa esse pedagia, salinaria et guidagia interdicta, quae non apparent imperatorum, vel regum, vel Lateranensis concilii largitione concessa, vel ex antiqua consuetudine a tempore, cuius non exstat memoria, introducta*. EGIO GAR-

III. CONCLUSIONES

Abría Suárez su informe enlazando la tesis del mar territorial –*mare de territorio civitatis vel loci magis sibi propinqui esse dicitur*– con la idea de que el puerto de San Martín, al estar situado en el término y territorio de los demandantes, es «de suo termino et territorio». Después juntaba en una misma declaración el concepto de mar territorial y la visión del mar y sus términos como *res communes omnium*. Y por último intentaba mostrar la compatibilidad de esa visión con el ejercicio de la «*protectio et iurisdictio*» sobre el mar e introducía el tema de las regalías.

Por mi parte, desde el principio del análisis he apartado la posibilidad de que Suárez estuviera manejando la idea común de pertenencia, o sea, la idea de propiedad, he planteado la cuestión relativa a la facultad o derecho que se podría ocultar tras la terminología «propietaria» empleada en el informe, he sugerido que la respuesta se halla quizá en la noción de «*protectio et iurisdictio*» y me he esforzado en acercar los *iura regalia* a esta noción.

En síntesis: el pleito enfrenta a varios concejos próximos al puerto de San Martín con la localidad de Santander, pero la posible eficacia de los argumentos de Suárez a favor de los demandantes se sitúa en un nivel muy superior al local. En efecto, aun aceptando la extensión del territorio *in aquis*, el mar territorial no es de aquellos concejos, en nada parecidos a Génova o Venecia, sino del Estado costero del que forman parte; la «*protectio et iurisdictio*» le corresponde asimismo al soberano de ese estado y los *iura regalia* son elementos de su patrimonio. El único argumento directamente aplicable en el plano local, debido a su eficacia general, es el basado en la doctrina de las *res communes omnium*. Seguramente por eso Suárez lo utiliza para envolver en él todas sus demás razones aun al precio, como se ha visto, de trastocar su verdadero significado.

La «*protectio et iurisdictio*» del mar engloba el ejercicio del *ius puniendi* y la facultad de gravar los usos del mar y los puertos con las gabelas acostumbradas. Puesto que así lo admite Suárez, cabe preguntar si no hay alguna necesidad de licencia real para poder usar de esas cosas por muy comunes a todos que sean por derecho natural y de gentes. De hecho, es probable que la explicación de la ley de 1480 que suprimía los impuestos introducidos con posterioridad a 1464 se debiera a que los de Santander veían la base para limitar o prohibir el uso del puerto de San Martín en la negativa a pagar esos impuestos.

cÍA, *op. cit.*, p. 336, confunde la ley de 1480 con «una disposición legal de 1464» en la que supone que se amparaban los de Santander.

Suárez manipula significado del argumento de las *res communes omnium*. En mi análisis he comprobado, en efecto, su tendencia a mezclar las nociones de *publicum* y *communis*, hasta el extremo de presentar sorpresivamente las *res communes omnium* como un grupo de cosas públicas sustraídas a todo poder de concesión de los príncipes⁷⁹. Este modo de razonar no sería peculiar de Suárez ni de su *allegatio* n.º 17, pues hay quien dice que la tendencia a aproximar los términos *publica* y *communis*, de modo de acentuar el carácter de *res publica* de los espacios marítimos, nace ya con los glosadores⁸⁰. Pero Suárez sabía perfectamente la diferencia entre lo público y lo común a todos los hombres: en la *allegatio* n.º 15, para negar que ciertos términos de la villa de Peñafiel puedan haber sido prescritos por la de Curiel, utiliza una noción clara de las *res publicae (in publico usu)* y se basa, entre otras fuentes, en un texto relativo a la prescripción de *loca iuris gentium publica* que a su vez, en nuestra *allegatio* n.º 17, refiere explícitamente a las *res communes omnium*⁸¹. Y en la *allegatio* n.º 16 sobre la pesca fluvial, la afirmación «*ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque*» es seguida por esta aclaración: «*intelligitur publica, scilicet omnium populorum... alia dicuntur publica, quae sunt huius populi vel illius tantum, ut theatrum, campus Martium, et similia*»⁸².

Por último, ¿qué aspecto tiene el derecho que se refleja en el escrito de Suárez? En lo que toca a las fuentes predomina el elemento romano con más de treinta citas distintas de las diferentes partes del *Corpus iuris civilis*; aunque mucho menor, la presencia del derecho canónico destaca por el carácter profano del pleito; el derecho castellano se encarna en unas pocas leyes de Partidas alegadas con el fin principal de exhibir su coincidencia con las fuentes romanas; hay un capítulo de los *Libri feudorum* que no es fuente independiente, sino parte de los *libri legales*⁸³; y, por último, una ley de Cortes de 1480. En cuanto a la doctrina, la glosa y los comentarios de Bártolo, Baldo, su hermano Angelo y algún otro suelen ser la puerta de acceso a los textos romanos y canónicos, si no la lente para extraer de ellos el sentido más conveniente a las tesis defendidas. Alvaroto e Isernia cumplen la misma función en relación con el capítulo de los *Libri feudorum*.

⁷⁹ En *Consilium*, n. 14.

⁸⁰ Cfr. el detenido análisis de CHARBONNEL, N., y MORABITO, M., «Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs», en *RHDFE*, 65, 1987, pp. 34 ss., esp. 41.

⁸¹ D.41.3.45 pr.; *vid. Allegatio* 15, nn. 1-3.

⁸² *Vid. Allegatio* 16, n. 2.

⁸³ Cfr. Enrique de Segusio el Hostiense, *Summa Aurea*, proem., n. 7: «*Et ut breviter comprehendam, in 50 libris Pandectarum, 4 Institutionum, 12 Codicis, 9 Collationibus Authenticorum, Novella, Lombarda, et Constitutionibus feudorum, consistit legalis sapientia*».

El esquema descrito se corresponde en conjunto la articulación del *ius commune* y los *iura propria* en vigor a fines del siglo xv o inicios del xvi, época del informe. Respecto al uso de los textos de ambos derechos y de las citas doctrinales, conviene recordar que en Castilla, y precisamente para las alegaciones forenses, esa posibilidad no dejó de estar contemplada en la legislación real, dentro de límites bastante estables por lo demás, hasta 1805⁸⁴.

⁸⁴ Vid. SERNA VALLEJO, «El régimen legal», *cit.*, pp. 26 ss.

ANOTACIONES A LA REGULA IURIS «PRIOR TEMPORE POTIOR IURE»: DE ROMA A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Notes to the regulae iuris «prior tempore potior iure», from Rome to European legal practice

BEATRIZ GARCÍA FUEYO
Universidad de Málaga

Resumen: La regla *prior tempore potior iure* se encuentra ya enunciada como tal en D. 50, 17, 98, aunque reducida al título de lucro, si bien en otros fragmentos del Digesto viene aplicada a otros institutos, especialmente en las hipotecas ordinarias. Se convierte en regla jurídica universal con el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, in VI 5, 42.54, y a partir del *Ius Commune* tiene plena vigencia en el Continente europeo. La doctrina se afanó por verificar si era de interpretación restrictiva o analógica, señalando las extensiones y limitaciones, especialmente con los privilegios, pero llega a la normativa contemporánea, en la que es regla presente en los ordenamientos nacionales, pero no utilizada en sus fallos por el TJUE.

Palabras llave: Regla jurídica, *prior tempore potior iure*, Derecho romano, Derecho canónico, Recepción, Jurisprudencia.

Abstract: The rule *prior tempore potior iure* is already stated in D. 50, 17, 98, reduced to the profit title, although in other fragments of the Digest it is applied to other institutes, especially in ordinary mortgages. It becomes a universal legal rule with the *Liber Sextus* of Boniface VIII, in VI 5, 42.54, and since the *Ius Commune* has full force in the European Continent. The doctrine strived to verify whether it had a restrictive or analogical interpretation, pointing out the extensions and limitations, especially in regards to privileges. Nowadays it is a rule present in national legal systems but not applied by the European Court of Justice in its judgments.

Keywords: Legal rule, *prior tempore potior iure*, Roman law, Canon law, Reception, Jurisprudence.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Aspectos generales de la regla jurídica. III.—La *regula iuris*, ‘*prior tempore, potior in iure*’, del *Liber Sextus*. IV.—Doctrina de los glosadores y comentaristas, en el *Utrumque ius*. V.—Doctrina de los humanistas. VI.—La doctrina del siglo XIX. VII.—Doctrina de los siglos XX y XXI, con la jurisprudencia, nacional y europea.

I. INTRODUCCIÓN

Existe un dicho popular en asturiano, procedente de siglos precedentes, y que se pierde en el tiempo, conservándose en el argot popular, a pesar de la casi completa desaparición de todos los molinos, existentes en los diversos ríos del Principado de Asturias, de propiedad privada y servicio público, a los que acudían los naturales del territorio para la molienda, en el que se afirma¹: «quien primero va al molin, primero muele su copin»², aplicando el criterio de la prioridad temporal de llegada con el mulo, que era lo habitual, o un burro, y excepcionalmente con un carro tirado por una pareja de bueyes, para exigir que el molinero atendiera a los paisanos, por orden riguroso de llegada a las instalaciones.

Es el mismo refrán al que Andreas Wacke se refería hace unos años, a partir de formulaciones centroeuropeas del siglo XIII, contenidas en *Le Miroir de Saxe*, de 1230, o en el *Espejo de Suabia*, de 1275, reguladores del deber de espera, impuesto al coincidir dos carros en un puente estrecho, porque de modo concordante disponían que el primero en llegar, cargado o vacío, tenía preferencia de paso para cruzarlo, de donde se deducía la sentencia, a modo de proverbio, resaltada y analizada por el romanista alemán, con especial incidencia en la recepción dentro del Derecho ulterior de su país, desde la Edad Media hasta la codificación y legislación positiva vigente³: «quien primero llegue al molino, debe moler primero», entendiendo que el origen jurídico consuetudinario de la regla de prioridad está conectado con la actividad de los molinos⁴,

¹ Cf. GARCÍA ARIAS, Xosé Lluís, *Diccionario general de la Lengua Asturiana*, Oviedo, La Nueva España, 2018. Este refrán ya fue recogido por Canella hace un siglo.

² Copín es una medida de capacidad para granos, que equivale a medio celemin, aunque discrepan los autores sobre su alcance, de seis kg. a siete y medio.

³ WACKE, Andreas, «*Quien llega primero, muele primero*»: *prior tempore potior iure*. *El principio de prioridad en la Historia del derecho y en la dogmática jurídica*, en ADC 45 (1992) 37-52.

⁴ WACKE, Andreas, *op. cit.*, p. 38.

lo que explicaría su vigencia en los diversos idiomas de origen latino⁵, y como afirmaba Erasmo⁶: «*qui primus venerit, primus molet*».

No compartimos dicho fundamento como justificación para la aparición de esa regla, si tenemos presente que el propio investigador germano reconoce su vigencia, en época clásica romana, en el instituto de la ocupación⁷, y sobre todo, por su mayor incidencia, en materia de derechos reales de garantía, por aplicación del rango hipotecario en caso de pluralidad de hipotecas, al que aluden varios fragmentos del Código de Justiniano, con remisión a constituciones del emperador Antonino Caracalla de principios del siglo III d. C., que actualmente vemos en C. 8,17,3⁸: *prior tempore potior iure*, y C.8,17, 2: *praevallet iure qui praevenit tempore*, sin perjuicio de las excepciones ya conocidas entre los juristas romanos, como vemos en los fragmentos de Ulpiano, referidos en D.20,4,5 y 6, y sin olvidar lo relativo a los privilegios, como el de la mujer o el del fisco, y la conocida regla de D.50,17,98, de Hermogeniano, al tratar de la controversia entre litigantes, en la que ambos alegan sobre el lucro, ya que sostiene el jurisconsulto: debe ser preferido aquel cuya causa para el lucro precede en el tiempo.

Charles Lefebvre⁹ indica que Búlgaro fue el primer glosador que expuso la teoría de regla jurídica, seguido por su discípulo Piacentino, mostrando las dos características principales de la misma, a saber, la brevedad «*et la systématization qu'elles opèrent par la coordination entre les différentes dispositions légales*», asumiendo que toda regla tiene excepciones, y conforme al principio jurisprudencial romano, las reglas salen del derecho constituido, de modo que son derecho por la fuente de donde proceden.

Bassiano, seguido por Azón, se opone a este planteamiento, porque la *coniunctio causae*, origen del precepto general, permite, según su criterio, extender una disposición legal en su aplicación, en virtud de la misma *ratio legis* en la que está fundada, que es compartida en diversos supuestos, que presentan la misma equidad, no pudiéndose aplicar en los casos de excepción, porque en ellos hay distinta *ratio legis*, manteniendo siempre vigente el criterio según el cual la regla no crea derecho, en lo que discrepaba Acursio.

⁵ Según el refranero multigüe del *Centro virtual Cervantes*, en español se dice: «Quien primero viene, primero muele», lo que testimonian Núñez, en su obra del año 1555, y Correas, en 1627.

⁶ ERASMO DE ROTTERDAM, *Adagiorum Chiliades*, en *Opera omnia*, vol. II, Basilea 1981, n.º 1915.

⁷ D.41,1,3 pr, Gayo lib. II cott. sive aureorum: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*.

⁸ Imp. Antoninus A. Varo. *Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure*. 5 id. Oct. Año 213. Si has recibido en prenda un fundo, antes de que quede obligado a favor de la república, tal como eres anterior en el tiempo, así eres preferido en derecho.

⁹ LEFEBVRE, Charles, en DDC, t. VII, París 1942, cols. 541-545.

Los decretistas siguieron el planteamiento de los glosadores del *Ius Civile*, salvo que tendieron a la generalización, excepto Graciano que utilizó el término *regulae iuris* en sentido estricto, como norma legal, hasta Bernardo de Pavía introdujo en Derecho canónico un título idéntico al del Digesto justiniano, dando paso, por imitación, al homónimo de Gregorio IX, con un número más reducido de reglas, pero enunciadas como *generalia*, las cuales recibieron su consagración oficial en el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, gracias a Dino de Mugello.

En esta compilación hay muchas reglas que no son exclusivamente de Derecho canónico, dentro de las cuales se observan unas características propias de la regla de Derecho, como es la universalidad, basada en la identidad de *ratio*, pero asumiendo que la regla por sí misma no crea derecho, si bien se admite, con Juan Bassiano, que se pueda extender la aplicación de un caso a otro por la identidad de razón, lo cual no implicaría extensión de la regla, sino aplicación de una disposición general, sin que incluya las excepciones, por su diversa *ratio*, puesto que por el mismo motivo no caen en la generalidad de sus términos, aunque, a diferencia de Bassiano, aquel supuesto no comprendido, porque se trata de una excepción, quedará bajo el imperio de la regla vigente.

Juan Andrés insistirá en la interpretación analógica de la regla para abarcar otros supuestos, mientras Bártolo destaca la presunción a favor del que puede alegar en su beneficio una regla de derecho, de modo que una sentencia judicial contraria sería atacada de nulidad, en lo que Alejandro de Ímola disiente, si la justificación del fallo es una *ratio* diferente, que explica la presencia de la excepción. Bellemera interpreta que la regla de derecho está obtenida de las leyes, como una conclusión sacada de unas premisas, mientras el Abad Panormitano admite la posibilidad de las excepciones, a pesar de lo cual la regla de derecho debe ser considerada *regulariter vera*. Más amplia es la consideración de Filippo Decio, porque en su criterio la utilización de las reglas de derecho es obligatoria, cuando en casos particulares se carece de norma legal, separando dos términos, la disposición general y la regular, no observándose las excepciones más que en la primera, y negando que la excepción confirme la regla, puesto que la limita, aun admitiendo que cabe extender su aplicación por vía analógica.

En el humanismo jurídico, Alciato cambia la noción de la regla como *coniunctio causae*, es decir, unión de supuestos con el mismo fundamento para una disposición general, y se refiere a la *coniectio causae*, en cuanto sumario del supuesto legal regulado, siguiendo a Piacentino y Bassiano, mientras Santiago Godofredo, en línea con la doctrina de Bellemera y Decio, señala algunos principios, para poder citar la aplicación de la regla, tanto respecto del contenido como de su fundamento, sin olvidar que la regla de derecho responde a una idea de equidad.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA REGLA JURÍDICA

Salvatore Riccobono¹⁰ enseña que la mayor parte de las *regulae iuris* provienen de la República, y marcan el inicio de la elaboración científica del derecho, ya que se pueden considerar como un medio característico del avance de la ciencia, viniendo derivadas de la experiencia secular de la práctica jurídica, por lo que fueron transmitidas y consideradas siempre como principios fundamentales del *ius civile* y, en cuanto tales, ideoerogables.

Si el inicio de su conformación se remonta, al menos, a la *Regula Cato-niana*, no hay duda que Justiniano colocó en el último título del libro 50 del Digesto gran número de *regulae*, sacadas de las obras de todos los juristas. La remisión a Sabino en el texto de Paulo, primer fragmento del libro y título citados, muestra la necesidad que tuvieron los juristas para limitar o superar artificiosamente los límites de aquellas *regulae* que habían sido formuladas al amparo del *Ius Quiritium*, formalístico y riguroso, que impedían el desarrollo natural del Derecho.

Muchas de las reglas antiguas habían perdido, en su mayor parte, la importancia que tuvieron, así como el contenido de veracidad en su vigencia, merced sobre todo al *ius honorarium* y al *ius Gentium*, a pesar de lo cual todavía siguieron vigentes un buen número de ellas, algunas de las cuales llegan al derecho moderno, especialmente las que fueron formuladas en época clásica.

Riccobono jr¹¹, revisando el planteamiento paterno, pone de relieve la confusión que solía mantenerse entre reglas y definiciones, consideradas ambas como expresiones lógicas, instrumentos esenciales para el tratado sistemático del ordenamiento, aunque a partir de Carcaterra¹², se ha puesto de relieve las diferencias, en el plano etimológico y estructural que ambos términos presentan en el período clásico, ya que *regula* es una norma de conducta tomada de la experiencia, y obtenida por vía de síntesis, mientras que *definitio* es una proposición que establece una ecuación semántica entre lo que se ha de definir y uno o varios *definientes*, por lo que consta de dos series de términos reversibles y conmutables, ligados a un predicado de identidad, expresado mediante un verbo.

Savigny¹³ no duda en afirmar que los jurisconsultos romanos compusieron, «para el cumplimiento de ciertos actos jurídicos», unos axiomas de dere-

¹⁰ RICCOBONO, Salvatore, «*Regulae iuris*», *NNDI*, dir. da A. Azara e E. Eula, vol. VI, 3.ª ed., Torino 1957, p. 361, con bibliografía.

¹¹ RICCOBONO, Salvatore jr., *loc. cit.*

¹² CARCATERRA, Antonio, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, Jovene, 1966, p. 189.

¹³ SAVIGNY, F. C. de, *Sistema de Derecho romano actual*. Vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, 2.ª ed., t. I, reimpr., Pamplona, Analecta, 2004, p. 88.

cho, que transmitidos por la tradición, «conservaron largo tiempo su autoridad», matizando que sus autores y el mismo Justiniano, «que acepta sus expresiones, advierten que no debemos someternos servilmente a dichos axiomas, ni mirarlos como el fundamento del derecho, sino como simples tentativas para resumir el derecho y concentrar sus resultados», apoyándose, para esta afirmación, en el primer fragmento del último título del Digesto¹⁴.

En el título 17 del libro 50 de los *Digesta* no se refiere el «*prior tempore potior iure*», como principio general, dentro de los 211 referidos en *De diversis regulis iuris antiqui*, pero ello no es óbice para que se deje constancia de su vigencia dentro del ordenamiento romano, en D. 50, 17, 98, a propósito de la obtención del lucro¹⁵: «*Quotiens utriusque causa lucri ratio vertitur, is praefendus est, cuius in lucrum causa tempore praecedit*».

Algunos civilistas de la Edad Moderna pusieron su análisis en las reglas justinianeas, a partir de la definición de Paulo, más arriba expuesta, como es el caso de Rijswichium¹⁶, si bien, aunque ya no era la época dorada del *Ius Commune*, estos juristas siguen preocupados por la aplicación de ambos conjuntos normativos, cuyos textos legales son derecho vigente en su tiempo, aunque el fundamento sigue encontrándose en el Derecho romano, como ocurre en la regla 98, de Hermogeniano, relativa al título del lucro, en la que se da preferencia al que precede en el tiempo.

Al estudiar la noción de *regula iuris*, el autor referido lleva a cabo un análisis textual, pero desde la redacción de la fuente compilatoria¹⁷, para señalar que el vocablo *rem* del fragmento paulino indica: «*causam fori, quae est iurisconsultorum disputatione definita et consensus recepta*». Con la palabra

¹⁴ Interpretando el fragmento jurisprudencial clásico, asevera: «Esto quiere decir que, no se debe sacrificar a una regla, una verdad concreta, evidente. El Axioma: no hay regla sin excepción, se presenta aquí naturalmente; pero en este caso, admitir una excepción, es reconocer que la regla ha sido establecida de una manera incompleta», recomendando precaución. *Ibid.*, nota 2.

¹⁵ Cuando en una causa, por ambas partes de discute acerca de quien ha de ser preferido en materia de lucro, será preferente aquel cuyo origen o causa del lucro en anterior en el tiempo.

¹⁶ RIJSWICHIMUM, Henricum, *Paratitla et notae breves in titulum de diversis regulis Iuris antiqui*, Coloniae Agrippinae, apud Gualtherum Fabricium et Ioannem Gymnicum, sub Monocerote, 1572, fol. 65r: Ley 99 (sic). *Idem* (Hermogenianus. Libro quarto iuris epitomatorum. *Quotiens utriusque causa lucri ratio vertitur, is praefendus est, cuius in lucrum causa tempore praecedit. Lex si vero C. de rei vend.; lex quoties in fine de legibus 1; lex si pluribus in fine de re iudicata; lex inter 19 de probat.; In 6, cap. cum cui, de act. em.; lex si ea & uterque, de publiciana; lex scire & si duobus. Intelligit Decius caeteris paribus. Lex in operis. Generalior est regula 6 cap. qui prior, qui pot. in pign. Leges 9, 6 et 11. Ludovicus Romanus Consilio 47, visis necessarijs. Exc. de iniust. test. Leges 1 et 2 de legatis 1; lex si mihi et qui pot. in pign.; lex Offilius C. eodem titulo; lex finalis. Secus in legibus, et ijs, quae publici iuris sunt, idem legibus lex non dubium.*

¹⁷ RIJSWICHIMUM, Henricum, *Paratitla...*, *op. cit.*, fols. 4r-6r: Regula 1 (D. 50, 17). Paulus libro 16 ad ed. *Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat, non ut ex regula iuris sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, etc. ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquot vitiate est, perdit officium suum.*

«*breviter*», pone el acento en la tarea de síntesis y fácil conocimiento: «*ut dulci compendio memoriae tenacius inhaereat*», recordando a Licurgo, que no ponía la esperanza en lo escrito, sino en la presencia ciudadana de sus normas a través de la memoria, añadiendo un testimonio de Platón: «*Et recte illi divinus Plato dicebat, in politia optime constituta paucissimas leges esse debere: multitudo namque confusionem, confusio antinomian gignit, eamque ob causam simili brevitate olim concipiebantur leges in 12 Tabulis*».

Con la expresión, *ex regula*, se está refiriendo el jurisconsulto a una norma que crea derecho, por lo que es una norma aplicable a otros casos análogos que ocurran, siempre que no haya duda sobre su aplicación y tenga el respaldo fundado de la opinión común de los doctores, «*ut iudex ex ea decidere possit, nisi diversa facti circumstantia fuerit probata*», para concluir con el término *enarrat*: «*nam est quodammodo summa et anima earum legum, in quas incident*», con cuya interpretación no se aparta del sentir general de la doctrina, que desde la glosa planteó la posible aplicación analógica de la regla, a pesar de las excepciones, e incluso de estas últimas, asumiendo la prevalencia del derecho contenido en las normas sustantivas.

De la exposición precedente se deduce, con bastante claridad, la diferencia existente entre definición, sentencia y *regula*, a pesar de la equívocidad con la que se utilizan estos términos en las fuentes justinianeas, y falta de precisión que hay en la doctrina. Según el autor antes referido¹⁸: «*definitio unum aliquod verbum per genus et differentias proprie explicat. Regula per genus tantum multas hypotheses in unum colligit. Sententia est iudicium animi acute prudenterque conclusum, sed saepe unum pro alio ponitur*».

La *regula iuris* toma su principio de la ley, lo cual implica una breve enunciación de su origen, aunque no equivale a *coniectio*¹⁹, así como toma en cuenta, para su formulación, un grupo de preceptos normativos, reflejándolos en un norma común que los aúne, aunque no se identifica con la *coniunctio*²⁰, y solamente la presuponga.

¹⁸ RIJSWICHUM, Henricum, *Paratitla...*, op. cit., fol. 5rv.

¹⁹ *Coniectio: Haec est brevis explicatio causae, ac veluti summa comprehensis, quam actor in iudicio faciebat, antequam ad advocatos et ampliorem disceptationem perveniretur.*

²⁰ *Coniunctio, quasi ex varijs una communis regula fiat, et coniungatur: Señala Alciato, que «per regulam brevis rerum narratio traditur, et quasi causae coniunctio est», remitiéndose a Piacentino, «quia plures causae simul iunctae regulam constituunt», lo que no comparte, sino la opinión de Juan Andrés, para quien «causam, id est, rationem interpretatur, quasi regula causam, id est, rationem coniungat, ut quae in uno casu reddita est, in alijs quoque procedat, qui eadem aequitate nitantur», con alusión a los Retóricos. Vid. ALCIATUS, Andreas, *Parergon iuris*, en *Opera omnia*, t. II, Frankfurt am Main, Vico Verlag, 2004, col. 308, libro V, cap. 1.*

Dadas las características que se suponen específicas de la *regula iuris*, se han formulado diversas definiciones de la misma, como son las de Massa, quien «*definit proprie regulam esse compendiosam definitionem, seu universalem, vel perpetuale praeceptum, diversarum rerum, quasi sub unam eandemque causam cadentium, universitatem complectens*», resaltando que es un precepto que afecta a varias normas relativas a ámbitos institucionales muy diversos, y poniendo el acento en un fundamento compartido por todas ellas, con ánimo de tener vigencia para el futuro, mientras Jerónimo Franco²¹ entiende que la nota distintiva es la brevedad del precepto y su extracción de diversas definiciones de los institutos jurídicos, a las que aglutina bajo un aspecto particular.

Juan Ramo divide las *regulae iuris* en generales y especiales, considerando las primeras como las que se aplican en toda la normativa jurídica, y no circunscriben su régimen a una institución jurídica concreta o a una norma singular²², a diferencia de las especiales: «*quae circa locos et titulos singulares versantur*». Con esta forma de interpretar el binomio referido, aunque no lo afirme, Rijswichium²³ ha de situar la regla «*prior tempore, potior in iure*» del *Liber Sextus* entre las últimas, puesto que no es universal en su aplicación, sino que dentro de la normativa canónica ciñe su alcance al capítulo *pro te De rescriptis*²⁴, al *tibi qui gratiam*, del Sexto²⁵, así como al axioma «*Deterior semper est, qui prior delinquit*», fruto de la reflexión, a partir del fragmento del Digesto, de Ulpiano, con referencia al jurisconsulto republicano Aulo Ofilio, D.2,7,1,2.

Antonio Massa²⁶ estudia especialmente el fragmento D.50,17,1, en el que Paulo presenta una noción de *regula iuris*²⁷, que en su criterio es una descripción, pero siguiendo la interpretación de Accursio, se obtiene la declaración de su alcance: «*plurium rerum compendiosa narratio, et quasi causae coniectio*», coincidente con la noción de los Gramáticos: «*eam esse multorum*

²¹ Cit. por RIJSWICHUM, Henricum, *Paratitla...*, *op. cit.*, fol. 6r: *regulae definiuntur breves et compendiosae sententiae ex pervagatis definitionibus obquam eam definitioni existimat.*

²² «*Generales vocat, quae per totum ius sine certo aliquo determinatoque loco*».

²³ RIJSWICHUM, Henricum, *Liber singularis Regularum praetermissarum ex variis veterum Iurisprudendum et Pontificum Regularum libris, diversisque Titulis depromptus*, Coloniae Agrippinae 1572, p. 134, s. v. prior.

²⁴ In VI 1. 3. 13: *si pro te.*

²⁵ In VI 1. 3. 12.

²⁶ MASSA, Marco Antonio, gallosius, *de exercitatione iurisperorum libri tres*, nueva ed., Coloniae Agrippinae, exc. G. Fabricio, 1564, lib. 1, n.º 55, p. 47.

²⁷ MASSA, Antonius, gallosius, *Exercitatione iurisperorum, seu de Iuris arte libellus*, Francofurti, ex of. M. Beckeri, 1600, pp. 33-42.

similium coniectionem», y del Arcediano²⁸, según el cual «*Regula iuris sit compendiosa definitio*», o atendiendo al criterio de Quintiliano, «*universale vel perpetuale praeceptum, diversarum rerum quasi sub una eademque causa cadentium, universitatem complectens*»²⁹.

Entiende este civilista que el fragmento jurisprudencial, en el que se indica taxativamente que el derecho no proviene de la regla, sino a la inversa, muestra la diferencia entre ley y regla, porque, siguiendo al humanista suizo Ulrico Zasius, «*lex enim a personis et negotiis certis initium sumens, ad generalia facienda assurgit. Regula vero principium a genere sumit, et actus humanos in universo complectitur. Unde pulchre dices legem oriri ex facto, regulam a lege*», sirviendo inicialmente para destruir la ignorancia de la norma jurídica.

La regla, en general, es «*compendiosa aliqua definitio sub eadem et communi causa complectitur res generum diversorum, quasi eadem affectione laborantes: ex quibus regula constitui debeat*»³⁰. Los compiladores justinianos de las Pandectas, hombres eminentes, hicieron un título de reglas de Derecho, pero «*inter alias pro regulis posuerunt multas, quae nec sunt nec dici possunt regulae: sed sunt simplicia pronunciata, seu ut ipsi dicunt Axiomata, de singulis quibusque rebus particulariter dicta*», como se demuestra por las propias palabras de Aulo Gelio en sus *Noches Áticas* 16,8³¹.

Por otra parte, en su criterio, se equivocó gravemente Accursio al interpretar «*idem significare voluit principia, maximas et regulas, cum Aristotele authore, cuiusque scientiae principia sint quaedam propria, quae quod vera sint, non contingit demonstrari*». Tampoco son *propositiones*, porque estas «*indigent probatione et probari possunt, nec statim audita admittuntur*», de

²⁸ BAISSO, Guido de, Archidiaconus bononiensis, *Enarrationes super Decreto, autor ipse Rosarium appellari maluit, scholiis a N. Superantio, P. Albignano Tretio... Ioannisque de Gradibus, Lugduni, apud H. a Porta, exc. J. Ausultus, 1549, dist. 3, c. 2, Regula dicta.*

²⁹ Cf. MASSA, Marco Antonio, *op. cit.*, 1564, p. 47.

³⁰ «*Quid differentia sit inter regulam et generalem sive universalem locutionem: non omne generale aut universale pronunciatum regula est: nisi etiam vinculo unius, eiusdemque causae, aut passionis, affectionisve diversarum rerum species comprehendat, atque etiam generalis determinatio intra generis expressi species continetur, cum regula plerumque diversorum generum formas amplectatur, modo sub unius affectionis causam cadant, etiamsi affectio sit rebus ipsis accidens atque extra illarum substantiam. Generale dictum et regulam saepe pro uno eodemque accipi: generale dictum non esse amplius, quam sit regula, cum saepe pro uno eodemque ponantur, et non magis fallere regulam, quae generale dictum. Universalis vero locutio, nisi etiam singulorum causam coniungat, nihil habet cum regula commune*».

³¹ AULO GELIO, *Noctium Atticarum libri XX*, vol. II, libri XI-XX, rec. C. Hosius, ed. st. Prioris ed. 1903, Stutgard, in aed. Teubneri, 1967, pp. 171-173: «*a dialecticis Axioma appellatum est, a M. Varrone, proloquium... Sed quod graeci sinemmenon axioma dicunt, id alii nostrorum adiunctum, alii conexum, dixerunt*».

modo que los doctores, expertos en Derecho, «*imposuerunt quasi synonyma esse reputantes regulam, genus sive generalitatem et universalitatem, confuse de omnibus tractaverunt*», cuando en realidad «*officium regulae est plures casus vinculo causae coniungere*»³².

La necesaria formulación técnica del Derecho canónico bajomedieval, por un lado, y del Derecho regio hispano, por otra, determinó la aparición de grandes obras, fuertemente influenciadas por la Recepción del Derecho romano contenido en la Compilación justiniana, incluyendo la misma sistemática, tal como ocurrió con los títulos específicos *De regulis iuris*, recogidos, aunque sean solamente 11, en las Decretales de Gregorio IX, X.5.41, en el primer tercio del siglo XIII³³, y con mayor abundancia de normas jurídicas de este tipo, en total 88, en el homónimo, In VI 5.12, del *Liber Sextus* de Bonifacio VIII³⁴, de 1298, sin olvidar la regulación específica de Las Partidas de Alfonso X, a mediados de la misma centuria, contenido en el título 34 de la Séptima Partida, con 37 reglas³⁵.

³² «*Finis ad quem constituitur regula, ultimus quidem est, ut non tantum ab experientia, et notitia particularium, sed etiam per causam et arte sciatur. Propinquiorem vero finem et utilitatem, quae ex regula capitur, intelligere est ex Cicerone, inter alias ad iuris scientiam ex dialectica Servium Sulpitium regulam attulisse referens, ait, eam artem, quae doceret, rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur, et quae quibus propositis essent...*», aunque según Cicerón «*finem regulae iuris esse, ut per eam vera et falsa iudicentur, et quae quibus propositis sint, quae non sint consequentia. Eum autem effectum, nisi ego fallor, parit communitas et coniunctio causae: quae eadem esse videtur cum ea, quam demonstrationem appellat Aristoteles*», advirtiendo, no obstante que «*regulam per exceptionem nec vitari nec confirmari neque contingere exceptionem esse de regula... exceptio in casibus non exceptis firmat regulam, et doctores adducunt leges, quae de regula nequaquam loquuntur, sed de generali universalive dispositio*».

³³ Se observa una escasa repercusión de la Recepción del Derecho romano en esta materia.

³⁴ En este título hay una importante recepción del Derecho justiniano.

³⁵ Interpreta Arias Bonet –[ARIAS BONET, Juan Antonio, *Las «reglas de Derecho» de la séptima partida*, en AHDE 48 (1978) 165-191]–, que los redactores de Las Partidas no solamente utilizaron el mismo molde sistemático justiniano, sino que en general hubo en este texto legislativo, con un criterio selectivo, llevaron a cabo un aprovechamiento parcial básico del mismo, aunque probablemente por influjo de la glosa, especialmente de Búlgaro y de Azón, resaltando el catedrático español la identidad de planteamientos en general, con mínimos retoques, pero añadiendo en ocasiones algunas apostillas, que eran traducciones de los comentarios de los glosadores, incluso en la definición de *regula iuris*, lo que ha examinado con un análisis crítico Rosa Mentxaka, demostrando que no hay identidad textual entre la primera norma del Código Alfonsino y D. 50, 17, 1, ya que en el primero de ellos se omite cualquier referencia a que el derecho no deriva de la regla, sino al contrario, poniendo el énfasis en el carácter vinculante de la regla, con fuerte de ley, salvo que sea contraria a la obra legislativa del Rey castellano, lo cual no impide señalar dos puntos coincidentes: la regla ha de ser breve y la pérdida del carácter vinculante, si estuviera viciada, según los justinianos, o contraviniera lo dispuesto en la ley, según Partidas. La nota de brevedad de la regla ya estaba recogida en las Costums de Tortosa y en los Fueros de Valencia, coincidente con la doctrina imperante en esa centuria y en la precedente, civilistas y canonistas. MENTXAKA, ROSA, *Sobre el concepto de regla jurídica de Partidas 7,34, y sus posibles fuentes*, en Auctoritas. Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot. Études réunies par G. Constable et M. Rouche, París, PUPS, 2006, pp. 567-580.

III. LA REGULA IURIS «PRIOR TEMPORE POTIOR IN IURE», DEL LIBER SEXTUS

Los canonistas responsables de ambas compilaciones, San Raimundo de Peñafort y Dino de Rossoni, no introdujeron ninguna definición de *regula iuris*, limitándose al enunciado de las que consideraron relevantes, para atender las necesidades de su tiempo. El último de los citados, asesor del Papa Benedetto Gaetani³⁶, no dudó en insertar un elevado número de *regulae iuris*, entre las cuales destaca la que nos ocupa, y ha sido objeto reiterado de un doble estudio: en primer lugar, su origen, en relación con las fuentes justinianeas; en segundo lugar, su aplicación en otros ámbitos de naturaleza eclesiástica.

El primer aspecto a considerar es el simple enunciado contenido en el *Liber Sextus* 5, 12, 54, que asume todas las características de un precepto de este tipo: conciso, preciso y de alcance general³⁷: *Qui prior est (in) tempore, potior est (in) iure*.

La cuestión preliminar que se plantea es el alcance normativo del mismo y su calificación doctrinal. Pocos autores han trazado de forma sintética pero muy rigurosa la situación legislativa que se produjo en la normativa eclesiástica después del Decreto de Graciano, como el jesuita español Xavier Wernz³⁸, analizando las fuentes canónicas bajomedievales. Sus palabras son muy clarificadoras de este aspecto: después de publicarse la compilación de Gregorio IX, prosiguieron dictándose nuevas leyes eclesiásticas que estaban dispersas y al margen del Decreto y Decretales, de donde surgió la necesidad de recopilarlas³⁹.

³⁶ Benedetto Caetani di Anagni, había nacido alrededor de 1255, pero fue elegido para la Sede petrina en Nápoles, el 24 de diciembre de 1294, siendo consagrado Papa en Roma, el 23 de enero, falleciendo el 11 de octubre de 1303. Cf. SELBY, Richard Wilfrid, alias Ioannes Rubeus, *Bonifacius VIII, e familia Caietanorum principum Romanus Pontifex*, 2 vols., *altera, vitam et res ab eo gestas illustrat, altera defendit*, Romae, typis haaeredum Corbelletti, 1651; la síntesis biográfica en CAPPELLI, Adriano, *Cronología, cronografía e calendario perpetuo*, 4.ª ed. agg., Milano 1978, p.265. Su acceso al pontificado ha sido muy controvertido, y el desarrollo de su actividad pontificia estuvo salpicado de múltiples incidentes. *Vid.* por todos, DE BERNARDIS, Lazzaro M.ª, en NNDI, 3.ª ed., Torino 1957, pp. 501-502, s. v. Bonifacio VIII: su compilación, considerada como apéndice de la compilación de Gregorio IX, vino a constituir la tercera parte de lo que el Concilio de Basilea del año 1437 denominó *Corpus Iuris Canonici*.

³⁷ *Corpus Iuris Canonici, ed. Lipsiensis secunda, Aem. Friedberg, pars secunda, Decretalium collectiones*, Graz 1959, col. 1123, *de regulis iuris*. Bonifacius VIII, *In Sextum*, 5, 12, regula 54: *Qui prior est (in) tempore, potior est (in) iure*.

³⁸ WERNZ, Francisco Xav., S. I., *Ius Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive Iuris Decretalium. Tomus I. Introductio in Ius Decretalium*, Romae, ex typ. Polyglotta, 1898, pp. 328-330.

³⁹ A este proyecto contribuyó el eminente jurista Inocencio IV, a mediados del siglo XIII, pero la confusión generada por las abundantes normas que no estaban sistemáticamente expuestas y formuladas, en orden a su completa y correcta aplicación, tal como reclamaba la Universidad de Bolonia y los grandes expertos en Derecho, explican la aparición de una nueva colección auténtica de decretales, promulgada en la constitución *Sacrosanctae*, del 2 de marzo de 1298, en la que no solamente participó el Pontífice, gran perito en ambos Derechos, sino también otros grandes juristas, denominándose *Liber Sextus*, conforme a la misma terminología de la constitución citada.

Con la promulgación del *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, el 2 de marzo de 1298, nos encontramos ante una colección auténtica «*una et universalis*», y como señala Wernz⁴⁰:

Omnia et singula capita Libri Sexti in parte dispositiva habent vim legum universalium Ecclesiae et tanquam leges vere posteriores abrogant omnes priores leges universales et contrarias etiam in compilatione Gregorii IX contentas... Eo vero, quod regulae iuris in citata Constitutione Sacrosanctae expresse non commemorantur, non videtur deducendum, illas vim legalem non habere, sed tantum eum valorem retinere, quo ex sua origine vel ex rationibus internis gaudeant.

Esta calificación jurídica del precepto que nos ocupa, como *regula iuris*, pero en plena posición de igualdad normativa con cualquier otro texto de dicha colección normativa, hizo que se convirtiera en una disposición legal plenamente vigente y alegable ante los tribunales, de modo que no fue solamente objeto de estudio para los expertos jurídicos sino de apreciación por parte de los diferentes operadores jurídicos, especialmente quienes actuaban en el foro.

En este punto, Plöchl⁴¹ insiste, más recientemente, que dicha colección normativa de finales del siglo XIII «è un codice ufficiale di leggi, le cui norme, analogamente a quelle del *Liber Extra*, ottennero validità giuridica generale con la promulgazione nella forma del testo contenuto in esso, senza pregiudizio per la forma ed efficacia giuridica precedente», matizando expresamente: «*le regole giuridiche di Dinus Mugellanus secondo l'opinione prevalente dei canonisti, sono dotate pure di efficacia giuridica*».

Se afirma, por la generalidad de los estudiosos, que el autor de este título del *Liber VI* de Bonifacio VIII, con las 88 *regulae iuris*, fue obra no de los tres miembros de la comisión general encargada por el Pontífice para su redacción, sino del propio Papa y, sobre todo, del civilista y profesor boloñés Dino de Rossoni o Rossonis, que por haber nacido en Mugello, al norte de Florencia, es más conocido por Dino de Mugello⁴², de modo que las compuso, según Plöchl⁴³, «ad imitazione del Diritto civile romano», o como afirma Musselli⁴⁴, «*l'appendice di 88 regulae iuris redatte... dal civilista Dino da Mugello, che*

⁴⁰ El jesuita indica que entre sus comentaristas destacan la Glossa ordinaria de Juan Andrés, la de Juan Mónaco y la de Guido de Baysio, a las que se deben añadir los *Casus y notabilia* de Heliae Regnier, a finales del siglo XV. Se imprimió por primera vez en Moguntia, año 1465, y la edición romana es de 1582.

⁴¹ PLÖCHL, Willibald M., *Storia del Diritto Canonico, vol. II. Il diritto canonico della civiltà occidentale 1055-1517*. Trad. a cura di P. Giani, Milano 1963, pp. 460-461.

⁴² Vid. BERRA, Francesco Luigi, en NNDI, vol. V, 3.^a ed., Torino 1957, p. 644, s. v. Dino da Mugello. Destaca que en sus obras dejó muestras de su originalidad e independencia de la glosa acursiana.

⁴³ PLÖCHL, Willibald M., *Storia del Diritto Canonico, vol. II...*, op. cit., pp. 461 y 490.

⁴⁴ MUSSELLI, Luciano, *Storia del Diritto canonico. Introduzione alla Storia del Diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Torino 1992, p.49.

ne dà un'impostazione romanistica; prova, questa, del rapporto di ormai intima interazione tra Diritto civile e canonico».

Según Reiffenstuel⁴⁵, las reglas del Derecho son de dos tipos: unas auténticas y otras meramente doctrinales, a las que se conoce en terminología vulgar como brocardos, si bien facilita previamente una noción de las mismas, a partir de los títulos finales, que las refieren en el Digesto, Decretales y *Liber Sextus*:

*Ubi per regulam ad propositum intelligitur sententia quaedam generalis plurimum Legum, et Canonum summam paucis complectens: seu quae jus de variis regulis, eadem tamen rationem habentibus, per diversas Leges et Canones constitutum, brevi compendio complectitur, et proponit, sic v. g. diversi Canones et Leges, quarum aliae foeminas ab officio judiciali, aliae a postulando, aliae a fidejubendo etc. repellunt, unica comprehenduntur Regula: Foeminae ab omnibus officiis civilibus et publicis remotae sunt: quae est regula 2 ff. de regulis Juris*⁴⁶.

Las primeras han sido establecidas bien por la autoridad pontificia, bien por la imperial, y componen normas del derecho civil y canónico, especialmente el libro V y VI de Decretales, juntamente con el Digesto justinianeo⁴⁷, mientras que las denominadas brocardos: «*Brocardicae sunt, quae a Jurisconsultis, vel aliis Doctoribus ex variis juris textibus, ac dispositionibus, vel etiam Philosophorum dictis depromptae per modum axiomatum habentur, et applicantur quidem; Jus tamen non faciunt, nec iuris auctoritatem habent, cum in nullo jure causae supponantur*»⁴⁸.

Las diferencias son evidentes, no solamente por el diferente origen, sino también por la fuerza vinculante de la que carecen estos últimos, aunque pueden servir en una alegación jurídica y aplicarse por la autoridad competente, como un argumento más del raciocinio.

⁴⁵ REIFFENSTUEL, Anacleto, O. F. M. C. provinciae Babariae, *Ius Canonicum Universum*, tomus IV, Venetiis, apud Antonium Bortoli, 1726, p. 345: Liber V Decretalium, titulus 41: *de regulis iuris. Regula juris quid? Alia est authentica, alia Brocardica. de regulis Juris in specie qui scribant. Quid sentiendum de Regulis Juris.*

⁴⁶ Es el *principium* del fragmento de Ulpiano, D.50,17,2, libro I ad Sabinum: *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

⁴⁷ Los autores de la Edad Moderna insisten en los grandes glosadores y comentaristas de esta materia, los primeros de los cuales son coetáneos a la promulgación de la obra por parte de Bonifacio VIII, como es Juan Andrés, que vivió entre 1270 y 1348, y Juan Mónaco, fallecido en 1313, del los que se conserva un manuscrito del siglo XIV en la BAV, intitulado «*Commento alle Regulae iuris del Liber Sextus*», junto a las reflexiones del precedente, entre las que figura como objeto de estudio la regla 54 (BAV. Vat. Lat.1 4739, ff. 73r-86v), pasando por Petrus Peckius, Enrique Canisio, Dino de Mugello y en el siglo XVII, al portugués Agustín Barbosa.

⁴⁸ Vid. en confirmación de esta interpretación jurídica, DAMASUS, Gulielmus, *Buchardica, sive regulae canonicae, elegante quadam ratione*, Lugduni, apud G. Rovilium, 1565: no está la regla que nos ocupa, aunque hay muchas y sus contrarios.

Su planteamiento es compartido por el benedictino Ludovico Engel⁴⁹, mostrando la utilidad del conocimiento de las *regulae iuris*, pero advirtiendo que primero es el conocimiento de la norma jurídica concreta que afecta al supuesto de hecho, porque el precepto de la primera puede no tener lugar en el caso concreto.

IV. DOCTRINA DE GLOSADORES Y COMENTARISTAS, EN EL *UTRUMQUE IUS*⁵⁰

El primer esfuerzo por comprender su significado es fruto de la glosa⁵¹, proseguido en su labor por algunos juristas que se ocuparon en esta tarea, entre los que destaca Juan Andrés⁵², quien pone de manifiesto tres aspectos complementarios: su origen, alcance y algunos casos concretos de aplicación; los requisitos para su vigencia, ya que no cabe en leyes y testamentos, sino en los negocios jurídicos bilaterales, y, finalmente, solamente tiene lugar cuando las partes afectadas están en situación de igualdad.

Después de reconocer paladinamente que dicha norma 54 del Sexto es un trasunto de la contenida en D.50,12,98, pasa al examen de casos prácticos en los que rige en Derecho el principio de prioridad temporal.

Desde la perspectiva canonística, señala, en primer lugar, el supuesto de cesión y prescripción, al que se refiere C.16 q. 3 c. 13 en Graciano, ya que «*praeponitur prius ordinatus*», siguiendo a Dino de Mugello, junto al honor de la persona, a cuyo criterio se añade el tiempo: «*et inter duunvirales quisque prior*», de D.50,3 pr. y C.12,3,1, de los emperadores Teodosio y Valentiniano, sobre la preferencia del que ha desempeñado primero el cargo.

⁴⁹ ENGEL, Ludovico, O. S. B., *Collegium Universi Juris Canonici. Adjectae sunt annotationes Caspari Barthel*, Mantuae Carpetanorum, ex typ. Regia, vulgo de la Gazeta, 1777, p. 475: Liber V, titulus 41, de regulis iuris. *Auctores de Regulis Juris scribentes: Dynus, Petrus Peckius, Hericus Canisius in Summa Juris canonici, Barbosa in Collectione ad librum 6 Decretalium et alii*.

⁵⁰ Una amplia bibliografía sobre esta regla, *vid.* BARBOSA, Augustinus, *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in Ius Pontificium Universum, tomus quartus, quinque libros Sexti Decretalium, Clementinas item, et Extravagantes, tum viginti Joannis Papae XXII, tum etiam communes continens*, Lugduni, sumpt. Petri Borde, Joan. et Petri Arnaud, 1688, pp. 370-371.

⁵¹ *Liber Sextus Decretalium D. Bonifacii Papae VIII. Clementis Papae V Constitutiones. Extravagantes, tum viginti D. Ioannis Papae XXII, tum communes*, editio ultima, Lugduni, sumptibus Ioannis Pillehotte, 1613, col. 834: de regulis iuris, regla 54: «*Qui prior est tempore, potior est iure*». *Prima glosa dicit, unde sumpta, et ponit exempla: ad ultimum exemplum signat contrarium et solvit. Secundo dixit regulam procedere in his, quae pendent a voluntate duorum, non in legibus, vel testamentis: signat contrarium, et remittit. Item procedit, cum par est ius utriusque*.

⁵² ANDREAE, Ioannes, bononiensis, *In Sextum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetijs, apud franciscum Franciscium, senensem, 1581, fols. 74r-76r: Regula 54: 1. *Prior tempore num potior iure, et ubi id fallat*.

En la obtención de una prebenda, se prefiere al que la solicitó primero (*in pari forma*), o lo que es lo mismo, está en mejor posición el que hizo la petición en primer lugar.

No obstante, en la compraventa y donación, entre dos sujetos que actúan como compradores o donatarios, es preferente, a la hora de reivindicarla, el que recibió el objeto: «*ille, cui res prius tradita fuit*», conforme a C.3,32,15 pr., cuya resolución no impide que se pregunte el glosador:

Sed quare in hoc ultimo casu praefertur ille, cui fuit primo res tradita, et non ille, cui primo fuit vendita, vel donata: quod esse deberet secundum hanc regulam? Solum haec regula locum habet in iis, quorum utriusque par est causa, ut in C. Iust. 3, 32, 15, sed post venditionem quis remanet dominus, vendendo ergo, et tradendo secundo, potior est causa secundi (in marg. Nisi prius se constituisset prioris nomine possidere, como advierte, a partir del Speculator, el glosador Ioannes Andreas) hoc probatur C. Iust. 4, 39, 6, tenetur tamen priori ex empto quanti sua interest.

Solución, diametralmente diversa, tiene lugar cuando alguien recibe el nombramiento de canónigo a través de un documento Papal, porque entonces el beneficiario «*statim est canonicus*», y por consiguiente en estos casos se atiende a la data de la concesión pontificia, tal como dispone una decretal.

No olvida Juan Andrés que «*haec regula locum habet in contractibus, et in iis, quae ex duorum voluntate dependent: sed in legibus, et constitutionibus, quae pendent ex unius voluntate, revocat posterior priorem. Idem in testamentis eadem de causa: quia ex unius voluntate dependent... ubi dicitur, quod potius stamus antiquo iuri, quam novo*», para matizar: «*Haec regula in his locum habet, quae per ius habent: nam privilegia considerantur non solum ex tempore, sed ex causa*», conforme a D.42,5,32, de Paulo. «*Hinc est, quod receptus auctoritate Apostolica praefertur omnibus etiam ante receptis aliorum auctoritate*», sin olvidar que la mujer casada, respecto del crédito dotal «*praefertur etiam quibusdam anterioribus creditoribus, non tamen filiis ex priori matrimonio, qui agunt de dote materna*», siguiendo el contenido de la norma de C.8,17,12, ampliamente estudiada por Azzone y Dino de Mugello, a cuya exposición se remite, para tener presente el ejemplo de aplicación de la regla a los acreedores garantizados, con fundamento en D.20,4,11 pr. de Gayo, D.20,4,3 pr. de Papiniano, y C. Iust. 8, 17, 3, que es la constitución del emperador Antonino Caracalla, del año 213⁵³.

⁵³ Imp. Antoninus A. Varo. Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure. PP. V id. Oct. Antonino A. IIII et Balbino cons.

Azón, en su estudio del Código de Justiniano⁵⁴, analizando el fragmento que trata del contrato de *pignus*, y la concurrencia entre varios acreedores, destaca cuál de ellos tiene mejor posición en derecho, a la hora del cobro de su respectivo crédito, y no duda en afirmar que esa prioridad puede provenir de múltiples fundamentos, comenzando «*ratione causae*», a cuyo objeto cita el caso del segundo prestamista para la conservación del objeto que sirve de garantía, o para reparar una nave o armarla, con objeto de mantenerla idemne de ataques, o para adquirir alimentos de los tripulantes, entre otros supuestos, advirtiendo, no obstante, «*quod tamen dictum est posteriorem causam praeferrri priori, est intelligendum, nisi prior habeat hypothecam et privilegium*», como sucedería si la cosa estuviera inicialmente obligada a la mujer por razón de la dote, porque en ese caso no es preferido el posterior que prestó para que reparasen el objeto, lo cual no tendría lugar en el supuesto ordinario en el que prevalece el titular del crédito refaccionario.

Al igual que ocurre en la dote de la mujer, se aplica en los gastos relacionados con la inhumación del deudor, que es preferido su crédito *ratione causae* frente al titular de la hipoteca tácita, aunque Azón deja la duda sobre esta prioridad de preferencia sobre la hipoteca expresa.

La prioridad en el tiempo hace que el primero sea preferido al segundo acreedor, si este último no puede alegar ninguna precedencia o preferencia por causa, o privilegio, o en base a un fundamento semejante, tal como dispone la constitución imperial C.8,17,3, que figura en la normativa de la prenda.

Desde otro punto de vista, Azón insiste en que la prioridad se aplica al acreedor particular o privado, aunque el concurrente sea el fisco, tanto en caso de un crédito sobre un objeto concreto, como si afecta a la generalidad del patrimonio, declarando que «*ipse creditor qui prior est tempore, sicut ille qui habet expressam hypothecam priorem, praefertur fisco et ideo praeferetur mulieri, quia quo ad hoc pari passu ambulant*»⁵⁵, y en caso de obligación contraída por uno, que no es propietario, prevalece el que tiene la condición de poseedor.

Finalmente, este glosador del Código justiniano expresa algunas de las excepciones que sufre dicha regla de prioridad, como sería el mutuo acuerdo, o el privilegio dotal, aunque destacando la situación excepcional que se produce en caso de concurrencia de dos acreedores hipotecarios, uno convencional y otro por privilegio legal o disposición de la autoridad, ya que en el primer

⁵⁴ AZZONE, *Summa aurea... adnotationibus item non paucis per D. Hieronymum Gigantem*, Augustae Taurinorum, apud haer. Nicolai Bevilacqua, 1578, fols. 197v-199r.

⁵⁵ AZONIS, *Lectura super Codicem, en Corpus glossatorum juris civilis*, Augustae Taurinorum, ex off. Erasmiana, 1966. *Commentaria in librum VIII Codicis*, p. 632 : «*Antequam reipublicae. Sed et praefertur fisco et mulieri (prior in tempore)*».

caso es preferido el acreedor a la mujer, pero no en el segundo, puesto que insiste este glosador que la mujer es preferida a todos los acreedores que le preceden en el tiempo, tanto tengan hipotecas tácitas como expresas, sin olvidar el privilegio del que presta dinero para comprar un cargo público o el crédito documentado en escritura pública, o en escrito firmado por tres testigos⁵⁶.

Juan Mónaco o Lemoyne, canonista francés coetáneo a la promulgación de la obra de Bonifacio VIII, y uno de los primeros comentaristas del título de las reglas de Derecho del Sexto, no deja de señalar la aplicación de la regla, *qui prior est tempore, potior est iure*, en materia de prebendas y en contratos, añadiendo «*haec vera sunt, omnibus paribus, tempore autem faciente pro uno, ille est potior, verum ubi causa est potior pro secundo, secundus est potior*», remitiéndose a las fuentes justinianeas⁵⁷, y aplicando la regla a la materia benefical, donde rige la prioridad del tiempo⁵⁸, mientras su adicionador, Filippo Probo⁵⁹ recuerda que «*prior in ordine scripturae praesumitur prior in tempore*».

Dino de Mugello, al menos como coautor de la regla que nos ocupa, en sus comentarios a la misma, impreso posteriormente con las adiciones de Nicolás Bohier, afirma, siguiendo a la glosa, y más tarde comparten su punto de vista Ludovico Romano, Viviano y Alejandro de Ímola⁶⁰: «*intellige regulam istam in iis, qui omni alio respectu praeterquam temporis, pares sunt*», recordando el supuesto concreto de la petición de un beneficio por dos interesados, de manera sucesiva en el tiempo: «*si unus primo impetravit in Ecclesia beneficium, alius secundo, et secundus primo literas praesentaverit, primus debet esse potior: quia qui prior est tempore impetrationis, potior est in iure beneficij consequendi*»⁶¹.

⁵⁶ Se trata de una constitución del emperador León, del año 472, C.8,17,11,1. *Lex scripturas*.

⁵⁷ MONACHI PICARDI, Ioannes, cardinalis ac vicecancellarii apostolici, *In Sextum librum Decretalium dilucida commentaria, glossa aurea nuncupata. Additionibus clarissimi I. C. Philippi Probi, biturici, Venetiis, apud Iuntas, 1585, p. 399: «Bonifacius Octavus. Regula 54. Qui prior est tempore, potior est iure etc. Qui prior. Pone casum C. qui potio. In pignore habeantur, lex 2 et 4 et super hoc libro de praebendis, eum cui, et ff. locati. In operis et haec sunt vera, omnibus paribus, tempore autem faciente pro uno, ille est potior, verum ubi causa est potior pro secundo, secundus est potior, ut ff. qui potio. in pigno. habeant. Lex interdum, et l. sequen. et sequent. Nec mirum, quia privilegia non ex tempore, sed ex causa estimantur potiora, ff. de privileg. Credit. Privilegia. Et dic ut Azo in Summa C. qui potio. in pigno. habeant.».*

⁵⁸ MONACHI PICARDI, Ioannes, cardinalis ac vicecancellarii apostolici, *In Sextum librum Decretalium...*, *op. cit.*, p. 265 : *prioritas temporis attenditur in beneficalibus in capite eum cui de praebendis (In VI. 3.4.7).*

⁵⁹ MONACHI PICARDI, Ioannes, cardinalis ac vicecancellarii apostolici, *In Sextum librum Decretalium...*, *op. cit.*, p. 44, *index Philippi Probi*, con referencia al *caput licet n.º 5 de sepulturis (In VI. 3. 12.4)*, p. 292.

⁶⁰ MUXELLANI, Dyni, *Commentarii in regulas Iuris pontificium cum additionibus Nicolai Boerij, Lugduni, sumpt. Horatij Cardon, 1612, pp. 253-259: Regula 54: Qui prior est tempore potior iure. Qui prior.*

⁶¹ El adicionador añade en el margen: «*In marg. In beneficalibus inter contententes attenditur titulum iustioem*», lo cual supone una limitación a la regla general de la prioridad en el tiempo.

Puesto que su planteamiento de la prioridad temporal parte del principio del Derecho romano, «*qui prior est tempore*», el jurista de Bolonia saca la consecuencia, acorde con el aserto precedente⁶²: «*prior est in iure ferendarum sententiarum, et faciendarum electionum, ceteris paribus*», que tiene aplicación en el concurso de acreedores, a pesar de que en materia de privilegios, no se prioriza por el tiempo sino que se estiman por la causa, lo que obliga a diferenciar con mayor precisión: «*aut enim omnes creditores praetendunt privilegium reale, aut personale omnes: aut quidam reale, et quidam personale, aut quidam personale, alij nullum, aut omnes nullum. Primo casu, quando omnes praetendunt reale, aut conventionale omnes: aut omnes praetorium, aut quidam praetorium, et quidam conventionale. Et si omnes conventionale, vel quasi, aut omnes expressum, aut omnes tacitum: aut quidam expressum, et quidam tacitum. Et si omnes expressum, aut eiusdem temporis, aut diversorum. Si eiusdem temporis, si quidem simul et eodem actu utriusque sit obligata res, admittitur unusquisque pro parte dimidia. Si separatim, nec apparet qui primo (cui prius, praefertur qui primo contra extraneum possessorem egit), contra extraneum possessorem potior erit conditio occupantis, inter se potior erit conditio possessoris*»⁶³: «*Si diversorum, tunc nota regulam, et instantiam a regula: regula est, qui prior est tempore etc.*»⁶⁴.

Casos que generan excepción, a la regla de la prioridad del tiempo⁶⁵, son los del crédito refaccionario, o del que niega la posesión, pero luego la reconoce y pretende hacer valer la hipoteca, así como el supuesto del que presta dinero para la compra de la cosa y expresamente se obliga con ella a garantizar la devolución, o la mujer que tiene preferencia sobre los demás que tienen hipoteca tácita, o el que presta dinero para comprar un cargo público, sin olvidar la recogida de la garantía en un documento privado suscrito por tres testigos, si se ejercita la acción contra el que carece de un documento semejante, o de una escritura pública que lo refiera, además del fisco que reclama «*ex causa principali*», o el actor del crédito funerario. También es inaplicable en caso de que concurren diversos acreedores, sin que entre ellos exista prelación, ya que tienen causa similar, o si no consta una prioridad temporal en la constitución de sus créditos respectivos, porque siempre es mejor la condición del poseedor, si no se conoce quien es el primero, respecto del extraño ocupante, pero «*si om-*

⁶² MUXELLANI, Dyni, *Commentarii in regulas Iuris...*, op. cit., p. 255: *qui prior est tempore*.

⁶³ D.20,1,16,8. Marciano.

⁶⁴ D.20,4,11. Gayo y C.8,17,3.

⁶⁵ Un elenco de los aspectos que analiza Dino, se pueden consultar en MUXELLANI, Dynus, *Commentarius in regulas Iuris Pontificii. Adnotationibus jureconsultorum clarissimorum Nicolai Boërij, Francisci Cornelli et Gabrielis Sarinae*, (tachado: Caroli Molinaei), Lugduni, apud haeredes Iacobi Iuntae, 1561, pp. 222-227: a partir del número 5 hasta el 23.

nes simul ad agendum concurrunt, admittuntur unusquisque pro parte»⁶⁶; si diversorum temporum, tunc quia prior etc.⁶⁷ Si quidam expressum, et quidam tacitum aut eiusdem temporis, aut diversorum: et si diversorum, aut praecedat tacita, et sequitur expressa: aut praecedat expressa, et sequitur tacita: si praecedat tacita, et sequitur expressa, praefertur tacita etiam fisco».

Entiende Dino Rossoni que esta regla no solamente tiene lugar en caso de hipoteca expresa, sino también de la tácita, por lo cual si disfruta el acreedor de una hipoteca expresa anterior, es preferido al resto de acreedores posteriores que tienen una tácita o una expresa, e incluso si se ha constituido una hipoteca tácita, que sea anterior al resto de créditos, es preferida al resto de deudas igualmente garantizadas que sean posteriores, aunque tengan hipoteca expresa, incluido el fisco, a pesar de que en este punto tenga dudas, las que no encuentra si la hipoteca es expresa. Siendo de la misma fecha, las garantías expresas o las tácitas, «*quia tacita, et expressa paribus passibus ambulant, ut ex praedictis apparet, quia mutuans in refectionem praefertur habenti expressam, sicut habenti tacitam. Praeterea illud est speciale, cuius contrarium est generale... Sed speciale est in muliere, quae praefertur habentibus tacitam tantum: et sic in eo casu speciali fortiori est expressa, quam tacita. Ergo alias regulariter pares sunt*».

El planteamiento de Piacentino es más simple⁶⁸, ya que inicia su discurso señalando que unos acreedores son «*potiores*», mientras que otros son «*inferiores*», por lo cual expone lo que concierne a los primeros, a partir del principio que «*potior est creditor alio creditore tribus modis: ratione causae, ratione temporis et ratione personae. Ratione causae potior est creditor, etiam posterior, qui credidit in domus refectionem, eius enim pecunia primi creditoris salvam fecit pignoris causam. Ratione temporis potior est creditor, qui prius de pignore convenit: si tamen prius sua, quam posterioris creditoris intersit*», lo que no impide para resaltar una situación especial en la reclamación de la dote, en la que el primero está más amparado en derecho, al igual que si el colono pignora los *invecta et illata*, y el arrendador se limita previamente a celebrar el contrato, porque en estas circunstancias será posterior para el cobro, del mismo modo que el particular es primero que el fisco, al que asiste un derecho nacido posteriormente, y aporta el fundamento «*Quippe praevallet iure qui praevenit tempore*»⁶⁹.

⁶⁶ D.43,33,1,1.; Juliano y D.20,1,10. (Ulpiano).

⁶⁷ D.20,4,13. Paulo, cum similibus.

⁶⁸ PIACENTINO, *In Codicis Domini Iustiniani... summa legum...*, Moguntiae, 1536, pp. 389-390: *Et quia creditores alij sunt potiores, alij inferiores, qui sint potiores exponamus.*

⁶⁹ Esta doctrina es sostenida igualmente por Juan Fabro, que se adhiere a la sostenida por Dino: FAVRE, Jean, *In Iustiniani Codicem Breviarum*, Lugduni, apud Mathiam Bonhome 1537, fol. 95r: *Si fundum pignori. Specialiter, idem si generaliter, scilicet glossa et doctorem dum tamen expresse. Secundum*

Dicha regla de la prioridad temporal tiene algunas excepciones, en virtud de las cuales el primero no es *potior*, sino que el *posterior* va en primer lugar, pero esto puede suceder: *Ratione rei, ratione delicti, ratione probationis semi-plenae*.

Guido Baisio, también conocido como El Arcediano⁷⁰, por su parte, recuerda que rige la regla «*prior qui est tempore, potior debet esse iure*», a tenor de lo dispuesto in VI.3.4.11, *de praebendis et dignitatibus capitulo si clericus* numero 2, porque en la petición de una prebenda vacante, concurriendo con otros aspirantes a la misma, y a causa de la negligencia de los que la solicitan, tiene lugar su aplicación⁷¹.

Bernardo Compostelano⁷² aplica la regla «*prior tempore est potior iure*», en la petición de una segunda prebenda vacante, aunque el solicitante ya tenga otro beneficio anterior, que dejará libre al tomar posesión de la segunda, y aunque haya otros peticionarios.

De los comentaristas del *Ius Commune*, en el ámbito del *Ius Civile*, ocupa un lugar preferente Bártolo de Saxoferrato⁷³, quien analiza el fragmento de D.20,4,2, y asevera: «*Qui generaliter. Prior tempore praefertur posteriori, sive generalem, sive specialem hypothecam habeat*», mientras en D.20,4,3 pr., *creditor acceptis pignoribus*, matiza que si se produce novación de la obligación, con inserción del *pignus*, por este negocio no se pierde el privilegio de la prioridad, salvo que expresamente se haya omitido la referencia a la prenda. Por otra parte, en D.20, 4, 5, *interdum*, partiendo de la regla de prioridad temporal, admite que no tenga lugar su aplicación, de modo que el posterior sea preferente al primero, por ejemplo en el crédito refaccionario o en el préstamo para adquirir el objeto, si se expresa de modo explícito que se grava la cosa adquirida para la restitución del dinero, porque si no se lleva a cabo esta indi-

Dynum semper debet preferri priore tempore, ley 54 de *regulis iuris* in VI. Fabro comenta las leyes *diversis, scripturas* y *assiduis*, fols. 95v y 96r, la última, con las Auténticas.

⁷⁰ BAISSIO, Guido, *In Sextum Decretalium commentaria, nonnullorum doctissimorum hominum annotationibus illustrata*, Venetiis, apud Iuntas, 1577, fol. 84v.

⁷¹ Un planteamiento similar se encuentra en DOMINICUS A SANCTO GEMINIANO, *In Sextum Decretalium praelectiones*, Lugduni 1554, fols. 178v: *Nota regulam, quod prior in data praefertur, in capite Quia saepe, de praebendis. Qui prior est tempore, potior est in iure, capite tibi qui numero 2 de rescriptis*, fol. 24r: en la petición de una prebenda, *qui prior est tempore potior est in iure: licet posterior sit magis vigilans, et preveniat in preambulis requitis ad actum existentem potiore in tempore*. En la interpretación de los rescriptos y privilegios, se aplica una «*Regula quod prior in data praefertur. Ratio est quia per secundum rescriptum Papa non intendit nec tollere, nec periudicare iuri quaesito primo nisi faciat mentionem de primo*».

⁷² AA. VV., *Abbatis Antiqui, Bernardi Compostellani, Guidonis Papae, Ioannis a Capistrano*, Venetiis, apud Iuntas, 1588, fol. 171v: Bernardi Compostellani, super I Decretalium, Mandatum.

⁷³ BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Omnia quae extant opera, tomus secundus. In secundam Digesti Veteris partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fols. 134v-135r.

cación, no hay ninguna garantía real, aunque puede el prestamista disfrutar de la personal, como sería la posición de la mujer para la devolución de la dote. También tiene el privilegio, si se hizo el préstamo para conservación de la cosa, concluyendo: «*primo, in personali aliis praefertur. Item quia habeat tacitum pignus. Item quia illa tacita praefertur etiam prioribus habentibus expressam et ista est vera*»⁷⁴.

Comentando el fragmento de la constitución imperial⁷⁵, *si fundum*, el corifeo del *mos italicus* señala que «*Quandoque ad idem pignus plures creditores concurrunt, et dubitatur quis sit potior*», para añadir «*Qualiter intelligatur qui prior est tempore, potior in iure*», y resolver la cuestión en pocas palabras:

Cum plures creditores concurrunt circa idem pignus praetorium, et sunt diversorum titulorum, qui prior est tempore, potior est in iure. Creditores debent concurrere... aut creditores sunt eiusdem tituli, et tunc concurrunt et ita intelligatur contrarium, aut sunt diversorum titulorum, et tunc quia prior in tempore, potior est in iure, ita intelligatur hic.

Asumiendo que «*Regula est quod prior est tempore, potior est iure*», sin embargo advierte que no tiene lugar en varios supuestos que se citan habitualmente, como son los referidos en C.8,17,7 y Nov. 97⁷⁶, así como en C.8,17,8: «*Quando plures creditores praetendunt ius in pignore praetorio et tunc aut sunt eiusdem tituli et tunc concurrunt... si vero sunt diversorum titulorum et tunc qui prior est tempore potior est in iure*», regla que viene recogida en C.8,17,3, aunque lleva la excepción «*in casibus legis contrariae, et ideo signa glossa hic positam quae enumerat casus*». En el fragmento séptimo del mismo libro y título, *licet*, advierte: «*Prior est tempore, potior est in iure, tamen si ex pecunia creditoris secundi sit res empta et eidem specialiter obligata, secundus est potior*».

⁷⁴ BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Omnia quae extant opera, tomus secundus. In secundam Digesti Veteris...*, op. cit., fol. 135r: ley 8 «*si pignus: respublica vel privatus prior in tempore praefertur fisco in iure. Comenta la ley 9, qui balneum, inspicitur tempus obligationis. Ley 11: potior. Si obligatio conditionalis purificetur, retro non trahitur, nisi fuerit conditio potestativa, secus si causalis. Ley 12 creditor. Prior in tempore habet exceptionem, et contra excipientem replicationem ex prioritatem temporis. & si primus: qui prior de hypothecariis creditoribus convenerit, potior est alio, qui prius convenit de debito*».

⁷⁵ BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Commentaria. Tomus octavus. In secundam et tertiam Codicis partem, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 102r.*

⁷⁶ Cf. C.5,3,19. Imp. Iustinus A. Archelao pp. *Si constante matrimonio... AUTHENTICA de aequalitate dotis et propter nuptias donat. & aliud* (Novela 97, cap. 2). *Sed iam necesse est, si alia pars augmentum praestat, alteram quoque partem incrementum celebrare. Et si quidem vir alieno aere non impediatur, in rebus quibuslibet procedat augmentum. At si debitor sit, ut fraudis erga creditores suspicacione subesse possit, omnino res immobiles incrementum dotis proficiant. Si enim mulier immobilis substantiae domina res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo utetur adversus alios creditores privilegio.*

Alberico de Rosate⁷⁷, comentarista de la regla, en C.8,17,3, recuerda que la prioridad de tiempo se expresa de modo explícito en el título del *Liber Sextus* que la refiere, pero no olvida que en C.8,17,7, antes citado, se contiene la regla y la excepción, resaltando que hay algunas excepciones personales y otras reales, como es «*potior*» el acreedor que prestó, si el dinero fue para comprar un objeto expresamente pactado con ese gravamen, para asegurar la devolución, y remite a la glosa a C.8,17,8, porque en su análisis «*Glosa numerat plures casus in quibus creditor praefertur priori*»⁷⁸.

Baldo de Ubaldis⁷⁹ reflexiona sobre el contenido del título 17 del libro octavo del Código de Justiniano, y partiendo de su regulación, formula una serie de reglas de gran interés, relativas a la materia: en primer lugar o *lex prima, prior in tempore, potior est in iure*, a pesar de no recogerlo explícitamente la constitución inicial del título, obra de los emperadores Severos, Septimio y Antonino Caracalla, año 197, añadiendo «*nisi posteriori priori debitum suum offerat*», que es el *ius offerendi*.

En su análisis, el comentarista expresa cómo el titular de una prenda pretoria es preferido al que tiene la judicial, y si la República-el fisco obtiene una *missio in possessionem*, viene preferida al resto de acreedores que no la tienen, del mismo modo que, comentando la ley cuarta, la República-fisco tiene prioridad en los bienes que ha adquirido el deudor después de que haya surgido la obligación a su favor, «*si hypotheca generaliter fuit contracta*», y por ello se pregunta si el particular anterior en el tiempo está mejor posicionado en derecho para el cobro, siguiendo a C.8,17,5, y sostiene taxativamente, que en caso de hipoteca tácita la mujer tiene siempre prioridad, aunque no en razón del tiempo, sino por la causa que motiva dicha precedencia⁸⁰.

Como experto en ambos Derechos, Baldo comenta esta regla jurídica en el ámbito canónico, a propósito de la petición de un rescripto, y su reflejo en la reclamación procesal⁸¹, planteándose diversas hipótesis respecto del segundo

⁷⁷ ROSATE, Alberico, *In secundam partem Codicis*, Lugduni 1518, fol. 152v.

⁷⁸ ROSATE, Alberico, *op. cit.*, fols. 152v-153r.

⁷⁹ BALDO DEGLI UBALDI, perusini, *Omnium suae tempestatis celeberrimi...In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*. Alexandri Imolensis, Andreae Barbatia, Celsi, Philippique Decii adnotationibus illustrata, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 145v.

⁸⁰ Comentando C. Iust. 8, 17, 11 y 12, entiende que disuelto el matrimonio, la esposa es preferido a todos por razón de la dote, añadiendo: «*inter duas dotes est quaestio prior tempore potior est in iure*», aparte de transmitir su derecho a los hijos, además de que los créditos meramente contraídos o quirografarios carecen de hipoteca. BALDO DEGLI UBALDI, perusini, *op. cit.*, fols. 146r y 147r, con remisión a Nov. 73 cap. 1 y 2: *prior tempore propter mendacium efficitur posterior in iure*, que es un principio reiterado por la doctrina, apoyada en la Nov. 18, cap. 10.

⁸¹ BALDI DEGLI UBALDI, perusini, *In Decretalium volume commentaria, Francisci de Parona, alias Excusis, Vincentiique Godemini novissimis, nunc primum additis, adnotationibus illustrata*, Venetiis, apud Iuntas, 1595, *Prior qui est in impetratione, potior est in iurisdictione, quod limitat*. Numero 1, fols. 28v-29r.

suplicante. Entiende que el juez debe conocer del primer rescripto, salvo que en el posterior se haga mención del anteriormente emanado, de tal manera que el impetrante del último debe ser condenado, porque rige el principio «*quod qui prior est in impetratione potior est in iurisdictione, quod intellige, si literas praesentavit, vel adversarium citari fecit, sed si non praesentavit, vel adversarium citari non fecit, aut per negligentiam et perdit commodum literarum, si adversarius praesentavit et citari fecit eum*».

Esa prioridad en el nombramiento genera el privilegio de prelación, aunque Baldo⁸² entiende que en su tiempo no se estaba a la fecha de la data, sino de la presentación y citación, y en el caso de que ambas partes hubieran presentado el mismo día⁸³, entonces sería necesario acudir a la hora de la celebración del negocio, aplicando la analogía «*praesumit prioritas traditionis ex prioritate contractus, ita hic a simile dicam*»⁸⁴.

V. LA DOCTRINA DE LOS HUMANISTAS

Francisco Duareno se refiere a los privilegios de los acreedores, comentando el libro 42 del Digesto⁸⁵, y en ese análisis trata de presentar el supuesto bastante frecuente del concurso para la satisfacción de los créditos, con ocasión del cual surge la controversia de la preferencia, si los bienes del deudor no son suficientes, con ocasión de lo cual aporta diversas reglas, la primera de las cuales sienta el principio de si hay garantías pignoraticias o hipotecarias, porque en esta situación los acreedores que las disfrutaban se anteponen al resto, añadiendo «*ac inter eos potior est is qui anteriore tempore pignus contraxit, nisi in casibus qui specialiter excepti reperiuntur*», remitiendo a D.20,4.

⁸² BALDI DEGLI UBALDI, perusini, *op. cit.*, fol. 29v.

⁸³ Cf. BALDI DEGLI UBALDI, perusini, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 160: D.20,4,3, ley 9 y ley 12, fol. 160v: «*Prioritas et posterioritas in tempore, qualiter probentur. Prioritas inducit praelationem in iure agendi et excipiendi. Tamen exceptio prioritatis non competit extraneo possessori, quia non potest excipere de iure tertii. Praefertur ille qui probat tempus certum*».

⁸⁴ BALDI DEGLI UBALDI, perusini, *op. cit.*, fols. 31vc-32r: «*Prior potior est in iure in dependentibus à tempore, nisi obstet inhabilitas vel forma in contrarium data sit, vel agatur de perseverantiae praemio. Prius tempore dicitur quod prius est diei cessione ex pluribus debentibus concurrere substantialiter non sufficit alterum praevenire in tempore, quia illud dicitur prius in tempore, quod est prius in cessione diei, et quod est perfecte consumatum*» (cumplida la condición).

⁸⁵ DOUAREN, François, *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti, apud heredes Andreae Wecheli, 1598, p. 704: Al libro 42, título 6, «*de privilegiis creditorum: Cum bona debitoris veniunt inter creditores, nonnunquam oritur controversia quis cui praeferatur, quia forte ea ad integram aeris alieni exsolutionem non sufficient... ex his quae sequuntur regulis agnosci poterit*».

El resto de su discurso habla de la preferencia de acreedores, que generan privilegios de prelación, sin conexión con el tiempo, como son los supuestos de los que han tomado posesión del bien, o los créditos del entierro del deudor, o los de la mujer, o los del pupilo, o para reparación del inmueble, o el depósito de numerario bien identificado, o el fisco con su hipoteca tácita, o el de las ciudades.

Donello, por su parte, además de referirse al derecho del acreedor para vender el objeto dado en garantía⁸⁶, con la prelación en su caso, trata de los privilegios de los acreedores a la hora de conseguir su satisfacción, si los bienes del deudor son insuficientes para atender a todas las obligaciones, de modo que es importante para el titular de un crédito que se le abone con preferencia a los demás, y con este objeto señala un orden de prelación⁸⁷, comenzando por los quirografarios, y prosiguiendo con los titulares de garantía real, a propósito de lo cual, no duda en sostener: «*Nam si quibus pignus datum est, et hypothecaria agant, certo iure utimur, ut, si soli sint in pignore, rem obligatam soli auferant a possessore, non tantum bonis debitoris possessis, sed etiam nec possessis, nec distractis, et si plures in pignore concurrent, is iure potior sit, qui tempore prior est*», remitiendo a diversas normas de la Compilación de Justiniano, tanto de las Instituciones como del Digesto.

El humanista sistemático, deja como apartado singular el tema de los privilegios, en cuya materia, siguiendo al jurisconsulto Paulo, cuyo fragmento nos tramite la Compilación, declara sin ambages: «*privilegia ex tempore non aestimari, habet hanc sententiam: neminem ideo privilegium exigendi habere, quia prius contraxerit: neminem; quia tempore prior sit, ideo iure exigendi esse potioem, ut in pignore. Quod dicit privilegia aestimari ex causa, hoc significat: dari privilegium si causa sit, et ratio, cur huic potius detur, quam illi; quamvis is, in quo haec causa haeret, postea contraxerit, hoc sentio, causam hic non debere accipere nos rem et negotium contractum, ut interdum alias solemus, ut cum dicimus beneficia et privilegia quaedam causae esse, quaedam personae... Sed causa hic intelligenda est, causa privilegii, id est ratio, cur privilegium sit datum: sive in eo favor rei versetur, sive personae creditoris, sive pariter utriusque...*», y sirve para identificar algunos de los beneficiarios del privilegio a favor de la persona, como son el fisco y la república, o por una causa, tales como los gastos del entierro, el dinero prestado

⁸⁶ DONEAU, Hugues, *Opera priora... haec sunt... de usuris... de pignoribus... de testibus*, Francofurti ad Moenum, apud Martinum Lechlerum, impensis Sigismundi Feyerabendi, 1589, pp. 143-152.

⁸⁷ DONEAU, Hugues, *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo*, Francofurti, typis et sumpt. Wecheliorum, apud Danielelem et Davidem Aubrios et Clementem Schleichium, 1626, t. II, pp. 1273-1274: *de privilegiis creditorum in bonis, quae distrahuntur: et ad hunc titulum Digestorum* (libro 23, cap. 15).

para construir una nave, o armarla, o repararla, o para comprarla, o el numerario entregado para la conservación de un edificio, siempre, como advierte Donello, cuando hay hipoteca constituida sobre estos bienes, o si se entregó dinero contado en depósito, o si hubo una *successio in locum* y, finalmente, si el privilegio tiene el doble fundamento de la persona y la causa, como la mujer para la restitución de la dote, o los sometidos a tutela y curatela, citando expresamente a los «*pupilli, furiosi, prodigi, surdi, muti, fatui*», aunque su privilegio no pasa a los herederos, incluso si negocian por amistad⁸⁸.

Puesto que existe una condición más favorable en algunos acreedores privilegiados, Donello no deja de reconocer que «*Si plures sint privilegiarii eiusdem tituli, id est, qui ex eadem causa privilegium usurpent: ut si plures pecuniam crediderint ad navem reficiendam, plures pupilli aut adolescentes de administratione tutelae, aut bonorum suorum agant*», adhiriéndose al criterio defendido por el jurisconsulto Paulo, por lo cual sostiene, que todos estos deben «*concurrere, nec alium alii praeferrri, quamvis prius crediderit*», salvo la excepción introducida por Justiniano a favor de la primera mujer a la hora de exigir la restitución de la dote, y que comprende a sus hijos, frente a la segunda esposa, en cuya situación hay una aplicación de la regla de la prioridad del tiempo, en el momento de reclamar el pago de una deuda.

Cuyacio se ocupa ampliamente del principio, al examinar el *responsum* de Papiniano⁸⁹, contenido en D.20,4,2, para señalar que este fragmento tiene dos partes: «*Primae partis sententiae haec est: duo sunt creditores hypothecarii ex diversis contractibus, alter prior altero, seu antiquior altero, et priori sive antiquiori generaliter omnia bona debitoris pignori seu hypothecatae obligata sunt, posteriori tamen creditori specialiter ex eis bonis certum praedium: quaeritur, uter in eo praedio potior sit? Is, cui generaliter, an is, cui specialiter obligatum est? Et respondet Papinianus privilegio temporis in eo praedio priorem esse eum, cui generaliter omnia bona obligata sunt, etiamsi omissio illo praedio possit ex aliis bonis redigere suam pecuniam... quia scilicet in generali hypotheca prioris inest specialis: proinde quasi singulae res debitoris pignorateae sunt. Est autem in arbitrio creditoris ex rebus sibi obligatis, quibus velit, electis ad suum commodum pervenire...*», a no ser que la hi-

⁸⁸ No se olvida este humanista que hay privilegiarios que están en mejor condición para cobrar el crédito que les asiste, citando, entre otros, a la mujer y al fisco, o al crédito refaccionario.

⁸⁹ CUIACIUS, Jacobus, *Operum omnium, in decem tomos distributorum. Index locupletissimus*, t. IV, Neapoli, ex typographia Moriana, apud Vincentium Pauria, 1758, *prior posteriori est potior*, cols. 949-950.

poteca especial, más antigua, se haya constituido de forma condicional, porque entonces habría excepción al principio de la prioridad temporal⁹⁰.

En otro lugar diferente, también comentando las *Cuestiones* de Papiniano, insiste este humanista, a propósito de la hipoteca a favor de la dote de la mujer, y explica ampliamente el alcance de la regla que nos ocupa⁹¹:

Eum qui prior est tempore, potioem esse jure hypothecae vel jure pignoris, id est, creditorem in cuius persona prius constitutum est pignus, potioem esse creditore pigneraticio, vel hypothecario. Quo principio posito, oriuntur statim ex eo quaestiones multae, et illa in primis, quis prior intelligatur, quis posterior, quis antiquior in causa pignoris. Prior qui dicitur variis modis, ut docuit Aristoteles, et non immerito dubitatur, quis; et hoc potissimum quaeritur in specie huius legis... prior varie accipitur pro ratione temporis (si se atiende al momento de cumplimiento del pago de la obligación o si se mira el momento de celebración del contrato) et Papinianus ait, non esse spectandum tempus impletae numerationis, sed tempus contractae obligationis, quo tempore in causa pignoris nemo me praecessit, quo tempore pignus restituendae dotis recte contractum est...⁹².

El humanista, cuyo análisis exponemos, reitera esta misma doctrina de la aplicación de nuestra regla a propósito de un comentario a Cervidio Scévola, referido en D. 20, 4, comentando los fragmentos 18 y 10, ya que si pignoró el fundo a un primer acreedor, y posteriormente constituyó obligación garantizada a favor de otro, «*prior creditor in causa et jure pignoris, sane praefertur posteriori: quod privilegium temporis dicitur lex 10 hoc titulo. Prior tempore, potior et potentior est posteriore: et praefertur ergo prior posteriori, et quidem in omnem obligationem, quam contraxit cum debitore, in omne id, quod sibi debetur; id est, non sortis tantum nomine, et usurarum, quae sorti accesserunt, antequam posteriori creditori fundus obligaretur; sed etiam earum usurarum nomine, quae accesserunt postea, id est, post contractam posteriorem obligationem cum secundo creditore: certe, quia quae principalis obligationis, eadem etiam sequelae, et accessionis ejus causa, et origo est*»⁹³.

Al estudiar el libro VIII del Código de Justiniano⁹⁴, Cuyacio destaca que «*qui prior est tempore, potior est iure pignoris: regula haec non in eo tantum*

⁹⁰ CUIACIUS, Jacobus, *Operum omnium*, t. IV, *op. cit.*, cols. 950-951. En conclusión, «*Prior creditor, generalem habens hypothecam, praefertur posteriori specialem habenti*».

⁹¹ CUIACIUS, Jacobus, *Operum omnium*, t. IV, *op. cit.*, col. 179. Esta aplicación de la regla la encontramos eod. loc., cols. 899E y 900: «*Commentaria in librum II Responsorum Papiniani, ad legem II de distract. pign.*»

⁹² El francés Jacques Cujas se pregunta, comentando a Paulo, *Prior causa in pignore quandonam potior sit*: CUIACIUS, Jacobus, *Operum omnium*, *op. cit.*, t. 5 col. 772.

⁹³ E insiste en el momento de celebración del negocio, sin cuya perfección no surge la obligación.

⁹⁴ *Codicis Domini Iustiniani, Repetitae Praelectionis, libri duodecim. Accursii commentariis, ac Contii, et Dionysii Gothofredi, atque aliorum quorundam illustrium iurisconsultorum lucubrationibus*

*pignore locum habet, quod ex contractu, vel ex pacto formam, et originem capit, sed etiam in praetorio pignore*⁹⁵, *id est, quod misio in possessionem bonorum debitoris non solventis constituit, quae fit ex edicto et decreto praetoris, crediti, aut iudicati, aut dotis, aut legati, vel fideicommissi servandi causa*», si bien admite que dicha regla sufre muchas excepciones, ya que el acreedor posterior, en bastantes supuestos, es preferido al primero, como hemos visto en la doctrina precedente, que el propio humanista explana⁹⁶.

VI. LA DOCTRINA DEL SIGLO XIX

Prescindiendo, por espacio de exposición, de la doctrina de la Edad Moderna, queremos señalar que con la pandectística, el alcance de la regla *prior tempore potior iure* viene circunscrito casi exclusivamente al estudio del concurso de acreedores y la prioridad para el cobro de sus respectivos créditos, como vemos en Windscheid⁹⁷, para quien tendría lugar, en caso de pluralidad de obligaciones, un orden para su abono: si el acreedor que ha recibido un pago, que no es suficiente en cuantía para el cumplimiento de todos y cada uno de los créditos contraídos, cuyo supuesto más importante es la concurrencia de varios créditos pecuniarios, porque tiene varios créditos contra el deudor, se plantea a cuál de las deudas se debe imputar el pago realizado, si ninguna de las partes hizo la determinación concreta para la extinción, la prestación se imputa: a) a los intereses; b) al crédito vencido; c) al más oneroso para el deudor; d) aquel que el deudor debe en nombre propio; e) *el crédito de data anterior*, conforme a los fragmentos de D.47,35 pr., 24 y 97. Si ninguna de las reglas resuelve la cuestión, se aplica en proporción a todos los créditos⁹⁸.

illustrate. His accessere Iacobi Cuiacii Paratitla, eiusdemque Notae, Observationes et ementationes solemnes, Lugduni 1627, t. IV, reimp. phot., Frankfurt am Main, Vico Verlag, 2004, col. 2117 (C. Iust. 8, 18, 4): *Privatus prior tempore praefertur reipublicae, quae est posterior tempore. Baldus. Eodem modo praefertur regi, et imperatori (Baldus). Accursio: Accepisti, secilicet specialiter secundum quosdam... quod non placet: immo et si generaliter... praeterea sic etiam est in privato, cui generaliter prius, nam sequenti, cui specialiter aliquid obligatur, praefertur. Priores: nam intra hypothecarios ordo servatur, etiamsi adversus fiscum et rempublicam. Cuiacius.*

⁹⁵ CUIACIUS, Jacobus, *Operum omnium*, op. cit., t. 9, col. 1221. *Ad titulum 21 de praetorio pignori, libri VIII Codicis.*

⁹⁶ CUIACIUS, Jacobus, *Operum omnium*, op. cit., t. 9, c. 1210-1218.

⁹⁷ WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette. Trad. de Carlos Fadda y Paolo Emilio Bensa, con note e riferimenti al Diritto civile italiano*, vol. II, rist. st., Torino 1930, pp. 324-327.

⁹⁸ El italiano Ferrini se ocupa principalmente de la *successio in locum* y del *ius offerendi*. Cf. FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*, 4.^a ed. cur. e int. da Giuseppe Grosso, Milano 1953, p. 404.

Juan Sala⁹⁹, abordando la materia de una pluralidad de créditos garantizados, señala el orden que debe seguirse en su satisfacción, expresando sus clases, merced a las cuales tienen prelación unos respecto de otros, «y que cuando concurren dos de una misma clase, es preferido regularmente el que tiene más antiguo el derecho», conforme a Partidas 5, 13, 27, concordante con los fragmentos del C.8,17,3 y 4, «la cual pone por vía de excepción un caso que no lo es, porque el que se dice segundo, solo lo es en cuanto a haber contraído después, pero tuvo seguro el derecho de peños antes del que trató primero, y de ahí nace la prioridad: D.20,4,11».

No olvida referir el fundamento de esta regulación, en términos muy precisos: «las leyes romanas explicaban este derecho de prioridad por una regla muy concisa y hermosa: *Qui prior est tempore, potior est jure*; esto es, el que es primero en el tiempo, es preferido en el derecho. Los intérpretes hacen cinco clases de acreedores, con el siguiente orden: en la I.^a, los singularmente privilegiados; en la II.^a, los hipotecarios privilegiados; en la III.^a, los hipotecarios no privilegiados; en la IV.^a, los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen un privilegio meramente personal, y en la V.^a, los no hipotecarios sencillos, que carecen totalmente de privilegio, y de los cuales en España había tres especies, que podían también formar clases subalternas de preferencia.

Rafael Domingo de Morató prefiere ocuparse de la pluralidad de deudas contraídas por un mismo sujeto, y la realización del pago parcial de las mismas, para señalar el criterio de la imputación, incorporando como última atribución la prioridad en el tiempo de la deuda¹⁰⁰.

No podemos olvidar el proyecto de Código civil de García Goyena¹⁰¹, que dedica el título 23, a la graduación de acreedores, con una régimen legal muy detallado para los privilegios, desde el artículo 1920 hasta el 1932, pero fija en el art. 1928 una clasificación de los créditos en orden al pago «según el orden de precedencia», y solamente en el grado cuarto, relativo a los créditos hipotecarios, determina que «guardándose el orden de prioridad de su inscripción en el registro público, entre los que tengan una misma hipoteca», amparando el precepto en la regla *qui prior est tempore, potior jure*, que en su criterio «fue la regla constante de Derecho romano y patrio entre los hipotecarios no privilegiados», presentando máxima utilidad entonces, ya que no se admitían hipotecas privilegiadas, además de añadir «la prioridad se entiende con

⁹⁹ SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, Coruña 1837, pp. 14-20.

¹⁰⁰ DOMINGO DE MORATÓ, Domingo R., *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano*, t. II, Valladolid 1877, pp. 491-492.

¹⁰¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid 1852, pp. 275-293.

sujeción a lo dispuesto sobre la anotación preventiva y presentación de la copia auténtica, expresando día y hora en que se presenta». Además, asume la doctrina de la Recepción, en la que se toma en consideración no solamente el día, sino también la hora, porque faltando esta, y siendo las dos hipotecas de la misma fecha, no habrá prioridad entre ellas, satisfaciéndose a prorrata sus créditos, conforme a D. 20, 1, 16, 8¹⁰², además de exigirle la equidad y necesidad.

Joaquín Escriche¹⁰³, por su parte, al tratar de la graduación de acreedores, realiza un orden, en materia de concurso, que se determinará judicialmente, distribuyéndolos en seis clases, de las cuales ocupa el primer lugar la que corresponde a los que tienen derecho de dominio, y le siguen los acreedores singularmente privilegiados, los hipotecarios privilegiados, y en la cuarta clase, los hipotecarios ordinarios o no privilegiados, en cuyo caso, concurriendo varios, sus créditos se pagan conforme al orden de antigüedad, sin distinción de hipoteca tácita o expresa, «por la regla general de que el primero en el tiempo tiene mejor derecho, la cual surte de lleno sus efectos con respecto a estos acreedores: «*Qui prior est tempore, potior est jure*», siguiendo a Partidas 5,13,27, y añade que esa antigüedad o anterioridad de créditos ha de constar indubitadamente, ya que si fuesen iguales en tiempo, o se estimasen tales, por no poder averiguarse su prioridad respectiva, entonces se abonan a prorrata, salvo que alguno de los titulares de crédito disfrutase ya de la posesión de bienes del deudor. A estos les siguen los acreedores personales privilegiados y en la última clase se encuentran los personales ordinarios o no privilegiados.

VII. DOCTRINA DE LOS SIGLOS XX-XXI

Señalaba Novelli¹⁰⁴, que el término prioridad, en el lenguaje jurídico, sirve para indicar esencialmente el derecho de preferencia, del que goza el que ha inscrito una hipoteca sobre bienes inmuebles de una determinada persona en una fecha anterior, frente a los que han inscrito la hipoteca sobre los mismos bienes pero de fecha posterior.

El precepto jurídico que le servía de referencia era el art. 2007 del CC italiano de 1865, que es una aplicación, de la que califica como «máxima», sacada de las fuentes romanas, enunciada como «*prior tempore, potior iure*».

¹⁰² *Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.*

¹⁰³ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 3.ª ed. corr. y aum., t. I, Madrid 1847, pp. 87-96 y 852-853, s. v. acreedor y graduación de acreedores.

¹⁰⁴ NOVELLI, Tommaso, en NDI, a cura di M. d'Amelio; con la collaborazione di A. Azara, vol. X, Torino 1939, p. 411, s. v. prioritá.

Reconoce, este autor, que en el Derecho romano, faltando el sistema de publicidad por medio de la inscripción en los registros públicos, la prioridad en el tiempo derivaba de la fecha del título constitutivo de la hipoteca¹⁰⁵, es decir, del negocio constitutivo y no por la data del crédito garantizado. También se aplica a las disposiciones relativas «al diritto di privativa industriale», en el RD de 16 de septiembre de 1934, aunque en Inglaterra, señala el juez italiano, en lugar del vocablo *privativa* se usa el de derecho de prioridad, mientras que entre nosotros se refiere al derecho de marcas.

Simplificando la doctrina hispana en la materia, recordaremos la exposición de Díez Picazo y Gullón¹⁰⁶, quienes al tratar de la colisión de los derechos subjetivos, como problema resuelto por el legislador a través de modos diferentes, no dudan en afirmar que parte del rango o jerarquía de los mismos, prefiriendo el derecho de superior rango y sacrificando al de menor rango, tal como aplicó el Derecho romano y la recepción, pero añaden:

La distinción a estos efectos de los derechos por su rango, puede hacerse:

- a) Por la mayor antigüedad del derecho: el derecho más antiguo es preferido al más moderno (*prior tempore potior iure*).
- b) Circunstancias relacionadas con la causa o con la naturaleza del derecho¹⁰⁷.

La atención que las reglas jurídicas ha merecido, durante la última centuria, a civilistas y canonistas, queda reflejada en las diversas obras impresas, unas a través de monografías¹⁰⁸, y otras en diccionarios, o enciclopedias, abundando las que recientemente han tratado conjuntamente de reglas, aforismos, brocados y principios de Derecho, sin matizar la diferente naturaleza entre

¹⁰⁵ Como reconoce Coing (COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, t. II. *El siglo XIX*, trad. y apost. de A. Pérez Martín, Madrid 1996, pp. 416-417), para determinar el rango de una hipoteca se tomaba en consideración en primer lugar a si era hipoteca pública o privada, conforme a C. Iust. 8, 18, 11, ya que las primeras tienen preferencia sobre las segundas, pero «dentro de ambos grupos la prelación se determina según el momento de la constitución».

¹⁰⁶ Díez PICAZO, Luis-GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8.ª ed., Madrid 1992, p. 436.

¹⁰⁷ No olvidan estos civilistas que en ocasiones se protege por el ordenamiento al que es más diligente, y en otras se produce la concurrencia, teniendo todos que soportar la limitación proporcional.

¹⁰⁸ Sirve como testimonio, IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del Derecho antiguo (Digesto 50.17). Estudio introductorio, traducción, anotación e índices*, México, UNAM, 2005, con una descripción de las mismas, según el nombre del jurista y número de fragmentos de sus obras, y en relación con las masas de Bluhme, concluyendo: «el título 17 del libro 50 constituye un material básico de lectura para la comprensión cabal del resto de libros del Digesto, pues se trata de la justificación misma del razonamiento que dio origen a la doctrina clásica». *Ibid.*, pp. XVI-XVII. Por lo que se refiere a D. 50, 17, 98, de Hermogeniano: «siempre que en ambas partes se atribuye una causa de lucro, ha de ser preferido aquel cuya causa en cuanto al lucro precede en el tiempo». *Ibid.*, p. 12.

estos vocablos¹⁰⁹, así como los estudios relativos a la pluralidad de hipotecas y rango hipotecario, con las excepciones al principio de la prioridad temporal¹¹⁰.

Kalde¹¹¹ entiende que con el nombre de reglas jurídicas se denominan «los principios (máximas) jurídicos generales formulados a modo de sentencias», encontrándose algunas de modo disperso en el CIC, aunque no dejan de mantener especial importancia las contenidas en las *Decretales* de Gregorio IX y en el *Liber Sextus*, así como las del Digesto, añadiendo «las reglas jurídicas han ejercido su influencia en otros ordenamientos jurídicos», pero cita expresamente en el Código canónico de 1983 los cnn. 27, 428&1, 1404, y 1512 n. 5, en los que dichas reglas jurídicas han hallado una recepción directa.

Este estudioso reconoce que a veces se traducen en principios jurídicos generales, que deben tenerse en cuenta para cubrir lagunas legales, diferenciándose de los adagios jurídicos, porque típicos de las lenguas nacionales se caracterizan por su tenor popular.

Bappenheim¹¹² estudia sumariamente las *regulae iuris* desde el Derecho romano, destacando que a veces se las denominan, en las fuentes, *definitiones*, *constitutiones* o *iuris sententiae*, no constituyendo *per se*, en aquel ordenamiento, una fuente de derecho *stricto sensu*, sino que son más bien consecuencia del derecho «o exposición sucinta elaborada por estudiosos privados con un fin práctico, en los contenciosos que se siguen ante los tribunales o bien en

¹⁰⁹ Cf. LÓPEZ DE HARO, Carlos, *Diccionario de reglas, aforismos y principios de Derecho*, 5.ª ed., Madrid 1982, pp. 182-183, s. v. preferencia de derechos, con el principio según el cual los privilegios no se toman en consideración en razón del tiempo sino atendiendo a su causa, y s. v. prelación de créditos: n.º 1944.

¹¹⁰ Nadie duda que la prelación temporal o preferencia por motivo del tiempo, dando primacía a la antigüedad tiene aplicación a numerosas instituciones del Derecho privado, como en la doble transmisión del dominio y en los embargos, pero singularmente rige en el ámbito del Registro de la propiedad, tal como viene aplicando la jurisprudencia del TS, al entender que cuenta con amplia base legal e impone la prioridad de la adquisición válida respecto de otra anterior, sirviendo de instrumento discriminatorio en los supuestos de concurrencia simultánea, incompatible para dos asientos de igual rango y naturaleza. Vid. MAZEAUD, H. y L. MAZEAUD, J., *Lecciones de Derecho civil. Parte tercera, vol. I. Garantías*. Trad. de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1986, pp. 184-185; SOLAZZI, Siro, *I crediti privilegiati in D. 15, 1, 52 e 14, 5, 3*, en SDHI 16 (1950) 273-277; MIQUEL, Juan, *El rango hipotecario en el Derecho romano clásico*, en AHDE 29 (1959) 229-316; MURGA GENER, José Luis, *Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo sobre el rango hipotecario*, en Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias, t. II, Madrid 1988, pp. 859-873; REINA TARTIÈRE, Gabriel de, *La prioridad en el registro de la propiedad inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002; ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad: Prior tempore, potior iure*, Madrid 2004, pp. 183-223; BERNAD SEGARRA, Lucía, *Excepciones al principio prior in tempore potior in iure en la pluralidad hipotecaria: el privilegio a favor del fisco, estado de la cuestión en nuestro ordenamiento actual*, en RGDR. Iustel 15 (2010).

¹¹¹ KALDE, FRANZ, en *Diccionario enciclopédico de Derecho canónico*, ed. por St. Haering y H. Schmitz, trad. por R. H. Bernat, Barcelona 2008, pp. 730-731, s. v. reglas jurídicas, y bibliografía.

¹¹² BAPPENHEIM, Stefano Testa, en *Diccionario general de Derecho canónico*, vol. VI, Pamplona 2012, pp. 845-848, s. v. *regulae iuris*, y bibliografía.

las consultas», debiendo utilizarse con mucha cautela, «para evitar conclusiones absurdas».

En la clasificación que hace la doctrina de las reglas del *Sexto*, en cinco grupos, la que nos ocupa no figura en los principios generales, sino en relación con el *tempus*¹¹³, juntamente con la 2 y la 18, y llama la atención que, sin redactarse un título específico en el CIC pío-benedictino, en sus *Fontes* se las cita doscientas diez veces. Aunque la doctrina está dividida respecto del autor o autores de estas reglas, Bappenheim refiere el criterio de Dino de Mugello, al señalar que una regla está formada por cierto número de decisiones que comparten una misma *ratio determinationis*, que debe ser lo más general y abstracta posible, aunque no crea derecho, pero si el caso estaba previsto en la normativa, lo resume, lo compendia, además de estimar que las excepciones no forman parte de la regla, y todo lo que no sea excepción viene sometido a la regla en cuestión.

El italiano Vittorio Bartocetti¹¹⁴, inicia su discurso introductorio sobre las reglas jurídicas en Derecho canónico, preguntándose: «*cur regulae juris nunc rarius adhibeantur et parum quoque cognoscantur*», para responder que buena parte de su causa está en el CIC de 1917, puesto que «*antea erat legislatio vigens, ideoque omnes qui studio juris canonici incumbabant necessario ad Corpus recurrere debebant, in quo... Regulae juris continebantur; ita ergo tum docentes tum discentes Regulas ignorare omnino non poterant: sicque fiebat ut illae frequenter usurparentur tum in scholis tum in foro et extra forum*», añadiendo el siguiente aserto contradictorio: «*Regulas magis in oblivionem cecidisse quam ceterae partes CIC, cum ipsae verum legis vigorem numquam habuerint, ad eas nec recurrendum est ad leges Codicis integrandas vel interpretandas*», conforme al cn. 6 de este cuerpo legal canónico, que se reitera en el mismo cn. de 1983¹¹⁵.

¹¹³ Es un dato reiterado en la codificación canónica del siglo xx la explicación de su significado, como vemos todavía en CIC de 1983, cn. 201, &1 y 2, siguiendo a los gramáticos más autorizados: NEBRISSENSIS, Antonii, GROMORSI, Petri, SCOTI, Alexandri, etc., *Novum lexicon iuris utriusque, addita legum romanarum*, Coloniae Agrippinae, apud Ioannem Gymnicum sub Monocerote, 1597, pp. 786-787: «*Tempus continuum est quod continue currit diebus feriatis, et non feriatis, sive in praesentia sive in absentia sit copia iudicis vel non. Tempus vero utile non currit diebus feriatis et absentiae, et diebus quibus, non est agendi copia. Et istud est multiplex, scilicet continue, utile et inutile, quo ad sui principium tantum, non quo ad progressum*».

¹¹⁴ BARTOCETTI, Victorius, *de regulis Juris Canonici. Regularum in Libro VI.º Decretalium earumque praesertim cum Codice J. C. relationum brevis explanatio*, Roma, A. Belardetti, 1955.

¹¹⁵ No obstante, en el cn. 6, &2, se refiere que la legislación codicial se ha de interpretar «teniendo presente también la tradición canónica», en la que ha de incluirse el contenido de las reglas, especialmente de las que presentan un mayor fundamento, aunque hayan sido tomadas de la legislación secular.

Este enfoque normativo contrasta con las palabras de Godofredo: «*sunt regulae scilicet vera juris fundamenta, quibus universum juris fastigium innititur. Sunt fontes e quibus, veluti per canales et rivulos, jus educitur. Sunt semina, quae procedente proficienteque iudicio usuque, in ramos sese postea quam latissime diffundunt et explicant... sunt claves quibus adyta juris reserantur; sunt denique cynosurae in vastissimo Oceano navigantibus propositae*»¹¹⁶.

El abuso en la utilización de las reglas motivó un rechazo por parte de juristas muy relevantes, porque habían pasado de tener una importancia secundaria a gozar del valor de principios, entendiendo Oudot que no son más que simples recursos nemotécnicos, con graves riesgos de inexactitud, o como sostiene Cogliolo, el mayor inconveniente de las mismas fue aplicarlas por extensión a ámbitos que no les correspondía.

Bartocetti¹¹⁷ sintetiza las siguientes consecuencias: 1.^a Las reglas de Derecho no son fuente de derecho y no pueden servir para introducir nuevas normas jurídicas, ya que su propia función consiste en declarar, de modo conciso, el derecho ya constituido. 2.^a La regla de Derecho no es más que una exposición de principios puramente doctrinales, es decir, no representa más que el resultado del trabajo científico de los jurisconsultos, y por ello sometida a discusión. 3.^a Siguiendo a Paulo, en D.50,17,1, la regla no es sino una breve exposición de una máxima de Derecho, perdiendo su naturaleza y fin si no goza de la brevedad, en consonancia con el criterio de Hottmann y Cuyacio.

En el Diccionario de Casso y Cervera¹¹⁸, al tratar de la prioridad, y con referencia al Derecho romano, después de afirmar que la prioridad en el tiempo fue considerada siempre como base para la atribución de importantes consecuencias jurídicas, toma como referente no la constitución del Código justinianeo, sino el fragmento jurisprudencial del Digesto, D.50,17,98: «siempre que la causa de ambos litigantes sea sobre adquirir, ha de ser preferido el que es anterior en la adquisición», omitiendo lo relativo al lucro, que limita su alcance, pero advirtiendo que se aplica este principio a los contratos de prenda e hipoteca y al de arrendamiento, cuando son varios los arrendatarios.

¹¹⁶ Citado por BARTOCETTI, Victorius, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷ BARTOCETTI, Victorius, *op. cit.*, pp. 7-10. Eran reglas que respondían a las características propias del pueblo romano, y añade: «*Pothier recenset non minus quam 2025*».

¹¹⁸ *Diccionario de derecho privado. Derecho civil, común y foral, Derecho mercantil, Derecho notarial y registral, Derecho canónico*, dir. por I. de Casso y Romero y F. Cervera y Jiménez-Alfaro, t. II, G-Z, Barcelona, labor, 1950, p. 2125, s. v. prioridad.

Para Pereira-Menaut¹¹⁹, a partir del principio o máxima, según la cual «el primero en el tiempo, primero en el derecho», y apoyándose en C.8,17,3, presenta su reflexión, con el siguiente enfoque: «Un privado que había recibido en garantía un fundo, el cual en un momento posterior habría de quedar vinculado al dominio público, podrá retenerlo si ha sido primero en el tiempo a la hora de ejercer el derecho. Se trata de la preferencia del acreedor entre varios que, antes que ningún otro, ejecuta la hipoteca o garantía a la que todos ellos tenían derecho», de tal manera que «la preeminencia por antigüedad» sirve de fundamento, cuando no hay otro que fije un orden de prelación entre varios sujetos que gozan del mismo derecho; no obstante, el principio también se aplica al otorgar un mejor derecho al que reclama antes que otros en similar situación, no existiendo otro criterio de prelación, recordando que como tal principio lo encontramos recogido en el CC español arts. 1028, 1927, 2.º, 1929, 2.º y tiene una aplicación práctica en el art. 944.

Umberto Albanese, en su *Latín jurídico*¹²⁰, refiere «chi è primo nel tempo, è superiore nel diritto», o también «primo nel tempo preferito nel diritto», y remite a la regla 54 del *Liber Sextus*, así como a C.8,17,3, ley *si fundum*, para matizar posteriormente que «con questa massima si esprime il principio per cui il conflitto tra due acquirenti dello stesso diritto si risolve in favore di chi può provare attraverso un atto pubblico di aver acquistato per prima», señalando que tal principio resulta de la letra del art. 244 del CC italiano de 1942, advirtiendo que el inciso precedente de la citada norma legal impide su aplicación respecto a los terceros que adquirieron derechos sobre inmuebles a través de un acto, inscrito anteriormente.

Nicoliello, al tratar de vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico¹²¹, con remisión a los derechos positivos de varias naciones, cita el *prior tempore*, sin especificar su calificación, vigente en la República de Uruguay C. G. P. art. 380.7, relativo a la prelación de los embargantes, «por la fecha de realización de los respectivos actos que hacen efectivos los embargos», y en la República Argentina, C. P. C. C. N., art. 568, inc. 1, sobre la preferencia en el remate, ya que «la subasta se realizará en el que estuviere más adelantado en su trámite».

¹¹⁹ PEREIRA-MENAUT, Gerardo, con la col. de LÓPEZ-FELPETO PAZ, Paz, *Topica. Principios de Derecho y Máximas jurídicas Latinas*, Pontevedra 2001, p. 297, n.º 880, s. v. *prior tempore potior iure*.

¹²⁰ ALBANESE, Umberto, *Il latino giuridico. Maxime, locuzioni e formule giuridiche latine. Traduzione, commento, fonti e riferimenti sistematici alla legislazione italiana*, Napoli 2005, pp. 578 y 610, s. v. *qui prior est tempore, potior est iure*.

¹²¹ NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*, Barcelona 1999, p. 239, s. v. *prior in tempore, prior in iure*.

Cabanellas¹²², introduce, en su diccionario, una voz específica con la regla *prior tempore potior iure*, a la que califica como aforismo latino, y enumera determinadas manifestaciones de la prioridad cronológica, en cuanto título legítimo preferente en diversas instituciones, como ocurre en las sucesiones honoríficas y en los bienes con la primogenitura, dentro del orden personal. En materia de cosas, especialmente en el régimen inmobiliario, si no se puede saber acerca de la posesión, como hecho de preferencia, ni demostrar el poseedor actual, se opta por reconocer como tal al más antiguo. En el ámbito de los contratos, si hay doble venta del mismo objeto a diferentes personas, «la propiedad se transmite, si es mueble, al primero que toma posesión de buena fe», y si es inmueble, al que primero lo inscribe en el registro de la propiedad. Finalmente, en tema de créditos, si hay concurso de acreedores, en caso de fiadores, la prelación se determina por orden de fechas en la prestación de la garantía, y lo mismo en caso de hipotecas, dado el rango hipotecario, que admite cambios por disposición legal.

En el Diccionario del español jurídico, que dirigió Muñoz Machado¹²³, se parte del enunciado propio del Código Justiniano, C.8,17,3, en el que se dice textualmente: «*sicuti prior est tempore, ita potior est iure*», aplicable a diversos ámbitos del derecho positivo, si bien resulta más utilizado en la forma abreviada, recogiendo el principio de prelación cronológica, porque prima la antigüedad, con especial vigencia en el régimen registral «por ser uno de los principios rectores del sistema tabular donde cuenta con abundante base legal y desarrollo doctrinal y jurisprudencial». Su contenido implica que «impone la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior, constituyendo un criterio conveniente de discriminación en aquellos casos de simultaneidad incompatible de dos asientos de igual rango y naturaleza», con remisión a la STS de 12-II-2008. También se aplica en materia de marcas, conforme, v. gr. a la STS de 20-VII-2012, en la que se pone de manifiesto «el diferente y discordante alcance del principio en la legislación especial nacional, en la que se acude al momento exacto de la presentación de la solicitud, fijado por el día, hora y minuto, respecto de la vigente en la Unión Europea, en la que solamente se identifica el tiempo de la presentación mediante la fecha, lo que ha implicado que no se tome en consideración en España más que el día de presentación de la solicitud de la marca comunitaria ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior, prescindiendo de la hora y minuto.

¹²² CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, P-Q, t. VI, 18.ª ed., rev., act. Y ampl. Por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires 1981, p. 418, s. v. *prior tempore potior iure*.

¹²³ *Diccionario del español jurídico*, dir. por Santiago Muñoz Machado, Madrid, RAE y Consejo General del Poder Judicial, 2016, p. 1522.

En la obra intitulada *Principios de Derecho global, aforismos comentados*¹²⁴, se recoge nuestra regla en el n.º 548, con fundamento en la constitución imperial del año 213, y el significado «anterior en el tiempo, mejor en el derecho», remitiendo a su aplicación en algunos preceptos de nuestro CC, como son el art. 1927.2, al disponer que los créditos hipotecarios y refaccionarios gozan de prelación entre sí conforme al orden de antigüedad de sus respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la propiedad, o el art. 1473 del mismo Cuerpo legal, para dar solución al supuesto de una doble venta, o los arts. 1221 y 1224 de dicho Código, a propósito del valor probatorio de los documentos públicos, si bien los autores de esta voz se remiten a otras disposiciones de Derecho positivo, como son los arts. 17, 24 y 25 de la LH, o el §1209 del BGB o el art. 2644 del Codice civile italiano de 1942, sin olvidar varias sentencias del TS y una resolución de la DGRN de 12-XI-1998.

Fernando Reinoso¹²⁵ atribuye a la regla *prior tempore potior iure* un valor más amplio, porque afirma claramente que es un principio general del Derecho español¹²⁶, procedente del Derecho romano, a partir de la constitución citada del año 213. En su monografía sobre los principios generales en la jurisprudencia del TS español¹²⁷, no duda en referirlo como tal, señalando que en el mismo se establece el principio básico de prelación cronológica, dando la preferencia, por razones temporales, en base a la antigüedad, y es aplicable a numerosas instituciones, como son el régimen registral, conforme a STS, ya citada, de 12-II-2008, recordando que los cómputos en nuestro derecho deben realizarse sobre los tiempos de la titulación material.

¹²⁴ AA.VV., *Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados*, dir. por R. Domingo, Pamplona 2003, p. 196.

¹²⁵ REINOSO, Fernando, en *Diccionario jurídico El Derecho*, Madrid 2009, p. 1072, s. v. *prior tempore potior iure*. Este autor, en su exposición de los Principios generales del Derecho, analizando el CC art. 1.1 y 1.4, en el cual se asigna el carácter informador del ordenamiento jurídico, recuerda que como tal «disciplinan todas las categorías jurídicas», y muchos de estos proceden directamente del Derecho romano, «conservando incluso su primitiva forma latina», matizando la jurisprudencia que en su función de criterios de interpretación del ordenamiento son un elemento de contraste, con la interpretación concreta de una determinada norma, *Ibid.*, pp. 1068-1069, s. v. principios generales del Derecho.

¹²⁶ *Vid.* WÉRY, Patrick, *L'adage prior tempore potior iure: principe general de droit ou simple brocard?*, en *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles 2013, pp. 637-659. Este autor examina tres situaciones diferentes: en primer lugar, la controversia entre dos compradores del mismo bien; el asunto relativo a la propiedad, y el conflicto entre el titular de un derecho de reclamación y el comprador del objeto, llegando a la conclusión que la «máxima» del «*prior tempore potior iure*» no puede ser defendida con la categoría jurídica de principio general del derecho, sino de un simple principio sin valor normativo.

¹²⁷ REINOSO-BARBERO, Fernando, *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid 1987, pp. 283-286, con cita de abundante jurisprudencia, al observar que «este importantísimo principio romano se incorpora a la práctica jurídica, a través de la jurisprudencia, con anterioridad a la promulgación del Código civil, aunque posteriormente se inserta en el mismo al venir consagrado por tres veces en el art. 1473, sobre la doble venta, y pasa al art. 38 de la LH o el 134 de la misma norma, pero añade el romanista: «El principio posee un valor general, en tanto no se le contradiga, extendiendo su aplicación a esferas que nada tienen que ver con las mencionadas».

En un estudio más reciente de este profesor de la Complutense, publicado en la revista *Glossae*¹²⁸, aborda la regla jurídica en general, desde el *ius commune* hasta la jurisprudencia de la UE, incorporando un apartado específico sobre el *prior tempore potior iure*, y sobre su naturaleza utiliza indiscriminadamente los términos reglas, brocados, axiomas y principios, aunque reconoce que algunas de ellas, procedentes de Roma, han abandonado el plano axiomático, para convertirse formalmente en principios generales del Derecho, desde donde han obtenido una expansión al Derecho comunitario o de la Unión Europea, aunque en realidad serían máximas acrisoladas durante el período del *Ius commune*, previo a la codificación, advirtiendo que hay un orden jerárquico descendente en las fuentes del Derecho de la UE: 1. Principios del Derecho comunitario. 2. Principios del Derecho internacional y 3. Principios generales del derecho de los Estados miembros, enumerando, de modo específico, algunas reglas del *Ius commune* aplicadas por el TJUE, como es el *prior tempore*.

Al exponer lo que califica como «máxima»¹²⁹, reconoce que hay un principio romano idéntico, tomado del rescripto del año 213, C. Iust. 8, 17, 3. Después de resaltar su aplicación en el Derecho español, reitera lo que hemos expuesto más arriba, y señala: «La positivación del principio suele desplazar su utilización jurisprudencial en beneficio de los artículos receptores, como ocurre en las conclusiones del Abogado general Wahl de 16-V-2013», cuando afirma: «con arreglo al art. 34, apartado 4 del Reglamento de la CE n.º 44/2001, se concede preferencia a la resolución judicial extranjera dictada en primer lugar, de conformidad con el principio *prior tempore, potior iure*». También en materia registral se muestra especialmente sensible a este principio que inserta en sus normas, como el considerando undécimo del Reglamento de la CE 874/2004, sobre principios en materia de registro, o las conclusiones del Abogado general Trstejsek, presentadas el 10-II-2010, asunto C-569/08, que observa en aquel precepto reglamentario «la versión moderna del adagio romano *prior tempore potior iure*», insertando el origen del mismo, por lo que concluye Reinoso: «esta recepción legal del principio, casi extrema, genera una cierta orfandad, si se invoca ante el TJUE como tal, y reduce sus posibilidades de éxito».

Posición un tanto diferente es la de Rosa Mentxaka¹³⁰, para quien no solamente en el desarrollo de un futuro derecho privado comunitario podrían jugar un papel las reglas jurídicas romanas, sino también en la actual jurisper-

¹²⁸ REINOSO-BARBERO, Fernando, *Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*, en *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016) 591-625.

¹²⁹ REINOSO-BARBERO, Fernando, *Paroemia et regulae iuris romanorum...*, *op. cit.*, pp. 619-620.

¹³⁰ MENTXAKA, Rosa, *Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria*, *AUFDUC* 8 (2004) 530-531.

dencia comunitaria, sea el TJCE, sea la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes de Munich, en la que, según la romanista, uno de sus jueces reconoce que¹³¹ «las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora, a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales, y para eso consulta el Digesto».

Es evidente que en la tradición jurídica europea están presentes algunos principios jurídicos heredados de Roma, aunque en esta sede no aparece la preferencia temporal, pero ello no es óbice para que la romanista hispana se refiera explícitamente a la regla «*prior tempore potior iure*», con claro origen romano, recogida en la Edad Media y presente en la jurisprudencia actual, añadiendo textualmente: «en calidad de principio general de derecho nos consta su empleo en múltiples sentencias tanto del siglo XIX como del XX por el TS español», enumerando una relativa al art. 1473.2 del CC, ante una doble venta de un bien inmueble.

Muy diferente es la valoración que le atribuye la NEJ¹³², ya que entiende que la anterioridad real en el tiempo es un criterio general determinante, a la hora de definir la prevalencia de derechos en conflicto, «de acuerdo con el aforismo *qui prius tempore potior est iure*», rebajando su alcance, y remitiendo a los arts. 445 y 1473 del CC, entre otros.

Ribó Durán¹³³, al tratar del principio de prioridad en el Derecho civil, con especificación en el hipotecario, ya que sirve de fundamento a las disposiciones legales que regulan la inscripción de los derechos reales inmobiliarios que coinciden sobre una misma finca, en caso de incompatibilidad, no duda en afirmar «este principio encuentra su expresión paradigmática en el adagio *prior tempore, potior iure*, que es divisa de toda la labor registral inmobiliaria», radicando en la fecha del asiento de presentación, y si hay coincidencia de data, en el horario¹³⁴.

Luigi Labruna, al tratar de las matrices romanísticas del Derecho europeo actual¹³⁵, pone mucho énfasis en cómo el Derecho romano conquistó Europa

¹³¹ MENTXAKA, ROSA, *Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria...*, op. cit., p. 534.

¹³² NEJ, dir. por B. Pellisé Prats, obra iniciada por C. E. Mascareñas, t. XX, Barcelona, Seix, 1993, s. v. prioridad, p. 537.

¹³³ RIBÓ DURÁN, LUIS, *Diccionario de Derecho*, Barcelona 1987, p. 478, s. v. principio de prioridad.

¹³⁴ Este autor, tratando de los principios generales del Derecho, sostiene que aunque «se han formulado algunos mediante axiomas, apotegmas o aforismos, extraídos de una dilatada experiencia doctrinal o constante expresión en sentencias judiciales, conviene no dar demasiada importancia a la feliz expresión sintética de una frase, olvidando la razón de su formulación». RIBÓ DURÁN, LUIS, *Diccionario de Derecho...*, op. cit., p. 480.

¹³⁵ LABRUNA, LUIGI, «*Ius europaeum commune*». *Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, en *Matrici romanistiche del Diritto attuale*, a cura di F. Salerno, Napoli, Jovene, 1999, pp. 9-16.

en el Renacimiento bajo-medieval, y los principios de la civilización jurídica occidental siguen siendo hoy los que expresan las fuentes romanas, porque aseguran una convivencia pacífica, fijándose especialmente en los que rigen el proceso de nuestros derechos nacionales, a propósito del cual no duda en adherirse al planteamiento de un colega italiano, porque «*si possono esprimere attraverso aforismi giuridici di dominio comune che riflettono (talora banalizzano) regule iuris romane*», ya que, desde su punto de vista, los brocados, entre los que incluiría el *prior tempore*, son testimonio de una tradición jurídica, que a partir de las fuentes romanas, han dado lugar a una reflexión ininterrumpida desde el Medievo hasta el presente.

Recientemente se han pronunciado diversas sentencias del TJUE, en las que la parte de la defensa ha alegado esta *regula iuris*, aunque sin demasiado éxito en el fallo.

El Grupo Bimbo¹³⁶, con domicilio social en México, interpone un recurso ante el TJUE, contra la resolución de la Primera Sala de Recurso de la EUIPO (Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea) en la que se le denegó la solicitud de registro –como marca de la Unión Europea– de un signo tridimensional, constituido por la forma de una barra con cuatro círculos, por carecer de «signo distintivo». La demandante alegó que la forma de la barra de chocolate es suficientemente reconocible por su perfil ondulado, y en aplicación de la máxima *prior in tempore potior in iure*, debe poder disfrutar de un derecho exclusivo sobre la marca controvertida. En la resolución impugnada, la EUIPO afirmó que los signos distintivos que alegaba la demandante eran formas habituales en ese tipo de mercado relativo a la confitería, que los consumidores estaban habituados a las mismas y por tanto ninguna de dichas características, tomadas por separado, o combinadas con otras, poseían carácter distintivo para los productos de que se trata. El TJUE confirma la resolución de la EUIPO, señalando que a pesar de los motivos alegados, procede denegación absoluta.

Otra situación similar se produce cuando Abadía Retuerta S. A. con domicilio social en Valladolid, interpone un recurso ante el TJUE contra la resolución de la Primera Sala de Recurso de la OAMI, donde se le denegó el registro del signo denominativo «Cuvée Palomar» como marca comunitaria¹³⁷.

¹³⁶ TJCE\2016\174. Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta) Caso Grupo Bimbo, S. A. B. de C. V. contra Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) Sentencia de 1 junio 2016.

¹³⁷ TJCE\2010\137. Tribunal General de la Unión Europea. Caso Abadía Retuerta/OAMI (Cuvée Palomar) S. A. contra la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) Sala Tercera, Sentencia de 11 mayo 2010.

Entre otros motivos, la demandante alegó que el nombre «pago Palomar», propiedad de Abadía Retuerta S. A., está acreditada desde el s. XIX, y es muy anterior al reconocimiento, en el año 2000, del municipio «El Palomar», como zona de producción amparada bajo de la denominación de origen «Valencia», a través de una Orden Ministerial. Según la demandante, la denegación de registro supone una infracción del principio general *prior in tempore potior in iure*.

La OAMI, en cambio, alega que los Estados miembros son competentes (con arreglo al Reglamento 1493/1999) para atribuir el nombre de un municipio o de parte a un *vcpdr* (indicación geográfica), incumbiendo a los Estados miembros determinar en sus territorios las indicaciones geográficas que desean proteger. En este caso, dicho nombre no podrá utilizarse para la designación de productos del sector vitivinícola que no procedan de dicho municipio. «El Palomar», según el Tribunal, constituye una indicación geográfica para un *vcpdr* conforme a la legislación española. El TJUE confirma la resolución de la OAMI, al considerar que el único requisito de denegación absoluta es que el vino incluya o consista en una indicación geográfica que identifique un vino *pese a* que dicho vino no tenga ese origen geográfico.

En el fallo producido por el TJUE en el caso Naviera Armas S. A., domiciliada en Las Palmas de Gran Canaria, contra la Comisión Europea¹³⁸, en materia de defensa de la competencia, sobre las condiciones de utilización de la infraestructura portuaria del Puerto de Las Nieves (Las Palmas) por una compañía de transporte marítimo, alegando que se permitía una utilización en exclusiva de infraestructuras financiadas mediante fondos públicos y al margen del contrato de concesión, el Tribunal General de la UE entiende que debe estimarse parcialmente, por vulneración del art. 108.2 TFUE, dado que la Comisión Europea no llevó a cabo la incoación del procedimiento de investigación formal establecido en dicho artículo, concluyendo que no existía ayuda estatal en la utilización en exclusiva de la infraestructura portuaria con fines de tráfico comercial por parte de una compañía privada.

Sobre las alegaciones relativas a la inicial orientación de la infraestructura portuaria, para dar un beneficio específico a una empresa naviera concreta, esta parte afectada alegó el «principio» *prior tempore potior iure*, y el TJUE entiende que el mismo «en ningún caso puede justificar la concesión de un derecho exclusivo de utilización», añadiendo que la ausencia de referencias a dicho principio en la Decisión impugnada se explica «por el hecho de que resulta claramente incompatible con los principios básicos de las normas de la

¹³⁸ TJEU. JUR/2018/75597. Tribunal General de la Unión Europea. Caso Naviera Armas, S. A., contra Comisión europea. Sentencia de 15 de marzo de 2018.

Unión en materia de ayudas estatales, pues tal prioridad constituye más bien un indicio de la concesión de una ayuda estatal», y sin que se pueda acudir a la analogía, con los intereses adquiridos por las compañía aéreas en materia de franjas horarias, «pues en el sector del tráfico marítimo no se ha establecido una protección semejante».

La calificación de brocardo, como la ha identificado un sector doctrinal, no corresponde a nuestro supuesto de la regla 98 del Digesto, o a la 54 del Sexto, ya que «*prior tempore potior iure*», en el Derecho romano clásico y posclásico, pero también a causa de la Recepción, desde el siglo XII hasta el XX, es una *regula iuris* con amplísimas limitaciones¹³⁹, pero directamente aplicable, mientras Vizmanos¹⁴⁰ utiliza indistintamente los vocablos de aforismos y reglas de Derecho, para referir, en relación con la hipoteca, el «*qui prior est tempore potior est iure*». Tampoco compartimos la interpretación sostenida por Díez Picazo y Gullón¹⁴¹, quienes hablan de un mero refrán jurídico o una fórmula concisa que comprende una experiencia jurídica, privada de valor jurídico propio, como simple recurso nemotécnico o pedagógico, integrando no el ordenamiento sino la ciencia del derecho, porque está recogido normativamente en el derecho positivo y es aplicado como tal por los tribunales de justicia de los países europeos, siendo alegado ante los organismos de la UE, incluido el TJUE.

Concluimos con las palabras de Bartocetti, publicadas hace ochenta años¹⁴²:

Nobis licebit ad romanos jurisconsultos adhuc appellare qui sapientiae et aequitatis magistri, numquam superandi fuerunt; cum Roma fuerit et sit, sitque futura Alma Mater Juris, adeo ut liceat hodie sicut heri proclamare: 'Roma caput mundi, regit Orbis frena rotundi'.

¹³⁹ Algunos juristas de la Edad Moderna, como SOCINI, Bartolomeo, en sus *Regulae et fallentiae iuris*, Coloniae Agrippinae, apud Ioannem, Kinckium, ad intersigne Monocerotis, 1626, no le dedican atención alguna, mientras otros, como RIPA, Ioannes Franciscus a, papiensis, *Commentaria ad ius civile*, Lugduni 1585, fols. 233r-240r, especialmente fols. 236v-240r, le otorgan una amplia disertación, con ocasión del privilegio del mutuante, privilegios de las hipotecas tácitas, del dueño, del depositario, del comprador del objeto con dinero ajeno. También, eod. loc., fols. 237v-240r: con ocasión de los privilegios personales y reales, en cuya sede, dentro del n.º 3, estudia la regla 54 del Sexto, afirmando, p. ej., «*qui prior, de regulis iuris, non habet locum in privilegiis personalibus, quia in eis non habetur ratio temporis*», y matizando su exposición, hasta el n.º 50, fol. 239v., con análisis muy pormenorizado, en el 50: «*Ecclesia est potior creditoribus et domino in rebus Deo hypothecatis, et postea sacratiss*», pronunciándose abiertamente en el n.º 51: «*creditores privilegiarii eiusdem tituli concurrunt in personalibus actionibus nulla habita ratione prioritatis*».

¹⁴⁰ VIZMANOS, Tomás María, *Aforismos legales o Diccionario de las reglas de Derecho acerca de todas las materias de este, colocadas según orden alfabético*, Madrid 1841, p. 91, s. v. hypotheca.

¹⁴¹ Díez PICAZO, Luis-GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, op. cit., p. 149.

¹⁴² BARTOCETTI, Vittorio, *de regulis iuris canonici...*, op. cit., p. 27.

**LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN
EL DERECHO ESPAÑOL. EL EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI
DIVIDUNDO* EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES**

*Joint ownership in Roman Law and Spanish Law.
The exercise of the *actio communi dividundo* in marriage processes*

RAQUEL PÉREZ DÍAZ
Universidad de Oviedo

Resumen: Con este trabajo se pretende analizar el ejercicio de la *actio communi dividundo* según sea el régimen matrimonial por el que se regulan los cónyuges e incluso en las parejas de hecho y dar respuesta a las cuestiones que surgen a la hora de ejercitar esta acción ante los tribunales. Dicha acción ya existía en Derecho romano, continuando en vigor en nuestro Código civil.

Palabras clave: *actio communi dividundo*, régimen económico matrimonial, régimen de gananciales, régimen de separación de bienes, parejas de hecho.

Abstract: With this work, it is intended to analyze the exercise of the *actio communi dividundo* according to the matrimonial regime governing the spouses and even in the de facto couples and to answer to the questions that arise when exercising this action before the courts. This action already existed in Roman law, continuing in force in our Civil Code.

Keywords: *actio communi dividundo*, matrimonial economic regime, marital property regime, separation regime, de facto couples.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–La copropiedad y la *actio communi dividundo* en el derecho romano. II.1–La comunidad romana. II.2–La *actio communi dividundo*. II.3–La comunidad germánica. III.–La comunidad de bienes en el derecho español. IV.–La *actio communi dividundo* en los procesos

matrimoniales. IV.1–Regulación. IV.2–El objeto de la *actio communi dividundo*. IV.3–Ejercicio, procedimiento, competencia, sentencia y ejecución. V.–La *actio communi dividundo* independiente al proceso matrimonial. VI.–La *actio communi dividundo* en el régimen de gananciales. VI.1–Cuestiones previas. VI.2–Concepto de vivienda familiar. VI.3–El ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar tras la separación, divorcio o nulidad. VII.–La *actio communi dividundo* en parejas de hecho.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho español, al igual que el derecho romano contempla la figura del condominio o copropiedad –*communio pro indiviso*– y recoge la vieja regla romana con la que nadie está obligado a permanecer en la división. Ambos ordenamientos coinciden en la idea de que los condóminos son varias personas que tienen derechos sobre la misma cosa y como quiera que nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, el cauce para salir de la comunidad es el ejercicio de la *actio communi dividundo*.

Una de las cuestiones que suscita controversia en los procedimientos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad e incluso en las parejas de hecho es el ejercicio de la *actio communi dividundo* en tales procesos.

La *actio communi dividundo* ya se utilizaba como juicio divisorio en el derecho romano continuado vigente en nuestro derecho español, concretamente en el Código Civil, de tal manera que se trata de una acción que queda al arbitrio judicial en caso de desacuerdo de los cónyuges.

En el presente trabajo se ha pretendido hacer un estudio práctico del ejercicio de la acción de división de cosa común según sea el régimen matrimonial por el que se regulen los cónyuges, de manera tal, que si se rigen por el régimen de separación de bienes cabe la posibilidad de su ejercicio de manera conjunto o independiente del proceso matrimonial con independencia de que sean codueños de uno o más bienes. En cambio, si se regulan por el régimen de gananciales cabe la posibilidad de ejercitar únicamente y directamente la *actio communi dividundo* tras la sentencia de separación o divorcio y para el caso de que sean cotitulares de un solo bien, pues en caso contrario, se deberá acudir al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales previsto en el artículo 806 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil. Finalmente, en caso de parejas de hecho solo se puede acudir a esta acción con independencia de que tengan una comunidad ordinaria de uno o más bienes.

II. LA COPROPIEDAD Y LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN EL DERECHO ROMANO

II.1 La comunidad romana

En cuanto al concepto de condominio o copropiedad –*communio pro indiviso*–, se puede definir como la concurrencia de dos o más personas en el derecho semejante de propiedad sobre una misma cosa¹. La comunidad romana se caracteriza por ser un tipo de cotitularidad que se ha regido por unos principios claramente individualistas. Los condóminos son denominados «dueños o socios» y el derecho que corresponde a cada uno de ellos se llama en los textos romanos *dominium pro parte pro indiviso*, con lo que se entiende que cada uno tiene una fracción ideal del derecho de propiedad sobre la cosa y no el derecho sobre una parte material de la misma (*non pars quanta sed pars quota*)². Ello se traduce en que cada comunero puede disponer de su cuota en favor de un extraño sin necesidad de requerir consentimiento de los demás, y salir de la comunidad mediante el ejercicio libre por cualquier copartícipe de la *actio communi dividundo*. En ese sentido, Ulpiano recoge la idea nítidamente al referirse a un esclavo común, al decir que «no todo él es de cada uno de los condóminos, sino más bien *pro partibus indivisi*, esto es, que la parte que cada uno tiene sobre el esclavo es más bien ideal que corporal»³.

Debido a su naturaleza intrínseca, es una relación jurídica poco estable y por ende en permanente conflicto, por ello ya desde el Derecho romano se ha querido garantizar la división, prohibiendo los pactos entre los condóminos en los que se obligasen a no disolver jamás la comunidad y a mantenerla a perpetuidad, pero admitiendo el acuerdo de mantenerla durante cierto tiempo.

La división de la cosa común puede ser voluntaria o judicial. La primera tiene lugar por el acuerdo de los condóminos, adjudicándose respectivamente las partes materiales de la cosa, correspondientes a sus cuotas ideales. Si no hay acuerdo, cualquiera de los condóminos puede intentar la *actio communi dividundo* que da lugar a un juicio divisorio, en el que el juez divide la cosa en partes proporcionales a las cuotas de cada uno, adjudicándoselas (*adiudicatio*)⁴.

¹ BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, 3.º edición, Sevilla, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2007, p. 344.

² ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, Málaga, Ediciones del Genal, 2007, pp. 135-138.

³ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., 2019: *El condominio en Derecho romano*, <https://www.derecho romano.es/2011/12/el-condominio.html> (última consulta realizada el 2 de abril de 2019).

⁴ La cláusula de la *adiudicatio* faculta al juez no solo para atribuir la propiedad, sino también para constituir cualquier otro derecho real. En cualquier caso, la fórmula de la acción divisoria trae la cláusula

Si la cosa no fuese perfectamente divisible, de tal forma que las partes materiales adjudicadas no correspondiesen exactamente con las cuotas de cada uno de los condóminos, el juez o árbitro tenía la facultad para establecer entre ellos relaciones de crédito y deuda para compensarlos⁵.

II.2 La *actio communi dividundo*

En el derecho romano, la *actio communi dividundo* se regulaba en el Digesto, en su libro X, Título 3, bajo la rúbrica: «*Communi Dividundo*» y en el título 37 del libro III del Codex igualmente⁶.

Su fórmula procesal es la siguiente: Quod Aulus Agerius Numerius Negidius de communi [¿eorum?] dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum ob eam rem alterum alteri adjudicari oportet, iudex alterum alteri adjudicatio: quidquid ob eam rem al-

de la adjudicación. BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, 2.ª edición, Sevilla, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, p. 332. Zu diesem Zweck enthält die Formel der *actio communi dividundo* eine *adiudicatio*. Diese Klausel ermächtigt den Richter, durch seinen Urteilspruch, der gleichfalls *adiudicatio* heißt, Konstitutiv Alleineigentum an die Parteien zu verleihen. Die richterliche *adiudicatio* ist ein Tatbestand für den sachenrechtlichen Erwerb. Eine Definition der *adiudicatio* findet sich in den Institutionen des Gaius. DROSDOWSKI THOMAS, Das Verha von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp.32-33.

⁵ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A, 2019: *El condominio...* (última consulta realizada el 2 de abril de 2019).

⁶ FREZZA, Paolo, *Actio communi dividundo*, Estratto della «Revista Italiana per le Scienze Giuridiche» N. S. ANNO VII, Fasc. I, Roma, Attilio Sampaelesi, 1932, p. 1 dice: Dal rapporto di communio sorge nei soci l'obbligo di concorrere nel giudizio divisorio promosso da uno qualsiasi di essi, il quale obbligo è fondato sulla nota massima, passata anche nelle legislazioni moderne: «in comunione nemo compellitur invitus detineri (Codex III, 27,5)». «Sono state avanzate varie congetture intorno alla divisibilità o meno della prima forma di *communio* che si riscontra nella fase arcaica del diritto romano: voglio dire del *consortium familiare quod iure atque verbo romano appellatur ercto non cito*. Non starò qui a ripetere le ipotesi più o meno cervelotiche a cui taluno ha fatto ricorso per determinare, fondandosi su questa espressione, se nell'epoca più remota del diritto romano, antecedente anche alla legge delle XII tavole, i *consortes* potessero o non addivenire alla divisione. Comunque stiano le cose, è certo che nella frase *ercto non cito* non può, come invece fa il C. FADDA, *Consortium collegia magistratuum communio*, in *Studi per Brugi*, Palermo, 1910, 149, vedersi un divieto legislativo di dividere. Le XII tavole, come molto giustamente osserva il C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, in AG, XXXVIII, 1887, 5, dicono *arceram ne sternito*; e non mi sembra possa essere preso sul serio né dal punto di vista filologico né da quello giuridico il ragionamento del Fadda che qui riferisco: *erciscere* non è altro se non la riunione e la contrazione di *erctum ciere*. Dunque la negativa anteposta al cito esclude la divisibilità. Una cosa è certa: che nelle XII tavole era sancito il mezzo giuridico con cui i coeredi potevano sciogliere il rapporto di *communio* in cui si trovavano rispetto all'eredità: laddove la più tarda origine dell'*actio communi dividundo* ha autorizzato – e giustamente – il romanista a supporre che prima del sorgere di quest'ultima i soci non potessero addivenire alla divisione che in via bonaria, per mezzo di scambievoli emancipazioni delle parti assegnate a ciascuno».

terum alteri praestare oportet [*¿ex fide bona?*], eius iudex alterum alteri condemnato, si non paret absolvito⁷.

Puesto que «Aulo Agerio y Numerio Negidio» piden juez para la división de la cosa común y también por el daño causado por uno u otro o por la ventaja obtenida por uno u otro, tú, juez, adjudica «Aulo Agerio y Numerio Negidio» cuanto deba serles adjudicado y condena a uno respecto del otro en todo lo que [*¿según la buen fe?*] por tal asunto deban indemnizarse, si no resulta ser así, absuélve.

Como dice Frezza al giudice era sottoposto un dilemma: o la cosa de cui si trata era di Aulo Agedio, o era di Numerio Negidio. Il compito del giudice era nettamente delimitato: egli non poteva uscire dai due corni del dilemma; non poteva e non doveva fare altro che troncane la lite, mediante la decisione nell'uno o nell'altro senso, della questione di diritto⁸.

La *actio communi dividundo* o acción de división de cosa común se puede definir como la acción que cada condómino tiene en particular, para ejercitar su derecho a la división de la cosa común, cuando esta no ha podido realizarse amistosamente, de común acuerdo, a través de la división⁹.

En cuanto a su estructura y características varía en relación a la época del derecho romano que nos reparamos:

Así, en la época clásica su única función era llevar a cabo la división del condominio con su correspondiente «*adiudicatio*»¹⁰ de la cuota material para cada uno, tal como se recoge en los textos clásicos como Paulo, en el texto D.8,2,26, «*Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem*

⁷ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2, Leipzig, 1907 LENEL, EP. (1927) § 81) 210 ss., y RUDORFF, EP. (1869) §72 p.86. TRAMONTANO, Tiziana, *L'adiudicatio del communi dividundo iudicium* e i titolari di diritti reali limitati, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA, Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza Indirizzo comune ciclo XXVI, p. 54, dice que In sintesi, lo schema della formula dell'*actio communi dividundo* risultava, quindi, così composto: *demonstratio* (in cui verosimilmente era fatta espressa menzione della cosa, o delle cose, da dividere), *adiudicatio* e *condemnatio*.

⁸ FREZZA, continua «Né diversamente accade in tutte le altre azioni *in rem* o *in personam* in cui la formula ordina sempre al giudice di stabilire se un dato diritto esista o no, anche quando gli imponga di servirsi di criteri di valutazione non strettamente giuridice, ma di determinare per esempio *quid quid paret dare facere oportere ex fide bona, o ex aequo et bono ecc.*».

⁹ REVUELTA SALAZAR, M., *La evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho Romano*, Jaén, Servicios de publicación de la Universidad de Jaén, 2003, p. 148.

¹⁰ L'adiudicatio può quindi essere considerata come un modo di acquisto della proprietà di carattere processuale in quanto le singole cose attribuite ai condividenti in un giudizio divisorio, vengono acquistate da essi in proprietà ex iure Quiritium, o soltanto in bonis a seconda della natura del giudizio, nel momento stesso in cui lo iudex pronuncia l'adiudicatio. L'adiudicatio viene riguardat como il mezzo processuale più proprio ad attuare la divisione, cioè secondo la definizione es dell' Arangio-ruiz citta altrove «a sostituire a rapporti di condominio, o, in genere, di contitolarità giuridica, diritti di proprietà solitaria o titolarità, di diritti di altra natura». FREZZA, *op. cit.*, pp. 23-27.

pervenit» o en el texto C.3,37,5: «*In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri*» «Nadie puede ser constreñido, contra su voluntad, a permanecer en comunidad»; y sus características principales son las siguientes: 1. Las acciones de división fueron concebidas como «*actiones in personam, no in rem*», puesto que el demandando está obligado a defenderse. Por ello, cada parte poseía un doble papel, a saber, demandado y demandante, existiendo una *inducia duplicia* (duplicación de la identidad)¹¹. 2. La acción se caracteriza por dar lugar a *jurgia*¹², cuya solución es confiada a un *arbiter*, es decir, el objeto de la acción no es reconocer la pretensión discutida por las partes, sino conceder derechos autónomos, y por lo tanto no supone la existencia de un conflicto con pretensiones rivales, que desemboquen en una *litis*¹³. 3. El objeto de la acción es doble: por una parte, el reparto de los bienes divisibles, que lleva a la liquidación de la indivisión; y por otra parte, la compensación de la desigualdades producidas en el reparto, además del reembolso¹⁴.

A partir de la época postclásica y en el derecho Justiniano se introduce la posibilidad de entrar a dilucidar las obligaciones recíprocas nacidas entre los condóminos, sin provocar la división. Este nuevo papel conlleva darle un doble carácter a esta acción: real, por cuanto que tiene la finalidad de dividir y repartir los bienes, y por tanto atribuir la propiedad a cada copropietario; y personal, al regular las relaciones creditorias u obligacionales que hubiera nacido entre los condóminos *manente communione*, es decir, con permanencia de la situación de condominio. De ahí, el carácter mixto de las acciones divisorias¹⁵. Sus características se resumen en que cada condómino puede ahora cumplir actos dispositivos sobre la cosa, también contra la voluntad de los otros, en consecuencia, el *ius prohibendi*, negado como defensa privada, fue admitido en vía

¹¹ Aunque esta denominación parece ser de origen postclásico, así lo testimonian juristas como Juliano (D.10,1,10), Paulo (D10,2,44,4) o Ulpiano (D.10,2,2,3).

¹² Respecto a este término vid. Varrón, *De ling. lat.* 7,93. Asimismo, D.10,2,57; D.23,3,31; D.23,4,27, entre otros.

¹³ La oposición entre *lites* y *jurgia* viene establecida por los textos clásicos. La definición más clara es la que ofrece Nonius Marcellus, citado por Cicerón (BRUNS, Fontes, II, pag. 66-67): «*Jurgium levior re est, si quidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur: inter inimico dissensio lis appellatur. M. Tullius de rep. L. IIII: «Admiror nec rerum solum sed verborum etiam elegantiam: «si jurgant», inquit; benevolorum concertatio, no lis inimicorum, jurgium dicitur». Et in sequenti «jurgare igitur lex putat inter se vicinos, nom ligitare». Vid. Asimismo, Cicerón, Pro Murena 12,27: «... homines tam ingeniosos...statuare non potuisse utrum diem tertium an perendium, judicem an arbitrium, rem an litem dici oporteret»; De leg.2,12,29*

¹⁴ Con este doble objeto de la acción comienza a verse comparaciones entre el condominio y la situación de coherederos por algunos juristas como Gayo y Paulo, que señalan la relativa relación entre la función de la acción de división y la *actio familiae erciscundae*. D. 10.3.14 interpolado; CL 3.38.3 interpolado; I. Inst.4.6.28.

¹⁵ RICCOBONO, S., *Dalla comunio del diritto quiritario alla coproprieta moderna*, Oxford, Essays in Legal History, 1913, pp. 114 y ss.

judicial; siguen teniendo la misma posición que en el derecho clásico, pero en este caso con una menor libertad e independencia teniendo que actuar de formas unitarias y organizadas en un colectivo; se manifiesta el derecho de goce a la conservación y al destino de la cosa y junto con esta acción se incluyen todas aquellas especiales que competen al propietario particular¹⁶.

II.3 La comunidad germánica

En el Sacro Imperio Romano Germánico se admitió, no sin alguna que otra reserva¹⁷, la concepción de haber sido elegidos por la historia para encarnar la continuación de la grandeza del Imperio Romano –*traslatio imperii*– y todo lo que ello acarrea (emperadores como Otón II, Federico I Barbarroja, Federico II, Enrique VII y Carlos IV representaron ese ideal)¹⁸, alimentando con ello la sugestión y la nostalgia por la época gloriosa del gran Imperio de los romanos¹⁹.

Durante la compilación llevada a cabo por los pandectistas, las dos corrientes de derecho –romana y germana– acabaron mezclándose entre sí a la hora de dar forma a las nuevas conceptualizaciones de las instituciones jurídicas. En el caso concreto de la comunidad de bienes, esta se vio salpicada por los principios del derecho germánico, el cual consideraba que el condominio no era una situación incidental sino que era estática y permanente, lo que provocó que el concepto romano de cuotas y proporciones ideales sobre la propiedad desapareciera, incorporando la idea de que la propiedad era mancomunada, es decir, no tenía más límites que aquellos que se imponían al individuo para el uso y disfrute del bien o derecho común, sin llegar a una atribución real del mismo.

Por lo tanto, durante este periodo el concepto de comunidad romana se vio diluido por los principios germánicos y surge la comunidad germánica –*condominium iuris germanici*– o mano común (*Gemeinschaft zur Gesamte*

¹⁶ BATISTA MATEO, J., «Derecho romano: copropiedad y comunidad hereditaria, una aproximación conceptual», *TFG*, Universidad de la Laguna, 2016, pp. 16-17.

¹⁷ La tesis de la restauración de la grandeza de Roma en la época de Carlomagno (*traslatio o renovatio imperii*) fue cuestionada, entre otros, por KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano* (trad. española), 1955, p. 37; CANNATA, C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1976, pp. 11-12.

¹⁸ GRAF, A., *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*, Torino, E. Loescher, 1923, p. 25; CALASSO, F., *Medio Evo del diritto I. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 144; TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 218; CANNATA, C. A., *Lineamenti ...op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*, Torino, 2001, p. 21.

Hand) caracterizada por tomar como referencia situaciones estables, sin la existencia de cuota, cuya disolución no quedaba bajo el libre arbitrio de cualquiera de los comuneros lo que impedía el ejercicio de la división por parte de la cosa o derecho común.

La propiedad común o comunidad en mano común en los pueblos germánicos comienza siendo una comunidad de tipo tribal que poco a poco se va transformando en una comunidad de tipo familiar²⁰. Su origen se encuentra en el matrimonio que generaba una situación en la que los cónyuges compartían un patrimonio en un estado de propiedad en mano común. Esta comunidad familiar no se disolvía tras la muerte de uno de los cónyuges, sino que continuaba con el cónyuge superviviente y los hijos que pasaban a ocupar el lugar del premuerto²¹. Con el tiempo, el vínculo de parentesco entre las personas que formaban parte de la comunidad fue sustituido por el criterio de vecindad que les unía en el desarrollo de actividades propias de la economía tradicional con el pastoreo, la ganadería o la agricultura²², dando lugar a la propiedad comunal, siendo relevante el elemento corporativo no el individual ya que el comunero sólo es un miembro más del grupo social al que pertenece²³.

Podemos concluir, que la característica esencial entre la comunidad romana y la comunidad germánica es que en la primera los copropietarios disfrutaban de derechos exclusivos sobre sus propias cuotas, mientras que en la segunda el objeto pertenece a los titulares en su conjunto, lo que impide realizar actos de disposición y por ende ejercitar la acción de división de la cosa común.

III. LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La comunidad de bienes, también conocida como «comunidad», «comunidad ordinaria» o «condominio» se encuentra regulada en el Título III del Código Civil, bajo la rúbrica «De la Comunidad de bienes,» desde el

²⁰ BENEYTO PÉREZ, J., *Instituciones de Derecho Histórico Español*, Barcelona, Bosch, 1930, p.168.

²¹ PLANITZ, H., *Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3.ª edición alemana por Carlos Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 316-318.

²² CAUDARADO IGLESIAS, M., *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Servicio de publicaciones agrarias, 1980, pp. 54-57; y ALTAMIRA CREVEA, R., *Historia de la Propiedad comunal*, con estudio preliminar de Alejandro Nieto, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración local, 1981, pp. 47 y ss.

²³ SALIS, L., *La comunione*, V.4, T. 2.º del Trattato di Diritto Civile Italiano, di Filippo Vassalli, Torino, 1939, p.32.

artículo 392 al 406, y se basa en los principios individualistas que regían la comunidad romana o por cuotas (*communio iuris romani*)²⁴.

El artículo (art.) 392 Código Civil (CC), dice que «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas», por lo tanto, la describe pero no la define, y aunque se refiere a la copropiedad como figura más relevante, el citado precepto regula una comunidad de derechos con carácter general, y así lo confirma nuestro Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 14 de noviembre de 1998 al manifestar que «se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que puedan tener en comunidad no sólo bienes y derechos reales, sino también créditos (...)»²⁵.

En cualquier caso, nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, para ello, se habilita el mecanismo de ejercitar la acción de división conforme al art. 400 CC que se fundamenta en el principio romano *nemo invitus compellitur ad communionem* (nadie, contra su voluntad, puede ser forzado a la comunidad) y establece que «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común»; con ello, se permite imponer a los demás propietarios la división de la cosa común, es decir, cada uno de los copropietarios pueda pedir en cualquier tiempo «que se divida la cosa común», debido al carácter irrenunciable e imprescriptible de la *actio communi dividundo* (art. 1965 CC)²⁶, dicha facultad, no es un derecho que pueda extinguirse por falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y debe entenderse subsistente mientras dure aquella, tal como avalan las Sentencias del TS de 5 de junio de 1998 o de 27 de febrero de 2012.

²⁴ En la Ley 11, Título 10 de la Partida 5.^a y en las Leyes 1.^a y 2.^a, Título 15 de la Partida 6.^a (vid. MANRESA NAVARRO, J. M., Comentarios al Código Civil español, T. III, Reus, Madrid, 1918, pp. 392-393; y BRIOSO ESCOBAR, E. L., «Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división», *RDN*, 1980, p. 50.

²⁵ En este sentido, ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», *ADC*, 1957, pp. 109 y 110; TORRES LANA, J. A., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por Albácar, J. L., T. II, Madrid, 1991, p. 263; Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1955, p. 905 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil T. III-2*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 347. En contra, GARCÍA GRANERO, J. C. «Cotitularidad y Comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común», *RCDI*, 1946, pp. 145 y ss. y BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el derecho español*, Rev. D.^o Privado, Madrid, 1954, pp. 25 y 29, quienes mantienen que la comunidad de bienes del artículo 392 C. c. sólo tiene por objeto derechos reales porque son derechos subjetivos absolutos, exclusivos, en los que no es posible, por su propia naturaleza, ni la gradación, ni la concurrencia, por lo que son los únicos susceptibles de ser tenidos en común.

²⁶ «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 de las propiedades contiguas».

Sin embargo, el citado precepto añade en su párrafo segundo «*No obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención*». En ese sentido, hay que hacer mención a la Sentencia del TS n.º 238/2009, de 1 de abril²⁷ que recoge los dos caracteres fundamentales de la comunidad de bienes «a) *Su naturaleza incidental o transitoria; y b) La inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentren obligados a permanecer en la comunidad. El Código Civil, inspirado en el carácter no definitivo, poco rentable y desfavorable con el que concibe la situación de comunidad, concede al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común*».

Ahondando aún más, la Sentencia de 9 de octubre de 1986 hace referencia al concepto legal y jurisprudencial de la copropiedad, en cuanto es tenida como un estadio transitorio mirado con disfavor por la ley que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista; la Sentencia de 19 de octubre de 1992 considera que al actualizarse el aforismo de la jurisprudencia romana *communio est mater discordiarum*, la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas viene a ser la regla normal; la Sentencia de 12 de julio de 1993 incide en que el derecho a pedir la división de la cosa común es una de las características del condominio, reiterado por las Sentencias de 2 de julio de 1994 o 23 de febrero de 1995; y finalmente, la Sentencia de 4 de abril de 1997, analiza desde un punto de vista histórico y jurisprudencial la acción de división de cosa común, de tal manera que vuelve a la idea proveniente del Derecho romano de que nadie, contra su voluntad, puede ser forzado a la comunidad («*nemo invitus compellitur ad communionem*»).

No obstante, la facultad de pedir la división de la cosa común no tiene carácter absoluto, pues existen límites, tanto subjetivos como objetivos, que impedirán su ejercicio a los copartícipes. La indivisibilidad de la cosa común, puede tener su origen en el art. 400, párrafo (párr.) 2.º CC «...*será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años*» que debe ser aprobado por todos los copropietarios; en el art. 401 párr. 1.º CC «*Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina...*» o en el art. 404 CC «*Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su*

²⁷ EDJ 2009/50751.

precio», en estos dos últimos casos, si bien no cabe la partición material si se admite la partición económica acudiendo al procedimiento de venta en pública subasta; tales causas vienen confirmadas en la Sentencia del TS de 11 de mayo de 1999²⁸. Es obvio, que a la hora de ejercitar la acción debe presidir siempre la exigencia de la buena fe consagrada en el art. 7 CC.

El Código civil legitima al «copropietario» para pedir la división de la cosa común, ante lo cual algunas Sentencias del Tribunal Supremo han exigido que se ostente la cualidad de copropietario para ejercitar tal acción²⁹. Por lo tanto, no podrán pedir la división de la cosa común quienes no sean partícipes de una comunidad, aunque todo tercero, por virtud de un derecho real o personal sobre aquélla (por ejemplo, el usufructuario pro parte, o acreedor de un comunero), podrá acogerse a lo dispuesto, bien por el art. 403 CC³⁰, bien por el art. 405³¹ del mismo cuerpo legal, para defender su interés jurídico. Ahora bien, la división de la cosa común no perjudicará a este tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de la partición³², en resumen, lo que cambia en la adjudicación a un tercero es el titular de la garantía no el de la deuda³³.

Además, esta acción representa un derecho indiscutible, incondicional e imprescriptible para cualquier copropietario, motivo por el cual su ejercicio no estará sometido a circunstancia obstativa alguna³⁴; se trata de una facultad que nace y renace en todo momento, pues proviene de la relación de comunidad y debe entenderse subsistente mientras la propiedad dure, ni siquiera la existencia de derechos reales, distintos del condominio, que pudieran ser titularidad de terceros, constituyen un obstáculo para que se ejercite la acción³⁵; el hecho de que pueda atribuirse el usufructo total de la cosa a uno sólo de los copropie-

²⁸ En su fundamento jurídico primero enumera las diversas causas de indivisibilidad «a) Cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador (...); b) Si la cosa resultase inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (artículo 401 CC.); y c) Si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división (...)».

²⁹ SSTS de 26 de diciembre 1981 (cdo. 3.º), y de 5 de junio de 1987 (f. j. 2.º).

³⁰ Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez.

³¹ La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenecían a un tercero contra la comunidad.

³² SSTS de 28 de febrero de 1991 (f. j. 5.º), y de 12 de mayo de 1997 (f. j. 3.º).

³³ STS 22 de febrero de 2012 (f. j. 3.º). ROJ STS 1318/2012.

³⁴ STS de 8 de marzo de 1999 (f. j. 1.º).

³⁵ SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 23 de junio de 1988. RJ1988/5822.

tarios, supone la exclusión de los demás en cuanto al uso y disfrute, pero ello no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa común³⁶.

Por lo tanto, el derecho español contempla la figura de la copropiedad a través de los arts. 392 y 400 CC recoge la vieja regla romana con la que nadie está obligado a permanecer en la división, como en su tiempo la entendían los romanos; ambos ordenamientos coinciden en que tiene lugar cuando varias personas tienen derechos sobre la misma cosa y nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, dándoles el cauce del ejercicio de la *actio communi dividundo* para que cada comunero pueda salirse de la comunidad.

IV. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

IV.1 Regulación

La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece en el art. 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que «En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos».

Tal precepto supone una novedad a la hora de ejercitar la citada acción, pues sólo será posible su acumulación a aquellos casos que exista un régimen de comunidad ordinaria entre los cónyuges, es decir, para el caso de que los cónyuges casados en separación de bienes tengan bienes en común. El motivo de tal reforma tuvo su origen en el problema procesal planteado en Cataluña por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2012³⁷ que declaró inconstitucional y nulo el art. 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, que permitía en el ámbito

³⁶ STS de 27 de diciembre de 1999 (f. j. 2.º)

³⁷ El argumento jurídico fue que la norma catalana invadía una «competencia exclusiva» del Estado como son las normas procesales al permitir la acumulación de la acción de divorcio y liquidación de bienes en los matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes no permitido sin embargo en aquellos momentos por la ley de enjuiciamiento civil.

del derecho foral catalán, el ejercicio de la acción de división de cosa común dentro del procedimiento matrimonial.

Al igual que mantiene Pérez Martín considero que quizás la solución jurídica para la cuestión que se planteaba hubiese sido modificar el art. 806 LEC y hacer referencia de forma expresa a los regímenes de separación de bienes para que de esta manera pudiese sustanciarse de forma paralela al procedimiento matrimonial, que no acumulada, la acción de división de cosa común que en la práctica no es otra cosa que la liquidación del régimen de separación de bienes³⁸.

IV.2 El objeto de la *actio communi dividundo*

La primera cuestión a tener en cuenta es la de diferenciar la división de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa de la liquidación de las relaciones económicas de los cónyuges casados en separación de bienes, pues son dos operaciones distintas aunque la primera pueda comprenderse en la segunda. El art. 1438 CC regula la contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, puede ser que se hayan contraído deudas de las que deban responder ambos, que uno de ellos haya aportado más dinero del que le correspondía para atender las cargas o que haya aportado dinero en beneficio de los bienes del otro cónyuge, etc. lo que exigirá una «liquidación» cuyo término puede tener un significado más amplio en cuyo caso se deberá acudir al procedimiento de liquidación, pues al igual que opina Roca Trías, «se puede usar también cuando se trata de definir las reglas para acabar aquellas relaciones entre cónyuges generadas durante la convivencia matrimonial, no con el objetivo de determinar la masa de bienes que se habrá de adjudicar cada uno de los cónyuges, sino con la única finalidad de resolver los conflictos que se pueden haber generado a lo largo de la convivencia, resolver las titularidades dudosas y extinguir los créditos que se pueda haber creado. Del mismo modo, en el régimen de separación absoluta de bienes del Código Civil se dice que se habrá de proceder a la liquidación, entendida en el sentido del pago de las contribuciones atrasadas que hayan generado créditos de un cónyuge contra el otro y las compensaciones entre los dos patrimonios. En este sentido, si es posible hablar de la liquidación del régimen de separación de bienes». Pero tal como acertadamente afirma Pérez Martín esta operación no es la que se

³⁸ PÉREZ MARTÍN A. J., «La acción de división de cosa común acumulada al procedimiento de divorcio», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 70/2016 parte Artículos Doctrinales BIB 2016/37, p. 1.

regula en el art. 437 LEC, esta «liquidación» requiere un procedimiento cuyo objeto sea más amplio de la mera división de los bienes, en el que tendrá que resolverse numerosas controversias entre los cónyuges, lo que dada su complejidad no puede mezclarse con el procedimiento de separación o divorcio³⁹, y así lo afirman las Sentencias de la Audiencia Provincial (AP) de Girona, Sec.1.^a, de 27 de septiembre de 2013⁴⁰ o de la AP Barcelona, Sec. 12.^a, de 22 de julio de 2015⁴¹.

Otra cuestión que surge, es que se debe tener en cuenta que el citado precepto únicamente hace referencia «a la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa», es decir, dividir bienes, sin referirse a las deudas o cargas, si bien suele admitirse por esta vía liquidar ambas cuando no existe ninguna controversia entre los cónyuges en cuanto a la titularidad común y en pro indiviso del bien o bienes que se pretendan dividir tal como establecen las Sentencias de la AP de Barcelona, Sec. 12.^a, de 24 de octubre de 2014⁴², Sec. 18.^a de 14 de mayo de 2015⁴³ o Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña Sentencia de 11 de marzo de 2010⁴⁴.

Por último, cabe preguntarse si puede admitirse la acumulación al procedimiento de separación o divorcio de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando existe un único bien y no hay controversia en el inventario; en este sentido, la jurisprudencia no es pacífica, una parte de los tribunales no ve inconveniente en acudir a la acción de división de cosa común para liquidar la sociedad de gananciales cuando hay un solo bien y no hay controversia entre los cónyuges en el inventario, tal como mantienen las Sentencias del TS de 1 de julio de 1991 o de 12 de abril de 2000, postura que comparto; mientras

³⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p. 4

⁴⁰ Si la cuenta bancaria es titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, no puede estimarse la acción de división de cosa común, pues aunque uno de ellos sostenga que el saldo es común se exige una declaración judicial previa de que pertenece a ambos, y ese pronunciamiento no puede realizarse en un proceso de familia.

⁴¹ No puede atenderse la petición de la parte del reparto de cuentas comunes previa inclusión de las cantidades que se dicen sustraídas por el demandado, en beneficio propio, puesto que estas cuestiones deben sustanciarse en un procedimiento declarativo.

⁴² Conforme a lo previsto en el artículo 232-12 CCCatalán (CCCat) es preciso que no exista controversia sobre la titularidad común y pro indiviso del bien en cuestión para parte de ambos litigantes, lo que aquí no ocurre.

⁴³ La posibilidad de ejercitar acumuladamente a la acción de divorcio, la acción de división de los bienes comunes exige de una parte que no exista controversia sobre su titularidad en común y pro indiviso y de otra y dado que se trata de una pretensión diferenciada que se formule de forma expresa en el escrito de demanda.

⁴⁴ El vehículo en cuestión es titularidad –cuanto menos formal– del esposo y lo que la esposa pretende en su demanda reconvenzional es que se declare la titularidad conjunta junto con otro vehículo inscrito también a nombre del esposo, pero el procedimiento matrimonial no es el cauce adecuado para ventilar acciones reivindicatorias.

que otra parte no admite tal posibilidad como apoyan las Sentencias de la AP de Granada, Sec.4, de 16 de enero de 2015 o la AP de Valencia, Sec. 10 de 22 de mayo de 2013.

IV.3 Ejercicio, procedimiento, competencia, sentencia y ejecución

El legislador ha previsto que la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa pueda ejercitarse acumuladamente en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad sin diferenciar entre la demanda de mutuo acuerdo o contenciosa de separación o divorcio, y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas. Ahora bien, como el art. 437 LE no menciona la posibilidad de acumular la acción de división de cosa común a la demanda de modificación de medidas, surge la duda si es posible tal acumulación y en ese sentido el pronunciamiento de los tribunales es favorable tal como recogen las Sentencias de la AP de Barcelona, Sec.12.^a, de 4 de septiembre de 2014 o Sec. 18.^a de 12 de febrero de 2014⁴⁵.

Para el caso de que la acción de división de cosa común la ejercite el actor, dice la Sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 18.^a, de 14 de mayo de 2015, que deberá formularse de forma expresa en el escrito de demanda. Por el contrario, para el caso de que la citada acción la ejercite el demandado el cauce será mediante reconvencción expresa y no incluir tal petición simplemente en el suplico de la contestación a la demanda, como indican las Sentencias de la AP de Barcelona, Secc. 12.^a de 24 de octubre o de 24 de julio de 2014.

De cualquier manera, cabe recordar que el ejercicio de la división de cosa común recogido en el citado precepto no es una obligación sino una facultad, en consecuencia, es posible su ejercicio antes de divorciarse tal como admite

⁴⁵ Debe asimismo estimarse la acción de división ejercitada en la demanda sobre la vivienda familiar que es propiedad de ambos. No cabe estimar inadecuación de procedimiento. Desde la entrada en vigor del CCCat se estima que la acción de división de cosa común puede ejercitarse no solo en los procedimientos de divorcio sino también en los de modificación. Pese a que el artículo 232.12.1 del CCC mantiene una redacción similar a la del artículo 43 del CF refiriéndose únicamente a los procedimientos de separación, divorcio, nulidad y eficacia civil de resoluciones eclesiásticas, no pueden excluirse los procedimientos de modificación. La Disposición Adicional quinta del CCCat que determina los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable, se remite a los procesos matrimoniales en general, sin exclusión del de modificación de medidas, permitiendo que dentro del mismo proceso pueda ejercitarse la acción de división de la cosa común. Si tratándose de pareja estable, la ley permite el ejercicio de la acción de división dentro de un procedimiento de modificación de medidas, no puede impedirse el ejercicio de dicha acción en un procedimiento matrimonial. Y así se ha afirmado por esta Sala en sentencia de 13d e septiembre de 2012. Y recientemente en la sentencia recaída en el rollo 1157/2012.

la Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 11.^a, de 13 de diciembre de 2013; durante el divorcio; posteriormente al divorcio o no ejercitarla nunca y permanecer en indivisión si ambos cónyuges están de acuerdo.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse para la tramitación conjunta de ambas acciones, la interpretación literal y lógica del art. 437 LEC es que se seguirán por los tramites del juicio verbal especial, debiendo por tanto rechazar la postura mantenida por un sector de los tribunales cuyo cauce procesal oportuno es el de tramitarse en pieza separada conforme a las normas del juicio declarativo que corresponda según su cuantía, como avala la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 22.^a de fecha 28 de febrero de 2014⁴⁶.

Respecto a la competencia, serán competentes tanto los Juzgados de Primera Instancia no especializados como los de Familia, que conozcan de la acción de separación o divorcio y de división de la cosa común, pues debe prevalecer lo establecido en la citada Ley 42/2015, de 5 de octubre que es posterior y de rango superior sobre lo dispuesto en el Real Decreto 1322/1981⁴⁷ en el que no incluía la acción de división de cosa común dentro de las materias que debían conocer los juzgados de familia para las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del libro I del CC.

En relación a la sentencia, su contenido además de declarar la separación o divorcio de los cónyuges y adoptar las medidas pertinentes en su caso, deberá pronunciarse sobre si procede o no la división de la cosa común poniendo fin a la copropiedad, sin que deba entrar a valorar o repartir los bienes. Cuando medie petición expresa por parte de alguno de los cónyuges, cabría la posibilidad de que el fallo de la sentencia se extendiese también al pronunciamiento en relación a si el bien es o no divisible, pues ello condicionará los trámites posteriores⁴⁸.

Finalmente, la manera de materializar la sentencia declarativa⁴⁹ de la división de los bienes en común es en la fase de ejecución, o bien se reparten los

⁴⁶ Es lo procedente dar a dicha pretensión el cauce procesal oportuno, que no es otro que el procedimiento declarativo que corresponda, formándose pieza separada al respecto que se encabezara con el escrito de demanda en su integridad.

⁴⁷ RCL 1981, 1566.

⁴⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ La sentencia que declara la extinción del proindiviso mediante la venta del inmueble en pública subasta, va a tener un doble contenido constitutivo de declarar la extinción de la copropiedad dejando sin efecto un estado jurídico preexistente mediante la venta del inmueble en pública subasta, y al mismo tiempo de condena al que se opuso a la acción a estar y pasar por dicho procedimiento de realización del valor del inmueble y división del producto entre los copropietarios. Incluso aunque no utilice la palabra condena debemos considerar la existencia normal de esta doble naturaleza del fallo. Por ejemplo, la AP de Castellón, Sección 3, Auto de 21 de diciembre 2007, que declarativa el fallo: « contra X acuerdo la extinción de la comunidad sobre la finca registral n.º 0000 del Registro de la Propiedad de Lucena y declaró el carácter indivisible del dicho bien, debiendo, en caso de no lograrse un acuerdo entre los propietarios relativo a su adjudicación a favor de uno indemnizando al otro, venderse en pública subasta, con interven-

bienes entre ambos abonando un cónyuge al otro el importe de la parte del bien que pertenece al otro, o se vende el bien a un tercero o se subasta y se reparte entre ambos el precio obtenido en función de las cuotas de copropiedad tal como añade la Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 12.^a de 8 de octubre de 2014⁵⁰. Cabe precisar que el citado precepto en su párr. in fine dice que «*Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos*» no se pronuncia sobre el procedimiento a seguir en fase de ejecución de sentencia y no existe precepto alguno específico en dicha fase.

V. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO INDEPENDIENTE AL PROCESO MATRIMONIAL

Para el caso de que ninguno de los cónyuges haya ejercitado conjuntamente la acción de división de cosa común dentro del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, es posible ejercitarla con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio pues de lo contrario nos llevaría al absurdo que los cónyuges ya no podrían dividir los bienes en común jamás. En este caso, el procedimiento a seguir podría ser el de la liquidación del régimen económico previsto en el art. 806 y ss. LEC o el declarativo en función de la cuantía de los bienes.

Ahora bien, para acudir directamente al procedimiento recogido en el art. 806 y ss. LEC es necesario que previamente en la sentencia de separación o divorcio se hubiese declarada la división de la cosa común tal y como en la actualidad avala la doctrina o la jurisprudencia, de tal manera que no se puede acudir si falta el imprescindible ejercicio de la acción declarativa como afirman las Sentencias de la AP de Barcelona, Sección 12.^a de 26 de marzo de 2014, de 19 de enero de 2012 o Sección 18.^a de marzo de 2011.

Consecuencia de lo anterior, a mi juicio en la práctica, es mejor acudir directamente al procedimiento declarativo ordinario que corresponda y no al procedimiento de liquidación previsto en los arts. 806 y ss. LEC. En ese sentido, Roca Trías va más allá y considera que no se puede aplicar el procedimiento de los arts. 806 y ss. LEC porque en el régimen de separación de bienes no

ción de licitadores extraños y con el producto de la hacer reparto entre ambos dueños en proporción a sus respectivas participaciones».

⁵⁰ La división de la cosa común mediante adjudicaciones concretas de los distintos bienes a cada uno de los partícipes en la propiedad dividida, con oposición al respecto por la contraparte, es una cuestión que debe ser resuelta en ejecución por vía del artículo 552-11.5 CCCat o artículo 806 y ss. LEC y no en fase declarativa del proceso.

hay una masa común y las cargas recaen sobre los patrimonios individuales de los cónyuges⁵¹. Por lo tanto, el procedimiento declarativo correspondiente en función de la cuantía es al que se debe acudir a la hora de ejercitar la acción de división de cosa común tal y como apoya la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina al entender que en el régimen de separación de bienes, los cónyuges son titulares de diferentes bienes en pro indiviso no de una masa común de bienes sujeta a cargas y obligaciones, y por tanto, no es aplicable el procedimiento 806 y ss. LEC el cual está pensado para un régimen con una masa común que es preciso liquidar como sucede en el régimen de gananciales, como el supuesto más frecuente es la división de bienes inmuebles será el juicio ordinario el adecuado para tramitar la división de la cosa común.

VI. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN EL RÉGIMEN DE GANANCIALES

VI.1 Cuestiones previas

Previamente a analizar la acción de división de la vivienda familiar, con carácter general debemos tener en cuenta que para ejercitar la acción de división sobre un determinado bien ganancial es necesario haber procedido previamente a liquidar la sociedad de gananciales, siguiendo los trámites legalmente previstos en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio, a no ser que el patrimonio ganancial esté exclusivamente compuesto por el preciso bien a dividir, sin que sea necesario en estos casos liquidar formalmente la sociedad de gananciales para ejercitar la acción de división, pues no hay otra solución que la adjudicación por mitad y en proindiviso del bien en cuestión⁵². La vivienda familiar puede haber sido adquirida por ambos cónyuges en copropiedad ordinaria por cuotas, bien porque la compraron antes o en régimen de separación de bienes, o bien porque tenga carácter ganancial y tras la separación genera una situación de condominio o de comunidad ordinaria de la que se puede salir en cualquier momento solicitando la división de la cosa (art. 400 CC), salvo que se trate de un bien esencialmente indivisible, en cuyo caso, y a falta de acuerdo, se procederá a la venta pública del bien (art. 404 CC).

Por su parte, nuestro TS ha declarado que la extinción o disolución de la sociedad de gananciales da paso a un estado de liquidación de la misma, en el

⁵¹ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p 10.

⁵² SAP de Burgos de 11 de mayo de 2005. JUR 217671.

que intervienen ambos cónyuges. Durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fuera otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros. Por tanto, desde que se disuelve la sociedad de gananciales y hasta que se procede a la liquidación de la masa de la misma, nos encontramos durante este período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial (comunidad germana o en mano común) equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición. Una vez liquidada la sociedad de gananciales, asignadas las cuotas o bienes, se podrá solicitar que cese la comunidad⁵³.

VI.2 Concepto de vivienda familiar

En la Constitución Española (CE) no hay referencia alguna específica a la vivienda familiar y en el CC es escasa la regulación que dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar y su protección, en caso de crisis matrimonial, tan solo se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición recogidas en los arts. 90 B, 91, 96, 103.2, 104 y 1320 CC estableciendo éste último que *«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos no pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»*. Por lo tanto, para la efectiva protección resulta indiferente el título en virtud del cual se ocupa la vivienda (derecho de propiedad u otro derecho real o perso-

⁵³ ANGUITA RÍOS, R. M.^a, «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, p. 638.

nal) pues afecta a todos los derechos por igual, tal como precisa «aunque tales derechos no pertenezcan a uno solo de los cónyuges»⁵⁴, siendo válido el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Nuestro legislador no ofrece ningún concepto de la vivienda familiar, siendo las encargadas de ofrecer tal definición la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia. A ello, hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar la vivienda familiar, así en el art. 96 CC alude a vivienda familiar; en el art. 1320 CC a vivienda habitual; en el art. 1357 CC en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares, en el art. 1406 CC la vivienda donde tuviera la residencia habitual y finalmente en el art. 91 Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familiar⁵⁶, al igual que Berrocal Lanzarot considero ésta última la más adecuada.

La doctrina, ha dado múltiples y diversas definiciones sobre la vivienda familiar, Ortega Díaz-Ambrona considera que «constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación». En cambio, Elorriaga de Bonis la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación» o

⁵⁴ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio» en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986, p. 91; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2010, p. 129. COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Navarra, Aranzadi- Thomson Reuters 2009, p. 1567. No obstante, para HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido, por Cándido Paz-Arez Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, T. II, Secretaría General Técnica, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991 p. 588, «esta precisión –si no inútil– no parece esencial, toda vez que la titularidad moralizara el tipo de consentimiento exigido en la norma, pero no latera en absoluto la eficacia del principio contenido en el artículo 1320, para cuya aplicación el dato básico –y suficiente– es la afectación del inmueble, su destino a vivienda familiar, y respecto a los muebles su carácter de uso ordinario».

⁵⁵ ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona, Universidad de Navarra 1986, p. 49. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 46-194. HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, p. 158. SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio», *op. cit.* pp. 87-90; DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGrawHill, 1997, pp. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español» en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986, pp.70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, núm. 588, septiembre-octubre, 1988, pp.1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, Tecnos, 1999, pp.11-12.

⁵⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de cosa común» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 734, p. 3469.

«como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia». Para Herrero García, es «el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar». En general, la doctrina coincide en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además de seguridad e intimidad y además, considera que la vivienda familiar es el domicilio conyugal o domicilio familiar⁵⁷.

Por su parte, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, la STS 1.^a de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020) conceptúa la vivienda familiar, como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. y la STS de 31 de mayo de 2012, la define la vivienda familiar como el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.

VI.3 El ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar tras la separación, divorcio o nulidad

El ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar en la liquidación o extinción de la sociedad de bienes gananciales por parte del copropietario no adjudicatario es una de las cuestiones que más se suscita en los Tribunales.

La primera cuestión que se plantea es cuándo se debe acudir al procedimiento de extinción del condominio o división de cosa común a la hora de liquidar la sociedad de bienes gananciales que ya ha sido disuelta previamente en virtud de resolución judicial. Dicha cuestión ha sido resuelta por el TS ya

⁵⁷ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, PPU, 1992, p. 21.; GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», op. cit., p. 88; SANTOS BRIZ, J., «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Vialdridch, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles» (Art. 400 CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar».

desde la Sentencia de 1 de julio de 1997⁵⁸ al afirmar que el art. 400 CC sólo es aplicable cuando lo que está en comunidad es un bien o un único objeto en este caso la vivienda familiar (sin o con pasivo y sin o con garaje anejo) a liquidar en la sociedad de gananciales, no siendo necesarias las operaciones liquidatorias, pasando los cónyuges una vez disuelto el régimen de sociedad de bienes gananciales a ser comuneros sin necesidad de acudir a mecanismo liquidatorio alguno, resultando superflua e inútil toda operación de inventario y liquidación tal como establece la STS 12 de abril de 2000⁵⁹, la SAP de Zaragoza de 30 de octubre de 2001⁶⁰, la Sentencia Sección 1.ª de la AP de Barcelona, de 20 de septiembre de 2018⁶¹ o la STS de 5 de febrero de 2013.

En base a esta doctrina jurisprudencial se está aceptando por nuestros tribunales que cuando haya un único bien de una sociedad de gananciales disuelta, por ejemplo la vivienda incluso con derecho de uso⁶², no existe obstáculo alguno para que se ejercite la acción de división de cosa común a través del procedimiento ordinario en los juzgados ordinarios aunque la sociedad de gananciales no se haya liquidado previamente (STS de 25 de febrero de 2011), a sensu contrario, cuando haya una pluralidad de bienes integrantes de la sociedad ganancial pendientes de liquidar, habrá que acudir al art. 406 CC que ordena la aplicación de las norma de la división de herencia a los partícipes en la comunidad (Sentencia 12 de julio de 1996) y por ende al procedimiento previsto en los arts. 806 y ss. LEC.

Por lo tanto, en mi opinión se puede concluir que si bien el TS no describe cual debe ser ese bien, tiene cabida en el ejercicio de la acción de división cualquier bien de la sociedad de gananciales que por lo general suele ser la vivienda familiar.

La segunda cuestión que surge es si se puede ejercitar por cualquiera de los cónyuges la acción de división de cosa común cuando la vivienda familiar está gravada con una hipoteca, en este sentido, la respuesta dada por nuestra

⁵⁸ RJ 1991/5314.

⁵⁹ RJ 2000/1827.

⁶⁰ JUR 2001/333027. Recoge la doctrina del Tribunal Supremo que admite que cuando los únicos bienes comunes son el piso destinado a vivienda familiar y el garaje anejo se proceda a su liquidación mediante el procedimiento de división de la cosa común, a practicar con arreglo al art. 404 CC por ser cosa indivisible: «Conforme a lo solicitado por ambas partes, procede en liquidación de la sociedad conyugal, constituyendo los únicos bienes del matrimonio su división, a practicar con arreglo al artículo 404 del Código Civil, al ser indivisibles, de modo que si los condueños no conviniesen en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando al otro, se venderá a tercero, incluso en pública subasta, si alguno de ellos lo pide, y se repartirá su precio; con los reembolsos que se pasa a considerar».

⁶¹ ECLI: ES: APB:2018:82969.

⁶² El Tribunal Supremo en sentencias, entre otras de 1 de julio de 1991 y 14 de julio de 1994, mantiene dicho criterio incluso en aquellos casos en los que exista un derecho de uso atribuido por sentencia judicial.

jurisprudencia es contundente «si»; sin embargo, a mi juicio no es conveniente su ejercicio, pues la vivienda no es susceptible de división material por ello solo puede procederse a su división económica que a falta de acuerdo entre los propietarios implica la venta y el reparto del precio obtenido, pero cuando la vivienda está gravada con una hipoteca, dicha carga subsiste con independencia de la permanencia del bien en posesión y dominio de ambos comuneros. En este caso, solo cambia el responsable pues como adquirente del bien está sujeto a una hipoteca y deberá soportar la ejecución por las deudas impagadas, pero no se convierte en deudor ni se subroga en esta posición y por tanto no se produce una novación de cambio de deudor de una obligación; es decir, el adquirente resultara afectado por la hipoteca en tanto que es responsable por su cualidad de titular del bien adquirido en subasta, aunque no se produzca una novación porque el deudor se mantiene. En definitiva lo que cambiaría en la adjudicación a un tercero es el titular de la garantía, no el de la deuda⁶³. Cabe recordar, que incluso tal como nuestro TS reconoce es posible ejercitar la división de la cosa común cuando la hipoteca es superior al valor del inmueble⁶⁴.

En este contexto, no es conveniente ejercitar la división de la vivienda con hipoteca por cualquiera de los cónyuges, pues para el caso de que se ejercitase la misma se daría una situación kafkiana, cual es que el nuevo adquirente no se convertiría en deudor de la hipoteca y que ambos comuneros dejarían de ser propietarios de la vivienda pero continuarían siendo deudores solidarios del préstamo o crédito hipotecario, salvo que hubiera consentimiento de la entidad de crédito de subrogación del nuevo adquirente en cuyo caso se produciría una novación.

La tercera cuestión a determinar es si es compatible el ejercicio de la acción de división del art. 400 CC sobre la vivienda familiar con el derecho de uso y disfrute atribuido a uno de los cónyuges copropietarios y a los hijos en proceso matrimonial como efecto regulado en el art. 96 CC⁶⁵. La doctrina

⁶³ STS 22 de febrero de 2012. ROJ STS1318/2012.

⁶⁴ STS 22 de febrero de 2012 «No es esta la situación del litigio, puesto que aquí se requiere la subasta para dividir el bien indivisible y no para la satisfacción de las deudas del propietario del bien. La hipoteca subsiste de acuerdo con lo que dispone el artículo 405 Código Civil y la división de la finca no altera el crédito hipotecario».

⁶⁵ Se trata de precisar si el cónyuge cotitular de la vivienda, y que ha sido privado de su uso puede ejercitar el derecho que asiste a todo condueño de no pertenecer en la indivisión. ROBLEDO VILLAR: «La actio communi dividundo ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial», La Ley, 1995-4, p. 982. En ese sentido, la STS de 22 de septiembre de 1988 (f. j. 3.º) ha estimado que «en situación de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), llegada la sentencia firme», habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 96 del CC, pero si el piso es privativo y no se ha fijado «plazo prudente de duración del uso y no permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la división», procede dar lugar a la división.

mayoritaria defiende que es posible la acción de división, y en su caso, la venta en pública subasta pero manteniendo el derecho de uso y disfrute⁶⁶. Por consiguiente, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa común en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó⁶⁷, de manera tal, que la acción de división y el derecho de uso son perfectamente compatibles. El derecho de uso no limita la posibilidad de solicitar la división de la cosa común, sino que impone necesariamente que se respete y garantice su eficacia frente a los terceros adquirentes. El ejercicio de la acción de división ha de garantizar y respetar la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar mientras permanezcan las circunstancias concretas que justificaron su atribución. Sin embargo, no falta quienes afirman que a pesar de que la acción de división constituye un poder indiscutible e incondicional para cualquier cotitular, nuestro ordenamiento prevé una serie de restricciones legales o convencionales que pueden negar el ejercicio de esta facultad⁶⁸.

En este sentido, la respuesta dada por el TS ha ido variando, y si bien en un primer momento se inclinó por permitir el ejercicio de la acción de división sin traba alguna, procediendo a la venta de la vivienda familiar cuyo uso tenía atribuido uno de los cónyuges en sentencia de separación y ésta era indivisible, debiendo por ello desalojarla cuando se producía la adjudicación, tal y como mantiene la Sentencia del TS de 23 de noviembre de 1990⁶⁹; posteriormente, ha sido constante la jurisprudencia del TS entre cuyas Sentencias se incluyen la de 2 de diciembre de 1992⁷⁰; la de 14 de julio y 18 de octubre de 1994⁷¹; la de 3 de mayo de 1999⁷²; la de 26 de abril de 2002⁷³; la de 28 de marzo

⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación...», *op. cit.*, p. 384.

⁶⁷ STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003, RJ 7128.

⁶⁸ BLANDINO GARRIDO, A., «Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial», *La Ley*, 1998-2, D-104.

⁶⁹ RJ 1990, 9045.

⁷⁰ RJ 1992, 10250.

⁷¹ RJ 1994, 7722 y RJ 1994, 7722.

⁷² RJ 1999, 3428 «...acorde con la decisión que se emite de adjudicación en pro indiviso de la vivienda y la eventual disposición de la misma,... es aplicable en parte lo resuelto por el juzgador de instancia respecto a la adjudicación en comunidad de la vivienda en cuestión a ambos esposos y, en consecuencia, en punto a su valoración pueden cualquiera de las partes actuar a tenor de lo dispuesto en el artículo 1062, párrafo 2, en cuyo caso, el valor que se obtenga en esta pública subasta será justamente sobre el que tenga derecho el 50% cada uno de los litigantes, y sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los arts. 90 y ss. CC...».

⁷³ *La Ley* 5521/2002.

de 2003⁷⁴; la de 8 de mayo de 2006⁷⁵; la de 27 de noviembre de 2007; la de 3 de diciembre de 2008⁷⁶; la de 27 de febrero de 2012 y finalmente la de 5 de febrero de 2013⁷⁷ que matizan tal posibilidad en el sentido de afirmar que, si bien se permite el ejercicio de la acción de división de bien la atribución la cosa común, éste se hará garantizando y respetando la eficacia de la atribución de la vivienda familiar declarada al amparo del art. 96 CC, es decir, prevalece el contenido del citado precepto sobre el art. 400 CC mientras persista la actual situación de atribución judicial del uso del inmueble. Su fundamentación se basa en que el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no impide la acción de división de la cosa común, de manera tal que la sentencia que acuerde que procede dicha división ha de garantizar el derecho de uso impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojados mientras persisten las circunstancias tomadas en consideración para su atribución. Por lo cual, el derecho divisorio que todo comunero tiene no afecta a la subsistencia del derecho de usufructo o de uso (cualquiera que sea su naturaleza)⁷⁸ que corresponde al otro cotitular ex cónyuge en virtud de la sentencia de divorcio, por ende, se mantiene indemne dicho derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común y el cónyuge a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes directamente del propietario único, o en la subasta mientras subsista la situación que dio lugar a dicho uso, lo contrario supondría vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente. En consecuencia, la subsistencia de dicha situación sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión ju-

⁷⁴ La Ley 2036/2003.

⁷⁵ EDJ 2006/65268.

⁷⁶ ROJ: STS 6780/2008.

⁷⁷ ROJ: STS 341/2013.

⁷⁸ Aunque la doctrina sigue sin querer decantarse ante el binomio real/personal, en la doctrina más reciente, se decanta más por su naturaleza real frente a la personal y en ese sentido cabe citar a CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, la cita es a la p. 13, cuando afirma que «se comporta como un derecho real oponible erga omnes»; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n.º 710, 2008, p. 2522, «...todo lo cual me inclina a mí a situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza»; BERROCAL LANZAROT, A., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n.º 734, 2012, p. 2497; DE VERDA BEAMONTE J. R., y CARAPEZZA FIGLIA, G. «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n.º 752, 2015, p. 3412 «...la calificación que mejor conviene a la naturaleza del derecho de uso...es la de un auténtico derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente, ajena». En cambio la jurisprudencia considera que es un derecho personal tal como mantiene la STS, 1.ª, de 18.01.2009 (RJ. 1274; MP: Encarnación Roca i Trías) y STS, 1.ª, 13.10.2008 (RJ.5; MP: José Almagro Nosete).

dicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación al proceso matrimonial que se acordó, las razones se encuentran en la protección de la familiar y de la vivienda y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Por todo lo anterior, el art. 400 no plantea una cuestión relacionada con la facultad de disposición del que no tiene el uso de la vivienda.

Ahora bien, podría darse el caso de que quienes son copropietarios de la vivienda, no solo son los dos ex cónyuges, sino tres, el usuario, el tercero y el ex cónyuge, ante esta situación, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de cosa común, en este supuesto es diferente la consecuencia pues ya no se trataría de un acto de disposición y quedaría por tanto fuera del ámbito del art. 96.4 CC. De modo que, el tercero no solo estaría plenamente legitimado para ejercitar las acciones de división y posterior venta judicial, sino que, además no requeriría de ningún tipo de consentimiento del usuario, al no ser de aplicación el citado precepto. En este sentido, el tercero, cotitular, es ajeno a la relación conyugal, lo que le libera de tener que soportar sus consecuencias; la resolución judicial de la que trae causa, no le es oponible, pues no ha sido parte del proceso. El interés familiar, al que la atribución sirve, no es un interés que le afecte, en la medida que no es miembro del círculo familiar. Su interés como codueño es prevalente, en este caso, al interés del cónyuge usuario; por lo que el adjudicatario adquiere una vivienda libre de cualquier carga o limitación, como la que supone no poder disfrutar de su uso. Lo cierto es que no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»⁷⁹. Tampoco se atiene al art. 96.4 CC, cuando la cotitularidad de la vivienda familiar es del cónyuge no usuario y de un tercero, si quien ejercitase la acción de división es el ex cónyuge no usuario, se señala que es preciso recurrir a la doctrina de litisconsorcio pasivo necesario, para que se dé traslado de la demanda al cónyuge, a fin de que si le conviene, se persone en el procedimiento en defensa de su derecho y en previsión de una maliciosa inactividad procesal del cónyuge titular. En todo caso, sólo se impedirá la sentencia estimatoria si el otro condueño no cónyuge no exige la división. De todas formas, si éste insta la división, ninguna posibilidad de actuación tiene el cónyuge usuario en defensa de su derecho⁸⁰. En este supuesto, no existiría base jurídica para demandar el con-

⁷⁹ ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 509; GARCÍA MAURIÑO, S., y DEL CAPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar, y actio communi dividendo», AC, núm. 5,31 de enero-6 de febrero de 1994, p. 84; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, p.361.

⁸⁰ GARCÍA MAURIÑO, S., y DEL CAPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso...», *op. cit.*, p. 86.

sentimiento del usuario, por lo que el derecho de uso se extinguiría y solo le quedaría al usuario la posibilidad de solicitar una indemnización al cónyuge no usuario por el perjuicio que una acción que tales consecuencias le conlleva ⁸¹. Finalmente, si el tercero comunero no insta la acción de división sino la acción de desahucio frente al cónyuge del otro copropietario al que se le había atribuido el uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio también prosperaría conforme a la STS de 18 de enero de 2010 ⁸².

Otra cuestión que se plantea es si el cónyuge beneficiario del derecho de uso y disfrute tiene una adjudicación preferente de la vivienda ganancial en su haber o si con la adjudicación del inmueble al no titular del derecho de uso y disfrute, se extingue este derecho ⁸³. Hay que decir, que el derecho de uso no concede al cónyuge beneficiario ningún derecho preferente y en ese sentido se ha pronunciado la STS de 9 de mayo de 2007; sin embargo, es bastante habitual que en la práctica forense se pretenda la adjudicación de la vivienda al cónyuge que tiene concedido el uso y disfrute como recoge la STS de 5 de febrero de 2013 ⁸⁴ y ello, a pesar de que dicha reclamación carezca de fundamentación legal y de que la atribución preferente sólo se admita en el supuesto del art. 1406.4 CC en los supuestos de muerte del otro cónyuge ⁸⁵.

¿Cómo se valora el derecho de uso de la vivienda conyugal para la atribución de los bienes comunes tras la liquidación cuando las sentencias de separación o divorcio atribuyen su uso a uno solo de los cónyuges o a él y a los hijos menores del matrimonio? Si se entiende que son estos últimos los beneficiarios directos de la medida de uso de la vivienda y no el cónyuge que los tiene bajo su custodia, estaremos ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al artículo 93 del CC, y como tal no computable en el momento de la partición. No habiendo hijos menores, dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho de uso. Si se entiende que no existe ninguna restricción al poder de disposición

⁸¹ CERVILLA GARZÓN, M. D., *op. cit.*, p.19.

⁸² (RJ 2010/1274) Dicha sentencia pretende unificar doctrina y cuenta con un voto particular de los magistrados don Xavier O'Callaghan Muñoz y don Antonio, Salas Carceller.

⁸³ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación...», *op. cit.*, p. 386.

⁸⁴ Se adjudicó el 100% de la vivienda a quien vivía en ella, debiendo compensar a la otra parte, no admitiendo la subasta, ya que es «una solución que es totalmente respetuosa no solo con el derecho de uso atribuido a esposa en el proceso de divorcio, en cuanto consolida propiedad y uso, sino con los intereses de quien no lo disfruta por cuanto la venta en pública subasta, si es que se consigue en estas condiciones, va a impedir al esposo, participe al 50% de la propiedad, recibir durante un tiempo considerable la parte del patrimonio que legítimamente le corresponde y consiguientemente proveer al pago de una vivienda en la que acomodarse».

⁸⁵ RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales», *RCDI*, mayo-junio 1986, p. 819.

y que el adjudicatario no tiene obligación de respetar el derecho de uso vigente, carece de sentido imponerle un valor. Si por el contrario, la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, aun sin hijos menores, constituye un derecho sui géneris, que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede por ello oponerse a terceros, no debe haber ningún inconveniente en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior, introduciendo una ventaja económica en favor del adjudicatario o adjudicataria ⁸⁶.

Finalmente, la cuestión que surge es qué solución se puede plantear cuando los comuneros no llegan a un acuerdo para dividir la vivienda familiar y por tanto hay desacuerdo en que uno de ellos se adjudique en exclusiva el bien abonando al otro su valor o tampoco se ponen de acuerdo en venderlo a un tercero a través de una inmobiliaria. Establece la Sentencia del TS de 29 de marzo de 2010, que ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio, la única solución posible es la venta en pública subasta ⁸⁷. Declarada la venta de la cosa común mediante subasta pública, no es válido el acuerdo adoptado por una parte de los comuneros sobre la celebración de una subasta previa entre los copropietarios tal como mantiene la Sentencia del TS de 22 de febrero de 2013; añade la Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 30 de septiembre de 2013 que la venta en pública subasta goza de preferencia, puesto que el art. 404 CC dispone que «... *si la cosa resulta ser indivisible y los condueños no convienen en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio*». Con carácter previo a solicitar por el demandante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños a fin de poder disolver el condominio, será necesario eliminar el derecho de uso y disfrute del ex cónyuge previamente, para ello, deberá obtener el consentimiento del cónyuge que tiene derecho de uso o en su defecto, autorización judicial que emanará del mismo órgano que atribuyó a aquélla el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación matrimonial, (siendo estimatoria tal posibilidad en el supuesto de ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes económicamente y desestimatoria para el caso de que los hijos que estén bajo su guarda y custodia sean menores

⁸⁶ SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2002. JUR 273865.

⁸⁷ «... *ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio compensando económicamente a uno de ellos, la única solución posible es la venta, pues como señala la sentencia de 3 de febrero de 2005, "la divisibilidad de una comunidad no está en función del interés y apreciación subjetiva de una parte, que no puede pretender un criterio de divisibilidad que no conste de respuesta de igualdad objetiva a las respectivas cuotas", de suerte que ante la falta de acuerdo de los interesados es ajustada a derecho la decisión judicial que ordena la división en pública subasta porque los tribunales no pueden imponer soluciones que requieren el acuerdo de las partes, razón esta última contenida también en las sentencias de 7 de julio de 2006 y 1 de abril de 2009*».

de edad)⁸⁸; de lo contrario, aunque jurídicamente fuera posible, en la práctica sería inviable, pues supondría una restricción de facto de tal ejercicio ya que su venta en pública subasta se llevaría a cabo subsistiendo tal derecho y muy difícilmente va a ser adquirido un inmueble en el que el propietario no puede disponer de uso por tiempo indefinido⁸⁹; además, ello plantearía problemas prácticos tales como por ejemplo la legitimación de un tercero-adjudicatario para instar la modificación de la medida de atribución del uso, en el que no debemos olvidar que tal derecho de uso es un derecho familiar que deriva de un procedimiento de divorcio con lo cual sólo produce efectos entre las partes, y únicamente se puede extinguir por consentimiento entre los ex cónyuges o modificación de medidas, de manera tal, que si el ex cónyuge no usuario no solicita la modificación de medidas, el tercero adquirente carece de legitimación para incoar una modificación de medidas y el derecho de uso se mantendría *sine die*⁹⁰; o la merma económica que con respecto a su valor económico supone su transmisión a un tercero subsistiendo la carga de la atribución judicial de su uso. Ocurre, sin embargo, que la subasta regulada en la LEC solo está prevista para los casos de ejecución forzosa de deudas dinerarias y no contempla especialidad o norma específica alguna para estos casos en los que, en realidad, ambas partes tienen participación en el bien, pese a ello deberá regularse conforme a los artículos 655 y ss. del citado cuerpo legal y así lo mantiene la Sentencia de la AP de Asturias, Gijón, Sección 7.ª, de 6 de marzo de 2017⁹¹ al no decantarse

⁸⁸ En la practica es sabido que para que una modificación de medidas tenga éxito es necesario que se produzca una alteracion sustancial de las circunstancias a las que dieron lugar dichas medidas.

⁸⁹ Así lo pone de relieve LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 298.

⁹⁰ LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., «El derecho de uso de la vivienda familiar...» *op. cit.*, p. 298. Mantiene que subsistiendo el derecho de uso, la venta a terceros con reparto del precio se presenta como materialmente inviable aunque lo sea jurídicamente, pues como es natural ningún tercero está dispuesto a pujar por adquirir un inmueble gravado con un derecho de uso de duración indefinida e incierta, cuya extinción, además, depende del ejercicio de una acción judicial de vendedor, quien, por razones económicas, una vez enajenado el inmueble, perderá todo interés en la extinción del derecho de uso que grava el inmueble vendido.

⁹¹ «Los arts. 400 y siguientes del Código Civil no establecen claramente que trámites deban ser de aplicación en los supuestos en que se ejercite una acción de división de cosa común. En principio, tratándose de cosas esencialmente indivisibles, el art. 404 del Código Civil previene que “cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá su precio”.»

El fundamento legal para proceder a la enajenación se encuentra en la remisión que el art. 406 del Código Civil hace a los trámites de la partición de herencia y concretamente al artículo al art. 1062 del mismo que señala que «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho de por su división podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

por la subasta voluntaria judicial que regula la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria recogida en sus arts. 108 y ss.

Aunque no existe una norma en la legislación hipotecaria que, expresamente, abra las puertas del Registro al derecho a usar la vivienda familiar, es unánime la doctrina y la jurisprudencia, y así proceden habitualmente nuestro registradores, que las resoluciones judiciales, provisionales o definitivas, que atribuyen el derecho de uso, podrán ser inscritas en el Registro. Para ello, se acude al art. 7 de la Ley Hipotecaria (LH), en cuanto admite la inscripción de acto o contrato de naturaleza real que pueda modificar facultades del dominio u otros derechos reales sobre inmuebles, y al art. 96.2 del Reglamento Hipotecario (RH), que, textualmente, se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales cuyo contenido afecte a la administración o disposición de bienes cuya titularidad sea de otro cónyuge. En consecuencia, el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho personal con eficacia real u oponibilidad erga omnes cuando accede al Registro de la Propiedad; comportándose, en ese caso, como si fuera un verdadero derecho real⁹².

Y si bien no es obligatoria la inscripción en el Registro de la propiedad del derecho de uso y disfrute de la vivienda conyugal, es importante que la persona beneficiaria de la atribución del uso exclusivo de la vivienda proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad, para que pueda hacerse valer si se interpone un procedimiento de división de cosa común. A estos efectos hemos de señalar la STS de 22 de abril de 2004 que declaró adquirente a un tercero de buena fe de la vivienda familiar, cuando el derecho de uso no había accedido al

El precepto distingue dos fases la de adjudicación de carácter facultativo y la de liquidación manifiestamente coercitiva, pero en el que en cualquiera de los casos deberá ser predominante la autonomía de la voluntad de los comuneros, tal como certeramente señala la Sentencia de instancia, y esto no sólo, por la aplicación de las normas de la división de la herencia sino por el carácter dispositivo del acto de división. Esta prevalencia de la voluntad de los copropietarios frente a los preceptos de la Ley es corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así en STS de 19 de octubre de 2012).

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que el hecho de que deba de procederse obligatoriamente a su venta no es razón objetiva para que esta deba de llevarse a efecto conforme a un procedimiento reglado (así se establece en las STS, Sala 1.ª, de 7 de julio de 2006 y de 10 de Mayo de 2013).

Ciertamente el art. 108 de la LJV establece que «Se aplicarán las disposiciones de este título siempre que deba procederse, fuera de un procedimiento de apremio, a la enajenación en subasta de bienes o derechos determinados, a instancia del propio interesado», regulando las subastas voluntarias, esto es, a diferencia del procedimiento de apremio forzoso, que siempre se insta por un tercero, acreedor, frente a los ejecutados. Pero en la subasta voluntaria, no hay posiciones encontradas entre los interesados para sacar a licitación un bien o derecho, debiendo, en principio existir una voluntad común de subasta del bien o derecho, puesto que en caso contrario la subasta dejaría de ser voluntaria.

⁹² CERVILLA GARZÓN, M. D., «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *Revista para el análisis del derecho*, www.indret.com, Barcelona, octubre 2017, pp. 6 y 7. En consecuencia, el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho personal con eficacia real u oponibilidad erga omnes cuando accede al Registro de la Propiedad; comportándose, en ese caso, como si fuera un verdadero derecho real.

Registro de la Propiedad y la esposa al ser notificada no hizo observaciones sobre su derecho de uso por atribución judicial de la vivienda familiar.

Como conclusión es praxis judicial consolidada, en el caso de cotitularidad de ambos ex-cónyuges el considerar compatible el ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar con la atribución de su uso de forma exclusiva a uno de los copropietarios, decidiendo incluso la venta en pública subasta del inmueble, si bien dicha venta debe salvaguardar el derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuida judicialmente, que quedará debidamente garantizado en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 CC.

VII. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN PAREJAS DE HECHO

Cabe preguntarse si es posible el ejercicio de la división de la cosa común en parejas de hecho, pues ni el CC ni la LEC regulan tal cuestión; sin embargo, esta posibilidad es admitida sin condiciones por cierto sector de la doctrina y en este sentido, O'Callaghan parte de que en la unión extramatrimonial cada conviviente tiene el dominio, administración y disposición de todos aquellos bienes que haya adquirido o adquiera por cualquier título, lo cual no impide que se adquiera algún bien concreto por mitad o proindiviso.

Entre la doctrina jurisprudencial que se pronuncia en estos términos, cabe destacar la STS de 4 marzo 1997⁹³, que rechaza la aplicación analógica a las parejas de hecho de normas que están fundadas sobre el matrimonio, y en concreto la de los regímenes económico matrimoniales; la STS de 29 octubre 1997⁹⁴, para la que, en cuanto a la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia «more uxorio» no representa obstáculo alguno el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los arts. 392 y ss. CC; y la STS de 4 junio 1998⁹⁵, que en materia de uniones more uxorio declaró no ser posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales.

Por lo tanto, no cabe la aplicación analógica de la regulación establecida para el régimen económico matrimonial, pues al no haber matrimonio no hay régimen, tal como mantiene la STS de 27 de mayo de 1998 o STS 431/2010 de 7 de julio de 2010⁹⁶.

⁹³ EDJ 1997/695.

⁹⁴ EDJ 1997/7632.

⁹⁵ EDJ 1998/7120.

⁹⁶ ROJ 3530/2010.

La SAP Asturias, Sección 5.^a, de 23 mayo 2005⁹⁷, negó la posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales entre los convivientes *more uxorio* al no constar que dicho régimen fuere pactado por ellos, «toda vez que no existiendo pacto expreso que indique la presencia de un régimen económico acordado entre la pareja, sino que los datos extraídos llevan a inferir lo contrario, de manera que no puede alcanzarse la conclusión de la existencia de una comunidad de bienes acordada». En concreto, se destaca como indicio contrario a dicho pacto el hecho de que cada uno abonara por separado los recibos de amortización de la hipoteca del único bien inmueble que consta haber adquirido por mitad. Este extremo es suficientemente indicativo de la ausencia de ánimo de formar un patrimonio común.

Por la jurisprudencia a favor, cabe citar la Sentencias de la AP Madrid de 24 marzo 1999⁹⁸, que reconoce la existencia de una comunidad a mitad entre los convivientes, atendidas las especiales circunstancias concurrentes en el caso de litis: convivencia durante más de treinta años y trabajo de la conviviente subordinado al del; la Sentencia de la AP Guadalajara, Sección 1.^a, de 20 enero 2005⁹⁹ consideró constatada la voluntad por los convivientes «*more uxorio*» de establecer una comunidad de bienes, siendo elocuente la copropiedad por mitad e iguales partes de la vivienda litigiosa, figurando así inscrita en el Registro de la Propiedad, habiéndose subrogado ambos en el préstamo hipotecario, satisfaciendo el importe de las cuotas a través de una cuenta bancaria de titularidad conjunta.

En cambio, la Sentencia de la AP Toledo de 18 mayo 2000¹⁰⁰, entiende que la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes o la Sentencia de la AP Huesca, Sección 1.^a, de 8 septiembre 2006¹⁰¹, estima que aunque los litigantes formaron una pareja estable y dispusieron recíprocamente de los fondos de sus respectivas cuentas, ello no supone que existiera entre ellos una comunidad de bienes.

En el caso de la vivienda familiar o cualquier otro u otros bienes que tengan en común la pareja de hecho, pese a no constar regulado en el CC, el único cauce para dividirlos es la acción de división de cosa común por lo que la acción se tramitará conforme a las normas de los juicios declarativos (ordinario o verbal en razón de la cuantía) siendo competente el juzgado de Primera Instancia; ahora bien, dicha acción no puede acumularse al procedimiento de fijación de

⁹⁷ EDJ 2005/69848.

⁹⁸ EDJ 1999/11629.

⁹⁹ EDJ 2005/25417.

¹⁰⁰ EDJ 2000/14067.

¹⁰¹ EDJ 2006/284042.

medidas paterno filiales, lo que sucede igualmente con las peticiones de pensiones compensatorias o indemnización tras el cese de la convivencia¹⁰². Sin embargo, el CCCat recoge tal cauce, concretamente en su Disposición Adicional quinta relativa a los procedimientos referentes a la ruptura de la pareja estable, tal como se indica en el apartado 2¹⁰³, debiendo acudir al mismo, ya sea para la vivienda familiar o para los bienes que tienen en comunidad ordinaria indivisa.

Si además la pareja tiene hijos comunes, en virtud del principio del «favor filii» y de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, se admite la aplicación de lo dispuesto en el art. 96.1 CC a las uniones de hecho en las que exista descendencia, en ese sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia está de acuerdo en atribuir el uso de la vivienda a éstos y al conviviente en cuya compañía queden, tal como lo recogen las Sentencias del TS de 27 de marzo de 2001, de la AP de Zaragoza de 7 de marzo de 2002 y de la AP de Barcelona de 17 de enero de 2003. El hecho cierto es que la ruptura de la convivencia plantea problemas muy similares a las parejas de hecho y a los matrimonios, y si bien la jurisprudencia se ha negado a aplicar a las parejas de hecho de forma indiscriminada las soluciones legales previstas para los matrimonios, ello no ha sido así cuando han existido hijos en evitación de posibles discriminaciones proscritas por la ley.

¹⁰² PÉREZ MARTÍN, A. J., op. cit. p 13.

¹⁰³ Las reclamaciones fundamentadas en lo establecido por los artículos 234-7 a 234-14 del Código Civil deben acumularse en un único proceso. En el mismo proceso, cualquiera de los miembros de la pareja puede ejercer la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los miembros de la pareja lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos como una masa común a efectos de la formación de lotes y de su adjudicación.

PROPIEDAD Y MODO

Ownership and 'modus'

CARLOS VARELA GIL
Universidad de Cádiz

Resumen: En el trabajo se explican las principales razones por las que, originariamente y en tiempos prerromanos, se exigía la entrega para adquirir la propiedad. El objetivo es mostrar que esas razones no terminaron de desaparecer con la evolución de Roma y, como consecuencia de ello, la adquisición de la propiedad nunca llegó a ser plenamente consensual.

Palabras clave: Propiedad, modo, entrega, adquisición, *traditio*, *consensus*.

Abstract: In this paper we explain the main reasons why, originally and in pre-Roman times, delivery was required to acquire the property. The target is to show that these reasons did not disappear with the Roman evolution and, as a consequence, the acquisition of the property never became totally consensual.

Keywords: Ownership, *modus*, delivery, acquisition, *traditio*, *consensus*.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—La entrega como requisito para adquirir el dominio. III.—Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Decía Paulo que nunca la simple *traditio* transfería el dominio, sino que se necesitaba una compraventa o alguna justa causa por la que se hiciera la

entrega¹. Parece claro, por tanto, que para adquirir el dominio de las cosas por *traditio* era precisa una *iusta causa* en la que se pudiera fundamentar la entrega transmisiva de la propiedad. Así lo vemos en Gayo, que señalaba que la cosa se hacía inmediatamente de quien la adquiría si el que la entregaba era su dueño y la transmitía por venta, donación u otra causa cualquiera². Y lo mismo repetía Justiniano en sus Instituciones, donde se recogía que los bienes que eran entregados por donación, dote u otra causa quedaban transferidos³.

Siguiendo estas fuentes advertimos que para convertirse en propietario por *traditio* se requería la existencia de una *iusta causa*. Pero no bastaba eso sólo. Además, se precisaba la entrega. Así lo podemos ver, además de en los fragmentos señalados en el párrafo anterior, nuevamente en Gayo, que sentenciaba que las cosas se adquirirían por derecho de gentes mediante la entrega, porque –decía– era de equidad natural que se tuviera en cuenta la voluntad del dueño que quería transferir a otra persona un bien que fuera suyo⁴. Y a continuación apuntaba que nada importaba que fuera el mismo dueño quien entregara la cosa u otra persona por medio de él, haciéndose ésta de quien lo compraba y recibía del dueño directa o indirectamente⁵. En el mismo sentido, Neracio confirmaba la necesidad de entrega para adquirir el dominio de un bien vendido a través de procurador⁶. E idéntica respuesta daba Ulpiano cuando decía que con la entrega no se transfería al que recibe el bien más de lo que uno tiene⁷, por lo que siempre que se transmite la propiedad, se hace con los mismos límites que tuvo en poder del transferente⁸.

Estas fuentes, entre otras, muestran claramente la necesidad de la entrega para adquirir la propiedad. Y Justiniano, haciéndose eco de una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 293, termina señalando que era a través de la *traditio* –con la entrega (y no con el simple pacto)– con lo que se adquiría el dominio de las cosas⁹.

Tal modo de adquirir la propiedad, basado en la entrega precedido de una justa causa, es el que ha heredado nuestro derecho español. Así el art. 609 del Código civil prescribe: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e in-

¹ D.41,1,31 pr.

² Gayo, *Inst.* 2,20.

³ *Inst.* 2,1,41.

⁴ D.41,1,9,3.

⁵ D.41,1,9,4.

⁶ D.41,1,13, pr.

⁷ D.41,1,20, pr.

⁸ D.41,1,20,1.

⁹ C.2,3,20.

testada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.» Y como complemento al mismo, el art. 1.095 del mismo código establece que «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.» De la misma manera, igualmente heredero de la *traditio* romana, por lo menos en parte, es el derecho alemán, que en el art. 929 de su BGB establece que para transmitir la propiedad de una cosa mueble es necesaria la entrega y el acuerdo transmisivo de la propiedad¹⁰.

Sin embargo, la necesidad de entrega como requisito indispensable para que se produzca la adquisición del dominio no existe en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. El Código civil francés –primero– y el italiano –después– establecieron que la propiedad se transmita únicamente por el acuerdo, sin necesidad de *traditio*. Así, el art. 711 del Code civil indica que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, donación entre vivos o testamentaria y por el efecto de las obligaciones¹¹. Y sin necesidad de entrega, como muestra el art. 1.196 del mismo cuerpo normativo, que propugna que en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o de otro derecho, la transferencia se produce a la conclusión del contrato¹². O el art. 1.583 también de su código civil, que al hablar del contrato de compraventa señala que la propiedad se adquiere directamente por el comprador tan pronto como exista acuerdo de intercambio de cosa por precio, aunque todavía no se haya entregado ni la una ni lo otro¹³. En el mismo sentido que el derecho francés, el Codice civile italiano señala en su art. 922 que la propiedad se adquiere por muy distintos medios, entre otros, por «efecto de contratos¹⁴». Y también apunta en su art. 1.376 que en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la transferencia del derecho real se produce como consecuencia del acuerdo entre las partes legítimamente manifestado¹⁵.

¹⁰ *Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.*

¹¹ *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.*

¹² *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.*

¹³ *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*

¹⁴ *La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge.*

¹⁵ *Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o*

Existen por tanto unos sistemas de adquisición más próximos a la *traditio* romana (el español o el alemán) y otros más alejados de ella (el francés o el italiano). Sin embargo, no es objetivo del presente trabajo centrarnos en las razones por las que el Código civil francés (o el italiano) no exigieron la entrega como forma de adquirir la propiedad¹⁶; sí lo es, en cambio, explicar los motivos que llevaron al ordenamiento jurídico romano a requerir este requisito y a mantenerlo durante todas y cada una de las etapas evolutivas de su derecho. Unas razones que, en buena medida, han determinado que la entrega siguiera exigiéndose en nuestro sistema adquisitivo español hoy en día.

II. LA ENTREGA DE LA COSA COMO REQUISITO PARA ADQUIRIR EL DOMINIO

Como acabamos de señalar, la *traditio* estuvo presente en Roma en todas sus etapas históricas. Y lo hizo porque consistía en la entrega y, como explicaba Gayo, ésta era la forma natural de adquirir el dominio de las cosas cuando voluntariamente la realizaba el propietario con voluntad transmisiva¹⁷. Tan natural que la institución pertenecía al derecho de gentes y sería comúnmente utilizada por las antiguas civilizaciones occidentales. Porque la transmisión de la propiedad mediante la *datio*, mediante la puesta en posesión de la cosa al adquirente, era el modo lógico de transmisión de los bienes en las sociedades más primitivas (aquellas existentes con anterioridad a la conformación de Roma). Y lo era porque en los tiempos más remotos, en aquellos en los que las comunidades todavía se estaban configurando, la pacífica transmisión de las cosas no podría producirse sino cuando el transmitente se hubiera deshecho del control del objeto entregándolo al adquirente. Previamente a ello, es indudable que debió existir acuerdo transmisivo por ambas partes, pero dicho acuerdo difícilmente estaría amparado por el derecho en los primeros tiempos. Y difícilmente lo estaría por varias razones.

il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.

¹⁶ Según explica Tomás Martínez, el origen de esta separación del modelo romano sería el rechazo que producía al Derecho Natural la regla *periculum est emptoris*, que parecía injusta por hacer correr los riesgos de la venta al comprador, aún antes de ser propietario. Así, este principio romano fue criticado por Grocio y por Pufendorf, quienes consideraban que el riesgo había de pasar con la entrega. Barbeyrac, en Francia, estimó que fuera la propiedad, y no sólo el riesgo, la que pasara con el acuerdo, con lo que de ese modo coincidiría el momento de la transmisión del dominio con el momento en el que se transmitía también el riesgo (Tomás Martínez, G., «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 67, fasc.1, 2014, pp. 120-121).

¹⁷ Gayo, *Inst.* 2,65-66; Gayo, D.41,1,9,3.

En primer lugar, porque en una economía de subsistencia, las normas sociales protegerían en primer lugar la supervivencia del grupo familiar y, como consecuencia de ello, la conservación de sus bienes; la propiedad. Por tanto, aunque una persona hubiera pactado la transmisión de un objeto de su patrimonio, si antes de que fuera entregado la situación económica de la familia cambiaba y el objeto se volvía necesario para su mantenimiento, el potencial transmitente no estaría vinculado por el acuerdo previo, sino que esta necesidad económica le permitiría desvincularse del pacto precedente. Existiría una causa legítima para desatender el acuerdo; una causa de justificación basada en su estado de necesidad.

Este hecho determinaría que en un primer momento, todavía antes de la existencia de Roma, los acuerdos únicamente tuvieran la función de justificar la entrega para que ésta, cuando era el verdadero propietario quien la realizaba, sirviera como modo de adquisición del dominio a quien recibía la cosa. No en vano había sido el dueño quien voluntariamente se quiso desprender de la propiedad del bien entregándose con esa intención a un tercero. Todavía en esta etapa inicial los acuerdos no tendrían protección jurídica por sí mismos; era el derecho real el que se protegía: la propiedad. Y éste nacía con la *datio*; cuando el propietario entregaba físicamente el bien al nuevo adquirente. A partir de ese momento el objeto dejaba de servir para garantizar la subsistencia de una familia y pasaba a ser parte del patrimonio de la otra, impidiendo ya su recuperación a pesar de que las condiciones de la primera familia empeoraran. Desde ese momento, desde la entrega, era la segunda familia quien podría disfrutar del bien; quien lo utilizaría para mejorar sus condiciones de vida y a quien competería su defensa. Era con la entrega, por tanto, cuando el poder sobre la cosa pasaba de una familia a otra.

En segundo lugar, si atendemos a la distinta procedencia de los sujetos que lo realizaban, el acuerdo previo a la entrega difícilmente estaría protegido jurídicamente. En este sentido, los intercambios se producirían entre distintas comunidades familiares, muchas veces alejadas unas de otras, que únicamente se relacionarían comercialmente de forma esporádica. En esos casos, y todavía en tiempos muy lejanos, las relaciones mercantiles no vendrían amparadas por tratados entre comunidades que protegieran en alguna medida los pactos alcanzados¹⁸. Por esta

¹⁸ En el seno de las primitivas comunidades de cazadores y recolectores de índole familiar, la propiedad de los bienes sería mayoritariamente común. Todos trabajarían conjuntamente para procurarse alimento y todos participarían del su uso y disfrute de las cosas. Por esta razón, el margen para el intercambio en el seno del grupo estaría más limitado y sería fundamentalmente con otras comunidades con las que se realizarían ocasionalmente los trueques. Estas relaciones comerciales comenzarían a intensificarse, si bien todavía de un modo muy moderado, a medida que las comunidades se fueron sedentarizando. Unas relaciones comerciales que poco a poco se irían regulando a través de las normas consuetudinarias y de

razón, los acuerdos a los que llegaran las partes deberían quedar plasmados con el cumplimiento de las prestaciones pactadas antes de que los acordantes se separaran definitivamente, pues tras ello las posibilidades de que se volvieran a encontrar, por lo menos en un plazo breve de tiempo, no serían altas.

Eso nos llevaría a concluir que el nacimiento del derecho de obligaciones sólo surgiría después del reconocimiento del derecho de propiedad, lo que parece coincidir con la opinión de autores como Jörs y Kunkel¹⁹.

Así pues, lo decisivo para la transmisión de la propiedad en las comunidades más primitivas debió de ser el acto de entrega, el momento en el que el anterior propietario cedía el poder que tenía sobre la cosa al nuevo adquirente mediante la *datio*, que antiguamente no pudo ser más que un acto material. Porque la entrega facilitaba al adquirente la tenencia de la cosa y ésta le ofrecía cuatro ventajas fundamentales: le permitía el uso y disfrute del bien; le facilitaba su defensa; le daba prueba del acuerdo transmisivo; y, finalmente, le servía de medio de publicidad de su flamante derecho dominical.

a) Uso y disfrute. En lo que respecta al uso y disfrute, la entrega permitía la posesión y ésta, usar y disfrutar pacíficamente la cosa adquirida. Tales facultades eran las que originariamente buscaría el adquirente. Porque en los tiempos más remotos, en las comunidades menos evolucionadas basadas en economías de mera subsistencia, la razón fundamental por la que una persona se decidía a adquirir una cosa de otro era para poder usarla y disfrutarla directamente²⁰.

Y ello era así porque todavía en estos tiempos remotos las pequeñas comunidades apenas conocían la especulación. Adquirían lo que necesitaban. Si

tratados entre comunidades. En este sentido, y en lo que respecta a la Italia tirrénica, Marotta señala que ya en el s. VIII a. C. existían relaciones comerciales intensas y regulares en las comunidades más próximas al mar, consecuencia de las rutas marítimas que existían por el Mediterráneo. Vid. MAROTTA, V., «Tutela dello scambio e commerci mediteranei in età arcaica e repubblicana», *Ostraka. Rivista di Antichità*, n.º 5, 1996, p. 63. Igualmente, en cuanto al noreste de la Península Ibérica, López Cachero advierte que en el periodo comprendido entre los años 1.300 a 550 a. C. las comunidades que habitaban la zona tenían objetos como los vasos de apéndice de botón, los vasos polípodos o las hachas de rebordes procedentes de pueblos que mayoritariamente vivían al otro lado de los Pirineos. LÓPEZ CACHERO, F. J., «Sociedad y economía durante el Bronce final y la primera Edad del Hierro en el noreste peninsular: una aproximación a partir de las evidencias arqueológicas», *Trabajos de Prehistoria*, n.º 64, vol. 1., 2007, p. 100.

Sobre la precariedad de bienes con la que viven las comunidades de cazadores y recolectores, SAHLINS, M., *Economía de la Edad de Piedra*, 2.ª ed., trad. E. Muñiz y E. Fondevila, Akal, Madrid, 1983, pp. 22 y ss. Acerca de posesión común de las herramientas y de las distribuciones colectivas de los bienes conseguidos por el grupo, SAHLINS, M., *Economía...*, cit., pp. 23 y 207.

¹⁹ A este respecto, JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, trad. de la 2.ª ed. por L. Prieto Castro, Labor, Buenos Aires, 1937, p. 324.

²⁰ En este sentido, Sahlins señala que ya en las primitivas comunidades domésticas existían intercambios, pero éstos –junto a la producción que los hacía posibles– no estaban orientados a la obtención de ganancias, sino fundamentalmente a la mera supervivencia. SAHLINS, M., *Economía...*, cit., p. 99.

el bien era de ornato, lo querían para lucirlo ante el grupo; si el bien era necesario, para que contribuyera al sostenimiento familiar. En este último caso, en unas comunidades en las que apenas existían excedentes, cuando un individuo se deshacía voluntariamente de uno de sus bienes –por lo menos de los más importantes–, la disminución patrimonial pondría en peligro su supervivencia si esta ausencia no era compensada inmediatamente con otros objetos de la misma o distinta naturaleza. Así, mediante el aprovechamiento de estos nuevos bienes, mediante su inmediato uso y disfrute, lograba compensar la pérdida sufrida por la salida de su patrimonio de los antiguos. De otra manera, sin tener acceso directo al uso y disfrute de las nuevas cosas adquiridas, el más primitivo adquirente pondría en riesgo la supervivencia del clan familiar²¹.

b) Defensa. Otra de las ventajas de la entrega es que facilitaba la posesión y ésta permitía la defensa física del bien adquirido. Porque en una época en la que la protección jurídica de los derechos subjetivos era todavía muy elemental, que el propietario tuviera la cosa en sus manos era fundamental para poder garantizar una defensa más eficaz. Prueba de ello son algunos pasajes de las XII Tablas, donde en una comunidad que se encontraba en un estadio evolutivo más avanzado que las primitivas sociedades del neolítico, todavía el ámbito en el que se legitimaba la autodefensa física era amplio. Así, bajo las normas de esta ley se absolvía al ciudadano romano que daba muerte a la persona que por la noche cometía hurto (*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*)²²; o se permitía matar al ladrón aunque el delito se cometiera de día, siempre que éste se hubiera defendido con armas y tras haber pedido auxilio a gritos (*Luci... si se telo defendit, ... endoque plorato*)²³.

Vemos, pues, que antes de que la comunidad fuera asumiendo la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos a través del monopolio del uso de la fuerza, la protección de los mismos correspondía a sus titulares. Eran éstos, y no aquella, quienes defendían sus derechos; quienes utilizaban la fuerza física cuando así era necesario y quienes, si el bien tenía alto valor, podían llegar

²¹ La importancia que los bienes tenían en la subsistencia del grupo familiar se aprecia claramente en la Ley de las XII Tablas, que sanciona con la pena capital a quien furtivamente, aprovechando la noche, lleve a pastar su ganado a un fundo ajeno o corte los frutos que no le pertenecen: «*Frugem – furtim noctu pavisse ac secuisse XII tabulis capital erat suspensumque Cereri necari iubebant, gravius quam in homicidio*» (tab. 8, 24b).

La dureza con la que se condenaban estos hechos pone de manifiesto el valor de tal tipo de bienes para la subsistencia en una Roma primitiva fundamentalmente agropecuaria. Y no sólo en ella, sino posiblemente también en el resto de las comunidades mediterráneas primitivas. En este sentido, Plutarco nos muestra la crueldad de las leyes de Dracón, donde también se aplicaba la pena capital a los que hurtasen hortalizas o frutas (Plut., *Solón*, 17).

²² Tab. 8, 12.

²³ Tab. 8, 13.

a arriesgar incluso su propia vida. Era normal, pues de ello dependía en buena medida su supervivencia.

En estas circunstancias, la propiedad iría siempre de la mano de la posesión, pues sería ésta quien permitiría al dueño poder ejercer una defensa real de su derecho. Por lo tanto, de forma natural, la transmisión del dominio iría unida a la transmisión de la posesión, a la entrega material de la cosa que no sólo otorgaba al nuevo dueño el poder sobre el bien para usarlo y disfrutarlo, sino también le facultaba para poder defenderlo de cualquier ataque externo.

c) Prueba del acuerdo transmisivo. La entrega en esos primeros tiempos también suponía prueba del acuerdo transmisivo; prueba de que el transmitente estaba de acuerdo en desprenderse de una cosa y entregársela a otra persona.

Antiguamente, al igual que sucede en nuestros tiempos, la propiedad de las cosas se transmitía fruto de un acuerdo entre las partes mediante el que el dueño-transmitente se comprometía a transferir el dominio y el adquirente, a recibirlo. En nuestros días, por lo menos para los bienes de cierta cuantía, el acuerdo transmisivo se plasma por escrito. En algunos casos, este pacto escrito es necesario para que el bien acceda al Registro de la Propiedad (mediante escritura pública), pero en otros su finalidad es meramente probatoria. Porque si surge algún problema futuro, a las partes les interesa poder demostrar que existía acuerdo transmisivo y que, como consecuencia del mismo (y con la entrega, en países como España), la propiedad ha cambiado de manos.

Este papel probatorio que actualmente tiene la escritura, no se daba tiempo atrás. Porque en la época más remota ni siquiera ésta existía. La propiedad, entendida como señorío absoluto sobre una cosa, es mucho más antigua que la escritura y, como consecuencia de ello, las transmisiones dominicales se tendrían que haber hecho en aquellos primeros milenios con acuerdos orales. Tuvieron que pasar muchísimos años para que, incluso después de ser conocida, los ciudadanos se acostumbraran a utilizarla en sus negocios jurídicos. En este sentido, Tito Livio indicaba que en Roma a mediados del s. IV a. C. *rarae per ea tempora litterae erant*²⁴.

Sin embargo, en esta etapa genuina (todavía mucho tiempo antes del surgimiento de Roma y del desarrollo de otras civilizaciones mediterráneas), las comunidades primitivas no la necesitaron. No necesitaron plasmar los acuerdos transmisivos por escrito para poder demostrar que la propiedad había cambiado de manos. En aquellos primeros tiempos la propiedad estaba unida a la

²⁴ Liv., *Ab urb.* 7,3.

posesión, pues eran los propietarios quienes poseían regularmente los bienes²⁵. Todavía no existían derechos reales limitados como el usufructo ni derechos de obligación, como por ejemplo los derivados de un arrendamiento, que permitieran una posesión en concepto distinto al de dueño.

Esta casi absoluta identidad entre propiedad y posesión haría que la posesión pacífica del objeto por parte de una persona distinta a la que lo venía haciendo habitualmente fuera prueba del acuerdo traslativo entre ambas; de que el transmitente había entregado la cosa al adquirente con el objeto de hacerle propietario.

d) Medio de publicidad. Junto a la prueba del acuerdo transmisivo, la posesión pacífica del bien entregado también servía como medio de publicidad; servía para difundir entre la comunidad que el legítimo propietario del bien era su poseedor. Y ello era importante, habida cuenta de que la publicidad se proyectaba sobre un derecho real y no sobre un derecho de crédito. En este sentido, en el ámbito de los derechos de crédito, el vínculo se produce entre las dos partes intervinientes, entre el acreedor y el deudor. Por tanto, para que el primero pueda satisfacer su derecho únicamente necesita la actuación del segundo; un comportamiento activo del deudor encaminado al cumplimiento de la prestación objeto de la obligación. No se requiere, como regla general, la actuación de terceros. En cambio, el titular de un derecho real, el propietario en este caso, no necesita un comportamiento activo de una persona en concreto. Lo que necesita es un comportamiento pasivo de los demás; que el resto de la gente le permitan disfrutar su derecho sin ocasionarle molestia alguna. Porque si los derechos personales se satisfacen a través del cumplimiento de la obligación del deudor, en los derechos reales su titular encuentra su satisfacción entablando relación directamente con la cosa. El resto de las personas únicamente debe abstenerse; abstenerse de causar molestia alguna. Pero para ello, para poder respetar el derecho del otro, para poder respetar su derecho de propiedad, deben primero conocer de su existencia. Por ello, en este ámbito, poder informar a la comunidad de quién es el propietario de cada bien es esencial. Y por ello, las comunidades más primitivas encontraron en la posesión el medio idóneo que servía para tal fin. Porque como dijimos anteriormente, en una etapa prístina la posesión se identificaba con la propiedad y, por lo tanto, todo poseedor –o, por lo menos, todo poseedor continuado de un bien– era, a ojos de la comunidad, su propietario.

²⁵ En relación con Roma, *cfr.* IHERING, R., *La voluntad en la posesión*, trad. A. Posada, Revista de Legislación, Madrid, 1896, p. 99.

Con el paulatino desarrollo de los pueblos comienza a resquebrajarse la identidad propiedad/posesión. Las comunidades mejoran sus sistemas productivos y crecen. Comienzan a aparecer los excedentes de manera regular, pero el reparto de los mismos no se produce de forma homogénea entre los miembros del grupo; todo lo contrario: los medios de producción se reparten de forma desigual, lo que provoca que algunas personas tengan más recursos que otras y comienzan a cedérselos temporalmente a cambio de una contraprestación económica²⁶.

En lo que respecta a Roma, esta disociación entre propiedad y posesión debió de existir ya en los primeros siglos, tal como se deduce de algunos fragmentos de la Ley de las XII Tablas. Así vemos como en la Tabla V se regulan los supuestos de tutela²⁷, en los que el tutor, tal como señala Paulo, era considerado como dueño en todo aquello relacionado con la provisión de las necesidades del pupilo²⁸. En el mismo sentido, también por aquella época debió de existir una figura próxima al arrendamiento (donde el poseedor no era el dueño), pues Gayo (*Inst.* 4,28)²⁹ indica que esa norma (t. 12,1) permitió la toma en prenda contra el que no pagaba el alquiler de una caballería, siempre que la renta de la misma se hubiera destinado a un sacrificio a los dioses³⁰.

De esta manera, paulatinamente la posesión va dejando de ser un medio enteramente fiable, tanto de prueba como de publicidad.

²⁶ Acerca de la progresiva privatización de la riqueza en las comunidades primitivas del noreste español, LÓPEZ CACHERO, F. J., «Sociedad y economía durante el Bronce final...», cit., pp. 113-114.

²⁷ En relación con las formas para nombrar tutor, *tab.* 5,6: «*Quibus testamento... tutor datus non sit, iis ex lege XII [tabularum] agnati sunt tutores*»; sobre la tutela de la mujer, *tab.* 5,1: «*Veteres... voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse;... exceptis virginibus Vestalibus, quas ... liberar esse voluerunt: itaque etiam lege XII tab. cautum est*»; y finalmente, sobre la representación de los locos, *tab.* 5,7a: «*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*»; y sobre la de los prodigios, *tab.* 5,7c: «*Lege XII tab. prodigo interdictur bonorum suorum administration: Lex XII tab. ... prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.*»

²⁸ «*Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.* (D.26,7,27).

²⁹ «*Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent.*»

³⁰ Según señala D'ors, la toma en prenda a través de la *actio pignoris capio* se trataba probablemente de una antigua forma de preferencia ejecutiva a favor de algunos acreedores oficiales para el cobro de ciertas exacciones y multas. Se ejercía sin que existiera una verdadera *obligatio* y, por tanto, sin que hubiera existido condena en el procedimiento declarativo. Por tal motivo, el afectado no podía alegar la inexistencia de la deuda, sino que sólo podría reclamar por una acción penal edictal contra quien hubiera obtenido sin fundamento la condena contra él. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 10.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2004, p. 125.

Deja de ser un medio fiable de prueba, porque desde el momento en el que no todo poseedor es propietario, la simple posesión no sirve para probar que ha existido acuerdo traslativo entre el anterior dueño y el actual poseedor. Comienzan a generalizarse los casos en los que las personas poseían en concepto distinto de dueño, por lo que para la transmisión de las cosas más importantes las comunidades comenzarían a prever medios de prueba más eficaces. Unos medios que, en comunidades alejadas todavía de la escritura, serían fundamentalmente testificales. Así, en civilizaciones como la babilónica, las compraventas de los bienes más importantes se realizaban en presencia de testigos y de forma pública³¹. También los hititas parece que acostumbraban a transmitir las fincas en lugares públicos y ante testigos³². Y del mismo modo lo hacían los judíos³³ y los griegos, que en la colonia de Turia realizaban las ventas de muebles y esclavos en el mercado público, en una ceremonia en la que el vendedor daba a tres vecinos una moneda para que guardaran memoria del acto realizado y prestaran testimonio del mismo³⁴. E igualmente en Ainos la compraventa de inmuebles exigía la presencia de tres habitantes del municipio para que dieran fe de lo sucedido³⁵.

Y la posesión también deja de ser un medio eficaz de publicidad. Poco a poco se van generalizando situaciones en las que el poseedor no es el verdadero propietario del bien, sino que lo usa y disfruta en otro concepto (como arrendatario, etc.). En esa situación, el hecho de poseer no es garantía de propiedad y las comunidades comienzan a buscar sistemas de publicidad más eficaces. Con tal objetivo, unas comunidades, como acabamos de ver, se proveen de testigos. Testigos que no sólo tendrían como misión probar judicialmente la transmisión realizada, sino que también darían fe del cambio de titularidad consumada cuando las partes, especialmente el adquirente, quisieran demostrar extraprocesalmente ante cualquier tercero la legitimidad dominical

³¹ PUGLIATTI, S., *La trascrizione, vol. I/I La pubblicità in generale*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 48.

³² «Y Abraham se levantó y se inclinó ante el pueblo de aquella tierra, los hijos de Het, y habló con ellos, diciendo: ... interceded por mí ante Efrón hijo de Zohar, para que me dé la cueva de Macpela... respondió Efrón...: Te doy la propiedad y te doy también la cueva que está en ella. Delante de los hijos de mi pueblo te la doy; sepulta a tu difunta. Y quedó la propiedad de Efrón que estaba en Macpela enfrente de Mamre, la propiedad, y la cueva que había en ella y todos los árboles que había en la propiedad y en todos sus confines, en posesión de Abraham, a la vista de los hijos de Het y de todos los que entraban por la puerta de la ciudad.» (Génesis, 23)

³³ «Y vino a mí Hanameel, hijo de mi tío, conforme a la palabra de Jehová, al patio de la cárcel, y me dijo: Compra ahora mi campo que está en Anatot,... Y compré la heredad de Hanameel,... y le pesé el dinero: diecisiete siclos de plata. Y escribí la carta y la sellé, y la hice atestiguar con testigos, y pesé el dinero en la balanza.» (Jeremías, 32, 8-10).

³⁴ ARANGIO-RUIZ, V., *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Vita e pensiero, Milano, 1928, p. 26; PUGLIATTI, S., *La trascrizione, vol. I/I*, cit., p. 75.

³⁵ PUGLIATTI, S., *La trascrizione, vol. I/I*, cit., p. 75.

de la posesión del *accipiens*. Otras comunidades se sirven de anuncios, tal como sucede en Asiria con la transmisión de inmuebles, donde se requería que un heraldo anunciara la venta para posibilitar a los terceros que tuvieran derechos sobre el bien que los pusieran de manifiesto³⁶; o en Atenas, donde se instauró la *προγραφή* y en la que se exigía una declaración de venta ante el magistrado, que era publicada durante 60 días. Pasado el plazo, si nadie había hecho valer sus derechos sobre el inmueble que el vendedor pretendía transmitir, se permitía que el comprador pagara la tasa correspondiente y, tras lo cual, quedaba registrado como nuevo propietario³⁷. Finalmente, hubo comunidades que buscaron reforzar la publicidad dominical ayudándose de registros. Ejemplo de ello fue Egipto, donde ya en el tercer milenio a. C. los cambios en la titularidad de los inmuebles eran inscritos en el registro correspondiente, que emitía un documento que servía como título de dominio³⁸. Tiempo después, ya en derecho alejandrino, en las compraventas inmobiliarias se exigía a las partes presentar declaración de venta al funcionario del fisco y el pago de una tasa. Tras ello, la transmisión quedaba registrada³⁹.

Como vemos, a medida que las comunidades van evolucionando y las relaciones jurídicas se hacen más complejas, surge la necesidad de encontrar mecanismos de prueba y de publicidad más eficaces que la posesión, especialmente para la transmisión de los bienes valiosos. Esto le sucedió también a Roma, que ya desde su primera etapa trató de cubrir esta necesidad, por lo menos de las cosas más importantes, a través de la *mancipatio* y de la *in iure*

³⁶ El texto, según Bonfante, dice así: «*Se alcuno vuole acquistare con denaro un campo o una casa, egli prima di aver acquistato per denaro il campo o la casa, deve per un intero mese tre volte far bandire da un araldo nella città del Dio Assur, tre volte nella città (cioè anche in un'altra città: aggiunta posteriore). Colui che vuole acquistare il campo o la casa deve bandire così: il campo o la casa di N. N, nella circoscrizione di questa città, io voglio acquistare per denaro. Coloro che hanno la proprietà o avanzano dei diritti (?) portino le loro tavole, le mettano innanzi ai governatori, intentino processo, facciano valere i loro diritti, acquistino. Coloro che in questo mese intero e prima che il termine sia scaduto avranno recato le loro tavole, le avranno rimesse ai governatori, l'uomo sarà in regola quanto al suo campo, lo acquisterà (?). Nel giorno in cui l'araldo farà il bando nella città del Dio Assur uno tra i ministri del re, lo scriba della città, l'araldo e il governatore della città si aduneranno, faranno bandire dall'araldo, scriveranno le loro Tavole e le prepareranno così: «In tutto questo mese l'araldo ha emesso per tre volte il bando: chi in questo mese intero non ha portato la sua tabola, non l'ha rimessa ai governatori, sollevierà la sua mano del campo e dalla casa (cioè perderà il suo diritto). Colui che fece bandire dall'araldo è libero, tre tavole del bando dall'araldo i iudici scriveranno... ».* BONFANTE, P., en *Note al Diritto delle Pandette*, de Windscheid, vol.5, pp. 669-670.

³⁷ ARANGIO-RUIZ, V., *Lineamenti del sistema...*, cit., p. 26.

³⁸ PUGLIATTI, S., *La trascrizione*, vol.1/1, cit., 67. En el mismo sentido, Pirenne nos habla de la venta de la casa del escriba Tjenti al sacerdote Kemapu. El contrato, que se redacta en un acta y posteriormente es transcrito en la oficina del registro, aparece marcado con el sello real y firmado por testigos (PIRENNE, J., *Historia del Antiguo Egipto*, vol. I, trad. J. Maluquer, Océano, Barcelona, 1982, p. 190). Cfr. PIRENNE, J., *Histoire des institutions el du droit privé de l'Ancienne Égypte*, vol. II, Bruxelles, 1934, pp. 293-297.

³⁹ Sobre el contenido del papiro de Halle, ARANGIO-RUIZ, V., *Lineamenti del sistema...*, cit., pp. 26 y ss.

cessio. En la *mancipatio*, eran el *libripens* y los testigos quienes daban fe de la realización del negocio jurídico y quienes servían para dar publicidad a la adquisición; en la *in iure cessio*, la prueba y la publicidad no sólo venían de la mano del magistrado, sino también de los testigos incidentales presentes en el lugar de celebración de este negocio jurídico.

Pero la *mancipatio* y la *in iure cessio* no sólo fueron medios de prueba y de publicidad; fueron modos de adquirir la propiedad. De esta manera, como había sucedido con la *traditio* en el ámbito de las comunidades primitivas, con ambas instituciones se vinculó la adquisición del dominio con su publicidad. Porque, como hemos visto, con el desarrollo de las comunidades, la *traditio* había dejado de ser un medio de publicidad eficaz, especialmente para las cosas más importantes. Estos bienes, por su alto valor, no siempre se transmitían; en muchas ocasiones lo que se hacía era ceder temporalmente su uso a cambio de una contraprestación económica. Con ello se fue perdiendo la identidad propiedad/posesión que hasta ese momento había funcionado bien a través de la *traditio*. Era conveniente, pues, crear modos de adquirir que de alguna manera vincularan la adquisición de la propiedad con la publicidad y que, además, también sirvieran como medios de prueba. Pues bien, a ello contribuyeron tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio*.

Así, mediante estas dos instituciones, se consigue unificar el momento de la adquisición de la propiedad con el momento de su publicidad: el adquirente se convierte en propietario no ya con la entrega, sino cuando se perfecciona el negocio jurídico transmisivo. Como consecuencia de ello, la *traditio* queda desplazada a la adquisición de las cosas menos importantes, las *res nec mancipi*, pues ha dejado de servir como eficaz medio de prueba y de publicidad.

Sin embargo, la arcaica sociedad romana todavía mantiene una organización económica y jurídica primitiva, por lo que las cosas que se adquieren, sobre todo las más importantes, se alcanzan para poder ser utilizadas por el adquirente, quien a su vez tiene la responsabilidad de defenderlas. Con el desarrollo social se rompió la identidad propiedad/posesión y esto afectó a la posesión como medio de prueba y de publicidad. No obstante, ese desarrollo todavía era en esta primera etapa incipiente. La especulación, de haberla, sería leve; y la protección jurídica de la *civitas*, también. Por ello, a pesar de que tanto con la *mancipatio* como con la *in iure cessio* la propiedad se transmitía con la formalización del negocio jurídico (y no con la *datio*, como en la *traditio*), durante los primeros siglos ambas instituciones seguían muy ligadas a la entrega material de la cosa. Porque el adquirente adquiría con la finalidad de utilizar el bien y porque en buena medida la utilidad del mismo pasaba por que fuera capaz de defenderlo.

Así, en relación con la *mancipatio*, Gayo (*Inst.* 1,119) nos describe cómo se realizaba el negocio jurídico: en presencia de cinco o más testigos (ciudadanos romanos púberes) y de un *libripens* que sostenía la balanza, el comprador, sujetando la cosa, manifestaba solemnemente que era suya según el derecho de los quirites en virtud de la compra que hacía con ese bronce y esa balanza⁴⁰.

En el ritual, como nos describe el jurista clásico, el adquirente debía tener agarrada la cosa objeto de la transmisión mientras pronunciaba las palabras solemnes. Ello hace suponer que, en un momento previo a la ceremonia, el transmitente le debía de haber hecho entrega de la posesión física del bien y que, una vez consumada la *mancipatio*, el adquirente permanecería ya con el bien en su poder.

Esta práctica en la que la *mancipatio* se vinculaba con la entrega, por lo menos con la entrega de las *res Mancipi* muebles, estaría presente todavía en el s. II d. C., pues Gayo nos indica (*Inst.* 1,121) que la venta de los fundos se distinguía de la venta de las demás cosas sólo en que las personas (esclavas o libres) y los animales mancipables no se podían mancipar sin estar presentes y era necesario que el adquirente tuviera la cosa que se transmitía cogida con la mano, lo que no sucedía con los fundos, que en su época solían ser transmitidos sin estar presentes⁴¹.

Algo no muy diferente parece que acontecía en la *in iure cessio*. Allí también Gayo nos señala (*Inst.*, 2,24) que el acto jurídico se realizaba ante el pretor urbano o el gobernador de provincia y que en él, el cesionario –sujetando el objeto cedido con la mano– afirmaba que era suyo según el derecho de los quirites. Tras lo cual, el magistrado preguntaba al que realizaba la cesión si reclamaba en contra. El cedente, ante la pregunta del magistrado, negaba o se callaba y, como consecuencia de ello, el agente público adjudicaba el objeto al cesionario, que era quien lo había reclamado⁴².

⁴⁰ «*Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure quiritorium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.*» (Gayo, *Inst.* 1,119)

⁴¹ «*In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: Praedia vero absentia solent Mancipari.*» (Gayo, *Inst.*, 1, 121).

⁴² «*In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure quiritorium meum esse aio; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.*» (Gayo, *Inst.* 2,24).

Este procedimiento de jurisdicción voluntaria se realizaba a imagen de la *legis actio sacramento in rem*, también descrita por Gayo (*Inst.* 4,16). El jurista clásico nos indica que, entre los antiguos, cuando realmente existía una contienda, si el objeto del litigio era una cosa mueble, ésta debía llevarse ante el pretor y quien reclamaba, con una vara en la mano y asiendo el objeto litigioso, afirmaba que le pertenecía según el derecho quirritario por causa legítima, poniendo su vara encima del bien como signo de justo dominio. Acto seguido, la otra parte de la contienda hacía lo mismo, reclamando con idéntica formalidad. Tras lo cual, el pretor pedía a uno y a otro que dejaran la cosa libre para, a continuación, realizar la apuesta sacramental⁴³.

Como podemos apreciar, la *in iure cessio* se realizaba siguiendo el procedimiento contencioso de la *legis actio sacramento in rem*. Ahora bien, parece que al celebrarse el primero de ellos, el transmitente ya había cedido definitivamente la posesión del bien al adquirente. Prueba de ello es que el adquirente-reclamante era el único que detentaba el objeto en el procedimiento voluntario, pues, al contrario de lo que sucedía en la *legis actio sacramento in rem*, el trasmitente-reclamado, al negar que la cosa fuera suya o allanarse a la pretensión del reclamante, no debía repetir la fórmula del primero (y, por tanto, no requería que volviera a tener la posesión del bien, pues el ritual exigía que al pronunciar las palabras solemnes se agarrase el objeto litigioso).

De esta manera, de una u otra forma, bien a través de la *traditio* bien mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*, el nacimiento del derecho de propiedad estuvo ligado a la entrega material de la cosa: si el bien era mueble, se transmitía pasando de mano a mano; si era inmueble, D'Ors señala que la entrega

Cfr. también «*In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi; quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis. In iure credit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit praetor.*» (Tit. ex corp. Ulp, 19, 9-10)

⁴³ «*Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciuue possent, in iure uindicantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: postulo, ane dicas, qua ex causa vindicaveris? ille respondebat: ius feci, sicut vindictam inposui. deinde qui prior uindicauerat, dicebat: quando tu in iuria vindicavisti, quingentis assibus sacramento te provooco; aduersarius quoque dicebat similiter: et ego te; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur; quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituerebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta proponitur.*» (Gayo, *Inst.* 4,16)

material consistiría en la *circumambulatio glebarum*, un antiguo ritual mediante el que la *datio* se realizaba tras dar un paseo alrededor de la finca⁴⁴.

Con el paso del tiempo, y por lo menos en lo que a la *traditio* se refiere, el paulatino desarrollo de una economía de mercado provocó que comenzaran a admitirse nuevas formas de entrega cada vez más alejadas del antiguo traspaso material. Así se configuran la *traditio longa manu*, la *traditio* simbólica, la *traditio brevi manu* o el *constitutum possessorium*.

Roma hacía siglos que había dejado de ser una pequeña aldea de pastores y campesinos y se había extendido primero por Italia y luego por todo el Mediterráneo. Había pasado de tener una población a finales de la Monarquía que Kaser fijaba en torno a los 15.000 habitantes⁴⁵, a dirigir un imperio que se estima podía tener de 50 a 60 millones de personas⁴⁶. Además, al peso de la agricultura –que seguía siendo la base de la economía⁴⁷– se uniría un comercio cada vez más importante⁴⁸. Un comercio que se nutría en buena me-

⁴⁴ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, cit., p. 241. Cfr. también BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, 3.ª ed., Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, p. 328, n. 140.

En relación con la entrega de los inmuebles, Savigny señala que la adquisición simbólica debería de tener lugar casi generalmente, porque es imposible andar sobre todas las partes del fundo. Y concluye que «la presencia corporal constituye el verdadero acto que nos ofrece la adquisición de la posesión de una cosa inmueble.» SAVIGNY, F., *Tratado de la posesión*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, pp. 112 y ss.

⁴⁵ KASER, M., *Storia del Diritto Romano*, trad. R. Martini, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1977, p. 15. De Martino eleva ese número a 30.000 en el s. V a. C. DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, vol. I, Jovene, Napoli, 1958, p. 69.

⁴⁶ Beloch consideró que la población a comienzos del Principado estaría en torno a los 54 millones de habitantes (BELOCH, J., *Die Bevölkerung der griechisch-römischen Welt*, Leipzig, 1886, p. 507); Goldsmith fija el número de habitantes del Imperio a la muerte de Augusto en 55 millones (GOLDSMITH, R., «An estimate of the size and structure of the national product of the Early Roman Empire», *Income and wealth*, vol. 30, n.º 3, 1984, p. 263); finalmente, Corvisier considera que en tiempos de los Antoninos, la población imperial debía estar entre los 55-60 millones (CORVISIER, J. N., *La population de l'Antiquité Classique*, Paris, 2000, pp. 81-89). Cfr. también LO CASCIO, E., «The Size of the Roman Population: Beloch and the Meaning of the Augustan Census Figures.» *Journal of Roman Studies*, n.º 84, 1994, pp. 23-40; *id.*, «La dinamica della popolazione in Italia da Augusto al III secolo», *L'Italie d'Auguste à Dioclétien. Actes du colloque international de Rome (25-28 mars 1992)*. Rome: École Française de Rome, 1994. pp. 91-125.

⁴⁷ Goldsmith estima que entre el 75-80% de la población se dedicaría a la agricultura, un sector que generaría alrededor del 60% del producto interior bruto (GOLDSMITH, R., «An estimate...», cit., p. 282).

Estos porcentajes están en sintonía con los que Gozalbes Cravioto señala para la Hispania romana del Principado. Según este historiador, aproximadamente un 75% de la población viviría en núcleos rurales, mientras un 25% en ciudades que, de media, rondarían los 5.000 habitantes (GOZALBES CRAVIOTO, E., «La demografía de la Hispania romana tres décadas después», *Hispania Antica*, n.º 31, 2007, p. 191). En el mismo sentido, CARRERAS MONFORT, C., «Una nueva perspectiva para el estudio demográfico de la Hispania romana», *Boletín del Seminario de Estudios de Arte y Arqueología: BSAA*, tomo 62, 1996, p. 107. Estos datos, sin embargo, son superiores a los que el propio Goldsmith considera para todo el Imperio, donde apenas tasa en el 10% la población que viviría en los núcleos urbanos (GOLDSMITH, R., «An estimate...», cit., p. 283).

⁴⁸ Como consecuencia de este desarrollo comercial nacieron la *pecunia traiecticia*, la *lex Rhodia de iactu* o el depósito irregular, instituciones jurídicas dirigidas a facilitar el préstamo de capitales y el trans-

dida del abastecimiento de las grandes urbes, en especial de Roma⁴⁹, que a comienzos del Principado contaría con una población que rondaba el millón de habitantes⁵⁰.

Este paulatino desarrollo comercial provocó que, cuando llegamos a la etapa Postclásica –desaparecidas ya la *mancipatio* y la *in iure cessio*– nos encontremos con una *traditio* fuertemente espiritualizada.

Ya la entrega material ha dejado de ser un presupuesto esencial para la adquisición del dominio. Y ha dejado de serlo:

1.º) Porque en las primitivas comunidades, las que se basaban en una economía de subsistencia, la entrega del bien adquirido era necesaria para garantizar la supervivencia del adquirente. Sin embargo, en cuanto la economía adquiere un mayor desarrollo comercial, como le sucedió a la romana, frecuentemente los adquirentes dejaron de necesitar que les entregasen inmediatamente los bienes comprados, pues de forma habitual no requerían de ellos para su manutención.

2.º) Porque si antiguamente la entrega facilitaba la posesión y ésta era la que permitía defender el derecho mediante de la autotutela, cuando el Estado asume el monopolio de la fuerza, limita su uso a los particulares, y establece mecanismos para la defensa de los derechos subjetivos, los adquirentes tampoco necesitan tener físicamente el bien para poder defender su interés frente a los ataques de terceros.

Sin estos frenos, poco a poco se fueron abriendo paso formas más ágiles de entrega hasta desembocar en supuestos en los que no había rastro de ella (ni material, ni simbólica).

En algunas ocasiones, porque no podían ser entregadas. Así sucede cuando no podían ser movidas, como cuando se entregan cosas muy pesadas, como las columnas. En esos casos, Paulo señala que no es necesario tomar la posesión corporalmente y con la mano, sino que se adquiere *oculis et affectu* (D.41,2,1,21)⁵¹. O no podían ser entregadas porque ya estaban en manos del

porte de las mercancías con las que se abastecían las más importantes ciudades imperiales.

En relación con la economía imperial, *vid.* DUNCAN-JONES, R., *The economy of the Roman Empire*, 2.ª ed., Cambridge, 1982. Acerca del importante peso de la agricultura en el sistema económico romano, *vid.* GARNSEY, P. y SALLER, R., *El imperio romano. Economía, sociedad y cultura*, trad. J. Bertran, Editorial Crítica, Barcelona, 1990, pp. 57 y ss.

⁴⁹ Sobre ello, *vid.* SCAPINI, M., «Studying Roman Economy and Imperial Food Supply. Conceptual and Historical Premises of the Study of the Economic Initiatives of the Emperors in the 1st and 2nd Century AD», *Gerión*, vol. 34, 2016, pp. 217-248.

⁵⁰ WALLACE-HADRILL, A., «Domus and Insulae in Rome: Families and Housefuls», *Early christian families in context*, coord. por Balch D. y Osiek, C., Cambridge, 2003, p. 10.

⁵¹ *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore et tactu necesse*

adquirente (*traditio brevi manu*). En estos supuestos, indica Gayo que las cosas se transfieren por la simple voluntad del dueño, sin la entrega, como cuando se hubiera vendido una cosa que se dio en comodato, arrendamiento o depósito, porque, como señala el jurista clásico, aunque no se hubiera entregado en virtud de la compra, por lo mismo que el vendedor consiente que esté en su poder por esta causa, la hace del comprador (D.41,1,9.5)⁵². Y en el mismo sentido Pomponio señala que si poseyeras una cosa mía y yo quisiera que fuera tuya, se hará tuya aunque yo no tuviera la posesión (D.41,1,21,1)⁵³. Finalmente, tampoco era necesaria la entrega en los casos en los que el bien que había sido transmitido permanecía en poder del transmitente, que lo poseía en concepto distinto de dueño (*constitutum possessorium*). En este sentido, Justiniano (recogiendo una constitución ya contenida en CTh.8,12,9⁵⁴) indica que cualquiera que al donar o dar en dote o vender alguna cosa hubiera retenido el usufructo, la entregó inmediatamente aunque no lo hubiera estipulado, pues no se requiere nada más para que se considere realizada la *traditio*, y en estos casos al retener el usufructo se hace entrega de la cosa [C.8,53(54),2, a. 412]⁵⁵.

Tanto en los casos de *traditio oculis et affectu, brevi manu y constitutum possessorium* las cosas no se entregaban materialmente, de mano a mano, porque no se podía: bien por el peso de las mismas, bien porque ya estaban en manos del adquirente o bien porque seguirían en las del transmitente. Sin embargo, el derecho justiniano reguló otros supuestos en los que no había rastro de entrega, no porque no se pudiera hacer, sino porque directamente se quiso que el domino se transmitiera *nuda voluntate*. Así, Justiniano proclama en C.1,2,23 que si alguien hubiera donado o vendido a una iglesia, asilo de peregrinos, hospicios de pobres, monasterios, casas de expósitos, hospitales de

adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

⁵² *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.*

⁵³ *Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit.*

⁵⁴ *Legis a nobis paulo ante latae cetera quidem cautio necessaria nobis admodum visa est, sublata vero in donationibus species traditionis, quam olim retentio usufructus induxerat, non sine magna ratione desiderata est, cum observationem iuris contrahere potius quam propagare debeamus. Ideoque ius pristinum renovamus, ut quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omni modo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere.*

⁵⁵ *Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usum fructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usum fructum retinere, quod tradere.*

ancianos o, incluso, a las ciudades, los donatarios o compradores no sólo tenían las pertinentes acciones personales, sino también las reales:

«Imperator Justinianus. Ut inter divinum publicumque ius et privata comoda competens discretio sit, sancimus, si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit sive sacrosanctis ecclesiis sive venerabilibus xenonibus vel ptochiis vel monasteriis masculorum vel virginum vel orphanotrophiis vel brephotrophiis vel gerontocomiis nec non iuri civitatum, relictorum vel donatorum vel venditorum eis sit longaeva exactio nulla temporis solita praescriptione coartanda.

1. *Sed et si in redemptione captivorum quaedam pecuniae vel res relictæ vel legitimo modo donatæ sunt, et earum exactionem longissimam esse censemus.*

2. *Et nobis quidem cordi erat nullis temporum metis huiusmodi actionem circumcludi. Sed ne videamur in infinitum hanc extendere, longissimum vitæ hominum tempus eligimus et non aliter eam actionem finire concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint: tunc enim tantummodo huiuscemodi exactionem evanescere sinimus.*

3. *Sive itaque memoratis religiosissimis locis vel civitatibus hereditas sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, vel donatio vel venditio processerit in quibuscumque rebus mobilibus vel immobilibus vel se moventibus, sive pro redemptione captivorum quaedam fuerint derelicta vel donata, sit eorum paene perpetua vindicatio et ad annos centum secundum quod dictum est extendatur, nulla alia exceptione temporis inhibenda, sive contra primas personas sive contra heredes vel successores earum moveatur.*

4. *In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostræ tenorem constitutionis, quæ legatariis et hypothecariis donavit, et supra dictis omnibus unum tantummodo terminum vitæ suæ imponimus, id est centum metas annorum.*

5. *Haec autem omnia observari sancimus in iis casibus, qui vel postea fuerint nati vel iam in iudicium deducti sunt. * Iust. a. Iuliano PP. * <a 530 d. v k. april. Constantinopoli Lampadio et Oreste Vv. Cc. Cons. >.*

Esto podría llevarnos a concluir que al final de la evolución del Derecho Romano la *traditio* estaba tan espiritualizada que realmente la transmisión se realizaba por el mero acuerdo. En este sentido, ya a principios del siglo pasado Riccobono –en su archiconocido trabajo «*Traditio ficta*»– señalaba «*noi dobbiamo dire che il diritto di Giustiniano inaugurò, nella sostanza, il sistema del trasferimento della proprietà in forza del consenso, qomunque manitestato negli atti tra vivi.*»⁵⁶.

⁵⁶ RICCOBONO, S., «*Traditio ficta*», ZSS, n.º 34, 1913, p. 214.

En sentido parecido se manifiesta Biondi, que señala que «la necessità della *traditio* si era tanto attenuata ed in taluni casi esplicitamente esclusa, che era facile fissare la regola che la proprietà passasse col semplice consenso». BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.ª ed., Giuffrè, Milano, 1972, p. 261.

Sin embargo, parece aventurado llegar tan lejos donde lo hizo el jurista palermitano. Es indudable que hubo una notable espiritualización de la entrega. Pero a pesar de ello, parece que el sistema romano nunca se desligó de la *traditio* como modo de adquirir la propiedad.

Así, en D.41,1, cuyo título está dedicado a la adquisición del dominio: («*De acquirendo rerum dominio*»), las alusiones que los distintos juristas hacen a la necesidad de entrega para adquirir la propiedad son continuas.

a) En este sentido, Gayo señala que según el derecho de gentes se adquieren las cosas mediante la entrega, pues nada es tan conforme a la equidad natural como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa que es suya.

3. *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

Y continúa diciendo que no importa si es el mismo dueño quien entrega la cosa o si es otro quien la entrega con la voluntad del dueño, pues si a alguno se le hubiera permitido la administración de los negocios por quien se va de viaje y este administrador hubiera vendido y entregado alguna cosa, ésta se hace de quien la recibe.

4. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis. Qua ratione si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis. (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum. D.41,1,9).*

b) Por su parte, Neracio indica que si un procurador hubiera comprado para mí una cosa por mandato mío y le hubiera sido entregada en mi nombre, se adquiere el dominio para mí, aunque yo lo ignorara.

Pr. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignorantis. (Neracius libro sexto regularum. D.41,1,13).

c) Ulpiano sostiene que la entrega no puede transferir al que recibe la cosa más de lo que hay en poder de quien da. Así, si una persona tuvo el domi-

nio sobre un fundo, lo transmite al entregarlo; si no lo tuvo, no trasmite nada al que lo recibe.

Pr. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.

Porque, como indica a continuación, siempre que se transfiera el dominio se transfiera al que lo recibe tal como estaba en poder de quien lo entrega.

1. *Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutium debitarum transfertur. Si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debeatque praestare quod dixit.*

Y prosigue aludiendo a la necesidad de entrega en el caso en el que se hubiera comprado una cosa por dos personas y la misma hubiera sido entregada a una, que actuaba también como procuradora de la otra.

2. *Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. (Ulpianus libro 29 ad Sabinum. D.41,1,20).*

También, este mismo autor señala que si mi procurador o el tutor de un pupilo hubiera entregado a otro una cosa suya como si fuera mía o del pupilo, no perderá la propiedad y es nula la enajenación, pues nadie pierde errando una cosa que es suya.

Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. (Ulpianus libro septimo disputationum. D. 41,1,35).

d) Paulo recalca la idea de que la sola entrega no transmite la propiedad, sino que además es necesario una compraventa o alguna justa causa por la cual se siguiese la entrega.

Pr. Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. (Paulus libro 31 ad edictum. D.41,1,31).

e) Juliano indica que cuando se conviene ciertamente respecto a la cosa que se entrega, pero se disiente en las causas, es eficaz la transmisión de

la propiedad. Por ejemplo, si se creía que se estaba obligado por testamento a entregarte un fundo y tú pensabas que se te debía por estipulación; porque también si yo te entregase por donación dinero y tú lo recibieras como crédito, tú te haces propietario aunque hayamos disentido en la causa de dar y recibir.

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. (Iulianus libro 13 digestorum. D.41,1,36).

Y también señala que lo que el esclavo de uno sólo dijera que lo que recibe mediante entrega lo adquiriría para su señor y para Ticio, lo adquirirá en parte para su señor, pero no para la otra parte.

4. Quod unius servus per traditionem accipiendo se accipere dixerit domino et titio, partem domino adquiret, in parte nihil agit. (Iulianus libro 44 digestorum. D., 41,1,37)

E igualmente apunta en ese mismo fragmento que si queriendo tú donarme y yo te hubiera mandado que entregases la cosa a un esclavo común mío y de Ticio, y el esclavo la recibiera con la intención de hacerla de Ticio, no se hará de nadie, como cuando le entregas una cosa a mi procurador para mí y él la hubiera recibido para hacerla suya. Pero, termina añadiendo, si el esclavo común la hubiera recibido con la intención de hacerla de los dos codueños, no se adquirirá en cuanto a la parte del otro codueño.

6. Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.

Fuera de este título del Digesto, las alusiones a la necesidad de entrega para adquirir la propiedad también con claridad. Así, Justiniano, trayendo a colación las palabras de Gayo que recogió en *D.*, 41,1,9,3, señala en sus Instituciones que también por tradición adquirimos las cosas según el derecho natural; pues nada hay tan ajustado a la equidad natural como que se considere válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa suya; y así

—añade respecto a lo recogido en el referido fragmento del Digesto— de cualquier género que sea la cosa corpórea, puede ser entregada, y entregada por su dueño, se enajena.

Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur (Inst., 2,1,40).

En el mismo sentido, Justiniano vuelve a hacer hincapié en la necesidad de entrega cuando señala que los fundos que fueran entregados por causa de donación, o de dote o por otra cualquiera, sin duda quedan transferidos.

Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur. (Inst., 2,1,41).

Y especialmente revelador es Código 2, 3, 20, que, recogiendo una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 293, señala que el dominio de las cosas no se transfiere por simple pacto, sino por tradición y usucapión.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se puede concluir señalando que la adquisición puramente consensual del dominio, aquella que quedaba totalmente desconectada de la *traditio*, únicamente se admitió en Roma en su última etapa y tuvo un carácter excepcional. Porque la admisión de tal modo de transmisión dominical obedecía, como se encargó de señalar Justiniano en el encabezamiento de su constitución, fundamentalmente a la idea de diferenciar el derecho divino y público del privado (*ut inter divinum publicumque ius et privata commoda competens discretio sit...*) y privilegiar la posición del primero simplificando sus adquisiciones y protegiendo más eficazmente la defensa de sus intereses.

Por todo ello, parece que la entrega, como sucede hoy en día en nuestro derecho, siguió siendo necesaria para la adquisición de la propiedad.

Es verdad que algunas de las razones que hicieron de la *traditio* una institución de derecho natural común a todos los pueblos, se fueron perdiendo con el paso del tiempo y la evolución de las comunidades. Desde ese momento, la originaria tradición material en la que la cosa pasaba físicamente de mano a mano, se fue paulatinamente perdiendo en muchos casos, hasta el pun-

to de que en determinadas ocasiones, la *traditio* estaba tan fuertemente espiritualizada que apenas quedaban signos de entrega.

Sin embargo, admitiendo esta proposición como cierta, también lo es que en la mayor parte de las transmisiones la entrega seguiría siendo material, al igual que lo es todavía en nuestro tiempo. Porque si bien algunas de las razones que hicieron de la *traditio* una institución de derecho natural se extinguieron con el tiempo, otras todavía subsisten.

En este sentido, no podemos olvidar que la entrega facilita la posesión y que ésta sigue siendo un eficaz medio de publicidad, especialmente para los bienes de menor valor (los que habitualmente no se ceden en uso a terceros). De esta manera, y sobre todo para estos bienes, la *traditio* consigue unir la adquisición del derecho con el comienzo de su publicidad (evitando fraudes por transmisiones clandestinas). Y lo consigue de una manera tremendamente sencilla, relativamente cómoda y muy muy económica.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS DE USO E DE HABITAÇÃO CONSAGRADO NOS CÓDIGOS CIVIS ESPANHOL E PORTUGUÊS

'Usus et habitatio': the roman roots of the rights of use and residence regimen in Spanish and Portuguese Civil Codes

ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA
Universidade de Coimbra

Resumo: O objectivo deste estudo é determinar em que medida o *usus* e a *habitatio* podem ser considerados como as raízes romanas dos direitos de uso e de habitação dos códigos civis espanhol e português. Os principais assuntos abordados são o conteúdo do *usus* no direito romano clássico e as alterações verificadas no direito justiniano, em particular a criação de um direito de *habitatio* autónomo, que foi criticado por Conano, famoso humanista francês, e por Pothier, um dos pais espirituais do Código Civil francês, motivo pelo qual não passou para este código e, conseqüentemente, para os códigos civis espanhol e português. São também indicados os possíveis objectos do *usus* referidos nas fontes, a constituição e a extinção desse direito, a sua intransmissibilidade e algumas obrigações do usuário.

Palavras-chave: direito romano; *dominium*; *iura in re aliena*; direito romano clássico; *usus*; constituição do *usus*; extinção do *usus*; conteúdo do *usus*; uso de uma *domus*; uso de um *fundus*; interpolação; intransmissibilidade do *usus*; direito justiniano; constituição imperial; *habitatio*; *locatio* da casa pelo usuário; humanismo jurídico; *Conannus*; Pothier; Código Civil francês; Código Civil espanhol; Código Civil português.

Abstract: The focus of this study is to ascertain how *usus* and *habitatio* may be considered as Roman legal roots of the rights of use and residence in Spanish and Portuguese Civil Codes. The main topics of discussion are the substance of *usus* in classical Roman

Law and the changes undergone in the Justinian Law, particularly the creation of an autonomous right of *habitatio*, which became criticised by Conan, a famous french humanist, and by Pothier, one of the spiritual fathers of the French Civil Code, so it didn't pass to this code and, therefore, to the Spanish and to the Portuguese codes. The objects of *usus* mentioned in the sources, the constitution and the extinction of that right, its non-transferability and some duties of the user are addressed here as well.

Keywords: Roman Law; *dominium*; *iura in re aliena*; classical Roman Law; *usus*; constitution of *usus*; extinction of *usus*; substance of *usus*; use of a domus; use of a *fundus*; interpolation; non-transferability of *usus*; Justinian Law; imperial law; *habitatio*; *locatio* of the house by the user; legal humanism; *Conannus*; Pothier; French Civil Code; Spanish Civil Code; Portuguese Civil Code.

SUMARIO: Introdução. I.—O direito de uso no direito romano clássico. I.1—Res que podiam ser objecto do *usus* e res sobre as quais não podia ser constituído o *usus*. I.2—Constituição e extinção do *usus*; I.3—O conteúdo do *usus* e a sua evolução—referência especial ao uso de uma domus e ao uso de um fundus. I.4—A intransmissibilidade do *usus*. I.5—Algumas obrigações do usuário. II.—Alterações introduzidas no direito justinianeu (ou nele consagradas). II.1—A ampliação do conteúdo do *usus*. II.2—A *habitatio* como *ius proprium*, diferente do uso de uma casa. II.3—Outras alterações. III.—As críticas da doutrina à configuração justinianeia da *habitatio*, a partir do século XVI, e suas consequências. IV.—Aspectos do regime jurídico dos direitos reais de uso e de habitação consagrado nos códigos civis espanhol e português que têm as suas raízes no direito romano. IV.1—Código Civil espanhol. IV.2—Código Civil português actual. V.—Conclusão.

INTRODUÇÃO

O tema que nos propomos versar enquadra-se no âmbito do «direito das coisas» ou dos «direitos reais». É certo que o direito romano (como é sabido) não criou os direitos reais como categoria dogmática. Todavia, contém a matriz deste ramo do direito civil, na *actio (civilis) in rem*, definida por Gaio, no parágrafo 3.º do livro IV das suas *Institutiones*:

«In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa».

A referida acção contrapõe-se à *actio in personam*¹. E foi essa contraposição de *actiones* que esteve na base da distinção que mais tarde, a partir dos glosadores, passou a fazer-se entre direitos reais (*iura in re*, mas também *iura realia*²) e obrigações ou direitos pessoais (*obligationes* ou *iura in personam*, igualmente *iura personalia*)³.

Do parágrafo acima transcrito resulta que na *intentio* da fórmula processual das *actiones in rem* era afirmado pelo demandante que uma coisa corpórea lhe pertencia («é nossa», em virtude de no texto se usar o plural) ou que era titular de outro direito («nos pertence outro direito»); ou seja, estava aí contida não só a referência ao *dominium* da *res* em causa – dado que, nas esclarecedoras palavras de Donellus (1527-1591), «*res nostra est, cuius domini sumus*»^{4 5}–,

¹ Cfr. GAIUS IV,1 – «(...) *si quaeramus, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam*»; e GAIUS IV,2 – «*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*».

² A designação *iura realia* (e o singular *ius reale*), em vez de *iura in re* (e *ius in re*), foi usada pela primeira vez por BALDUS (1327-1400). Cfr. BALDUS DE UBALDIS, *In Digestum Novum Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1577, Ad Lib. XXXIX, Tit. *De damno infecto*, §. *Si qua sunt iura* (p. 8/v.º) – no qual contrapõe os *iura realia* aos *iura personalia*, dando como exemplo daqueles o direito de usufruto e o direito de penhor [«(...) *si sunt iura mere personalia* (...). *Sed si sunt iura realia, (...)* ut *ius usufruct(us) & pignoris* (...)] –, e *Super Primo, Secundo & Tertio Codicis Commentaria*, Lugduni, s/ed., 1539, *Super Secundo Codicis, Ad Tit. De pactis, L. Si certis annis* (p. 111/v.º) – onde este ilustre jurisconsulto também distingue os *iura personalia* dos *iura realia* (n.º 16), enumerando de seguida os direitos que qualifica como reais (n.º 17), neles incluindo (como servidões pessoais) o uso e o usufruto [«(...) *iura realia sunt ius domini directus domini utilis; ius quasi domini; ius h(aere)ditatis; iura servitut(u)m realiu(m) et personaliu(m)*. *Realia sunt quae debe(n)tur a re rei. Personales sunt q(ue) debe(n)tur a re p(er)sonis. et usus et usufructus ex quib(us) orit(ur) actio co(n)fessoria*. (...) *Item servitutes hominu(m) sunt iura realia; (...)*. *Ite(m) ce(n)sus prestatio co(m)petit iure reali, (...)*. *Ite(m) hypothe(a)ca co(m)petit iure reali*»].

No sentido de que BALDUS utilizou a expressão *iura realia*, em vez de *iura in re*, e foi o primeiro jurista a fornecer um elenco desses direitos, *vide*, por ex., HOOFS, Kim, *Property rights in legal history*, in BOUCKAERT, Boudewijn (ed.), *Property Law and Economics – Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 5, 2.ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 20.

³ Cfr., por ex., WENIG-INGENHEIM, Johann Nepomuk von, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, nach Heise's Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechtes zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Vol. 1, 4.ª ed., München, E. A. Fleischmann, 1831, pp. 87-90; BÜCHEL, Konrad, *Ueber jura in re und deren Verpfändung*, Marburg/Leipzig, Verlag der Elwert'schen Universitäts Buchhandlungen, 1834, pp. 2-3; e HOOFS, Kim, *Property rights in legal history*, cit., pp. 19-20.

⁴ Cfr. DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo II, Florentiae, Ad Signum Clius, 1841, Lib. IX, Cap. VIII, n.º X, cols. 1276-1277. Aí se escreve ainda, nomeadamente, o seguinte: «*Sit ergo proprie dominium jus domini in re sua, et dominus is cui res corporalis quaesita est: ac proinde dominium id jus in re corporali*».

A asserção de DONELLUS mencionada em texto não se baseou directamente nas alusões a «*res nostra*», «*res nostrae*» ou expressões equivalentes contidas nas Instituições de Gaio (cfr. nota seguinte), pois, como é sabido, as *Institutiones Gai* apenas foram descobertas por Barthold Georg Niebuhr em 1816; mas vários excertos dessa obra encontram-se no Digesto. Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I. *Introdução*. *Fontes*, 4.ª ed., Coimbra, ed./A., 1984, pp. 373 e 395.

⁵ A referência ao *dominium* através das expressões «*nostra res*» (e «*res nostra*») ou «*nostrae res*» (e «*res nostrae*») encontra-se noutros parágrafos do mesmo livro das Instituições gaianas (ainda que em diferentes casos) – GAIUS IV,4 («*rem nostram*», «*res, quae nostra iam est*» e «*qua rem nostram esse petimus*»), GAIUS IV,51 («*si rem aliquam a possidente nostram esse petamus*») e GAIUS IV,93 («*rem nostram*»).

mas também a outros direitos igualmente respeitantes a coisas corpóreas, como, por exemplo, «o direito de usar», de que aqui nos ocupamos, e «o direito de usar e fruir» (direito de usufruto) de alguma delas ⁶.

O teor da referida *intentio* mostra ainda que estes outros direitos (reais), ao contrário do *dominium*, não versavam sobre uma «coisa nossa», isto é, sobre uma coisa própria («*res propria*» ⁷). Alguns AA. entendem ser mais correcto falar, quanto a esses outros direitos (diferentes do *dominium*), de «direitos sobre coisa não própria» (em virtude de uma pessoa não poder ter um destes *iura* sobre uma coisa própria ⁸) do que de «direitos sobre coisa alheia»; todavia, como o normal é a «coisa não própria» ser «coisa alheia», e não *res nullius*, parece legítimo qualificá-los como *iura in re aliena* ⁹, apesar de tal qualificação não provir do direito romano ¹⁰ (no qual se fazia uma classificação das acções, e não dos

esse)—, bem como em GAIUS II,60 (a propósito da *fiducia*): «(...) *quo tutius nostrae res apud eum essent* (...)». Mas o *dominium* aparece igualmente indicado através da utilização de «*meum esse*» (ou equivalente), em outros livros das *Institutiones Gai*: em GAIUS I,119, respeitante à celebração da *mancipatio* («*EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO*»), GAIUS II,24, referente à realização da *in iure cessio* («*EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO*»), GAIUS II,41 («*ex iure Quiritium vero mea permanebit*»), GAIUS II,71 («*ad meum praedium*»), GAIUS II, 77 («*meum esse*»), GAIUS II,79 («*utrum meum sit*» e «*si ex lana mea*»).

⁶ A este respeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, 2.^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1958, pp. 1-2.

⁷ No sentido de que a *res* é «*propria*» do *dominus rei*, vide, por ex., DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo II, cit., Lib. IX, Cap. VIII – *De Jure rerum privatarum*, V, col. 1273 [«*Dominium rei vocamus eum, cui res ita, (...), quaesita est, atque hoc modo ejus facta est, ut esset propria*»], e VIII, col. 1276 [«*Is enim dominus est, cui res jure quaesita propria ejus facta est*»].

⁸ Como salienta, por ex., BUCKLAND, para quem, «embora uma pessoa não possa ter um destes *iura* sobre uma coisa própria», daí não resulta que tenha de ser uma *res aliena*. Cfr. BUCKLAND, W. W., *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge, University Press, 1931, p. 143.

⁹ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 3.

A contraposição entre *dominium* (considerado como «*jus in re sua*») e *iura in re aliena* já se encontra em DONELLUS. Cfr., em especial, DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo II, cit., Lib. IX, Cap. VIII, n.º X, col. 1273 (cfr. *supra*, nota 7), Lib. IX, Cap. X, n.º I, col. 1297 [«*Haec jura, quae dominorum esse diximus in re sua, ita sunt domini cujusque, et solius domini, nisi si quid in definitione domini posuimus. Ex his vero quaedam jure imminuuntur. Imminutio genere duplex. Quaedam enim sic adimuntur domino, ut non transferantur ad alios: quaedam ideo, quia in alios conferuntur. Quae transferuntur ad alios, ea sunt jura, quae dicimus cuique competere in rebus alienis*»], Lib. IX, Cap. XIII, n.º II, col. 1329 [«*Hoc habent ii, quorum sunt ea jura, quae in rebus alienis a dominio separata constitui solent. Haec jura numero sint quinque: jus emphyleuticum, seu jus agri vectigalis; jus superticium, jus bonae fidei possessoris; pignus seu hypotheca; servitutes*»], Lib. IX, Cap. XX, n.º I, col. 1401 [«*Pignoris quoque jus in re aliena habetur*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º I, col. 1405 [«*Postremo et servitutes sunt jura, et ea in re aliena*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º VI, col. 1408-1409 [«*(...) Est autem haec rerum nostrarum servitus, jus in re aliena alteri constitutum (...)*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º IX, col. 1411 [«*Hoc jus, ut in re aliena est, ita solum in re aliena servitus*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º XVIII, col. 1419 [«*Jus emphyleuticum et superticium, jura sunt et ipsa in re aliena*»], e Lib. IX, Cap. XXII, n.º III, col. 1420 [«*(...) omnes servitutes tam personarum, quam rerum et praediorum sunt unius generis. Omnes enim sunt in re aliena, nam et ususfructus et usus, quae sunt personarum servitutes, ejusmodi sunt*»].

¹⁰ Cfr., por ex., GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 4-7; e D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10.^a ed., reimp., Pamplona, Eunsa, 2008, § 80., § 182. e nota I deste.

direitos). Socorrendo-nos da célebre distinção de BETTI, podemos afirmar, no entanto, que não se encontrando nas fontes do direito romano «*il nome*» já nelas estava presente «*la cosa*»¹¹. Aliás, nas fontes justinianeias o usufruto já aparece mencionado como direito relativo a coisas alheias («*ius alienis rebus utendi fruendi*» – D.7,1,1 e I.2,4 pr.); o mesmo não acontece com o *usus*, porque tais fontes, como já foi salientado por Vulteius (1555-1634), não o definem¹².

O que aqui nos propomos é determinar em que medida o regime jurídico do direito de uso e de habitação consagrado no Código Civil espanhol e no Código Civil português tem as suas raízes no direito romano e em que preceitos deste, com referência, inclusivamente, à época a que estes remontam (para simplificar, a clássica ou a justinianeia).

¹¹ Cfr. BETTI, Emilio, *Diritto Romano, I – Parte generale*, Padova, Cedam, 1935, pp. XX-XXI, *Diritto Romano e dogmatica odierna*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 100 (1928), p. 58, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto Romano*, in «Bulletino del'Istituto di Diritto Romano», 38 (1930), pp. 54-55, e *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in «Bulletino del'Istituto di Diritto Romano», 34 (1925), p. 241; e CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Diritto Romano clássico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 28-37.

¹² Cfr. VULTEIUS, Hermannus, *In Institutiones Juris Civilis a Justiniano compositas commentarius*, 4.^o ed., Marpurgi, apud Paulum Egenolphum, 1613, p. 195 [«[n]ulla hic a Justiniano proponitur definitio»].

A circunstância de as fontes não fornecerem o conceito de *usus* (contrariamente ao que sucede com o de usufruto, que em D.7,1,1 e em I.2,4pr. se encontra definido como «*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*») não obsta à sua formulação, com base nelas, o que sempre foi feito desde que se verificou o renascimento do direito romano justiniano, com a Escola dos Glosadores, até à romanística mais recente. De um modo geral, a definição de *usus* fornecida pelos juriconsultos, de diversas escolas e orientações, que dele sucessivamente se ocuparam baseia-se na que as *Institutiones* e o Digesto apresentam para o usufruto. Assim, por exemplo, AZO (c. 1150-c. 1230), ao responder à questão «*quid sit usus*», define-o como «*ius utendi rebus alienis, salva rerum substantia*» (esclarecendo que nessa definição não é posta a palavra «*fruendi*», diferentemente do que se verifica na de usufruto, porque a *res* é usada mas não fruída pelo usuário). DONELLUS define o *usus* tal como o faz AZO (apenas com alteração da ordem de dois termos), considerando forçoso dizer que o uso é o «*jus utendi alienis rebus salva rerum substantia*», precisamente por causa da definição do usufruto e da diferença que existe entre ele e o uso. Idêntica é a definição dada por MOLINA (1535-1600): «*Usus (...) est ius dumtaxat utendi aliena re salva illius substantia*». Ligeiramente diferente, mas ainda tributária da de usufruto, é a definição de *usus* que encontramos na obra de ULRICUS HUBER (1636-1694): «*jus alienis rebus modice utendi salva earum substantia*» (por considerar ser diferente do usufruto a «*quantitate emolumentis*»). Semelhante às primeiramente mencionadas é a noção dada por POTHIER (1699-1772): «*Usus est jus utendi re aliena, salva ejus substantia; non etiam fruendi ea*». Cfr. AZO, *Summa Azonis sive locuples iuris civilis thesaurus*, Venetiis, apud Societatem Minimam, 1610, *In Secundum Librum Institutionum*, rub. «*De usu & habitatione*», n.º 1, col. 1073; DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, Florentiae, Ad Signum Cluius, 1841, Lib. X, Cap. XXIV, n.º V, col. 215; MOLINA, Ludovicus, *De Iustitia*, Tomo I, Venetiis, Apud Minimam Societatem, 1594, Tract. II, Disputatio V, col. 47; HUBER, Ulricus, *Praelectionum Juris Civilis tomus tres secundum Institutionum et Digesta Justiniani*, Lovanii, Typis Joannis Francisci Van Overbeke, 1766, p. 144; e POTHIER, Robert-Joseph, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae: cum legibus Codicis, et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, Tomo I, Nova Edição, Lugduni, Sumptibus Bernuset et Sociorum, 1782, Lib. VII Pand., Tit. VIII, art. I, p. 248.

No entanto, tendo em atenção o que diremos adiante, a respeito da evolução do conteúdo do *usus* ainda no direito clássico e da ampliação que posteriormente recebeu, parece-nos não ser recomendável iniciar este estudo com a apresentação de uma noção de *usus*, cuja compreensão dependeria do alcance do *uti* nos diferentes períodos da história jurídica romana.

Para tanto, começaremos por tratar do direito romano clássico: aludindo aos possíveis objectos desse *usus* de que as fontes se ocupam; versando os modos de constituição e de extinção do *usus*; procurando determinar o conteúdo do *usus* e a sua evolução (com referência especial ao uso de uma *domus* e ao uso de um *fundus*); mencionando a intransmissibilidade do *usus*, o seu alcance e a sua justificação; e referindo algumas obrigações do usuário.

Trataremos depois das principais alterações introduzidas na disciplina jurídica do *usus* no direito justiniano (ou que nele foram conservadas, apesar de terem origem no direito pós-clássico) – com destaque para a ampliação do conteúdo do *usus* e, em especial, para a autonomização da *habitatio* em face do uso e do usufruto, através de uma constituição imperial de Justiniano.

Em seguida, daremos conta das críticas mais incisivas dirigidas ao conceito justiniano de *habitatio*, no plano doutrinal, partir do séc. XVI, e às suas consequências – nomeadamente, à não consagração no Código Civil francês de um direito de habitação autónomo em face do direito de uso, o que acabou por influenciar o código espanhol e os códigos portugueses (de 1867 e de 1966).

Será então altura de analisarmos o regime jurídico dos direitos de uso e de habitação no Código Civil espanhol e no actual Código Civil português, evidenciando os aspectos de cada um deles que têm as suas raízes no direito romano.

Terminaremos, como parece recomendável, com uma breve conclusão.

I. O DIREITO DE USO NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

I.1 **Res que podiam ser objecto do *usus* e res sobre as quais não podia ser constituído o *usus***

Na casuística do Digesto encontramos mencionadas como objecto do *usus* as seguintes coisas: uma casa (*aedes*, *domus*), um *fundus*, um escravo ou uma escrava, um animal (ou um conjunto de animais), água e «outras coisas».

Ao *usus* de uma *domus* ou *aedes* referem-se expressamente vários parágrafos de distintos fragmentos (e um fragmento não subdividido) do Digesto integrados na respectiva *sedes materiae* (o título 8.º do livro 7.º) – D.7,8,2,1, D.7,8,4,1, D.7,8,8,1, D.7,8,15pr. (*in fine*), D.7,8,16,1, D.7,8,17 e D.7,8,22,1 –

e ainda dois fragmentos pertencentes a outros títulos do mesmo livro¹³ – D.7,4,22 e D.7,9,11¹⁴.

Mas há outros passos dessa colectânea justinianeia que, como resulta da análise do seu conteúdo, respeitam igualmente ao uso de uma casa, os quais muitas vezes são parágrafos ou fragmentos que antecedem os acima mencionados ou a eles se seguem imediatamente: designadamente, D.7,8,3, D.7,8,4pr., D.7,8,5, D.7,8,6, D.7,8,7, D.7,8,8pr., D.7,8,10,2, D.7,8,10,3, D.7,8,18 e D.7,8,22,2.

O *usus* de uma casa tinha, pois, um tratamento desenvolvido no Digesto, o que bem se compreende, em virtude da importância social e económica de que se revestia esse uso e das questões que surgiam a respeito dele, as quais foram sendo debatidas pelos juriconsultos romanos, em particular as atinentes à determinação das pessoas que podiam habitar na casa com o usuário (como veremos)¹⁵.

O uso de um *fundus*, por seu turno, é mencionado de forma expressa em D.7,8,10,4, D.7,8,14,3, D.7,8,15pr., D.7,8,15,1, D.7,8,16pr. e D.7,8,16,1¹⁶. Mas há outros passos do Digesto cujo teor respeita a esse uso, os quais mantêm conexão com alguns dos anteriormente indicados, como sucede com D.7,8,11, D.7,8,12pr. e D.7,8,12,1.

A disciplina do *usus* com este objecto, presente nesses textos do Digesto, revela também uma interessante evolução do seu conteúdo, que, pelo menos em parte, ocorreu ainda na época clássica¹⁷.

¹³ Trata-se do título quarto – cuja epígrafe alude aos modos de extinção do usufruto e do uso («*Quibus modis usus fructus vel usus amittitur*»), mas contém somente dois fragmentos que versam directamente sobre o uso (o que a seguir se indica em texto e D.7,4,20), ainda que outros lhe sejam igualmente aplicáveis, por força da remissão contida em D.7,1,3,3 (cfr. *infra*, n.º 1.2.) – e do título nono – sobre o modo de prestação de caução pelo usufrutuário («*Usufructuarius quemadmodum caveat*»), mas no qual também se encontram dois fragmentos que tratam do *usus* (o indicado em texto e D.7,9,5,1-2).

¹⁴ As alusões à *domus* ou *aedes* como objecto do *usus* contidas nesses passos (e cuja natureza clássica não suscita dúvidas) são as que se seguem: D.7,8,2,1 – «*Domus usus relictus est (...)*»; D.7,8,4,1 – «*(...) cum uti vult domo (...)*» [o *principium* do mesmo fragmento também se refere a «*domus usus*», mas, como veremos, numa passagem que não deve ser clássica – «*(...) si tam spatiosae domus usus sit relictus (...)*»]; D.7,8,8,1 – «*Sed si usus aedium mulieri legatus sit (...)*»; D.7,8,15pr. – «*(...) quia et domo (...)* ita uteretur (...)»; D.7,8,16,1 – «*(...) usuario (...)* aedes (...)»; D.7,8,17 – «*(...) aedium usu legato (...)*»; D.7,8,18 – «*Si domus usus legatus sit sine fructu (...)*»; D.7,8,22,1 – «*(...) legatarius, cui domus usus legatus est, (...) totius domus usum (...)* tota domo uti (...)»; D.7,4,22 – «*Si mulieri usus domus legatus sit (...)*»; e D.7,9,11 – «*Usu quoque domus relicto (...)*».

¹⁵ Cfr. *infra*, n.º 1.3.2.1.

¹⁶ Cfr. D.7,8,10,4, – «*Si usus fundi sit relictus (...)*»; D.7,8,14,3 – «*(...) si qui habet fundum, legaverit Titio usum (...)*»; D.7,8,15pr. – «*Fundi usu legato (...)*»; D.7,8,15,1 – «*Sicuti is, cui usus fundi legatus est (...)*»; D.7,8,16pr. – «*Si ita legatus esset usus fundi (...)*»; e D.7,8,16,1 – «*(...) usuario fundum (...)*»

¹⁷ Cfr. *infra*, n.º 1.3.2.2.

Ao uso de escravos referem-se, nas suas palavras, D.7,8,12,5, D.7,8,12,6, D.7,8,14pr., D.7,8,15pr., D.7,8,16,2 e D.7,8,20¹⁸. Mas também D.7,8,13, que vem na sequência de D.7,8,12,6, trata de uma questão atinente ao uso de *servi*.

Os passos do Digesto em que encontramos referência ao uso de animais são D.7,8,12,2, D.7,8,12,3 e D.7,8,12,4¹⁹.

No título 8.º do livro 7.º do Digesto, só um fragmento, proveniente de uma obra de Modestino, alude ao uso da água (considerando-o pessoal e, por isso, intransmissível ao herdeiro do usuário): D.7,8,21²⁰.

Em D.7,8,9 refere-se genericamente o legado, feito à mulher, do «uso das demais coisas» (além da casa, de que tratam D.7,8,4,1, D.7,8,5, D.7,8,6, D.7,8,7 e D.7,8,8,1), que pode ser feito conjuntamente por ela e pelo marido²¹.

Não se pense, contudo, que todas as coisas podiam ser objecto do *usus*. Com efeito, ainda no título do Digesto com a epígrafe «*De usu et habitatione*», no *principium* de um fragmento proveniente do livro 5.º *ad Quintus Mucius* de Pomónio, D.7,8,22pr., encontramos referência a uma constituição imperial de Adriano que, certamente para eliminar as dúvidas que existiam a esse respeito, excluiu a possibilidade de constituição (por legado) do simples uso de uma floresta (ou bosque), ao determinar que no caso de ser legado a alguém o uso de um bosque se deveria entender que também fora deixada ao legatário a sua fruição (e, por conseguinte, o usufruto), pois no caso de não ser permitido cortar árvores e proceder à sua venda, o que o usufrutuário podia fazer²², aquele nada obteria com o legado²³.

¹⁸ Cfr. D.7,8,12,5 – «*Si usus ministerii alicui fuerit relictus (...) si filio familias usus servi sit relictus (...)*; D.7,8,12,6 – «*(...) usuarium servum posse ibi operari (...) ? (...) poterit etiam per usuarias ancillas opus perficere (...) poterit ad haec operis uti usarii (...) ancillae usu dato ad lanificium (...)*»; D.7,8,14, pr. – «*Per servum usuarium (...). (...) dicimus servum usuarium (...)*; D.7,8,15pr. – «*(...) quia (...) et servo ita uteretur (...)*»; D.7,8,16,2 – «*Servo, cuius usum dumtaxat (...)*»; e D.7,8,20 – «*(...) Servus, cuius mihi usus legatus est (...)*».

¹⁹ Cfr. D.7,8,12,2 – «*Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis (...)*»; D.7,8,12,3 – «*Sed si boum armenti usus relinquatur (...)*»; e D.7,8,12,4 – «*Equitii quoque legato usu (...)*».

²⁰ Cfr. D.7,8,21 – «*Usus aquae personalis est et ideo ad heredem usarii transmitti non potest*».

Um fragmento contido no título 3.º do livro 8.º do Digesto refere-se também ao uso de certa quantidade de água de uma represa concedido por quem a construiu a outra pessoa, mas parece excluir a existência de um *usus*, na medida em que qualifica o concessionário (que parece ser titular de uma servidão predial) como «*quasi usuarium*». Cfr. D.8,3,37 – «*(...) Quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usarii transmitti non oportere*».

²¹ Cfr. D.7,8,9 – «*Ceterarum quoque rerum usu legato dicendum est uxorem cum viro in promiscuo usu eas res habere posse*».

²² Cfr. D.7,1,9,7 – «*(...) Nam et Trebatius scribit silvam caedum et harundinetum posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti (...)*».

²³ A este respeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 186 e 457 – para quem a antítese entre uso e usufruto não seria eliminada mesmo que se considerasse interpo-

O passo contido em D.33,2,1, por sua vez, afasta a possibilidade de ser legado o uso (assim como o usufruto) das antigas servidões prediais rústicas (*iter, actus, via e aquaeductus*), apesar de serem *res Mancipi* (mas incorporáveis)²⁴, porque «uma servidão não pode ser objecto de outra servidão» (justificação que assenta na classificação do *ususfructus* e do *usus* como servidões pessoais, que muitos romanistas entendem não ser clássica)²⁵.

E, finalmente, resulta de três passos do Digesto que não podia ser legado o uso de uma certa quantia de dinheiro, por se entender que nesse caso era legado o usufruto (D.7,5,5,2 e D.7,5,10,1)²⁶ ou a propriedade da *pecunia* (D.7,5,12)²⁷.

1.2 Constituição e extinção do *usus*

As fontes não mencionam directamente os modos de constituição do *usus*; e também não o fazem relativamente aos seus modos de extinção. Limitam-se a remeter para aqueles pelos quais o usufruto se constituía e se extin-

lada a expressão «*et vendere*»; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habilitatio» y las «operae servorum»*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 1995, pp. 71-72 – que, por sobre afirmar que o bosque aqui em causa é o que se acha definido em D.50,16,30pr. («*silva caedua*», ou seja, bosque de árvores que depois de cortadas voltam a crescer), sustenta não ser «exactamente igual o direito de cortar a madeira e o direito de vender essa madeira» e diz não compreender «a impossibilidade de um uso do bosque em que se pudessem cortar as madeiras de que o usuário necessitasse, mas se proibisse a venda delas».

²⁴ Cfr. GAIUS II,17 – «*Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium*».

²⁵ Cfr. D.8,1,1: «*Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, (...)*». No sentido de que a categoria das servidões pessoais não é clássica (mas justinianeia ou pós-clássica), vide, por ex., D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., § 182. e nota 2 do mesmo; e JUSTO, A. Santos, *Derecho Privado Romano, III (Direitos Reais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 174, nota 2.

Sobre D.33,2,1, vide GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habilitatio» y las «operae servorum»*, cit., pp. 72-73; e CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», in «El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000): Jornadas Andaluzas de Derecho Romano», Huelva, Universidad de Huelva, Servicio de Publicaciones, 2001, pp. 342-343.

²⁶ Em bom rigor, como refere D.7,5,2,1, do que se tratava (em virtude do *senatusconsulto* que parece ter admitido o usufruto de coisas consumíveis ou que se desgastam pelo uso (cfr. D.7,5,1) era de um «*quasi usus fructus*».

²⁷ Cfr. D.7,5,5,2 – «*Quae in usu fructu pecuniae diximus (...), eadem et in usu dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usum fructum et Iulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus*»; D.7,5,10,1 – «*Si usus tantum pecuniae legatus sit, quia in hac specie usus appellatione etiam fructum contineri magis accipiendum est, stipulatio ista erit interponenda (...)*»; D.7,5,12 – «*Cum pecunia erat relicta Titio ita, ut post mortem legatarii ad Maevium rediret, quamquam adscriptum sit, ut usum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, divi Severus et Antoninus rescripserunt*».

A este respeito, vide GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habilitatio» y las «operae servorum»*, cit., pp. 74-77; e CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», cit., pp. 341-342.

guia. Assim acontece em dois passos do Digesto e num parágrafo das *Institutiones* de Justiniano:

D.7,8,1,1: «*Constituatur etiam nudus usus, id est sine fructu: qui et ipse isdem modis constitui solet, quibus et usus fructus*»;

D.7,1,3,3: «*Quibus autem modis usus fructus et constitit et finitur, isdem modis etiam nudus usus solet et constitui et finiri*»;

I.2,5pr.: «*Isdem istis modis quibus usus fructus constituatur etiam nudus usus constitui solet, iisdemque illis modis finitur quibus et usus fructus desinit*».

Assim sendo, temos de averiguar quais eram os modos de constituição do usufruto e quais os modos pelos quais se verificava a sua extinção.

Assinale-se, porém, uma importante diferença: o usufruto podia ser constituído, desde início, sobre uma parte determinada da coisa ou sobre uma quota indivisa da mesma – D.7,1,5: «*Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui (...)*» –, por ser possível uma fruição parcial da *res* – D.7,8,19: «*(...) frui quidem pro parte possumus*» –, sendo, por isso, divisível – D.35,2,1,9: «*Si usus fructus legatus sit (qui et dividi potest, ...)*»²⁸; o *usus*, pelo contrário, não podia ser legado ou por qualquer outro modo constituído *pro parte*, por não ser possível fazer um uso da coisa por partes, como se acha estabelecido num fragmento do Digesto extraído do *libro tertio ad Vitellium* de Paulo:

D.7,8,19: «*Usus pars legari non potest: nam (...), uti pro parte non possumus*».

Numa terminologia que parece não ser clássica, podemos dizer que, diferentemente do usufruto, o uso era indivisível, como resulta do glosema inserido em D.35,2,1,9 – «*(...) dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt*» –, conjugado com D.8,1,1, que, como vimos qualifica o uso e o usufruto como «servidões pessoais»²⁹.

²⁸ É provável que a parte deste parágrafo que se encontra entre parêntesis – «*(qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt)*» – não seja clássica, mas constitua um glosema. Se assim for, aquilo que designamos como «indivisibilidade», embora seja característica do usufruto clássico, não terá tradução verbal genuína nas fontes que possibilitam a sua reconstituição.

²⁹ Segundo DONELLUS, a razão dessa diferença reside em que «o *usus* consiste numa simples actividade, não havendo depois dela quaisquer frutos que possam ser divididos», uma vez que «[t]odos os actos (...) são indivisos», enquanto o usufruto, embora consista de início numa actividade (D.7,3,1), «se dirige à percepção dos frutos», nos quais reside «toda a utilidade do usufruto» e que, por serem coisas corpóreas – *cfr.* GAIIUS II,14: «*(...) et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt*»; e I.2,2,2 –, «podem ser divididos», sendo o «usufruto divisível por causa de ser divisível a sua utilidade». *Cfr.* DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, cit., *Lib. X*, Cap. XXIV, n.º II, col. 212 – [«*Hoc ideo, quia usus in nudo facto consistit, quod post se nullos relinquit fructus, qui dividantur. Facta omnia, si in his consistitur, indivisa sunt. Si quid enim non fecimus, in totum verum est nos non fecisse. Et si fecimus, rursus in totum verum est nos fecisse. Ususfructus autem ab initio quidem consistit et ipse in facto: L. 1. In princ. D. quand. di., us. leg. ced. sed versatur factum in fructibus percipiendis, quo set ipsos post se relin-*

I.2.1 MODOS DE CONSTITUIÇÃO DO *USUS*

Na época clássica, por serem esses os diversos modos³⁰ de aquisição do usufruto, o direito de uso podia ser constituído através da *in iure cessio*³¹, de legado *per vindicationem*, mediante *deductio*, a favor do mancipante ou do cedente em juízo, na *mancipatio* ou na *in iure cessio* de transmissão do *dominium* da *res*³², ou a favor do herdeiro, no legado *per vindicationem*, e por *adiudicatio*, no *iudicium familiae erciscundae* ou *communi dividundo*; relativamente aos *fundi provinciales*, a constituição de usufruto, posto que não *iure civili*, verificava-se através de *pactiones et stipulationes*.

A *in iure cessio*, como modo de aquisição do usufruto, é mencionada nas Instituições de Gaio e nos *Vaticana Fragmenta*:

GAIUS II,30: «*Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. (...)*».

Vat. Fr. 47: «*(...) usus fructus (...), (...) per in iure cessionem (...) dari potest*».

O cessionário tornava-se usufrutuário, ficando o cedente com a nua propriedade da *res*. Atendendo à configuração da *in iure cessio* como acto processual, a constituição do usufruto resultava de o *dominus ex iure Quiritium* da coisa, perante a *vindicatio ususfructus* do cessionário, não contestar a pretensão deste (ou até confessar que o demandante era titular desse direito)³³.

quit, et adjicit fructuario. Atque in his fructibus omnis est utilitas ususfructus. Porro hi fructus quia corporales sunt, dividi possunt. Hinc ususfructus dividiuus propter utilitatem, in qua versatur, dividuum»].

³⁰ Cfr. D.7,1,6pr. – «*Usus fructus pluribus modis constituitur: (...)*».

³¹ Não podia ser constituído por *mancipatio* (salvo mediante *deductio*, como veremos), uma vez que esta apenas se aplicava às *res mancipi* e tanto o usufruto como o *usus* eram considerados *res incorporales* e, por isso, *nec mancipi*. Cfr. GAIUS II,14 – «*Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. (...)*»; e GAIUS II,17 – «*Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium*».

³² Mas já não podia ser constituído mediante *deductio* na *traditio* de *res nec mancipi*. Cfr. Vat Fr. 47a – «*(...) in re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest (...)*».

³³ Cfr. GAIUS II,24 – «*In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum [aut praesides provinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QUIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum*».

A respeito da constituição do usufruto mediante *in iure cessio*, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 342 e 344-345; e JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), cit., p. 195.

Tratando-se da constituição do direito de uso, o cessionário agiria com a *vindicatio usus* e a confissão do proprietário da *res* ou a sua falta de contestação tinha como efeito a aquisição desse direito pelo *vindicans* (cessionário).

Quer porque o usufruto teve a sua origem numa liberalidade testamentária, sob a forma de legado, quer porque a *in iure cessio* entrou em desuso muito cedo (provavelmente, ainda na época clássica)³⁴, o legado representou o principal modo de constituição de usufruto, o que explica que os juristas tratem do usufruto a respeito do legado e afirmem alguns princípios para o usufruto legado (que depois se estendiam à *in iure cessio*, enquanto não caiu em desuso)³⁵. E o mesmo parece valer para o direito de uso.

À constituição do usufruto por legado refere-se um fragmento do Digesto proveniente do *libro septimo ad edictum provinciale* de Gaio, assim como o passo dos *Vaticana Fragmenta* já citado:

D.7,1,6 pr.: «*Usus fructus pluribus modis constituitur: ut ecce, si legatus fuerit. (...)*»;

Vat. Fr. 47: «*(...) usus fructus (...), per do lego legatum (...) dari potest*»

Embora o excerto do parágrafo do Digesto transcrito não mencione a espécie de legado que podia servir para a constituição do usufruto e, por força da remissão feita para ele, para a do *usus*, parece não haver dúvidas de que na versão clássica do texto devia estar em causa o legado *per vindicationem*, uma vez que a segunda parte do mesmo ainda alude a um legado de propriedade, ao mencionar (como veremos) a possibilidade de a propriedade ser legada com dedução do usufruto³⁶. E a outra fonte mencionada é clara quanto à natureza do legado pelo qual podia ser dado o usufruto, pois aquele em cuja fórmula apareciam as palavras «*do lego*» era, precisamente, o legado *per vindicationem*³⁷.

E esta era, na verdade, a única espécie de legado que podia determinar, só por si, a aquisição da propriedade ou a constituição do usufruto (que as fontes atestam), e, por conseguinte, também a do *usus*³⁸. A constituição não podia

³⁴ Cfr., por ex., JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), cit., p. 98.

³⁵ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 342 e 344-345.

³⁶ Como é sabido, Justiniano eliminou as antigas espécies de legados, que passaram a ter todos a mesma natureza, deu prevalência às últimas vontades e determinou que os legatários os pudessem reclamar não só através das acções pessoais, mas também mediante a acção real e a acção hipotecária. Cfr. C.6,43,1 (ano 529); e I.2,20,2. Em virtude disso, alguns fragmentos do Digesto foram interpolados, a fim de se proceder à sua harmonização com as alterações legislativas operadas por Justiniano.

³⁷ Cfr. GAIUS, II,193 – «*Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHUM DO LEGO; (...)*»; e GAIUS II,194 – «*Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse*».

³⁸ Neste sentido, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 341-342 e 344-345; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitation» y las «operae*

dar-se, designadamente, através de legado *per damnationem*, uma vez que deste apenas nascia uma obrigação para o herdeiro de *dare* alguma coisa, quer se tratasse da obrigação de transferir a propriedade da coisa legada quer da obrigação de constituir o usufruto ou o uso dela a favor do legatário³⁹; quanto à constituição destes *iura in re aliena*, essa obrigação seria cumpriria pelo herdeiro, realizando a *in iure cessio*⁴⁰.

A constituição do *usus* mediante *deductio*, a favor do mancipante ou do cedente em juízo, na *mancipatio* ou na *in iure cessio* de transmissão da propriedade da *res*, resulta de as fontes atestarem a constituição do usufruto nesses termos:

– GAIUS, II,33: «*Quod autem diximus usufructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse usufructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium usufructus, apud alium proprietatis sit*»;

– Vat. Fr. 47: «*Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri. (...) per in iure cessionem (...) deduci potest*»;

– D.7,1,32: «*Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum [tradit] ‘mancipat’, excipere potest (...), veluti usum et usum fructum. (...)*».

O parágrafo das Intuições de Gaio agora convocado constitui uma espécie de explicação para o carácter peremptório da afirmação feita no § 31, de que o usufruto «apenas admite» («*tantum recipit*») a *in iure cessio* e, portanto, não também a *mancipatio*. Com efeito, aí se afirma que isso não foi dito irreflectivamente, ainda que seja possível constituí-lo por *mancipatio*, na medida em que pode ser retirado ao mancipar a propriedade; mas esclarece que o próprio usu-

servorum», cit., p. 17.

³⁹ Cfr. GAIUS II,201 – «*Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est*»; e GAIUS II,204 – «*Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. (...)*». Esta referência final à realização da *traditio* para o herdeiro cumprir a obrigação não valia para o usufruto, nem para o *usus*; por serem *res incorporales* (cfr. *supra*, nota 31), exigia-se a *in iure cessio*. Cfr. GAIUS II,28 – «*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*»; e GAIUS II,30 e Vat. Fr. 47 (mencionados em texto).

⁴⁰ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 341 e 344.

Cremos não ser diversa a opinião de CASTRO-CAMERO, apesar de afirmar ser certo que, «en época clássica, el legado damnatorio se presenta como el origen de la mayoría de los derechos de uso» (embora nada impedisse «que este pudiera constituirse por legado vindicatorio»). Com efeito, logo a seguir esclarece, relativamente ao usufruto, que também era possível que a origem de tal direito «estuviera en un legado damnatorio donde se obligase al heredero a constituir el mencionado derecho real» e (mais adiante) que este direito «debía ser constituido por el heredero en cumplimiento de la obligación impuesta por el testador». Cfr. CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», cit., pp. 339-340.

fruto não pode ser (nem é) mancipado, sendo antes deduzido quando se procede à mancipação da propriedade; de tal modo que um (o *mancipio dans*) fica com o usufruto e o outro (o *mancipio accipiens*) com a nua propriedade.

O segundo texto, na parte que agora reproduzimos, reporta-se não apenas à possibilidade de o usufruto ser deduzido por *mancipatio*, mas também por *in iure cessio* – hipótese diversa da própria constituição através deste negócio solene (acima mencionada), pois é a nua propriedade que o cessionário adquire, ficando o cedente com o usufruto.

E o terceiro (atribuído a Pompónio) – no qual é evidente a interpolação de «*tradit*» em vez de «*mancipat*» (ou «*mancipio dat*»⁴¹)⁴², por estarem em causa *res Mancipi*⁴³ –, na sua versão genuína, aludia à possibilidade de ser realizada a *mancipatio* de uma *aedes* ou de um *fundus* com exclusão, por exemplo, do uso ou do usufruto, que, assim, ficariam a pertencer ao mancipante.

Em qualquer das hipóteses, estando em causa o direito de uso, parece-nos necessário fazer uma adaptação do que imediatamente resulta destes textos:

⁴¹ No sentido de que «*tradit*» constitui uma interpolação justinianea (em vez de «*mancipio dat*»), vide, por ex., PAMPALONI, MUZIO, *Questioni di diritto giustiniano. X. Le servitù personali affini all'usufrutto*, in «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 52 (1912), p. 175 – onde o A. considera ainda interpoladas (quanto à parte aqui transcrita) «*unas*» e «*quas solas habet*».

⁴² Embora não seja de excluir a possibilidade de o texto conter «*mancipat aut in iure cedit*», parece mais provável que mencionasse somente a realização da *mancipatio*, porque Pompónio deve ter coexistido com Gaio e este afirma que as partes utilizavam normalmente («quase sempre») esse negócio solene. Cfr. GAIUS II,25 – «*Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. (...)*».

⁴³ Que se tratava de *res Mancipi* resulta de GAIUS I,120 – «*(...) item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari*» –, GAIUS II, 14a – «*Res praeterea aut Mancipi sunt aut nec Mancipi: Mancipi sunt velut fundus in Italico solo item aedes in Italico solo, (...)*» – e ULP. XIX,1 – «*Omnes res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus (...)*». A exigência de *mancipatio* ou de *in iure cessio* para a transferência da propriedade dessa categoria de coisas, na época clássica, é referida em GAIUS II,22 – «*Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae. Quod autem valet Mancipatio, idem valet et in iure cessio*» –, em ULP. XIX,3 – «*Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipi (...)*» – e ULP. XIX,9 – «*In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi (...)*».

Como esses negócios solenes tinham desaparecido na época pós-clássica e a antiga distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi* foi formalmente abolida por Justiniano, em 531 (cfr. C.7,31,1,5), os compiladores substituíram sistematicamente a referência que os jurisconsultos clássicos faziam à *mancipatio* ou à *in iure cessio* pela menção da *traditio*.

Sobre a distinção entre essas duas categorias de coisas, a sua perda de importância e a sua abolição, assim como a respeito do desaparecimento da *in iure cessio* (primeiro) e da *mancipatio* (depois), vide, por ex., SOLAZZI, Siro, *Appunti sulle «res nec Mancipi»*, in «Scritti di Diritto Romano», vol. III, Napoli, Jovene Editore, 1960, 389-397; GALLO, Filippo, *Studi sulla distinzione fra «res Mancipi» e «res nec Mancipi»*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1958, especialmente pp. 15-26 e 197-230; e CURA, António Alberto Vieira, «*Fiducia cum creditore*». Aspectos gerais, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Suplemento ao vol. XXXIV (1991), pp. 6, nota 6, 8, nota 7, 12, nota 11, 21, nota 27, e 177-178, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, in «Jornadas romanísticas» – «*Studia Iuridica*» 70, «*Colloquia*» 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 73-76 e nota 83, e «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., nota 548 (com amplas indicações bibliográficas).

como as fontes apenas qualificam como *nuda proprietas* (as mais das vezes designada simplesmente como *proprietas*, como sucede nestes passos) aquela em que o seu titular não tem o *uti frui*, parece-nos que deverá dizer-se que aquele para quem a propriedade é transferida sem o *uti*, deduzido a favor do mancipante ou do cedente *in iure*, fica com o *dominium sine usu* (e não, em bom rigor, com a *nuda proprietas*)⁴⁴.

E a constituição do direito de uso mediante *deductio*, a favor do herdeiro, no legado *per vindicationem* encontra-se prevista em três passos do Digesto e num parágrafo das Instituições de Justiniano:

- D.7,1,6pr.: «(...) *Sed et proprietas deducto usu fructu legari potest, ut apud heredem maneat usus fructus*;
- D.7,1,6,3: «*Nihil autem vetat servo meo herede instituto legari proprietatem deducto usu fructu*»;
- D.7,2,1,4: «*Idem Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit, si duobus heredibus institutis deducto usu fructu proprietas legetur, (...)*»;
- I.2,4,1: «*Usus fructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. ut ecce si quis alicui usum fructum legaverit; nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usum fructum: et contra si fundum legaverit deducto usu fructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usum fructum: item alii usum fructum, alii deducto eo fundum legare potest*».

Do que se trata é, ainda e sempre, de um legado *per vindicationem*: no primeiro e no segundo prevê-se que o testador dê e legue a propriedade ao legatário, mas com dedução do usufruto a favor do *heres* instituído no testamento; o terceiro cita o que *Iulianus* escreveu (a respeito do direito de crescer) para a hipótese de ter sido legada a propriedade de uma coisa com dedução do usufruto a favor dos dois herdeiros instituídos; e o último menciona as diversas situações em que o usufruto admite separação da propriedade – para além daquela em que o testador lega o usufruto (já versada acima), na qual o herdeiro instituído fica com a nua propriedade e o legatário com o usufruto, alude à hipótese inversa de o testador ter legado um *fundus* com dedução do usufruto, cabendo então a nua propriedade ao legatário e o usufruto ao herdeiro, bem como a de ser legado o usufruto a um e ser legada a propriedade da mesma coisa a outro, com dedução do usufruto.

Com referência à constituição do *usus* mediante *deductio* em legado de propriedade, parece-nos justificar-se, também, que não se designe como nua

⁴⁴ Num passo do Digesto que se refere tanto ao titular da nua propriedade (por se achar constituído um usufruto) como ao que constituiu um direito de uso é utilizada a expressão «*dominus proprietatis*». Cfr. D.7,8,16,1 – «*Dominus proprietatis etiam invito usufructuario vel usuario fundum vel aedes per saltuarium vel insularium custodire potest (...)*».

propriedade o direito com que fica quem sofre a privação do uso, mas como *dominium sine usu*.

A constituição do *usus* através de *adiudicatio* devia ser possível na *actio familiae erciscundae* e na *actio communi dividundo*, embora fosse seguramente menos provável do que a constituição do usufruto, a que se referem um parágrafo do Digesto extraído da mencionada obra de Gaio e os *Vaticana Fragmenta*:

– D.7,1,6,1: «*Constituitur adhuc usus fructus et in iudicio familiae erciscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usum fructum*»;

– Vat. Fr. 47.^a: «*Potest constitui et familiae erciscundae uel communi dividundo iudicio legitimo*. (...).

Para a constituição do usufruto, como o primeiro texto refere, a adjudicação feita pelo *arbiter* traduzia-se em conceder o usufruto a um dos interveientes na acção e a nua propriedade a outro. Também neste caso, relativamente à constituição do *usus*, cremos ser preciso adaptar o que deles resulta directamente: parece-nos que deverá aludir-se à adjudicação do uso a um deles e do *dominium sine usu* ao outro.

No que tange aos *fundi provinciales*, a constituição de usufruto, posto que não *iure civili*, verificava-se, ainda na época clássica, através de *pactiones et stipulationes*⁴⁵, como resulta de um parágrafo das *Institutiones Gaii*:

Gaius II,31: «*Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum (...) ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt*».

A necessidade de recurso às *pactiones et stipulationes* para constituir o usufruto – e o mesmo vale para o *usus* – de *fundi* situados nas províncias é justificado pelo facto de estes não admitirem *mancipatio* nem *in iure cessio*, como *res nec Mancipi* (corpóreas⁴⁶) que eram, em virtude de não estarem situados em solo itálico⁴⁷.

⁴⁵ A respeito dos problemas suscitados por este modo de constituição do usufruto (e, consequentemente, do *usus*) – transformado em modo geral de constituição desse direito real na época justinianeia (cfr. I.2,3,4, I.2,4,1 e D.7,1,3pr.), com o desaparecimento da distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, da diferença entre fundos itálicos e provinciais, assim como da *mancipatio* e da *in iure cessio* –, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 365-366.

⁴⁶ Cfr. GAIUS II,13 – «*Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, (...)*».

⁴⁷ Cfr. GAIUS I,120, de que resulta serem *res Mancipi* os prédios situados na Itália ou em zonas a que tivesse sido concedido o *ius italicum*: «*(...) praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, (...)*».

Excluída estava a possibilidade de constituição por *traditio* e por *usuca- pio*, uma vez que o usufruto estava incluído nas *res incorporales*, que eram insusceptíveis de posse⁴⁸.

I.2.2 EXTINÇÃO DO *USUS*

No período áureo do direito romano, como resulta da remissão para o que se achava estabelecido quanto ao usufruto, os modos de extinção do direito de uso eram os seguintes: a *in iure cessio*; a morte do usuário; a *capitis deminutio* dele; o decurso do tempo pelo qual o uso havia sido constituído; o não uso da coisa objecto do direito de uso; a destruição ou a colocação fora do comércio da *res* cujo uso fora concedido; a transformação da *res* noutra de natureza diferente (*rei mutatio*); e a confusão ou consolidação (*consolidatio*), com a reunião na mesma pessoa da condição de usuário e de proprietário⁴⁹.

À extinção do usufruto operada através da *in iure cessio*, que vale também para o *usus*, refere-se um parágrafo das Instituições de Gaio, já mencionado a propósito da sua constituição, de dois passos das *Pauli Sententiae*⁵⁰ e de um parágrafo das *Institutiones* justinianeias:

- GAIUS II,30: «(...) *ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem*; (...);
- P. S. III,6,28: «(...) *Amittitur autem quinque modis: (...) in iure cessione (...)*»;
- P. S. III,6,32: «*In iure cessione amittitur ususfructus, quotiens domino proprietatis eum fructuarius in iure cesserit*»⁵¹.

⁴⁸ Cfr. GAIUS II,28 – «*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*»; D.41,1,43,1 – «*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*».

A este respeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 342-343.

⁴⁹ Quanto às causas de extinção do usufruto, vide JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), cit., pp. 200-201.

⁵⁰ A importância desta obra para o conhecimento do direito clássico é muito discutida, por ter sido elaborada em época tardia. Mas são nela mencionados cinco modos pelos quais o usufruto «*amittitur*» – assim como a consequência da *amissio* – e dois que implicam que o usufruto «*finitur*». Cfr. P. S. III,6,28 – «*Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem quinque modis: capitis minutione, rei permutatione, non utendo, in iure cessione, dominii comparatione*»; P. S. III,6,33 – «*Finitur ususfructus aut morte aut tempore: morte, cum usufructuarius moritur: tempore, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio*».

A respeito desta obra, vide, por todos, CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 432-433; e JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, I. *Parte geral (Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos)*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2017, p. 91.

⁵¹ I.2.4,3 refere-se igualmente à extinção do usufruto se fosse cedido ao nú proprietário – «(...) *item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (...)*». Mas nessa altura já não havia *in iure cessio*.

– I.2,4,3: «(...) *item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur* (...)».

A morte do usufrutuário está mencionada como causa de extinção do usufruto em alguns fragmentos do Digesto, nas *Pauli Sententiae* e nas *Institutiones* de Justiniano, valendo, pois, também para o *usus*:

– D.7,1,47: «(...) *quanti fructuarii interfuisset non cessasse heredem, licet usus fructus morte eius interisset*»;

– D.7,4,3,3: «*Morte quoque amitti usum fructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret*»;

– P. S. III,6,33: «*Finitur ususfructus aut morte (...): morte, cum usufructuarius moritur* (...)»;

– I.2,4,3: «*Finitur autem usus fructus morte fructuarii* (...)».

O *usus*, tal como o usufruto, tinha carácter pessoal, até talvez mais marcado do que este, uma vez que era intransmissível⁵². Daí que, tendo natureza vitalícia, se extinguísse por morte do usuário, à semelhança do que acontecia com o usufruto, com a morte do usufrutuário⁵³.

A *capitis deminutio* é mencionada como causa de extinção do usufruto em:

– D.7,4,1pr.: «*Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat*, (...)»;

– D.7,4,1,1: «*Sed ita demum amittitur capitis deminutione usus fructus, si iam constitutus est*: (...)»;

– D.7,4,1,3: «*Usque adeo autem capitis minutio eum demum usum fructum peremit, qui iam constitutus est*, (...)»;

– P. S. III,6,28: «*Ususfructus (...). Amittitur autem quinque modis: capitis minutione* (...)»;

⁵² Cfr. *infra*, n.º 1.4.

⁵³ O carácter vitalício do direito de uso de uma casa devia constar da versão clássica de um passo do Digesto atribuído a *Ulpianus*, que na sua redacção compilatória se refere à *habitatio* (o que, certamente, constitui uma interpolação – traduzida na substituição das referências ao uso da casa, que nele deviam estar contidas, pela alusão à *habitatio* –, determinada pela autonomização deste direito, efectuada por Justiniano através de uma constituição imperial do ano 530 (cfr. *infra*, n.º 2.2.), e pelo consequente desejo de harmonização deste passo com o teor da mesma: D.7,8,10,3 – «*Utrum autem unius anni sit [habitatio] 'usus domus' an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est: et Rutilius donec vivat [habitationem] 'usum' competere ait, quam sententiam et Celsus probat libro octavo decimo digestorum*». No texto genuíno devia ser posta a questão de saber (certamente a respeito da disposição contida num determinado testamento) se o uso de uma casa era legado por um ano ou pelo tempo de vida do legatário, questão que se diz ter sido discutida pelos antigos juristas (*veteres*); e era citada a opinião de Rutilio, no sentido de que tal uso lhe competia enquanto ele vivesse, parecer que foi aprovado por Celso (no livro que se indica).

No sentido de que o texto foi interpolado, *vide*, por ex., Grosso, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 500 (onde o A., apesar de não dizer expressamente que o texto está interpolado, afirma que se punha aí um problema de «interpretação como direito de uso», mas «no direito justinianeu com referência à configuração do direito de *habitatio*»).

– P. S. III,6,29: «*Capitis minutione amittitur, si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus poenae efficiatur, et si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit*».

Na época clássica, a extinção do usufruto verificava-se, pois, em consequência de qualquer espécie de *capitis deminutio* – *maxima* (perda da liberdade), *media* (perda da cidadania) ou *minima* (perda do *status familiae*)⁵⁴ –, como resulta da alteração introduzida no direito justiniano⁵⁵.

O decurso do tempo pelo qual o usufruto havia sido constituído tinha igualmente como consequência a sua extinção, como resulta de:

– P. S. III,6,33: «*Finitur ususfructus (...) aut tempore: (...) tempore, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio*»⁵⁶.

Se o usufrutuário falecesse antes de ter decorrido esse tempo, o usufruto extinguiu-se, porém, com a morte do seu titular, em virtude da sua natureza pessoal e da consequente intransmissibilidade aos herdeiros. Também assim era no caso de se tratar do direito de uso⁵⁷.

Ao não uso da coisa objecto do direito de usufruto referem-se:

- P. S. III,6,28: «*Amittitur autem quinque modis: (...) non utendo (...)*;
- P. S. III,6,30: «*Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno*».

O não uso, como causa de extinção do usufruto devia prolongar-se por dois anos ou por um, consoante tivesse como objecto um *fundus* ou coisas móveis. Assim sendo, também o não uso da *res* por parte do usuário importava a extinção do direito de uso, decorrido qualquer desses prazos.

⁵⁴ Cfr. GAIUS I,159 – «*Est autem capitis diminutio prioris status permutatio: eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis diminutio aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima*»; GAIUS I,160 – «*Maxima est capitis diminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; (...)*»; GAIUS I,161 – «*Minor sive media est capitis diminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; (...)*»; e GAIUS I,162 – «*Minima est capitis diminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis conmutatur; (...)*».

⁵⁵ A referência feita em D.7,8,10pr. à não extinção da *habitatio* por *capitis deminutio* (que cremos ser apenas a *minima*) e por não uso – «*Si habitatio legetur; (...) nec non utendo amittitur nec capitis deminutione*» – deve ser interpolada, em virtude da alteração introduzida nessa matéria por Justiniano. Cfr. *infra*, n.º 2.

Neste sentido, *vide*, por ex., IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 14.ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 2002, p. 80, nota 86.

⁵⁶ Esses prazos são igualmente referidos na constituição imperial de Justiniano que os alterou, transcrita na nota seguinte (ainda que contrapondo as «*res soli*» (imóveis) às coisas móveis e aos semoventes.

⁵⁷ Sobre o tempo de não uso exigido no direito justiniano para a extinção do usufruto (e, portanto, também para o direito de uso), *vide, infra*, n.º 2.

Tenha-se presente, no entanto, que o não uso de uma casa pela mulher usuária não determinava a extinção do seu direito se ela fosse usada pelo marido ou pela sua família durante a ausência; e o mesmo valia para a hipótese inversa, de o uso ter sido legado ao marido, que entretanto se ausentou deixando a mulher a fazer uso da casa:

D.7,4,22: «*Si mulieri usus domus legatus sit et illa trans mare profecta sit et constituto tempore ad amittendum usum afuerit, maritus vero domo usus fuerit, retinetur nihilo minus usus, quemadmodum si familiam suam in domu reliquisset eaque peregrinaretur. Et hoc magis dicendum est, si uxorem in domu reliquerit maritus, cum ipsi marito usus domus legatus sit*».

A destruição ou a colocação fora do comércio da *res* como causa de extinção do usufruto é testemunhada em:

- D.7,4,30: «*Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo usus fructus extinguitur*»;
- D.7,4,10,6: «*Proinde et ornamentum dissolutum (...) extinguit usum fructum*»;
- D.7,4,23: «*Si ager, cuius usus fructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur usus fructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur (...)*»;
- I.2,4,3: «*(...) si aedes incendio consumptae fuerint vel etiam terrae motu aut vitio suo corruerint, extinguere usum fructum et ne areae quidem usum fructum deberi*».

À transformação da *res* noutra de natureza diferente (*rei mutatio*) referem-se:

- P. S. III,6,31: «*Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur*»;
- D.7,4,5,2: «*Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur. An et areae? Certissimum est exustis aedibus nec areae nec cementorum usum fructum deberi. Et ita et Iulianus*»;
- D.7,4,5,3: «*Si areae sit usus fructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usum fructum extinguere constat. (...)*»;
- D.7,4,10,1: «*Non tantum si aedes ad aream redactae sint, usus fructus extinguitur, verum etiam si demolitis aedibus testator alias novas restituerit: (...)*»;
- D.7,4,10,2: «*Agri vel loci usus fructus legatus, si fuerit inundatus, ut stagnum iam sit aut palus, procul dubio extinguetur*»;
- D.7,4,10,3: «*Sed et si stagni usus fructus legetur et exaruerit sic, ut ager sit factus, mutata re usus fructus extinguitur*»;
- D.7,4,10,4: «*(...) Certe silvae usu fructu legato si silva caesa illic sationes fuerint factae, sine dubio usus fructus extinguitur*»;

– D.7,4,10,5: «*Si massae usus fructus legetur et ex ea vasa sint facta vel contra, Cassius apud Urseium scribit interire usum fructum: quam sententiam puto veram*»;

– D.7,4,10,6: «*Proinde et ornamentum (...) transfiguratum extinguit usum fructum*»;

– D.7,4,10,7: «*In navis quoque usu fructu Sabinus scribit, si quidem per partes refecta sit, usum fructum non interire: si autem dissoluta sit, licet isdem tabulis nulla praeterea adiecta restaurata sit, usum fructum extinctum: quam sententiam puto veriolem. Nam et si domus fuerit restituta, usus fructus extinguitur*».

A consolidação é mencionada como causa de extinção do usufruto em:

– I.2,4,3: «*Finitur autem usus fructus (...) si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. (...)*».

O efeito da extinção do usufruto era o retomar da plenitude do direito de propriedade, deixando de haver motivo para se falar de nua propriedade:

– GAIUS II,30: «*(...) ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem (...)*»;

– P. S. III,6,28: «*Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit (...)*»;

– D.7,1,3,2: «*Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reverti*»;

– I.2,4,4: «*Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem*».

A situação era idêntica, mas não exactamente a mesma, no caso do uso, uma vez que, segundo parece, o que se verificava era deixar de existir o que qualificámos como *dominium sine usu*.

I.3 O conteúdo do *usus* e a sua evolução – referência especial ao uso de uma *domus* e ao uso de um *fundus*

O conteúdo clássico do *usus* tem sido objecto de consideráveis divergências na doutrina romanista posterior ao triunfo da crítica interpolacionista, a partir de finais do séc. XIX. O radicalismo crítico levou a que muito do teor dos passos do Digesto respeitantes ao alcance do *uti* e à sua evolução fosse considerado não genuíno, as mais das vezes com base em razões puramente formais.

Superado, porém, esse radicalismo, passou a ser adoptada uma atitude moderada em matéria de interpolações, sem pôr em causa a sua existência, sobretudo porque o próprio Justiniano determinou a alteração dos textos utili-

zados na elaboração do Digesto. Nos fragmentos desta colectânea justinianeia respeitantes ao *usus* parece-nos inegável a existência de algumas modificações, sobretudo devido ao facto de a *habitatio* ter sido autonomizada como direito real (diverso do uso e do usufruto), através de uma constituição imperial de Justiniano, apesar de ter subsistido naquela colectânea a casuística respeitante ao *usus* de casas, que seguramente se ressentiu, em alguns aspectos, dessa nova configuração da *habitatio*.

Registou-se, certamente, uma evolução no conteúdo do uso⁵⁸. O ponto está, pois, em saber o que ocorreu ainda no direito clássico e aquilo que resultou de alterações posteriores, justinianeias ou pós-clássicas.

I.3.1 A SUA DETERMINAÇÃO NEGATIVA

Por confronto com o usufruto, o conteúdo do *usus* é caracterizado pela ausência do *frui*, ao ponto de ser qualificado como *nudus usus*:

- D.7,8,1 – «*Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu: (...)*»;
- D.7,8,2pr. – «*Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. (...)*»;
- D.7,8,14,1 – «*Usus fructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. (...)*».

Quem tinha o simples uso não tinha o direito de fruir, isto é, o direito de fazer seus os frutos da coisa (mesmo que se tratasse de *res* produtora de frutos naturais); o titular do direito de uso tinha, pois, o *uti*, mas não o *frui*. Nas palavras do último passo, o uso está compreendido na fruição, mas ao (simples) uso faltam os frutos, de tal modo que não pode haver frutos sem uso, mas pode haver uso sem fruto⁵⁹.

Esta forma de determinação do conteúdo do *usus*, por referência ao do *ususfructus*, parece apontar no sentido da precedência histórica do usufruto; talvez isso justifique, para além da remissão feita para os modos de constituição e de extinção do usufruto, a ordem pela qual o usufruto e o uso são

⁵⁸ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 433-469; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense, 1978, pp. 176-177; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., p. 31.

⁵⁹ No sentido de que a limitação das faculdades do usuário ao *uti* representou originariamente o critério qualitativo de diferenciação do uso em relação ao usufruto, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 434-435; PAPA, Enrico, *Uso di cosa fruttifera*, in «*Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*», II, Napoli, Editore Jovene, 1964, p. 684; e GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., pp. 176-177.

tratados nas *Institutiones* (nestas com a junção da *habitatio* ao *usus*) e no Digesto (primeiro aquele depois este⁶⁰) e a circunstância de Gaio (no passo conservado no texto do Digesto com que se inicia o título oitavo do livro sétimo, acima transcrito, posterior àqueles em que o usufruto é versado) dizer que «também é constituído» o *nudus usus*⁶¹.

Mas extrai-se ainda do Digesto, para o direito clássico, um «limite geral negativo»⁶² ao direito de uso de uma casa, como veremos a propósito da sua intransmissibilidade⁶³.

I.3.2 A DETERMINAÇÃO POSITIVA DO *UTI*

O *uti* tinha alcance mais restrito do que o *uti frui*, que correspondia ao conteúdo do usufruto. Mas em que consistia o *uti*?

Os jurisconsultos clássicos procedem à determinação positiva do seu conteúdo de maneira casuística, como é típico da *iurisprudencia* clássica (e é salientado em D.7,8,1pr. *in fine*, segundo o qual «deve examinar-se cada um dos casos»); e fazem-no para cada um dos objectos cujo uso era concedido a outrem.

Assim, encontramos mencionado o conteúdo do uso de uma casa (*aedes*, *domus*), de um *fundus*, de um animal (ou de um conjunto de animais), de um escravo ou de uma escrava, de água e de uma floresta.

I.3.2.1 *O conteúdo do uso de uma casa*

Quanto ao uso de uma casa, que (como coisa não frutífera) talvez tenha sido a «hipótese originária» de *usus*⁶⁴, mereceu particular atenção dos juristas clássicos e foi devidamente valorizado pelos compiladores, a avaliar pelo número de fragmentos do Digesto que a ele se referem, atentemos, em especial no que se diz, por um lado, em D.7,8,2,1, D.7,8,3 e D.7,8,4pr. (quanto ao uso

⁶⁰ Cfr. I.2,4 e I.2,5; D.7,1-3 e 5-6 e D.7,8.

⁶¹ Neste sentido, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 430-431; e GIUFFRÉ, Vincenzo, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, Jovene Editore, 1992, p. 150.

⁶² Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 440.

⁶³ Cfr. *infra*, n.º 1.4.

⁶⁴ Cfr., por ex., GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, pp. 432-433 e 435; PAPA, Enrico, *Uso di cosa fruttifera*, cit., p. 684; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., p. 179; GIUFFRÉ, Vincenzo, *L'emersione dei «iura in re aliena»*, cit., p. 150; GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., p. 32; e JUSTO, António Santos, *Direitos reais. A base romanística dos direitos português e brasileiro*, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. LXXXV (2009), p. 48.

de uma casa deixado a um homem) e, por outro, em D.7,8,4,1, D.7,8,5, D.7,8,6 e D.7,8,7 (relativamente ao uso de uma casa pela mulher):

D.7,8,2,1: «*Domus usus relictus est aut marito aut mulieri: si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. an et cum libertis, fuit quaestionis, et Celsus scripsit, et cum libertis: posse hospitem quoque recipere, nam ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat. sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum, et ait Labeo eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere: idem et hospites et libertos suos*».

Este passo, extraído do livro XVII dos comentários de Ulpiano *ad Sabinum*, começa por aludir à possibilidade de o *usus* ter sido deixado ao marido ou à mulher; seguidamente trata da primeira hipótese.

Quanto à questão de saber quem pode habitar a casa, Ulpiano começa por afirmar que o marido podia habitar a casa com a sua família (e não sozinho); refere seguidamente que se discutiu se podia habitar também com os seus libertos, mencionando o parecer positivo de *Celsus (filius)*⁶⁵, para de imediato acrescentar que o usuário também pode receber um hóspede e que, de facto, Celso escreveu no livro décimo oitavo dos seus *Digesta* que Tubero aprova essa opinião⁶⁶⁻⁶⁷; a terminar, Ulpiano recorda que Labeo (na obra aí indicada) se ocupou da questão de saber se o usuário podia admitir um inquilino e que,

⁶⁵ Que se trata de *Celsus filius* resulta, antes de mais, de ser ele (e não *Celsus pater*) o autor dos *Libri digestorum* (em número de 39), nos quais se inclui o *liber octavus decimus digestorum*, que a seguir é mencionado no passo em análise. Mas decorre ainda da circunstância de as referências feitas no Digesto apenas a *Celsus* se reportarem a *Celsus filius*, porque *Celsus pater* costuma ser assim designado (e não simplesmente *Celsus*), como afirma, por ex., FERRINI. Cfr. FERRINI, Contardo, *Storia delle fonti del Diritto Romano e della giurisprudenza romana*, Napoli/Milano, Pisa, Ulrico Hoepli, 1885, p. 70.

⁶⁶ Saliente-se que *Quintus Aelius Tubero* (certamente «o jovem», discípulo de *Aulus Ofilius*, a quem Pompónio se refere no passo conservado em D.1,2,2,46) viveu no séc. I a. C., sendo, pois, anterior a *Celsus filius*, uma vez que este nasceu na segunda metade do séc. I d. C. e faleceu, provavelmente, antes de terminado o império de Adriano, de cujo *consilium* fez parte. A respeito destes juristas, vide FERRINI, Contardo, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in «Opere di Contardo Ferrini, vol. II – Studi sulle fonti del Diritto Romano (A cura di Emilio Albertario)», Milano, Ulrico Hoepli, 1929, p. 25; KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1952, pp. 37 e 146-147; BAUMAN, Richard A., *Lawyers in Roman transitional politics. A study of the Roman jurists in their political setting in the Late Republic and Triumvirate*, München, Verlag C. H. Beck, 1985, pp. 113-117; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, 12.^a ed., Napoli, Editore Jovene, 1998, pp. 341 e 492; e CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 378 e 390-391.

⁶⁷ SCAPINI sustenta que o modo como é referida, nesse passo, a opinião de Tubero – «*nam (Celsus) ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat*» – causa «alguma perplexidade», por considerar «evidente l'inesattezza cronologica», que, contudo, entende não dever «ascrivere ad Ulpiano il quale, solitamente, nel citare le idee di Tubero a loro volta desunte da Celso se esprime diversamente» (citando D.15,1,5,4 e D.45,1,72pr.); e conclui que «[i]l passo, quindi, è stato manipolato dai compilatori o da qualche maestro postclassico, non comunque nella sua sostanza ma solo per ragioni di brevità». Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, in «Studi in onore di Giuseppe Grosso», vol. V, Torino, G. Giappichelli Editore, p. 38, nota 34.

segundo Labeo, quem habita pessoalmente a casa o poderia receber, tal como aos seus hóspedes e aos seus libertos.

Donde resulta, por conseguinte, que a habitação da casa pelo titular do direito de uso não oferecia dúvidas; e o mesmo se pode dizer quanto à possibilidade de com ele habitarem os membros da sua família (certamente porque estes viviam com aquele)⁶⁸, que constituía *ius receptum*⁶⁹. Mas a possibilidade de os libertos do usuário habitarem a casa com ele foi objecto de discussão, talvez até ao tempo de *Celsus (filius)*, que deu resposta afirmativa a essa questão. Este notável jurisconsulto clássico reconheceu igualmente ser possível o usuário receber um hóspede, opinião que, no entanto, é por ele atribuída (no seu *liber octavo decimus digestorum*) a Tubero, que, porventura, a teria defendido sem que a mesma lograsse concitar a adesão imediata de outros jurisconsultos⁷⁰. Maiores dúvidas suscitava a questão de saber se o usuário podia receber inquilinos: Ulpiano menciona a opinião de Labeo, para quem o usuário podia receber um inquilino, contanto que habitasse na casa, do mesmo modo que com ele podiam habitar hóspedes e os seus libertos.

D.7,8,3: «*Et clientes*».

Este passo, pertencente a Paulo, limita-se a acrescentar a possibilidade de o titular do direito de uso receber os seus clientes.

D.7,8,4 pr.: «*ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitet, non erit ei invidendum: [quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?] Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni*».

Parece-nos, contudo, que SCAPINI não tem razão. Com efeito, o que D.7,8,2,1 diz não é (como pretende o referido romanista italiano) que Tubero aprova a opinião de Celso contida no livro aí indicado, mas que (como escrevemos em texto) Tubero aprova a possibilidade de o usuário receber um hóspede (a que Ulpiano se refere imediatamente antes da parte desse parágrafo em que SCAPINI se baseia para afirmar a existência de uma «inexactidão cronológica»), opinião essa que é atribuída a Tubero por Celso (no livro aí mencionado). Cremos que o reparo feito por SCAPINI constitui um equívoco, que resulta de não ter atentado na importância de que a asserção «*posse hospitem quoque recipere*» se reveste para a compreensão do que se segue («*nam ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat*»).

⁶⁸ Sobre a justificação desta primeira extensão do *uti* (para além da pessoa do usuário) e a *familia* que aí está em causa, vide SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., pp. 34-37.

⁶⁹ Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 34.

⁷⁰ Saliente-se que não foi conservado no Digesto qualquer fragmento extraído das obras de Tubero. As suas opiniões em matéria de direito privado apenas são conhecidas através das poucas citações contidas em fragmentos do Digesto provenientes das obras de outros juristas clássicos: os *libri posteriores* de Labeo, epitomados por *Iavolenus*, os *libri digestorum* de Celso, algumas obras de Ulpiano (nas quais, por vezes, também são indicados livros de Celso, como sucede no passo que estamos a analisar) e numa de Paulo. A respeito destas citações, vide FERRINI, Contardo, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, cit., pp. 26-28.

Este parágrafo, que retoma o que Ulpiano dizia no fragmento 2, esclarece que, não habitando o usuário na casa, nem sequer estes (entenda-se, os hóspedes e os libertos, a que aludia no passo anterior) podem habitá-la. E, de imediato, refere que, em relação ao inquilino, Próculo adverte que não se designa propriamente como inquilino aquele que habita com o usuário (o que sugere a utilização do termo *inquilinus* por Labeo em sentido não técnico⁷¹); e que, ainda segundo este jurista clássico («*secundum haec*»), o usuário não deve ser impedido de receber uma *pensio* (do hóspede, atendendo a que, em rigor, não é inquilino), contanto que ele próprio aí habite. Segue-se uma pergunta retórica: «que se diria se fosse deixado o uso de uma casa tão espaçosa a um homem modesto que se contentasse com uma parte dela?», dando a entender que poderia locar a parte restante, por se referir imediatamente antes o pagamento de uma *pensio*. E, a terminar, alude-se ainda à possibilidade de habitarem com o usuário aqueles que tinha ao seu serviço como se fossem escravos seus, ainda que se tratasse de pessoas livres ou de escravos alheios.

A parte desse parágrafo que vai de «*secundum haec*» a «*contentus sit?*» é considerada interpolada por muitos romanistas, como Riccobono, Pampaloni, Bonfante e Albertario⁷², assim como Grosso, Scapini e García Sánchez. atenemos no que sustentam os três últimos.

Grosso considera essa parte do texto uma interpolação devida, provavelmente, a um «enxerto pós-clássico», afirmando que ela é «bastante evidente», pelo modo como esse passo está inserido, pelo modo como trunca, com uma

⁷¹ Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 41.

⁷² Cfr. RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, in «*Studi di diritto romano, di diritto moderno e di diritto publicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*», vol. I, Milano, Ulrico Hoepli, 1905, p. 584 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1929, col. 101]; PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, in «*Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*», vol. XLIX (1911), p. 247 e nota 1 da mesma – onde o A. afirma serem verdadeiras todas as interpolações indicadas por RICCOBONO e sustenta ser «ilógico» o modo como as palavras «*secundum haec et si pensionem percipiat*» se ligam às que as precedem; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, vol. III. *Diritti Reali*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1933, p. 91 – que se limita a aderir à opinião de BREMER, RICCOBONO e PAMPALONI); e ALBERTARIO, Emilio, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, in «*Studi di Diritto Romano*», vol. V, «*Storia. Metodologia. Esegese*», Milano, Antonino Giuffrè – Editore, 1937, nota 2 da p. 301 – o qual invoca «numerosos indícios formais» (embora só mencione expressamente «*porciuncula*» e «*quid enim si*», que fazem parte da interrogação contida no passo) e a «ilicidade da dedução».

Saliente-se que BREMER apenas considerava interpolada a parte desse parágrafo que vai de «*secundum haec*» a «*imvidendum*» (precisamente aquela que, como dizemos em texto, nos parece ser clássica). Cfr. Bremer, F. P., *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, Pars altera – Primi post principatum constitutum saeculi iurisconsulti, Sectio altera*, Lipsiae, In Aedibus G. B. Teubneri, 1901, p.146 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 101].

afirmação e motivação generalizadora, o trabalho de determinação (que ainda prossegue na frase final) e pela própria forma; e, na linha de Riccobono, afirma que a referida generalização desloca os termos, não sendo já o «*inquilinum recipere qui cum eo habitet mas o pensionem percipere dum ipse quoque inhabitat* (...) que é confirmado no passo seguinte, nos termos do qual o usuário modesto pode contentar-se com uma parte da *domus*, locando o resto»⁷³.

Scapini, depois de dizer que no passo em causa «se tenta justificar, com extrema superficialidade, uma generalização que contradiz não só os princípios clássicos mas também os justinianeus em matéria de *usus*», sustenta que «para excluir a sua natureza clássica é suficiente observar que a concessão de um *frui* limitado se baseia no conceito de necessidade reportado à posição social do próprio usuário («*homini mediocri, ut portiuncula contentus sit*)», enquanto noutro passo, «não suspeito» (segundo este A.), D.7,8,22,1, o mesmo conceito não adquire o mínimo relevo para o fim de conceder ao proprietário o uso das partes supérfluas da *domus*»; segundo este romanista, «seria pelo menos arbitrário imputar à jurisprudência romana, que procedia com coerência lógica, a concessão de um *frui*, ainda que limitado, ao usuário de modestas exigências, com base num conceito irrelevante para autorizar o *dominus* a usar parcialmente a sua coisa»; ainda na sua opinião, o aditamento pelos compiladores do período «*secundum haec – contentus sit?*» deu corpo à «nova concepção do *usus domus*», deslocando, assim, «o discurso relativo ao *inquilinus* do caso específico em que era admitido pelos clássicos para um âmbito avaliado quantitativamente, segundo as novas orientações justinianeias»⁷⁴.

E García Sánchez invoca nesse sentido «a ordem de ideias contida nesse período», o «estilo utilizado» (que «recorda de maneira especial a constituição do ano 530 relativa à *habitatio*») e, em particular, «a correspondência entre o *quid enim distat* e o *quid enim si*» (contidos, respectivamente, em D.7,8,4pr. e em C.3,33,13,1⁷⁵), «expressões que revelam uma mentalidade jurídica confusa na distinção dos diversos institutos jurídicos: usufruto, uso e *habitatio*», sustentando que mediante a exigência de habitação na casa pelo usuário se pretende «salvar o conceito clássico do direito real de uso»⁷⁶.

Não é possível analisar aqui ponto por ponto essa orientação doutrinal. Sempre diremos, todavia, que nos parece não haver motivo para reputar inter-

⁷³ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 436-437, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, in «*Studia et Documenta Historiae et Iuris*», Ano V (1939), p. 138.

⁷⁴ Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., pp. 34 e 42-44.

⁷⁵ A constituição imperial conservada em C.3,33,13 encontra-se transcrita *infra*, n.º 2.2.

⁷⁶ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., pp. 179-180 – onde o A. sustenta que se deve pôr essa interpolação em relação com a de D.7,8,8pr. (a que aludimos adiante).

polada a parte dessa expressão que vai de «*secundum haec*» a «*invidendum*» e que só constitui interpolação a interrogação retórica que se segue «*quid enim – contentus sit?*». Na verdade, a circunstância de a alusão à possibilidade de o usuário receber uma pensão daquele que com ele habitasse na casa sem ser familiar ou liberto ser ainda atribuída a *Proculus* parece excluir uma interpolação justinianeia; mas parece igualmente de afastar a interpolação pós-clássica, uma vez que esse passo se explica perfeitamente no quadro do direito clássico, não constituindo, aliás, qualquer generalização (que nos parece existir somente na segunda parte da expressão e não contamina o que se diz no início da mesma).

Com efeito, da parte final de D.7,8,2,1 resulta haver divergência entre Labeo e Próculo a respeito do que devia considerar-se «*inquilinus*». E o que se segue harmoniza-se perfeitamente com o conceito de *Proculus*, que vê na pessoa recebida pelo usuário um hóspede (por habitar na casa com o usuário), mesmo que ele pague uma *pensio* (provavelmente diária), enquanto Labeo o designava como inquilino (apesar de não habitar a casa com base num contrato de locação e sem a presença do usuário), talvez por ver no hóspede alguém recebido pelo usuário na casa sem pagamento de qualquer *merces* ou *pensio*, ou seja, gratuitamente (enquanto Próculo admitia a possibilidade de a hospedagem ter natureza onerosa)⁷⁷; do que se trata é, pois, de uma divergência de opiniões entre dois juristas, ainda que pertencentes à mesma «escola», a proculiana (reveladora de que nem sempre o segundo seguiu as doutrinas do primeiro)⁷⁸.

⁷⁷ Neste sentido, vide CONNANUS, Franciscus, *Commentariorum Iuris Civilis, Tomus prior, quinque libros complectens*, Parisiis, Apud Iacobum Kerver, 1553, Liber III, Cap. V, p. 237/v.º, onde este jurista humanista afirma: «Inquilino é aquele que habita numa casa alheia gratuitamente ou pagando uma remuneração e, propriamente, também aquele que habita sozinho e ocupa toda a casa. Porque se habita com o dono da casa ou com aquele que tem o uso dela não é dito inquilino, mas hóspede, mesmo que habite na casa pagando uma retribuição, porque aquele que tem o uso de uma casa, embora não possa locá-la a um inquilino, não está proibido de receber hóspedes, quer lhes conceda hospedagem gratuitamente quer o faça onerosamente, sendo o preço determinado por cada dia» [*Inquilinus est qui gratis, vel precio habitat in alieno privato, proprie tamen qui solus habitat, & totam domum occupat. Nam si cum domino, aut eo qui domus usum habet, non tam inquilinus, quam hospes dicendus est, etiam si mercede habitet. quare qui usum domus habet, licet locare eam inquilinis nequeat, hospites tamen recipere non prohibetur, sive gratuitum praestet illis hospitium, sive mercenarium, constituto in singulis dies precio*].

⁷⁸ Como resulta das referências feitas a estes juristas por Pompônio, em D.1,2,2,47, D.1,2,2,48 e D.1,2,2,52, a escola proculiana foi fundada por Labeo e recebeu a sua designação do *cognomen* do seu discípulo (posto que não imediato, porque àquele jurista sucedeu Nerva *pater*) Próculo.

A respeito destes juristas, vide KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., pp. 114 e 123-129; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 387-389; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, cit., pp. 488-489; e FASCIONE, Lorenzo, *Storia del Diritto Privato Romano*, 2.ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, p. 455.

A referida interrogação retórica, essa sim, é espúria, constituindo muito provavelmente uma interpolação justiniana⁷⁹, determinada pela alteração que havia sido introduzida pela constituição imperial do ano 530 contida em C.3,33,13⁸⁰.

D.7,8,4,1: «*Mulieri autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo si viduae legatus sit, an nuptiis contractis post constitutum usum mulier habitare cum marito possit? Et est verum, ut et Pomponius libro quinto et Papinianus libro nono decimo quaestionum probat, posse eam cum viro et postea nubentem habitare. Hoc amplius Pomponius ait et cum socero habituram*».

Neste parágrafo, Ulpiano passa a tratar do uso deixado à mulher casada. E logo é citado *Quintus Mucius (Scaevola)*, que teria sido o primeiro jurista a admitir que a mulher podia habitar com o marido a casa de que ela tinha o uso, para que não ficasse privada do matrimónio quando a quisesse usar⁸¹; para de imediato se salientar que na hipótese inversa nunca houve dúvidas de que a mulher podia habitar a casa na companhia do marido, titular do direito de

⁷⁹ No sentido de que essa interrogação constitui uma interpolação, *vide*, por ex., PAPA, Enrico, *Usa di cosa frutifera*, cit., p. 689 e nota 27; e IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, cit., p. 216 e nota 80.

⁸⁰ *Cfr. infra*, n.º 2.2.

⁸¹ Segundo cremos, a «privação do matrimónio» a que o passo alude resultaria de, no caso concreto, se poder considerar desaparecida a *affectio maritalis*, com a consequente dissolução do matrimónio. Na verdade, segundo a concepção clássica, o *matrimonium* consistia na relação entre um homem e uma mulher, livres e púberes, dotados de *ius conubii*, assente na vontade efectiva, contínua e recíproca de estarem unidos como marido e mulher (a denominada *affectio maritalis*); e a sua dissolução ocorria quando essa vontade deixasse de existir por parte de um dos cônjuges. Ora, na hipótese considerada (por se aludir a mulher casada no momento em que lhe era deixado o *usus* de uma *domus*), tinha-se verificado, certamente, a *deductio in domum mariti*, que constituía um dos indícios mais relevantes da existência da *affectio maritalis* e, em via de consequência, do *matrimonium* (o que não acontecia com a *deductio in uxoris domum*, como resulta de D.23,2,5 – «...*deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*»); se a *uxor* decidisse deixar de viver com o marido nessa casa e fosse habitar (até ao fim da sua vida, tratando-se de uso vitalício) naquela cujo *usus*, entretanto, lhe tivesse sido deixado, sabendo que o marido não poderia nela habitar, isso devia ser interpretado como falta de vontade, da sua parte, de continuar unida em matrimónio.

A respeito do *matrimonium* no direito romano clássico, *vide* CURA, António A. Vieira, *A união de facto («concubinatus») no Direito Romano – Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justiniana*, in «*Juris et de jure*. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto», Porto, U. C. P., 1998, pp. 1305-1308 (com referências bibliográficas).

No sentido de que «a particular estrutura do matrimónio romano» («para cuja existência era suficiente a *maritalis affectio*») não podia «constituir a base jurídica e formal» para essa extensão do *uti* para além do usuário (em virtude de ser possível os cônjuges viverem em lugares separados «por um lapso de tempo considerável»), *vide*, porém, SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» *nel Diritto Romano*, cit., pp. 35-36 – para quem «os juristas romanos, ao determinarem gradualmente o conteúdo do *usus domus*, tiveram em conta a realidade da vida e as suas exigências concretas, sugeridas, de modo particular, pelo costume social».

uso⁸². Seguidamente, Ulpiano interrogava-se a respeito da possibilidade de a viúva a quem foi legado o uso de uma casa nela habitar com o novo marido, com quem viesse a contrair segundas núpcias depois de constituído o direito de uso, respondendo que uma vez casada (de novo) ela pode habitar a casa com o marido; nesse sentido, invoca a aprovação de Pompónio e de Papiniano (com indicação das obras em que estes juristas manifestam essa opinião). E acrescenta que Pompónio vai ainda mais longe, ao sustentar que também o sogro da usuária pode habitar com ela (e com o marido da usuária).

O texto denota, desde logo, uma evolução a respeito da possibilidade ou impossibilidade de o marido habitar na casa com a mulher usuária. Até Quinto Múcio Cévola (que deve ser o mais novo com esse nome, falecido em 82 a. C., em virtude da grande autoridade de que gozaram os seus escritos⁸³) parece que havia unanimidade a respeito da inadmissibilidade de a mulher a quem fosse deixado o uso da casa viver nela com o marido, o que significa que a casa devia ser apenas habitada pela legatária; mas esse prestigiado jurista pôs termo a essa compreensão estritamente pessoal do direito de uso, nesse caso particular, admitindo que com ela pudesse habitar o marido, atendendo às consequências inadmissíveis da solução oposta. Subsistindo dúvidas a respeito da possibilidade de a usuária viúva que, entretanto, se unisse novamente em matrimónio habitar a casa com o novo marido, Ulpiano defende também que tal poderia verificar-se, estribando-se no parecer de Pompónio e de Papiniano; e acrescenta que o primeiro teria ainda reconhecido que com a usuária e com o marido poderia habitar também o sogro dela (e pai dele), desde que o marido estivesse na sua companhia, como é esclarecido no fragmento seguinte (D.7,8,5), pertencente a *Paulus*: «*Immo et socer cum nuru habitabit, utique cum vir una sit*».

D.7,8,6: «*Non solum autem cum marito, sed et cum liberis libertisque habitare et cum parentibus poterit: et ita et Aristo notat apud Sabinum. Et huc usque erit procedendum, ut eosdem quos masculi recipere et mulieres possint*».

Neste fragmento, com o qual se retoma a exposição de Ulpiano, encontra-se testemunhado mais um passo da evolução do conteúdo do direito de uso de uma casa concedido a uma mulher: segundo o jurista a quem o passo pertence, podiam ainda habitar com ela na casa os seus filhos e os seus libertos, assim como os seus pais, o que teria sido defendido por Aristo, com base na

⁸² O que bem se compreende em face do que dissemos (na nota anterior) a respeito do alcance de que se revestia a *deductio in domum mariti*.

⁸³ Cfr. KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, p. 18; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 376 e 384-385; e GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, pp. 338-339.

opinião de Sabino (o que faz remontar esse entendimento ao séc. I d. C., uma vez que *Sabinus* terá falecido em meados do mesmo)⁸⁴; e no final sustenta que se deverá chegar a dizer que as mulheres podiam receber na casa as mesmas pessoas que podiam ser recebidas pelos homens.

Também este passo mostra, pois, que o conteúdo do direito da usuária da casa foi sendo ampliado, com o alargamento ads pessoas que com ela podiam habitar.

D.7,8,7: «*Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit, qui honeste cum ea quae usum habeat habitaturus sit*».

Este fragmento pertencente a Pomponius revela que, diferentemente do que acontecia quando o usuário era o marido, havia uma limitação ao direito de receber hóspedes, pois só eram admitidos os que com ela fossem habitar honestamente (numa clara valoração moral, que alguns jurisconsultos medievais e humanistas consideraram aplicável também ao uso de uma *domus* concedido ao marido⁸⁵).

I.3.2.2 O conteúdo do uso de um *fundus*

A determinação do conteúdo do uso do *fundus* oferece muito mais dificuldades, em virtude de se tratar de uma *res* produtora de frutos naturais.

Já vimos que o simples *usus* é negativamente delimitado pela ausência do *frui*, que no usufruto é indissociável do *uti* e se traduz na apropriação dos frutos pelo usufrutuário⁸⁶.

E, especificamente quanto ao uso de um *fundus*, dispomos de um passo do Digesto (D.7,8,10,4) que começa por dizer que, se fosse legado o uso de um *fundus*, não se duvidava de que havia, em qualquer caso, menos do que o usufruto – «*Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat*»⁸⁷.

Mas este parágrafo logo afirma ser necessário ver qual o alcance do legado («*Sed quid in ea causa sit, videndum*») e, portanto, em que consiste o uso

⁸⁴ Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 390.

⁸⁵ Cfr., quanto aos humanistas, por ex., DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, cit., *Lib. X*, Cap. XXV, n.º V, col. 222 [«(...) *Sed et hoc ad masculos transferendum est; ut si cui usus aedium legatus sit, non possit recipere in aedes meretricem aut concubinam, cum qua honeste habitare non possit*»].

⁸⁶ Cfr. *supra*, n.º 1.3.1.

⁸⁷ Cfr., também, I.2,5,1 – «*Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usu fructu. (...)*».

do *fundus*. E nele se inicia também a determinação positiva do seu conteúdo, feita de modo casuístico, com a convocação (por *Ulpianus*, a quem o texto pertence) de um parecer de Labeo:

D.7,8,10,4: «(...) *Et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibitorium illo venire: sed colonum non prohibitorium nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi causa illic sit: ceterum si urbanam familiam illo mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familiam prohibendam eiusdem rationis est. Idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum*».

Labeo entendia que o usuário podia habitar no *fundus* (naturalmente, porque havia nele algum edifício que o permitia) e, inclusivamente, proibir que o *dominus* lá entrasse, mas não já o colono (locatário), nem os escravos que se encontrassem nas terras para as cultivarem (mas não quaisquer outros) – o que apenas se compreende por estar em causa, em concreto, um *fundus* que não era cultivado pelo *dominus* e pelos seus escravos, mas que tinha sido objecto de *locatio conductio*. E afirmava ainda que só ao usuário pertencia o uso da adega e do lagar de azeite, não podendo o *dominus* usá-las contra a vontade daquele.

E a tanto se limita a versão compilatória do texto, apesar de ser bem provável que o grande jurista clássico cuja opinião nos é transmitida por *Ulpianus* tratasse mais desenvolvidamente dos termos em que o usuário exercia o seu direito⁸⁸. Prevaleceu a determinação de que os escritos dos juristas clássicos fossem reduzidos⁸⁹.

O direito de o usuário morar no *fundus* é reafirmado no fragmento seguinte, procedente das *Res Cottidianae* de Gaio:

D.7,8,11: «*Inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: (...)*»⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 443.

⁸⁹ É o próprio Justiniano que, na constituição *Tanta* (§ 1.º), nos dá conta de que deu permissão a Triboniano para «reduzir convenientemente as obras doutíssimas da antiguidade» (isto é, dos juriconsultos clássicos) e refere que, dos «quase dois mil *libri*» escritos pelos juristas clássicos (recolhidos por Triboniano e pelos restantes compiladores), contendo «mais de três milhões de linhas», se procedeu à escolha do melhor de todos eles, de acordo com as suas instruções, o que resultou numa obra com «cinquenta livros», com um total de «cento e cinquenta mil linhas», na qual ficou reunido tudo o que foi considerado verdadeiramente útil: «(...) *Postea vero maximum opus adgredientes ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta eidem viro excelso permisimus tam colligere quam certo moderamini tradere. sed cum omnia percontabamur, a praefato viro excelso suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam trecenties decem milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere. quod (...) confectum est secundum nostra mandata, quae ab initio ad memoratum virum excelsum fecimus, et in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est (...) in centum quinquaginta paene milia versuum totum opus consummantes (...)*».

⁹⁰ O mesmo se acha estabelecido em I.2,5,1.

O conteúdo do direito do usuário, de morar no *fundus*⁹¹, era limitado, quer por não poder constituir incómodo para o proprietário quer por não poder existir qualquer estorvo para aqueles que executavam os trabalhos agrícolas (a que acrescia o limite contido na 2.^a parte —«*nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest*»—, a que aludiremos adiante).

A determinação do conteúdo do *usus* prossegue nos dois primeiros parágrafos (no *principium* e no § 1) de D.7,8,12, outro fragmento (muito extenso) extraído do livro XVII dos comentários de Ulpiano *ad Sabinum*, que alude também ao uso de animais e de escravos (por esta ordem). Vejamos, por ora, o que contém os parágrafos referentes ao *usus fundi*.

D.7,8,12pr.: «*Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est. Venire plane proprietarium ad fructus percipiendos magis dicendum est, et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse admittendum est*».

Neste passo reconhece-se àquele a quem foi deixado (legado) o uso pleno da *villa* (casa de campo) ou do *praetorio* (casa senhorial)⁹², sem prejuízo, porém, de o *dominus* poder ir colher os frutos e de lá habitar durante o período das colheitas. Donde resulta, pois, que o *usus* compreendia somente o uso dos edifícios, ou seja, a habitação neles, e não também o uso relacionado com a actividade produtiva, que pertencia ao *dominus*, e, além disso, atendendo à particularidade do seu objecto, podia ter de coexistir com a habitação do *dominus* durante a realização das colheitas⁹³.

Não nos parece haver razão para pôr em causa a natureza substancialmente clássica da segunda parte deste parágrafo («*Venire plane – admittendum est*»), apesar das dúvidas manifestadas a esse respeito, v.g., por Grosso⁹⁴.

D.7,8,12,1: «*Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum: idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat*

⁹¹ Sobre o alcance de «*morari*», vide, por ex., BIAVASCHI, Paola, *Profili antidogmatici del diritto romano: «in fundo morari», «precarium» di «habitatio» e «gratuita habitatio*», in «*Index*» 36 (2008), p. 254.

⁹² Sobre o que deve entender-se por *villa* e *praetorium*, para este efeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, p. 443, nota 2.

⁹³ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 443.

⁹⁴ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 444.

sumpturum et ex his quae Nerva negavit: Iuventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti: quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usu-rio agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur his, ut puto, dumtaxat in villa: pomis autem et oleribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferri possint: sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo».

Este parágrafo começa por reafirmar o direito que o usuário tem de habitar no *fundus*, para de imediato acrescentar outra prerrogativa que lhe assiste: a de nele passear, a pé ou de qualquer outro modo (por ex., a cavalo ou transportado numa liteira), sem pôr em causa o limite referido em D.7,8,11⁹⁵.

A determinação do conteúdo do uso do *fundus* prossegue com específica referência ao que não consistia na habitação (ou na mencionada deambulação), sendo possível surpreender no resto desse parágrafo importantes traços de evolução ainda na época clássica e, segundo parece, também de alteração posterior.

Na sua versão compilatória, o texto convoca primeiramente a opinião de Sabino e de Cássio, que reconheceram ao usuário o direito de se servir, para o seu uso quotidiano, da lenha, da horta, das frutas, das hortaliças, das flores e da água, mas somente para seu uso e não para obter um ganho com essas coisas, não podendo dispor delas⁹⁶. Essa opinião recebeu a concordância de Nerva, que acrescentou a possibilidade de usar a palha e os ramos cortados das árvores, excluindo, porém, a de fazer uso das folhas, do azeite, do trigo e dos frutos.

O passo diz a seguir que Sabino, Cássio, Labeo e Próculo foram mais longe, e disseram que, das coisas produzidas no *fundus*, inclusivamente das que Nerva negou, podiam ser tomadas pelo usuário aquelas de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família.

Vem depois mencionada a opinião de *Iuventius*⁹⁷, para quem o usuário também podia servir-se destas coisas quando tivesse convidados e hóspedes, acrescentando-se que parece verdadeira, por se dever proceder com generosidade em atenção à condição social daquele a quem se legou o uso.

Segue-se ainda uma restrição: o legatário só poderia usar das coisas até aí referidas na casa de campo, o que acaba por valer somente para as necessárias para o sustento do usuário e da sua família, uma vez que se considera preferível admitir que poderia servir-se das frutas, das hortaliças, das flores e da lenha

⁹⁵ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 444.

⁹⁶ A essa faculdade aludem igualmente as *Institutiones*. Cfr. I.2,5,1 – «(...) namque is qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intelletur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur: (...)».

⁹⁷ Deve tratar-se de *Celsus filius*.

tanto no próprio *fundus* como levá-las para a cidade e consumi-las aí, por isso não representar um encargo pesado, se tais coisas abundavam no fundo.

O texto suscita diversos problemas, como tem sido sublinhado, apesar de a atribuição dos diversos alargamentos do conteúdo do *usus* a determinados juristas clássicos poder constituir indício do seu carácter genuíno. Não cabendo nos objectivos deste estudo uma apreciação pormenorizada do seu conteúdo, limitar-nos-emos a alguns aspectos. Deixaremos de parte, em especial, a referência final, que não tem interesse para o objectivo que nos propusemos⁹⁸.

Assim, importa salientar que parece fora de dúvida ter sido ainda a *iurisprudencia* clássica a reconhecer como abrangido pelo *uti* o consumo de elementos produzidos no fundo. Realmente, com a abundante citação de juristas desse período que se encontra neste passo, apenas admitindo a completa adulteração (e «falsificação») do que fora dito por todos esses jurisconsultos – que, em todo o caso, só poderia ser obra de algum reelaborador pós-clássico, e não dos compiladores – se poderia afirmar que nada disso ocorreu na época clássica.

O carácter genuíno do que inicialmente se atribui a *Sabinus* e a *Cassius* (*Cassius Longinus*, discípulo de Sabino⁹⁹), ambos juristas do séc. I d. C. e pertencentes à «escola» sabiniana (ou cassiana)¹⁰⁰, parece não oferecer dúvidas; e tanto assim que Nerva (certamente Nerva *filius*¹⁰¹), apesar de ser proculiano¹⁰², concordou com essa opinião e acrescentou ainda que o usuário podia usar a palha e os ramos cortados das árvores. Trata-se, em qualquer caso, apenas do uso directo e do consumo dessas coisas, e não da sua apropriação e

⁹⁸ No sentido de que a parte final do passo («*sed melius – in fundo*») constitui uma interpolação, vide ALBERTARIO, Emilio, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, p. 302, nota 1; PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., pp. 259-261; e GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 446.

⁹⁹ Cfr. D.1,2,2,48 e 51.

¹⁰⁰ Cfr. D.1,2,2,48 e 52.

Sobre estes jurisconsultos, vide KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., pp. 119-120 e 130-131; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377, 388 e 390; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, cit., pp. 489-490; e FASCIONE, Lorenzo, *Storia del Diritto Privato Romano*, cit., p. 455.

¹⁰¹ Na verdade, atendendo a que Nerva *pater* terá falecido em por volta do ano 47 d. C. d. C. e Nerva *filius* faleceu cerca do ano 75 d. C., enquanto Sabino faleceu por volta do ano 48 d. C. e Cássio faleceu cerca do ano 70 d. C., parece-nos mais provável que tenha sido Nerva *filius* a concordar com a opinião destes dois (sobretudo com a do segundo); até porque o texto diz que Nerva acrescentou a possibilidade de o usuário do *fundus* fazer uso da palha e dos ramos cortados das árvores. A respeito destes juristas, vide KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., pp. 119-120 e 130-131; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377, 388 e 390; e GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, pp. 489-491.

¹⁰² Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 388; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, cit., p. 491; e FASCIONE, Lorenzo, *Storia del Diritto Privato Romano*, cit., p. 455.

aquisição, uma vez que não é consentida a disposição delas; Nerva excluía, no entanto, o uso das folhas, do azeite, do trigo e dos frutos¹⁰³.

Que a extensão atribuída a Sabino, Cássio, Labeo e Próculo – no sentido de que, das produzidas no *fundus*, podiam ser tomadas pelo usuário aquelas coisas de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família – provinha realmente das obras desses jurisconsultos é que nos parece não ser de admitir. Desde logo, porque tem contra si a circunstância de no início do parágrafo se atribuir aos dois primeiros uma posição mais restrita do que a que aqui se encontra: o direito de uso abrangeria não só aquelas coisas de que o usuário podia servir-se para o seu uso quotidiano (como defendiam Sabino e Cássio, segundo a parte inicial do parágrafo), mas também todas as produzidas no *fundus*, ainda que com o limite decorrente da necessidade do usuário e da sua família¹⁰⁴. E, mais ainda, porque Nerva *filius* é um proculiano posterior a Labeo e Próculo (respectivamente, fundador e jurista que deu o nome à escola proculiana, como vimos¹⁰⁵)¹⁰⁶ e não faria sentido que tivesse defendido uma posição mais restritiva do que aquela que, nesta parte, se afirma ter sido a dos seus predecessores, Labeo e Próculo, na medida em que Nerva excluía expressamente do direito de uso, designadamente, o azeite, o trigo e os frutos¹⁰⁷.

Ainda assim, não seria forçoso concluir pela natureza não clássica do alargamento do conteúdo do *usus* aí referido: ele poderia corresponder à opinião de outro ou de outros juristas clássicos, posteriores, sendo a referência àqueles juristas devida a erro cometido pelo próprio Ulpiano, a quem o passo é atribuído no Digesto – o que nos parece altamente improvável –, ou na época pós-clássica; ou pertencer a Ulpiano, o que se afigura menos provável, por se ter dedicado a obras de comentário (e, de qualquer modo, conhecendo como

¹⁰³ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 445-448.

¹⁰⁴ PAMPALONI considera essa parte do texto como clássica, à exceção da referência feita aos três juristas primeiramente mencionados, «*Sabinus et Cassius et Labeo*», que parece atribuir aos compiladores (sem, contudo, dizer em que se fundamenta); ou seja, esse passo seria clássico, mas teria sido somente Próculo a admitir que o usuário podia tomar para si as coisas produzidas no *fundus* de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família. Este A. afirma ainda que a expressão «*hoc amplius – negavit*» não contém nada que leve a suspeitar tratar-se de um acréscimo dos compiladores. Cfr. PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., pp. 260-261 e nota 12.

É certo que o argumento por nós aduzido não teria tanta força se a extensão em causa fosse apenas da responsabilidade de Próculo, uma vez que a concepção mais estrita mencionada no início do parágrafo é atribuída a Sabino e a Cássio. Ainda assim, parece-nos improvável uma divergência tão radical entre Próculo (discípulo de Nerva *pater*) e Nerva *filius* (com quem chegou a coexistir) – cfr. D.1.2.2.52 – a respeito do conteúdo do *usus*.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, nota 78.

¹⁰⁶ Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 388-389.

¹⁰⁷ Mesmo que se tratasse de Nerva *pater*, este sempre seria posterior a Labeo, de quem foi discípulo (cfr. D.1.2.2.48), embora anterior a *Proculus*, que lhe sucedeu (cfr. D.1.2.2.52).

poucos as obras dos juristas que o antecederam não atribuiria aquele parecer aos jurisconsultos mencionados na versão compilatória do texto)¹⁰⁸.

A circunstância de o texto ter sido, certamente, abreviado (em obediência à imperiosa necessidade de redução do rico manancial constituído pelas obras dos juristas clássicos ao limite de linhas determinado por Justiniano¹⁰⁹), só por si, não explica o seu teor actual; há indícios evidentes da sua reelaboração, talvez operada na época pós-clássica, embora não se possa excluir a sua natureza compilatória. Parece-nos, pois de admitir que a expressão «*etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit*», pelo seu sentido generalizador e pela mudança de paradigma que representa (e, de algum modo, pela tentativa de eliminar divergências doutrinárias a esse respeito, atribuindo esse entendimento aos fundadores das escolas sabiniana e proculiana e a dois dos seus discípulos), não é clássica; constitui realmente uma interpolação¹¹⁰, ainda que não nos pareça decisivo, contra o que sustenta GROSSO, o elemento formal traduzido em esta parte do parágrafo aludir a «*sumere*», «*acentuando l'elemento dell'apprensione, come precedente all'uso*», porque esse «tomar as coisas» sempre teria de existir em relação às primeiramente indicadas, precedendo o seu uso.

Como quer que seja, trata-se de um alargamento do conceito de uso do *fundus*, em relação aos produtos nele obtidos, em termos de poderem ser directamente utilizados para a satisfação das necessidades do usuário e da sua família (assim como dos seus convidados e hóspedes, segundo a opinião de *Iuventius*) no local onde eram produzidos. Não se exorbita, pois, do *uti*; não se trata de apropriação de todos os frutos, contrariamente ao que se verificava no usufruto¹¹¹.

¹⁰⁸ Dir-se-ia que a favor da natureza clássica do alargamento do conceito de uso aí em causa estaria o parágrafo inicial de um fragmento do Digesto proveniente de uma obra de *Paulus*, D.7,8,15pr. – «*Fundi usu legato licebit usuario et ex penu quod in annum dumtaxat sufficiat capere, (...)*» –, em virtude de esse jurista da época clássica tardia admitir que o legatário a quem foi concedido o uso de um *fundus* pudesse tomar da despesa as provisões de que necessitasse para o ano (por estar confinado a essa duração); mas parece-nos que isso se deve à especificidade da *penu legata* (além de que existem dúvidas a respeito da referência feita ao *fundus* em textos que versam aquele legado). Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 562-574.

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, nota 89.

¹¹⁰ Neste sentido pronunciam-se, por ex., RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, cit., p. 590 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 102], para quem constitui interpolação «*Sed – negavit*»; GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 448-450, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., pp. 134-138; PAPA, Enrico, *Uso di cosa fruttifera*, cit., p. 685; e IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, cit., p. 80 e nota 81.

¹¹¹ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 453-456, 462-464 e 466-469.

I.3.2.3 *O conteúdo do uso de outras coisas*

Quanto ao conteúdo do uso de outras coisas, apenas nos interessam aqui os parágrafos de D.7,8,12 que se referem ao uso de alguns animais e ao uso de escravos.

D.7,8,12,2: «*Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum*».

Este passo alude à hipótese de ter sido legado o uso de algum gado, por exemplo de um rebanho de ovelhas, e menciona a opinião de Labeo a respeito do conteúdo do seu uso: o legatário só poderá usar esses animais para estrumar a terra, não podendo usar a lã, nem os cordeiros, nem o leite, porque estas coisas pertencem mais ao usufruto. Mas depois diz, no que seria a opinião de *Ulpianus*, a quem é atribuído: penso, no entanto, que poderá servir-se de uma módica quantidade de leite, pois as vontades testamentárias não podem ser interpretadas com um sentido tão estrito.

A afirmação de que a lã, os cordeiros e o leite são mais objecto do usufruto do que do uso bem se compreende, uma vez que se trata de frutos das ovelhas como resulta de D.22,1,28pr., extraído das *res cottidianae* de Gaio: «*In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii*»¹¹².

A referência à possibilidade de o legatário se servir de uma módica quantidade de leite já foi considerada interpolada¹¹³. No entanto, parece

¹¹² Tradução: «No fruto dos gados está a cria, assim como o leite, o pêlo e a lã: por consequência, os cordeiros, os cabritos e os vitelos são adquiridos de pleno direito pelos possuidores de boa fé e pelos usufrutuários».

¹¹³ Cfr. RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, cit., p. 596 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 102] – que considera interpolada toda a parte final do texto, de «*Hoc amplius*» até «*defunctorum*»; ALBERTARIO, Emilio, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, cit., p. 302, nota 1 – que também sustenta a interpolação da referida parte final; e PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., pp. 249, nota 3, 257, 258, 258, nota 3 e 259 – onde reputa interpolada a parte do passo que vai de «*modico lacte*» a «*defunctorum*», considerando clássicas as palavras «*Hoc amplius*», a que se seguiriam (na versão de Ulpiano) as palavras «*etiam ex his sumpturum quod ad victum sibi suisque sufficiat*» (ou seja, uma formulação idêntica à que se encontra em D.7,8,12,1, mas nos parece interpolada).

que, quando muito, só não será clássico o critério quantitativo da modicidade¹¹⁴.

D.7,8,12,5 – «*Si usus ministerii alicui fuerit relictus, ad suum ministerium utetur et ad liberorum coniugisque, neque videbitur alii concessisse, si simul cum ipsis utatur: (...)*».

Este passo do Digesto, no excerto transcrito, refere-se à hipótese de ter sido deixado a alguém o uso de um escravo: o titular desse direito devia usar o escravo para o seu serviço, para o dos seus filhos e para o do seu cônjuge, entendendo-se que não o tinha cedido a outrem se o usasse juntamente com qualquer dessas pessoas¹¹⁵.

I.4 A intransmissibilidade do *usus*

O *usus* era um direito de carácter pessoalíssimo¹¹⁶. Compreende-se, por isso, que – além de se tratar de um direito que (como vimos) se extinguiu com a morte do usuário (não sendo, pois, transmissível aos herdeiros, como é expressamente afirmado, quanto ao legado da habitação, em D.7,8,10pr. –«...*ad heredem tamen nec ipsa transit...*»– e, relativamente ao uso da água, em D.7,8,21 –«*Usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest*») ¹¹⁷– o usuário não pudesse dar em locação a *res* que era objecto do uso, qualquer que este fosse, não pudesse ceder esse direito de qualquer outro modo, nem o pudesse vender.

¹¹⁴ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 453-460, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., pp. 134-136 e 139.

No sentido de que a possibilidade de se servir de uma módica quantidade de leite já era defendida por Ulpiano, vide FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado Romano*, Madrid, ed./A., 1978, p.151; e CASTRO-CAMERO, R., «*Usus sine fructus*», cit., p. 348; e quanto à natureza clássica da máxima segundo a qual «as vontades dos defuntos não devem ser interpretadas tão estritamente» (com que termina D.7,8,12,2), vide FERRINI, Contardo, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, cit., p. 27 – que a considera do início do império.

Sublinhe-se que nas *Institutiones* não se menciona essa possibilidade de consumo de qualquer quantidade de leite (mas isso pode dever-se à natureza elementar e introdutória dessa obra): I.2,5,4 – «*Sed si pecoris vel ovium usus legatus fuerit, neque lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest*».

¹¹⁵ Nas *Institutiones* alude-se somente ao uso pelo próprio usuário: I.2,5,3 – «*Item is ad quem servi usus pertinet ipse tantum operis atque ministerio eius uti potest: (...)*».

¹¹⁶ Neste sentido, vide, por ex., CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», cit., p. 349.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, n.º 1.2.2.

Relativamente ao uso de uma casa, isso é testemunhado, antes de mais, por aquela que, certamente, era a versão genuína de um passo do Digesto atribuído pelos compiladores a Ulpiano:

D.7,8,8 pr.: «*Sed neque locabunt [seorsum] neque concedent habitationem [sine se] nec vendent usum*».

Na sua versão compilatória, este parágrafo, atribuído a Ulpiano, estabelece o seguinte limite ao direito de uso: os usuários não podem locar nem conceder a habitação sem habitarem a casa e também não podem vender o uso.

Todavia, tem sido assinalada a interpolação de «*seorsum*» e de «*sine se*», que representaria uma atenuação do limite geral negativo ao uso da habitação, no direito clássico, que seria, antes, o de o usuário não poder locar a casa, conceder a habitação a outrem e vender o uso¹¹⁸. E, realmente, parece haver razão para isso, que cremos residir na alteração introduzida por Justiniano quanto à *habitatio*, através da constituição imperial que reconheceu ao *habitor* o direito de locar a coisa objecto desse direito real¹¹⁹. Concordamos, pois, com a existência de interpolação, nos termos indicados, mas parece-nos devida aos compiladores justinianeus e não a um «mestre pós-clássico», como defende GROSSO.

Aliás, as *Institutiones* de Justiniano conservam (com inteira fidelidade ao direito clássico) a referência ao carácter pessoal do direito do usuário, que apenas podia usar pessoalmente o *fundus*, não podendo vender, locar ou ceder gratuitamente a outrem o seu direito de uso (contrariamente ao usufrutuário) e também só podia habitar a casa ele próprio (com as outras pessoas a que já aludimos), não podendo transferir o direito de habitação para outra pessoa:

– I.2,5,1: «(...) *is qui fundi nudum usum habet, (...): nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere*»;

– I.2,5,2: «*Item is qui aedium usum habet hactenus iuris habere intellegitur ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: (...)*».

¹¹⁸ Cfr., nomeadamente, RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, cit., p. 584 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 101]; PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., p. 247, nota 1; GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 438 e 440-441, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., p. 138; SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 73; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., p. 42.

¹¹⁹ Cfr. *infra*, n.º 2.2.

Relativamente ao uso de um *fundus*, essa limitação do conteúdo do direito do usuário está contida num fragmento do Digesto extraído das *Res Cottidianae* de Gaio:

D.7,8,11: «*Inque eo fundo hactenus ei morari licet, (...): nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest*»¹²⁰.

Este fragmento (já referido a outro propósito¹²¹) não deixa qualquer dúvida a respeito do não reconhecimento ao usuário do direito de vender a *res* de que tinha o direito de uso, de a locar ou de conceder gratuitamente o seu uso.

Quanto ao escravo de que se tinha o *usus*, Ulpiano menciona também a impossibilidade de o usuário dar em locação os seus serviços ou de ceder o seu uso a outra pessoa:

D.7,8,12,6: «*Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: (...)*».

A inadmissibilidade de transferência, de qualquer modo, desse direito de uso do trabalho ou do serviço do escravo para outrem consta também de um parágrafo das Instituições justinianeias:

I.2,5,3: «*Item is ad quem servi usus pertinet (...): ad alium vero nullo modo ius suum transferre ei concessum est. (...)*».

Sem referência ao objecto do *usus*, dispomos ainda de um outro passo do Digesto que alude à inadmissibilidade da venda e da locação, a propósito dos termos em que podia ser feita a divisão, com a acção de divisão de coisa comum:

D.10,3,10,1: «*Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus. (...)*».

Do exposto resulta, pois, que o *usus* se distinguiu do *ususfructus* também por este motivo, em virtude de, ao contrário do titular do *usus*, o usufrutuário ter a possibilidade de conceder a fruição, locar ou vender o exercício deste direito a outra pessoa:

D.7,1,12,2: «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. (...)*».

¹²⁰ Cfr., também, I.2,5,1 (*in fine*), que contrapõe a essa situação jurídica do usuário a do usufrutuário, que o pode fazer – «(...) *nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere*».

¹²¹ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.2.

I.5 Algumas obrigações do usuário

O usuário tinha as seguintes obrigações: a de usar a coisa objecto desse direito como um *bonus pater familias*, a de efectuar reparações na casa cujo uso lhe fosse concedido e a de prestar caução (também quando se tratasse do uso de uma casa).

Que o usuário, no exercício do seu direito, devia comportar-se como um homem recto está estabelecido num passo do Digesto proveniente de um livro de *Paulus*:

D.7,8,15,1: «(...) *ita nec heres quicquam facere debet, quo minus is cui usus legatus est utatur, ut bonus pater familias uti debet*».

A obrigação de efectuar reparações na casa objecto do *usus* é versada num fragmento extraído de outra obra desse jurista da época clássica tardia:

D.7,8,18: «*Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat, si vero talis sit res, cuius usus legatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est: quae distinctio rationem habet*».

O texto começa por se referir ao legado do simples uso (*sine fructu*) de uma casa, dizendo que a reparação dela, para que se mantenha em bom estado, compete tanto ao herdeiro como ao legatário. Mas depois verifica-se uma inflexão no discurso, que passa a reportar-se, genericamente, ao uso de uma coisa legada e distingue consoante o herdeiro receba os frutos, hipótese em que ele próprio deve proceder à reparação, ou a natureza da coisa seja tal que o herdeiro não possa perceber os frutos, caso em que o usuário é obrigado a proceder à reparação; e conclui que essa distinção tem razão de ser.

Parece-nos que a aludida mudança do objecto, para mais com uma referência genérica na segunda parte (em contraste com o seu início), e a existência de uma primeira solução que acaba por ser afastada depois atestam a reelaboração do texto, na época pós-clássica ou pelos próprios compiladores. A distinção nele presente deve valer para o direito justinianeu, mas não para o direito clássico.

A obrigação de prestar caução, quando tenha sido legada uma casa, é referida num fragmento do Digesto proveniente de um livro de *Papinianus*:

D.7,9,11: «*Usu quoque domus relicto viri boni arbitrato cautionem interponi oportet: nec mutat, si pater heredes filios simul habitare cum uxore legataria voluit*».

Aquele a quem foi deixado o uso de uma casa, diz o passo, está obrigado a prestar caução (*cautio usuaria*) segundo o arbítrio de um homem recto. Acrescenta depois que essa obrigação se mantém se o pai quis habitar juntamente com os filhos herdeiros e com a mulher legatária¹²².

Tratava-se de uma *satisfatio necessaria*, à semelhança do que acontecia com a prestada a favor do titular da nua propriedade para garantir a restituição da coisa sobre a qual tinha sido constituído um usufruto (*cf*: D.2,8,8,4).

II. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO DIREITO JUSTINIANEU (OU NELE CONSAGRADAS)

Foram diversas e de alcance variado as alterações introduzidas no uso e na habitação no direito justinianeum (ou que, efectuadas na época pós-clássica, nele permaneceram).

Sem grande relevância para o objectivo que nos propusemos, mencionamos desde já a eliminação da *capitis deminutio minima* do elenco das causas de extinção do *usus*, que resultou de ter sido afastada em relação ao usufruto (mantendo-se a remissão para este, quanto ao uso)¹²³ – sendo, aliás, mencionada também para o *usus* num parágrafo das *Institutiones*¹²⁴ –, bem como a exclusão do não uso do elenco das causas de extinção do usufruto, passando esta a verificar-se somente em caso de procedência da excepção de prescrição (de dez anos ou de vinte anos, contra presentes ou contra ausentes, respectivamente) invocada pelo possuidor na *vindicatio ususfructus* instaurada pelo usufrutuário¹²⁵.

¹²² *Cf*: *supra*, n.º 1.3.2.1.

¹²³ *Cf*: C.3,33,16,2 – «*Sed nec per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum imminere nostris patimur subiectis. (...)*» –, C.3,33,16,3 – «*Excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem vel civitatem romanam possit adimere: et tunc enim usus fructus omnimodo ereptus ad suam revertatur proprietatem*»; e I.2,4,3 – «*Finitur autem usus fructus (...) duabus capitis deminutionibus, maxima et media, (...) quae omnia nostra statuit constitutio. (...)*».

¹²⁴ *Cf*: I.3,10,1, *in fine*: «*(...) usus etenim et usus fructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio*».

¹²⁵ *Cf*: C.3,33,16,1 – «*Sed nos haec decedentes sancimus non solum actionem quae pro usu fructu nascitur, sed nec ipsum usum fructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu, sed usum fructum, quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum, cum multae et innumerae causae rebus incidunt mortalibus, per quas homines iugiter detinere quod habent non possunt, et est satis durum per huiusmodi difficultates amittere quod semel possessum est, nisi talis exceptio usufructuario opponetur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum praesentem vel absentem excludere*» –, C.7,33,12,1 – «*Sancimus itaque debere in huiusmodi specie utriusque personae tam petentis quam possidentis spectari domicilium, (...) et si uterque domicilium in eadem habet provincia, causam inter praesentes esse videri et decennio agentem excludi*» –, C.7,33,12,3 – «*Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera, tunc ut inter absentes causam disceptari et locum esse viginti annorum*

Interessam-nos especialmente as alterações verificadas quanto ao conteúdo do direito de uso e, sobretudo, a autonomização da *habitatio*, de que nos ocuparemos por esta ordem. Ainda assim, não deixaremos de aludir, depois, a algumas outras alterações.

II.1 A ampliação do conteúdo do *usus*

Já tivemos oportunidade de analisar a parte do parágrafo do Digesto que, a determinado passo, diz que Sabino, Cássio, Labeo e Próculo foram mais longe (do que antes se indicara) e disseram que o usuário podia tomar das coisas produzidas no *fundus* (inclusivamente das que Nerva havia negado) aquelas de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família:

D.7,8,12,1: «(...) *Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit: (...)».*

Apesar de termos algumas dúvidas, parece-nos que no estado actual do conhecimento das fontes, o alargamento do conteúdo do *usus* aqui contido não foi obra dos juristas clássicos a quem esse entendimento é atribuído e também não pertence a *Ulpianus*, jurista dotado de elevadíssimo nível cultural que, por esse motivo, e atendendo ao que acima dissemos sobre os problemas suscitados por esse passo, não atribuiria a *Sabinus*, *Cassius Longinus*, *Labeo* e *Proculus* o que se encontra na versão compilatória dessa parte do texto; e também não cremos que seja devido a quaisquer outros juristas clássicos, que o próprio *Ulpiano* não teria mencionado, substituindo-os pelos que se encontram na versão compilatória do fragmento (hipótese que nos parece de afastar liminarmente).

Esse alargamento do conceito de uso do *fundus*, ínsito na expressão «*etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit*», consubstancia uma interpolação. Pelo menos no direito justiniano, o usuário podia usar directamente os produtos do *fundus* para a satisfação das suas necessidades e da sua família (assim como dos seus convidados e hóspedes), ainda que apenas no local onde eram

exceptioni. (...)»; C.7,33,12,4 – «Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes» – e C.3,34,13 – «Sicut usum fructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passim huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus adnexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatium contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis differentiis expolis».

produzidos. Ainda assim, como dissemos, não se exorbita do *uti*, por não se tratar da apropriação (e aquisição) de todos os frutos, contrariamente ao que se verificava no usufruto¹²⁶.

II.2 A *habitatio* como *ius proprium*, diferente do uso de uma casa

Através da constituição imperial de 14 de Setembro do ano 530, Justiniano consagrou a *habitatio* como *ius proprium*, como direito autónomo¹²⁷, distinto do *usus* de uma *domus* (que se mantém no direito justiniano¹²⁸) e do respectivo *usus fructus*, como, aliás, se acha claramente afirmado num parágrafo das *Institutiones*.

A referida constituição imperial é do seguinte teor:

C.3,33,13: «*Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurium decedentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem reseca-mus. 1. Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam. quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat, ut mercedem accipiat? 2. Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito. 3. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum fructum nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legata-*

¹²⁶ Cfr: GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 453-456, 462-464 e 466-469, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., pp. 134-137.

¹²⁷ Cfr: ROTONDI, Giovanni, «*Natura contractus*», in «*Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*», 24 (1911), p. 15 – onde afirma que «Justiniano decide que si trata de una figura autonoma» e que é «la sua statuizione positiva che le attribuisce una struttura giuridica propria, una 'natura specialis'»; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., p. 183 e nota 29; GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., pp. 115 e 117; JUSTO, António Santos, *Direitos reais. A base romanística dos direitos português e brasileiro*, cit., p. 49; FENOCCHIO, Marco A., «*Habitatio* - «*dominium*»: una tesi sulla natura dell'abitazione ricordata in C. I.3.33.13.pr., in «A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici» (A cura di Ferdinando Zuccotti e Marco A. Fenocchio), Milano, Ledizioni LediPublishing, 2018, p. 72; e GIL GARCÍA, Maria Olga, *La «locatio conductio» del derecho de «habitatio»*, in «*A Locatio-Conductio. Influência nos direitos atuais: Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano*», Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018, pp. 718-719.

¹²⁸ Para além das referências que lhe são feitas nos textos do Digesto (cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1.), o *usus* de uma *domus* é mencionado ainda no § 2.º do Título 5.º do Livro II das *Institutiones* (I.2,5,2) – «*Item is qui aedium usum habet hactenus iuris habere intellegitur ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: et vix receptum videtur ut hospitem ei recipere liceat et cum uxore sua liberisque suis, item libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi ius habeat, et convenienter, si ad mulierem usus aedium pertineat cum marito habitare ei liceat*».

rius possit ostendere et dominium ei domus esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia oboediendum est. 4. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest»¹²⁹.

No parágrafo com que se inicia a constituição imperial (pr.) diz-se que «antigamente» (o que se refere à época clássica, por ser entre os juristas desse período que existia divergência a respeito da questão nela versada) se duvidava, em primeiro lugar, se, legado o usufruto da habitação, esta era semelhante ao uso, ao usufruto ou a nenhum deles, constituindo a habitação um direito próprio e com natureza especial, e, em segundo lugar, se aquele a quem foi legada a habitação podia dá-la em locação ou reivindicar o domínio para si; e que o imperador, pondo termo ao dissídio entre os autores, elimina com breve resposta toda a dúvida a esse respeito.

No parágrafo 1.º diz-se que se alguém tiver deixado a habitação, pareceu conveniente ao imperador inclinar-se para o parecer mais humano e permitir também ao legatário dá-la em locação e conclui-se com a seguinte interrogação: que diferença existe entre o próprio legatário permanecer nela ou cedê-la a outrem para receber a pensão?

No parágrafo 2.º afirma-se que será assim, com muito mais razão, se tiver sido deixado o usufruto da habitação, quando também pareça ter-se satisfeito uma nímia subtilidade, tendo-se acrescentado também o nome do usufruto.

No parágrafo 3.º o imperador diz querer que o direito de habitação valha de tal modo que não supere o de usufruto e que o legatário não espere o domínio da habitação senão no caso em que ele possa demonstrar especialmente, com provas evidentíssimas, que também lhe foi deixado o domínio da casa, porque então se há-de obedecer, em tudo, à vontade do testador.

E no parágrafo 4.º manda-se que a decisão tomada tenha lugar em todos os casos em que possa estabelecer-se o direito de habitação.

É esta a decisão do imperador recordada nas *Institutiones* e aí mencionada como correspondente ao entendimento de *Marcellus*:

I.2,5,5: «Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius. quam habitacionem habentibus, propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere sed etiam aliis locare».

¹²⁹ Sobre a inclusão desta constituição nas *Quinquaginta Decisiones*, vide VARVARO, Mario, *Contributo allo studio delle Quinquaginta Decisiones*, in «Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo», vol. XLVI (2000), pp. 385-386 (com indicação de bibliografia na nota 36); e FENOCCHIO, Marco A., «*Habitatio*» - «*dominium*», cit., pp. 73-74.

Este parágrafo das *Institutiones* diz que aquele a quem foi legada a *habitatione* (o direito de habitação), ou a favor de quem ela foi constituída de outro modo, não se considera que tenha o uso nem o usufruto, mas, por assim dizer, um direito especial, ao ponto de o imperador ter permitido àqueles que têm o direito de habitação – na lei que promulgou, por causa da sua conveniência e de acordo com a opinião de Marcelo –, não só que possa viver nela, mas também locá-la a outrem.

Saliente-se, porém, que nos parágrafos do Digesto respeitantes à qualificação do legado «da *habitatione*» ou do legado do usufruto de uma casa «*habitandi causa*» – D. 7,8,10pr. e 2 – não se faz qualquer menção a Marcelo. Aliás, parece-nos que nem sequer aludiam a uma divergência entre os jurisconsultos a respeito da qualificação da *habitatione*, em geral, como uso ou como usufruto, porquanto se limitam a aludir à natureza de que se revestiam, em concreto, certos legados que tinham como objecto a habitação (atendendo ao teor das disposições testamentárias a eles respeitantes).

Vejamos o teor desses passos (pertencentes a um fragmento extraído de uma obra de *Ulpianus*), quanto a esse aspecto:

– D.7,8,10 pr.: «*Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur. Et effectum quidem idem [paene] esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum. (...)*»;

– D.7,8,10,2: «*Sed si sic relictus sit: 'illi domus usus fructus habitandi causa', utrum habitationem solam an vero et usum fructum habeat, videndum. Et Proculus et Neratius putant solam habitationem legatam, quod est verum. Plane si dixisset testator 'usum habitandi causa', non dubitaremus, quin valeret*».

No primeiro destes textos punha-se a questão de saber se no caso de ser legada «a habitação»¹³⁰ era como se fosse legado o uso. E Pompónio, no livro aí indicado, devia afirmar (na versão clássica do passo, na qual, certamente, não se encontrava a palavra «*paene*» – a significar «quase»¹³¹) que, pelo que toca ao seu efeito, o legado de uso e o legado da habitação eram, na verdade, o mesmo.

¹³⁰ Traduzimos assim «*Si habitatio legetur*» – e não por «legado de direito de habitação» («legado de derecho de habitación», como se encontra em D'ORS, A./HERNÁNDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCÍA-GARRIDO, M./BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, versão castelhana, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968, p. 336) – porque a *habitatione* como direito autónomo apenas surgiu em 530 e, por isso, *Ulpiano* não podia estar a referir-se a ele.

¹³¹ No sentido de que o termo «*paene*» (ou «*pene*») foi acrescentado por *Triboniano* (em virtude da alteração introduzida pela constituição imperial conservada em C.3,33,13) pronunciou-se expressamente *Wissenbachius* (1607-1665). Cfr. *Wissenbachius, Johannes. Jacobus, Emblemata Triboniani, sive leges Pandectarum, et Codicis, a Triboniano interpolatae, et ad novi juris rationem inflexae*, Franekarae, Typis Idzardi Alberti, 1692, p. 32 [«*Particularum pene, Tribonianus addidit ex l. cum antiquitas. 13. C. de usufr. ubi Justinianus jus locandi concessit ei cui habitatio legata est; quod secus fuisse olim Ulpianus non obscure indicat (...)*»]. No entanto, *Donellus*, a propósito do significado de *habitatione* antes de *Justiniano*, já afirmava que

nomeadamente, em D.7,1,12,2¹³⁴) ou apenas teria a habitação (isto é, o simples uso da casa, sem a poder locar¹³⁵)¹³⁶; e tanto Próculo como Nerácio consideravam legada somente a habitação, atendendo à finalidade visada pelo testador (cuja *voluntas* devia ser respeitada), que era a de conceder a habitação da casa ao legatário (e não o usufruto, apesar de a disposição testamentária se referir ao «usufruto da casa») o que merecia a concordância de Ulpiano. A parte final diz algo que devia ser óbvio para os juristas clássicos: se fosse deixado ao legatário o «uso da casa para a habitar» não subsistiriam dúvidas, nem quanto à validade do legado, nem quanto aos seus efeitos; só não seria assim, porventura, no direito justiniano, por força da alteração introduzida pela constituição imperial de 530 acima referida.

Retomando a referência ao direito de habitação criado por Justiniano, podemos afirmar que a sua especialidade relativamente ao uso residia, precisamente, em que o *habitor* podia dar a casa em locação (o que, como vimos, estava vedado ao usuário). Mas também não se tratava de usufruto, apesar de o *habitor*, locando a casa, fazer suas as *pensiones* (que eram consideradas frutos¹³⁷), posto que o usufrutuário (como também vimos), além de poder locar a casa, podia ceder o seu uso de qualquer outro modo (por exemplo, mediante comodato) e, inclusivamente, transferir o seu direito para outrem, o que a constituição imperial de Justiniano não consentia ao *habitor*.

II.3 Outras alterações

II.3.1 A POSSIBILIDADE DE LOCAÇÃO DAS PARTES DA CASA NÃO USADAS

D.7,8,4pr.: «*ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitet, non erit ei invidendum: [quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portuicula contentus sit?] Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni*».

¹³⁴ D.7,1,12,2 – «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel (...) locare (...) potest: nam et qui locat utitur, (...)*». Cfr., também, por ex., D.7,1,13,8 – «*Item si domus usus fructus legatus sit, (...) locare potest, sed oportebit quasi domum locare (...)*» –, D.7,1,27,1 – «*(...) utique permittetur fructuario locare eas (...)*» – e D.19,2,9,1 – «*(...) si fructuarius locaverit fundum in quinquennium (...)*».

¹³⁵ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e n.º 1.4.

¹³⁶ No sentido de que aí se tratava de uma «questão de interpretação» (ainda que sem qualquer explicação ulterior sobre ela), vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 499.

¹³⁷ Cfr. D.22,1,36 – «*Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*».

Deste parágrafo, apenas nos interessa, para o direito justinianeu, a parte que, em forma interrogativa («*quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?*»), parece pressupor—porquanto antecedida de uma referência ao pagamento de uma pensão—que o usuário podia locar a parte da casa espaçosa que ele próprio não habitasse (com a sua família, os seus hóspedes e os seus libertos), por não necessitar de toda ela. Exigia-se, porém, que o usuário continuasse a habitar nela.

Deve tratar-se, como dissemos, de uma interpolação justinianeia, determinada pela alteração que havia sido introduzida pela constituição imperial contida em C.3,33,13, acima analisada¹³⁸.

II.3.2 O NOVO LIMITE NEGATIVO AO DIREITO DE USO DE UMA CASA

A propósito do direito clássico, tivemos oportunidade de analisar D.7,8,8pr., que, considerando a sua interpolação, consagra um «limite geral negativo» ao direito de uso de uma casa diverso daquele que resulta da sua versão compilatória, que recordamos:

D.7,8,8pr.: «*Sed neque locabunt [seorsum] neque concedent habitationem [sine se] nec vendent usum*».

Nesta versão, o parágrafo estabelece o seguinte limite (negativo) ao direito de uso: os usuários não podem locar nem conceder a habitação sem habitarem eles próprios a casa, e não podem vender o uso. O que vale por dizer que se admitia a locação da casa ou a concessão, por outro modo, da habitação a outrem contanto que nela mantivessem a sua habitação (embora continuassem sem ter a faculdade de vender o seu uso), diferente do que decorre desse passo (sem a interpolação assinalada) para o direito clássico, segundo o qual, além de não poder vender o uso da casa, o usuário não podia locar a casa nem conceder a sua habitação por qualquer outro meio.

Também neste caso, a razão pela qual foi introduzida a modificação mencionada parece residir na alteração introduzida por Justiniano, quanto à *habitationem*, através da constituição imperial contida em C.3,33,13¹³⁹.

¹³⁸ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e n.º 2.2.

¹³⁹ Cfr. *supra*, n.º 2.2.

III. AS CRÍTICAS DA DOCTRINA À CONFIGURAÇÃO JUSTINIANEA DA *HABITATIO*, A PARTIR DO SÉCULO XVI, E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A decisão legislativa de Justiniano que conhecemos através de C.3,33,13 foi severamente criticada por Connanus (1508-1551).

Este notável jurista humanista começa por mencionar o que Justiniano estabeleceu nessa constituição imperial: se for concedida a *habitatio* ou o *ususfructus habitationis* «seja julgado concedido o usufruto»¹⁴⁰, a fim de que também possa ser locada a *habitatio*. Seguidamente, afirma que Justiniano, com essa constituição, age verdadeiramente como príncipe, porque impõe a sua vontade em vez da razão (recordando, certamente, o princípio contido em D.1,4,1pr. e em I.1,2,6¹⁴¹); e sustenta que, de facto, o que o imperador diz acerca de se ter duvidado a este respeito, na antiguidade, mostra ter sido enganado por aquilo que se acha escrito no passo de *Ulpianus* contido em D.7,8,10,2 (que o A. analisara antes e de que nos ocupámos acima). Mais afirma que (o imperador) também não se detém na razão pela qual é devido o usufruto da habitação legada, de tal modo que também possa ser locada a outrem e vendida.

Em face disso, o A. procura reconstituir o modo como se terá raciocinado (esclarecendo que não terá sido o próprio Justiniano, mas os membros do seu conselho), que terá sido o seguinte: todo o fruto da casa provém unicamente da habitação e, por conseguinte, é justo pensar que aquele que tiver dado habitação julgasse ter dado o usufruto. Ao que o A. contrapõe, no entanto, que «aqueles nossos antigos juristas» (expressão com que alude aos juristas romanos clássicos), muito mais recta e doutamente, estabeleceram que ao usufrutuário, mantendo íntegra a *res*, era permitido obter as maiores vantagens que pudesse, por si ou por outrem, ao ponto de poder vender ou locar, se quisesse. Mas na habitação e no uso de outra *res* quiseram que ao usuário não fosse permitido aliená-la, mas, antes, que fosse usada pelo próprio. Não pode, assim, ser julgado de outro modo senão que aquele que legava a habitação quisesse que o próprio legatário habitasse na casa juntamente com a sua família, e não também que a locasse toda a inquilinos e estranhos.

¹⁴⁰ Em bom rigor, como vimos, não foi isso que Justiniano determinou, mas a autonomização da *habitatio*, tanto em face do *usus* como do *ususfructus*. Mas, a faculdade de locar a casa, por ele reconhecida àquele a quem fosse concedida a *habitatio*, cabia igualmente ao usufrutuário, tendo havido, quanto a esse aspecto, uma equiparação do titular do direito de habitação a este. *Cfr.*, em especial, D.7,1,12,2 – «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare (...) potest: nam et qui locat utitur; (...)*».

¹⁴¹ D.1,4,1pr. – «*Quod principi placuit, legis habet vigorem: (...)*»; I.1,2,6 – «*Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, (...)*».

O A. manifesta, ainda, a sua convicção de que, no momento em que escrevia e no seu país (a França), se fosse legada a alguém a habitação enquanto o legatário vivesse (ou seja, com carácter vitalício), os juízes não admitiriam que ela fosse locada a outrem, principalmente porque costumavam empregar-se as palavras «*lego illi suam habitationem in ea domo*». E o mesmo também se estimava se fosse deste modo: «*lego illi habitationem eius domus*».

A terminar, o A. afirma não acreditar que houvesse alguém ou um erudito modesto que não se afastasse de bom grado da constituição de Justiniano, para abraçar a sentença dos antigos jurisconsultos¹⁴².

Este entendimento de Connanus foi referido numa obra de Ioannis del Castillo Sotomayor (1563-1640). Este conhecido jurisconsulto espanhol, pronunciando-se sobre a mencionada recusa, por parte dos juizes, da possibilidade de o legatário da *habitatio* de uma casa a locar a outrem, sustenta que isso não poderia ser observado em Espanha, «mesmo admitindo que, do ponto de vista jurídico, a opinião de Connanus fosse verdadeira» (o que diz não afirmar nesse momento), porque a lei 27 do título 31 da Partida 3 (das *Siete Partidas*) confirma expressamente a decisão contida na constituição imperial de Justiniano (a lei «*Cum antiquitas*»), ao estatuir o seguinte: «*E puede morar en ella este a quien otorgaron la morada con la compannia que tuviere, e aum si la quisie-re arrendar, o alogar puedelo facer*»¹⁴³.

¹⁴² Cfr. CONNANUS, Franciscus, *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Liber III, Cap. V, pp. 238/v.º – «(...) *Sed postea Iustinianus. I. Cum antiquitas de usufr. sanxit, ut si concedatur habitatio, vel habitacionis usufr. concessus censetur usufr. ut etiam habitatio locari possit. In qua constitutione vere principem agit Iustinianus, qui suam voluntatem pro ratione esse iubet. Nam quod dicit, antiquitatem ea de re dubitasse, falsum esse apparet ex iis quae modo ex Ulpiano dicebamus. Et item iure non subsistit, ut habitacione legata usufr. debeat, ut etiam locari alii, & vendi possit: sed sic credo ratiocinatus est: (non ille quidem, fuit enim omnium literarum expert, sed qui illi erant a consilio.) Omnis fructus domus ex sola habitacione venit, aequum esse igitur ut qui habitacionem dederit, fructum dedisse existimetur: at nostri illi antiqui iurisconsulti, quanto rectius doctiusque, quum quod ad omnem redditum qui salva rei substantia percipi potest, viderent eum qui concessisset fructum, respexisse, statuerunt ut fructuario liceret quantas maximas posset, modo re integra, commoditates capere, aut per se, aut per alium, adeo ut venderet, locaret si vellet: in habitacione autem, & usu, quoniam habita ratio venderetur personae eius cui relinquuntur, voluerunt ut usuario non liceret ea alienare, sed ipse potius uteretur. Non enim aliud iudicari potest, quam eum qui habitacionem legavit, voluisse ut ipse legatarius una cum suis habitaret: non ut etiam totam locaret inquilinis, & extraneis. Nec dubito quin hodie apud nos si legaretur alicui alicuius domus habitatio quoad viveret, non concessuros iudices ut aliis eam locaret, praesertim quum his verbis soleamus uti, lego illi suam habitationem in ea domo. Idem tamen existimarem si hoc modo: lego illi habitationem eius domus. neque arbitrator esse quenquam vel mediocriter eruditum, qui non a constitutione Iustiniani libenter recedat, ut antiquorum iurisconsultorum sententiam amplexetur. (...)».*

¹⁴³ Cfr. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, Iohannis, *Tractatus de usufructu, in quo tam theorice, quam practice universa eiusdem Materia, Quaestiones & Dubia traduntur, enucleantur & resolvuntur*, Francoforti, Ex Officina Typographica Wolfgangi Richteri, 1604, Cap. XXVIII, pp. 329-330 – «(...) *Franciscum Connanum improbantem decisionem Iustiniani in dicta l.cum antiquitas, Cod. de usufructu, vel nimia subtilitate, aut non levi temeritate arguendum. Is enim Commentariorum Iuris civilis, lib.4. cap.5. num.6. fol.241. adeo ausus est, Iustiniani decisionem notare, & argumentationibus quibusdam impugna-*

Saliente-se, porém, que Ioannis del Castillo Sotomayor retoma mais adiante a análise da possibilidade, contida na mencionada lei de Justiniano, de aquele a quem foi deixada a habitação a locar a outrem. Depois de dizer que Balduinus (1520-1573), Hotomannus (1524-1590) e Connanus se admiram com essa estatuição e a censuram (o que quanto aos dois primeiros não parece exacto¹⁴⁴) e de indicar os motivos pelos quais eles entendiam que quem tinha o direito de habitação só podia habitar a casa e não também locá-la a outrem, sustenta que os citados AA. refutam «injusta e temerariamente a constituição do imperador»: primeiro, por não ser certo, segundo o direito contido no Digesto, que não pudesse ser locada a habitação (por representar uma resposta à crítica de Connanus); e, depois, porque Justiniano, para fazer a referida lei e nela estabelecer que a habitação podia ser locada «ponderou muito e não se deixou conduzir ligeiramente, antes foi obrigado a fazer cumprir o direito escrito e a decidir assim movido por boas razões» (que o A. reconduz à existência de controvérsia, a esse respeito, entre os jurisconsultos e à necessidade de lhe

re, ut non dubitaverit asserere nullum esse vel mediocriter eruditum, qui non libenter ab illa constitutione recedat. Inferens deinde, quod si hodie apud nos legaretur alicui alicuius domus habitatio, non concessurus iudices, ut aliis eam locaret, quod tamen in hisce regnis observari non posset, dato, quod in puncto iuris vera esset Connani opinio, quod nunc non firmo, id potius consulto praetermittere volui, propterea, quod l.27. tit.31. partit.3. expressim confirmatur decisio d.l.cum antiquita, ibi. E puede morar en ella este a quien otorgaron la morada con la compannia que tuviere, e aum si la quisiere arrendar, o alogar puedelo facer. (...)».

Sublinhe-se que a versão contida na edição de *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, coleccionadas con vários códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, Tomo II, Partida segunda e tercera, Madrid, en la Imprenta Real, 1807, apresenta algumas diferenças em relação à (anterior) citada por este jurisconsulto. Na parte que aqui está em causa, a redacção é a seguinte: «(...) *et puede morar en ella este à quien otorgaron la morada con la companña que hobiere. Et aun si la quisiere arrendar ó logar, puédelo facer para homes et para mugeres que fagan hi bona vecindat: (...)*» (p.769).

¹⁴⁴ Com efeito, na obra citada por CASTILLO SOTOMAYOR, BALDUINUS – embora diga, a propósito de I.2,5,5, que Justiniano não menciona Marcelo na referida constituição imperial (o que é manifesto) e que a *sententia* desse jurista também não aparece no Digesto – conclui que «[s]ubsiste ainda agora esta decisão de Justiniano» (contida na *lex Cum antiquitas*), segundo a qual, «se for dada a habitação ao legatário, também lhe é concedida a faculdade de locação», como se estabelece em C.3,33,13,1 [*Extat haec adhuc Iustiniani decisio: quae ait, ad humaniorem inclinare sententiam, si habitacionis legatário detur etiam locationis licentia*]. Cfr. BALDUINUS, Franciscus, *In libros quatuor Institutionum Iuris Civilis commentarii*, Fancofurti ad Moenum, Apud Christophorum Corvinum, 1582, Lib. II, Tit. V, § *Sed si cui habitatio*, p. 204.

E HOTOMANNUS, por sua vez, igualmente ao analisar I.2,5,5, afirma que «[a] habitação pode ser locada a outrem, segundo a constituição de Justiniano» que identifica; e acrescenta que se deve entender que «depois da constituição de Justiniano deixou de haver lugar para a sentença de Ulpiano, que, na lei *si habitatio* do Digesto, escrevera ser o mesmo o efeito do uso de uma casa e da habitação» [*Habitatio locari alteri per Iustiniani constitutionem potest. L. cum antiquitas. 13. C. eod. Ex quo intelligi debet, post Iustiniani constitutionem locum Ulpiani sententiae non fuisse, qui in d. l. si habitatio, scripserat usum aedium & habitacionem effectu eadem esse*]. Cfr. Hotomani, Franciscus, *Commentarius in quatuor libros Institutionum Iuris civilis*, Basileae, Apud Ioanem Heruagium, Lib. II, Tit. V, § *Sed si cui habitatio*, *Enuntiatio* II, p. 158.

pôr termo). Em suma, Ioannis del Castillo Sotomayor aplaude a decisão de Justiniano, distanciando-se da opinião de Connanus¹⁴⁵.

Tanto quanto nos foi possível indagar, a doutrina defendida por Connanus¹⁴⁶, enquanto tal, não encontrou eco nas obras dos juristas seus contemporâneos e vindouros, que, quanto às fontes do *Ius Romanum*, continuaram a aceitar a existência do direito de habitação tal como foi configurado por Justiniano¹⁴⁷. Com uma única, mas determinante, exceção: Robert-Joseph Pothier¹⁴⁸.

Tomando ou não em consideração o que Connanus escreveu a respeito da *habitatio* disciplinada na referida constituição imperial de Justiniano, a verda-

¹⁴⁵ Cfr. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, Ioannis, *Tractatus de ususfructu*, cit., Cap. LXXIII, pp. 762-763.

Numa outra obra, respondendo à crítica que lhe fora feita por HIERONYMUS ZEVALLOS (ou Caevallus), CASTILLO SOTOMAYOR, depois de reafirmar que tinha censurado CONNANUS por ele haver condenado expressamente a decisão de Justiniano contida em C.3,33,13 (confirmada e seguida pela lei 27. Título 31. Partida 3.), acrescenta (em castelhano) que «con su subtileza y ingenio quiso Connano deshazer la decision de un texto expreso (que no puede sufrir justamente) y consiguientemente la quiere deshazer, y la ley de la partida tambien, quien me nota, y calumnia desto (...)». Cfr., DEL CASTILLO SOTOMAYOR, Ioannis, *Quotidianarum Controversiarum Iuris, Liber Tertius*, Matriti, Apud Alphõsum Martin de Balboa, 1611, Cap. XX, p. 327.

¹⁴⁶ O séc. XVI ficou marcado, em França, pela codificação do direito costumeiro (no Norte, a maior parte dos costumes foi redigida na primeira metade desse século, enquanto na segunda metade se procedeu à sua reforma, nomeadamente à do costume de Paris, que se tornou uma referência no Norte e no Centro); em alguns casos, essa codificação consagrou o direito de habitação. Contudo, não dispomos de elementos que nos permitam sustentar que CONNANUS tenha tido em vista a compatibilização do direito romano clássico com os princípios próprios do direito costumeiro francês, nem que, inversamente, aquela concepção da habitação tenha sido acolhida em tal direito através da obra desse jurista.

No sentido de que a «tradição autóctone francesa» do direito romano ensinado nas Universidades «nunca foi intelectualmente negligenciável» e de que «o triunfo do *mos gallicus* reforçou o prestígio dos doutores franceses ou naturalizados» que o estudaram e sobre ele publicaram obras (com expressa referência à publicação por Barthélemy Faye, em 1553, da 1.ª edição dos *Commentaria juris civilis* de François Connan, «um discípulo de Alciano cuja obra se tornou o manifesto dos novos romanistas»), motivo pelo qual o direito romano se achou «apanhado numa vasta iniciativa de nacionalização e entrava numa espécie de compatibilidade intelectual com os princípios próprios do direito francês, mesmo que costumeiro», vide DESCIMON, Robert, *Quelques réflexions à propos des commissaires du roi dans la rédaction et la réformation des coutumes au XVIe siècle*, in «Cahiers du Centre de Recherches Historiques», 26 (2001), disponível em <http://ccrh.revues.org/1393> (acesso em 27-03-2019), p. 4.

¹⁴⁷ Cfr., por ex., D'ESPEISSES, Antoine, *Des Accidens des Contracts; scavoir des Servitudes, des Cautions, des Hypotheques, & de la Conjonction des Contractans*, in *Les Oeuvres de M. Antoine D'Espeisses*, Tomo I, Lyon, Chez les Freres Huguetaun, 1685, pp. 355-356; DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, 2.ª ed., Tomo I, Paris, Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, 1695, p. 390; VINNIUS, Arnoldus, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., p. 222; VOET, Johannes, *Commentariorum in Pandectas*, cit., p. 175; HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Pandectarum*, cit., § 430., pp. 234-235, e *Recitationes in Elementa Juris Civilis*, cit., p. 296; WESENBECCIUS, Mathæus, *Commentaria in Pandectas Juris Civilis, & Codicis Iustiniani libros olim Paratitla dicta, Coloniae Agrippinae*, Apud Ioannem Kinchium, 1649, *Digesta, Lib. VII, Tit. VIII, De usu et habitatione*, p. 228; e SALA, Johannes, *Institutiones Romano-Hispaniae*, cit., p. 316.

¹⁴⁸ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Appendice au Traité du Douaire – Du droit d'habitation*, in *Traité sur diferentes matieres de Droit Civil, appliquées a l'usage du barreau et de Jurisprudence française*, Tomo IV, Paris, Chez Debure l'Ainé/Orléans, Chez J. M. Rouzeau-Montaut, 1781, pp.185-199.

de é que Pothier, ao ocupar-se *ex professo* do direito de habitação que alguns costumes concediam às viúvas, o «*droit d'habitation coutumiere*» (do qual distingue a «*habitation conventionnelle*»), em particular da questão de saber «se a viúva tem direito de locar em seu proveito a casa que o costume lhe concede, quando ela não a quer ocupar por si mesma», quanto à hipótese de a mulher ter a habitação de toda a casa (que aqui nos interessa), acaba por convocar a lei imperial de Justiniano conservada em C.3,33,13.

Na verdade, ao apresentar as razões que podem justificar a resposta afirmativa àquela questão, Pothier diz, por um lado, que, sendo indiferente para o herdeiro do marido proprietário da casa na qual a mulher tem direito de habitação que ela seja ocupada pela própria mulher (viúva) ou por um locatário, ele não tem interesse em impedir a mulher de dar essa casa em locação; e, por outro, que Justiniano, pela aludida constituição, «permite expressamente àqueles que têm um direito de habitação que dêem em locação a casa sujeita a esse direito, sem serem obrigados a habitar nela eles próprios».

O que é particularmente importante é o que se segue, como argumentação tendente a sustentar a resposta negativa. Pothier afirma ser possível dizer que «Justiniano, ao permitir àquele que tem um direito de habitação que dê em locação a casa toda, permanecendo noutro lugar, confundiu as noções naturais que nós temos dos diferentes direitos de servidões pessoais», o que esclarece de imediato, dizendo que: de todos os direitos, só o de usufruto «compreende não só o direito de usar, quer dizer, o direito de se servir, mas ainda o de gozar dela, *jus utendi fruendi*, isto é, de perceber toda a sua utilidade e todos os seus rendimentos», por ser isso que «contém este *jus fruendi*»; e que «os outros direitos de servidões pessoais não são senão um simples direito de usar da coisa para uma certa finalidade. Por isso, acrescenta que o «direito de habitação não é mais do que o direito que aquele a quem pertence tem de usar e de se servir da casa, para a habitar com a sua família. Justiniano, ao conceder o direito de dar em locação a casa toda, sem ele próprio aí continuar, confunde esta servidão com o usufruto: ele dá-lhe o direito de gozar, que apenas cabe ao usufrutuário», uma vez que «o poder de vender e de locar o uso de uma coisa a outrem, sem se servir dela ele próprio, é aquilo em que consiste o gozo de uma coisa». E acrescenta que «[n]as nossas províncias que não são regidas pelo direito escrito e nas quais nós não tomamos das leis romanas senão o que nos parece conforme à razão, podemos abandonar a decisão de Justiniano sobre o direito de habitação e ater-nos ao antigo direito que se observava antes dele, como mais conforme às noções naturais das coisas, o qual não permitia àquele que apenas tinha um direito de habitação que desse em locação a casa toda, permanecendo noutro lugar, mas que apenas permitia, como por graça,

quando ele habitasse a casa com a família, ter consigo um estranho para ocupar o que ele tivesse em excesso e retirar daí uma renda». Em conclusão, defendia que se deveria limitar a isso a habitação da mulher, uma vez que «essa habitação numa das casas do marido parecia ter-lhe sido concedida para conservar a memória do seu marido, mais do que para dela retirar proveito».

A terminar, Pothier responde ainda à outra objecção acima mencionada: quando a mulher abandona o direito que tem de habitar a casa, indo morar para outra, o proprietário daquela tem o interesse de retomar o gozo da mesma, com base na falta de uso do seu direito pela mulher e de impedir que ela, locando a casa, se atribua um gozo de tal casa que não lhe pertence ¹⁴⁹.

Sabendo nós quanto as obras de Pothier inspiraram as normas do Código Civil francês – ao ponto de ser considerado por alguns como «pai do *Code civil*» (embora outros atribuam essa condição, nomeadamente, a Portalis) –, parece estar encontrada a origem próxima da solução consagrada no artigo 634. desse código: «*Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué*» ¹⁵⁰. Todavia, como ele próprio refere, trata-se da solução que remonta ao direito romano anterior a Justiniano, mais concretamente, como tivemos oportunidade de comprovar, ao direito romano clássico.

Nos trabalhos preparatórios do *Code* foram, aliás, reconhecidas as bases romanas da disciplina do usufruto, do uso e da habitação. Assim, o conselheiro de estado Galli afirma, na Exposição dos motivos da lei relativa a esses direitos: «(...) il est consolant pour moi de penser que si ce nouveau Code est le fruit de profondes méditations, il fut sur-tout puisé dans les sources des lois romaines» ¹⁵¹. E o tribuno Gary, no discurso de apresentação do projecto de lei sobre esses direitos perante o *Corps Législatif*, em 30-01-1804, insistia na mesma ideia: «(...) Dans ce project comme dans ceux qui vont être successivement présentés à votre

¹⁴⁹ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Appendice au Traité du Douaire – Du droit d'habitation*, cit., em especial Article IV, n.º 18, pp. 190-191. A terminar esse número, POTHIER refere-se também ao caso de o direito de habitação da mulher (viúva) se achar confinado a um apartamento da única casa pertencente à herança deixada pelo marido, dizendo não suscitar dificuldade que ela não pode locar nem ceder a outrem esse apartamento: o herdeiro do marido, que permanece na casa, tem interesse em que ela não ponha no seu lugar, nesse apartamento, locatários cuja vizinhança poderia não lhe convir.

¹⁵⁰ Sobre a filiação do disposto no art. 634. do *Code* naquilo que POTHIER defendia no lugar indicado na nota anterior vide, por ex., FENET, P. A., *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code Civil, mis en ordre sous chacun des articles de ce Code, ou les législations ancienne et nouvelle comparées*, Paris, Chez L'Auteur, 1826, p. 164.

¹⁵¹ Cfr. GALLI, *Exposé des motifs de la loi relative à l'Usufruit, à l'Usage, et à l'Habitation*, in *Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les Orateurs du Gouvernement; h– des rapports faits au tribunal au nom de la Commission de Législation; – des opinions émises dans le cours de la discussion; – des discours prononcés au corps législatif par les Orateurs du Tribunal; – et d'une Table analytique et raisonnée des matières tant du Code que des discours*, Tomo IV, Paris, Chez Firmin Didot, 1808, n.º 46, p. 86.

approbation, vous remarquerez avec satisfaction le soin religieux avec lequel tous ceux qui ont concouru à la rédaction du Code ont consulté la législation de ce peuple qui, après avoir asservi la terre entière par la force de ces armes, la gouverne encore par la supériorité et la profondeur de sa raison» (referindo-se, como é evidente, à consulta das fontes do direito romano)¹⁵².

IV. ASPECTOS DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS REAIS DE USO E DE HABITAÇÃO CONSAGRADO NOS CÓDIGOS CIVIS ESPANHOL E PORTUGUÊS QUE TÊM AS SUAS RAÍZES NO DIREITO ROMANO

IV.1 Código Civil espanhol

O Código Civil espanhol disciplina o uso e habitação no capítulo II («Del uso y de la habitación») do Título VI («*Del usufructo, del uso y de la habitación*») do Livro II («*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*»), artículos 523. a 529.; o art. 528. e a primeira parte do art. 529. consagram, porém, remissões para as normas aplicáveis ao usufruto. Noutras partes do Código encontramos ainda diversas disposições respeitantes ao direito de uso e habitação (ou só ao direito de habitação), nomeadamente: o 2.º parágrafo do art. 793., que admite a possibilidade (entre outras) de se legar a qualquer pessoa o «uso o habitación (...) por el tiempo que permanezca soltero o viudo»¹⁵³; o art. 822., que contém disposições respeitantes a doações ou a legados do direito de habitação a favor de certos herdeiros legitimários, consagrando inclusivamente (no segundo parágrafo) um legado legal do «derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella»¹⁵⁴; o art. 868., que impõe ao legatário o dever de respeitar o «uso y habitación»

¹⁵² Cfr. *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le tribun Gary* (30 janvier 1804), in FENET, P. A., «Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil», Tomo II, Paris, Videcoq, 1836, pp. 242-243.

¹⁵³ Art. 793. – «*La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste.*

Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo».

¹⁵⁴ Art. 822. «*La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

(assim como o usufruto) até que se extingam, quando a coisa legada a esses esteja sujeita¹⁵⁵; e os arts. 1406., n.ºs 3 e 4, e 1407., de cuja conjugação se retira a possibilidade de, terminando a «sociedad de gananciales», um dos cônjuges pedir que se constitua a seu favor um «derecho de uso o habitación» sobre o «local donde hubiese venido ejerciendo su profesión» ou, em caso de dissolução por morte do outro cônjuge, sobre a «vivienda donde tuviese la residencia habitual» (em alternativa à atribuição dos bens em propriedade)¹⁵⁶.

Deixando de parte estas disposições dispersas, porque pressupõem os direitos de uso e de habitação com o regime que resulta dos arts. 523. a 529., atentemos nos aspectos deste regime que têm a sua matriz no direito romano.

A título preliminar, saliente-se que o Código Civil espanhol, tal como o direito romano (e as *Siete Partidas*, nele inspiradas) e o próprio *Code Civil*, não fornece os conceitos de uso e de habitação, deixando-se, assim, a sua formulação para a doutrina (ainda que o art. 524. contenha importantes elementos para esse efeito)¹⁵⁷.

Relativamente ao regime jurídico, desde logo, por força do estatuído pelo art. 528, que manda aplicar as «disposiciones establecidas para el usufructo (...) a los derechos de uso y habitación», em tudo o que não contrarie o estabelecido no capítulo respeitante a estes direitos, uma vez que não existe o Código Civil espanhol norma que mencione directamente os modos de constituição dos direitos de uso e de habitação, estes são os estabelecidos para o

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legítimo discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legítimos mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

¹⁵⁵ Art. 868. – «Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan».

¹⁵⁶ Art. 1406. – «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

(...)

3.º *El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*

4.º *En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual».*

Art. 1407. – «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero».

¹⁵⁷ Isso mesmo era salientado (a respeito do *Proyecto* de Código de 1851) por GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 415.

usufruto, no art. 468.¹⁵⁸; e a primeira parte do art. 529. determina que «[l]os derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo» (embora, nos termos da segunda parte, se extinguem igualmente «por abuso grave de la cosa y de la habitación») ¹⁵⁹. A solução consagrada pelo Código Civil espanhol é assim a mesma que já o direito romano clássico estabelecia, tanto para o uso de casas (*i.e.*, habitação) como para o de outras coisas (*fundi*, escravos, animais, etc.): os seus modos de constituição e as causas da sua extinção eram já os que se achavam previstos para o usufruto (D.7,1,3,3, D.7,8,1,1, *in fine*, e I.2,5pr.¹⁶⁰). E até o elenco das causas de extinção do art. 513. pouco diverge do que resulta das fontes do direito romano ¹⁶¹.

Passemos ao art. 524. (uma vez que o art. 523.¹⁶² se baseia no Código Civil francês e nos que, entretanto, o seguiram ¹⁶³), no qual se estabelece (no primeiro parágrafo) que o uso confere «o direito de perceber dos frutos da coisa alheia os que sejam suficientes para as necessidades do usuário e da sua família, mesmo que esta aumente» e (no segundo parágrafo) que «[l]a habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» ¹⁶⁴. Estes preceitos têm a sua origem remota no direito romano clássico, que não autonomizava o direito de habitação, consistindo esta no uso de uma casa (embora tenha sido recebida directamente do *Code Civil* e de outros códigos por ele influenciados): em D.7,8,12,1 (no qual se acha contida uma ampliação do conteúdo do *usus* de um *fundus* que nos parece ser de atribuir aos compiladores justinianeus ¹⁶⁵) e nas fontes que mencionavam as pessoas que podiam habitar a casa com o usuário, com destaque para as da sua família – em especial, D.7,8,2,1, D.7,8,4,1, D.7,8,5, D.7,8,6, D.7,8,10pr., D.7,8,10,4, I.2,5,1 e I.2,5,2. Abando-

¹⁵⁸ Art. 468. – «El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción».

¹⁵⁹ Art. 513. – «El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por prescripción».

¹⁶⁰ Cfr: *supra*, n.º 1.2.

¹⁶¹ Cfr: *supra*, n.º 1.2.2.

¹⁶² Art. 523. – «Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes».

¹⁶³ Cfr: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 470. do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 523. do Código), p. 415.

¹⁶⁴ Art. 524 – «El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente.

La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia».

¹⁶⁵ Cfr: *supra*, n.º 1.3.2.2.

nou-se, pois, a concepção da *habitatio* consagrada em C.3,33,13, que fora acolhida nas *Siete Partidas* (na lei 27 do título XXXI da Partida III) – embora também aí estivesse previsto o uso de uma casa (nas leis 20 e 21 do mesmo título)¹⁶⁶ –, seguindo-se a orientação que teve como primeiro defensor Connanus e que, reafirmada por Pothier, foi acolhida no Código Civil francês, donde passou para o Código Civil espanhol. García Goyena afirmava a este propósito: «Era imposible conservar las sutilísimas distinciones ó diferencias de las leyes Romanas e de Partida entre uso de una casa y la habitacion, quando en sencilla razon deben ser y son una misma cosa»¹⁶⁷.

O art. 525. estabelece que os direitos de uso e habitação «no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»¹⁶⁸. Também neste ponto se elimina a diferenciação que havia sido introduzida pela mencionada constituição imperial de Justiniano, a qual, ao autonomizar a *habitatio* como direito de natureza especial, se afastara do preclaro entendimento dos jurisconsultos clássicos, quanto ao *usus* (tanto de *fundi* como de *aedes* ou *domus*, ou de escravos), que se extrai daquela que (segundo cremos) era a versão clássica de D.7,8,8pr., assim como de D.7,8,11, de D.7,8,12,6 e de dois parágrafos das *Institutiones*, I.2,5,1 e I.2,5,2. Relativamente ao direito de habitação, afasta-se, também neste aspecto, o que fora decidido por Justiniano, na referida *constitutio* (C.3,33,13,1), não obstante a consagração que a faculdade de dar em locação a *habitatio* também tinha obtido nas *Siete Partidas* (lei 27 do título XXXI da Partida III). Gar-

¹⁶⁶ O usuário da casa não podia locar (totalmente), ceder, vender, alienar ou empenhar a mesma. Cfr. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con vários códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*, Tomo II, cit., Partida III, Tit. XXXI, lei 20 – «*La segunda manera es quando un home otorga á otro uso tan solamiente en su casa, (...): et de tal otorgamiento como este non se puede aprovechar dél tan lleneramente aquel á quien es fecho como del usufruto, porque este que ha el uso tan solamiente non puede esquilmar la cosa sinon en lo que hobiere mester ende para su despensa, (...), mas non para dar ende á otro nin para vender. (...) Otrosi decimos que non puede enagenar nin empeñar la cosa en que ha él uso: (...)*» – e lei 21 – «*Uso tan solamiente habiendo algunt home en casa agena bien puede hi morar él, et su muger, et sus fijos et su compañía, et puede hi rescebir aun huéspedes si quisiere: (...)*».

¹⁶⁷ Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 472. do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 524. do Código), p. 416. Este ilustre jurista cita, traduzindo, o que GARY (escreve GARRY) dizia no discurso 48 – «*La habitacion no es otra cosa que el uso de una casa; son pues aplicables a la habitacion todas las reglas relativas al uso*» – e acrescenta que isso já «antes tinha sido dito por Ulpiano, seguindo Papiniano, na lei 10, título 8, livro 7 do Digesto: *Effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis*».

À ignorância pela codificação da referida lei 27 do título XXXI da Partida III («por influencia del derecho intermedio francés»), na sequência do *Proyecto* de 1851 (cuja redacção foi mantida, quanto a este aspecto, no de 1882), refere-se, em termos críticos (defendendo a consagração de um direito de habitação «separado do uso e com um conteúdo diferenciado do usufruto», com o reconhecimento do direito de locar a casa ao seu titular, como foi estabelecido por Justiniano na referida constituição imperial de 530 e se acha consagrado no direito navarro), GIL GARCIA, Maria Olga, *La «locatio-conductio» del derecho de «habitatio»*, cit., pp. 724-732.

¹⁶⁸ Art. 525. – «*Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*».

cía Goyena apresentava igualmente a justificação desta diferença em face do usufruto: «La razon de esta diferencia entre el usufruto y el simple uso es, que todo usufructuario, sin distincion de personas, hace siempre suyos todos los frutos; es, pues, indiferente al propietario la persona del que ejerce este derecho»; enquanto «[e]n el usuario todo es personal, y se amplia ó limita el derecho segun su condicion, dignidad y familia; circunstancias que pueden variar aun despues de haber principiado el uso, y no son adaptables al comprador, arrendatario ó cesionario»¹⁶⁹.

Devido à época em que o Código foi elaborado, o art. 526. dispõe sobre o direito de uso de um rebanho ou de uma manada de gado, conservando do direito romano a faculdade de se aproveitar do esterco dos animais para o cultivo das terras, como se achava estabelecido, sem qualquer limitação, em D.7,8,12,2 – acrescentando, porém, que lhe pertence só o necessário para esse efeito –, assim como do leite das ovelhas, das cabras, etc., na quantidade suficiente para o consumo do usuário e da sua família, que parece corresponder à módica quantidade de leite a que se refere o citado passo do Digesto; já se afasta do direito romano no que respeita ao aproveitamento das crias e da lã, que esse artigo reconhece ao usuário, enquanto o direito romano o negava (ainda naquele texto do Digesto)¹⁷⁰.

Finalmente, o art. 527. determina quem tem de suportar as despesas do cultivo dos prédios rústicos objecto do direito de uso, assim como as reparações ordinárias de conservação e os impostos referentes à casa objecto do direito de habitação: se o usuário consumir todos os frutos ou ocupar toda a casa, recai sobre ele a obrigação de suportar todas essas despesas e encargos, tal como o usufrutuário (parágrafo primeiro); se o usuário só perceber parte dos frutos ou habitar parte da casa não será obrigado a contribuir com nada, desde que fique para o proprietário uma parte dos frutos ou aproveitamentos bastantes para cobrir as despesas ou encargos, competindo ao usuário suportar

¹⁶⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 473. do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 525. do Código), p. 417.

¹⁷⁰ Art. 526 – «*El que tuviere el uso de un rebaño o piara de ganado podrá aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive*».

No seu comentário ao art. 474 do *Proyecto* de 1851 (ao qual corresponde o art. 526. do Código), GARCÍA GOYENA, mencionando as fontes dessa disposição, diz que as *Institutiones* de Justiniano (I.2,5,4) só concediam ao usuário «el aprovechamiento del estiércol para sus heredades» (o que é exacto, mas não em consideração o que figura em D.7,8,12,2, quanto ao leite), mas que essa restrição «es tan inmotivada como insostenible». *Cfr.* GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., p. 417.

o que falte para isso (segundo parágrafo)¹⁷¹. Este artigo consagra, de algum modo, a solução dada pelo direito romano à questão da responsabilidade pela reparação na casa objecto do direito de uso, na segunda parte de D.7,8.18 (embora releve também da disciplina do usufruto contida em D.7,1,7,2)¹⁷².

IV.2 Código Civil português actual

O Código Civil português disciplina o uso e habitação no Capítulo V («*Uso e habitação*») do Título III («*Do usufruto, uso e habitação*») do Livro III («*Direito das Coisas*»), artigos 1484º a 1490º, limitando-se este último artigo a remeter para as normas aplicáveis ao usufruto (contanto que sejam conformes à natureza daqueles direitos)¹⁷³. Uma dessas normas é, certamente, a que respeita à duração dos direitos de uso e de habitação, fora dos casos (a seguir indicados) em que a lei consagre outra solução: não podem exceder a vida do usuário, tratando-se de pessoa singular, ou trinta anos, se for pessoa colectiva (art. 1443º, *ex vi* do art. 1490º)¹⁷⁴; tratando-se de direito de uso ou de direito de habitação objecto de legado testamentário, resulta do art. 2258º, por força da remissão contida no art. 1490º, que na falta de indicação em contrário (ou de disposição legal especial), a deixa se considera feita vitaliciamente, salvo (por motivos óbvios) se o beneficiário for uma pessoa colectiva, hipótese em que terá a duração de trinta anos¹⁷⁵.

À semelhança do que acontece no espanhol, também no Código Civil português deparamos com normas dispersas atinentes ao direito de uso e habitação (ou só ao direito de habitação): o n.º 3 do art. 1707º-A¹⁷⁶, que prevê a possibilidade de o cônjuge sobrevivente, tendo havido renúncia recíproca à condição de her-

¹⁷¹ Art. 527 – «*Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario.*

Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte».

¹⁷² A este respeito, vide GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 475 do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 527. do Código), p. 417-418.

¹⁷³ Art. 1490º – «*São aplicados aos direitos de uso e de habitação as disposições que regulam o usufruto, quando conformes à natureza daqueles direitos*».

¹⁷⁴ Art. 1443º – «*Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, o usufruto não pode exceder a vida do usufrutuário; sendo constituído a favor de uma pessoa colectiva, de direito público ou privado, a sua duração máxima é de trinta anos*».

¹⁷⁵ Art. 2258º – «*A deixa de usufruto, na falta de indicação em contrário, considera-se feita vitaliciamente; se o beneficiário for uma pessoa colectiva, terá a duração de trinta anos*».

¹⁷⁶ Aditado ao Código Civil pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto (art. 3.º).

deiro legitimário do outro cônjuge (como agora é permitido pelo art. 1700º, n.º 1, al. c) ¹⁷⁷), permanecer na casa de morada de família cuja propriedade pertença ao *de cuius*, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio (se estiverem verificados todos os requisitos legais), pelo prazo de cinco anos (que pode ser prorrogado, a título excepcional, nos termos do n.º 4 do art. 1707º-A), salvo se o cônjuge sobrevivente tiver completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, hipótese em que o direito de habitação previsto no n.º 3 tem carácter vitalício (art. 1707º-A, n.º 10); o art. 1733º, n.º 1, al. c), que exclui o direito de uso e habitação da comunhão, no regime da comunhão geral de bens; o art. 2103º-A, n.º 1, que atribui ao cônjuge sobrevivente o direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio (legado legal) ¹⁷⁸; e o art. 2233º, n.º 2, que admite a validade da deixa testamentária do uso ou da habitação para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário.

Atentemos, também agora, pelo motivo acima aduzido, somente no regime consagrado nos arts. 1484º a 1490º, a fim de apurarmos que aspectos deste regime têm a sua matriz no direito romano.

Merece realce, antes de mais, a circunstância de o legislador português ter optado por fornecer o conceito de direito uso e de direito de habitação, no art. 1484º: «O direito de uso consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família» (n.º 1); quando esse direito «se refere a casas de morada, chama-se direito de habitação». O direito de habitação é, assim, qualificado como um direito de uso de «casas de morada», tal como sucedia no direito romano clássico (e não como um direito autónomo, como foi estabelecido por Justiniano na constituição imperial contida em C.3,33,13) ¹⁷⁹; e o conceito de direito de uso não deixa de ter raízes no direito romano justinia-

¹⁷⁷ Na redacção que lhe foi dada pela citada Lei n.º 48/2018 (art. 2.º): «1. A convenção antenupcial pode conter: (...) c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.».

¹⁷⁸ O art. 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (Protecção das uniões de facto) estabelece que «[e]m caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família e do respectivo recheio, o membro sobrevivente pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio» (n.º 1); quando a união de facto tenha «começado há mais de cinco anos antes da morte, os direitos previstos no número anterior são conferidos por tempo igual ao da duração da união» (n.º 2). Esses prazos podem ser prorrogados a título excepcional (n.º 4). Em qualquer caso, essa atribuição só tem lugar se estiverem verificados todos os requisitos legais (n.º 6).

E o art. 5.º da Lei n.º 6/2001 (Economia comum) determina igualmente que «[e]m caso de morte da pessoa proprietária da casa de morada comum, as pessoas que com ela tenham vivido em economia comum há mais de dois anos nas condições previstas na presente lei têm direito real de habitação sobre a mesma, pelo prazo de cinco anos, (...)» (desde que se verifiquem os requisitos previstos nos n.ºs 2 e 3).

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e 2.2.

Saliente-se que já era assim no Código Civil de 1867 (art. 2254º).

neu, embora com generalização da parte interpolada de D.7,8,12,1, que se referia ao uso de um *fundus* («*his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum*»).

Esse artigo é complementado pelo art. 1486º, segundo o qual «[a]s necessidades pessoais do usuário ou do morador usuário são fixadas segundo a sua condição social», bem como pelo art. 1487º, que define o âmbito da família do usuário ou do morador usuário, considerando nela compreendidos «apenas o cônjuge, não separado (...) de pessoas e bens¹⁸⁰, os filhos solteiros, outros parentes a quem sejam devidos alimentos e as pessoas que, convivendo com o respectivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas». O modo de determinação das necessidades do usuário e do habitante da casa estabelecido no art. 1486º tem precedentes no direito romano, mais concretamente em D.7,8,12,1 («*aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus*»); e o elenco das pessoas constante do art. 1487º não é muito diferente daquele que consta de D.7,8,2,1, de D.7,8,4,1 e de D.7,8,6¹⁸¹.

Relativamente aos modos de constituição e às causas de extinção dos direitos de uso e de habitação aplicam-se as normas respeitantes ao usufruto, para que remete o art. 1485º, mas com ressalva do disposto na alínea *b*) do artigo 1293º, contida na parte final desse preceito¹⁸²: assim, aplicam-se, respectivamente, os arts. 1440º e 1476º¹⁸³, mas com a exclusão, para os direitos de uso e de habitação, da aquisição por usucapião¹⁸⁴. Convém ainda ter presente que, em virtude do disposto no art. 298º, n.º 3, os direitos de uso e de habitação (como os outros direitos reais aí mencionados) «não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei». Assim, no essencial, os mo-

¹⁸⁰ A norma continua a dizer «*não separados judicialmente de pessoas e bens*». Todavia esta causa de modificação da relação matrimonial há muito que deixou de sempre ter natureza judicial; por isso, eliminámos a palavra «judicial». Cfr. COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I – *Introdução. Direito matrimonial*, 5.ª ed., com a colaboração de Rui de Moura Ramos, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 78 e 655-658.

¹⁸¹ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e n.º 1.3.2.2.

¹⁸² Art. 1485º – «*Os direitos de uso e de habitação constituem-se e extinguem-se pelos mesmos modos que o usufruto, sem prejuízo do disposto na alínea b) do artigo 1293º, e são igualmente regulados pelo seu título constitutivo; na falta ou insuficiência deste, observar-se-ão as disposições seguintes*».

¹⁸³ Art. 1440º – «*O usufruto pode ser constituído por contrato, testamento, usucapião ou disposição da lei*».

Art. 1476º – «*1. O usufruto extingue-se: a) Por morte do usufrutuário, ou chegado o termo do prazo por que o direito foi conferido, quando não seja vitalício; b) Pela reunião do usufruto e da propriedade na mesma pessoa; c) Pelo seu não exercício durante vinte anos, qualquer que seja o motivo; d) Pela perda total da coisa usufruída; e) Pela renúncia. 2. A renúncia não requer aceitação do proprietário*».

¹⁸⁴ Art. 1293º – «*Não podem adquirir-se por usucapião: (...) b) Os direitos de uso e de habitação*».

dos de constituição e as causas de extinção dos direitos de uso e de habitação são os mesmos do usufruto, tal como acontecia no direito romano ¹⁸⁵.

No art. 1488º consagra-se a intransmissibilidade do direito de uso e do direito de habitação, estabelecendo-se que os seus titulares não os podem «trespassar ou locar»; e também se proíbe a sua oneração, «por qualquer modo» ¹⁸⁶. A solução harmoniza-se, pois, com a do direito romano clássico, como resulta de D.7,8,8pr. (naquela que seria a sua versão genuína), de D.7,8,11 e de D.7,8,12,6, que está igualmente plasmada em I.2,5,1 e I.2,5,2; tal como no primeiro Código Civil português, quanto ao direito de habitação, não se acolheu o que fora decidido por Justiniano, em C.3,33,13,1 – e que não é possível determinar se chegou a ter aplicação em Portugal, embora também não seja de excluir que isso se tenha verificado, atendendo a que o direito romano foi utilizado entre nós como fonte subsidiária de direito desde o período que antecedeu as Ordenações Afonsinas e, depois, por disposição expressa destas e das Ordenações seguintes, as Manuelinas e as Filipinas, e, além de se ter procedido à tradução para português do Código justinianeu, até se recorreu às *Siete Partidas* (igualmente traduzidas para português), que, seguindo essa *constitutio*, admitiram, como vimos, a possibilidade de locação da habitação ¹⁸⁷.

Por fim, no art. 1489º mencionam-se as obrigações inerentes ao uso, em termos idênticos aos do art. 527. do Código Civil espanhol, valendo, pois, «*mutatis mutandis*» o que dissemos a respeito dele ¹⁸⁸: o seu fundamento românico encontra-se, por conseguinte, em D.7,8,18.

V. CONCLUSÃO

Do exposto resulta que o regime dos direitos de uso e de habitação consagrado tanto no Código Civil espanhol como no actual Código Civil português é largamente tributário do direito romano, sobretudo do direito romano clássico, ainda que também do direito justinianeu, que, de qualquer modo, foi o veículo de transmissão daquele para a posteridade.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, n.º 1.2.

¹⁸⁶ Art. 1488º – «O usuário e o morador usuário não podem trespassar ou locar o seu direito, nem onerá-lo por qualquer modo».

¹⁸⁷ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 5.ª ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 293-295 e 342-348.

¹⁸⁸ Art. 1489º – ««1. Se o usuário consumir todos os frutos do prédio ou ocupar todo o edifício, ficam a seu cargo as reparações ordinárias, as despesas de administração e os impostos e encargos anuais, como se fosse usufrutuário. 2. Se o usuário perceber só parte dos frutos ou ocupar só parte do edifício, contribuirá para as despesas mencionadas no número precedente em proporção da sua fruição».

Assim sendo, parafraseando o alerta que o tribuno Gary lançou a respeito do erro («difundido pela ignorância e que a preguiça poderia talvez tornar plausível») que seria pensar, depois da aprovação do *Code Civil*, que bastaria conhecer esse código¹⁸⁹, podemos dizer: aos estudantes que aspiram a ser juristas (assim como aos que, sendo juristas, o queiram ser de corpo inteiro) não basta conhecer os códigos civis em vigor; a exemplo dos nossos antigos grandes magistrados e dos nossos jurisconsultos mais célebres, eles devem estudar o direito na sua fonte mais pura, ou seja, no direito romano.

¹⁸⁹ «Qu'il me soit permis de signaler ici une erreur répandue par l'ignorance, et que la paresse pourrait peut-être accréditer, c'est qu'il suffira désormais à ceux qui se destinent à l'étude des lois connaître le Code civil. Nous ne pouvons assez leur répéter qu'à l'exemple de nos plus grands magistrats et de nos plus célèbres jurisconsultes, ils doivent étudier le droit dans sa source la plus pure, dans les lois romaines. (...)». *Cfr. Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le tribun Gary (30 janvier 1804)*, cit., p. 243.

III

PERSONA Y FAMILIA

**FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LAS UNIONES
CONVIVENCIALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA
NACIÓN ARGENTINA ¹**

*Romanistic foundations of the convivial unions in the Civil and Commercial
Code of the Argentine Nation*

MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ
GABRIELA VICTORIA MOREL

Universidad de Buenos Aires y Universidad de Flores (Argentina)

*«La originalidad consiste en volver al origen; así
pues, original es aquello que vuelve a la simplicidad de
las primeras soluciones»*

Antonio Gaudí

Resumen: El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 introdujo la regulación de las uniones convivenciales. Nos proponemos analizar este instituto jurídico y determinar si el legislador ha realizado una vuelta a las fuentes y principios romanísticos. Particularmente, analizaremos las semejanzas que presenta esta novedosa institución con el matrimonio romano de la época clásica.

Palabras claves: Derecho Romano, matrimonio clásico, uniones convivenciales, Código Civil y Comercial argentino.

Abstract: The Civil and Commercial Code of the Argentine Nation of 2015 introduced the regulation of convivial unions. We propose to analyze this legal institute and deter-

¹ El presente trabajo se presenta en el marco del Proyecto de Investigación «Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación» que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

mine if the legislator has made a return to the sources and romanistic principles. Particularly, we will analyze the similarities that this new institution presents with the Roman marriage of the classical era.

Keywords: Roman Law, classical marriage, convivial unions, Argentine Civil and Commercial Code.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Reconocimiento normativo de las uniones convivenciales. III.–El matrimonio romano y las uniones convivenciales. III.1. Elementos constitutivos y prueba de su existencia. III.2. Requisitos e impedimentos. III.3. Régimen patrimonial. III.4. Cese de la unión convivencial y del matrimonio romano. IV.–Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La ley 26.994 sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia el 1.º de agosto de 2015, reemplazando al Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield.

Entre los fundamentos del decreto 191/2011 que creó la Comisión para la Elaboración de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, surge la reforma constitucional ocurrida en 1994, en particular, la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional, las distintas modificaciones parciales que han ido sufriendo los institutos de derecho privado, como también las transformaciones culturales producidas. Estas circunstancias, según explica el decreto en mención, fundamentan la necesidad de unificar y actualizar la legislación de esta rama del derecho, incluyendo a su vez la armonización e integración con los códigos de la región en sus aspectos fundamentales.

Entre los cambios producidos encontramos, en materia de familia, la recepción de marcos regulatorios a una serie de conductas sociales. Entre ellas, las uniones convivenciales (arts. 509 a 528, CCyC).

En el presente trabajo nos proponemos analizar este instituto jurídico, escudriñar entre sus características y determinar si el legislador ha realizado una vuelta y giro a las fuentes y principios romanísticos. Particularmente, analizaremos las semejanzas que presenta esta novedosa institución con el matrimonio romano de la época clásica².

² SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 99, sostiene: «El derecho clásico del matrimonio es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización, apareció un Derecho matrimonial humano, esto es,

II. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES

Con la regulación de las uniones convivenciales, se ha pretendido reconocer una situación de hecho, con fundamento en el concepto de familia de raigambre constitucional. Asimismo, en función de sus características, se ha intentado brindar un equilibrio entre el respeto a la autonomía de la voluntad y la protección de aquellos individuos que, sin la intervención estatal, verían afectados sus derechos.

En función de la terminología utilizada, abarca una pluralidad de manifestaciones ya sea, parejas que han decidido convivir antes de contraer matrimonio; las que han optado voluntariamente por no casarse, los casos de sectores excluidos o vulnerables y las parejas del mismo sexo³.

Con relación a esto último, las críticas que se han alzado contra reformas como la introducida en Argentina por la ley 26.618 que permitió que personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, no tendrían lugar con los vocablos elegidos para este instituto jurídico.

En efecto, no obstante la interpretación dinámica que debe primar a fin de acompañar la evolución y condiciones de vida actuales, se ha sostenido que en función del significado etimológico de «nupcias» y «matrimonio» sólo era posible utilizar estos términos, al referirse a la unión entre el hombre y la mujer. Desde este punto de vista, se ha llegado a afirmar que lo contrario implicaría la afectación de la técnica y precisión que caracterizaría al lenguaje del derecho⁴.

En el caso de las uniones convivenciales⁵ no sólo se superan estas críticas sino también, el término peyorativo de «concubinato» receptado en el Código de Vélez.

Asimismo, en función de las normas que se encuentran en el vértice del ordenamiento jurídico argentino –Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional–, las uniones convivenciales constituyen la recepción normativa de la unión familiar en sentido

basado en la idea humana del *matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en un pie de igualdad*» (el destacado nos pertenece).

³ LORENZETTI, R. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 279.

⁴ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 13 s.

⁵ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, *Relaciones de Familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 298, afirma: «...lo cierto es que se trata de una expresión que no tiene arraigo dentro de nuestro lenguaje jurídico y mucho menos tiene una aceptación social. Es cierto, por último, que se trata de una expresión que no cuenta con implicancias disvaliosas sino que alude a un comportamiento que ha sido socialmente aceptado».

amplio, como así también y, en consecuencia, la realización de los principios de igualdad y no discriminación.

Aún más, constituye el cumplimiento del deber que tiene el Estado argentino de no favorecer la ocurrencia de situaciones de discriminación ya sea por acción u omisión, de *iure* o *de facto*. En este sentido, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que, «[l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, (...)»⁶.

En esta línea, la Corte IDH ha expresado que, «en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. (...) el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»⁷.

El deber del Estado argentino de «protección integral de la familia» contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, debe complementarse con lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las decisiones que emanan de la Corte IDH.

En función de lo expuesto, el concepto convencional y constitucional de familia responde a una pluralidad de realidades y formas familiares que la legislación no puede ignorar y que mediante la recepción del instituto jurídico en análisis, intenta materializar. La autonomía personal, como principio fundamental de nuestro sistema jurídico, nutre la posibilidad de que las personas elijan una forma de vida familiar que se caracteriza por la ausencia de orden y organización, a diferencia de lo que ocurre en la unión matrimonial⁸.

En este sentido, debemos señalar que así como existe un derecho de rai-gambre constitucional a contraer matrimonio, existe también un derecho constitucional a «no casarse» y a vivir en una forma familiar diversa. Por eso la protección de los convivientes se logra en el CCyC sancionado, en tanto reconoce la forma familiar convivencial en el derecho escrito, previendo efectos tanto en la armonía como en el cese de la unión⁹.

⁶ Corte IDH, 24/II/2012, «Atala Riffo c/ Chile», párr. 80.

⁷ Corte IDH, 24/II/2012, «Atala Riffo c/ Chile», párr. 142 y Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/VIII/2002, párrs. 69 y 70. Este concepto de «vida familiar» ha sido reiterado en los casos «Fomerón e hija vs. Argentina», del 27/IV/2012 y «Gretel Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica», del 28/XI/2012.

⁸ LLOVERAS, N., *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, 15 de Julio de 2015, www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF150401 (última consulta realizada 24 de abril de 2017).

⁹ LLOVERAS, N., *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, cit.

III. EL MATRIMONIO ROMANO Y LAS UNIONES CONVIVENCIALES

De acuerdo con las fuentes, en Roma el matrimonio era un *factum*¹⁰, es decir, una situación de hecho que se mantenía por la presencia de la *affectio maritalis*¹¹. En las Institutas de Justiniano encontramos que se lo define como «la unión del varón y de la mujer que contiene la costumbre indivisa de la vida»¹².

Por su parte, las uniones convivenciales se definen como una unión basada en relaciones afectivas¹³ de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo¹⁴. Ello, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 509 del CCyC.

III.1 Elementos constitutivos y prueba de su existencia

Con relación al matrimonio romano de la época clásica, Bonfante señala que resultan necesarios dos requisitos, la cohabitación y la intención marital o *affectio maritalis*¹⁵. El elemento objetivo podría llegar a estar ausente, pero si se encuentra presente la *affectio*, el matrimonio existe¹⁶.

¹⁰ D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 131, sostiene: «Si la *manus* es un derecho, el matrimonio por sí mismo, no es más que una situación de hecho, pero que produce consecuencias jurídicas... En el concepto romano pagano, hay matrimonio legítimo (*iustiae nuptiae*) cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que han alcanzado la pubertad y no tienen impedimento para hacerlo, conviven con apariencia conyugal honorable (*honor mariti, affectio maritalis*)».

¹¹ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 140, sostiene: «Il matrimonio si fonda sull' *affectio maritalis*, che già i romani intendevano, più o meno esplicitamente, como consenso continuato».

¹² I.1.9.1. En la misma línea encontramos la definición de Modestino en D.23.2.1.

¹³ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, cit., p. 300, afirma: «Resulta incuestionable que la ambigüedad de la expresión (relaciones afectivas) generará no pocas dificultades interpretativas acerca de su alcance. Constituirá una tarea imposible para el interesado probar la existencia de afecto y para el juzgador evaluar si dicha demostración se ha concretado, ya que ese sentimiento es difícil de aprehender en términos jurídicos».

¹⁴ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, cit., p. 299, sostiene: «A partir de la ley 26.618 que permitió la celebración del matrimonio entre personas sin que sea obstáculo para ello la identidad de sexo de los contrayentes, resultaba ineludible reconocer que la unión convivencial podía configurarse también entre personas del mismo sexo. Ello es así porque no resultaba lógico que en tal caso pudieran contraer matrimonio con todos sus efectos legales y que la mera convivencia no tuviera consecuencia legal alguna. Es una simple consecuencia del axioma que dice que quien puede lo más puede lo menos».

¹⁵ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 391, afirma: «Il rapporto matrimoniale non consisteva in un vincolo che, sia apure dissolubile col divorcio, durasse indipendentemente dagli elementi materiali (convivenza) e spirituali (*affectio maritalis*) che lo caratterizzavano in línea di fatto: finchè invero questi, o almeno l'*affectio maritalis*, persistevano, il matrimonio coi relativi effetti giuridici perdurava, altrimenti si scioglieva».

¹⁶ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción del 8.ª edición italiana, Madrid, Instituto Editorial Reus, pp. 181-183.

En las fuentes encontramos un pasaje de Ulpiano que refrenda esta afirmación: *Cui fuerit sub hac conditione legatum: si in familia nupsisset, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*¹⁷.

Así también, el mismo jurista en otra opinión con relación a la validez de las donaciones entre cónyuges que habitaron separados por largo tiempo, sostiene que si ambos guardaron recíprocamente su condición matrimonial, las donaciones no son válidas, porque es la *affectio maritalis* lo que constituye el matrimonio¹⁸.

En forma coincidente, Ulpiano afirma: *Nuptias non concubitus sed consensus facit*¹⁹ En la misma línea se pronuncia Pomponio al hacer referencia a los efectos del *postliminium*²⁰. entre otras referencias que es posible encontrar en el *Corpus Iuris Civilis*²¹. Como sostiene Schulz²², aunque es cierto que *consensus facit nuptias*, el matrimonio no es (como la *societas*) un contrato consensual, ya que no crea obligaciones sino más bien un *status*.

El elemento subjetivo resulta un estado de voluntad cotidiana, es decir que el consentimiento de llevar adelante una vida en común, debía ser permanente y estar presente a lo largo de la relación y no solamente al inicio²³.

Lo señalado precedentemente indica que nos encontramos ante un *factum* y no frente a un acto jurídico, es decir, si estaba presente la *affectio*, tenía lugar el matrimonio. Sin embargo, si el elemento subjetivo se encontraba ausente, el matrimonio desaparecía «con la fluidez característica de lo meramente fáctico»²⁴.

¹⁷ D.35,1,15: «Si a una se le hubiere legado bajo esta condición: si se hubiera casado en la familia, se considera cumplida la condición inmediatamente que fue tomada por mujer, aunque todavía no hubiera ido a la cámara del marido; porque no el concubito, sino el consentimiento, constituye las nupcias». Trad. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, II, Valladolid, Lex Nova, 1988, p. 714.

¹⁸ D.24,1,32,13: *Si mulier et maritus diu seorsim habiteverint, sed honorem matrimonii invicem sibi habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsequutum), puto donationes non valere quasi duraveverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio*.

¹⁹ D.50,17,30: «No el concubito sino el consentimiento constituye las nupcias». Trad. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, III, cit., p. 947. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 106, afirma: «... aunque es dudoso que este libro haya sido escrito por Ulpiano, la regla transcrita, revela en forma máxima (y, por tanto, de un modo preciso), el principio humano que inspira todo el Derecho clásico del matrimonio. En Derecho Clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, fórmula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni siquiera la inscripción en un registro oficial... Todas estas formalidades no parecen compatibles con la especial dignidad de este acto».

²⁰ D.49,15,14,1.

²¹ D.20,1,4; D.23,1,11; D.23,2,65,1; D.49,15,14,1 y C.5,4,6.

²² SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 107.

²³ PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, N., *Derecho de Familia en el Derecho Romano*, Buenos Aires-Córdoba, Ed. Lerner, 1976, p. 50 s.

²⁴ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, cit., p. 32.

Asimismo, el matrimonio romano se encontraba exento de formas y el modo de probar el requisito intencional era a través de «declaraciones de los cónyuges mismos o de los parientes y amigos, (...), mediante la manifestación exterior, o sea el *honor matrimonii* que es el modo de tratarse, en todas las formas como se deben tratar dos cónyuges (...)»²⁵.

Esta ausencia de formalidades se encuentra plasmada en el libro quinto del Código justiniano, donde es posible hallar una serie de Constituciones Imperiales que nos muestran esta realidad²⁶.

Así, encontramos una Constitución Imperial donde se hace mención a los elementos objetivo y subjetivo y a las consecuencias jurídicas de su conjunción, sin mediar formalidad alguna: *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem*²⁷.

En función de lo hasta aquí expuesto, es posible observar que, con miras a lo preceptuado en el artículo 509, CCyC, las uniones convivenciales comparan los mismos caracteres que conceptualizan el matrimonio romano de la época clásica.

En efecto, resultan uniones desprovistas de solemnidades legales de dos personas que deciden llevar adelante un proyecto de vida compartido, es decir, no existe un acto jurídico de constitución o reconocimiento, sino que resulta una situación de hecho que el ordenamiento jurídico reconoce.

Puede entenderse que la unión convivencial ostenta la ausencia de las formalidades del matrimonio, pues se trata de una regulación diferenciada del mismo, en reconocimiento del derecho a formar una familia no matrimonial, con efectos propios²⁸.

Al igual que en el matrimonio romano clásico, también resulta indispensable la conjunción de dos elementos: la convivencia y la voluntad de vida en común, resultando principal el elemento subjetivo. Esto último se desprende

²⁵ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, cit., p. 182: «En Roma no era necesaria ninguna formalidad para el matrimonio *sine manu*, con excepción de las personas ilustres o con rango senatorial: N., 117, 4; N., 74, 4». Exigencias estas últimas que, conforme afirma Ortega Carrillo de Albornoz, no significaban formalidades para unirse en matrimonio, sino que tenían como finalidad «aportar pruebas para la legitimidad de los hijos, y evitar litigios sobre sustanciosas herencias» (*op. cit.*, p. 55.)

²⁶ C.5,3,5; C.5,4,2; C.5,4,6.

²⁷ C.5,4,9: «Si sabiéndolo los vecinos u otras personas tuviste mujer en tu casa para procrear hijos, y de este matrimonio nació una hija, aunque no se hicieron ni los instrumentos nupciales, ni los pertenecientes a la hija nacida, no por esto tiene menos fuerza la verdad del matrimonio o del nacimiento de la hija». Trad. GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, IV, p. 560.

²⁸ LLOVERAS, N., *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, cit.

de lo preceptuado en el artículo 523 del CCyC, donde al enumerar las causales de cese de la unión convivencial, se menciona, entre ellas, el cese de la convivencia mantenida. La norma agrega que la interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la «voluntad de vida en común» (art. 523, inc. g, CCyC).

Con relación a esto último, el CCyC no realiza ninguna especificación. No obstante, remitiéndonos a las fuentes romanas, es posible interpretar que la norma hace referencia a la antigua *affectio maritalis* o consentimiento al que hacíamos referencia en párrafos precedentes al analizar el matrimonio romano.

Conforme fue expuesto, no existe ninguna forma impuesta para que tenga lugar la unión convivencial, circunstancia que reafirma que es un hecho jurídico y que presenta como principal consecuencia que para el cese de la unión, tampoco resulta necesaria ninguna formalidad específica, al igual que ocurría con el matrimonio romano.

En cuanto al modo de probar su existencia, también encontramos un punto en común: resulta válido cualquier medio probatorio que permita acreditarlo. La inscripción en el registro de uniones convivenciales resulta prueba suficiente, pero no la única (art. 512, CCyC).

En este aspecto, resulta claro que, por la cercanía de la sanción del CCyC, aún no contamos con jurisprudencia que se haya expedido al respecto. No obstante, al igual que en Roma, el trato ostensible que se dieran los convivientes, como así también el testimonio de vecinos, amigos o familiares, podría constituir prueba suficiente que acredite que tuvo lugar la unión convivencial.

III.2 Requisitos e Impedimentos

Existen requisitos cuya ausencia, tanto en el matrimonio romano como en las uniones convivenciales, conlleva a la falta de reconocimiento jurídico y en el caso romano, a la ilicitud de la unión²⁹.

Desde un punto de vista negativo, estos requisitos son denominados impedimentos. Entre los llamados impedimentos absolutos, encontramos la edad. En el caso de las uniones convivenciales, el CCyC exige ser mayor de edad, es decir mayor de 18 años³⁰.

Por su parte, en Roma, el matrimonio era válido si los contrayentes poseían capacidad natural, es decir, que fueran púberes, esto es, contar con la

²⁹ I.1,10,12; D.23,2,55 pr.

³⁰ Art. 510, inc. a), del CCyC.

edad de 14 años los varones y 12 años las mujeres³¹. A su vez, se exigía contar con capacidad jurídica (*ius connubi*).

En cuanto al consentimiento, no sólo se requería el de los esposos, sino también el del *pater familias*³², este último resultó un requisito atemperado con el correr de los tiempos.

También encontramos el impedimento de ligamen, esto es la existencia de un matrimonio anterior no disuelto legalmente. Lo mismo ocurre en el caso de las uniones convivenciales que a su vez, exige que tampoco se encuentre registrada otra convivencia de manera simultánea³³.

En cuanto a los impedimentos relativos, en Roma, el parentesco de sangre en línea recta en todos los grados constituía un impedimento³⁴. Por su parte, el parentesco en línea colateral fue regulado de distintas maneras según la época y Justiniano restauró la regla de la distancia de un progenitor³⁵.

En igual sentido, de acuerdo con lo regulado en el artículo 510 CCyC, los convivientes no pueden encontrarse unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado³⁶.

En cuanto al parentesco por afinidad, en Roma se encontraban impedidos de contraer matrimonio el padre y la viuda del hijo, el padrastro viudo o divorciado y la hijastra, como así también, la suegra y el yerno o el suegro y la nuera³⁷. En concordancia, en las uniones convivenciales no es válida la unión entre aquellos que se encuentren unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta³⁸.

A diferencia de la actualidad, en Roma existían impedimentos provenientes del desempeño de un cargo, como es el caso de los gobernadores que no podían contraer matrimonio con la mujer que vivía en la provincia en la que gobernaba³⁹.

Finalmente, el CCyC exige que la convivencia se mantenga por el lapso no inferior a dos años⁴⁰. Esto significa que recién luego de transcurrido ese lapso, la unión convivencial producirá los efectos jurídicos que la ley estable-

³¹ D.23,2,4.

³² I.1,10 pr.

³³ Art. 510, inc. d), del CCyC.

³⁴ I.1,10,1; II, 10,5; D. 23,2,14,2; D.23,2,53.

³⁵ ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 707 s. Ver, I.1,10,2-4.

³⁶ Art. 510, inc. b), del CCyC.

³⁷ I.1,10,6-7.

³⁸ Art. 510, inc. c), del CCyC.

³⁹ ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, II, cit., p. 708.

⁴⁰ Art. 510, inc. e), del CCyC.

ce⁴¹. El requisito de un plazo mínimo a lo largo de los distintos períodos, no lo encontramos en Roma.

Resulta menester señalar que las exigencias para que tenga lugar la unión convivencial resultan coincidentes con los impedimentos matrimoniales enumerados en el artículo 403 del CCyC, en particular con los incs. a), b), c), d) y f)⁴², los cuales, conforme fue analizado en el presente acápite, resultan de indudable fuente romanística.

III.3 Régimen patrimonial

En lo que refiere al régimen patrimonial, en Roma dependía de que el matrimonio fuera con efecto *cum manu* o *sine manu*. En el primer caso, si la mujer era *sui iuris*, todo su patrimonio pasaba a ser propiedad del *pater familias* correspondiente a la familia en la que ingresaba. Sin embargo, si el matrimonio era con efecto *sine manu*, la situación de la mujer no se modificaba, pues, si era *sui iuris* lo continuaba siendo y si era *alieni iuris*, continuaba sometida a la *patria potestas* de su *pater*⁴³.

En el matrimonio con efecto *sine manu*, los patrimonios de los esposos se mantenían separados⁴⁴. Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad tanto *inter vivos* como *mortis causa*⁴⁵.

En este punto, la mujer *sui iuris* conservaba la propiedad de los bienes llevados al matrimonio y resultaban suyos los adquiridos por herencia, legado, donación o por otro medio⁴⁶.

En el caso de las uniones convivenciales la regla es la autonomía de la voluntad, en el sentido de que los convivientes pueden determinar el modo en que ordenarán sus relaciones económicas.

⁴¹ BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2, cit., p. 306.

⁴² Artículo 403 del CCyC: «Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; (...); f) tener menos de dieciocho años; (...)».

⁴³ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p.113, sostiene: «En la época clásica, cuando la *manus* desaparece y predomina el matrimonio libre, se consigue lo que constituye la aspiración del movimiento humanitario: situar al marido y a la mujer en un plano de igualdad. Los matrimonios libres no producían efectos patrimoniales inmediatos. El marido y la mujer continuaban siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio; los bienes adquiridos por uno de ellos durante el matrimonio, eran también propiedad de quien los adquiría».

⁴⁴ ODERIGO, M., *Sinopsis de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 93.

⁴⁵ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 113.

⁴⁶ C.5,14,8; D.23,3,9,3.

No obstante, de no mediar pacto de convivencia que regule la cuestión, el artículo 518 del CCyC, establece que rige la separación de patrimonios y, en consecuencia, cada integrante ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción que rige con relación a la vivienda familiar y a los muebles indispensables que se encuentren dentro de ella. Asimismo, el Código exige en el artículo 520, la contribución de los convivientes a los gastos del hogar.

Como vemos, de acuerdo con la regla impuesta en el artículo 518 del CCyC, es posible afirmar que resulta el matrimonio libre o *sine manu* el antecedente romano de las uniones convivenciales en lo que refiere al régimen patrimonial.

Ni en el matrimonio romano ni en las uniones convivenciales del CCyC, se consagra el deber de prestar alimentos entre sus miembros. En Roma, la obligación alimentaria entre determinados parientes comienza a reconocerse en los tiempos de Antonino Pío⁴⁷. En ninguna norma sobre las uniones convivenciales se alude en forma expresa a la prestación alimentaria entre convivientes. El artículo 519 del CCyC se refiere a la asistencia, sin mencionar ninguna prestación económica que cubra las necesidades de las personas que viven juntas, por lo que corresponde interpretar dicha norma en el sentido que alude exclusivamente al deber de asistencia moral⁴⁸.

III.4 Cese de la unión convivencial y del matrimonio romano

En función de lo mencionado con anterioridad, ni las uniones convivenciales ni el matrimonio romano requieren formalidades especiales para su constitución, como así tampoco para su disolución⁴⁹.

⁴⁷ ALBURQUERQUE, J., «Conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pío y Marco Aurelio acerca de la prestación de alimentos en derecho romano», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 10, 2006, p. 12, afirma: «En este sentido cabría recordar que la mayoría de los estudiosos no duda en señalar, principalmente, que la prestación alimentaria emerge en los tiempos de Antonino Pío. Así lo escribe D'Ors, entre otros (al hablar de deudas de alimentos entre parientes) 'se admitió desde Antonino Pío este tipo de reclamación ante los cónsules'». SACCOCCIO, A., «Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*», *Revista Roma è America*, Mucchi, 35/2014, p. 9, sostiene: «Per quanto riguarda le ragioni dell'emersione storica di tale dovere, mi pare che le fonti confortino l'ipotesi per cui il punto de partenza sia costituito da richieste dei patres di essere alimentati dai figli ancora in potestate (e non viceversa), e solo successivamente il suo ambito applicativo sarebbe stato setoso a richieste corrispettive dei figli nei conforti dei genitori, anche al di fuori del vincolo potestativo, e por, forse, nei rapporti del figlio con la madre o con gli avi e gli altri ascendenti del lato paterno (*agnati*) o reciprocamente, tra fratelli e sorelle». No hay referencia alguna a la obligación alimentaria entre cónyuges.

⁴⁸ AZPIRI, J., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p.86.

⁴⁹ D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, cit., p.132, en ese sentido indica: «Siendo una *res facti*, el matrimonio romano se puede disolver en cualquier momento por la voluntad debidamente

Entre las causales de disolución de las uniones convivenciales se encuentran, la muerte de uno de los convivientes y la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de ellos⁵⁰. Ambas resultan coincidentes con las enunciadas en el artículo 435 incs. a) y b) del CCyC, al indicar las causas de disolución del matrimonio. En las fuentes romanas, también encontramos el antecedente de las mismas causales⁵¹.

Para el supuesto de conviviente supérstite, queda claro la diferencia que existe respecto del matrimonio, ya que en el nuevo ordenamiento Civil y Comercial no existe vocación hereditaria entre convivientes, pero sí la atribución de la vivienda con un límite temporal máximo de dos años (artículo 527)⁵².

La causal de disolución «por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros»⁵³ resulta una consecuencia del impedimento de ligamen relacionado con los requisitos enunciados en el artículo 510 del CCyC. Conforme fue mencionado en párrafos anteriores, el ligamen resulta un impedimento que también estaba vigente en el matrimonio romano⁵⁴.

En el Derecho Romano Clásico todo matrimonio, tenga o no el marido la *manus* sobre la mujer, puede ser disuelto por acuerdo de los cónyuges o por simple notificación hecha por uno de ellos al otro cónyuge⁵⁵. Todos los acuerdos que tiendan a excluir o limitar el divorcio son nulos y no es posible estipular una penalidad que castigue el divorcio⁵⁶.

El CCyC menciona tres causales que obedecen en forma directa al cumplimiento y materialización de los elementos subjetivo y objetivo que componen la unión convivencial y que a su vez se reflejan en el matrimonio romano.

En primer lugar, el CCyC refiere al mutuo acuerdo⁵⁷, es decir, por decisión de ambos convivientes que frente a la ausencia de ánimo y voluntad de vida en común, deciden finalizar la convivencia. En Roma, la exigencia radi-

notificada (*repudium*) del cónyuge que abandona al otro (*divortium*). Se extingue también por la muerte, o por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía de un cónyuge».

⁵⁰ Artículo 523, inc. a) y b) del CCyC.

⁵¹ D.24,2,1.

⁵² CALVO COSTA, C., *Código Civil y Comercial de la Nación anotado con la relevancia del cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 183.

⁵³ Artículo 523, inc. c) del CCyC.

⁵⁴ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 398, en ese sentido manifiesta: «...il carattere monogamico del matrimonio, quale si era ormai consolidato, escludeva la possibilità di contrarre un secondo matrimonio. Si può sostenere che il solo fatto di contrarre un secondo matrimonio determinasse lo scioglimento del primo per il palese venir meno della relativa *maritalis affectio*».

⁵⁵ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 128, sostiene: «En ambos casos se exigía la cesación de la vida en común».

⁵⁶ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p.126.

⁵⁷ Art. 523, inc. e) del CCyC.

caba en que el ánimo de separación fuera perpetuo y no resultado de peleas de momento que implicaran afirmaciones de separación o repudio⁵⁸.

En segundo lugar, el CCyC menciona la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro⁵⁹. En este punto, el Digesto también nos evidencia la posibilidad de divorcio por voluntad de uno solo de los esposos: *Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum, nisi poenitentia cognita is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere; tunc enim per eum, qui accepit, solvitur matrimonium*⁶⁰.

Finalmente, la ausencia del elemento objetivo, es decir, el cese de la convivencia constituye otra causal. Con la excepción, conforme ya fue mencionado, de que permanezca el elemento subjetivo durante la interrupción de la convivencia por razones laborales o similares, es decir, que permanezca la voluntad de vida en común⁶¹, extremo este último que coincide con lo que ocurría en el matrimonio romano⁶².

Hasta aquí, como vemos, todas las causales enunciadas encuentran su paralelismo en forma directa con el matrimonio romano y sus causales de disolución. Sin embargo, cabe mencionar que, a diferencia del matrimonio romano, la unión convivencial también contempla el matrimonio de los convivientes, extremo que señala claramente la diferencia entre ambos regímenes jurídicos y la posibilidad de optar entre una u otra institución jurídica, con sus correspondientes efectos y consecuencias familiares, sociales, culturales y patrimoniales.

Ello es así, ya que el legislador con miras a la realización de los derechos y a los principios de igualdad y no discriminación, no podría imponer estándares de protección similares a los que corresponden a la institución matrimonial, pues ello afectaría el principio de libertad y de autonomía de la voluntad contenidos en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

⁵⁸ D.24,2,3.

⁵⁹ Artículo 523, inc. f) del CCyC.

⁶⁰ D.24,2,7: «Si se arrepintió el que dio la demanda de divorcio para que se entregara, y ésta fue presentada por ignorarse que se había cambiado de voluntad, se ha de decir que subsiste el matrimonio, a no ser que, conocido el arrepentimiento, haya querido el mismo que la recibió, disolver el matrimonio; porque entonces se disuelve el matrimonio por el que la recibió». Trad. GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, II, cit., p. 184.

⁶¹ Artículo 523, inc. g) del CCyC.

⁶² D.24,1,32,13.

IV. CONCLUSIÓN

El deber de protección integral de la familia y diversas formas de la vida familiar, implica aceptar las distintas realidades y bajo ningún punto de vista, su reconocimiento normativo puede implicar la unificación de los requisitos y efectos de un modelo uniforme de familia como sería el matrimonio. Ello resultaría tan dañino e inconstitucional como la omisión de reconocer los derechos fundamentales que se desprenden de las diversas formas familiares.

En consecuencia, el legislador a través de las uniones convivenciales se ha limitado a reconocer un piso básico de derechos que permita la realización de los principios de solidaridad familiar, igualdad y no discriminación.

En virtud de lo expuesto, resulta claro que las uniones convivenciales no se equiparan al matrimonio actual, resultando esta última la institución que más derechos reconoce a sus integrantes.

Es así que, en función de la novedad que constituye la recepción normativa de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial, sus particularidades y diferencias con el matrimonio actual, nos enfrenta a la necesidad de recurrir al derecho romano y sus principios a fin de hallar un norte en la aplicación e interpretación de este nuevo instituto que se erige en el ordenamiento jurídico argentino.

A partir del recorrido realizado, ha sido posible establecer puntos en común y un paralelismo en diferentes aspectos con el matrimonio romano libre de la época clásica.

Así, hemos analizado que hay similitud en los elementos constitutivos, en la prueba de su existencia, en las causales de disolución, y en ciertos aspectos del régimen patrimonial.

Con relación al impedimento de parentesco, en las uniones convivenciales, se establece en línea recta sin limitación de grados y en línea colateral hasta el segundo grado. En tanto en Roma, se reguló el impedimento de parentesco en línea recta sin límite y colateral hasta el tercer grado (con algunas excepciones permitidas en época del emperador Claudio⁶³).

Ni en el Derecho Romano clásico, ni en el régimen de las uniones convivenciales se contemplan los alimentos, aunque se prevee el deber de asistencia entre los convivientes.

Entre las diferencias más notorias podemos señalar que las uniones convivenciales pueden darse entre personas del mismo sexo, que las uniones con-

⁶³ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 396.

vivenciales se pueden registrar y que no se reconoce vocación hereditaria entre los convivientes.

El matrimonio romano clásico era una unión de hombre y mujer, que no se registraba. En cuanto a la vocación hereditaria, a partir de la *bonorum possessio unde vir et uxor*, el cónyuge sobreviviente del matrimonio libre (*sine manu*), podía solicitar la posesión de los bienes hereditarios del cónyuge fallecido, aunque se encuentra en el último orden previsto en el edicto del pretor⁶⁴.

El recorrido realizado nos ha permitido ver que bajo el ropaje de un flamante e innovador instituto, el legislador actual ha realizado una vuelta a las fuentes y principios romanísticos, es decir, una vuelta al origen.

⁶⁴ DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 355, sostiene: «IV. Llamamiento *unde vir et uxor*. A falta de los anteriores se llama finalmente al cónyuge supérstite, sea la *uxor* que sobrevive a la muerte del marido, o al *vir* en caso de ser éste el sobreviviente. Lo que se requiere es que el matrimonio subsista al tiempo de la muerte del cónyuge respectivo (Ulp. D.38,11,1). Hay que tener en cuenta que se debe tratar de un matrimonio *sine manu*...».

EVOLUCIÓN DEL *DIVORTIUM SINE CAUSA* ROMANO AL DIVORCIO INCAUSADO MEXICANO

Evolution of roman 'divortium sine causa' to mexican no fault divorce

OLIVIA CASTRO MASCAREÑO
ANA EDITH CANALES MURILLO

Universidad Autónoma de Baja California (México)

Resumen: El objeto del presente trabajo consiste en analizar la tradición del Derecho romano respecto divorcio valorando las finalidades que han inspirado las reconstrucciones modernas, y, ya que es indiscutible que para un divorcio es indispensable un matrimonio, analizaremos ambas figuras jurídicas.

Palabras clave: *Divortium sine causa, evolución del divorcio en México, affectio maritalis, consensus.*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the Roman law tradition regarding divorce, valuing the purposes that have inspired modern reconstructions, and since it is indisputable that a marriage is essential for a divorce, we will analyze both legal figures.

Keywords: *Divortium sine causa, evolution of divorce in Mexico, affectio maritalis, consensus.*

SUMARIO: I.–Introducción. II.–El matrimonio y el divorcio en Roma. III.–El divorcio en México. IV.–Nota conclusiva.

I. INTRODUCCIÓN

Considerando que el matrimonio romano fue y es una realidad vital y global siempre vigente, con sus más y sus menos, dado que es la génesis de

una institución jurídica perenne sujeta a los vaivenes de los usos y costumbres sociales¹, no es sorprendente que siga siendo objeto de investigación y análisis al estudiar la normativa actual. En el tema que nos ocupa, el divorcio voluntario unilateral, encontramos que su naturaleza jurídica continua en el centro de un intenso debate por parte de los romanistas, y por ello para empezar, limitaremos nuestro análisis a la evolución del tema desde sus orígenes en la etapa arcaica hasta la postclásica², para posteriormente analizar cómo fue acogido el divorcio en México, desde sus primeras concepciones tanto sociales como jurídicas, estudiando su evolución jurídica hasta la legislación actual.

II. EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN ROMA

Analizaremos, de entre las diversas tesis sobre el tema, la que sostiene que el matrimonio se iniciaba con la convivencia entre dos personas y se mantenía gracias a la voluntad continuada de mantener la unión conyugal vigente hasta la etapa post clásica. Así, señala Pichon³ «como sucede en toda sociedad antigua, el amor y el matrimonio son absolutamente distintos», en consecuencia, en dicho periodo, el matrimonio podría ser disuelto por simple voluntad de uno de los cónyuges.

A fines del siglo XIX el profesor Carlo Manenti⁴ demostró la importancia trascendente del consenso en el matrimonio romano clásico. Los fundamentos esenciales del matrimonio según nuestro autor⁵, estaban constituidos por la conjunción de la convivencia (*consuetudo individua vitae*⁶) y el asentimiento mutuo prestado de manera expresa y libre (*affectio maritalis*), que podría manifestarse en forma expresa o tácita (*consensus*).

¹ Cfr: LÓPEZ ROSA, R., «Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua», *Libro Homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementaria*, Pinard G. E. y Merchan Alvarez A. (eds.), Huelva, Universidad de Huelva, 1998, pp. 411-432; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Privado Romano*, Madrid, Iustel, 2009), pp. 137 y 143 ss.

² Cfr: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano», en *Derecho, sociedad y Familia: cambio y continuidad*, Morales A. M. y Miquel J. M. (eds.) Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 10, 2006, pp. 33-44.

³ PICHON, R., *La leyenda de Hércules en Roma y otros estudios de religión romana*, Madrid, Signifer Libros, 2001, pp. 41 ss.

⁴ Cfr: MANENTI, C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, Tip. 1889, pp.40-44.

⁵ Cfr: RAVA, A., *In requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio, studio storico-giuridico*, Roma, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2001, pp. 60-64.

⁶ Entendida como *consortium omnis vitae* conforme el Digesto 23,2,1 (Mod. 1 reg.), esto es, compartir las vicisitudes de la vida en forma conjunta una vez que se han unido en matrimonio.

La diferencia entre el *consensus* y la *affectio*, radica en que la primera alude a la relación marital y la segunda es de carácter ético implicando un consentimiento continuo «y que no significa afecto o apego mutuo⁷». Lo justifica en que es una institución jurídica que surge de la *voluntas*, la que provoca efectos jurídicos ya que se refiere a la intención y no a la emoción, en efecto, los esposos podrían seguir amándose, pero haber terminado la voluntad de seguir unidos en matrimonio.

En resumen, conforme lo ya expresado, el matrimonio llevaba como condiciones esenciales para su nacimiento, como vínculo jurídico, la convivencia y el consentimiento. El asentimiento, consentimiento o *consensus* no puede entenderse como génesis del matrimonio, esto es, no es «contractual», es decir, como un momento de consolidación definitivo de una relación jurídica, sino como continuo y permanente, real sentido de la *affectio*. Manenti ratifica esta aseveración cuando afirma: «De hecho, lo que se requiere para las nupcias es un consenso que consiste en un acuerdo de voluntad no instantáneo, pero continuo, limitado en el tiempo a su propia duración. Sin duda, es principalmente por su continuidad, que asume concretamente la naturaleza y el nombre de *affectus, affectio (maritales, uxoris)*»⁸.

También Cantarella describe del mismo modo la necesidad de la continuidad en el consentimiento cuando dice: «El matrimonio existía siempre que dos ciudadanos romanos vivieran juntos con la intención de ser marido y mujer; y esta intención, que debía renovarse de momento en momento, era, por así decirlo, la sangre vital del matrimonio: para que esto continuara subsistiendo era necesario, de hecho, que la *maritalis affectio* nunca dejara de alimentar a la unión, ya que solo en esta condición podría considerarse un matrimonio»⁹.

En el mismo sentido Bonfante¹⁰ afirma que «El matrimonio es la convivencia del hombre y la mujer con la intención de ser marido y esposa, es decir, de procrear y criar hijos y de constituir también entre los cónyuges una

⁷ BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, Giuffrè, 1972, p. 575.

⁸ MANENTI, C., *Della inapplicabilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, *op. cit.*, p. 42 s.: «Infatti quello richiesto per le nuptiae è un consenso consistente in un accordo di volontà non istantaneo, ma continuato, con effetto limitato nel tempo alla sua stessa durata. È senza dubbio per questa sua continuità principalmente, che esso in concreto assume natura e Nome di *affectus, affectio (maritales, uxoris)*». Todas las traducciones del italiano corresponden a la autora.

⁹ «Il matrimonio sussisteva ogni qualvolta due cittadini romani convivevano con l'intenzione di essere marito e moglie. e quest'intenzione che doveva rinnovarsi di momento in momento, era, per così dire, la linfa vitale del matrimonio: perche questo continuasse sussistere bisognava infatti che la *maritalis affectio* non cessasse mai di alimentare l'unione che solamente a questa condizione poteva essere considerata un matrimonio». CANTARELLA, E., «La vita delle donne», *Storia di Roma, IV, Caratteri e morfologie*, a cura di E. Gabba – A. Schiavone, Torino, Einaudi, 1989, p. 182.

¹⁰ BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milan, Francesco Vallardi, 1921, pp. 70 y ss. (hay versión castellana).

sociedad perpetua e íntima, a la vista de todos los demás¹¹». Como vemos conjuga la convivencia y la intención. Respecto de la intención considera que la misma debe ser continua pues afirma: «(El matrimonio) no es como el nuestro, una relación establecida por el consenso inicial, al que el consentimiento puede darse el nombre de contrato, de acuerdo con el significado actual de la palabra. Es, como lo hemos definido, la convivencia, con intención marital, y cuando estos dos momentos concuerdan entre sí, el matrimonio existe, si no, el matrimonio no existe. El consenso no es solo inicial, sino que debe ser duradero, continuo, para los romanos más que *consensus*, lo llaman *affectio*¹²».

El profesor Manenti afirma literalmente, a este respecto: «En realidad para constituir un matrimonio no era necesario incluso los esponsales, bastaba solamente establecer una vida en común entre un hombre y una mujer. El matrimonio como relación jurídica se disuelve (...) tan pronto como la vida en común cesa por la voluntad de una o ambas partes¹³».

Como vemos la *affectio maritalis* no alude al «afecto» tomando sin más una traducción aparentemente literal del término, sino que se refiere, más bien, a la manera de ver y sentir el vínculo¹⁴ unido a la intención de continuarlo o no¹⁵. Por ello su significado real, en esta etapa del Derecho romano, implica la intención de continuar la unión matrimonial dándole duración en el tiempo. Dicho de otro modo, en Derecho clásico implicaba un consentimiento continuado, ratificado día a día.

En la etapa post clásica se confunden *consensus* y *affectio maritalis* pues empezó a considerarse que esta intención ratificada en forma continuada se transformó en exigencia jurídica, y es por esta razón, es que insistimos en ratificar que *affectio* implica voluntad de seguir unidos. Al fin y al cabo, tiene mucho sentido ya que el Derecho no puede evaluar, y mucho menos exigir, la

¹¹ *Ob. cit.*: «Il matrimonio è la convivenza dell'uomo e Della donna con l'intenzione di essere marito e moglie, cioè di procreare ed allevare figlioli e di costituire altresì tra i coniugi una società perpetua ed intima sotto tutti i rapporti».

¹² *Ibidem*, p 44. «Esso (matrimonio) non è come il nostro, un rapporto stabilito dal consenso iniziale, al quale consenso si può ben dare il nome di contratto, secondo il significato odierno della parola. Esso, è, come l'abbiamo definito, il vivere insieme con intenzione marital, e quando questi due momento concorrono intrambi, il matrimonio esiste, quando no, il matrimonio manca. Il consenso non è quindi solo iniziale, ma deve essere duraturo, continuo; onde i Romani più che *consensus*, lo chiamano *affectio*».

¹³ MANENTI, C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, *op. cit.*, p. 40 s.: «In realtà però a costituire il matrimonio non erano necessari neppure gli sponsali, ma bastava il solo stabilimento della comunanza di vita dell'uomo e della donna. Il matrimonio come rapporto giuridico si scioglie (...) appena la comunanza Della vita sia cessata in forza Della volontà di una o di entrambe le parti».

¹⁴ NUÑEZ PAZ, M.I., «Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma», *Acta Salmanticensia: estudios jurídicos* 68, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988, p. 56.

¹⁵ *Ib.* pp. 33 ss.

existencia o la continuidad en las emociones, pero si la voluntad de continuar casados¹⁶.

Sin dudas esta distinción resulta clave a fin de distinguir el matrimonio romano de otras uniones como el concubinato¹⁷.

«Las personas que iniciaban su vida en común, sin intención de constituir un matrimonio, dado que faltaba la *affectio maritalis*¹⁸, pertenecían en muchos de los supuestos a diferentes estratos sociales, lo que en sí mismo condicionaba, en ocasiones, la decisión de no formalizar un matrimonio legítimo, *matrimonium iustum*. La propia ley presumía que la relación estable de convivencia entre personas de análoga condición social constituía un matrimonio, salvo que las personas fuesen de diferente condición social, en cuyo caso la ley presumía, siempre, claro está, salvo prueba o manifestación en contrario, que se estaba en presencia de una unión libre o de hecho, es decir, de un concubinato. Bastaba, en todo caso, un cambio de intención para que la unión de hecho pasase a ser un matrimonio o a la inversa, siempre que no existiese al respecto un impedimento legal¹⁹».

Los diversos problemas de interpretación sobre este tópico han surgido pues en las diversas fuentes se mencionan indistintamente los términos *consensus* y *affectio* aunque atribuyéndoseles contenidos distintos²⁰.

En síntesis, el matrimonio romano desde la época arcaica a la postclásica no era como el que concebimos hoy, esto es, una relación que se consolida en base a un consentimiento inicial como en las relaciones contractuales, el matrimonio romano en la etapa en análisis era una convivencia con intención de permanecer unidos como cónyuges. Por ello el consentimiento debía perdurar y continuar, de ahí que el término preciso para definir esta situación era *affectio* en sentido estricto, esencial y específico, esto es, duradero y continuo²¹.

Es de hacer notar que numerosos romanistas consideran como definitiva la concepción del consentimiento como continuo hasta el Derecho postclásico, momento en el que se establece que el matrimonio nace con el consentimiento

¹⁶ ROBLES VELASCO, L. M., «Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y *contubernium* de Roma a la actualidad», *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano* 7, 2011, pp. 281-318; PICHON, R., *La leyenda de Hércules en Roma y otros estudios de religión romana*, Madrid, Signifer Libros, 2001, pp. 41 ss; LONGO, G.: «Riflessioni critiche in tema di matrimonio», *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, pp. 357 y ss.

¹⁷ PANERO ORIA, P., «El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho», en *Revista de derecho privado*, 95,2, Madrid, Reus, pp. 97-112.

¹⁸ La cursiva nos pertenece.

¹⁹ FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., «Reflexiones a propósito de la realidad social...», *op. cit.*, p. 9 y s.

²⁰ Así en cuanto al *consensus*, cfr. D.35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*). En relación con la *affectio*, cfr. D.24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*).

²¹ BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano...*, *op. cit.*, p. 181.

inicial de los esposos y perdura, sin importar la falta de voluntad de uno de ellos para permanecer unidos. Asimismo, que dicha voluntad se hacía patente ya sea en forma expresa o tácita, en el primer caso manifestando de manera inequívoca el cese de dicha voluntad, la segunda, por ejemplo, contrayendo nuevas nupcias con otra persona²².

Por ejemplo, Carcopino afirma: «Así, en la época de *Cicerón*, el divorcio de mutuo acuerdo o *por la voluntad de uno de los cónyuges*²³ era algo absolutamente común. *Sila*, siendo ya viejo, se volvió a casar en quintas nupcias con una joven divorciada llamada *Valeria*, hermanastra del orador *Hortensius Pompeyo*, viudo de *Aemilia* y de *Julia*, se había divorciado otras dos veces: una de *Antistia*, con quien se había casado para ganarse la simpatía del pretor que administraba su inmensa fortuna, por lo que divorciarse de ella casi le costó su carrera política, y otra de *Mucia*, de quien se separó por la dudosa conducta que había llevado durante su larga ausencia en las campañas de ultramar. *César*, viudo de *Cornelia*, más tarde repudió a *Pompeia*, con quien se había casado al morir la hija de *Cinna*, por el solo motivo de que «*la esposa del César, además de ser honesta, tenía que parecerlo*»²⁴.

Distinta será la concepción jurídica del matrimonio en la etapa postclásica, como se observan en diversas fuentes, como las Constituciones Imperiales que permanecieron incluidas en los Códigos Teodosiano, el Justiniano, las Novelas e incluso en algunos párrafos del Digesto donde se afirma que el matrimonio subsiste más allá de circunstancias tales como la prisión por guerra, esclavitud, deportación, de ambos o de cualesquiera de los esposos²⁵.

Una consideración aparte merece el aporte del erudito Edoardo Volterra²⁶ quien fundamentó de manera convincente y, prácticamente definitiva, la tesis que sostenemos en el presente trabajo: que el matrimonio en la etapa arcaica y clásica podía disolverse sin formalidad específica alguna por carecer, cualesquiera de los esposos, de *affectio maritalis* bastando una conducta inequívoca respecto al cese de dicha voluntad, como ya expusieramos más arriba.

²² ALBERTARIO, E., «La definizioni del matrimonio del msecondo Modestino», *Studi di diritto romano, I: Persone e familia* (Albertario ed.), Milano, Giuffrè, 1933, pp. 241 ss.; ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, Cedam, 2000, pp. 94 ss.; NÚÑEZ PAZ M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio...*, op. cit., pp. 56 ss.

²³ La cursiva nos pertenece.

²⁴ CARCOPINO, J., *La vie quotidienne a Rome a L'Apogee de L'Empire*, Paris, Le Livre de Poche, 1990, p. 124.

²⁵ D.23,2. Debemos tener presente que, dentro del Digesto, si bien toma ideas clásicas, éstas están adaptadas al Derecho Justineano y sus innovaciones.

²⁶ VOLTERRA, E., «La conception du mariage d'après les juristes romains», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1991a, pp. 3-68; «Matrimonio (diritto romano)», en *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1991b, pp. 223-304; «Matrimonio (diritto romano)», *Enciclopedia del diritto*, 25 (1975), pp. 726-807.

Haremos unas breves referencias a su pensamiento.

Por ejemplo, afirma «Para ellos el *matrimonium*... es decir, la unión entre un hombre y una mujer que produzca ciertos efectos jurídicos, si cuando un hombre y una mujer libres... establecen una relación conyugal con la voluntad efectiva, continúan unidas de manera duradera en esta relación. La existencia jurídica del matrimonio depende de la persistencia de esta voluntad recíproca y efectiva de los cónyuges: en otras palabras, existe tanto como y mientras exista esta voluntad recíproca. Tan pronto como cesa el deseo de uno solo de los cónyuges, el matrimonio deja de existir en términos legales y el vínculo conyugal se disuelve legalmente»²⁷.

Para justificar sus afirmaciones Volterra toma unos pasajes semejantes entre sí del Digesto:

1) En primer término se refiere al caso en que un matrimonio no es válido ya que fue contraído con un impedimento que podría superarse, como el caso de un gobernador de provincia que se une a una mujer habitante de la zona bajo su imperio, en el momento en que finalice la tarea que le fue asignada, persistiendo *la affectio maritalis* se purgaba el defecto y el matrimonio automáticamente se volvía jurídicamente válido²⁸.

2) En caso de que el consentimiento fuera otorgado por una menor de 12 años, pero, que, llegada a la edad núbil, continuara con el consentimiento, el matrimonio adquiriría validez legal²⁹.

3) Incluso afirma que en caso de cautividad de uno o de ambos cónyuges, el matrimonio resultaba disuelto por la interrupción del consentimiento continuo, en base a un texto de Pomponio en el Digesto³⁰.

4) Utiliza un texto de Modestino sobre el matrimonio presunto donde el eximio jurista explica que el matrimonio nace con *la maritalis affectio* exter-

²⁷ VOLTERRA, E., *Novissimo Digesto Italiano*, n.º 2 Estr 1964, p. 5 «Per essi il *matrimonium*... cioè l'unione fra un uomo e una donna che sia produttiva di effetti giuridici determinati, si ha quando un uomo e una donna liberi... stabiliscono un rapporto coniugale con la volontà effettiva, continua di essere uniti durevolmente in tale rapporto. L'esistenza giuridica del *matrimonium*, dipende dalla persistenza di questa reciproca, effettiva volontà dei coniugi: in altre parole, esso esiste in quanto e fino a quando esiste questa reciproca volontà. Non appena la volontà anche di uno solo dei coniugi viene a cessare, il matrimonio cessa giuridicamente di esistere e il vincolo coniugale è giuridicamente sciolto». Cfr. VOLTERRA, E., «La conception du mariage d'après les juristes romains», *Scritti Giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1991a, pp. 33 y ss.; «La conception du mariage a Rome» *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3.º, 2, 1955, p. 373; *Lezioni di diritto romano: il matrimonio romano*, Roma, Ricerche, 1961, pp.127 ss.

²⁸ D.23,2,65,1; C.5,4,6.

²⁹ Pomponio en D.23,2,4.

³⁰ D.49.15,14,1. Cfr. VOLTERRA, E., *ob. cit.*, p. 8.

nalizada del modo que fuere, siendo innecesario acto formal alguno³¹. Abunda en argumentos indicando que también poder deducirse manifestación de consentimiento continuo, *affectione uxoris o concubinae, habere*, y otros.

5) Así mismo toma dos importantes textos de la época clásica donde se conforma la libertad absoluta para contraer el matrimonio, así como para disolverlo³² y otro texto vinculado a la libertad de divorciarse³³.

Siempre existió el divorcio en Roma hasta la etapa posclásica, pues era fundamental la *affectio maritalis* para continuar el vínculo, dicha idea como ya fue analizado no se relaciona con los sentimientos sino con la voluntad de mantener el estado matrimonial, cesada la cual, terminaba el matrimonio, esto es, quedaba disuelto³⁴. De todos modos, en los tiempos arcaicos solo se permitía por causas muy graves y era una facultad exclusiva del *paterfamilias*³⁵.

Justiniano en las *Institutas* dice que «contraen entre sí Justas nupcias los ciudadanos romanos cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padre de familia, ya hijas de familia, con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan»³⁶.

La novedad fue que equiparaban el derecho de la esposa para divorciarse estableciéndose una amplia libertad que solo estaba restringida en dos casos: que uno de los contrayentes que busca divorciarse fuera un liberto o que estuviera sometido a la patria potestad, pues requería el consentimiento de su patrono o del *paterfamilias*, pudiendo este incluso forzarlos a repudiar a su cónyuge.

Como puede verse en el texto citado de las Instituciones de Justiniano estas «justas nupcias» no ponían fin a la *patria potestad* para las mujeres pues en el matrimonio *cum manus* estaba sujeta a la potestad del esposo y en el «libre» seguía siendo miembro de su familia y, por ende, sujeta a su padre³⁷.

Desde Augusto se inició una nueva etapa en la cual la esposa fue adquiriendo la capacidad de pedir el divorcio por causas graves o incausado, con excepción de manumisión de la esposa y la mujer casada con su patrono. En caso de repudio incausado por parte del marido este debía reintegrar la dote a

³¹ D.23,2,24; Cfr. ORESTANO, R., «El matrimonio presunto in diritto romano», *Atti Congresso Internazionale di Iritto Romano e di Storia del Diritto*, II, Verona, 1948, , pp. 50 ss.

³² Paulo D.45,1,134 pr.

³³ C.8,38,2: Imp. Alex. (a. 223).

³⁴ Cfr. CABALLÉ MARTORELL, A. M., *Derecho de personas y derecho de familia*, Cataluña, UOC, 2002, p. 35; Azar, E. A., *Personas y bienes en el Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 229.

³⁵ Cfr. CHIAUZZI, O., *Derecho Romano*, Lima, Peisa, 1993, p. 52.

³⁶ *Institutas*, X.

³⁷ Cfr., ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 170 y ss.

la esposa, y en caso de segundas nupcias la primera cónyuge tenía derecho de quedarse con la dote de la nueva cónyuge³⁸.

En el Derecho justiniano el pedido de divorcio debe hacerse en presencia de testigos, en forma oral o escrita. Se regularon diversos tipos de divorcio: *divortium ex iusta causa* por causales tipificadas como adulterio de la mujer o la falsa acusación de adulterio por parte del marido a la mujer. El *divortium sine causa*, o sea no prevista la causa en la ley y que afectaba la dote según quien lo pidiera. El *divortium bona gratia*, en el cual no había culpa de cualquiera de los esposos, pero se solicitaba por situaciones que imposibilitaban la concreción de los fines del vínculo, como la impotencia o locura sobreviniente, por la *lex Papia Poppaea* se disolvía el matrimonio de una liberta cuyo esposo alcanzara la dignidad de senador³⁹.

En el derecho postclásico la libertad para romper el vínculo matrimonial decae y ya no fue lícito divorciarse unilateralmente sin expresión de causa. Constantino es el primero en limitar esta libertad, y, progresivamente, es restringido cada vez más el divorcio, por ejemplo, por constituciones de Honorio y Constancio⁴⁰.

III. EL DIVORCIO EN MÉXICO

En México, el divorcio tiene sus orígenes dentro de la Ley de Matrimonio Civil expedida en 1859⁴¹ en la época del gobierno de Juárez, en esta Ley se estableció que el matrimonio civil era un lazo indisoluble y por ende, solo la muerte de alguno de los cónyuges podía disolverlo.

Los casados solo podían separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esa ley⁴², pues sólo se autorizaba por el estado el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación (separación de cuerpos). Dejaba vivo el matrimonio y no permitía a los divorciados contraer otro, ya que esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas⁴³.

³⁸ Cfr. BERNAD MAINAR, R., *Derecho Romano*, cit., pp. 553 y ss.

³⁹ Cfr., ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 241 ss. VENTURA SILVA, S., *Derecho romano*. Porrúa, México, 1980, p. 134.

⁴⁰ Ver CTh.3,16,1 a. 331; CTh.3,16,2 a. 421. Nos limitamos a esta breve referencia ya que excede al objetivo de este trabajo.

⁴¹ Esta Ley puede ser consultada en *Derechos del pueblo mexicano*, 4.^a ed., México, 1994, XII, p. 1090.

⁴² <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1859/07/23-julio-1859-Ley-del-matrimonio-civil.pdf> Consultado el día 1 de abril de 2017.

⁴³ Véase PALLARES, E. (ed.), *Leyes complementarias del Código civil*, México, 1920, pp. 421-426.

Hasta ese momento la disolución formal del matrimonio era casi imposible, sin embargo; en enero de 1915 el Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, quien en ese momento gobernaba con facultades extraordinarias, promulga diversas normas, entre ellas la legalización del divorcio⁴⁴.

El Código Civil de 1928⁴⁵ además de permitir, como hasta ahora, la disolución del matrimonio establecía tres clases de divorcio aún vigentes, los cuales explicaremos detalladamente más adelante y solo los mencionaremos a continuación:

La primera clase de divorcio fue el administrativo, presentado ante el Juez del Registro Civil, en este se requería que los esposos fueran mayores de edad, que tuvieran más de un año de casados, sin hijos vivos o concebidos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

La segunda clase fue el divorcio judicial, también denominado voluntario o de mutuo consentimiento, que procedía cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, estaban de acuerdo en disolver el vínculo conyugal, para lo cual celebraban un convenio que sometían a la aprobación del Juez de primera instancia para regular las relaciones jurídicas que persistían aun disuelto ese lazo, el cual explicaremos más adelante en qué consiste, y...

La tercera clase de divorcio fue el judicial contencioso o necesario, que podía demandarse por el cónyuge inocente cuando el otro había incurrido en alguno de los supuestos enunciados en el entonces artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y que se consideraban como causas de divorcio⁴⁶.

Visto el contexto geográfico de la normativa en comento, es pertinente señalar que dado el federalismo que como régimen posee el estado mexicano, se cuenta con 32 entidades federativas, las cuales cuentan con legislaciones internas en materia civil y familiar.

Haciendo énfasis de la reforma mencionada, el 3 de octubre de 2008 el legislador local del Distrito Federal lleva a cabo una reforma en materia fami-

⁴⁴ <https://memoriapoliticademexico.org/biografias/carranza-garza-venustiano-1859-1920/Consulta> el día 29 de marzo de 2019.

⁴⁵ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf Consultado el día 29 de marzo de 2019. Es oportuno puntualizar que este código gestó la reforma tan trascendental del divorcio sin causa que hoy se analiza, la cual le otorga otra visión al matrimonio, misma que se publica el día 3 de octubre de 2008.

⁴⁶ Este tipo de divorcio constituye una formalidad obligada a la continuidad del matrimonio, dándole un énfasis de obligatoriedad a la voluntad entre los consortes por razón de los bienes, ya que el cónyuge que incumpliera con las obligaciones del matrimonio y fuera demandado por el otro consorte y resultara culpable, perdería los bienes.

liar mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en donde deroga el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento, conserva la posibilidad de que los cónyuges se divorcien administrativamente y al mismo tiempo instituyó el divorcio sin expresión de causa⁴⁷, dejando sin efecto el divorcio voluntario y el divorcio necesario.

El derogar los artículos del código civil en el que se podría optar por el divorcio necesario o el voluntario y en sustitución incorporar el divorcio incausado, vislumbra que el ánimo del legislador es evitar el costo emocional y estructural que tiene en la familia una relación disfuncional entre los cónyuges⁴⁸.

Consecuentemente, surge la posibilidad de que los cónyuges sin el ánimo de descuidar las obligaciones que derivan del matrimonio, pudieran comparecer de forma unilateral y libre ante el órgano jurisdiccional, a solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

La reforma vista de una perspectiva global tiene sus orígenes bajo el tenor de dos iniciativas de ley, una de 29 de noviembre de 2007, y otra de 20 de mayo de 2008, ambas coinciden en evitar los costes emocionales y propiciar que la ruptura del vínculo matrimonial sea lo menos doloroso.

La exposición de motivos de 29 de noviembre de 2007 señala que «No debe ser tarea del Estado unir lo que todos estos factores desunieron, pero sí es una finalidad de protección a la familia, evitar que exista violencia como parte del preámbulo de los divorcios y que los menores se encuentren en medio de esta dinámica poco afortunada, donde será mayor el daño la lucha de divorcio, que el divorcio mismo».

Mientras que en la de 20 de mayo de 2008 consideró que «en todo caso debe entenderse que el otorgarles a los habitantes del Distrito Federal la posibilidad de acudir a esta figura, no implica en forma alguna relevarlos del cum-

⁴⁷ El espíritu de la reforma va encaminado por seguir un régimen de fácil tramitación a la disolución del vínculo matrimonial, pues acceder a él, no implica exponer los motivos o las causas que dieron origen la decisión, es suficiente la solicitud unilateral de uno de los cónyuges, que por regla general no habrá motivos por los cuales el Juez cuestione tal decisión. El argumento de la reforma se basan en las experiencias que se viven dentro de un juicio de divorcio, exponer los motivos más íntimos dentro de un matrimonio, no es tarea fácil, además de que en los juicios en que se demanda el rompimiento del vínculo matrimonial las partes sufren un desgaste mayor que trasciende, incluso, a los hijos y al resto de la familia; de ahí que, ante la necesidad de evitar que ese proceso erosione mayormente el núcleo familiar y con la finalidad de evitar enfrentamientos entre personas y familias que alientan entre ellos odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas, lo que suele trascender al equilibrio anímico no tan sólo de los hijos, sino también de los miembros que integran ese núcleo familiar, se resolvió incorporar ese tipo proceso a la codificación local.

⁴⁸ Para el legislador resulta menos dañino el divorcio, porque más allá de lo doloroso que pueda significar esta acción, se disminuyen notablemente los conflictos sociales y familiares.

plimiento estricto de las obligaciones derivadas del matrimonio, en particular de aquéllas que subsisten, aun en el evento de que sea disuelto».

Una vez reformado el artículo se presentaron las aparentes antinomias, si bien la norma reformada protegía y evitaba los posibles daños emocionales que genera un divorcio, no protegía taxativamente los derechos alimentarios de los acreedores y el régimen patrimonial surgido del matrimonio.

Es indiscutible que la exposición de motivos se torna bien intencionada en cuanto a que debe de existir la protección del ser humano como miembro de una sociedad, empero a ello, la familia ya constituida también es acreedora de una protección constitucional. La familia es la célula de la sociedad y dentro de esa célula se encuentran individuos que pertenecer a ella, acreedores de derechos y obligaciones; Por ende, al momento de ser reformado el artículo que se analiza se debió proveer respecto a la suerte de esos derechos.

Del anterior análisis de la reforma en la práctica se tramitaban juicios sin un criterio uniforme, lo que dio origen a diversas contradicciones de tesis de las que tomó conocimiento la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como consecuencia de lo anterior, emitió un protocolo de actuación en el que instruyó a los órganos jurisdiccionales, los requisitos para la tramitación judicial del juicio de divorcio sin causa⁴⁹.

Como ya lo habíamos mencionado antes, en la actualidad en México⁵⁰ cada entidad federativa que integra el estado mexicano cuenta con un ordenamiento legal que regula el divorcio, tomando en cuenta de forma general que los tres primeros tipos de divorcios existentes en la actualidad son los surgidos en el ya mencionado Código Civil de 1928⁵¹, mas la nueva figura

⁴⁹ Este protocolo está sustentado por los principios de unidad, concentración, celeridad y economía procesal, sin embargo el mismo originó la contradicción de tesis 63/2011, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandonara, en lo conducente, los criterios adoptados en la tesis aislada 1a. CCXXIII/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de dos mil nueve, página doscientos ochenta, que lleva por rubro: «Divorcio por voluntad unilateral del cónyuge. Los artículos 266, 267, 282, 283, fracciones IV, V, VI, VII y VIII, 283 bis, 287 y 288 del código civil para el distrito federal, reformado mediante decreto publicado en la gaceta oficial de la entidad el 3 de octubre de 2008, que regulan su tramitación, no violan las garantías de audiencia y de debido proceso legal», y en la jurisprudencia 1a./J. 137/2009, publicada en la página ciento setenta y cinco, del Tomo XXXI, abril de dos mil diez, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: «Divorcio por declaración unilateral de voluntad. Ante la falta de acuerdo de las partes respecto del convenio para regular las obligaciones que persisten después de disuelto el matrimonio, el juez de lo familiar debe decretar aquél y reservar para la vía incidental la resolución de todas las demás cuestiones (legislación del distrito federal vigente a partir del 4 de octubre de 2008)», puesto que dentro del mismo procedimiento se estatuye una etapa contenciosa (en lo relativo a la disolución al vínculo matrimonial) y otra (no contenciosa) en lo que se refiere a todo lo que pudiera originar contienda es decir, donde se deciden las cuestiones inherentes al divorcio.

⁵⁰ <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1362/4.pdf> consultado el día 19 de marzo de 2019.

⁵¹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf Consultado el día 29 de marzo de 2019.

de la que hemos venido hablando, es decir que en la actualidad los tipos de divorcio en México se clasifican en: 1) divorcio administrativo, 2) divorcio necesario, 3) divorcio voluntario, y la nueva modalidad de divorcio que no se encuentra en todas las entidades federativas 4) divorcio incausado o divorcio exprés, mismos que a continuación describiremos en forma breve pero detallada⁵².

El divorcio administrativo es un acuerdo de voluntades de los cónyuges en divorciarse, que deben contar como los siguientes requisitos: a) ser mayores de edad, b) no tener hijos, y; c) de común acuerdo haber liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Este procedimiento no se lleva a cabo ante una vía judicial sino ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; se comprobará con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse⁵³.

Cuando los consortes se encuentren imposibilitados de llevar a cabo su separación conyugal por medio del procedimiento administrativo, pero sigue subsistiendo el acuerdo de voluntades de separarse pueden solicitar el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento puede definirse como la acción legal llevada ante un órgano jurisdiccional competente, con la finalidad de disolver el vínculo matrimonial que une a los consortes con la obligación de presentar ante el Juez un convenio en el cual se fijen los siguientes puntos⁵⁴:

- I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

⁵² La especificación de las causales de divorcio del divorcio necesario, fueron tomadas de acuerdo al Código Civil para el estado de Baja California, por ser una de las entidades federativas que estadísticamente presentan mayor índice de divorcio incausado.

⁵³ El Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

⁵⁴ Esta definición, así como las cláusulas que debe contener el convenio que se exhiba ante el Juez competente fue tomada en base a lo establecido en el Código Civil del estado de Baja California.

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Existen dentro del país mexicano entidades federativas que varían la figura del divorcio voluntario, tal es el caso del Código civil que rige a la entidad federativa del Distrito federal, ya que si bien, el divorcio consiste en la disolución del vínculo del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, éste podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo; es de observarse que la norma únicamente solicita la manifestación de no querer continuar con el matrimonio, y que haya transcurrido un año, sin embargo también es necesario la presentación de un convenio en el que se especifique⁵⁵:

a) A cuál cónyuge le será otorgada la guarda y custodia de los hijos durante el procedimiento, y a su vez cuál la obtendrá de manera definitiva una vez finalizado el juicio.

b) El aseguramiento mediante garantía, la forma de pago y el monto que por concepto de pensión alimenticia le será otorgada a los hijos de manera provisional y aquella definitiva concluidos el juicio.

c) El señalamiento del lugar donde habitará cada uno de los divorciantes, así como los hijos durante y después de ejecutoriado el divorcio.

d) El acuerdo respectivo sobre la convivencia entre padres e hijos. En este punto se debe tener en consideración que el padre al que no le haya sido otorgada la guarda y custodia del o los menores será el que cuente con el derecho de convivencia mediante un régimen de visitas.

⁵⁵ La definición del juicio de divorcio voluntario, así como las cláusulas que deberá contener el convenio respectivo se establecieron con base al Códigos Civiles de la entidad federativa del Distrito Federal.

e) Finalmente se determinará la forma en la que se disolverá la sociedad conyugal, en caso de existir la misma, mediante una repartición equitativa de los bienes muebles o inmuebles adquiridos durante el tiempo que tuvo vigencia el matrimonio.

En mérito de poder llevar a cabo un análisis de los tipos de divorcio que existen dentro de las 32 entidades federativas del país mexicano, se elaboró una revisión de cada una de sus legislaciones, para determinar de forma particular cuales son las vías procedimentales para disolver el vínculo matrimonial.

Se obtuvo como resultado que únicamente 8 entidades federativas cuentan con la figura de divorcio incausado o exprés. (Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Estado de México, Quintana Roo, Sinaloa y Yucatán); anulando en forma automática el divorcio necesario, el resto de las entidades cuentan con la figura del divorcio necesario en su legislación, por lo que deberán acreditar alguna causal descrita en su legislación interna para poder disolver el vínculo matrimonial.

Las entidades federativas que no cuentan con la figura del divorcio administrativo en su legislación son cinco (Guanajuato, Hidalgo, Oaxaca, Sonora y Zacatecas), por lo que sí existe la voluntad de ambos conyuges en disolver el vínculo matrimonial, lo deben promover ante un órgano jurisdiccional y teniendo que contratar un abogado, lo cual implica gasto económico y tiempo.

Cuando emerge a la luz procedimental del divorcio sin expresión de causa conforme a las disposiciones reformadas se evidenciaron las antinomias en éstas, y en mérito de ello se tramitaron juicios sin seguir un criterio uniforme⁵⁶.

IV. NOTA CONCLUSIVA

En conclusión, podemos observar que el matrimonio es una institución jurídica que a través de los tiempos se ha conformado esencialmente por el consentimiento de los cónyuges (independientemente de los demás requisitos legales), además de la intención de permanecer unidos en matrimonio, por consiguiente a pesar de que el legislador en distintos momentos de la historia de esta institución jurídica ha intentado obligar a los cónyuges a permanecer unidos, cuando ya no existe la *affectio maritalis*, es decir, cuando ya no existe

⁵⁶ Las subsecuentes contradicciones de tesis fueron conocidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sus resoluciones se basaron en la interpretación sistemática de los artículos relativos tanto del Código Civil señalado, como del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y buscaron establecer un modelo propicio a seguir al desarrollarse este tipo de divorcio.

ese vínculo que une a los cónyuges el matrimonio ya no existe y debe disolverse el vínculo legal que los une, la consecuencia inevitable es que la normatividad permita esta disolución como ya se permitía hace más de 2000 años, hoy le corresponde al estado mexicano proteger el derecho humano del libre desarrollo de la personalidad, por lo que como podemos observar, ya se están creando las normas que lo protegen.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO ACTUAL EN ESPAÑA Y REGULACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

Certain aspects of incapacity in Roman Law, current Spanish Law and regulation in some neighbouring countries

M.^a CARMEN COLMENAR MALLÉN
Universitat Jaume I - Castelló (España)

Resumen: En este trabajo nos ocuparemos del estudio de algunos aspectos de las principales figuras de guarda para las personas mayores de edad, partiendo de su regulación en el Derecho Romano, su evolución hasta la actualidad y haremos mención a la regulación que algunos países de nuestro entorno efectúan al respecto. Analizaremos igualmente determinada normativa internacional y europea en la materia.

Palabras clave: *incapacidad. Discapacidad. Igualdad. Derechos Humanos.*

Abstract: In this work we will study of some aspects of the main guardian figures for the elderly, based on its regulation in Roman law, its evolution to the present day and we will mention the regulations in some nearby countries. We also we'll make reference at certain interna international and European legislation on this subject.

Keywords: *Inability. Disability. Equality. Human Rights.*

SUMARIO: 1.–Introducción. 2.–El Derecho Romano y la incapacidad. 3.–Incapacidad en el Derecho civil español: 3.1. Incapacitación y discapacidad; 3.2. Actual procedimiento de incapacitación y figuras de guarda; 3.3. Mecanismos preventivos; 3.4. Revisión de la actual incapacidad. 4.–Algunos países de nuestro entorno: 4.1. Alemania; 4.2. Francia; 4.3. Italia; 5.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Para ello tendremos como referente el Derecho Romano como principal origen de nuestra actual regulación sin perder de vista la perspectiva que ha ido surgiendo en la evolución de la regulación de estas figuras asistenciales para mayores de edad, así como las innovaciones que han ido aportando las distintas normativas, tanto de nuestro Derecho común, algunas legislaciones forales, puntuales referencias a la regulación que algunos países de nuestro entorno efectúan al respecto, sin tampoco olvidar alguna normativa internacional, especialmente dentro del marco de las Naciones Unidas y alguna normativa europea en la materia, así como en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad encaminado a adaptar la legislación española a la Convención de Nueva York de 2006, de las personas con discapacidad, primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de los derechos humanos del que son parte la Unión Europea y sus estados miembros y que se aplicará en breve a toda la Unión, ya que la Convención exige a los estados parte que protejan y salvaguarden los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

II. EL DERECHO ROMANO Y LA INCAPACIDAD

Creemos necesario recoger algunas notas que, aunque son de carácter general, básico y necesariamente conocido, han de matizarse en cuanto a la delimitación del concepto de incapacidad en el Derecho romano y su proyección más moderna para evitar el riesgo del llamado «presentismo» advertido por Grossi¹, es decir, proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma inadecuada o incongruente.

Es fundamental precisar la diferencia entre el significado de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Cabría hablar, en el primero de los supuestos, de poder de titularidad y, en el segundo, de poder de ejercicio, es decir, la capacidad de obrar es la aptitud que tiene una persona para realizar, por sí, actos que produzcan efectos jurídicos²; mientras que la capacidad jurídica es

¹ GROSSI, P., «Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval» en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 9, UNAM, México, Dialnet, 1997, pp. 167-178, p. 169.

² Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 5.ª edic., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 193 y ss.

la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de obrar plena en Roma depende de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años³, y en el supuesto de que el *pater familias* encargue o ponga al frente de determinado negocio jurídico a uno de sus *alieni iuris* o a uno de sus esclavos (varón o mujer), será para la concreta actividad para la que ha sido encargado, para la que el *alieni iuris* tendrá capacidad de obrar.

La capacidad jurídica, en la actualidad, se obtiene por el mero hecho del nacimiento –ser persona– mientras que en Roma, en puridad, depende esencialmente de ser *sui iuris*, es decir, no descansa en el hecho de ser persona, sino de obtener un determinado *status familiae*; en concreto, en Derecho romano son sujetos de derecho, es decir, tienen capacidad jurídica, los libres –*liberi*–, los que en familia son independientes –*sui iuris*– y sólo lo son de modo restrictivo los latinos –*latini*–, así como los sujetos a patria potestad –*alieni iuris*–, mientras que no son sujetos de derecho los esclavos –*servi*– y los extranjeros –*peregrini*–. Para que dicha capacidad jurídica sea plena es necesario, además de haber nacido, ostentar una triple situación –*status*– de privilegio con respecto a la libertad –*libertatis*–, la ciudadanía –*civitatis*– y la familia –*familiae*–, la cual puede cambiar –*capitis deminutio*⁴–.

En el Derecho romano⁵, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho actual, no toda persona tiene capacidad jurídica, pero tanto en el Derecho Romano como en la actualidad hay personas que, tienen capacidad jurídica, pero carecen de capacidad de obrar y, en esos casos, se requiere de otra persona que supla esa falta de capacidad de obrar que asista en la realización de determinados actos para que tengan plenos efectos jurídicos.

³ Hacemos notar que nos referiremos a personas que tengan la condición de ciudadanos romanos.

⁴ Quede claro que PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho, cit.*, pp. 207 y ss., pone de relieve que la *capitis deminutio* no debe identificarse, necesariamente, con pérdida o disminución de la capacidad jurídica. Afirma que lo relevante es el cambio que se produce con respecto a una situación precedente, con independencia de las consecuencias jurídicas que comporte.

⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 3.^a edic., Madrid, Iustel, 2010, p. 192, afirma que en el Derecho romano de los primeros siglos, sólo tenía plenitud de derechos aquella persona en la que concurrían, al propio tiempo, las condiciones de varón, libre, ciudadano y cabeza de familia, lo que le lleva a afirmar que, en Derecho romano, la palabra persona, en sentido estricto, no equivale a sujeto de derechos, más allá de las personas que se encontrasen en la posición señalada. Esta concepción empezó ya a cuestionarse en la época clásica, lo que se manifestó en una atenuación en sus exigencias y en un reconocimiento de derechos a personas en quienes no concurrían estos requisitos, evolución que llega a sus últimas consecuencias en época justiniana. Con el término *capax* se alude en el lenguaje jurídico romano a la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones en relaciones concretas, así: en D.47.2.3, *capax doli o culpae*, hacía referencia a la aptitud del sujeto para ser considerado responsable de actos propios realizados con culpa o dolo; en D.9.2.5.2, *iniuriae capax*, se analiza la capacidad del loco, del infante y del impúber para responder del daño causado, etc.

En general, la falta de capacidad de obrar de determinadas personas, conlleva en el Derecho romano el nombramiento, sin más formalidades, de tutor o curador, según las circunstancias, por parte del Pretor, del Gobernador o del Procónsul. Así pues, a determinadas personas *sui iuris* (esencialmente impúberes, mujeres y menores de 25 años) se les presuponía incapaces de obrar y, por tanto, necesitaban el nombramiento de una persona que supliera esta falta de capacidad, que recaía en la figura del tutor o del curador, según las épocas y los casos, sin que fuera necesario ningún procedimiento previo que declarara dicha incapacidad (D.26.1.6.2)⁶.

Por otra parte, existían otros supuestos en los que, si bien se trataba de personas con capacidad jurídica y que, presuntamente, también debieran gozar de capacidad de obrar, sin embargo, habían devenido, por una u otra causa, (enfermedad mental –*furiosi*–, dilapidación de patrimonio –*prodigi*–), en incapaces, y requerían el nombramiento de un curador que se ocupase de gestionar la administración de sus bienes. Ante estos dos supuestos de incapacidad el ordenamiento jurídico romano actúa de forma distinta. Ambas figuras, la del *furiosus* y la del *prodigi*, tienen puntos de partida en común: tienen capacidad de obrar pero devienen incapaces, el ordenamiento jurídico romano propone un régimen diferente para uno y otro supuesto.

En el caso del enfermo mental⁸ no se prevé una declaración formal de incapacitación, si bien, a decir de Fernández de Buján, la intervención del ma-

⁶ Texto que ha sido analizado en profundidad por gran parte de la doctrina, sirva a modo de ejemplo: SOLAZZI, S., «*Iurisdictio contentiosa*» e «*iurisdictio voluntaria*» *Nelle fonti romane*, en *Scritti di diritto romano III*, Napoli, Giuffrè, 1960, pp. 163-197, pp. 182 y ss.; LAURIA, M., *Iurisdictio, Studi in memoria di P. Bonfante II*, Milán, Giuffrè, 1930, pp. 481 y ss.; DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, Giuffrè, 1937, p. 267 y ss.; WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1967, reimpresión de 1984, pp. 111 y ss.; BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 142.; GUZMÁN, A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976, pp. 27 y ss; PANERO ORIA, P., «*La datio tutoris en la Lex Irnitana*» cap. 29, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 81, 2011, pp. 973-996, p. 994.

⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit., p. 219. La denominación de *furiosus*, para designar a la persona mentalmente enajenada, parece obedecer a que, en los primeros tiempos, sólo se había previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad. No se preveía una declaración formal de incapacitación, y la intervención del magistrado en el nombramiento del curador exigiría una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental.

⁸ A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit. p. 219, la enajenación mental incapacita, de forma absoluta, a la persona que la padece, tanto en el ámbito civil como en el de la responsabilidad penal. La curatela nombrada para la persona con enfermedad mental alcanza, tanto al ámbito personal como al patrimonial del incapaz, llegando a equipararse en este sentido su posición con la del infante. El enfermo mental, *demens o insanus*, no puede ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida, ni disuelve el matrimonio, ni anula el testamento ya otorgado (D.27.10.7 pr.; I.2.12.1). De hecho, en la época postclásica se estableció, con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental durante sus períodos de lucidez, y al mismo tiempo, se dispuso que, los

gistrado en el nombramiento del curador exigiría, en buena lógica, una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental, las fuentes no verifican esta «revisión» y, por tanto, el nombramiento de curador se presume «automático».

Sin embargo, la condición de pródigo⁹ debe ser formalmente declarada por resolución –*decretum*– del magistrado, es más, la eventual cesación de la incapacidad, con la consiguiente recuperación de la capacidad de obrar de la persona que había sido incapacitada, debe formalizarse mediante un nuevo *decretum*, en este sentido, del Pretor o de la autoridad provincial competente. A la interdicción –*interdictio*– o prohibición de administrar los bienes, que se impone al pródigo, se acompaña el nombramiento de un curador, *curator*, que es elegido, por el magistrado, de entre los más próximos familiares agnados o miembros de la *gens* a la que pertenece la propia persona incapacitada. La capacidad de obrar del pródigo se equipara a la del impúber mayor que el *infans*, en contraposición con la nula capacidad de obrar de los *infans* y de las personas con enfermedad mental.

Similar régimen de protección mediante figura de guarda resultaba aplicable a los sordos, los mudos o los ciegos, por cuanto que se les consideraba incapaces. Aquí es necesario puntualizar que, las enfermedades o deficiencias físicas, sólo constituyen una causa de incapacidad de obrar, en la medida en que impiden el cumplimiento de los requisitos exigibles para la validez de determinados negocios jurídicos¹⁰.

En definitiva, el ordenamiento jurídico para los incapaces (personas *sui iuris* pero carentes de capacidad de obrar) contempla la posibilidad de conceder a un tercero la misión y el poder de suplir o completar esa falta de capacidad para actuar en interés económico del incapaz en todas las relaciones jurídicas que lo requieran¹¹. Según Cabrera Mercado¹² desde el punto de vista

momentos en los que las personas mentalmente sanas, perdieran circunstancialmente la lucidez, se asimilan, a efectos de incapacidad de obrar, a la posición jurídica de las personas que padecen de demencia.

⁹ A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit. p. 220, el curador del pródigo se encarga de la gestión y administración de los bienes del incapacitado, al que se le permite realizar actos de comercio que mejoren su condición, pero no actos jurídicos que impliquen enajenaciones, gravámenes, ni contraer obligaciones, *interdictio bonorum* (D.27.10.1 pr.; D.27.10.10 pr.; D.46.2.3).

¹⁰ A modo de ejemplo, un mudo no podía formalizar por sí mismo, un contrato verbal de estipulación, en atención a que únicamente se podía perfeccionar de forma oral. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit., p. 220.

¹¹ En el mismo sentido que VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de J. Daza, Madrid, Civitas, 1986, p. 136, se pronuncia MARTÍN SANZ, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 14.

¹² CABRERA MERCADO, R., «El proceso de incapacitación», en Dirs. P. González Poveda y J.M. Picón Martín: *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, McGrawHil, Estudios de Derecho Judicial, 1999, pp. 209-229, p. 209.

histórico, nuestro Derecho positivo se ha ocupado, de modo exclusivo, de la regulación de la tutela o curatela de incapaces y no, en cambio, de la declaración judicial de incapacidad que debe ser su precedente inmediato, en efecto, manifiesta el autor que «el Derecho romano no requería la intervención o la decisión de la autorización judicial para declarar que una determinada persona era incapaz para regir su persona y sus bienes; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser incapaz *ipso iure*. El nombramiento de tutor o curador se hacía depender del hecho natural de la incapacidad». En definitiva, era innecesaria la declaración de incapacidad para el nombramiento de una figura de guarda.

En el mismo sentido que Cabrera Mercado se pronuncia Volterra¹³, quien resalta y pone de manifiesto la diferencia entre Roma y nuestro sistema actual que requiere la previa declaración de la interdicción de capacidad por parte del magistrado. Todo ello a salvo de los supuestos de prodigalidad para los que parece que sí era necesario que se produjera esa declaración de incapacidad.

Este último supuesto, el de los pródigos, quizá constituye el antecedente más remoto de nuestro sistema actual de incapacidad para el que es preceptiva una previa declaración judicial para el caso en que la persona que incurre en determinadas conductas pueda ser considerada incapaz, ya que sin esa previa declaración judicial se le reconoce una capacidad plena.

La definición de la tutela en el Derecho romano encuentra su principal regulación en un texto del Digesto del título I, libro XVI, que se atribuye al jurista Servio, la tutela se define como un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el Derecho civil para proteger a quienes siendo *sui iuris* por razón de la edad no puede defenderse por sí mismo (D.26.1.1 pr.¹⁴).

La tutela debe concebirse como una institución encaminada a proteger a quienes siendo *sui iuris*, no pueden defenderse por sí mismos, entre otras causas, por razón de la edad, sobre los que se ejercerá un poder y potestad. Los tutores (que toman su nombre del poder y potestad que ejercen sobre sus pupilos) se ocuparán de proteger y defender a aquellas personas que no pueden defenderse por sí mismos por razón de la edad (D.26.1.1.1¹⁵).

¹³ VOLTERRA, E., *Instituciones*, cit., p. 136.

¹⁴ D.26.1.1 pr.: «(Paulus libro 38 ad edictum).—Tutela est, ut Servius definit, uis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa».

¹⁵ D.26.1.1.1: «(Paulus libro 38 ad edictum).—Tutores autem sunt qui eam uim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur».

La gran mayoría de la doctrina¹⁶ para definir la tutela romana, además acudir D.26.1.1pr., complementa el análisis de dicho texto con el estudio de I.1.13.1 «*Est autem tutela, ut Servius definivit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa*», al considerar que Justiniano reproduce en las Instituciones la misma definición de la tutela que realizaba Servio Sulpicio Rufo».

La tutela, según la definición de Servio, es la fuerza y la potestad sobre una persona libre, dadas y permitidas por el Derecho civil, para proteger a aquel que por su edad no puede defenderse.

En el derecho antiguo las causas que motivan el nombramiento de tutela se fijan más en la diferente posición de los sujetos respecto a su patrimonio y la consideración de éstos dentro del ámbito social romano que en su necesidad de protección jurídico-social¹⁷, la relación entre la patria potestad y la tutela es manifiesta y así ha sido puesto de relieve por numerosos autores, entre ellos Sanz Martín¹⁸, quien sostiene que aquella es la prolongación del poder del *de cuius*, sirva de ejemplo el hecho de que quedaban excluidos de la tutela los sujetos varones púberes –mayores de 14 años–, mientras que las mujeres púberes, cualquiera que fuese su edad y únicamente por razón de sexo, estarían sometidas a una tutela perpetua, sin atender a razones de protección, debido a su consideración dentro de la sociedad romana y, por ende, en el grupo familiar. La tutela aun apareciendo como un deber o carga pública para el tutor, realmente se desenvuelve más bien como un poder o derecho perteneciente al tutor sobre las personas/patrimonios de los pupilos, que como una función de protección de las mujeres y de los varones impúberes. De esta forma, teniendo en cuenta su incapacidad de obrar el ordenamiento jurídico otorgaba a un tercero la función y el poder para suplir con su actividad la propia del incapaz, a fin de hacer posible a efectos económicos, las relaciones jurídicas de que ese incapaz era, o podría ser titular¹⁹.

A decir de Sanz Martín tanto la tutela como la *cura* se establecen como dos instituciones de protección, que se ejercitan principalmente sobre las per-

¹⁶ Entre otros, vid. BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 445; OLIVER SOLA, M.C., «Precedentes romanos sobre la adopción, tutela y curatela», *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, n.º 2, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 181-220, p. 203; WATSON, A., *The Law of persons*, cit., pp. 102 y ss.

¹⁷ SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 10.

¹⁸ SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil*, cit., p. 14.

¹⁹ La misma posición común sostenía VOLTERRA, E. *Instituciones*, cit, p. 125.

sonas necesitadas de defensa, generalmente por razones de edad, referidas al ámbito patrimonial, y no a la efectiva protección de las personas²⁰.

En las fuentes aparece constatada la falta de carácter proteccionista de la institución desde un punto de vista personal, por lo menos en una primera época –Gai I.192²¹. No en vano algunos autores como D’Ors²² realizan, ya que al tratar la tutela antigua hablan de ella como una institución de «carácter egoísta», es decir, el tutor defendía al asumir el cargo sus propios intereses en el sentido de que podía ser él el posible heredero de ese patrimonio. Costa²³ manifiesta que la función primitiva de la tutela no era otra que la de salvaguardar las legítimas expectativas del grupo familiar.

En una segunda etapa, fijada legalmente en el s. II a.C., se instaura la tutela dativa y se supera la anterior concepción y la conciencia social rechaza que quien no puede defenderse, por sí mismo, carezca de alguien que lo haga. De esta forma, tutela y curatela, pasan de ser un derecho (*potestas*) a un deber (*numus*) o una carga (*onus*) y de ejercerse en interés del tutor o curador a hacerse en interés legal del incapaz y de tener un matiz marcadamente patrimonial a no desatender, al menos económicamente, los aspectos personales de la vida del tutelado (este aspecto se asemejaría más a la concepción actual de la institución en nuestro ordenamiento jurídico) y una carga impuesta en interés público (*numus publicum*), siendo el cargo de tutor sometido a una fuerte inspección pública de contenido no exclusivamente patrimonial, pasando el interés propio del tutor a un plano secundario.

Y aunque en las XII Tablas²⁴ se contiene un precepto que establece que el testador tenía dentro de sus facultades la de designar en su testamento como tutor de sus hijos a otra persona diferente de la persona del *heres*, lo bien cierto es que hay que concluir que el antecedente del instituto tutelar lo podemos encontrar sin ningún margen de duda en la figura del *heres* designado por el *de cuius* de entre todos los *sui heredes* como el más digno para dirigir el destino

²⁰ BONFANTE, G., *Corso di diritto romano*, I, Diritto di famiglia, Milan, Giuffrè, 1963, pp. 551-552.

²¹ Así por ejemplo «Gai I. 192 *Sane patronorum et parentum legitime tutelae uim aliquam habere inteleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res mancipi alienandas neque ad obligationes suscipienda auctores fieri coguntur, praterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interueniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples add eos hereditas perueniat*». En este texto Gayo pone de manifiesto que como al tutor le pertenece la herencia de las mujeres que muriesen intestadas, no se le puede forzar a autorizar ningún acto por el cual el patrimonio de la mujer llegara hasta él empobrecido.

²² D’ORS, A., *Derecho romano Privado*, 5.ª edic., Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, p. 351.

²³ COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto I*, edición anastática, Roma, 1964, p. 71.

²⁴ GUARINO, A., *Notazione romanistiche*, II: *La lex XII Tabularum e la tutela*, Studi in onore S. Solazzi, Napoli, 1948, pp. 37 y 38.

del grupo familiar. Por lo tanto, la tutela no será más que la prolongación del poder del *paterfamilias* difunto, de manera que la institución tutelar implicará un poder no distinto de la *potestas*.

Junto a la tutela, y dentro también de las instituciones de guarda, se encuentra la *cura*. Ambas figuras se han ido confundiendo a lo largo de la evolución histórica, pero es posible diferenciarlas aludiendo a su ámbito de actuación, pues mientras, según una máxima romana contenida en D.26.2.12-14²⁵ y D.40.1.13²⁶: *tutor datur personae, curator rei*; la curatela tiene por objeto la gestión y administración del patrimonio del sujeto incapaz, de ahí que las funciones se encuentren limitadas ciertamente al campo patrimonial, sustituyendo en dicho terreno al asistido²⁷, mientras que el componente de gestión personal en la tutela es claro.

La curatela, junto a la tutela, es la otra figura de guarda del Derecho Romano, con la que presenta diferencias y muchas similitudes con la tutela. Si bien en el Derecho romano existían ya desde antiguo estas dos instituciones la *tutela* y la *cura*, aunque en un primer momento surgen como esencialmente distintos posteriormente llegan a confundirse²⁸.

La figura del *curator*, para los dementes y los pródigos, se introduce con la Ley de las XII Tablas y tendrá un carácter eminentemente patrimonial, pues se trata de administrar o ayudar a administrar los bienes de un sujeto cuya capacidad de obrar ha sido limitada o quitada, siendo ésta su principal diferencia para con la tutela, ya que la misma se ejerce sobre personas que nunca han gozado de dicha capacidad de obrar.

Respecto a las diferencias entre tutela y curatela resulta relevante hacer notar que el *curator* carece de *auctoritas interpositio* y que los supuestos de curatela (loco y pródigo) no presentan la misma regularidad que los de la tutela (impúber o mujer) aunque con la introducción de la curatela sobre el varón púber, la nota de falta de regularidad no puede argumentarse.

Igualmente, el principio tradicional *tutor datur personae, curator rei* debe matizarse, pues nadie cuida de ninguna persona sino de los bienes, aun-

²⁵ D.26.2.12 «(Ulpianus libro 38 ad Sabinum).—Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus»; D.26.2.13. «(Pomponius libro 17 ad Sabinum).—Et si datus fuerit, tota datio nihil valebit»; D.26.2.14. «(Marcianus libro 2 Institutionum).—Quia personae, non rei vel causae datur».

²⁶ D.40.1.13 «(Pomponius libro 1 ex Plaut.).—Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo cui traditus esset manumittatur, octavenus ait».

²⁷ Vid. SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil*, cit., p. 17.

²⁸ VOLTERRA, E., *Instituciones*, cit., p. 125.

que la tutela presupone, siempre, la persona del pupilo y la curatela puede tener lugar en casos de un patrimonio con un sujeto inicialmente indeterminado (ej.: *curator* de la herencia yacente –*hereditatis iacentis*–, o de la que espera el nacimiento del concebido –*ventris nomine*–).

Para Betancourt²⁹ la curatela es como un encargo de administración hecho por la *potestas* política de un patrimonio privado cuyo titular *sui iuris* púber tiene limitada su capacidad de obrar, y distingue distintos tipos de curatela, distinguiendo entre la del *furiosus* y la del *prodigus*; la del *nasciturus* o *spem animantis*; la curatela de los *minoris*; y, por último, la curatela del deudor concursado. Todo ello teniendo en cuenta, como afirma Girard³⁰ que no es posible realizar una enumeración completa de las curatelas existentes en Derecho romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente.

III. LA INCAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

III.1 Incapacitación y discapacidad

La regulación de la incapacitación en nuestro Derecho civil común, la encontramos en el Código Civil de 1889, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (CC). Nuestro ordenamiento jurídico civil, que había venido siendo de clara tradición romanista, tal como señala PALOMINO DÍEZ³¹, con la promulgación del CC se aparta de nuestro Derecho histórico e intenta seguir además de otros Códigos europeos, las directrices del Código de Napoleón de 1804, reproduciendo prácticamente la regulación que el mismo realizaba de la institución tutelar, circunstancia que se percibe por el marcado carácter familiar de esta normativa del Código.

Debemos hacer constar que únicamente nos vamos a fijar en los incapaces mayores de edad, dejando al margen de estudio la figura de los menores de edad.

²⁹ BETANCOURT, F., *Derecho romano, cit.*, pp. 451ss.

³⁰ GIRARD, P.F., *Manuel Elementaires de Droit Romain*, 7.ª edic., Paris, Rousseau, 1924, p. 233. En el mismo sentido ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano vol. II*, 17.ª edic., Madrid, Editorial de Derechos Reunidas, Revista de Derecho Privado, 1984, p. 752.

³¹ PALOMINO DÍEZ, I.: *La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico*, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, puesto en línea el 5 de febrero de 2008, p. 5, en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/23013>; DOI: 10.4000/nuevomundo.23013 (última consulta realizada el 23 de junio de 2019).

De conformidad con el artículo 199 CC (según redacción dada por el artículo 1 de Ley 13/1983, de 24 de octubre) «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley», por lo que al mayor en nuestro ordenamiento se le presume *iuris tantum* la capacidad de obrar plena, esto significa que sólo se puede incapacitar a través de sentencia judicial³² que declare la incapacidad cuando una enfermedad o una deficiencia física o psíquica impide que la persona ejercite por sí misma sus derechos (art. 200 CC). La doctrina del Tribunal Supremo es clara al respecto, al señalar que: «la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa»³³.

Por tanto, son básicas la persistencia y la imposibilidad de autogobierno. Si estas son las premisas que nuestro alto tribunal tiene en cuenta a la hora de determinar o no la incapacidad de determinado sujeto, nos podemos encontrar con toda una serie de personas con discapacidad no incapacitable que también necesitan asistencia y protección³⁴. Desafortunadamente, para estas personas, no hay, en principio, antes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, posible asistencia dado que el vínculo entre incapacidad y tutela en general es tan estrecho que sin la declaración de modificación judicial de la capacidad no se nombre figura de asistencia.

Ha sido muy discutido determinar cuáles son las características de enfermedad mental que impliquen la posibilidad de una declaración previa de incapacidad. Las opciones que contempló el legislador fueron diversas, ya que, mientras existían quienes eran partidarios de concretar qué debía entenderse como enfermedad mental, estableciéndose en ese caso un elenco tasado de enfermedades mentales fuera de las cuales no cabría plantear la posibilidad de incapacitar a una persona, finalmente se optó por un sistema más amplio y generalista que diera cabida a otro tipo de enfermedades mentales que si bien

³² Vid. artículo 199 del CC.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (TOL 759.112).

³⁴ Se realizó un análisis estadístico por DELGADO BUENO, S., RUIZ DE LA CUESTA, J.M.^a, «Aspectos Médicos-legales del internamiento y de la incapacitación», en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 23-103, pp. 70 y ss., en el que los autores concluyen que el supuesto de retraso mental en sus distintos grados (grave, moderado y leve) es admitido por la jurisprudencia como causa de incapacitación total o parcial en atención a la gravedad, ello demuestra que la jurisprudencia hace depender la incapacitación no tanto de la enfermedad que padece el presunto incapaz, sino a los efectos que proporciona su patología. En este sentido, y siguiendo a SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 111, el juez limita la incapacitación a los ámbitos a los que realmente afecta la deficiencia o la patología y en los que la necesidad de protección es evidente, no obstante, los retrasos mentales leves, por ejemplo, pueden no proporcionar una sentencia de incapacitación, ni siquiera parcial.

en un principio es posible que no estuvieran previstas, sí podrían incardinarse como causa para declarar la incapacidad de alguien, siempre claro está, sujeto al criterio médico, que es quien en definitiva será capaz de precisar aquél que padeciendo una determinada enfermedad mental es incapaz de autogobernarse por sí mismo³⁵.

Aunque el artículo 199 CC parece que opta por un criterio generalista cuando se refiere a «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico», tal y como manifiesta Huertas Martín³⁶, tampoco es menos cierto que la jurisprudencia y los psiquiatras y médicos forenses han ayudado a concretar los criterios a tener en cuenta para declarar incapaz a alguien, y según sostiene Rivero Fernández, es importante que dichas enfermedades o deficiencias no adquieran importancia por sí mismas, sino en relación a la repercusión que produzcan en la persona afectada, así como que estas enfermedades únicamente resultan trascendentes, a los efectos que nos ocupan, cuando impiden o dificultan el autogobierno de la persona, pretendiéndose con la incapacitación siempre el interés de la persona y no de terceros, y se incardina el supuesto de toxicomanía grave en las causas de incapacitación del artículo 200 CC, siempre que la misma afecte al autogobierno de la persona.

Para que pueda declararse la incapacitación por enfermedad física es necesario que la misma impida de modo grave el autogobierno del sujeto, tal sería el caso del coma profundo y de la situación de muerte clínica.

El artículo 200 también hace hincapié en la necesidad de la persistencia de la enfermedad, lo que implica que se prevea con un mínimo de justificación, que la causa que motive la incapacidad y sus efectos van a tener una duración prolongada en el tiempo, ya que una situación que se prevea temporal no justifica una declaración de incapacitación³⁷.

³⁵ En este sentido se pronuncia GARCÍA-LUBEN BARTHE, P., en *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, Madrid, Colex, 1999 pp. 101 y ss., pp. 113 y ss., quien refiere que hoy en día todas las enfermedades y deficiencias mentales pueden dar lugar a incapacitación; y PÉREZ ALGAR, F., en «La incapacitación», en *Estudios sobre la incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, ICAI, 1984, pp. 73-109, pp. 78 y ss., que sostiene que para determinar, cuáles son las distintas enfermedades podría adoptarse un camino análogo al seguido por el Tribunal Constitucional para definir el contenido esencial. En definitiva, sería la especialización científica la que determinaría concretamente todo ese elenco de los que ha de llamarse enfermedad mental.

³⁶ HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Aspectos procesales y sustantivos)*, Granada, Comares, 2002, p. 87.

³⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 18 de julio de 2007, n.º 297/2007 (EDJ 2007/209811), que se expresa en los siguientes términos: «además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el artículo 200 del Código Civil requiere que tal enfermedad o deficiencia «impida a la persona gobernarse por sí misma»; el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos

Hay que tener en cuenta que jurídicamente, incapacidad y discapacidad, si bien no son conceptos idénticos, tampoco resultan incompatibles³⁸ y entre otros factores, muy probablemente esta situación deriva de un desconcierto legislativo sobre los conceptos de discapacidad e incapacidad judicial³⁹. Actualmente, el concepto de discapacidad en el ámbito del Derecho civil⁴⁰ hay que buscarlo en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la norma tributaria con esta finalidad, que se promulgó en desarrollo del mandato constitucional del artículo 49 CE, a la que remite la disposición adicional cuarta del CC –que ha sido modificada precisamente por dicha ley– cuando dispone que, la referencia que se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041 a personas con discapacidad debe entenderse realizada al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del CC, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

El artículo 2.2 de la Ley 41/2003 contiene los criterios que la Ley fija como personas con discapacidad, estableciendo que únicamente tendrán esta consideración las que estén afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, así como las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial»; y en el mismo sentido *la STS 781/2004, de 14 de julio de 2004 (Roj: STS 5182/2004 - ECLI: ES:TS:2004:5182; Id Cendoj: 28079110012004100818)*. Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). Tiene declarada la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, que lo determinante es que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro» (STS de 19 de mayo de 1998). Reiterando las SSTS de 19 de febrero de 1996 y de 10 de febrero de 1986, que «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica», por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiesten en fases cíclicas. Así pues, las manifestaciones episódicas del padecimiento no impiden que pueda darse a ésta la naturaleza de enfermedad incapacitante siempre y cuando la misma impida al sujeto el gobierno de su persona en cualquiera de aquellos planos antes expuestos».

³⁸ Vid. NOGUERA NEBOT, T., Ponencia «La Ley 41/2003 de protección a las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria», expuesta en el *Congreso Internacional de Derecho de Familia*, junio 2005, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, 2005, (EDB 2005/89758).

³⁹ Así lo pone de manifiesto CORDERO CUTILLAS, I., «Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?», en *CEF Legal* 55-56 (agosto-septiembre 2005) pp. 3-44, p. 7.

⁴⁰ Dejamos a salvo el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

Además, en el apartado 3 de dicho artículo 2 precisa que el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a los establecido reglamentariamente o por resolución firme.

Mientras que personas incapacitadas son quiénes así han sido declaradas por sentencia, tras el correspondiente procedimiento judicial, actualmente denominadas personas con capacidad modificada judicialmente.

En la normativa internacional la Convención sobre los Derechos Humanos de la Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en el España el 3 de mayo de 2008, en su artículo 1 define las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Sin embargo, y a pesar del avance que dicha normativa ha propiciado en la defensa de los intereses patrimoniales presentes y futuros del discapacitado⁴¹, sólo la incapacidad judicial o la incapacitación es un estado civil de la persona física que afecta a la capacidad de obrar y sólo ésta es la que permite activar a las instituciones de guarda clásicas, esto es, la tutela y la curatela⁴².

Tal como pone de manifiesto Valcarce Ruiz⁴³, del contenido de los anteriores arts., se desprende claramente que la incapacitación es el resultado de un procedimiento necesariamente judicial, que termina por sentencia⁴⁴.

⁴¹ A este respecto, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., quien en *Incapacidad y Mandato*, Madrid, Wolkers Kluwer, 2008, pp. 88-89, señala que no se trata, en ningún caso de que la declaración de discapacidad, en el ámbito de dicha Ley 41/2003, altere la presunción general de capacidad de la persona, poniendo de relieve que se trata de una declaración administrativa que certifica un cierto grado de discapacidad, servirá como medio ordinario y no privilegiado de prueba más, -siempre que se inste el procedimiento de incapacitación-, que por sí sólo no debe llevar a alterar la presunción general de capacidad, sobre todo cuando se trate de enfermedades mentales o de patologías que afecten a personas mayores, con independencia de su graduación, no implican una situación lineal al tratarse de dolencias que presentan cambios de intensidad.

⁴² Aunque si tenemos en cuenta el artículo 52 de la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativo a la guarda de hecho, contempla la posibilidad de establecer responsabilidades del guardador de hecho, tanto de la persona con capacidad modificada judicialmente, como de la que pudiera estarlo, siendo este último inciso en el que quizá podríamos vislumbrar la posibilidad de nombramiento de tutor o curador sin existir una declaración previa de incapacidad, especialmente si tenemos en cuenta el artículo 44 de la misma Ley según el cual «Se aplicará lo dispuesto en esta Sección para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona».

⁴³ VALCARCE RUIZ, V., «Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. www.valcaceabogdoscom/Incare-integrLEC.pdf. (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

⁴⁴ A este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 2007, n.º 369/2007, en su fundamento de derecho primero reproduce los artículos 199 y 200 CC, señalando que la jurisprudencia ha aclarado que este impedimento al gobierno de la persona por si misma equivale a la

Ahora bien, en determinados casos y aun cuando una persona estuviere incapacitada judicialmente, nada impide que pueda otorgarse validez a determinados negocios jurídicos realizados por sí mismo, así ocurre respecto a la prestación del consentimiento para contraer matrimonio, tal como pone de manifiesto la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 17 de enero de 2007 («BOE» 47/2007) (EDD 2007/5036). Esta resolución concluye que las anomalías o deficiencia psíquicas, aun cuando hayan dado lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el artículo 56 párrafo segundo del Código Civil, que se incorporará al expediente.

En este punto debemos detenernos a analizar el especial supuesto de la prodigalidad, que actualmente, y tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, su regulación debe subsumirse como una de las causas de incapacitación por enfermedad mental, si bien con unas notas muy características. La entrada en vigor de la vigente LEC supone la derogación de varios de los arts. que el Código Civil de 1889 dedicaba de forma autónoma a la prodigalidad, concretamente los artículos 294, 295, 296 y 298, salvando únicamente el artículo 297, relativo a los actos que el declarado pródigo realizare con carácter previo a la demanda de prodigalidad, para los que se establece que son válidos, y no podrán ser atacados por esta causa.

La prodigalidad es una conducta referida exclusivamente al ámbito económico. Los requisitos para que una conducta pueda ser calificada de pródiga han venido estableciéndose por la doctrina y la jurisprudencia.

La prodigalidad es aquella conducta desarreglada de la persona que de modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico-social o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuges, descendientes o ascendientes (STS de 25 de marzo de 1942)⁴⁵.

imposibilidad total y completa a dicho gobierno. «Es decir que como principio general debe reputarse capaz a toda persona, mientras no se demuestre lo contrario por una prueba concluyente (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 mayo 1969, 1 febrero 1956 y 10 febrero 1986) y tal prueba ha de ir destinada a constatar la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona para regirse por sí misma, y revelen, en definitiva, la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los artículos 215, 222 o 287 del Código Civil, puesto que esa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones, físicas o psíquicas, de protegerse a sí misma. Considerando los razonamientos precedentes, ha de concluirse que la prueba en este tipo de procedimientos ha de ser concluyente y ha de destruir el principio general favorable a la presunción de capacidad de las personas» (EDJ 2007/176008).

⁴⁵ Citada por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., en *la curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 178.

Por tanto, es necesaria la habitualidad de dicha conducta, que la dilapidación que la persona realice de su patrimonio, esté en función de su cuantía, de la innecesariedad de la realización de dichos gastos y que con sus actos ponga en peligro, no sólo su propio patrimonio sino la economía familiar.

Por tanto, quizá no sería aventurado propiciar en el ordenamiento jurídico-civil el reconocimiento de una incapacidad de obrar de hecho sin necesidad de la previa incapacitación judicial siguiendo el ejemplo, entre otras, de la ley alemana en el sentido de configurar un sistema de guarda de mínimos, sin duda, con la finalidad de mantener un nivel máximo de autodeterminación y de autonomía privada al tiempo que se presta asistencia⁴⁶. Todo ello sin perjuicio de la necesaria incapacitación judicial en los supuestos recogidos en la norma para evitar actos nulos o anulables⁴⁷.

III.2 Actual procedimiento de incapacitación y figuras de guarda

Nuestro sistema jurídico actual establece la necesidad de la incapacitación con carácter previo al nombramiento de tutor o curador, y ese procedimiento se confirma como un procedimiento contradictorio que actualmente viene regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en el Libro IV, dentro de los procesos especiales, dentro de su Título I⁴⁸ que lleva por rúbrica «De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», en su Capítulo II titulado «De los procesos sobre la capacidad de las personas» y comprende los artsículos 756 al 763⁴⁹ de dicho cuerpo legal. Igualmente debe tenerse en cuenta la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» n.º 158, de 3 de julio de 2015 y corrección de errores «BOE» n.º 210, de 2 de septiembre de 2015).

⁴⁶ Debemos advertir que actualmente está en trámite un Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en esa línea, y del que nos ocuparemos más adelante.

⁴⁷ En esta misma línea, *vid.* artículos 56, 57, 58. 1, 58. 3 y 59 Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁸ En este sentido, MARTÍNEZ MAROTO, A., «La incapacitación», en *Informes Portal Mayores*, n.º 11, Madrid 2003, donde pone de manifiesto que al tratarse de un procedimiento especial le son de aplicación los principios de investigación de oficio y de oficialidad de la acción. También se debe tener en cuenta que la demanda y la contestación a la demanda tienen que ser por escrito, para lo que hay un plazo de veinte días, y no se hace como procedería en un juicio verbal, en el acto de la vista, en la página web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/martinez-incapacitacion-01.pdf>. (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

⁴⁹ Debemos advertir que parte del artículo 763.1 LEC fue declarado inconstitucional en virtud de la Sentencia del TC 132/2010, de 2 de diciembre, «BOE» n.º 4, de 5 de enero de 2011).

Debemos tener en cuenta que, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela (art. 230 CC) y estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 229 CC).

Actualmente los legitimados para solicitar dicha declaración son los que establece el artículo 757,5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Y en el caso no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

De cualquier modo, lo que sí es claro es que la prodigalidad es un mecanismo de defensa al servicio de la familia para que un individuo se coloque en posición de no poder atender las necesidades de la misma⁵⁰. La declaración de prodigalidad supone la causación por el pródigo de un estado de necesidad familiar o peligro inminente de originarlo⁵¹.

Para la constitución de la tutela el juez oirá a los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (art. 231 CC) (art. 759 LEC).

El procedimiento de incapacitación o declaración de prodigalidad finalizará por sentencia, en la que se establecerá el alcance y límites de la misma⁵²,

⁵⁰ *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 28 de junio de 2007 (EDJ 2007/201017), que recopila las notas que establece la jurisprudencia para calificar una conducta como incardinable dentro de los parámetros de la prodigalidad menciona como tales las siguientes: se requiere una conducta habitual; dicha conducta ha de ser esencialmente condenable, que exceda de una administración mala o arriesgada; la conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio; se requiere que la conducta se realice en perjuicio de su familia más íntima, es decir, en perjuicio de aquellos que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselo, pues la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 197.

⁵² Debe tenerse en cuenta que los tribunales cada día con mayor frecuencia están dictando al dictar sus resoluciones al amparo de la Convención de Naciones Unidas de 2006, y específicamente al apoyándose en el artículo 12 de dicha Convención, adaptando al máximo las sentencias a las especiales circunstancias de cada persona y con el máximo respeto a la dignidad de la persona. *Vid.* a modo de ejemplo, las siguientes: STS 28/2009, de 29 de abril (Roj: 2362/2009) (Id. Cendoj: 28079110012009100273) que también invoca el derecho civil comparado italiano, francés y alemán, al amparo de la aplicación de la indicada Convención, y en la que también constan diversos pronunciamientos del TC al hilo de la misma cuestión; La STS n.º 337/2014, de 30 de junio de 2014, sobre la interpretación de la normativa vigente a tenor de la convención de Nueva York de 2006, cambio de régimen de tutela a curatela..., en: <https://app.vlex.com/#vid/540033446> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019); STS: 298/2017, de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1901) (Id. Cendoj: 28079110012017100295).

así como la persona o personas que deben nombrarse como tutor o curador, pronunciándose igualmente el tribunal sobre la procedencia o no del internamiento del incapacitado. En el caso de la declaración de prodigalidad la sentencia deberá determinar los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (art. 760 LEC).

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil, si bien no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones (art. 218 CC), y dicha inscripción se practicará en virtud de la comunicación que la Autoridad judicial deberá remitir sin dilación al Encargado del Registro Civil (art. 219 CC).

Sin perjuicio de las consecuencias y efectos que conlleva la declaración de incapacitación, no implica que la misma haya de devenir necesariamente en permanente, ya que tal circunstancia no impide que en los supuestos en los que, se produzcan nuevas circunstancias de suficiente entidad, pueda promoverse un nuevo procedimiento en el que se solicite dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, procedimiento que requerirá los mismos trámites que el inicial de incapacitación. Ahora bien, en los supuestos en que se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo (art. 761 LEC).

Una vez dictada la sentencia de incapacitación deberá ser inscrita en el Registro civil mediante anotación marginal a la de nacimiento (art. 755 LEC).

Según parte de la doctrina, si bien la ley opta aparentemente por una fórmula flexible, en realidad, cabe precisar que esa generalidad ciertamente encierra el exigible rigor, tal como señala Guete-Alonso y Calero⁵³, que defiende que no puede hablarse de causas de incapacitación sino tan sólo de una causa de incapacidad, cual es la falta o deficiencia de la capacidad natural que impide el autogobierno de la persona.

De conformidad con lo establecido en el artículo 215 CC «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante la tutela, la curatela y el defensor judicial».

En primer lugar, de conformidad con el artículo 222 CC estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; y los menores que se hallen en situación de desamparo.

⁵³ Vid. HUERTAS MARTÍN, I., en *El proceso de incapacitación*, cit., p. 84.

El nombramiento de tutor atenderá a una serie de criterios preferenciales, en función de los cuales para el nombramiento de tutor se preferirá (art. 234 CC): al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223 CC, es decir, al cónyuge que conviva con el tutelado; a los padres; a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad o al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Con la tutela se protege el interés del menor o incapacitado, y de conformidad con ello, sólo excepcionalmente, podrá el Juez, y siempre en resolución motivada, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere alterar el orden establecido en el artículo 234, párrafo 1, o prescindir de todas las personas en él mencionadas. En defecto de los anteriores, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC).

Del articulado de nuestro CC resulta palmario que, consagra en su esencia, la existencia de los tres tradicionales tipos de tutela: testamentaria, dativa y legítima.

Por otra parte, nuestro Derecho civil actual, como clara muestra de la influencia que arrastra del Derecho romano, concibe la posibilidad de excusarse del cargo de tutor únicamente en los supuestos legalmente establecidos (art. 217 CC), no dejando de manera caprichosa y al albur de quien fuere nombrado tutor la decisión de abandonar sus obligaciones de forma unilateral y sin motivación aparente⁵⁴ (art. 521 y ss. CC).

En segundo lugar, la curatela se encuentra regulada en los artículos 286 y 287 CC. De conformidad con el artículo 286 CC se nombrará curador a los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley; los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, es decir, los emancipados y a los declarados pródigos.

Procederá también el nombramiento de curador para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 CC, según redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), supuestos en los que se incluyen los pródigos, para los que el curador les prestará asistencia para aquellos actos que no puedan realizar por sí mismos (art. 288 CC). En este caso la curatela tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 CC), y cuando en la misma no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá

⁵⁴ SAURA MARTÍNEZ, L. F., *Incapacitacion y tuición*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 72.

que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial (art. 290 CC), es decir, para los supuestos recogidos en el artículo 271 CC⁵⁵.

A los curadores se les aplicarán las mismas normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (art. 291 CC), sin que puedan ser nombrados curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.

Aquellos actos realizados por el sometido a curatela sin la intervención del curador (art. 293 CC), podrán ser anulados, a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de conformidad con los artículos 301 y ss. CC, relativos a la nulidad de los contratos, y fija el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de nulidad.

La figura del defensor judicial se regula en los artículos 299 a 302 CC⁵⁶. Su nombramiento⁵⁷ se prevé para que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en determinados supuestos: cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; y en todos los demás casos previstos en el Código Civil y les serán aplicables las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores (art. 301).

III.3 Mecanismos preventivos

Nuestro ordenamiento jurídico también prevé determinados mecanismos de carácter preventivo, de tal forma que para supuestos en los que una persona que, previendo una merma en su capacidad, así lo desee, pueda nombrar a quien será su tutor o curador. Esta posibilidad se inserta en nuestro ordenamiento civil a través de la institución de la «autotutela», es decir, cuando una persona va perdiendo su capacidad de obrar puede anticipar su voluntad en

⁵⁵ De conformidad con dicho precepto legal, según la redacción dada por la disposición final 18.^a de la LO 1/1996, de 15 de enero, el tutor necesita autorización judicial, entre otros supuestos, para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; para enajenar o gravar bienes inmuebles; para renunciar derechos; para aceptar o repudiar sin beneficio de inventario cualquier herencia, así como para las liberalidades; para realizar gastos extraordinarios en los bienes; para dar y tomar dinero a préstamo; para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, etc.

⁵⁶ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce el artículo 299 bis., y da nueva redacción a los artículos 300 y el 302 CC.

⁵⁷ Actualmente su nombramiento se ha atribuido al Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretario Judicial).

cuanto a quién debe ser designado como su guardador. Esta posibilidad se introduce en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Esta ley recoge en su Exposición de Motivos una alusión expresa a la autotutela por cuanto la define como «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas». Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que consideren oportunas en previsión de su propia incapacidad. De esta suerte, el artículo 2 de la ley otorga una nueva redacción a los artículos 223 y 224 del CC, en particular, el párrafo segundo del artículo 223 dispone que «asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». El artículo 234, párr. establece el orden de preferencia para el nombramiento de tutor, de tal forma que para el nombramiento de tutor se preferirá en primer lugar, al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. Igualmente, como determina la propia Ley 41/2003 en su exposición de motivos, como complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1.732⁵⁸ del CC, con objeto de establecer que la incapacidad judicial del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacidad, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

El artículo 223 CC establece que los padres, salvo cuando hubiesen sido privados de la patria potestad (art. 226 CC) podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. En la medida en que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en

⁵⁸ Este artículo, que recoge las causas de extinción del mandato, dispone *in fine* que: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, no se trata este supuesto más que de la figura de la autotutela, recogida por gran parte de los ordenamientos jurídicos más cercanos. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

El juez al constituir la tutela quedará vinculado por dichas disposiciones, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, y en ese caso deberá motivar su decisión (art. 224 CC).

Aunque de los términos del artículo 223.2 CC se deduce que nuestro legislador se ha limitado a regular la autotutela positiva –esto es, la designación de la persona que debe ocupar el cargo de tutor– sin decir nada de la negativa o posibilidad de excluir a determinada persona de dicho cargo, nada impide reconocer esta posibilidad y aplicar por analogía la facultad que se reconoce a los padres en el artículo 245 CC de excluir expresamente de desempeñar el cargo de tutores a las personas que estimen conveniente.

Estos mecanismos preventivos ya venían contemplados en algunos de nuestros derechos forales, como ocurría en el caso de Cataluña que fue la primera normativa que reguló la autotutela mediante la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de Tutela e Instituciones Tutelares (actualmente derogadas) si bien la regulación vigente se contiene en Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» n.º 203, de 21 de agosto de 2010) (CCCat.), que entró en vigor el 1 de enero de 2010.

El artículo 222-2 del CCCat. regula un poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad⁵⁹, de tal forma que: a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, no es preciso poner en tutela si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura, en la que podrán ordenar el momento y alcance de producción de efectos del poder, fijar las medidas de control y causas de extinción del poder... En los casos que el poder produz-

⁵⁹ En esta previsión encontramos la adopción de la figura del «apoderado» del Derecho alemán, de la que nos ocuparemos más adelante.

ca efectos desde su otorgamiento, la pérdida sobrevinida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder.

El CCCat. en particular, entre las formas de delación de la tutela se alude a la efectuada en escritura pública (art. 222-3) establece que: La tutela se defiende por, entre otras formas, por escritura pública, y en relación con las delaciones hechas por uno mismo, se dispone que: en el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares, así como también puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona; el otorgamiento de un acto de delación tutelar posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o resulte incompatible y son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o el ministerio fiscal inicia las diligencias preparatorias (art. 222-4).

También en otros derechos forales se contemplaban estas figuras preventivas, es el caso del Derecho civil foral gallego efectúa de las instituciones jurídico asistenciales y de guarda, y más concretamente, la regulación contenida en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia⁶⁰.

La legislación civil gallega, recogía la figura de la autotutela en su artículo 42 donde contempla la posibilidad que cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, en previsión de una eventual incapacidad, para que ejerzan el cargo de tutor, así como los posibles sustitutos de los mismos y las personas que deseen excluir del cargo (art. 42). También contemplaba la posibilidad de fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona, así como proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, además de las reglas para la administración de sus bienes.

Del mismo modo, en su artículo 43, se establecía que la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro

⁶⁰ Sin embargo, los artículos 27 a 45 de dicha Ley, preceptos relativos a la adopción y la autotutela, han sido declarados inconstitucionales por la STC n.º 133/2017, de 16 de noviembre, por estimar que esta regulación invade competencias del Estado. Debe ponerse de relieve que la cuestión sometida a resolución no resulta en absoluto pacífica e incluso en dicha sentencia se contienen dos extensos votos particulares avalados por cuatro de los magistrados de la Sala cuestionan el fallo de la sentencia, entre otros motivos, que al relacionar esta sentencia con otras sentencias del mismo Tribunal, ante supuestos de hecho similar respecto Derecho civil aragonés declararon la constitucionalidad de los preceptos, así ponen de manifiesto la vigencia de preceptos en el mismo sentido en el Derecho civil catalán, consideran que esta sentencia va en contra de la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública. Nos encontramos, pues, ante una figura que goza de similitudes con la autotutela, si bien podrá trasladarse la decisión de designar en un futuro a una tercera persona, para que sea ésta quien decida en quién debe recaer el cargo de tutor, se trataría de una especie de «autotutela delegada⁶¹».

El artículo 45 del Código Civil gallego establecía el carácter vinculante de las disposiciones realizadas por el interesado a los efectos de designación de tutor, salvo cuando el interés del interesado lo requiera, en cuyo caso podrá apartarse de dicha designación mediante resolución motivada. De este precepto también se desprende la preferencia de los intereses y el bien del interesado por encima de otra serie de circunstancias, criterio que, por otra parte, tampoco se aparta de la línea de nuestro Código Civil.

La regulación del Derecho civil aragonés encuentra su principal exponente en Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. Se admite la *autotutela*, es decir, que cualquier persona mayor de edad y capaz, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes para cuando esté incapacitado, incluido un mandato a tercero que no se extinga por su incapacidad sobrevenida o su incapacitación (artículo 95). Conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 757 de la Ley de enjuiciamiento civil, también podrá promover, en su momento, su propia incapacitación.

Los titulares de la autoridad familiar pueden designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y adoptar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad, mediante testamento o escritura pública (artículo 96 Ley 13/2006). Se prevén reglas para cuando haya pluralidad de designados o disposiciones incompatibles, así como la vinculación del Juez, salvo circunstancias especiales, a las delaciones voluntarias. Solo en ausencia de éstas procede la designación judicial de las personas del elenco ordenado del artículo 102.

Debe ponerse de relieve que en todos estos supuestos aún resulta necesaria la previa declaración de modificación de la capacidad para que pueda entrar en juego el nombramiento de una figura de carácter asistencial o de guarda.

⁶¹ Esta figura se rescata en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que actualmente se encuentra en trámite.

III.4 Revisión del actual procedimiento de incapacidad

La normativa española en materia de incapacidad está siendo objeto de revisión con la puesta en marcha del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁶², que viene destinado a adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos con las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigor en mayo de 2018 («BOE» n.º 96, de 21 de abril de 2008)⁶³.

Este tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

⁶² Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Documenta, pp. 247-310; <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto> (última consulta realizada el 24 de junio de 2019).

⁶³ El Consejo Económico y Social de España, en sesión ordinaria del Pleno el 24 de octubre de 2018, en dictamen 5 2018, concluyó que el Anteproyecto de Ley supone, en términos generales, una iniciativa favorable de adaptación a los principios y las obligaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en: <http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

La reforma del ordenamiento jurídico español que es consecuencia de la ratificación por España de dicho Tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» n.º 289, de 3 de diciembre de 2013), a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley⁶⁴.

Tal como pone de manifiesto Cuenca Gómez el artículo 12 de la Convención de la ONU supone una revolución en la regulación tradicional de la capacidad jurídica que el Consejo de Europa⁶⁵ debe impulsar para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos fundamentales en igual-

⁶⁴ Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Documenta, pp. 247-310 (última consulta realizada el 24 de junio de 2019).

⁶⁵ A nivel europeo también podemos encontrar con carácter previo a la Convención de Nueva York, la Recomendación n.º R (99) 4, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores discapacitados (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660 reunión de Delgados de los Ministros), que recomienda a los Estados miembros la adopción en sus respectivas legislaciones de las medidas correspondientes tendentes a: el máximo respeto a los derechos humanos y a la dignidad de cada persona (Principio director I); el principio de máxima preservación de la capacidad (Principio 3), reconociendo, en la medida de lo posible, el reconocimiento de varios grados de incapacidad y que la incapacidad puede variar con el tiempo, que una medida de protección no debería conllevar automáticamente la privación de una persona del derecho al voto, se establece la conveniencia de arbitrar mecanismos jurídicos que, incluso cuando fuera necesaria una representación en un campo particular, permitan al incapacitado, con el acuerdo de su representante, cumplir actos específicos o actos en un ámbito específico y cada vez que sea posible, el mayor debería tener la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de manera jurídicamente efectiva; por otra parte, se instauro el principio de preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada (Principio 8); así como el respeto a los deseos y de los sentimientos de la persona interesada y se tomen en consideración la elección de un adulto con respecto a la persona que quiera que le represente (Principio 9); al tiempo que también se promueve un control adecuado de la puesta en práctica de las medidas de protección (Principio 16). En: URI: <http://sid.usal.es/10470/3-3-5> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019); así como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2003) 16 final, de 24 de enero de 2003, «Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad» en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0650:FIN:ES:PDF> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019); y en el año 2010, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2010) 636 final, de 15.11.2010, «Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barre-

dad de condiciones con los demás⁶⁶. Cuenca Gómez destaca que con la Convención de Naciones Unidas la discapacidad debe abordarse no desde un mero punto de vista asistencial sino desde el punto de vista de los derechos humanos, lo que implica la superación definitiva del denominado modelo médico y se asume el tratamiento de la discapacidad como modelo social, siendo ésta la visión que inspira el texto de la Convención de la ONU (CDPD) en su conjunto, que en su Preámbulo define la discapacidad como «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», en su artículo 1 establece que.«las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» Lo que implica que configura la discapacidad como un concepto dinámico y sujeto a cambios.

En el mentado artículo 12 se prima la autonomía de las personas con discapacidad y se centra en la eliminación los obstáculos del entorno que les impiden adoptar sus propias elecciones y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a su situación y sus necesidades.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal como establece la Exposición de Motivos del mencionado Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Preconiza dicho Anteproyecto que nuestra legislación se inspira, al igual que exige el artículo 10 de la Constitución Española, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, para lo que tiene en cuenta tal como ha puesto de

ras» en: https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

⁶⁶ CUENCA GÓMEZ, P., Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU, en Revista Europea de Derechos Fundamentales ISSN 1699-1524, núm. 20/2.º Semestre 2012, pp. 213-246, pp. 216-217.

relieve la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos.

La reforma iniciada supone una modificación sustancial del Código civil, supone el abandono de instituciones asistenciales y de guarda por otro sistema de apoyos, que se considera más acorde con el respeto a la dignidad humana y a la Convención de Nueva York de 2006, se otorga preeminencia a la voluntad de la persona por encima del «interés de la persona con discapacidad».

Algunas de las principales novedades que podemos resaltar de este Anteproyecto de Ley son las que a continuación se relacionan:

1. Se abandona la denominación de la incapacitación por la de «De la tutela y de la guarda de los menores», el Capítulo I que lleva por título «De la tutela», contiene una serie de Disposiciones Generales (arts. 199 a 210 CC, Sección 1.ª) que se ocupan de establecer quiénes están sujetos a tutela, las funciones tutelares, forma de designación, etc.

2. La figura del tutor la reserva para los menores de edad.

3. Regula como instituciones de apoyo (art. 249) (al igual que ocurre con el Derecho alemán, francés e italiano), las siguientes:

– El guardador de hecho: persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (art. 249, párr. 2).

– El curador: se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad (art. 249, párr. 3). No asumirá con carácter general la representación del discapaz (art. 267).

– El defensor judicial: procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (art. 249, párr. 4).

4. En el Capítulo II (arts. 254 a 260) regula los poderes preventivos y mandatos preventivos.

5. Dota de mayor protagonismo la figura de la guarda de hecho a la que destina el Capítulo II (arts. 261 a 265).

6. Se establece un plazo de revisión periódico de las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años (art. 266)⁶⁷.

⁶⁷ Previsión de temporalidad que, en cierta medida, ya preveían otros derechos, como el italiano y el francés.

7. Destina el Capítulo IV a la curatela y que consta de cuatro Secciones, la 1.^a (arts. 266 a 268 a 292).

8. Regula de forma expresa la autotutela, tanto la positiva como la negativa, y tanto con carácter individual como colectivo (arts. 269 a 279), para cuya constitución expresamente se exige la formalización en escritura pública (art. 269)⁶⁸.

9. Se introduce la autotutela delegada (art. 272), de manera que se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

10. Este Anteproyecto recupera la figura de la prodigalidad en el articulado del CC, definiendo la prodigalidad y estableciendo el sistema de asistencia aplicable a dicho supuestos, regulación contenida en artículo 298.

En definitiva, el espíritu de este Anteproyecto de Ley abandona el criterio médico seguido hasta la actualidad para los supuestos de incapacidad y apuesta por un sistema de medidas de apoyo en el marco de los derechos humanos y dentro del respeto a la Convención de Nueva York.

Por otra parte, el Consejo de Europa ha preconizado que no puede privarse a nadie del derecho al voto a las personas por la simple condición de ser discapacitadas, incluso después de una evaluación hecha por un juez sobre la capacidad cognitiva o el estado de salud mental de la persona, normativa que ya se está aplicando por los tribunales españoles en el dictado de las resoluciones de modificación judicial de la capacidad. De hecho se preconiza la elaboración de las sentencias como «un traje a medida» del presunto incapaz.

IV. LA REGULACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

A continuación vamos a mencionar, aunque de forma somera, la regulación que algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más cercano, Alemania, Francia e Italia, efectúan respecto a ciertos aspectos de la incapacidad si bien nos fijaremos únicamente en aquellos aspectos que la regulación difiere de la de nuestro país. Por lo que, se concretará especialmente las figuras del «asistente» del Derecho alemán, la *sauegarde de justice* de Derecho francés y la *amministrazione di sostegno* del Derecho italiano, figuras todas ellas que son anteriores a la Convención de Nueva York de 2006, por lo

⁶⁸ Adviértase que la normativa vigente para la autotutela en nuestro Derecho común únicamente menciona la necesidad de documento público, pero no concreta que se efectúe en escritura pública, a diferencia de lo que sí precisaban algunos derechos forales).

que supusieron un hito importante en el momento de su regulación, llegando a derogar la incapacidad (Alemania), que es el espíritu que preconiza la mencionada Convención, aunque en alguno de ellos siguen dando preeminencia al criterio médico (Francia).

IV.1 El Derecho Alemán

Uno de los países de nuestro entorno pionero⁶⁹ en el intento de adecuación de las instituciones asistenciales y de guarda en general ha sido Alemania. Las reformas⁷⁰ que se han ido sucediendo desde el año 1990 representan una quiebra de los modelos clásicos de tutela y curatela por cuanto éstas, para el caso de los mayores de edad⁷¹ se sustituyeron por un sistema de guarda legal único: la *Betreuung* o asistencia⁷², ello significa que ha sido sustituida la figura de la incapacitación por una institución única de protección de la persona de avanzada edad y de aquella que necesita asistencia por sufrir cualquier tipo de discapacidad por pequeña que sea. En sentido general, el objetivo de esta modificación fue llegar al máximo respeto del ámbito de libre determinación del asistido, de forma que la designación de un *Betreuer*⁷³ –asistente– no interfie-

⁶⁹ Con anterioridad, e introducida en el Código civil francés en el año 1968, la denominada «*sauvegarde de justice*». De relativa novedad, la «*amministrazione di sostegno*» que trae causa de la modificación del Código civil italiano operada por Ley 6/2004, de 6 de enero.

⁷⁰ *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz-BtG)*. Esto es, Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad –ley de asistencia– de 12 de septiembre de 1990, su entrada en vigor tuvo lugar en 1 de enero de 1992. *Bundesgesetzblatt, teil 1990*, pp. 2000 y ss.; *Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsänderungsgesetz-BtÄndG)*. (Ley para la modificación del derecho de asistencia así como otras disposiciones) de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. *Bundesgesetzblatt, teil 1 1998* pp. 1580 y ss.

⁷¹ Para los menores rigen otras disposiciones del *Bürgerliches Gesetzbuch* –en adelante BGB– y los tribunales competentes son los tribunales de familia de los *Amtsgerichte* –en adelante, AG–.

⁷² Elegimos la traducción propuesta por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *Actualidad Civil* n.º 21 (24 al 30 de mayo 1999), pp. 553-581, p. 557, n. 19.

⁷³ Pueden ser asistentes: a) Una persona física que lo hace por pura solidaridad y sin una retribución especial –normalmente los parientes–. Este es el tipo preferente para la designación de asistente siempre que haya persona apropiada para desempeñar el cargo –§1897.1 y 6 y §1908b del BGB–. En este caso no hay derecho a remuneración –el §1908i del BGB remite a la tutela de los menores que se recoge en el §1836 del BGB pero sí se tiene derecho a ser indemnizado o a solicitar un anticipo por los gastos que conlleva el cargo, en este caso, si no hay medios económicos, los gastos los debe satisfacer el *Land* correspondiente. b) Una persona física que se dedica a esa actividad de modo profesional, en este supuesto se tiene derecho a una remuneración que, en la mayoría de los casos paga el asistido y, de forma subsidiaria, el *Land* –§1836 del BGB–. c) Un empleado o trabajador de una asociación dedicada a esas actividades y que ha sido legalmente reconocida como tal. d) Un funcionario o contratado de la entidad pública competente en esta materia. f) La propia asociación en tanto persona jurídica siempre que esté reconocida conforme al § 1908f del BGB. Esta asociación no tiene remuneración y los gastos únicamente pueden ser

ra directamente en la capacidad de libre actuación del asistido puesto que éste no ha sido declarado incapaz judicialmente.

Los párrafos del BGB modificados por la *Betreuungsgesetz* –en adelante BtG– en relación con la derogación de la tutela y la curatela de los mayores de edad fueron desde el § 1896 al § 1908k del BGB. Las consecuencias inmediatas de esta modificación se resumen en los siguientes puntos:

– Desde el punto de vista procesal se deroga la incapacitación⁷⁴, dado que se permite el nombramiento de asistente sin necesidad de una incapacitación judicial previa.

– El procedimiento se regula ahora en la jurisdicción voluntaria y es competente el tribunal de tuteladas⁷⁵ que se integra en los diferentes juzgados de primera instancia –*Amtsgerichte*–.

– Se da más importancia a cuestiones de carácter personal que a las estrictamente patrimoniales y se regula con detenimiento el nombramiento y actividades del asistente.

El § 1896.2 del BGB otorga carácter subsidiario a la asistencia por cuanto ésta será necesaria exclusivamente para aquellos asuntos que el discapacitado no pueda resolver por sí mismo y siempre y cuando no tenga apoderado jurídico. En concreto la novedad de la *BtÄndG* de 1998 radica en que se puede nombrar a un apoderado que hará innecesaria la constitución de la *Betreuung*, la reforma considera deseable que las personas de cierta edad otorguen un poder para el caso de que sobrevenga una incapacidad negocial como consecuencia de la avanzada edad (§1896.2 del BGB, § 672 del BGB)⁷⁶.

Sin duda, la especial novedad del derecho alemán radica en que el nombramiento de un *Betreuer* no implica la necesaria incapacitación de la persona. En particular, el cambio fundamental en este sentido lo hallamos en el §1896.1

satisfechos por el asistido. g). La entidad pública competente que sí tiene derecho a ciertos gastos en la medida que puedan ser satisfechos con el patrimonio del asistido y tiene derecho a remuneración en casos especiales en atención a la complejidad de los asuntos del asistido –§1908h del BGB–. Es más, estas entidades deben aconsejar y apoyar a las demás clases de asistentes.

⁷⁴ Hasta la entrada en vigor de la BtG de 1992, la demanda de asistencia significaba automáticamente la incapacitación jurídica.

⁷⁵ En efecto, el proceso no se regula en la Ley de procedimiento civil sino en la «Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria –*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*», en adelante, FGG–.

⁷⁶ Sin embargo, siguiendo a GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o la asistencia», *cit.* p. 557, el no exigir forma especial para el otorgamiento de este poder –simplemente se recomienda su escritura pública– puede llegar a ocasionar ciertos abusos de los apoderados para con sus poderdantes, para evitar esto, se ha previsto el nombramiento de un asistente que controle al apoderado.

del BGB cuando enumera las causas que dan lugar a asistencia, en él se dispone que cuando un mayor de edad⁷⁷ no pueda cuidar de sus asuntos total o parcialmente a causa de una enfermedad psíquica o de una deficiencia corporal, mental o del espíritu, el Tribunal de Tutelas le nombrará un asistente a instancia suya o de oficio.

Los incapaces de obrar, según el § 104 del BGB son los menores de siete años y quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza. De esta suerte, y a tenor del § 105 del BGB, son nulos los actos y declaraciones de voluntad realizadas por un incapaz.

En resumen, en el derecho alemán, el nombramiento de un asistente no afecta en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido. La incapacidad de obrar de un mayor de edad en Derecho alemán sólo se produce cuando se da el caso del §104.2: «quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza». De esta forma, exista asistente o no, los actos realizados en este estado son insubsanables, son nulos de pleno derecho.

La idea de otorgar máximo respeto a la autonomía privada es la que fundamenta la derogación de la necesidad de incapacitación judicial para el nombramiento de un guardador, de un asistente –*Betreuer*– en el Derecho civil alemán.

El derecho alemán posibilita también que sea el asistido el que inste el nombramiento de un asistente, es más, a tenor del §1896.1.3 del BGB, en el supuesto de que la deficiencia sea física –y siempre y cuando el discapacitado sea mayor de edad– el nombramiento del *Betreuer* debe de realizarse a petición del propio interesado. Por tanto, entre los criterios del tribunal para el nombramiento se tendrá muy en cuenta la propuesta del que va a ser asistido, siempre y cuando no contradiga su bienestar, al igual que debe respetarse el rechazo de determinada persona –§ 1897.4 del BGB–. Únicamente si no hubiere propuesta del afectado en relación con el nombramiento del *Betreuer*, el tribunal tendrá libertad plena para realizar el nombramiento. Para dicho

⁷⁷ Aunque, en principio, la asistencia es sólo para los mayores de edad, el § 1908a dispone que pueden tomarse las medidas de los §§ 1896 y 1903 sobre un menor de edad que haya cumplido los 17 años cuando es de suponer que el nombramiento de un asistente será necesario al llegar a la mayoría de edad aunque dichas medidas sólo producirán efecto con la llegada de la mayoría de edad.

nombramiento, deberá tener en cuenta las relaciones familiares del asistido u otras de naturaleza cuasifamiliar⁷⁸.

En el caso alemán debemos tener presente en todo caso que el asistido tiene capacidad de obrar —es decir, un sujeto que no cumple los requisitos del § 104⁷⁹ del BGB—, por tanto, el resultado del nombramiento del asistente para el mayor discapacitado es que existen dos personas distintas, asistente y asistido, que, en principio, son competentes para disponer de un mismo patrimonio —siempre teniendo en cuenta las actividades que puede realizar el asistente que vendrán determinadas por el tribunal de tutelas—.

IV.2 El Derecho civil francés

El Código Civil francés (*Code*), no podemos olvidar que sirve de inspiración no sólo al Código Civil español, sino de otros ordenamientos jurídicos europeos, los cuales reproducen gran parte de su articulado. El *Code* ha sido objeto de numerosas e importantes reformas de los Títulos X y XI de su Libro I, modificando el tratamiento de los derechos de la persona y la familia en Francia. Se ha cambiado el tratamiento que en un principio se realizaba de la incapacitación y de la tutela.

No obstante las distintas reformas de que ha sido objeto el Código Napoleónico, se mantiene la figura de la “*sauvegarde de justice*”, introducida por la Ley de 3 de enero de 1968 (otra de las modificaciones del *Code*), que supuso una reorganización de la tutela, la curatela y del régimen de la incapacitación.

La institución de la *sauvegarde de justice*, ofrece como novedad un mecanismo de protección de las personas disminuidas que lo necesitan y que precisan de ayuda en el ejercicio de sus derechos. Esta figura no implica la alteración de su capacidad, pero sí puede preceder a una medida más grave, en cuyo caso reviste un carácter provisional y de urgencia. Tras la reforma introducida por la Ley 2007-308, de 5 de marzo, la *sauvegarde de justice* se encuentra regulada en el Libro I, Título XI, Sección 3.^a (arts. 433-439). Con esta institución se concibe que el juez puede colocar bajo la protección de la justicia quien tuviere las facultades mentales alteradas por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento debido a la edad, o tuviere alteradas sus facultades

⁷⁸ Si el asistido está internado o vive en una residencia para mayores, no puede nombrar como asistente a quien se encuentre en una relación de dependencia con la clara finalidad de evitar abusos.

⁷⁹ Los menores de siete años y quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza.

des corporales y que requieran bien una protección legal temporal, o bien estar representados en el ejercicio de ciertos actos. Se establece que la alteración de las facultades mentales o corporales debe establecerse médicamente. Una de las peculiaridades que ofrece esta institución (art. 435 *Code*) consiste en que la persona colocada bajo la protección de la Justicia mantiene el ejercicio de sus derechos, sin embargo, se contempla la posibilidad de instarse en el plazo de cinco años, según contempla el artículo 1304, por el propio interesado o por sus herederos, la nulidad de sus actos cuando les resultaren lesivos o reducirse en caso de exceso para los mismos supuestos en que los mismos pudieren ser anulables, en cuyo caso los tribunales tendrán en cuenta la fortuna de la persona protegida o la mala fe de quien contratara con ellos, así como la utilidad o no de la operación realizada.

Uno de los principales puntos positivos de esta reforma lo constituye su flexibilidad y adaptabilidad a cada supuesto concreto.

En esta institución gozan de gran relevancia los informes de médicos especialistas, precisamente en estos se va a apoyar el juez para adoptar sus decisiones de protección, de forma tal que constituyen instrumentos que van a facilitar la adopción de medidas del juez, dotándolas así de un gran pragmatismo. Este quizá excesivo protagonismo que se otorga al médico en tales decisiones no ha quedado exento de crítica.

Cuando una persona deba estar representada de forma continua en los actos de la vida civil, pueden ser objeto de tutela, imponiéndose el nombramiento de tutor para aquellos casos en los que la figura de la *sauvegarde de justice* no pueda garantizar una protección suficiente.

Una peculiaridad de este sistema consiste en que establece el límite temporal de cinco años para la duración de la medida de protección (art. 441), pudiendo el juez prorrogarla por otro período de la misma duración, mediante decisión especial y motivada y previo dictamen favorable del médico (art. 442). Igualmente, se contempla la posibilidad que el juez pueda modificar o sustituir dicha medida por cualquier otra de las asistenciales, tras solicitar el dictamen de la persona responsable de la medida de protección (art. 442). La medida finalizará simplemente cuando llegado el vencimiento del plazo no se produzca su prórroga (art. 443).

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, con la *sauvegarde de justice*, tiene un carácter eminentemente temporal (según el art. 439, la medida de salvaguarda de justicia, bajo pena de caducidad, no podrá superar el año de duración, y será renovable una única vez en las condiciones establecidas en el párrafo cuarto del artículo 442) y no requiere la previa incapacitación ya que a quien se halla bajo dicha protección no se le priva de

capacidad, que se le reconoce (art. 435), de hecho, mantiene el ejercicio de sus derechos. Ahora bien, los actos que no podrá realizar, bajo pena de nulidad, serán aquellos previamente establecidos por un juez y siempre previo dictamen médico pericial. Se estará pues, a cada supuesto concreto, mientras que, en nuestro ordenamiento jurídico, siempre se requiere la previa incapacitación judicial.

Así pues, en el derecho francés, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, parece que deberá dilucidarse en cada caso concreto si quien realizó un acto concreto cuya validez se discute, estaba en plenas facultades mentales para su realización o no, aún cuando ya tuviere nombrado tutor o curador, sometiéndose la impugnación de dicho acto al plazo de cinco años.

IV.3 El derecho civil italiano

El Código Civil Italiano, aprobado por RD de 16 de marzo de 1942, realiza una extensa regulación de la figura tutelar del menor de edad. La regulación de las enfermedades mentales, la incapacitación y la denominada *inabilitazione* (título XII «*dell'infermita' di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*») aparece en sus artículos 414 y ss.

En el Código civil italiano, regula dos mecanismos para declarar la incapacitación: La *interdizione*, que lleva consigo nombramiento de tutor, que es el legal representante del incapacitado, implica una incapacidad de obrar absoluta del sometido a ella y para su declaración es necesario que concurra en la persona sometida a este procedimiento enfermedad mental, grave y habitual, que impida a la persona cuidar de sus intereses (semejante a nuestro autogobierno, del art. 200 CC español); y la *inabilitazione*, que lleva consigo el nombramiento de la figura del curador, no implica una incapacidad absoluta, ni requiere una enfermedad mental grave, sino menos grave o de menor entidad (sería el supuesto, por ejemplo, de los pródigos). La peculiaridad de este mecanismo es que, si bien los «inhabilitados» necesitan la asistencia del curador para los actos de extraordinaria administración, pueden realizar por sí mismos actos de administración ordinaria.

El Código civil italiano fue profundamente reformado por la Ley 6 de 9 de enero de 2004, mediante la que el Parlamento italiano se ocupó de introducir importantes modificaciones relativas al establecimiento de la protección civil de los enfermos mentales, creando una institución denominada *amministrazione di sostegno* (administración de apoyo), que tiene el propósito de proteger, con la mínima limitación posible la capacidad de actuar, de los que no

tienen la totalidad o parte de la autonomía en el desempeño de las funciones de la vida cotidiana, a través de medidas de apoyo temporal o permanente (art. 1). Para ellos se contempla la posibilidad de poder ser asistido por un administrador de apoyo, designado por el tribunal del lugar donde tiene su residencia o domicilio (art. 404).

El nombramiento del «administrador de apoyo», figura introducida por la reforma operada por la Ley 6 de 9 de enero de 2004, se efectuará exclusivamente para la atención y en interés del beneficiario. Se permite que el administrador sea designado por el mismo solicitante, en previsión de su incapacidad posible en un futuro, designación que podrá efectuarse mediante escritura pública o privada certificada. También puede el tribunal cuando existan motivos graves que así lo requieran, proteger mediante resolución que designe a un administrador de apoyo por distintas razones. Podrán ser objeto de esta protección el cónyuge que no está separado legalmente, la persona que vive permanentemente con el padre, madre, hijo o hermano o hermana, o pariente dentro del cuarto grado de la persona designada por padre sobreviviente con una voluntad, escritura u otro instrumento certificado (art 408).

De primordial importancia resulta tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 409, el beneficiario conserva la capacidad para realizar todos los actos que no requieren representación exclusiva o la asistencia necesaria para apoyar el administrador, podrá adoptar las medidas necesarias para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana también con el apoyo del administrador.

Según establece el artículo 410, el administrador de apoyo, debe tener en cuenta en el desempeño de sus funciones las necesidades y aspiraciones de los beneficiarios. El administrador de apoyo debe informar sin demora a los beneficiarios acerca de las acciones a realizar, función que realizará el juez de tutela en caso de desacuerdo del administrador con el beneficiario. En caso de conflicto, o cuando se realicen actos dolosos o de negligencia en la defensa de los intereses o las necesidades o solicitudes de los beneficiarios, este último, el fiscal u otra persona a que se refiere en el artículo 406 pueden solicitar ante los tribunales la adopción de medidas apropiadas para proteger los intereses del beneficiario, petición que será resuelta mediante Decreto motivado.

Otra nota fundamental que caracteriza la *amministrazione di sostegno*, igual ocurre con la *sauvegarde de justice* francesa, es su configuración como institución de carácter temporal, salvo determinados supuestos. Así se desprende del artículo 413 en el que se contempla que el administrador mediante solicitud motivada dirigida a la Corte ponga de manifiesto que ya no resulta necesaria la ayuda para el beneficiario, al considerar que se han determinado

las condiciones para el cese de apoyo a la administración, o para sustituir al administrador. También se intuye del contenido del artículo 410 al establecer que el administrador de la ayuda no necesita continuar en el desempeño de sus tareas más de diez años, salvo que se trate del cónyuge o persona que convive con el beneficiario de forma permanente, así como los familiares, por orden ascendente o descendente.

V. CONCLUSIONES

1. El Derecho Romano, fuente innata de nuestro actual ordenamiento, ya configuraba para los incapaces un sistema en el sistema de figuras de guarda, básicamente la tutela y curatela, que diferencia entre determinados supuestos en los que la figura de guarda actúa de forma automática, en el caso de los locos o enfermos mentales y entre aquellos supuestos en los que era necesario un procedimiento de declaración de incapacidad, era el contemplado para los supuestos de prodigalidad, que constituiría el precedente más remoto de nuestro actual procedimiento de modificación judicial de la capacidad previo al nombramiento de una figura de guarda.

2. Sin embargo, el devenir de los tiempos, la evolución de las sociedades desarrolladas, las mejores expectativas de vida y la implantación de la normativa internacional han potenciado el nacimiento de nuevas figuras de carácter preventivo, como la autotutela, que se han introducido en el ordenamiento jurídico español, que cada día gozan de mayor protagonismo. Este mecanismo contempla la posibilidad que una persona en previsión de ser declarada en un futuro con la capacidad judicialmente establezca quién o quiénes desea que pueda/n ser designado tutor o curador, o incluso quién o quiénes no, así como determinadas previsiones en relación a la gestión del cargo tutelar en un futuro, etc.

Las previsiones establecidas a través de la autotutela necesitan de una declaración de modificación judicial de incapacidad para desplegar sus efectos, pero no contempla la figura que pueda asistir al discapaz no incapacitado.

3. Ciertos países de nuestro entorno más cercano, como Francia, Italia y Alemania han sido pioneros en la configuración de un sistema de asistencia basado en el máximo respeto a la autonomía de la voluntad del sometido a asistencia regulando figuras que no implican la pérdida de capacidad del sometido a estas figuras (*sauvegarde de justice* –Francia–; *amministrazione di sostegno* –Italia– y *Betreuung* –Alemania–), a diferencia del sistema español.

4. Las normativas internacionales, como la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obligan a los Estados miembros a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el marco de los derechos humanos.

5. Se impone el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente, basado en el criterio médico para declarar supuestos de incapacidad y en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro en el que preconiza el desarrollo de una mayor autonomía de la voluntad, basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, con carácter general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

6. España, para adaptar su normativa a la Convención de Nueva York se encuentra tramitando el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que abandona el procedimiento de incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y que por ello, no puede modificarse.

7. La nueva regulación trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria, como el domicilio, su salud, sus comunicaciones, etc.

8. Configura como figuras de asistencia el guardador de hecho, la curatela y el defensor judicial, mientras que la figura de la tutela la reserva únicamente para los menores de edad.

9. Introduce el novedoso término de la autocuratela, y regula expresamente tanto la autocuratela positiva como negativa, que podrá ser individual o colectiva.

10. El mentado Anteproyecto, en su redacción actual, implica un cambio revolucionario con respecto al sistema vigente en nuestro ordenamiento y supone una ruptura con el sistema actual, si bien deberemos ir fijándonos en el devenir que su articulado vaya sufriendo y finalmente, en el caso de aprobarse, cuál es su redacción final.

**BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR
ALIMENTOS DE LOS PADRES A LOS HIJOS EN EL DERECHO
ROMANO Y EN NUESTRO DERECHO ESPAÑOL VIGENTE**

*Brief considerations of the maintenance obligation from parents to children
in Roman Law and in our current Spanish Law*

MARÍA DE LOS ÁNGELES PÉREZ DÍAZ
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

Resumen: Este trabajo surge ante la inexistencia de precepto alguno del Código Civil que regule concepto, características, clasificación y contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades y gastos extraordinarios de sus hijos en caso de separación, divorcio o de parejas de hecho, y ello, con el fin de analizar y dar respuesta a todas aquellas cuestiones que se plantean en el ejercicio de la profesión en materia matrimonial respecto al concepto de pensión de alimentos, gastos ordinarios y extraordinarios.

Palabras clave: pensión de alimentos, gastos ordinarios, gastos extraordinarios, progenitores, hijos menores, mayores.

Abstract: This work arises as a result of the absence of any provision of the Civil Code that regulates the concept, characteristics, classification and contribution of both parents to the maintenance of the extraordinary needs and expenses of their children in case of separation, divorce or de facto couples, and this, in order to analyze and respond to all those questions that arise in the exercise of the profession in matrimonial matters regarding the concept of alimony, ordinary and extraordinary expenses.

Keywords: alimony, ordinary expenses, extraordinary expenses, parents, minor children, elders.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–La obligación de dar alimentos en el derecho romano. III.–La obligación de dar alimentos en el derecho español vigente. III.1–Generalidades previas. III.2–Regulación. III.3–Concepto de alimentos. III.4–Concepto de gasto extraordinario. III.5–Características y clases de gastos extraordinarios. III.6–Casuística de gastos ordinarios y gastos extraordinarios. III.7–Determinación en la contribución de los gastos ordinarios y extraordinarios.

I. INTRODUCCIÓN

En caso de separación o divorcio, una de las medidas legales actual y controvertida ante los tribunales que me ha llevado a hacer el presente estudio, es analizar la pensión alimenticia de los progenitores a favor de los hijos, con el fin de fijar una línea de actuación lo más clara y posible en una materia tan sensible que surge a raíz de las situaciones de crisis matrimoniales o de parejas de hecho, que afectan directamente e involuntariamente a los hijos menores o mayores de edad, en caso de que los hubiere.

Pues si bien, nuestro Código Civil español vigente contiene normas generales y específicas que señalan la obligación de alimentar, no recoge precepto alguno que regule concepto, características, clasificación y contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades y gastos extraordinarios de sus hijos.

Este problema no es nuevo, pues ya en el derecho romano existía la obligación de alimentos de los padres frente a los hijos como un deber que emanaba de la patria potestad y que, en caso de discrepancia entre las partes, quedaba al arbitrio judicial, primando como interés especial a proteger no perjudicar a los hijos.

II. LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO

La obligación del padre para con los hijos, deriva exclusivamente de la patria potestad –*patria potestas*– y dentro del marco de los deberes éticos¹. No tenía un sustento legal expreso, sobre todo si se toma en consideración el concepto de la familia tradicional romana originaria². En el derecho romano, la familia romana en sentido estricto o *familia iure proprio dicta*, se presenta

¹ ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)» *RGDR*, <http://www.iustel.com>, n.º 3, Madrid, 2004.

² *Cfr.*, entre otros FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.; Id. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 9.ª ed.,

como un núcleo de personas unidas entre sí por la autoridad –*manus, potestas, mancipium*– que una de ellas, el cabeza de familia –*pater familias*– ejercita sobre las demás con unos fines que trascienden el mero orden doméstico³.

Con carácter general, la obligación de dar alimentos, comienza a esbozarse con Antonino Pio (138-161)⁴ si bien, no es hasta Marco Aurelio (161-180)⁵ cuando se da una forma adecuada respecto de las exigencias y obligaciones alimenticias en las relaciones paternofiliales por las que se debe regir esta materia. Uno de los grandes impulsores para su estudio ha sido Albertario⁶ quien intentó mostrar un cauce judicial –*via cognitio extra ordinem*– en relación a la obligación de prestar alimentos. Hasta el momento, en derecho romano, continúa abierto el debate doctrinal acerca de las personas que realmente estaban sometidas a éste régimen de prestación de alimentos en un primer momento, y entre quiénes era procedente la reciprocidad de la obligación⁷.

Ulpiano, en su libro II sobre el cargo de cónsul (D.25,3,5 pr.-1) dice que si alguno pretendiese ser alimentado por sus hijos, o que los hijos sean alimentados

Madrid, 2006, pp. 387 y ss.; Id. «Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano (I)», *RGDR*, <http://www.iustel.com>, n.º 6, Madrid, 2006.

³ LÓPEZ-RENDO C., «Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil Español», *RIDR*, octubre 2012, p. 251.

⁴ Cfr. C.5,25,1 (Imp. Pius A. Basso): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est*.

⁵ Cfr. Entre otro, ORESTANO, R., «Alimenti (Diritto romano)», *NNDI*, p. 483; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963, pp. 379 y ss; LAVAGGI, G., «Alimenti», *ED*, p. 18. Véase C.5,25,2 (*Divi fratres Celeri*): *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit. D. Id. April. Ipris III et II AA. Conss.*

⁶ ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano, vo., I, Persone e familia* (especialmente el capítulo XIII, Sul diritto agli alimenti), *ob. cit.*, p. 251 y ss.

⁷ Sobre la importancia de realizar una profunda investigación acerca del derecho de alimentos en Derecho romano, se han pronunciado numerosos autores –directa e indirectamente– entre los que podríamos destacar, en principio; ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral...», *ob. cit.*; Id. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pío y Marco Aurelio», *RGDR* 6, Madrid 2006; Id. «Alimentos entre parientes (II): Alimenta et rictus». *RGDR* 4, Madrid 2005; ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano III*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Padova 84, Padova-Cedam, 1979, pp. 91 y ss.; BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954 –*Alimenti*–, pp. 290 y ss.; Id. *BIDR* 30 1921 p. 244.; BONINI, R., «Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano», *AG* 181, Modena 1971, pp. 24 y ss. «*Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*», Bologna 1973, pp. 7 y ss.; Id. «La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto dell successioni, *Nov. Ius* 56,6 y 117,5». *St. Saresesi* 3, año académico 1970-71, 1973, pp. 805 y ss.; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 –*Obblighi alimentari*– pp. 596; FALASCHI P.L., «Osservazioni sul carattere incidentale o autónomo dei praeiudicia», *Ann. Univ. Camerino*, 1963, pp. 145 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, pp. 93 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Cognitio extraordinaria*, Iustel, Madrid, 2002; HEIMBACH, G.E., «*Alimente*», *Rechtslexikon von Weiske J. für Juristen alter deutschen Staaten*, I, Leipzig, 1839, pp. 185 y ss.; KOSCHAKER, P., «Der Unterhalt der Eherau und die Früchte der Dos», *Studi Bonfante IV*, 1930, pp. 1 y ss.; LANFRANCHI, F., «*Ius exponendi* e obbligo alimentari nel diritto romano-classico», *SDHI* vol. 6, 1940, pp. 5 y ss.: Id. «Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico», en *St. Volterra*, vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; Id. *Lágere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna 1953, p. 54, n. 170.

por los padres, el (juez) cónsul conocerá de esta cuestión. Además, se pronuncia acerca de si uno está obligado a alimentar solamente a los hijos que están bajo su potestad, o también a los emancipados, o los que son ya independientes por otra causa, afirmando su convicción sobre la obligación recíproca de alimentos: aunque los hijos no estén bajo su potestad deben ser alimentados por los padres, y ellos, deben corresponder recíprocamente con objeto de alimentar a sus padres⁸:

D.25,3,5 pr.-1 y 2 (Ulpianus, libro II de *officio consultis*): *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a Parente exhibeantur, «iudex» de ea re cognoscet. 1. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutus, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere. 2. Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.*

En caso de divorcio⁹ de los cónyuges, en el derecho romano la regla general es atribuir la custodia de los hijos al *paterfamilias*, pues quien ostentaba el poder sobre todos los miembros era el *paterfamilias*, con lo que el divorcio de los padres no implicaba modificación alguna en cuanto a la relación con los *filiifamilias* que continuarían bajo la potestad del *paterfamilias*, quedando en su compañía y siendo alimentados por el mismo¹⁰; es decir, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad correspondía en exclusiva al *paterfamilias*, sin limitación alguna y los *filiifamilias* conservaban todo los derechos que tenían durante el matrimonio de aquéllos. La ruptura de la relación matrimonial de sus padres no tenía repercusión jurídica respecto a los *filiifamilias*¹¹.

⁸ ALBURQUERQUE, J.M., «Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2007, p. 13.

⁹ Desde el punto de vista etimológico *divortium* viene de *divertere*, e indica separarse marchar por caminos distintos, lo cual, en opinión de Gayo D. 24.2.2, tiene su explicación bien por la diversidad de intenciones bien por la desaparición de la convivencia de los cónyuges, tal como recoge GARCÍA SÁNCHEZ, J., *El divorcio: de Roma a la Edad Media*, *REDC* 48, 1991, p. 157.

¹⁰ ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano...*, *ob. cit.*, p. 251 y ss; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. Española de Bacci y Larrosa. Madrid 1929, reimpresión 1965, p. 201. WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», en *RH* 50, 1972, 205 y ss., BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 –*Obblighi alimentari*– pp. 596; ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación...», *ob. cit.*, pp. 1 y ss.

¹¹ Vid. VOLTERRA, *Sui mores della famiglia romana*, en *Rediconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, sr VIII 4, 1949, pp. 521 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *El filiifamilias independiente en Roma y en el Derecho Español*, Madrid 1981.

En el año 542 después de Cristo (d.C.), Justiniano se ocupó de dar solución a los problemas que planteaba el divorcio y dedicó una importante Novela, la novela 117, a tratar y regular todos los aspectos importantes del divorcio, aunque su política legislativa representó la mayor hostilidad al divorcio, culminando en la penalización del *communi consensu* del capítulo 10¹², dedicando una capítulo independiente al divorcio consensual en el que se ocupa de la regulación de las normas que afectan al divorcio consensual, seguido de la promesa de castidad de los esposos, el único que era lícito, tras penalizar en la primera parte del capítulo 10 el divorcio consensual¹³.

Así, el juez en el caso de matrimonio separado debe pronunciarse sobre *morari ac nutrire*¹⁴, es decir, disuelto el matrimonio determinará con quien han de vivir los hijos (padre o madre) y quién o quiénes deben alimentarlos. Para tomar tales decisiones, deberá primar un interés especial, cuál es el que de ningún modo puedan ser perjudicados los hijos nacidos, y tener en cuenta otros criterios tales como la disponibilidad de los recursos económicos de cada uno de los divorciados (si la madre es rica y el padre es pobre, la custodia y la obligación alimenticia le corresponde a la madre), y la culpabilidad de cualquiera de los progenitores que haya provocado la disolución del matrimonio. Así, si la causante del divorcio es la madre –*si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium*–, el hijo tendría que quedar bajo custodia del padre, que es el obligado a proporcionarle sustento y alimentos –*tunc apud patrem et maneant filii et alantur*–¹⁵. Esta regla general, tenía una excepción que operaba en casos de falta de disponibilidad económica del padre. –*Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem*– si el padre carecía de disponibilidad económica suficiente, los hijos pobres podían quedar bajo la custodia de la madre, a pesar de su culpabilidad, con la obligación de aportar alimentos necesarios a los hijos y garantizarles un bienestar económico –*apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrir iubemus*–¹⁶. Bonini¹⁷, señala que esta excepción se explica con una consideración de carácter general en materia de obligación de alimentos: si en efecto, el hijo rico es

¹² LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, p. 272.

¹³ LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, p. 276.

¹⁴ Accursius: *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema*. Venetiis, 1591, p. 749 en la glosa a *morari e*) estima que se refiere a *adulti* y *nutriri f*) a *pupilli*.

¹⁵ En la edición *Auhtenticum novellarum constitutionum iustiniani* el contenido es el siguiente: «*si vero contra, tunc apud patrem matris locupletis expensas, nisi pater minus idoneus sit; tunc enim apud matrem locupletem nutriantur*».

¹⁶ Vid. BONFANTE, Corso I, *ob. cit.*, p.281; Kaser, Das röm. Privatrecht, II, *ob. cit.*, p.145 n.º 8. Sachers, s.v. *Potestas Patria.*, *ob. cit.*, c. 1118.

¹⁷ BONINI, R: *Criteri per l'affidamento della prole*, *ob. cit.*, p. 35.

obligado a alimentar a la madre pobre, igual debe ser la situación de la madre rica en relación con los hijos pobres. Si el causante del divorcio es el padre –*si quidem pater occasionem separationis praebeat*–, el hijo quedaría bajo la custodia de la madre, siempre que no hubiera contraído segundas nupcias –*mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem*–. No obstante lo anterior, el padre estará obligado a asumir todas las cargas que comporte el mantenimiento de los hijos¹⁸.

Como es sabido, si bien en la época clásica únicamente se reconoce la obligación de dar alimentos al padre respecto a los hijos *iusti procreati*, es decir, los nacidos en el seno de un matrimonio legítimo, excluyendo, por tanto, los nacidos de una relación de concubinato¹⁹, por el contrario, en la etapa justiniana tal reconocimiento se modifica y amplía produciéndose una equiparación entre la familia legítima y la familia ilegítima, tal como se desprende de las Novelas 12 capítulo 2; Novelas 89, capítulo 12-6 y capítulo 13.

Por lo tanto, puede concluirse que en el derecho romano hasta la época de los emperadores Diocleciano y Maximiano, la guarda y custodia de los hijos, así como la obligación de dar alimentos en los casos de divorcio del matrimonio se atribuía al padre, salvo que existieran unas causas justísimas que hicieran oportuno y necesario atribuir la custodia a la madre. Criterio acorde con la concepción de la patria potestad y la estructura de la familia agnaticia. A partir de los emperadores Diocleciano y Maximiano (294 d.C.), la determinación de la atribución de la guarda y custodia de los hijos y la obligación de alimentarlos queda al arbitrio judicial, pudiendo atribuirse al padre o a la madre indistintamente y sin criterios limitadores del arbitrio judicial²⁰.

III. LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

III.1 Generalidades previas

Las situaciones de ruptura matrimonial o de uniones no matrimoniales con convivencia en pareja de hecho con hijos menores, conlleva la separación o divorcio de los cónyuges progenitores o disolución del vínculo de los miem-

¹⁸ LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, pp. 274-275.

¹⁹ ALBURQUERQUE, J.M., «Aspectos de la prestación...», *ob. cit.*, p.28.

²⁰ LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, p. 278.

bros progenitores de la pareja de hecho, bien mediante proceso de mutuo acuerdo acompañado de convenio regulador, bien mediante proceso contencioso, acabando ambos con resolución judicial dictada al efecto, en los que se establecen las medidas legales a favor de los hijos, entre ellas, la deuda alimenticia llamada pensión alimenticia.

Novedosamente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, introduce la posibilidad, en virtud del art. 82.1 Código Civil, consistente en que los cónyuges puedan acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante convenio regulador ante el Letrado de la Administración o ante Notario mediante escritura pública, siempre que no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, en la que se recogerán las medidas que han de regular los efectos derivados de la separación²¹.

III.2 Regulación

El artículo (art.) 39 de la Constitución Española (CE) establece:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

El citado precepto constitucional declara el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda y, ello en desarrollo del principio de igualdad de los españoles ante la ley, esta-

²¹ Artículo 82.1 párrafo. 2.º CC «*Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar*».

blecido en el art. 14 de nuestra Carta Magna «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*» Por tanto, el legislador no diferencia entre ser hijo de matrimonio o ser hijo de pareja de hecho.

Nuestro Código civil (CC) contiene normas generales que señalan la obligación de alimentar a los hijos (arts. 142, 154 y siguientes (ss) CC), así como normas específicas en los supuestos de procedimientos matrimoniales (arts. 90 a 93 y 103 CC), siendo un deber básico para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, cuya cuantía vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades del hijo que recibe los alimentos (acreedor-alimentista) y el caudal o medios económicos de los progenitores (deudor-alimentante) (art. 146 CC).

La patria potestad comprende el *deber de los progenitores de alimentar a los hijos, educarlos y procurarles una formación integral* (art. 154 CC), y ello, al margen de que los progenitores no ostenten la patria potestad (art. 110 CC) como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 5 de octubre de 1993 «... *La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la CE. Tal obligación por modo inmediato del hecho de la generación es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, Art. 154.1 del CC...*».

III.3 Concepto de alimentos

De conformidad con el art. 142 CC, el concepto de alimentos debe comprender «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*» y también «*la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*» y «*los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*». Concepto recogido favorablemente por la doctrina y la jurisprudencia: así, a modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia del TS de 15 de octubre de 2014, en la que analiza la expresión «*pensión alimenticia*» y manifiesta que «*se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción)*», a su vez, la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) Madrid,

Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015²² añade que «*Debemos de entender por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, los gastos de educación e instrucción de la hija menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, a tenor de lo dispuesto en el art. 142 del CC*».

La obligación de dar alimentos, es tanto del progenitor no custodio como del que tiene atribuida la guarda y custodia. Es un deber que emana de la patria potestad, que corresponde a ambos progenitores en cuanto cotitulares de dicha función, de forma mancomunada y no solo al progenitor no custodio. Por tanto, la obligación que tienen los progenitores de prestar alimentos a los hijos, es un deber que corresponde a ambos, y no solo al que vive separado de los hijos, de forma no solidaria sino mancomunada y en cantidad proporcional a su caudal respectivo (art. 145, párrafo (párr.) primero CC)²³, debiendo computarse como contribución, la atención y cuidado diarios de los hijos llevados a cabo por el progenitor custodio²⁴.

Si bien la obligación legal genérica de prestar alimentos entre parientes establecida en los arts. 142 y ss CC se basa en el principio de solidaridad familiar, el deber de alimentos para con los hijos rebasa tal principio, fundamentándose en la relación paterno-filial existente, y en el caso de los menores, en la patria potestad, subsistiendo incluso cuando el alimentante se vea privado de la patria potestad (art. 110 CC). La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, declara que el «*favor filii*» debe de prevalecer sobre otros intereses en relación a los alimentos que son de naturaleza básica y fundamental. Por tanto, la obligación de prestar alimento se basa en el principio de la solidaridad familiar, tiene naturaleza de orden público, y al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, constituyendo una obligación de carácter imperativo y personalísimo²⁵.

De ahí, que en los supuestos de crisis de la unidad familiar sometida a regulación por los Tribunales, el art. 93 del mismo texto legal disponga que «*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para*

²² La Ley 17135/2015.

²³ SÁNCHEZ ALONSO, M.: «*Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia*», en M.^a LINACERO DE LA FUENTE (dir.): *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivo. Procedimiento, Jurisprudencia. Formularios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 616-617.

²⁴ «*Debe igualmente recordarse al efecto que, conforme a lo prevenido en el artículo 103-3.º del mismo texto legal, ha de considerarse contribución a las cargas del matrimonio, y entre ella los alimentos de carácter ordinario y extraordinario, el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad*».

²⁵ AP de Madrid, Sección, 22.^a, de 3 de febrero de 2015.

satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento».

Además, el citado precepto en su párrafo segundo, determina la fijación de pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad o emancipados, que convivan en el domicilio familiar con alguno de los progenitores y carezcan de ingresos propios para atender sus necesidades; incluso, para el supuesto de que éstos percibieran ingresos propios pero fueran insuficientes para atenderlas, en cuyo caso, también subsistiría la obligación de los progenitores de dar alimentos, de acuerdo al nivel económico-social que existiere en el hogar familiar y a las necesidades efectivas de los hijos.

Cabe señalar que esta obligación alimenticia no cesa ni se extingue por alcanzar los hijos la mayoría de edad (art. 152 CC) pero la misma no es ilimitada en el tiempo, pues durará mientras se mantenga la situación de necesidad del hijo que conviva en el domicilio familiar con uno de los progenitores o no haya finalizado éste su instrucción y formación por causa que no le sea imputable (art 142, párr. segundo CC), siempre que no provenga de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo²⁶ (ello con el fin de evitar una situación de «parasitismo social»), pudiendo prestarse, a elección del obligado, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ella (art. 149, párr. primero CC).

Y así, se han planteado frecuentemente en nuestros tribunales procedimientos con la finalidad de obtener la extinción de los alimentos a favor de los hijos mayores de edad, declarándose al respecto que *«Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (sentencia 5 de noviembre 2008), afirmando la sentencia de 12 de julio de 2015, con cita de la de 8 de noviembre de 2012, que «por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional».*

Incluso la Sentencia (S) del TS de 12 de julio de 2014 (Rec. 79/2013) especifica que *«para el caso de la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello le impida percibir alimentos del padre, dado*

²⁶ ST de la AP de Cantabria de 14 de marzo de 2017 *La Ley*, 27047/2017; STS de 28 de octubre de 2015, *La Ley*, 153869/2015.

que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional, por lo que se incurre en la resolución recurrida, en infracción del art. 93 del C. Civil, dado que procede la percepción de alimentos en la cuantía fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pues la hija convive con la madre en su domicilio y carece de ingresos suficientes, por lo que se habrá de estar a lo dispuesto en el art. 142 y siguientes del C. Civil (sentencia de 8 de noviembre de 2012, recurso 1100/2011)».

En todo caso, hay un mínimo vital imprescindible²⁷ para el desarrollo del menor que los progenitores deben procurar a sus hijos, por debajo del cual, salvo puntuales excepciones²⁸, no se puede establecer la pensión alimenticia, variando su fijación por las Audiencia Provinciales de 100 € a 180 € mes²⁹.

A mi juicio, se puede concluir que el concepto de alimentos comprende tanto la cobertura de las necesidades o gastos ordinarios como la de las necesidades o gastos extraordinarios de los hijos menores de edad y mayores de edad, en los casos que proceda; pudiendo definirse la obligación de dar alimentos como el deber básico impuesto legalmente a ambos progenitores de prestar asistencia material, satisfacer alimentos y dar cobertura a las necesidades de los hijos, de naturaleza de orden público, de carácter imperativo, personalísimo, imprescriptible e irrenunciable, y como derecho esencial de los hijos, que debe ser satisfecha por los obligados en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Si bien, cabe reseñar que, en la práctica forense, a pesar del art. 93 CC los pronunciamientos judiciales solo concretan monetariamente la contribución que ha de hacer el progenitor que no reside con ellos. A tenor de

²⁷ En este sentido, la STS de 12 de febrero de 2015, Rec. 2899/2013 dice que «En atención a lo previamente razonado lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante».

²⁸ Por su parte, la STS de 2 de marzo de 2015, Rec. 735/2014 recoge que «La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa «Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia», que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres».

²⁹ SAP La Rioja de 7 de abril de 2014.

lo anterior, comparto la crítica realizada por el magistrado Campo Izquierdo³⁰ cuando en relación a la contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades y gastos de sus hijos, «considera erróneo fijar sólo la contribución del progenitor a quien no se le otorga la guarda y custodia, cuando lo más justo sería fijar inicialmente cuál es la cantidad que los hijos necesitan realmente para cubrir sus necesidades, según sean menores de edad o no (STS de 16 de julio de 2002) y luego distribuir esa carga entre ambos progenitores en función de su disponibilidad económica y su dedicación personal a los hijos, esta medida es más equitativa y ayudaría a pacificar más la relación personal entre ambos progenitores, pues se formalizaría por escrito la obligación de ambos de contribuir a los alimentos de los hijos comunes y la forma en que se debería hacer tal contribución».

III.4 Concepto de gasto extraordinario

El Código civil no contiene una definición de gastos extraordinarios y ello, por la dificultad de encuadrar en el concepto, partidas económicas variables y casuísticas. Tal definición, se extrae interpretando *a sensu contrario* el art. 142 CC que dispone «*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*».

Tradicionalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia, se han considerado gastos ordinarios del alimentista los gastos necesarios habituales, repetitivos o diarios y previsibles que han de ser tenidos en cuenta para fijar la cuantía de la pensión alimenticia en una cantidad fija y determinada o determinable, actualizable y revisable si hubiere una alteración sustancial de las circunstancias concurrentes al tiempo de fijarse la misma, así como para la distribución de la pensión entre las personas jurídicamente obligadas a soportarlos de forma proporcional con sus posibilidades económicas.

Por el contrario, los gastos extraordinarios se han conceptualizado como gastos necesarios que surgen de manera aislada, esporádica o poco habitual, no son periódicos, son futuros e imprevisibles; son, por tanto, gastos indeterminados en su existencia misma, inespecíficos por desconocerse en el ámbito en el

³⁰ EDJ 2002/28318. CAMPO IZQUIERDO, A.L., «Los gastos extraordinarios», *Tribuna*, 1-06-2012, p. 1.

que pueden producirse e ilíquidos en su cuantía, excediendo del importe de la pensión alimenticia, necesitando, por ello, predeterminación y objetivación en cada momento y caso concreto, teniendo en cuenta los factores objetivos y subjetivos que configuren la situación social, económica y cultural de la familia y las peculiaridades del hijo alimentista.

En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 24.^a, de fecha 20 de julio de 2011 califica como gastos extraordinarios «(...) *aquellos destinados a la satisfacción de las necesidades de los hijos que siendo de naturaleza alimenticia son imprevisibles y no periódicos, resultan en principio excepcionales, fuera de las previsiones cotidianas de la familia y que requieren que se ponga en conocimiento previo para obtener del otro progenitor el consentimiento para realizarlos o en su defecto decisión judicial; debiendo constar de forma clara e inequívoca el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación, y no posteriormente a efectuar el gasto ser reclamado por vía de ejecución, supliendo el consentimiento previo, salvo aquellos gastos de extrema necesidad y urgencia, y ello debido por ser de cuantía ilíquida que por su propia naturaleza necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso, ya que en otro caso daría lugar a su desnaturalización traduciéndose en un complemento a la pensión de alimentos ordinaria, sin que pretenda con lo dicho que se produzca*». Por su parte, nuestro TS en Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, concluye que son gastos extraordinarios «*aquellos que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos*».

El devenir de la vida de los alimentistas es fuente de frecuentes controversias entre los progenitores sobre qué gasto ha de ser considerado extraordinario y abonarse por ambos progenitores, y cuál ordinario y satisfacerse por el progenitor custodio con cargo a la pensión alimenticia establecida. Por ello, y como ha señalado nuestra doctrina, con la finalidad de evitar dicha conflictividad, en la práctica resulta útil y conveniente especificar, en el convenio regulador o en la propia resolución judicial, qué partidas han de quedar englobadas en el concepto de gastos extraordinarios, a los efectos de considerarlos excluidos de la pensión de alimentos, y qué gastos tienen la consideración de ordinarios y se cubren con la pensión alimenticia ordinaria.

Si bien, atendiendo a la naturaleza de los gastos extraordinarios, en mi opinión, con apoyo jurisprudencial, cualquier concreción mediante relación o enumeración exhaustiva de gastos extraordinarios, aún siendo extenso y minucioso, será incompleto y orientativo, pues resulta imposible prever en el momento de la elaboración del convenio regulador o del pronunciamiento de la

sentencia judicial, todas las circunstancias excepcionales de las que puedan surgir nuevos gastos extraordinarios; a modo de ejemplo, cabe citar la SAP Asturias, Sección 5.^a, de 18 de marzo de 2009³¹, que recoge el carácter imprevisible de los gastos extraordinarios y por ende *«determina la improcedencia de fijar una suma concreta y periódica para su pago (sentencia citada de la Audiencia Provincial de Zaragoza) así como la inoportunidad y, de seguro, cierta inoperancia de su concreción mediante su relación o enumeración exhaustiva, siquiera tampoco nada se opondrá, en aras de prevenir futuros conflictos y facilitar la ejecución, identificar y enumerar algunos tanto más si en el proceso se debatió sobre su carácter ordinario o extraordinario y se establece diverso criterio contributivo, pero siempre incluyendo, en tal caso, una fórmula abierta capaz de aglutinar futuros gastos no considerados al decidir dado su difícil objetivización para el futuro»*.

De forma genérica, es usual que el convenio regulador aprobado judicialmente o la sentencia, se limiten a indicar cuáles han de considerarse gastos extraordinarios sin tener carácter cerrado, relacionando únicamente algunos gastos extraordinarios más usuales, con indicación de los requisitos que deben de concurrir para su exigibilidad.

Partiendo del concepto de gasto extraordinario, en caso de discrepancia entre los progenitores, debe preponderar la doctrina mayoritaria de nuestros tribunales al respecto; sin embargo, en virtud del principio de independencia judicial, existente en nuestro ordenamiento jurídico, pueden dictarse resoluciones que se aparten de la doctrina jurisprudencial existente al efecto.

Ahora bien, para el caso de que dicho concepto sea consensuado libremente entre los progenitores, prima el acuerdo sobre el concepto doctrinal o jurisprudencial de gastos extraordinarios. Así, puede ocurrir que los progenitores fijen de mutuo acuerdo los gastos que consideran extraordinarios, incluso cuando no sean extraordinarios, debiendo en este caso estarse a la voluntad de las partes, sin que pueda oponerse por el progenitor no custodio o el obligado al pago de los alimentos, en un incidente posterior de declaración de gastos extraordinarios, que dichos gastos son alimenticios, pues se conculcaría el principio de autonomía de las partes y supondría ir contra sus propios actos. De manera tal que, cuando por uno de los progenitores ha venido admitiendo y abonando como tales determinados gastos extraordinarios, no puede oponerse posteriormente a su pago y discutir la naturaleza de los mismos en aplicación de la teoría de los actos propios, como consta en Sentencia de AP Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de febrero de 2012.

³¹ La Ley 37521/2009.

III.5 Características y clases de gastos extraordinarios

Doctrina y jurisprudencia es pacífica al determinar las características de los gastos extraordinarios como necesarios, excepcionales, imprevisibles, acordes y proporcionales a la capacidad económica de ambos progenitores y no ser gastos ordinarios.

Son necesarios, porque tienen naturaleza alimenticia y deben ser englobados dentro del genérico concepto de gastos de alimentos a que hace referencia el artículo 142 CC. Han de cubrirse económicamente de forma ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista. Son excepcionales, porque no tienen una periodicidad prefijada, no son gastos habituales ni ordinarios que se atiendan con la pensión alimenticia ordinaria y periódica. Son imprevisibles, porque no pueden anticiparse ni preverse, dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística. Son acordes y proporcionales a la capacidad económica de ambos progenitores, quedando fuera de este concepto aquellos gastos que, pese a su naturaleza alimenticia y necesidad a priori, no guardan proporción con la capacidad económica de la familia. Y finalmente, no son gastos ordinarios, por su imprevisibilidad y excepcionalidad, no pueden ser considerados como gastos corrientes alimenticios de los hijos.

Características que han sido contempladas reiteradamente por nuestra jurisprudencia en STS de 11 de marzo de 2010³²; SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 27 de junio de 2014; SAP Pontevedra, Sección 6.^a, de 22 de noviembre de 2013; SAP de Alicante, Sección 4.^a, de 31 de octubre de 2013; SAP Coruña, de 27 de junio de 2011³³; SAP Madrid, de 8 de abril de 2010³⁴, entre otras.

En relación a las clases de gastos extraordinarios, se pueden dividir en tres grandes categorías:

a) Gastos extraordinarios urgentes e imprescindibles: A esta categoría pertenecen todos aquellos gastos inopinados, prescritos por un tercero, que han de ser realizados con carácter de urgencia de forma que no se puede esperar al consenso entre los progenitores, como puede ser una intervención quirúrgica urgente o un tratamiento médico puntual no cubierto, ni por la mutua médica del menor, ni por la Seguridad Social. Pues bien, en estos casos bastará únicamente con presentar la factura al otro progenitor para que se haga cargo de la mitad del gasto.

³² EDJ 2010/16360.

³³ EDJ 2011/154712.

³⁴ EDJ 2010/98320.

b) Gastos extraordinarios necesarios: A esta categoría pertenecen:

1. Todos los gastos sanitarios necesarios no cubiertos por el sistema público de salud de la Seguridad Social, o cualquier otro sistema privado de previsión concertado por los progenitores, y, en general, los tratamientos, terapias de logopedia, psicología, psicopedagogía, psiquiatría e intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, preventivas o curativas excluidas del sistema público gratuito de la Seguridad Social. Los gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y, en general, los no cubiertos por la sanidad pública.

2. Las clases particulares de apoyo o refuerzo en los estudios que los menores precisaran, siempre y cuando hubieran sido recomendadas por su tutor.

En tales casos, los progenitores pagarán el gasto, por mitad, siempre que previamente se hubieran puesto de acuerdo en el facultativo o profesor que habrá de seguir el tratamiento o dar las oportunas clases, y en el presupuesto. Para acreditar el consentimiento, a la futura demanda de ejecución habrá que acompañar, o el consentimiento escrito de ambos progenitores, o la acreditación de haber remitido al otro progenitor un burofax referente al gasto extraordinario necesario de que se trate, con el pertinente presupuesto, y antes de su desembolso, y que el otro progenitor no haya contestado al mismo en el plazo excepcional de diez días (cuya brevedad se justifica en atención a que se trata de un gasto necesario). La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito. En este sentido, cabe citar nuevamente la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015 *«Notificada fehacientemente al no custodio la decisión sobre el gasto a realizar en el común descendiente que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega. En caso de oposición será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia»*.

c) Gastos extraordinarios optativos: Dependen exclusivamente de la voluntad de los progenitores y de las circunstancias socio-económicas de la familia. Dentro de esta categoría tenemos:

1. Los estudios superiores.
2. Los permisos necesarios para conducir motocicletas u otra clase de vehículo.

3. Y cualquier otro gasto imprevisto, de carácter excepcional o extraordinario, en cuya realización estuvieran de acuerdo ambos progenitores.

Estos gastos extraordinarios optativos serán abonados por mitad entre ambos progenitores, siempre y cuando previamente se haya consensuado y consentido su desembolso por ambos.

Salvo en el caso de los gastos urgentes, que no puedan retrasarse por existir grave riesgo o daño del hijo, pueden ser autorizados a posteriori judicialmente, si los progenitores estuvieren en desacuerdo, no se podrá reclamar ningún gasto extraordinario que no haya sido previamente convenido por las partes o autorizado judicialmente. Esta clasificación expuesta, viene recogida en la Sentencia del Juzgado de Primera instancia n.º 6 de Leganés, de fecha 18 de junio de 2018, que a mi juicio es completa, acertada y acorde en la práctica judicial.

Resulta frecuente en la práctica forense que el progenitor a quien se reclama el pago de gastos extraordinarios, se oponga alegando la improcedencia de la reclamación, al haberse realizado el gasto por decisión unilateral del progenitor reclamante, sin recabar el consentimiento del reclamado, o haberse realizado el gasto en contra de la expresa voluntad del reclamado y sin obtener la previa autorización judicial.

En caso de discrepancia entre los padres sobre la naturaleza de un determinado gasto no expresamente previsto en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario, de conformidad con el art. 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)³⁵.

Finalmente, comparto la postura de Carpi Martín sobre la diferenciación que deben de tener los Tribunales, respecto de los gastos consensuados por los progenitores de los que son extraordinarios por imprevisibles pero imperativos por ser necesarios; pues si se llega a la conclusión de que algunos de los gastos reclamados no son necesarios, siendo ordinarios o extraordinarios, y su realización depende del acuerdo entre los progenitores, se estaría fuera del concepto de alimentos y no precisarían un pronunciamiento judicial al respecto. Es más acertado afirmar que no forman parte de la obligación de alimentos y que cada progenitor es libre para decidir realizarlo o no³⁶.

³⁵ Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.

³⁶ CARPI MARTÍN, R., «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», *La Ley* 19181/2019, p.12.

III.6 Casuística de gastos ordinarios y gastos extraordinarios

Como quiera que no existe en el ámbito jurídico una respuesta taxativa que determine con claridad si el gasto es ordinario o extraordinario, a modo de ejemplo se van a enumerar algunos gastos que con frecuencia son objeto de reclamación en nuestros tribunales, y las respuestas dadas por nuestras Audiencias Provinciales³⁷ como lo hace, entre otras, la reciente Sentencia de la AP Alicante, Sección 9.ª, n.º 562/2018, de fecha 3 de diciembre de 2018³⁸ que considera que son gastos ordinarios incluidos en la pensión alimenticia:

– Los gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, cuotas de colegio, gastos de matrícula, material escolar: previsible y periódico (Auto (A) AP Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de diciembre de 2017; SAP Pontevedra, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2015; SAP Córdoba, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 2014; SAP Asturias, Sección 7.ª, de 25 de junio de 2014; SAP Córdoba, Sección 2.ª, de 27 de junio de 2013; SAP León, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010; SAP Alicante, Sección 4.ª, de 16 de marzo de 2010; SAP Madrid, Sección 24.ª, de 4 de junio de 2004; SAP Palencia de 2 de mayo de 2003; SAP Valencia, Sección 10.ª, de 30 de octubre de 2003; SAP Castellón, de 3 de julio de 2001).

– Los gastos de guardería previsibles (SAP Baleares, Sección 4.ª, de 31 de julio de 2012; SAP Valencia, Sección 10.ª, de 27 de junio de 2011; AAP Cádiz, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2010; SAP Barcelona, de 2 de marzo de 2010; SAP León, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 y SAP Cádiz, Sección 5.ª, de 29 de julio de 2007). Cuando supongan un desembolso excesivo en relación a la pensión de alimentos fijada, se debe acudir a la modificación de medidas (SAP Madrid, de 22 de abril de 2010, SAP Baleares, de 1 de febrero de 2010 y SAP Barcelona, de 13 de mayo de 2007).

– Las cuotas de la asociación de padres, vestuario, uniforme y ropa deportiva para las actividades de esta índole dentro de la enseñanza reglada (AAP Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de diciembre de 2017; SAP Madrid, Sección 22.ª, de 14 de julio de 2015; SAP Córdoba, Sección 2.ª, de 27 de junio de 2013; SAP Burgos, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2010).

– La formación profesional del hijo (libros, material para realizarlo y transportes) y los cursos de idiomas o clases particulares previsibles y periódicas; se consideran ordinarios si los progenitores durante la convivencia acor-

³⁷ PÉREZ MARTÍN, J., *Tratado de derecho de familia: La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales*, T. IV, Valladolid, Lex Nova, 3.ª ed., 2013, pp., 500 y ss.

³⁸ ROJ SAPA 2680/2018 –ECLI: ES: APA: 2018:2680.

daron que dichos gastos formaran parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel económico que existía antes de la separación o si los mismos se producían en el momento de la ruptura matrimonial o de la pareja. (AAP Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de diciembre de 2017; SAP Córdoba, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 2014; SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 2013; AAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 3 de noviembre de 2009).

– Los gastos por transporte y comedor escolares (SAP Pontevedra, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2015; SAP Madrid, Sección 22.ª, de 14 de julio de 2015; AAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 3 de noviembre de 2009 y AAP Madrid, Sección 22.ª, de 11 de octubre de 2002 y de 19 de julio de 2003).

– Los desplazamientos del menor o del progenitor, para cumplir el régimen de relación (SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 29 de octubre de 2004). No obstante, cuando estos desplazamientos son especialmente largos, complicados y costosos, con frecuencia son objeto de tratamiento especial tanto en los convenios como en las resoluciones judiciales, expresando quién y en qué proporción han de pagarse.

– Las actividades y clases extraescolares, si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo (SAP Madrid, sección 22, de 14 de julio de 2015; AAP Madrid, Sección 22.ª, de 23 de mayo de 2008).

– Gasto por el salario de cuidadora del menor se excluye como gasto extraordinario al ser previsible y periódico sin que pueda reputarse indeterminado, inespecífico y de cuantía indeterminada (SAP Guadalajara, Sección 1.ª, de 28 octubre de 2014).

– Gastos nutricionales, vestido, calzado, higiene, ocio, medicinas en lo que no constituyan un gasto extraordinario y no venga cubierto por el sistema sanitario público de la Seguridad Social, alojamiento, suministros, consumos y demás de mantenimiento de la vivienda que se ocupe, si bien éstos a prorrata y en promedio del número de moradores, se consideran gastos ordinarios y se abonan con cargo a la pensión ordinaria y periódica (SAP Madrid, Sección 22, de 14 de julio de 2015).

– Los Gastos anuales de comienzo del curso escolar (matrículas, libros, material escolar y ropa o uniforme) han provocado reiteradas dudas a los padres al inicio del curso escolar, siendo resueltas definitivamente por el TS en Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, de la Sala Primera, ha establecido que *«los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y*

porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódico (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en sí y aproximadamente en el cuánto».

2. *La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes...*

3. *Establecido lo anterior, son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos».*

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencias tales como STS 500/2017, 13 de septiembre o 557/2016, de 21 de setiembre, ha reiterado su doctrina de clasificar los gastos escolares originados al comienzo de curso como gastos ordinarios e integrados en la pensión de alimentos.

Son gastos extraordinarios:

– La inscripción del hijo en un colegio privado por uno solo de los progenitores, cuando el otro no expresa su disconformidad (SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 14 de julio de 2007 y AAP Granada, Sección 3.^a, de 28 de abril de 2003).

Si los progenitores en el momento de fijar la pensión optan porque el hijo acuda a un colegio privado, la posterior ruptura matrimonial o de pareja no afecta a esa decisión y el gasto se considera ordinario, al igual ocurre si el hijo acudiera por decisión consensuada a un colegio privado con anterioridad a la separación. En cambio, si la decisión es tomada por uno solo de los progenitores posteriormente a la separación, éste debe asumir su coste en exclusiva siempre que el otro haya mostrado su disconformidad; si después de la separación ambos deciden que el menor curse estudios en un centro privado dicho gasto será extraordinario.

– Las clases de repaso o apoyo si se revelan necesarios o indispensables para el desarrollo integral del menor o convenientes, a la vista del expediente académico del hijo, motivadas por un deficiente rendimiento escolar (SAP Barcelona, de 11 de febrero de 2016; SAP Córdoba, Sección 1.^a, de fecha 9 de octubre de 2014; SAP Sevilla, Sección 2.^a, de fecha 30 de diciembre de 2013).

– Las actividades extraescolares si se revelan necesarios o indispensables para el desarrollo integral del menor (SAP León, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010; AAP Valencia, Sección 10.^a, de 24 de junio de 2010; SAP Alicante, Sección 4.^a, de 16 de marzo de 2010; AAP Madrid, Sección 22.^a,

de 30 de junio de 2008; SAP Ciudad Real, Sección 1.^a, de 4 de julio de 2003). Debe de probarse que son imprescindibles para la instrucción y educación o salud de los hijos, y que han surgido sin haber sido previstos, pues de lo contrario la parte que decida el gasto tendrá que asumir el mismo si no cuenta con la conformidad del otro progenitor ni con la previa autorización judicial del gasto (SAP Huelva, Sección 2.^a, de 17 de octubre de 2014).

– Los gastos médicos, terapéuticos o farmacéuticos que necesite el hijo y no estén cubiertos por la Seguridad social (AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 5 de diciembre de 2017; SAP Valencia, Sección 10.^a, de 14 marzo de 2016; AAP Almería, Sección 3.^a, de 15 de noviembre de 2007; AAP Madrid, Sección 22.^a, de 13 de noviembre de 2001; AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 12 de enero de 2000). En este tipo de gastos cada vez más frecuentes se incluyen: psicólogos, logopedas, osteópatas, fisioterapeutas, etc. Se incluyen también los gastos necesarios para el cuidado de la salud e higiene bucal y ortodoncia (AAP Madrid, Sección 22.^a, de 19 de octubre de 2010; AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 20 de noviembre de 2008; AAP Madrid, Sección 22.^a, de 20 de noviembre de 2001).

– Los tratamientos terapéuticos, no cubiertos por la Seguridad social que se estimen necesarios para la recuperación (SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 20 de noviembre de 2008).

– La adquisición de gafas, no cubierta por la Seguridad social (AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 5 de diciembre de 2017; SAP Valencia, Sección 10.^a, de 14 de marzo de 2016; SAP Asturias, de 30 de mayo de 2005 y SAP Madrid, Sección 24.^a, de 26 de septiembre de 2002). Así como el gasto de lentillas y solución para su limpieza (AAP Valencia, Sección 10.^a, de 9 de noviembre de 2016).

– Los viajes de estudios cuando se estiman aconsejables y necesarios, por estar realizados por todo el curso y ser de difícil explicación no hacerlo por diferencias entre cónyuges, y son imprevisibles porque no tienen lugar en todos los centros ni en todos los cursos (SAP Valencia, Sección 10.^a, de 6 de mayo de 2010).

– La formación universitaria, cursos en el extranjero, oposiciones, máster en el extranjero, doctorados, y otras similares merecen el calificativo de ordinarios según las circunstancias. El gasto puede ser ordinario si el hijo ya cursaba estudios superiores o preparaba oposiciones o bien estaba ya programada esta parte de formación y era previsible cuando los progenitores se separaron. En caso contrario, se puede considerar gasto extraordinario sobrevenido e imprevisto. En especial, se exige un nivel mínimo de mérito, concienciación o esfuerzo por parte del alimentista requerido por el art. 142 CC para conservar el derecho a los alimentos en el mayor de edad, que en la actualidad es quien, salvo casos excepcionales ha de atender a esta formación. La capacidad para

esos estudios y la voluntad del alimentista son relevantes para considerarlos necesarios, así como el posterior comportamiento dentro del período de formación, determinantes de la conservación o pérdida del derecho. El alumno universitario que suspenda sistemáticamente sus cursos o sus asignaturas, o que no acuda a sus clases, podrá ver que el concepto se excluye de los cubiertos por el derecho de alimentos. La capacidad económica familiar puede llevar a calificar el gasto de habitual y normal o de excepcional y gravoso.

Concretar que el gasto de Universidad privada se considera gasto extraordinario cuando su coste rebasa los gastos que se podían considerar normales dentro del nivel económico familiar, no pudiendo imponerse al progenitor no custodio el pago de la Universidad privada del hijo (SAP Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de noviembre de 2018).

– El gasto de obtención del carné de conducir ha sido considerado en la actualidad necesario para la inserción al mercado laboral y, por tanto, extraordinario, si bien dentro de los límites de la capacidad económica de la familia y en función de la destreza y dedicación del hijo para conseguirlo (SAP Alicante, Sección 4.^a, de 16 de setiembre de 2014; SAP Cáceres, de 27 de setiembre de 2011; SAP Albacete, de 23 de diciembre de 2011; SAP Valencia, de 29 de setiembre de 2011; AAP Valencia, Sección 10.^a, de 28 de febrero de 2011).

– El gasto de las clases y material para el aprendizaje del inglés ha sido considerado extraordinario *«como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento de un idioma extranjero-generalmente inglés- y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva»* (AAP Valencia, Sección 10.^a, de 24 de junio de 2010).

– Gastos de bautizo y Primera Comunión consecuencia de numerosos desencuentros entre los progenitores, se suelen considerar como extraordinarios dado su carácter único e irrepetible, correspondiendo su cobertura a ambos progenitores al 50 % respecto de los gastos de vestido y demás complementos, no así los gastos del banquete que suele organizarse por separado por cada progenitor (SAP Granada, de 21 de setiembre de 2007 y SAP Sevilla, de 4 de marzo de 2011), o abonar cada progenitor los cubiertos de sus respectivos invitados (SAP Alicante, Sección 6.^a, de 12 de junio de 2015; SAP Alicante, Sección 4.^a, de 16 de setiembre de 2014).

III.7 Determinación en la contribución de los gastos ordinarios y extraordinarios

Nuestro Código civil, en su artículo 145 dispone que *«Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo»*. En el mismo sentido, el artículo 146 CC establece que *«La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»*, y el art. 147 CC: *«Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos»*.

En esta línea, la Sentencia de la AP Madrid, Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015 añade que *«Para determinar la contribución a los alimentos del padre, progenitor que no convive con la hija, se han de tomar como referencias en los supuestos de crisis familiares, los ingresos de cada uno de los padres, y las necesidades de la menor, ello permite fijar la proporcionalidad de la cuantía, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil, porque la pensión alimenticia tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da no solo por sus ingresos, sino también, y esto es importante por la posibilidad real de obtenerlos, y a las necesidades de quién los recibe, así como la acomodación de la prestación económica a las necesidades efectivas de la hija (art 93 CC), según los usos y las circunstancias de la familia, los recursos y disponibilidades del guardador (art. 93, 145.1), teniendo en cuenta también la contribución de quien ejerce la custodia y la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentistas determinadas por su personal situación (STS de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982), como viene recogiendo la jurisprudencia de esta Sala en diversas Sentencias, entre otras 30 de junio de 2008»*.

Por regla general, respecto de la medida de contribución de los progenitores a las cargas familiares y alimentos de los hijos, se viene estableciendo en los convenios reguladores o en las sentencias, la fórmula genérica de fijar una contribución a los alimentos en general (pensión de alimentos) en proporción al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe³⁹, y una con-

³⁹ VELILLA ANTOLÍN, N., «La obligación de pago de los gastos extraordinarios: Concepto, decisión en su acometida, efectos de la negativa y proporción de contribución de cada progenitor», *Asociación de*

tribución de los padres a los gastos extraordinarios de los hijos por mitad o 50%⁴⁰. Este porcentaje puede variar en aplicación a los gastos extraordinarios de la regla de la proporcionalidad entre el caudal y medios económicos de uno y otro progenitor y las necesidades efectivas del alimentista, tenida asimismo en cuenta para fijar la pensión de alimentos ordinarios, como señalan Sentencia del TS de 11 de marzo de 2010; SAP Madrid, Sección 22.^a, de fecha 16 de setiembre de 2011 que fija un porcentaje de contribución a los gastos extraordinarios del 70% para el padre y del 30% restante para la madre⁴¹; SAP Asturias, Sección 7.^a, de fecha 20 de abril de 2017, fija la contribución del 60% para el padre y para la madre en el resto; entre otras.

Se debe de aplicar a los gastos extraordinarios la regla de la proporcionalidad que se tiene en cuenta cuando se fija la pensión de alimentos ordinarios y así, viene recogido en la Sentencia citada de la AP de Madrid, Sección 22.^a de fecha 16 de setiembre de 2011 argumentado en su fundamento de derecho tercero que *«La desigual capacidad económica, según lo expuesto, de uno y otro litigante, habilita la posibilidad, conforme a las previsiones de los citados artículos 93, 145 y 146 del Código Civil, de sancionar judicialmente, al igual que acaece con la pensión alimenticia mensual, una aportación distinta de cada progenitor en orden a la cobertura de las referidas necesidades de carácter extraordinario»*.

En la práctica judicial, es habitual fijar una contribución para ambos progenitores por mitad para costear los gastos extraordinarios que, en la mayoría de los casos, ni siquiera es discutida por los profesionales del derecho, a mi juicio, podría ser considerada como una vulneración expresa del art. 145 del CC, dado que inaplica la regla de la proporcionalidad a los medios económicos de quienes deban abonarlos, conculcándose lo dispuesto en el citado precepto *«la obligación de dar alimentos se repartirá entre los progenitores en cantidad proporcional a sus medios económicos»*, habiendo llegado, incluso, a fijarse cuando alguno de los padres carece de ingresos propios o los mismos son

Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, julio 2016, p. 9.

⁴⁰ Así, respecto de los gastos extraordinarios este criterio viene recogido en la Sentencia de la AP Alicante, Sección 4, de fecha 31 de octubre de 2013, la Ley 205513/2013, que dispone *«...ambos deberán contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios»*; Sentencia de la AP Madrid, Sección 22.^a, de 29 de junio 2010, SAP Madrid, Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015, entre otras.

⁴¹ *«Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social, serán sufragados por ambos progenitores en proporción del 70 por 100 el padre y el 30 por 100 restante la madre siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes de carácter médico en que ello no sea posible) al progenitor no custodio sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial»*.

escasos y cubren gastos mínimos de subsistencia. Ahondando en este estudio, el establecimiento de un porcentaje de abono de los gastos extraordinarios debería ser el resultado del análisis pormenorizado de los ingresos y cargas de cada uno de los progenitores llegando a establecerse un porcentaje resultado de calcular la proporción en la que cada progenitor ha contribuido a la economía familiar hasta el momento de la ruptura⁴².

⁴² VELILLA ANTOLÍN, N., *ob. cit.*, p. 10.

EL ARTÍCULO 681 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA DISCAPACIDAD SENSORIAL: DERECHO ROMANO Y REGULACIÓN ACTUAL DE LOS TESTAMENTOS COMUNES ANTE NOTARIO

Article 681 of the spanish civil Code and sensory disability: Roman law and current regulation of common notarial testaments

EMMA M. RODRÍGUEZ DÍAZ
Universidad de Oviedo

Resumen: El trabajo analiza el cambio normativo en España tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que reconoció la idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas, para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos comunes ante notario, a fin de acomodar la legislación interna a la normativa internacional, quebrando una larga tradición histórica ya existente en Derecho romano.

Palabras clave: testamento, testigo, ciego, sordo, mudo, notario.

Abstract: This paper analyses the legislative change in Spain after the Law 15/2015, of July 2, on Voluntary Jurisdiction, which recognized the capacity of blind, deaf and dumb people, to participate as witnesses in the granting of common wills before a notary, in order to adjust own legislation to international regulations, breaking a long historical tradition already existing in Roman law.

Keywords: testament, witness, blind, deaf, mute, notary.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Intervención de los testigos en el testamento romano. III.–Los testigos en los testamentos medievales (zona común). IV.–La Recepción en España. V.–Los testigos en la Edad Moderna: las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación. VI.–La codificación en España. VII.–La reforma del artículo 681.2.º del Código civil. VII.1–Objetivos. VII.2–Régimen vigente. VII.3–Supuestos en que puede intervenir un testigo ciego, sordo o mudo en los testamentos comunes notariales abierto y cerrado. VIII.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introdujo una importante modificación en materia sucesoria al reconocer la idoneidad de personas con limitaciones sensoriales, en concreto, ciegos, sordos y mudos, para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Se trata de una importante novedad aplaudida por los colectivos afectados, que calificaban la regulación hasta entonces existente como de «tremenda injusticia»¹, y que tiene gran relevancia social, pues una de cada seis personas de la Unión Europea tiene una discapacidad entre leve y grave, aproximadamente 80 millones de personas que no pueden participar plenamente en la sociedad².

La reforma adaptó el Código civil a normas supranacionales vigentes en el ordenamiento jurídico español. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas³, ratificada por España el 21 de abril de 2008, con entrada en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, exige a los Estados partes que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Desde la perspectiva comunitaria, el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴ afirma que «la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»; el artículo 26 establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»; y se prohíbe por el artículo 21 toda discriminación por razón de discapacidad, interdicción reite-

¹ <https://www.20minutos.es/noticia/2484838/0/ciegos/sordos-mudos/testigos-testamentos> (consultado en enero de 2019).

² https://www.msbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf (consultado en enero de 2019). Según el artículo 2.a del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social: «Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

³ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (consultado en enero de 2019). La Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18-12-2000, en <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text.es.pdf> (consultado en enero de 2019).

rada en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵ que autoriza a la Unión a adoptar las acciones adecuadas para luchar contra ella⁶. En este marco de acción la Comisión Europea ha puesto en marcha la llamada Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020⁷ con el objetivo de promover la igualdad de trato de las personas con discapacidad, apoyar y complementar políticas y programas nacionales encaminados a fomentar la igualdad, por ejemplo, promoviendo la conformidad de la legislación de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica, como ya había dispuesto el artículo 12.2 de la Convención de Naciones Unidas.

Parejo a este marco de actuación, siguiendo las recomendaciones a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en 2011⁸, el legislador español dictó dos disposiciones de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 1) la Ley 26/2011, de 1 de agosto⁹, que adaptó numerosas normas de rango legal en materias laboral, social, sanitaria y de función pública¹⁰

⁵ «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.» En versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30-3-2010, en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (consultado en enero de 2019).

⁶ Artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE): «1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1».

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2010, en https://www.msccs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategiaeuropadiscapacidad2010_2020.pdf Vid. también el informe de 9 de junio de 2016 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI) en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0203_ES.pdf (consultados en enero de 2019).

⁸ Examen de los informes presentados por los Estados partes, en virtud del artículo 35 de la Convención, un Doc. CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011 en http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/09/88_2006-2016.pdf (consultado en enero de 2019).

⁹ Publicada en BOE número 184 de 2 de agosto de 2011, disposición n.º 13.241, pp. 87.478 a 87.494.

¹⁰ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social;

y 2) el Real Decreto 1.276/2011, de 16 de septiembre¹¹, que modificó varias disposiciones reglamentarias¹² entre ellas, por lo que aquí nos atañe, el artículo 182.1 del Reglamento Notarial que declaraba incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en las escrituras públicas a los invidentes, los sordos y los mudos.

Con la nueva regulación la incapacidad afecta a las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere. Debemos recordar que la intervención de testigos en la autorización de escrituras públicas relativas a actos inter vivos tiene carácter excepcional, tras la reforma operada por Ley de 1 de abril de 1939, que la limitó a supuestos en que alguno de los otorgantes

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; Ley 41/2002, 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en <http://sid.usal.es/leyes/discapacidad/16508/3-1-2/ley-26-2011-de-1-de-agosto-de-adaptacion-normativa-a-la-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.aspx> (consultado en enero de 2019).

¹¹ Publicado en BOE número 224, de 17 de septiembre de 2011, disposición n.º 14.812, pp. 14.812 a 14.819.

¹² Real Decreto 1.544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; Real Decreto 1.494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil; Real Decreto 1.546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear; Real Decreto 1.564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico; Real Decreto 1.123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres; Real Decreto 2.070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; Real Decreto 1.301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos; Real Decreto 1.088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Importante destacar que esta regulación reconoce, además del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del número 2 del artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional.

no supiera o no pudiera leer y escribir (artículo 180 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944). Sin embargo, la intervención de los testigos se mantuvo con carácter general en los testamentos hasta la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, que suprimió la intervención de los testigos como requisito general a fin de acoger «el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad». Estos testigos debían ser idóneos, según el entonces artículo 681.2.º C.c., estimando que no eran tales los ciegos y los totalmente sordos o mudos. Hubo que esperar a la citada Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 para ver reconocidos los derechos de estos discapacitados sensoriales, quebrando una larga tradición histórica.

II. INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO ROMANO

El testamento¹³ fue fundamental para la conciencia social romana, cuyo fin fue asegurar la unión de lo personal y patrimonial en la figura del heredero-

¹³ Definiciones romanas de testamento *vid:* Ulpiano, *Regulae* 20,1; D.28,1,1 (Mod. 2 pand.); I.2,10 *pr.* Entre la abundante bibliografía sobre testamento y formas testamentarias, *vid:* WARNKOENIG, L. A., *Commentarii Juris Romani privati ad exemplum optimorum a celeberrimis germaniae iurisconsultis compositorum adornati*, 3, 1829; MÜHLENBRUCH, C. F., *Doctrina Pandectarum*, V.3, 1831, pp. 261 ss.; ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, 4.ª ed. traducida por Francisco Pérez de Anata y Melquíades Pérez Rivas, I, Libros I y II de la Instituta, Madrid, 1877, pp. 502 ss.; RIVIER, A., *Traité Élémentaire des successions a cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878, pp. 49 ss.; ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, versione italiana di Filippo Serafini, V. III, Bologna, 1879, pp. 158 ss.; HEINECIO, J., *Recitaciones del derecho civil romano*, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis de Collantes y Bustamante, 8.ª ed. I, Valencia, 1888, pp. 296 ss.; PALUMBO, L., *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano, 1892; DROPSIE, M. A., *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death (mortis causa donationes)*, Philadelphia, 1892; GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, 28, traducido y anotado bajo la dirección de F. Serafini, Milano, 1900, pp. 5 ss.; VAN WETTER, P., *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la legislation de justinien*, 50, Paris, 1911; WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, trad. C. Fadda e P. E. Bensa, V. III, Torino, 1925; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Padova 1934; JÖRS, P. -KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1937, pp. 448 ss.; BIONDI, B., *Successione testamentaria-donazioni*, Milano, 1945; *Autonomia delle disposizioni testamentarie e inquadramento del testamento nel sistema giuridico. Scritti di Diritto Moderno. Parte generale del Diritto ereditario*. Milano, 1967; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4.ª ed por G. Grosso, Milano, 1953, pp. 597 ss.; SCHERILLO, G., *Corso di diritto romano: Il testamento*, Milano 1956-1957; IDEM, *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, Milano 1967, pp. 4 ss.; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, pp. 228 ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, vol. Sesto, Le Successioni*, Milano, 1974; VOCI, P., *Diritto ereditario romano. V. II. Parte speciale*, 2.ª ed. Milano, 1963; IDEM, «Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. II IV secolo. Prima Parte», *Iura XXIX*, 1978; IDEM, «Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. II V secolo», *sdhi XLVIII*, 1982, 1 ss.; AMELLOTTI, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed.,

ro¹⁴. La concurrencia de testigos en el otorgamiento del testamento fue tan relevante que comparten la misma etimología¹⁵, aunque no sea posible identificar *testamentum* con «acto jurídico confirmado por testigos»¹⁶, pues de las fuentes resulta un negocio jurídico más complejo *iuris civilis, mortis causa*, personal, unilateral, revocable y siempre formal¹⁷.

Efectivamente la eficacia jurídica *mortis causa* de la voluntad del testador dependió de requisitos externos y formales que variaron según la época, pero siempre bajo la idea imperante de publicidad: en los testamentos más antiguos, *testamentum calatiis comitiis* y *testamentum in procinctu*, el testador verbalizaba su última voluntad, el primero ante los *comitia curiata* reunidos en tiempo de paz con este fin dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo) o ante el ejército en armas, en tiempo de guerra, antes de entrar en batalla¹⁸.

Señala la doctrina¹⁹ que las formas antiguas de testar fueron superadas por el testamento *per aes et libram*, que se sirvió de las formalidades de la

Napoli, 1968, pp. 521 ss.; GROSSO, G. e BURDESE, A., *Le Successioni. Parte Generale*, Torino, 1977; PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990; TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 669 ss.; MANFREDINI, A., *La volontà oltre la morte*, Torino, 1991; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1989, pp. 843 ss.; DROPSIE, M. A., *The roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death. Mortis causa donationes*, Colorado, 1996; LÓPEZ PEDREIRA, A., «Las definiciones romanas de testamento», *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, t. II, Vigo, 1998; TORRENT RUIZ, A., «Sucesión testamentaria», *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 51 y 57 ss. en los que se refiere a las formas de testamento.

¹⁴ GROSSO, G. e BURDESE, A., *Le Successioni. Parte Generale*, op. cit., pp. 13 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 554 ss.

¹⁵ I.2,10 pr.: «*Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*». ERNOUT, A. et MEILLET, A., «*Testis-is*», *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des Mots*, retirage de la 4.ª ed. par J. André, Paris, Klincksieck, 2001, p. 689; ESCRICHE, J., «Testamento», *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Paris, 1863, p. 1.493. Sobre la relevancia de los testigos en el negocio jurídico romano, vid. CLEMENTE, A. I., «El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en Derecho Romano», *RIDROM*, octubre-2010, pp. 178 ss., en http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Clemente1_pub.pdf.

¹⁶ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, op. cit., pp. 228 ss.

¹⁷ Ulpiano, *Regulae* 20,1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*, en *Reglas de Ulpiano*, Texto latino con traducción de Francisco Hernández Tejero, Madrid 1946, p. 31 s.: «El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha con las solemnidades debidas, para que surta efecto después de nuestra muerte», vid. también *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, translated with notes by J. T. Abdy and B. Walker, New Jersey 2005, pp. 112-114; Modestino en D.28,1,1,1 (*lib. II. Pandectarum*): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem summa fieri velit*.

¹⁸ Gayo, *Inst* 2,101 a 103. Sobre las teorías acerca de la función del *populus* bien como testigo, bien con capacidad decisoria para aprobar o no la voluntad del testador, vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 33 a 35; VOCI, P., *Diritto Hereditario Romano, Vol. Primo, Introduzione. Parte Generale*, Milano, 1960, pp. 14-17.

¹⁹ BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 33 a 60; SCHERILLO, G., *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte prima*, op. cit., pp. 126-133; del mismo autor, *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, op. cit., pp. 4 ss.; DROPSIE, M. A., *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death*, op. cit., pp. 68-78; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 3.ª ed., Pamplona, 1977, pp. 328 s.; VOCI, P., *Diritto Hereditario Romano, I*, op. cit., pp. 86 ss., del mismo autor, *Diritto*

mancipatio en tanto enajenación *inter vivos*, pero con un fin *mortis causa*, debiendo el testador emitir su voluntad ante cinco testigos, *cives* y púberes²⁰, el *libripens* y el *emptor*. Siendo un acto eminentemente oral, la voluntad del causante comenzó a recogerse por escrito en *tabulae*. El testador o un tercero en su nombre redactaba el testamento, no obstante, el *de cuius* habría de leerlo en alta voz en el acto de la *mancipatio* o al menos designar que el contenido de las tablas era su testamento²¹. El escrito tenía una función probatoria, pues la eficacia jurídica emanaba de la *nuncupatio*, de la expresión oral²².

El pretor eliminó del testamento *per aes et libram* la *mancipatio* y la *nuncupatio* al conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien fuera nombrado heredero en las *tabulae* signadas por siete testigos, que habría de ser nulo por razones de forma derivadas de la *mancipatio*²³.

Pese al carácter básicamente escrito, también se reconoció la *bonorum possessio secundum nuncupationem* siempre que la declaración se hubiera manifestado ante siete testigos. En el testamento pretorio los testigos desempeñaron una función probatoria al priorizar la voluntad del testador por encima de la solemnidad, conviviendo ambos testamentos, el civil y el pretorio, durante la época clásica²⁴.

En la etapa postclásica, mantenida la dualidad anterior de testamento civil y pretorio, la doctrina²⁵ concreta la aparición de un régimen unitario con la Novela 16 de Teodosio II y Valentiniano III del año 439, que eliminó el requisito de las *solemnia verba*, pero mantuvo la intervención esencial de siete testigos²⁶ y ser escrito por el testador de su puño y letra o por un escribano en su nombre, presentarlo abierto o cerrado a los siete testigos, ciudadanos romanos púberes, simultáneos y rogados, ante los que el testador declara que el escrito

Hereditario Romano, II, *Parte Speciale*, *op. cit.*, pp. 990 ss.; VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, pp. 70 ss.; CASTRO SÁENZ, A., *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002, pp. 86 a 89; AMELOTTI, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, *op. cit.*, pp. 111 ss.

²⁰ Gayo, *Inst.* 2, 107.

²¹ Gayo, *Inst.* 2, 104.

²² So pena de nulidad BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.*, p. 44 s.; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, *op. cit.*, p. 232; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana», en Notario del siglo XXI, ENSS n.º XXI, n.º 13, mayo-junio 2007, en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987> (consultado en diciembre de 2018).

²³ Inst. Gayo 2, 119, 147 y 149.

²⁴ BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.*, pp. 45 a 50 y del mismo autor *Diritto hereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)*, Milano, 1954, pp. 137 y 138.

²⁵ PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, pp. 6 ss. y 24-27.

²⁶ NTh.9,5: «Non suscriptum namque a testibus atque signatum testamentum, pro imperfecto habere convenit»; C.6,23,21 pr. y 4 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio*) del año 439.

contiene su última voluntad y a su presencia lo firma, al igual que lo firman y sellan los testigos en un mismo día y tiempo; de ser oral, la voluntad del testador se oía a la vez por los siete testigos reunidos al mismo tiempo con este fin; también se admitió el testamento ológrafo²⁷ redactado por el testador sin testigos por los mismos emperadores en el año 446 (*Novellae Valentiniani* 21,2), quienes mantuvieron la formalidad de solo cinco testigos para el testamento *parentum inter liberos* que Constantino había establecido en el año 321, cuando el testador disponía a favor de los herederos legítimos²⁸.

Junto a las formas privadas de testar aparecieron dos públicas: el *supremum iudicium compositum municipalibus gestis* y la *voluntas, quae testimonio principis et suscriptione conditoris firmatur* que supusieron el registro de los testamentos y la declaración ante la autoridad pública de la voluntad del testador, otorgando validez al testamento firmado por el causante y el *testimonium principis*, que equivaldría a la intervención de los testigos²⁹.

Según la doctrina³⁰ el derecho justiniano apenas introdujo modificaciones y mantuvo la Novela Teodosiana XVI³¹, el reconocimiento del testamento oral ante siete testigos o escrito redactado por el testador o por tercero, bien manifestando ante siete testigos su contenido, bien indicándoles que el escrito contiene su última voluntad, debiendo ser firmado por el testador y los testigos, que serán ocho si el testador no sabe o no puede firmar. Los testigos en el testamento justiniano debían estar presentes durante todo el acto de otorgamiento, a fin de permitir advenir la autenticidad del documento³².

²⁷ Sobre el testamento ológrafo, *vid.* LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español», *Revista Jurídica del Notariado* 69, 2009, pp. 173-224.

²⁸ En C.3,36,26 (*Imp. Constantinus A. ad Bassum P. P.*), confirmada en el año 439 por la citada Novela 16, recogida en C. 6,23,21,3; BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.*, pp. 50-53.

²⁹ PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.*, pp. 21 ss. También aparecieron otros testamentos para situaciones extraordinarias que aliviaron las formalidades, no obstante, la presencia de testigos siempre se mantuvo (testamento en tiempo de epidemia, no es necesario que concurren a la vez todos los testigos para evitar contagios, testamento hecho en el campo bastaban cinco testigos -C.6,23,31 (*idem A. Ioanni P. P.*) del año 534; testamento del ciego ante el tabularis y siete testigos o un octavo testigo si faltaba el notario: I.2,12,4 y C.6,22,8 (*Imp. Iustinus A. Demostheni P. P.*) el testamento del analfabeto ante ocho testigos, siendo el octavo testigo el que firmaba por el testador: Novela Teodosiana 16,3, *De testamentis*, del año 439). Respecto a la capacidad del sordo y del mudo para testar, les fue negada para las formas orales, pero debió admitirse para las formas escritas y también para el ológrafo, aunque no se especifica en las fuentes postclásicas: PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.*, p. 29; mantiene la tesis contraria: CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», *Revista Jurídica del Notariado* 79, julio-septiembre 2011, pp. 106 s.

³⁰ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 3.ª ed., Pamplona, 1977, pp. 328 ss.

³¹ Como resulta de C. 6,23,21 (*Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio*) del año 439.

³² C.6,23,21,2; D'ORS, A., «Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico», *Centenario de la Ley del Notariado, Sec. Primera, Estudios Históricos*, I, Madrid, 1964, pp. 133-152.

Siendo la intervención de los testigos un requisito *ad sollemnitatem* para el Derecho civil romano, explicaba Biondi³³ que su relevancia determinó la regulación de causas de inidoneidad, las cuales estaban ligadas a la *testamentifacio*: la inhabilidad de ser testigo se hizo depender de la incapacidad de testar, según D.28,1,18 pr. (Ulp., *lib. I. ad Sab.*), reiterada por el derecho justinianeo en I.2,10,6³⁴: «*Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifacio est (...)*».

Los sordos y los mudos, considerados personas afectadas por una enfermedad crónica, estaban sometidos al régimen de tutela y curatela³⁵ y carecían de *testamentifacio* (D.28,1,6,1 de Gayo; D.28,1,16 pr.; Reglas de Ulpiano XX,13)³⁶, dada la oralidad de las formas de otorgamiento *per aes et libram*: según Ulpiano, el mudo porque no puede pronunciar las palabras solemnes de la *nuncupatio* y el sordo porque no puede escuchar las palabras del *familiae emptor*. Si los sordos y los mudos no pudieron testar en la etapa clásica, tampoco pudieron testificar en el acto de otorgamiento de testamento.

La incapacidad para testar se mantuvo en derecho justinianeo, si bien con un criterio más acomodado a la forma escrita habitual. Especificaban C.6,22,10 del año 531 e I.2,12,3³⁷ que la prohibición se refirió al completamente sordo-

³³ BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 56-60. Cf. DROPSIE, M. A., *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death (mortis causa donationes)*, op. cit., pp. 79-96; DALLA, D., «Sordo, mudo, sordomudo», *Enciclopedia del Diritto* XLII, Varesse, 1990, pp. 1.293-1.295.

³⁴ D.28,1,18 pr. (Ulp. *Lib. I. ad Sab.*): *Is cui lege bonis inter dictum est testamentum facere non potest, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen inter diction vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamentifactionem habeat*; I.2,10,6: *Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifacio est (...)*. Sobre la discapacidad en Roma derivada de enfermedad mental vid. AZAUSTRE, M. J., «La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015», *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*, Barcelona, 2018, pp. 31-52.

³⁵ D.26,5,8,3 (Ulp., 8 de *omn. tribunalibus*): *Furioso et furiosae et muto et surdo tutor vel curator a praetor vel praeside dari poterit*; también en D.26,1,6 pr (Ulp., *lib. XXXVIII ad. Sab.*); D.42,5,19,1 (Ulp., *lib. LXIII. ad ed.*); D.42,5,20 (Paul., *lib. LX ad ed.*); D.27,1,45,2 (Tryphon., *lib. XIII disputationum*); D.50,4,1,4 (Herm., *lib. I epit.*): vid. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», op. cit., pp. 105-109.

³⁶ D.28,1,6,1 (Gaius, *lib. XVII. ad. Ed. prov.*): *Surdus mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine aut quo libet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanent testamentum*; D.28,1,16 pr. (Pomponius, *libro singulari regularum*): *Filius familiae et servus alienus et postumus et surdus testamentifactionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamentum vel sibi vel aliis acquirere possunt*. Ulpiano, Reglas 20,13: *Mutus surdus furiosus item que prodigus, cui lege bonis interdictionem est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit: prodigus, quoniam commercium illi interdictionem est et ob id familiae mancipare non potest*. Vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit, pp. 56 a 60; en el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998, pp. 26-28; SCHERILLO, G., *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, op. cit., p. 7 s.

³⁷ I.2,12,3: *Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur qui*

mudo de nacimiento; pues, si la enfermedad le sobrevino con posterioridad y era persona instruida, podía testar por escrito (*sua manu scribendi*); en el supuesto de tratarse de persona sorda o muda, incluso de nacimiento podía testar, pues el sordo podría hacerlo por escrito u oralmente y el mudo por escrito si supiera de letras. Sin embargo, esta opción no tuvo reflejo en la habilidad del testigo mudo o sordo, que fue siempre excluida con carácter general por Justiniano en I.2,10,6³⁸:

(...) *sed neque mulier neque impubes neque servís neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, necis quem leges iubent improbum intestabilem que esse, possunt in numero testium adhiberi.*

El fragmento no distinguió ningún supuesto, quebrando la conexión entre la *testamentifactio* activa, prevista en el *Codex* y en las Instituciones para estos discapaces sensoriales, y la idoneidad para testificar que se había instaurado en la etapa clásica.

Respecto al ciego, la doctrina ha admitido su testamento con carácter especial³⁹ realizado oralmente; también se ha planteado la posibilidad de que pudiera haberse admitido el testamento escrito, por medio de tercero que hiciera constar la voluntad del testador⁴⁰. Sin embargo, opinamos que el ciego pudo haber sido excluido de la condición de testigo hábil, pues éstos debían encon-

*eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus eius remanet testamentum. C.6,22,10 de Justiniano: Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes. Vid. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, vol. Sesto, *Le Successioni*, op. cit., p. 376; DALLA, D., «Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto», *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, II, Madrid, 1988, pp. 675-680.*

³⁸ D.29,5,3,8 (*Ulp., lib. 50 ad Ed.*): *Surdus quoque inter inbecillos numerandusest aut inter eos qui sub eodem tecto non sunt, quia ut illi per spatium, ita hic per morbum nihil audit, y 10: Mutum simili modo excipimus, sed ibi, ubi vocis tantum auxilium superfluit; I.2,10,6: (...) sed neque mulier neque impubes neque servus neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, nec is quem leges iubent improbum intestabilem esse, possunt in numero testium adhiberi.*

³⁹ Vid. por todos DE LAS HERAS, G., «El testamento del ciego», *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, tomo 1, Vigo 1998, pp. 252 ss.

⁴⁰ DE LAS HERAS, G., «El testamento del ciego», op. cit., p. 253; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», op. cit., pp. 94 ss.

trarse *in conspectu testatoris*, de modo que pudieran ver y oír al testador⁴¹. Sabemos que fue el emperador Justino en el año 521⁴², quien reguló su testamento otorgado con determinadas garantías: exposición verbal ante notario y siete testigos u ocho, de no estar presente el *tabularius*. La norma fue acogida por Justiniano en I.2,12,4⁴³.

En todo caso, la condición de los testigos debía examinarse al tiempo del otorgamiento, no a la muerte del testador⁴⁴. Debían ser rogados, invitados a tal fin por el causante o, al menos, tener conciencia de la función que iban a desempeñar⁴⁵ y estar presentes durante todo el acto⁴⁶. Ninguno podía ser obligado a dar testimonio y, en caso de imposición, el testamento era nulo⁴⁷.

⁴¹ Gayo, Inst. 2,104, D.28,1,21 pr. (*Ulp., lib. II ad Sab.*); C.6,23,9 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Patrocliae, a. 290*).

⁴² C.6,22,8: *Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis seu morbo vel ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceat, deinde exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis unciis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. 1. Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtentu septem (ut dictum est) testium et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab isdem testibus quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium. 1a. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerit ordinanda. 1b. (1) at cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione turbata minus memoria possit res plures consequi, patebit eis licentia voluntatem suam sive in testamenti vel in codicilli tenore compositam cui velint scribendam credere, ut in eodem postea collocatis testibus et tabulario, re etiam (ut dictum est) patefacta, cuius causa convocati sunt, et chartula prometerur, quam susceptam testatori recitabit tabularius simul et testibus, ut, ubi tenor eorum cunctis innoverit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere et ex animi sui quae lecta sunt disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium nec non omnium signacula tam testium (prout dictum est) quam tabularii. 2. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus, iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supra dicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat: libera potestate concedenda suas voluntates in praedictum modum ordinantibus chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam, ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic fieri namque confidimus, ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus * IUSTINUS A. DEMOSTHENI P P. *A 521 D. K. IUN. CONSTANTINOPOLI IUSTINIANO ET VALERIO CONSS.'. Sobre el fin de la norma, bien regular el derecho a testar de los ciegos, bien reforzar los requisitos para evitar fraudes, vid. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», *op. cit.*, p. 95.*

⁴³ I.2,12,4: *Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex divi Iustini patris mei introduxit.*

⁴⁴ D.28,1,22 (*Ulp., lib. 39 ad Ed.*).

⁴⁵ D.28,1,20,9 (*Ulp., lib. I ad Sab.*); D.28,1,21,2 (*Ulp., lib. II ad Sab.*) y D.28,1,27 (*Celsus, XV. Digestorum*).

⁴⁶ D.28,1,20,8 (*Ulp., lib. I. ad Sab.*); C.6,23,12 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Matronae, a. 293-304*); C.6,23,21,2 (*Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio, a. 439*) y C.6,23,28 pr. (*Imp. Iustinianus A. Luliano P. P., a. 530*).

⁴⁷ D.28,1,20 & 10 (*Ulp. lib. I. ad Sab.*)

III. LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS MEDIEVALES (ZONA COMÚN)

La intervención de los testigos continuó siendo esencial en las formas testamentarias visigóticas⁴⁸: en el testamento escrito se admitió el suscrito y signado⁴⁹ por el testador ante los testigos y el que solo es signado por el testador y por los testigos (si el testador solo puso su *signum* en lugar de la *suscriptio*, uno de los testigos deberá declarar bajo juramento que la señal fue puesta por el testador); no obstante, se añadió una tercera opción a favor del otorgante que no puede poner su *suscriptio* ni el *signum*, permitiendo que pueda hacerlo un tercero junto a los testigos acostumbrados; en estas tres formas escritas se exigió la presentación del testamento al Obispo dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento, ante quien los testigos debían jurar que el testador selló el documento y en la tercera forma, que quien escribió el testamento lo hizo conforme la manda del testador sin engaño alguno.

Aunque el Fuero Juzgo no especificó expresamente los requisitos físicos para la idoneidad de los testigos, resulta del juramento ante el Obispo que debían ver y oír al testador al momento de otorgar testamento, añadiendo la ley 2⁵⁰ que: «El testigo rogado de algún escrito no ponga su signo en él sin preceder su lectura: y si lo hiciere, no valga su testimonio ni el escrito.» En suma, los

⁴⁸ PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico*, op. cit., pp. 86-94; D'ORS, A., *Estudios visigóticos II, El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960, pp. 236 ss. Las formas testamentarias están prevista en la *Lex Visigotorum* 2,5,11 de Recesvinto, «*Qualiter confici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates*», y en el *Fuero Juzgo*, libro 2, título 5 «De las escrituras y testamentos», ley 11: «Valga el testamento hecho en cualquiera de estos modos: por escrito firmado de mano del testador y de los testigos; ó signado por una y otra parte; ó si lo fuere por otro que lo escriba, ó señale por el testador, no sabiendo éste escribir; ó ante testigos sin escrito alguno. El executado en los 2. primeros modos debe mostrarse al Obispo dentro de 6. meses; y si el testador puso su señal, deben jurar los testigos que la hizo. El que le hiciere del tercer modo debe valer, mostrándose ante el Obispo hasta 6. meses, y jurando los testigos y el que lo escribió por el testador, no tener engaño, y haberlo escrito y firmado según su mandato. El que se hiciere en el quarto modo valga, después que los testigos juren haber sido rogados para que lo fuesen de él lo qual hagan ante el Juez dentro de 6 meses, jurando todo su contenido, y firmándolo por sí mismos ó por otros testigos: y después de esto deben haber los testigos por su trabajo la 20. parte del dinero del difunto, y no de los demás bienes, deudas, y libros que han de haber sus herederos. A estos deben hacerlo saber los testigos hasta 6. meses; y no haciéndolo, ó no cumpliendo dentro de ellos lo dicho en esta ley, sean tenidos por falsos; salvo si lo dexen de hacer por engaño de otro hombre, ó por mandato del Rey, ó por otra cuita.» (obtenido de la edición facsímil del *Fuero Juzgo* de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798).

⁴⁹ La *suscriptio* visigótica es una aclaración hecha en primera persona en la que se establecía la fecha y daba pleno valor probatorio al documento; el *signum* era una cruz cuando el interesado o los testigos no sabían o no podían escribir y carecía por sí solo de valor probatorio, siendo necesario el juramento de alguno de los testigos sobre la legitimidad del *signum*: MARTOS CALABRÚS, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, op. cit., p. 35 y ALONSO Y LAMBÁN, M., «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», *RDN* II-5 y 6 (1954), p. 65.

⁵⁰ *Fuero Juzgo* libro 2, título 5, ley 2.

testigos en las escrituras y testamentos escritos no podían ser ciegos y debían saber leer a fin de que su intervención alcanzara validez jurídica.

De la citada norma resulta la cuarta forma testamentaria, oral, con testigos rogados y presentes ante el testador, a quien debían ver y oír, pues los testigos habrían de comunicar la existencia de testamento a los herederos y declarar bajo juramento ante el juez lo que escucharon en el plazo de seis meses desde el fallecimiento del causante para que el testamento adquiriera plena validez. En definitiva, desapareció el testamento secreto, pues los testigos debían leer u oír la lectura del testamento⁵¹.

Sin embargo, no aludió al número ni a los requisitos físicos de los testigos que participaban en el testamento. Indica Fernando de Arvizu⁵² que, si bien la intervención de los testigos se mantuvo como requisito formal del otorgamiento de testamento en nuestro Derecho de la Alta Edad Media, tampoco existió una regulación de las condiciones necesarias para ser testigo, ni de su número para la validez del acto. Según el citado autor lo más probable es que para ser testigo se exigiese tener más de catorce años, ser libre y estar en su sano juicio⁵³, en los mismos términos que para testar⁵⁴. Sí se aludió a que

⁵¹ MARTOS CALABRÚS, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.*, p. 36.

⁵² ARIVZU Y GALARRAGA, F. DE, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, pp. 254-264; *vid.* también PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.*, pp. 86 ss.; OBARRIO, J. A., *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*, Valencia, 2002, p. 32; GARCÍA GARCÍA, H., «La forma del testamento en la España visigótica», *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*, III, Madrid 1955, pp. 215-228; GARCÍA GALLO, A., «Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España», *AHDE* 47 (1977) pp. 451-480 y en «El Problema de la sucesión *mortis causa* en la Alta Edad Media española», *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982, pp. 251-271; MEREÁ, P., «Sobre o testamento hispanico no seculo VI», *AHDE* 16 (1945), pp. 86 a 99; BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto commune (Contratti, Successioni, Diritti di famiglia)*, Padova, 1971, pp. 153-160; BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Madrid 1996, pp. 462 ss.; BAKKALI-HASSANI, S., «El número de testigos en los testamentos medievales», *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*, Barcelona, 2018, pp. 53-62.

⁵³ ARIVZU Y GALARRAGA, F. DE., *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, *op. cit.*, pp. 257 ss.

⁵⁴ El FUERO DE BRIHUEGA establece la edad de disponer en 14 años para el varón y 12 años para la mujer: «... et el varonfaga de lo suyo a su guisa de XIII annos a suso, et la mugier de XII annos arriba». Los fueros Real y de Soria, otorgados por Alfonso VIII entre 1170 y 1214, no especifican los años a los que se puede testar, pero se estima que coinciden con la pubertad: FUERO REAL libro 3, título 5, ley 5: «Establecemos que los que no fueren de hedat, o non fueren en su memoria, o en su seso, o los que fueren siervos, o los que fueren judgados a muerte por cosa atal que deban perder lo que an, o los que fueren hereges, o omes de religion, o clerigos, de las cosas que tienen en sus iglesias, que non fagan mandas, e si las ficieren, non valan». FUERO DE SORIA 300: «Los que no fueren de hedat, o non fueren en su memoria o en su sseso, o los que fueren siervos, o los que fueren juggados a muerte por cosa atal que devan perder lo que an, o los que fueren hereges, o omne de religion passado el anno que entro en la orden, o clerigos de las cosas que tienen de sus eglecias, que non puedan facer manda a sus finamientos, nin donadíos en su vida; e si la fizieren, que non valan».

debían ser designados por el otorgante y estar presentes en la manifestación del testador de ser oral y en la lectura del testamento por el escribano u otra persona y en la suscripción por el otorgante de ser escrito, lo que exigía que pudieran ver y escuchar al causante a fin de asegurar la certeza y la publicidad del otorgamiento⁵⁵.

Durante la Baja Edad Media, coincidiendo con la Recepción, se produjo el renacimiento del testamento, dedicándose glosadores y comentaristas a su estudio. Admitido el testamento oral o escrito, se exigió si era *in scriptis*, un documento escrito por el testador u otra persona en su nombre, la declaración del *de cuius* escrita u oral del nombre de los herederos ante siete testigos, la suscripción del testador y de los testigos y el sello de éstos; se admitió que el testamento fuera cerrado sin que los testigos conocieran su contenido; la función testifical permitió acreditar que la última voluntad del causante estaba contenida en el documento⁵⁶.

De ser el testamento nuncupativo, el testador manifestaba oralmente su voluntad ante siete testigos, que quedaban enterados de su contenido. Así lo interpretaron Accursio⁵⁷, Bártoło de Saxoferrato⁵⁸ y Albericus de

⁵⁵ FUERO REAL libro 3, título 5, ley 8: «Quando alguno quisierfacer su manda, las testimonias que quisiere que sean en ella fagalas rogar o las ruegue, ca si non fueren rogadas o conbidadas non deben seer pesquisas de la manda (...); y FUERO DE SORIA 306: «Quando alguno fiziere su manda, las testimonias que quisiere que sean en ella fagalas rogar olas ruegue, ca si non fueren rogadas o conbidadas, non deven ser pesquisas de la manda (...).»

⁵⁶ CHIODI, G., *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glosatori*, Milano 1997, pp. 516-556.

⁵⁷ ACCURSIO: *Infortiatum, sev pandectarum iuris civilis, tomus secundus, ex pandectis florentinis, quo adeius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii, Scholiis Contii, & Dionysii Gothofredi lucubrationibus Ad Accursiumillustratus, Lugduni, 1627, pág. 387: ad Digestorum Lib. XXVIII. Tit. I, XXI: «Heredes palam (Glosa a: «Heredes palam. Aliter ponitur hoc verbum» y Glosa a: Palam. i ex audientibus testibus septem. Et hoc maxime distat testamentum per nuncupationem a testament scripto: nam testamentum scriptum secretum & mysticumest: testamentum quod nuncupatur, non item: Cuiacius») & ita ut ex audiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testandi vel nuncupare (Glosa b: «testamentum posse probari per publicum instrumentum tabellionis, quod continent duorum hominum vel trium praesentiam: & continent testatorem condidisse nuncupativum testamentum coram testibus septem») heredes, vel scribere. Sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? Non utique in publico, sed ut ex audiri possit: ex audiri autem no ab omnibus, sed a testibus (Glosa*: testibus septem): & si plures fuerint testes adhibet, sufficit solennem numerum ex audire».*

⁵⁸ BARTOLO A SAXO FERRATO: *In primam Infortiati partem./Cum ad notationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. A Seissel. And. Poma. Ioan. Franc. Roue. Atque aliorum... Praestitimus nouissimae huic edition Alexandri etiam, & Barb. nomina in eorum additamentis.. multi ab hincannis suppresserant. Conciliationes quoque contrarie tatum Barto. & infinita prope summaria...maxime accomodata... Praeterea Bartoli vital... Venetiis: apud Iuntas, 1570, Ad lib. XXVIII. Digest., lex XXI: «In testamento in scriptis, heredes debent scribi, in testamento nuncupativo debent palam nominari, ut testes ex audiant»; y del mismo autor en *Infortiatum, sev pandectarum iuris civilis, tomus secundus, ex pandectis florentinis, quoad eius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii, Scholiis Contii, & Dionysii Gothofredi lucubrationibus Ad Accursium illustratus, Lugduni 1627, p. 386: ad Digestorum Lib. XXVIII. Tit. I, XX&7: «Testis debet adstare, donec testamentum perficitur: debet testificari de eo quod sensu percibit».**

Rosate⁵⁹ coincidiendo con la interpretación de Ulpiano. La práctica notarial de la época condujo a la intervención del notario junto con los siete testigos en el testamento nuncupativo. Los tratados prácticos medievales exigían cuatro requisitos al notario, siendo fundamental la audiencia del otorgante, pues «el notario debe oír a las partes para que pueda atestiguar de los hechos realizados en su presencia. Solamente puede hacer las escrituras sobre las cosas que caen dentro de los dos sentidos: la vista y el oído»⁶⁰. Ronaldino Passeggeri, notario y profesor en Bolonia, exigió la intervención de los testigos en el testamento oral en número de siete y en el escrito en número de cinco. No debían estar impedidos para participar en el otorgamiento, quedando excluidos los que no pudieran ver y oír al testador dado el formalismo imperante⁶¹, como dispuso también Accursio⁶²: el otorgante o el notario leían en alta voz el documento que se mostraba a los testigos para que lo conocieran e identificaran, siendo suficiente que tocaran la carta; después se extendía el documento desenrollado sobre la mesa del notario y se invitaba al autor a firmarlo, estampando su nombre o su signo y a continuación hacían lo mismo los testigos⁶³.

IV. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA

En España⁶⁴ el Fuero Real libro 3, título 5, ley 1⁶⁵ reguló las formas testamentarias acogiendo las previstas en el Fuero Juzgo. No dispuso esta legis-

⁵⁹ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentarii in primam infortiati partem*, Venetiis 1585, p. 95 y vto. *De testamentis, qui testamentum facere possunt, quemad modum testamenta fiant*: «Nomen haeredis in testamento nuncupatum, palam debet nuncupari coram solen numero testium, & in testamento in scriptis scribi infra eo.l. heredes.in prin.an testamentum nuncupativum possit probari per publicum instrumentu».

⁶⁰ NÚÑEZ LAGOS, R., *El documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1951, p. 115. Menciona el autor los otros tres que son: la *rogatio* del notario, la escritura del instrumento por sí y no por otro y la redacción del documento en el protocolo.

⁶¹ Además de varones púberes, libres, de buena reputación y rogados: OBARRIO, J. A., *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*, op. cit., pp. 73-75.

⁶² ACCURSIUS, *Corpus Glossatorum Juris Civiles XI, Curante Juris Italici Historiae Instituto Taurinensis Universitatis*, Augustae Taurinorum, 1969, p. 44: *Testes autem adhiberi possunt hi cum quibus testamentifacio est. Sed neqz mulier neqz impubes neqz servus neqz furiosus neqz mut (Glosa i: Mutus. Qui nihil loqui vel audire potest) neqz surdus neqz is cui bonis interdictum: neqz is quos leges iubent improbos intestabiles qzesse possunt in numerum testium adhiberi.*

⁶³ NÚÑEZ LAGOS, R., *El documento medieval y Rolandino*, op. cit., pp. 152-160; BUSSI, *La formazione dei dogmi*, op. cit., pp. 153-160.

⁶⁴ CHAMOCHO CANTUDO, M. A., *Los fueros del Reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Madrid 2017, pp. 12 ss., y del mismo autor *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos*, Madrid, 2017, pp. 9 ss.

⁶⁵ «Todo ome que ficiere su manda, quierseyendo sano quier enfermo, fagala por escripto de mano de alguno de los escrivanos públicos, o por otro escripto en que ponga su seello el que faz la manda, o en

lación los requisitos para ser testigo⁶⁶, pero sí para ser «cabezal» o albacea del testamento excluyendo expresamente, entre otros, al mudo y al sordo por naturaleza⁶⁷.

Más extensa fue la regulación de Partidas. El Rey Sabio admitió dos formas de testar: el nuncupativo o abierto ante siete testigos, bien sea de viva voz o por escrito; y el testamento *in scriptis* o cerrado donde los siete testigos desconocen su contenido, aunque saben que el documento contiene la última voluntad según manifestación del causante ante quien comparecen para completar el documento con sus nombres y sellos⁶⁸. Si bien la ley 1.^a de la Partida 6.^a, título I, especificó que no podían ser testigos el siervo, el menor de catorce años, la mujer ni el hombre de mala fama; de una forma más extensa la Ley 9.^a⁶⁹

que faga poner otro seello conocido que sea de creer, o si non por buenas testimonias: et la manda que fuer fecha en cualquier destas quatro guisas, vala por todo tiempo si quel que la fizo non la desficier».

⁶⁶ Más allá de que debían ser rogados para la validez del testamento (*Fuero Real*, libro 3, título 5, ley 8).

⁶⁷ *Fuero Real* libro 3, título 5, ley 7: «Mandamos que ningun siervo, nin religioso, nin muger, nin orne que non sea de hedat, nin loco, nin herege, nin judío, nin moro, nin mudo, nin sordo por natura, nin ome que sea dado por alevoso o por traydor, nin ome que sea judgado a muerte, nin ome que sea echado de tierra, que non puedan seer cabezales en ninguna manda.» Se denominaban así porque se hallaban a la cabecera del causante en la enfermedad y en la muerte, dejándoles encomendada la ejecución del testamento.

⁶⁸ Partida 6.^a, título I, ley 1: «... La una es á la que llaman en latín testamentum nuncupativum, que quier tanto decir como manda que se face paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo face por palabra ó por escripto, á cuales establece por sus herederos ó como ordena ó departe las otras sus cosas. La otra manera es á que dicen en latín testamentum in scriptis, que quiere tanto decir como manda que se face por escripto, é non de otra guisa. E tal testamento como este debe ser fecho ante siete testigos que sean llamados é rogados de aquel que lo face, é ninguno destos testigos non debe ser siervo, nin menor de catorce años, nin muger ni home mal enfamado. Otrosí decimos que cada uno debe escrebir su nome en la fin del testamento, diciendo así: Yo fulano so testigo deste testamento que lo fizo tal ome (nombrándolo) seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escrevir, cualquiera de los otros lo pueda facer por mandado del. E demás desto deben poner todos los testigos sus sellos en la cartícoloa del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non oviese sello, puede esto facer con sello de otro. Otrosí decimos que el facedor del testamento debe escrebir su nome en la fin de la carta, diciendo así. Yo fulano, otorgo que fice este testamento en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiese ó non pudiese escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del». Partida 6.^a, título I, Ley 2: «En escrito queriendo alguno facer su testamento (...) si por ventura lo quiesiere facer en poridad que non sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en él, puédelo facer desta manera. Debe él por su mano mesma escrebir el testamento, si sopiere escrebir é si non debe llamar á otro qual quisiere en quien se fie, é mándegelo escrebir en su poridad. Después que fuere escrito, debe doblar la carta é poner en ella siete cuerdas, con que se cierre de manera que finquen colgadas para poner en ella siete sellos, é debe dejar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escrebir sus nomes, é después desto debe llamar é rogar tales siete testigos, como dice la ley, ante desta, é mostrarles la carta doblada é decirles así: Este es mi testamento, é ruego vos que escribáis en él vuestros nomes é que los selleis con vuestros sellos. E el otrosí debe escrebir su nome é hacerlo escrebir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo así: Yo otorgo que este es el testamento que yo fulano fice é mandé escrebir...».

⁶⁹ Partida 6.^a, título I, Ley 9: «Testiguar non pueden en los testamentos, aquellos que son condenados por sententia, que fuesse dada contra ellos por malas cantigas, o ditados, que fizieron contra algunos con entencion de enfamarlos. Nin otrosí, el que fuesse condenado por juyzio de los judgadores, por razo de algund mal fecho, que ficiesse, asi como por furto, o por homicidio o por otro yerro semejante destos,

excluyó además a los condenados por sentencia judicial, los apóstatas, los sordos, los mudos, los locos y los pródigos⁷⁰. En el caso de los sordos y los mudos se justificó porque el totalmente sordo no podía entender al testador y el mudo no podía declarar. Sin embargo, ya Benito Gutiérrez⁷¹ criticó, de una parte, que la legislación se limitara a copiar los textos romanos, sin tener en cuenta que ambas deficiencias no impedían conocer la voluntad del testador ordenada por escrito ante escribano y, de otra, que no se incluyera al ciego, pues no puede ser testigo quien no ve al testador, necesario en todo testamento, ni reconocer el signo, respecto al escrito⁷².

El Ordenamiento de Alcalá, sancionado por Alfonso XI en 1348, en su título 19, *De los testamentos*, Ley única, entre otras modificaciones, pues suprimió la necesidad de la institución de heredero, estableció tres formas de testar: ante notario y tres testigos vecinos; ante cinco testigos vecinos sin presencia de notario y ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran ser hallados más y no hubiera notario en el pueblo. No especificó la idoneidad de los testigos, no obstante, «deben y ser presentes á lo ver otorgar»⁷³. La concurrencia de testigos al acto de otorgamiento fue, por tanto, obligatoria y debían ser conscientes de la trascendencia de su intervención, además de entender el con-

o por mas grave de que fuesse dada sentencia contra el. Nin otro si ninguno de los que dexan la fe de los christianos, o se tornan moros o judíos: maguer se tornassen despues a nuestra fe que dizen en latin apostatatas. Nin las mujeres, nin los que fuesen menores de catorze años. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos mientras estovieren en la locura. Nin aquellos a quien es defendido que non usen de sus bienes: porque son desgastadores dellos en mala manera: ca estos atales no pueden ser testigos en testamento. Otrosi non lo puede ser ome que es siervo de otro. Pero si alguno de los testigos, que se acercaron quando se fizo algund testamento andava en aquella sazón por omelibrem maguer después fuesse hallado en verdad que era siervo, non se embarga el testamento por esta razón».

⁷⁰ SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, I, Coruña, 1837, pp. 155-165.

⁷¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, III, Madrid, 1863, p. 145.

⁷² Se plantea el citado autor en la pág. 146: «Y en efecto, ¿podrá un ciego firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar? ¿podrá responder de la identidad del testador no pudiendo verle ó de que no testa un vivo tomando el nombre y la voz del muerto?».

⁷³ «Si alguno ordenare su testamento, ó otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos vecinos del logar, dó se ficie-re; et si lo ficie sin Escrivano publico, sean y cinco á lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere logar do los pudiese a ver; et si fuere tal logar dó non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, é sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat; et el testamento sea valedero en las demandas, é en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero- alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, o costumbre de la tierra avía de heredar, si el testador non ficiera testamento; é cumplase el testamento. Et si ficie heredero el testador, é el heredero non quisiere la heredat, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntat heredat o manda, ó mandare que la den, ó que la aya otro, é aquel primer á quien fuere dejada non la quisiere, mandamos que el otro, ó otros que la puedan tomar, e aver».

tenido de la disposición lo que exigía, en suma, reunir las condiciones adecuadas para ver, oír y entender al testador⁷⁴.

V. LOS TESTIGOS EN LA EDAD MODERNA: LAS LEYES DE TORO Y LA NUEVA RECOPIACIÓN

Las formas de hacer testamento dispuestas en el Ordenamiento de Alcalá se regularon en la Ley de Toro 3.^a⁷⁵ de D.^a Juana en 1505 que distinguió, como las Partidas, entre el testamento abierto nuncupativo, tal como quedó regulado en el Ordenamiento de Alcalá, y el testamento cerrado o *in scriptis* en el que intervenían siete testigos y escribano público, constando ocho firmas: la de los siete testigos más la del testador u octavo testigo que lo supliera y el signo del escribano. Si bien esta legislación no reguló los requisitos que habrían de reunir los testigos, se ha venido interpretando conforme la regulación de Partidas⁷⁶. Posteriormente, la Pragmática Sanción de Felipe II en 1566⁷⁷ añadió una cuarta forma al disponer que se pudiera testar ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las condiciones exigidas por el Derecho, aun cuando se pudieran hallar vecinos y hubiere en el pueblo notario.

La disposición del Ordenamiento de Alcalá se recogió en la Nueva Recopilación promulgada por Felipe II en 1567, al libro V, título 4, ley 1.^a⁷⁸ y en la

⁷⁴ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, op. cit., p. 126.

⁷⁵ «Ordenamos é mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey D. Alonso, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda é platique en el testamento abierto, que en latín es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado, que en latín se dice in scriptis, mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren ó pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y más el signo del escribano... los cuales dichos testamentos... si no tuvieran la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no faganfé ni prueba en juicio ni fuera de él».

⁷⁶ PACHECO, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, I, Madrid 1862, p. 67: «No han de estar física ni moralmente impedidos; porque los primeros (ciegos, sordos, desmemoriados) no los podrán materialmente comprender, y á los segundos (infames) los repele con justicia en estas diligencias serias é importantes». Sobre el carácter solemne y no simplemente *ad probationem* de su intervención: GARCÍA SÁNCHEZ, J. y GARCÍA FUEYO, B., «El testamento ante el párroco: una institución jurídica de raíces romanas», *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*, Barcelona 2018, p. 352.

⁷⁷ «Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar á donde se hiciere el testamento».

⁷⁸ Ley 1.^a: «Si alguno ordenare su testamento o otra postrimera voluntad con escribano publico, deven ser presentes a lo ver otorgar tres testigos alomenos vecinos del lugar donde el testamento se hiziere: y si lo hiziere sin escribano publico, que sean ay alomenos cinco testigos vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere aver y sino pudieren ser avidos cinco testigos, ni escrivano en el dicho lugar alomenos

Novísima Recopilación Libro 10, título 18, ley 1.^a En cuanto al testamento cerrado tal como fue regulado en la ley 3.^a de las Leyes de Toro fue admitido por la Nueva Recopilación Libro V, título 4.^o, Ley 2.^a⁷⁹ y después por la Novísima Recopilación, publicada en 1805, libro 10, título 18, Ley 2, de modo que se aplicaron las citadas cuatro formas hasta la entrada en vigor del Código civil: la legislación vigente en Castilla, recogida en la Novísima Recopilación, permitía las tres formas nuncupativas del Ordenamiento de Alcalá, la forma abierta introducida por la Pragmática sanción de 1566, además de la secreta regulada por las Leyes de Toro, ley 3.^a En estas formas testamentarias se exigió la intervención de los testigos que tenían una función probatoria e incluso de autorización del testamento en los casos en los que no intervenía el notario (en el testamento cerrado se exigía su participación). Los testigos y el testador debían firmar el testamento todo en unidad de acto. El testamento necesitaba para ser eficaz la elevación simultánea, cuando intervenía escribano público, o posterior a escritura pública⁸⁰.

VI. LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

Ya el proyecto privado de Código civil del juriconsulto Pablo Gorosabel publicado en 1832, integrado por 1.419 artículos y tres partes, incluyó en la

sean presentes tres testigos vezinos del tal lugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aun que no sean vecinos ni pase ante escrivano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aun que los testigos no sean vezinos del lugar a donde se hiziere el testamento. Y mandamos que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado valga en quanto a las mandas y otras cosas que en el se contienen, aun que el testador no aya hecho heredero alguno: y entonces herede aquel que segú derecho y costumbre de la tierra avia de heredar, en caso que el testador no hiziera testamento, y cumpla se el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en el se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa para que la de a otro alguno a quien substitute en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan aver todo».

⁷⁹ Ley 2.^a: «Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey don Alonso de susocótenida, que dispone quátos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos o descendientes legitimos, ora entre herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dize in scriptis, mandamos que intervengan alomenos siete testigos con un escrivano, los qualesayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren, y pudieren firmar: y sino supieré, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros: de manera que sean ocho firmas y mas el signo del escrivano (...) los quales dichos teftamentos y codicillos sino tuvieren la dicha solénidad de testigos, mandamos que no faganfee ni prueba en juyzio ni fuera del».

⁸⁰ MARTOS CALABRÚS, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.*, p. 60. Sobre la relevancia de la intervención notarial en la práctica testamentaria *vid.* TABERNEIRO, C., «El testamento como género discursivo en documentación peninsular (de la Edad Media al s. XVIII)», *Onomázein, Revista semestral de lingüística, filología y traducción* 34 (dic. 2016), pp. 71-85.

tercera, «De los diferentes modos de adquirir», título VII, el testamento abierto ante escribano y testigos o solo ante siete testigos, además de otras formas de testamento tomando como referente la normativa castellana⁸¹; no obstante, fue el artículo 2.239 del Proyecto de Código civil de 1836⁸² el que exigió que en todo testamento debieran intervenir testigos que no fueran enteramente sordos, mudos ni ciegos. La inclusión del ciego como persona inhábil, junto con el totalmente sordo o mudo, se produjo entonces por primera vez desde la legislación romana y fue seguida por el Proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851 de García Goyena, en el artículo 590⁸³; el Proyecto, si bien suprimió la prohibición tradicional de ser testigos a las mujeres, los hermafroditas y los

⁸¹ ANTEQUERA, J. M., *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886, p. 46; sobre los Proyectos de 1821 y 1836, citamos también a SÁNCHEZ ROMÁN, F., *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación, estado del Derecho civil de España antes y después de la promulgación del Código civil*, Madrid, 1890, pp. 21 a 24; MASFERRER, A., «La codificación española y sus influencias extranjeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés», *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Cizur Menor, 2014, pp. 77 ss.

⁸² En 1836 la comisión para la redacción del Código civil integrada por José Ayuso, Eugenio de Tapia y Tomás Vizmanos presentaron un Proyecto de Código civil, cuyo libro IV, título II estableció el testamento abierto y cerrado, común y privilegiado y los requisitos formales estaban regulados en los artículos. 2.238 a 2.260. En el preámbulo se decía: «Al prescribir las solemnidades de los testamentos, la Comisión ha cuidado mucho de poner ciertas trabas con el fin de evitar la falsificación, al mismo tiempo que ha suprimido algunas de las anteriores prescritas, como inútiles y embarazosas», de modo que la falta de alguna solemnidad implicaría la nulidad del testamento: vid. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, I, Madrid, 1970, pp. 146 ss. El artículo 2.239 del Proyecto de Código civil de 1836 decía: «En todo testamento deben intervenir testigos varones mayores de dieciocho años, que no sean enteramente sordos, mudos ni ciegos; que no hayan sido condenados criminalmente y que nada reciban del testamento, ni ellos ni sus ascendientes o descendientes en línea recta, ni su cónyuge». Extraído de: LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid, 1970, p. 301.

⁸³ El artículo 589 del Proyecto dispuso que: «En los testamentos, de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio ó en instrumento público», añadiendo el artículo 590 que: «No pueden ser testigos del testamento: 1.º Los amanuenses del escribano que lo autorice. 2.º Los ciegos, y los que no entiendan el idioma del testador. 3.º Los totalmente sordos ó mudos. 4.º Los que no estén en su sano juicio; pero los locos ó dementes podrán serlo en sus lúcidos intervalos. 5.º Los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiera expresamente». Estos preceptos habrían de completarse con las formalidades del testamento común reguladas en los artículos. 564 a 570: para el testamento abierto se requerían su otorgamiento ante notario y tres testigos que «deben ver al testador y entender lo que dispone», pues el causante exponía oralmente su voluntad a presencia de todos los intervinientes; el escribano se encargaba de su redacción y posterior lectura ante los testigos y el testador (artículo. 565), quienes deberían firmar el documento, salvo que no supieran o no pudieran, en cuyo caso lo haría uno de los testigos por el testador; de ser circunstancia concurrente en los testigos, bastaba la firma de uno de ellos. También se exigió la intervención testifical en el testamento cerrado del artículo 569. El documento en que estuviera escrito el testamento o el que le sirviera de cubierta debía ser entregado por el testador al escribano en presencia de cinco testigos manifestando en alta voz que el contenido de aquel papel es su testamento. El escribano daría fe de la presentación y entrega, extendiéndola encima del testamento o de su cubierta y la firmarían el testador y todos los testigos, salvo que no pudieran o supieran firmar, debiendo en todo caso firmar por sí, al menos, tres testigos.

pródigos, excluyó a los ciegos, pues consideró García Goyena que debía necesariamente ser así, en la medida que el invidente no podría firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar, ni podría responder de la identidad del testador al no verle, ni aseverar que no testa un vivo tomando el nombre y la voz de un muerto. La exigencia de ver y entender al testador que estableció el artículo 565 del Proyecto impedía la participación a los ciegos y también a los totalmente sordos, porque no podían entender al causante⁸⁴.

El posterior Anteproyecto de 1882-1888 adoptó las formas testamentarias del Proyecto de 1851⁸⁵ en el artículo 672: admitió una sola modalidad de testamento abierto y escrito ante notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los que, al menos uno ha de saber o poder escribir, regla general de la que se exceptuaron los casos expresamente determinados en los artículos 697 a 699 (inminente peligro de muerte y por razón de epidemia u otra calamidad pública). El testador podría manifestar su última voluntad oralmente ante notario y testigos, quien debía después redactarla por escrito, o bien presentarla por escrito al notario y ante los testigos, el notario la copiará y en ambos supuestos bien el notario, bien el testador de testamento abierto entregado por escrito, se daría lectura en alta voz ante los testigos del testamento (artículos 692 y 693), con la posterior firma de todos ellos. Además el artículo 680 del Anteproyecto impuso al notario y a los testigos el deber de dar fe de conocimiento e identificación del testador y de hacer constar que el testador está en su cabal juicio, imposición que se tomó de la Instrucción para la Redacción de Instrumentos Públicos de 9 de noviembre de 1874⁸⁶. El importante papel de los testigos impidió que fueran hábiles para testar los ciegos y los totalmente sordos o mudos, según el artículo 676, en consonancia con el artículo 590 del Proyecto de García Goyena.

⁸⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, 1852, p. 43 s.. Entretanto se aprobó la Ley del Notariado de 26 de mayo de 1862 que, tras determinar en los artículos 27 y 28 las causas de nulidad de los instrumentos públicos, el artículo 29 excluyó de tales disposiciones a los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales habría de regir la ley o leyes especiales del caso. Mencionar, no obstante, que el Reglamento Notarial de 7 de julio de 1944 dispuso en el artículo 182.1.º que eran inhábiles para intervenir como testigos en las escrituras públicas los ciegos, los sordos y los mudos, incapacidad que se mantuvo hasta la reforma de 17 de septiembre de 2011, quedando el precepto como sigue: «Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere».

⁸⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pp. 195 ss.

⁸⁶ MARTOS CALABRÚS, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.*, p. 68.

La promulgación del Código civil unificó la forma de testamento abierto admitiendo una sola ordinaria realizada ante notario y tres testigos y admitió el testamento cerrado en los artículos 706 a 715. Con carácter general se reguló la idoneidad de los testigos en los testamentos en el artículo 681, incluyendo en el apartado 4.º a los ciegos y los totalmente sordos o mudos como personas incapaces a tal fin⁸⁷. Antes de la reforma del Código civil en materia de tutela por Ley 13/1983, de 24 de octubre, existía cierta identidad entre la redacción de este precepto y la del artículo 200 del Código civil, que recogía entre los *numerus clausus* de causas de incapacitación, a los sordomudos que no supieran leer y escribir. Al igual que ocurrió en Derecho romano, de la regulación del entonces vigente Código civil se aprecia cierta identidad entre la falta de *testamentifacio* o incapacidad para testar del sordomudo (artículos 199, 200 y 663 y siguientes del Código civil) y su inidoneidad para testificar, predicable del testamento (artículo 681 Código civil), de las escrituras públicas (artículo 182.1.º del Reglamento Notarial)⁸⁸ y del proceso (artículo 1.246.2.º Código civil, derogado por Disposición Derogatoria Única 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero)⁸⁹.

Las cuatro reformas legislativas posteriores del artículo 681 del Código civil⁹⁰ mantuvieron la inidoneidad de los ciegos y los totalmente sordos o mudos que pasó al ordinal 2.º La más significativa fue operada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de «Modificación del Código civil en materia de testamen-

⁸⁷ «Artículo 681. No podrán ser testigos en los testamentos: (...) 4.º Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.» Se complementaba este precepto, para el testamento abierto, con el artículo. 694 C.c. al expresar que los testigos, como el Notario, debían ver y entender al testador, conocer el contenido del documento notarial y firmar el testamento si sabía hacerlo (artículo. 695 C.c.) *Vid.* BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*, trad. de la 2.ª ed. alemana por Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953, pp. 4, 5 y 54 a 58; CASTÁN, J. M., *Derecho civil español, común y foral*, VI, 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 58 y 83 a 90.

⁸⁸ Artículo 182.1: «Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos.» Se modificó por el artículo 7 del Real Decreto 1.276/2011, de 16 de septiembre, quedando como sigue: «1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.»

⁸⁹ Artículo 1.246: «Son inhábiles por incapacidad natural: (...) 2.º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído.»

⁹⁰ Ley de 1 de abril de 1939 (que afectó al requisito de vecindad de los testigos, permitiendo que lo fueran quienes no teniendo la vecindad del testador, no obstante aseguraban conocer al testador y el notario conociera al testador y a los testigos); Ley 24 de abril de 1958 (que reconoció la idoneidad de la mujer para ser testigo y especificó los familiares del notario y personal a su cargo que no podían testificar en los testamentos); Ley 6/1984, de 31 de marzo (que eliminó la inidoneidad de los que estuvieran sufriendo «pena de interdicción civil») y por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que se denominó de la «Supresión de los testigos en los testamentos» y fue cambiado al transformarse en ley por el de «Modificación del Código civil en materia de testamentos»(se eliminó la incapacidad de los condenados por falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, a los que no estuvieran domiciliados en el lugar del otorgamiento y se redactó de nuevo las personas vinculadas por lazos familiares o laborales con el notario).

tos» que suprimió a los testigos como requisito general en los testamentos notariales⁹¹. La reforma permitió igualar las formalidades de los actos *inter vivos* y *mortis causa*, tras cincuenta y dos años desde la supresión de los testigos en aquéllos, operada por Ley de 1 de abril de 1939, dejando la intervención de dos testigos para los supuestos específicos previstos en los artículos 685, en relación con los artículos 696 y 698, los llamados testigos de conocimiento, para identificar al testador cuando el notario autorizante no podía hacerlo por medio de los documentos o por no conocerlo personalmente, y en el supuesto de los testigos instrumentales, cuando el testador no supiera o no pudiera firmar el testamento o lo interesasen el testador o el notario, en testamento abierto o cerrado (artículos 697 y 707.5.^a y 7.^a); en el caso del testamento abierto, cuando el testador pudiera firmarlo, pero fuera ciego o declarara que no sabía o no podía leer por sí el testamento (artículo 697 Código civil), a quienes expresamente les está vedado el testamento cerrado (artículo 708 Código civil)⁹². En todos estos supuestos la intervención de los testigos mantuvo la condición de requisito *ad solemnitatem* de la validez del testamento e instrumento de publicidad del acto que se realiza ante ellos⁹³.

El artículo 681 dispuso la incapacidad de los ciegos, los totalmente sordos y mudos, inhabilidad que contaba con el visto bueno de la doctrina mayorita-

⁹¹ El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno en el Congreso de los Diputados se titulaba «Proyecto de Ley sobre la supresión de los testigos en los testamentos», título que no se conservó en el texto definitivo, al aceptarse una enmienda presentada por el portavoz del grupo parlamentario del CDS, Sr. Álvarez-Amandi: BOCG de 12 de septiembre de 1991: MARTOS CALABRÚS, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Granada, 2000, p. 88. Tiempo atrás trató de evitarse la intervención de testigos en el testamento notarial mediante el Proyecto de Reforma aprobado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, (BO de las Cortes de 20 de abril de 1982 (n.º 264. I) en el que se propusieron, entre otras, la modificación relativa a la intervención de testigos: 1.- la del artículo. 685.1 C.c. suprimiendo el inciso «y dos de los testigos que autoricen el testamento» pues la autorización notarial habría de ser bastante para garantizar la autenticidad de los hechos y afirmaciones que contiene el instrumento público bajo la fe notarial, e inútil porque la presencia de testigos que conocieran al testador no evitaría obrar de mala fe en el otorgamiento de una disposición testamentaria. 2.- Eliminar del artículo. 685 que los testigos debieran también asegurarse con el notario de que el testador tenía la capacidad legal necesaria para testar. Este Proyecto de Reforma influyó notablemente en el Ley 30/1991, de 20 de diciembre, «De modificación del Código Civil en materia de testamentos» que suprimió la intervención de los testigos como requisito general a fin de acoger «el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad». Sobre la necesidad de testigos en los testamentos notariales, con exposición de argumentos a favor y en contra, nos remitimos a: ARENAL OTERO, V., «La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar», en *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, V, dir. Francisco Lledó Yagüe Madrid, 2004, pp. 86 a 90; MARTOS CALABRÚS, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit., pp. 23 a 27; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 187.

⁹² Añadiríamos los supuestos especiales de testamento sin necesidad de notario, en caso de peligro inminente de muerte (art. 700) que exige cinco testigos y de epidemia (art. 701) en el que bastan tres.

⁹³ A favor de su condición de medio de prueba: MARTOS CALABRÚS, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit., pp. 95 ss.

ría⁹⁴, pues no les ofrecía duda alguna al tratarse de defectos naturales que inhabilitaban para intervenir en un acto en el que habrían de ver y entender al testador (artículos 679 y 680): para el buen desempeño de su misión, el testigo necesitaba estar dotado de los medios o facultades precisas para la percepción de los hechos sobre los que debía atestiguar, y mal podría el ciego afirmar que había visto al testador y el sordo decir que había oído, por carecer de las cualidades necesarias para que el hecho afirmado pudiera llegar a su conocimiento.

La prohibición del ciego afectó a quien careciera de visión y al que tuviera la capacidad visual muy disminuida, de modo que no pudiera distinguir el rostro del testador, ni saber si se ha producido o no sustitución de los pliegos que debe firmar, ni leer el testamento, ni ver la firma que él mismo estampa. No obstante, ya hubo autores⁹⁵ que cuestionaron la inhabilidad del mudo que supiera leer, pues podría ver y escuchar al testador, leer el documento y hacerse entender por signos; o del sordo que pudiera leer en los labios y entender completamente al testador, porque la finalidad del precepto se cumpliría. Lo mismo cabría explicar respecto del sordomudo que supiera leer y escribir, si además leyese en los labios, en la medida que su función testifical estaría garantizada, al igual que el sordo, pues por la lectura de los labios podría entender al testador y, si supiera leer y escribir, examinaría por sí mismo el documento, pudiendo comunicarse por medio de la escritura; todo ello sin perjuicio de la intervención en el otorgamiento de facultativos o técnicos que permitieran la comunicación. De hecho las resoluciones de la DGRN de 16 de octubre de 1974 y de 31 de julio de 1987, eliminaron las trabas formales al otorgamiento de escrituras públicas por personas carentes de oído o sordomudos, permitiendo su manifestación de voluntad por medio de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos.

⁹⁴ OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, op. cit., p. 66; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, I, 4.ª ed., Madrid, 2009, pp. 165 ss.; GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, E., *Testamentos especiales*, Madrid, 1996, pp. 10 a 16; BLOCH RODRÍGUEZ, J. M., «Los testigos en los testamentos notariales», *Revista de Derecho Notarial*, 1957, p. 353; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «Las formalidades testamentarias y la nueva ley uniforme», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, p. 485; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Los testamentos*, Granada, 2000, pp. 165 ss., 316-318, 336 y 353-357; VERDEIRA IZQUIERDO, B., *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 63-71.

⁹⁵ MARTOS CALABRÚS, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit., pp. 104 a 107. TORRES GARCÍA, T., «Comentario a los artículos 676 a 687», *Comentarios del Código civil*, I, p. 1.717; FERNÁNDEZ HIERRO, *Los testamentos*, J. M., op. cit., pp. 160 a 166. Vid. DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1990, pp. 350 ss.; ROCA-SASTRE, L., *Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1995, I, p. 121 ss.; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Artículo 681», *Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código civil en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1990, pp. 311-313; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, V, Madrid, 1972, p. 630.

Lo cierto es que la limitación sensorial fue adoptada también por algunas legislaciones forales. Tras exponer el artículo 421.10 del Código civil catalán (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) que en el otorgamiento del testamento notarial no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en el testador⁹⁶ o que éste o el notario lo soliciten, regula el artículo 412.11.2.b)⁹⁷ que no pueden ser testigos los «sordos, los ciegos, y los mudos que no puedan escribir»; se permite, por tanto, a los mudos que sepan y puedan escribir ser testigos en los testamentos autorizados en Cataluña.

En el mismo sentido, el Código del Derecho Foral de Aragón⁹⁸. Previa exclusión con carácter general de la intervención de testigos en el testamento notarial otorgado en Aragón⁹⁹, dispone el artículo 415 que no podrán ser testigos en los testamentos: «Los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir».

Por el contrario, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, obliga en la ley 185 a que los testigos de los testamentos otorgados en Navarra sean idóneos y rogados, pero no especifica entre las causas de incapacidad la deficiencia sensorial, bastando que sepan y puedan leer y escribir¹⁰⁰. A diferencia del derecho civil común se

⁹⁶ Artículo 421.10.2: «Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento».

⁹⁷ Modificado por la Disposición Final 2.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio.

⁹⁸ Aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

⁹⁹ Artículo 413: «1. En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en un testador o que expresamente lo requieran uno de los testadores o el Notario autorizante. 2. Se considera que concurren circunstancias especiales en un testador cuando éste declara que no sabe o no puede firmar el testamento y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí. Si el testador que no sabe o no puede leer es enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.» Artículo 414: «1. En todos los casos en que sea necesaria la intervención de testigos, serán dos, deberán entender al testador o testadores y al Notario o persona ante quien se otorgue el testamento y deberán saber firmar. 2. No será necesario que sean rogados ni que conozcan al testador ni que tengan su misma residencia».

¹⁰⁰ Ley 186: «En los testamentos no otorgados ante Notario, los testigos deben conocer al testador y apreciar su capacidad; y cuando fueren otorgados sólo ante testigos, éstos deben tener además la vecindad del testador. En los testamentos otorgados ante Notario no se requiere que los testigos aprecien la capacidad del testador ni que, en su calidad de testigos instrumentales, conozcan a éste, siempre que sean vecinos del lugar del otorgamiento. Podrán ser testigos los empleados o dependientes del Notario. En los testamentos otorgados ante Notario, Párroco o Clérigo ordenado de Presbítero, uno de los testigos al menos ha de poder leer y escribir. En los testamentos otorgados sólo ante testigos, dos de éstos al menos han de poder leer y escribir».

exige su participación en número de dos en el testamento notarial abierto y siete en el cerrado ¹⁰¹.

El otorgamiento de testamento abierto notarial en Galicia excluye la presencia de testigos (el artículo 183 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia ¹⁰²) y solo en los casos que sea necesaria, los testigos serán al menos dos y tendrán plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar (artículo 185), sin mencionar a ciegos, mudos o sordos.

La vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que derogó la anterior Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, no reguló expresamente la idoneidad de los testigos, remitiéndose el artículo 22 a las formas testamentarias de la legislación común, sin perjuicio de la propia de esta Comunidad Autónoma que es el testamento llamado «hiliburuko» o en peligro de muerte, aceptando también el testamento mancomunado en los artículos 24 y siguientes.

Con idéntico criterio, el artículo 52 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, tras regular que en los testamentos otorgados ante Notario no será necesaria la presencia de testigos salvo casos excepcionales ¹⁰³, se remite a las formalidades previstas en el Código civil.

VII. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 681.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

VII.1 Objetivos

La remisión a la regulación común ha permitido la entrada en vigor en estos territorios forales, de la reforma operada por Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que dejó sin contenido el apartado 2.º del artículo 681 del Código

¹⁰¹ Ley 188: «Los testamentos abiertos otorgados ante Notario requieren la intervención de dos testigos. Los testamentos cerrados autorizados por Notario requieren la intervención de siete testigos. En lo demás se aplicarán las disposiciones del Código civil.» Regula el testamento ante párroco y solo ante testigos (leyes 189 a 191). También se remite la ley 193 a las disposiciones de los artículos seiscientos ochenta y ocho a seiscientos noventa y tres, seiscientos noventa y siete y seiscientos noventa y ocho, setecientos uno y setecientos dos, y setecientos dieciséis a setecientos treinta y seis del Código civil, en cuanto a los respectivos testamentos.

¹⁰² El artículo 184 reguló: «Como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir».

¹⁰³ Artículo 52: «a) Cuando el Notario no conozca al testador. b) En caso de que el testador sea ciego o enteramente sordo. c) Cuando el testador no sepa o no pueda firmar. d) En los supuestos en que el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador. En todos estos supuestos los testigos, en número de dos, no tendrán la obligación de conocer al testador, excepto en el caso a), y podrán serlo los empleados del Notario».

civil, y eliminó el impedimento por primera vez en nuestro Derecho para personas ciegas, sordas o mudas de actuar como testigos en los testamentos.

Esta reforma cumplió el propósito del legislador español de eliminar toda discriminación por motivos de discapacidad, conforme a la citada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por España en 2008, y que se ha completado con recientes modificaciones de nuestra normativa. Citamos el artículo 56 del Código civil, modificado por la disposición final 1.9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en la redacción dada por el artículo único 2 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, sobre la capacidad para contraer matrimonio de los discapacitados sensoriales, elimina el dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento; a partir de su entrada en vigor el 30 de junio de 2020, el letrado de la administración de justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contratantes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contratantes presente una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Añadimos también la reciente reforma de la Ley Orgánica, 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en cumplimiento de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Se instó al Estado español la modificación del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, que autorizaba a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación se ha producido por el artículo Único.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modo que la actual redacción del artículo 3.2 permite a toda persona ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera, en vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

VII.2 Régimen vigente

El fin de la intervención de los testigos, según el papel que desempeñan en el otorgamiento de los testamentos, puede ser de conocimiento (conocen directamente al testador y a su vez son conocidos por el notario, cuando el

notario autorizante no utilice, a estos efectos, los documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas, opción que ofrece el artículo 685.1 Código civil, función a que se refiere también el artículo 184 del Reglamento Notarial); o bien actuar con carácter instrumental, presenciando el acto del otorgamiento de los testamentos abierto y cerrado en los casos previstos en la ley (artículos 697.1.º y 2.º, 707.5.º, 716, 721, 722, 723 y 734 del Código civil, éste por remisión a las formalidades previstas en las secciones 5.ª y 6.ª del capítulo 1, título III, libro III del Código civil) o cuando el notario o el testador lo soliciten (artículos 697.3.º, 707.7.º y 734 Código civil), sin olvidar que los testigos de conocimiento pueden actuar también como testigos instrumentales (artículo 698.1.º Código civil)¹⁰⁴ y que los testigos instrumentales pueden serlo a su vez de conocimiento (STS. 25 de abril de 1991: artículo 29 de la Ley del Notariado y artículos 143, 184 y 185 del Reglamento Notarial).

Respecto a los primeros, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 2014 expuso los tres sistemas de identificación del causante previstos en el Código civil con el fin de evitar usurpaciones del estado civil: 1.º Que el otorgante sea directamente conocido del notario y de dos de los testigos instrumentales (artículo 685 Código civil, artículo 23 de la Ley del Notariado y artículo 187 del Reglamento Notarial); no es necesario que el testador tenga que conocer a los testigos si éstos le conocen e identifican (STS 15 de abril de 1980); en los casos del testamento en peligro de muerte o de epidemia, que no exige la presencia de notario, el artículo 685.2.º impone a los testigos el deber de conocer al testador y de asegurarse de su capacidad (STS 21 de junio de 1986). 2.º De no cumplirse así, se realice la identificación por otros dos testigos, llamados de conocimiento que a la vez sean conocidos del testador, de los instrumentales y del Notario. 3.º Que cuando tampoco se pueda cumplir con esa formalidad se acuda a la prueba documental, con reseña de indicios, circunstancias o notas características y personales del testador.

En cuanto a los testigos instrumentales, tras la reforma de 1991 no es obligatoria su presencia en los testamentos comunes ante notario, salvo que se dé alguna de las causas de los artículos 697 y 707. 5.º y 7.º del Código civil. En estos casos, la asistencia de los testigos se impone sólo para el acto del otorgamiento, de la emisión de la voluntad *mortis causa* del disponente, presenciada de forma consciente y voluntaria: en el testamento abierto los testigos estarán presentes en su lectura, en la manifestación de consentimiento por parte del testador, en la firma y en la autorización. En el testamento cerrado presencia-

¹⁰⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2013, pp. 126 ss.

rán la comparecencia del testador ante el fedatario con el testamento cerrado y sellado o cerrándolo o sellándolo, en la manifestación del primero al segundo de que el sobre o cubierta contiene su última voluntad escrita y firmada de una u otra manera, en la redacción en la cubierta del acta de otorgamiento y en la lectura y la firma del acta.

El Tribunal Supremo español defendió el carácter eminentemente formal y solemne de los actos de disposición *mortis causa* y, en particular, de los testamentarios¹⁰⁵, exigiendo el cumplimiento escrupuloso o riguroso en ellos de todas las solemnidades y requisitos extrínsecos impuestos con carácter imperativo e ineludible por la Ley¹⁰⁶ y declarando la nulidad de los otorgados sin su observancia¹⁰⁷, no la anulabilidad ni la nulidad parcial¹⁰⁸ y sin posibilidad de ulterior convalidación¹⁰⁹, pues el vicio no atenta contra el interés individual, sino contra el interés general¹¹⁰, habiendo llegado incluso la jurisprudencia a sostener que este aspecto formal, imperativamente impuesto, predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del otorgante (STS. 16 junio 1997), al punto de provocar su incumplimiento la nulidad del testamento aun en el caso de no poder dudarse racionalmente que el mismo refleje la voluntad del testador¹¹¹.

La idoneidad del testigo se debe apreciar en el momento en que se otorga el testamento (artículo 683 Código civil), simultáneamente a su otorgamiento. En ese caso, ¿Quién es el responsable de velar por el cumplimiento de las solemnidades establecidas? El notario autorizante, según el artículo 705 Código civil para el abierto y el artículo 715 para el cerrado¹¹²; la resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2003 mantiene muy consolidada doctrina en el sentido de que será el notario quien deberá consignar en el testamentos, bajo

¹⁰⁵ SSTS. 10 julio 1944, 16 febrero 1956, 19 junio 1958, 3 octubre 1962, 28 octubre 1965, 27 septiembre 1968, 10 noviembre 1973, 16 junio 1997, 29 abril 1999 y 21 marzo 2006.

¹⁰⁶ SSTS. 16 febrero 1956, 19 junio 1958, 27 septiembre 1968, 8 marzo 1975, 21 junio 1986 y 16 junio 1997.

¹⁰⁷ SSTS. 28 octubre 1965, 8 marzo 1975, 29 abril 1999 y 11 diciembre 2009, entre otras.

¹⁰⁸ SSTS. 24 de octubre de 1963; 27 de septiembre de 1968; 21 de junio de 1986.

¹⁰⁹ SSTS. 27 septiembre 1968, 8 diciembre 1975 y 9 mayo 1990.

¹¹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., pp. 177 ss.

¹¹¹ SSTS. 19 junio 1958, 28 octubre 1965 y 29 abril 1999. También existe la corriente jurisprudencial que, conforme al principio *favor testamenti*, ha flexibilizado el rigor formal cuando el fin del requisito de forma quedaba, aun de distinta manera, garantizado en el testamento en el caso de otorgamientos que no ofrecían motivos fundados para dudar de la capacidad y libertad del otorgante y de su voluntad según fue documentada. Citamos la STS. de 20 de marzo de 2013, que menciona la del mismo Tribunal de 30 de abril de 1909: «dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas dichas finalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión».

¹¹² SSTS. 16 de mayo de 1974; de 9 de mayo y 25 de junio de 1990.

sanción de nulidad, que los testigos instrumentales, a su juicio y con arreglo a las manifestaciones que hubieran hecho ante él, previamente requeridos, no se hallan comprendidos en ninguna de las prohibiciones establecidas en el Código civil.

Nos preguntamos cuál es el alcance de la responsabilidad del notario respecto a la intervención de los testigos. La jurisprudencia solo le responsabiliza en los casos en que el defecto de forma (como la inhabilidad del testigo) se deba a su malicia o ignorancia inexcusable¹¹³. De hecho, se ha inadmitido la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos en que, instada la nulidad de un testamento abierto por defecto en las solemnidades establecidas, no se demanda al notario autorizante (SSTS. 15 de noviembre de 1951, 22 de octubre de 1974, 10 de noviembre de 1979, 9 de mayo de 1990), sin perjuicio de que pueda participar en el procedimiento no como parte sino como coadyuvante (STS. 25 de junio de 1990), a fin de apoyar las pretensiones de una de las partes en función de las ventajas que le va a traer si éstas prosperan, y así no se vería incurso en un posible proceso posterior para exigir su responsabilidad¹¹⁴.

También nos preguntamos qué procede si un testigo instrumental que debe intervenir en el otorgamiento queda ciego, sordo o mudo antes de la firma del testamento. Previamente a la reforma, la práctica aconsejaba la redacción de un nuevo testamento y solicitar la presencia de dos testigos idóneos. En la actualidad no sería necesario, sin perjuicio de adaptar las formalidades del otorgamiento a la nueva condición del testigo. En el supuesto contrario, si queda sanado un testamento hecho ante testigo ciego, sordo o mudo que recu-

¹¹³ La STS. de 31 de enero de 1964 dice que: «*la manifestación hecha por el testador de no poder firmar por temblarle la mano derecha, recogida por el Notario, que motivó firmara un testigo a ruego de aquél, podía quizá determinar un vicio de nulidad del testamento*», si la causa fuera «*incierta*», pero rechaza tal apreciación en el caso de autos, porque «*la sentencia recurrida declara que no se ha acreditado que el testador pudiera firmar*», destruyendo la afirmación fáctica opuesta, y porque tampoco la Ley impone «*que el Notario deba comprobar la certeza*» de aquella manifestación; extremo sobre el que vuelve la STS. de 4 de mayo de 1977 al referir que la ley «*no impone al Notario obligación alguna de averiguar la certeza de esa imposibilidad, ni si responde a algún motivo permanente o pasajero, bastando que el fedatario tenga la impresión de que por las circunstancias personales del causante así sucede*», como ocurría en ese caso «*en el que la manifestación sin reservas del testador de no poder hacerlo, quedó corroborada por la existencia de una arteriosclerosis senil*» que le impedía físicamente firmar. La STS. de 20 de marzo de 2013, haciendo suya la declaración contenida en otra antigua de 24 de abril de 1896, señala que el cumplimiento formal del «*juicio de capacidad realizado por el notario*» no tiene porqué materializarse «*de un modo expreso y ritualista*», bastando que se exprese con claridad «*de cualquier otro modo o con locución distinta*» o que se infiera «*claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza*». La STS. de 20 de marzo de 2012 declara «*subsana*» por diligencia notarial el «*error material*» del texto testamentario en que consta que «*lo firma*» el testador cuando «*no lo firma por no poder, según asegura, haciéndolo por él los testigos...*», al haberse acreditado por dictamen médico que «*no podía firmar por una limitación de movilidad en la extremidad superior derecha... que le impedía poner su nombre*».

¹¹⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 132.

pera su capacidad sensorial, consideramos que no es posible, dado el carácter solemne de las formas prescritas determinantes de su validez (artículo 687 Código civil). Ya había respondido Bártolo de Saxoferrato en el comentario a D. 28,1,18 &1: «*Testamentum, quod ab initio non valet ex defectu estantis, impedimento cessante non confirmatur*»¹¹⁵.

VII.3 Supuestos en que puede intervenir un testigo ciego, sordo o mudo en los testamentos comunes notariales abierto y cerrado

Los testigos testamentarios son las personas que han de presenciar el acto de otorgamiento por disposición legal o porque el testador o el notario así lo soliciten. La ley los prevé:

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento (artículos 697.1.º y 707.5.º del Código civil), se entiende por causa distinta a poder ver o leer el documento, pues están previstas en siguientes ordinales¹¹⁶. Clara la función testifical, el testigo ciego, en principio, no puede identificar el documento del testador, ya sea testamento abierto por escrito o cerrado. Si es abierto y manifestado de viva voz por el causante, aunque debe redactarlo el notario y leerlo en alta voz o dárselo al testador o al testigo ciego, éste ni puede leerlo, ni aseverar sin duda que tal documento contiene realmente la voluntad del testador, ni saber, aunque la información fuera exacta y su firma se hubiera estampado al pie del documento, que realmente todo es verdad.

2.º El mismo problema encontramos con la necesidad de testigos si, pudiendo firmar el testamento, el testador es ciego o, conforme ha interpretado la jurisprudencia, cuando sin tener ceguera total, el testador sufre una lesión o defecto de gravedad bastante para impedirle la lectura¹¹⁷. En este supuesto además se da la paradoja de que puede intervenir un testigo ciego para salva-

¹¹⁵ BARTOLO DE SAXOFERRATO: *Infortiatum, seu pandectarum iuris civilis, tomus secundus, ex pandectis florentinis, quoad eius fieri potuit, repraesentatus. Commentarius Accursii, Scholiis Contii, & Dionysii Gothofredi lucubrationibus Ad Accursium illustratus, Lugduni, 1627, pág. 386: ad Digestorum Lib. XXVIII. Tit. I, XVIII &1.*

¹¹⁶ La doctrina jurisprudencial se ha referido repetidamente al carácter supletorio -o subordinado a la imposibilidad de firmar el testador- de la firma del testigo rogado (SSTS. 16 de febrero de 1956, 31 de enero de 1964, 27 de septiembre de 1968, 10 de septiembre de 1973, 16 de junio de 1997, entre otras), habiendo declarado que, aún manifestada por el propio testador en el acto aquella imposibilidad (por no saber o no poder hacerlo), si luego se demuestra dicha alegación falsa, mendaz o inexacta, el testamento deviene nulo (SSTS. 4 de enero de 1952, 31 de enero de 1964, 10 de noviembre de 1973 y 29 de abril de 1999) porque, como advierte la STS. de 31 de enero de 1964: «no puede quedar al arbitrio caprichoso de aquél el cumplimiento de un requisito formal exigido por el párrafo primero del artículo 695 del Código civil».

¹¹⁷ STS. 12 de abril de 1973, por remisión de la SAP. Madrid, 22 de junio de 2005.

guardar la voluntad de un testador que no lo es, aunque no pueda firmar. Por otra parte, si el testador es totalmente sordo y no sabe leer, el legislador obliga al testigo ciego a leer por sí mismo el testamento a fin de declarar que coincide con la voluntad manifestada del *de cuius*.

En todos estos casos, es evidente que la reforma legal obliga a procurar el acto de otorgamiento de los medios técnicos adecuados para garantizar la formalidad, por ejemplo, la redacción del testamento en alfabeto Braille o la utilización de dispositivos homologados de lectura para ciegos, pudiendo el notario estar asistido de especialista a modo de intérprete, como establece el legislador para los testamentos hechos en idioma distinto al del notario (artículo 684 Código civil), que permitan al testigo ciego corroborar, sin ningún género de duda, que el contenido del documento se corresponde con la voluntad del testador, debiendo el testamento estar redactado, en su caso, además en alfabeto Braille.

Por otra parte, si bien no es legalmente posible una manifestación del testador por medio de signos, gestos o afirmaciones y negaciones a preguntas de notario, para evitar que suplante al testador con hábiles preguntas¹¹⁸, sin embargo, sí se ha admitido que, una vez el testamento está redactado por el notario, se proceda a su lectura en alta voz por el fedatario público o por el testador mismo, y éste consienta con movimientos inequívocos de cabeza, que revelen de manera indubitada que el testador expresa así su total ratificación del testamento¹¹⁹. En este caso, ¿sería válido el testamento en que el testador muestra su aquiescencia a la lectura del notario con un gesto ante el testigo ciego? Entendemos que no sería posible, pues el testigo no puede observar y después firmar sin ningún género de duda que el testador ha asentido.

3.º Si el testador en testamento abierto o cerrado no sabe o no puede firmar, o sabiendo hacerlo, sin embargo, es ciego o no sabe o no puede leer (sólo en el caso de testamento abierto: artículo 708 del Código civil), siendo el testigo sordo, el problema viene dado por la manifestación de viva voz

¹¹⁸ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., pp. 203 ss.

¹¹⁹ SSTS. 18 de abril de 1915; 30 de noviembre de 1991 y de 21 de marzo de 2006. Ésta rehúsa considerar la conformidad del testador con el testamento leído «una fórmula expresa y solemne» cuya inobservancia anule su otorgamiento, reputando bastante una «manifestación de voluntad del testador... de la que se deduzca inequívocamente aquella conformidad», como que «la testadora manifestó quedar enterada del testamento y lo firmaba». La STS. de 30 de noviembre de 1991, señala que para apreciar la conformidad del testador con el contenido del testamento leído es «suficiente que asienta al contenido... mediante movimientos de cabeza tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra»; la misma doctrina contiene la STS. de 24 de noviembre de 2004. En definitiva, se ha aceptado por la jurisprudencia que el testador manifieste su conformidad de palabra o por cualquier medio de exteriorización que, de modo inequívoco, la revele y con el refrendo de su firma en el acto, caso de saber y poder hacerlo, materialización de su aquiescencia.

del testador, verbalizando su última voluntad o indicando que ésta se contiene en documento abierto o cerrado y, de ser abierto, por la lectura del testamento documentado por el notario al testador y a los testigos en alta voz (artículos 695 Código civil y 25 de la Ley del Notariado)¹²⁰; es obvio que el testigo sordo debe quedar enterado de su contenido o de que el documento es el testamento cerrado del causante y, por su sordera, difícilmente se cumpliría el fin de la norma. En este caso, el legislador habría de, bien exigir que los testigos sordos no tuvieran el derecho a la elección de leer por sí el testamento, sino el deber de leerlo por sí mismos antes de la firma, como exige al testigo si el testador es sordo y no sabe o no puede leer (artículo 697 Código civil)¹²¹, bien hacer participar en el otorgamiento a un intérprete del lenguaje de signos que permita la comunicación, salvo que el testador la conozca y pueda utilizarla. El intérprete es necesario, en todo caso, cuando el testador es sordomudo, pues no solo los testigos deben conocer el contenido sino de manera fundamental el notario. De otra parte, el testigo sordo tampoco escucharía al testador que ratifica verbalmente la lectura del notario, si no fuese acompañada de otros gestos indubitados o la intervención de intérprete.

El uso de la lengua de signos está garantizado y protegido en España, además de la normativa internacional, por la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que, si bien no reconoce la cooficialidad de la lengua de signos, su artículo 2 establece el derecho de libre opción de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral». Esta opción implica que el Estado no sólo no debe interferir en su uso, sino que ha de garantizarlo y protegerlo¹²².

Menos problemas plantea la intervención del testigo mudo, pues ve y escucha al testador y la lectura del notario, pudiendo dar fe de la voluntad del causante con gesto de aquiescencia y su firma.

¹²⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 211. La STS. de 4 de mayo de 1977 indica que «no es preciso que se exprese en el testamento que la lectura se ha hecho en alta voz, siempre que conste que el Notario leyó el testamento, pues ha de inferirse que lo haría para que se enterasen los que con su firma habían de autorizarlo».

¹²¹ Respecto al testador sordo, es requisito que sea totalmente sordo, no es necesario si puede oír hablándole en voz alta: SSTS. 13 de marzo de 1920 y 27 de marzo de 1930.

¹²² RAMIRO, M. A., «Lengua de signos y audismo», *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, dir. por P. Cuenca, Madrid, 2012, pp. 61-78.

4.º Finalmente, el testigo ciego, sordo o mudo participa cuando el testador o el notario lo soliciten. A petición del testador, el notario debe asumirlos (artículo 2 Ley Notariado y artículo 3 del Reglamento notarial); si lo solicita el notario, el testador es libre de persistir o desistir de su decisión de testar, pero si persevera, deberá aceptar la concurrencia de testigos ¹²³.

Claro el requisito *ad substantiam* de su intervención, necesario para la validez del testamento ¹²⁴, nos planteamos si los testigos tienen una función *ad probationem* en caso de impugnación del testamento. Cierto que la intervención de los testigos es posible en juicio, no obstante, si el testamento consta en documento público prima éste sobre aquéllos, según la legislación procesal civil (artículos 319 y 320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin obviar que la existencia del testamento consta inscrita en el Registro de Actos de Última Voluntad.

VIII. CONCLUSIONES

El legislador español tras la reforma de 1991 abandonó la necesidad, con carácter general, de la concurrencia de testigos en los testamentos comunes notariales, que sólo intervendrán cuando concurren los supuestos previstos legalmente, a fin de evitar fraudes y proteger la voluntad del testador. Este objetivo se alcanzaba con testigos idóneos de los que fueron excluidos, ya desde el Derecho Romano, el ciego, el sordo y el mudo por su discapacidad sensorial. La inhabilidad se ha mantenido en nuestra normativa a lo largo de los siglos, pero el prejuicio del legislador español era incompatible con las nuevas orientaciones sobre el tratamiento de la discapacidad, cristalizadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ha sido la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria la norma que finalmente ha reconocido la idoneidad de las personas ciegas, sordas o mudas para participar como testigos en los testamentos. La modificación reconoce, por encima de la capacidad jurídica consustancial a todo ser humano, su plena capacidad de obrar, que deberá ir acompañada de las medidas e instrumentos adecuados que permitan alcanzar de forma eficaz el objetivo legal en igualdad de condiciones que los demás, siendo éste, sin duda, una mano tendida a la labor social del notariado.

¹²³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pp. 131 ss.

¹²⁴ OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, p. 62; GORDÓN, G., *Testamentos y partición de herencias*, 2.ª ed., Madrid, 1950, pp. 277 y 363-635; MARTOS CALABRÚS, *LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL, op. cit.*, pp. 97 ss.

**INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM:
A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN
Y LA AUTOTUTELA EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO,
DE DERECHO CIVIL DE GALICIA**

*Interpretatio prudentium and ius controversum: regarding the regulation of
adoption and guardianship in the Act 2/2006, of 14 th june, on Galician
Civil Law*

RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO
Universidade da Coruña

Resumen: A partir de la doctrinalmente discutida fundamentación jurídica seguida por el Tribunal Constitucional en su STC 133/2017, de 16 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a los arts. 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se pretenden analizar algunas cuestiones relativas a la forma y al fondo argumentativo de la interpretación realizada sobre diversos aspectos conectados con el posible desarrollo institucional del Derecho civil de Galicia.

Palabras clave: Arts. 27-45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; recurso de inconstitucionalidad; desarrollo institucional del Derecho civil de Galicia; fundamentación jurídica del TC; STC 133/2017, de 16 de noviembre; adopción; autotutela.

Abstract: On the grounds of the legal basis adopted by the Constitutional Court, in its judgement 133/2017, of 17 September deciding on an action of unconstitutionality against articles 27 to 45 of the Gallician Civil Law Act 2/2006, of 14 June, this paper aims at analysing some fundamental issues relating to the line of arguments adopted by the Court with respect to several aspects linked to institutional development of the Gallician Civil Law.

Keywords: Arts. 27-45 of the Galician Civil Law Act 2/2006 of 14 June; action of unconstitutionality; institutional development of the Galician Civil Law; legal basis adopted by the Constitutional Court; Judgement Constitutional Court 133/2017 of 16 November; adoption; guardianship.

SUMARIO: I.–Justificación del trabajo. II.–Opiniones críticas formuladas en relación a la STC 133/2017. III.–El art. 149.1.8 de la Constitución Española como ejemplo de *ius controversum*. Breve referencia a las distintas posturas doctrinales y a la doctrina jurisprudencial en torno a su interpretación. IV.–Cuestiones de forma y fondo, relativas a la argumentación empleada por el TC en su STC 133/2017 en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 27 a 41 de la LDCG 2/2006, de 14 de junio. IV.1. Determinación por el TC del encuadre competencial de los preceptos impugnados y referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión planteada. IV.2. Concreción de los requisitos establecidos por el TC para poder considerar válidas las normas relativas a la regulación de la adopción que la Comunidad Autónoma gallega pretendía introducir en su ordenamiento jurídico civil. IV.3. La negación de existencia de peculiaridades gallegas relativas a la adopción o instituciones similares. IV.4. El rechazo al posible fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada y a su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia. V.–Conclusiones.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Desde hace tiempo y todavía hoy, hemos venido manifestando nuestro interés por el estudio de cuestiones relativas a la interpretación jurisprudencial recogidas en los textos dentro del ámbito del Derecho romano y más específicamente, por lo que se refiere a determinados supuestos en los que se pueden apreciar controversias entre los juristas en cuanto a las posibles soluciones proporcionadas por estos a las cuestiones planteadas en torno a los mismos.

Ese interés, relativo a la, en términos romanos, denominada *interpretatio prudentium* y el correspondiente *ius controversum* procedemos a trasladarlo, nuevamente, a otro ámbito. En esta ocasión al de un derecho positivo específico, que, por considerarlo especialmente atractivo tanto desde un punto de vista histórico como jurídico, también ha venido siendo objeto de nuestra atención a lo largo de estos años: el relativo al Derecho civil de Galicia.

En este escrito concretaremos nuestra atención en diversas cuestiones muy controvertidas desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial que se han planteado en relación al posible desarrollo de algunas instituciones –en concreto la adopción y la autotutela– del Derecho civil de Galicia, fundamentalmente al hilo del análisis de los criterios argumentativos utilizados por el

Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia (STC) 133/2017, de 16 de noviembre¹, para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a los artículos 27 a 45 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG), relativos a la adopción y la autotutela.

II. OPINIONES CRÍTICAS FORMULADAS EN RELACIÓN A LA STC 133/2017

Resulta evidente que la Sentencia del TC 133/2017 no ha pasado inadvertida, y no para bien, puesto que la misma ha suscitado en la doctrina más autorizada, a consecuencia de los planteamientos que en la misma se contienen, muy duras críticas.

En este sentido, la acreditada Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela y Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, María Paz García Rubio, en un reciente trabajo², ha dedicado los siguientes calificativos a dicha resolución y su contenido: «interpretación del art. 149.1.8.^a CE que es, sin lugar a dudas, la más restrictiva de todas las que hasta ahora ha dictado “el TC” respecto a las posibilidades de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas “allí donde exista” Derecho civil propio»; «la profunda desorientación que particularmente en los últimos años viene produciendo el TC en los destinos del mandato contenido en el art. 149.1.8.^a CE, alcanza en esta STC 133/2017 de 16 de noviembre su cota más alta, hasta el punto de convertirse en auténtica estupefacción y desconcierto»; «decisión que parece condenar al Derecho civil de Galicia al ostracismo que en cierta medida ya vivió durante la vigencia de la Compilación de 1963»; «supone la interpretación más restrictiva del precepto constitucional ‘art. 149.1.8.^a CE’ y de la jurisprudencia emanada del propio Tribunal que éste invoca»; «nos hallamos ante la Sentencia más centralista o, si se prefiere, menos autonomista, de todas las dictadas hasta ahora en aclaración del abstruso precepto constitucional “art. 149.1.8.^a CE”»; «con la STC 133/2017, relativa al Derecho gallego, el TC da otra vuelta de tuerca en la comprensión menos autonomista del precepto “art. 149.1.8.^a CE”»; «se da una evidente

¹ Recogida en el «BOE» núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

² Titulado «La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre ¿interpretación del artículo 149.1.8.^a CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?», publicado en *Foro Galego (Revista Xurídica Xeral de Galicia)*, VIII Época, núm. 205, julio-diciembre 2018, pp. 9 ss.

vuelta de tuerca en el proceso de minimización de «algunos» Derechos civiles autonómicos añadiendo al gallego al ya esquilmado Derecho civil valenciano, a la vez que se traza otra línea diferente, cuando menos para los casos catalán, navarro y aragonés»; «realiza una interpretación...llamada a dejar el mínimo margen posible de actuación a la Comunidad Autónoma de Galicia en lo que atañe a la modernización de su Derecho civil propio»; «recorta hasta el límite de lo posible la viabilidad del Derecho civil gallego»³.

A todos estos reparos añade García Rubio el relativo al efecto producido por la Sentencia en el ámbito jurídico gallego, que concreta en «la extendida convicción entre los juristas que trabajan con el Derecho civil gallego de que la interpretación mantenida en esta Sentencia sobre el significado y alcance del artículo 149.1.8.^a CE es mucho más restrictiva que la que el TC sustenta cuando el mismo precepto constitucional se proyecta sobre la labor legislativa de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. En definitiva, lo que se siente y se denuncia es que Galicia ha sufrido con esta decisión un trato discriminatorio en relación con su competencia legislativa en materia civil... En otros trabajos anteriores de mi autoría creo haber puesto de relieve el desigual tratamiento que han recibido las Comunidades Autónomas destinatarias del artículo 149.1.8.^a CE en lo que se refiere al escrutinio por parte del Tribunal Constitucional de diversas leyes dictadas con fundamento en sus respectivas competencias civiles; sin embargo, creo que pocas veces antes ese desigual tratamiento ha sido tan evidente como ahora»⁴.

En términos críticos semejantes a los indicados ya se pronunciaron en su momento, en sendos Votos Particulares formulados a la Sentencia, los Magistrados discrepantes con la resolución, Juan Antonio Xiol Ríos, por una parte; y Cándido Conde-Pumpido Tourón (al del que se adhirieron también los Magistrados Fernando Valdés dal Ré y María Luisa Balaguer Callejón), por otra.

En opinión de Xiol Ríos, «la respuesta dada por el Tribunal al problema constitucional planteado en este recurso de inconstitucionalidad adolece de una actitud formalista poco acorde con la interpretación evolutiva del texto constitucional y, particularmente amenaza con interrumpir un proceso enraizado en la tradición y evolución del Derecho privado en España». «El Tribunal Constitucional, al llevar a cabo el control del ajuste constitucional de la actualización de las normas civiles gallegas objeto de este recurso de inconstitucionalidad ha optado de nuevo por una respuesta formalista... esta postura se

³ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, *passim*.

⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 31 s.

compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE»⁵. A todo ello añade que «la Sentencia contribuye a la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional en materia de legislación civil, pues ha modificado la inteligencia del precepto constitucional contenido en el artículo 149.1.8 CE, dificultando la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español»⁶, para concluir afirmando que «considero de gran importancia –y, sinceramente, de efectos perturbadores– la orientación restrictiva de los derechos civiles autonómicos adoptada por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia»⁷.

Por su parte, Conde-Pumpido⁸ afirma literalmente que «la Sentencia de la que discrepo puede, por tanto, generar la impresión de que este Tribunal aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial»⁹.

III. EL ART. 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO EJEMPLO DE *IUS CONTROVERSUM*. BREVE REFERENCIA A LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES Y A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN

La resolución de la cuestión planteada en la tan criticada Sentencia que nos ocupa se asienta, entre otras, fundamentalmente en la interpretación de tres normas: el artículo 149.1.8 de la CE, y los artículos 27.4 y 38.3 del Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG)¹⁰.

Respecto al artículo 149.1.8 CE se ha dicho que «plantea un mar de dudas interpretativas», que «es uno de los artículos de redacción más compleja en

⁵ Punto 1 de su Voto Particular.

⁶ Punto 4 de su Voto Particular.

⁷ Punto 8 de su Voto Particular.

⁸ Cuya discrepancia con la Sentencia, como indica en el Punto 2 de su Voto Particular, se centra en la forma en que en los fundamentos jurídicos 6 y 7 se aplica el canon de constitucionalidad a las normas impugnadas –que se define en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia–, concreta en tres los aspectos de la fundamentación de la resolución que dice no compartir: a) La lectura que se realiza del preámbulo de la Ley impugnada; b) El tratamiento del requisito de la acreditación del derecho consuetudinario que realiza la Sentencia; y, c) La desviación de la Sentencia de los precedentes sentados por el Tribunal Constitucional en otras Sentencias relativas a la materia.

⁹ Punto 2 apartado c) de su Voto Particular

¹⁰ Dicho Estatuto apareció publicado en el «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 1981.

la vigente Constitución», que «la doctrina española siempre ha mostrado perplejidad ante dicho artículo», y que «con él se crean una serie de problemas muy interesantes». Entre esos diversos «problemas que se plantean por primera vez en la vigente Constitución» se citan: «(i) el alcance de la competencia en el ámbito de la legislación civil; (ii) los titulares de dicha competencia en el ámbito de la legislación civil, y (iii) el contenido del concepto de legislación civil»¹¹.

En cuanto a las corrientes doctrinales que han formulado interpretaciones sobre dicho artículo, se viene indicando que «no hay una doctrina común ni mucho menos unánime sobre el significado de la competencia atribuida al Estado en materia de legislación civil»¹².

Por lo que respecta a dichas corrientes, García Rubio¹³ señaló en su momento que, en cuanto a las posibles interpretaciones de los términos «conservación, modificación y desarrollo» utilizados por la Constitución y a los que se refiere el citado artículo 149.1.8 de la misma, cabe apreciar cuatro posibles posiciones, identificables con la extensión de las competencias civiles de las Comunidades Autónomas que las hubiesen asumido en sus correspondientes Estatutos de Autonomía. A su modo de ver, serían las siguientes:

1. La que estima que la competencia civil de las Comunidades Autónomas está limitada por las competencias exclusivas del Estado, por un lado, y por el contenido de las Compilaciones en el momento de promulgarse la Constitución, por otro. Así, el desarrollo del Derecho civil foral respectivo queda circunscrito a las instituciones que en estos cuerpos legales son objeto de algún tipo de regulación.

2. La que entiende que el único límite a las competencias civiles de las Comunidades Autónomas con Derecho foral está en las materias reservadas «*en todo caso*» por la Constitución a la competencia exclusiva del Estado, de modo que la legislación autonómica puede extenderse a instituciones civiles que en las Compilaciones respectivas se hallen carentes de regulación.

3. La que considera que si bien los términos «conservar, modificar y desarrollar» impiden una ruptura radical con la situación preconstitucional y reclaman una relación de continuidad con el pasado, no es menos cierto que no

¹¹ Son afirmaciones de la Catedrática de Derecho civil y Magistrada del TC M.E. ROCA TRÍAS, recogidas en su comunicación titulada «La Codificación moderna», contenida en AA.VV., *Estudios*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2016, (pero edición en 2017), p. 177 s.

¹² ROCA TRÍAS, M.E., *op cit.*, p.178.

¹³ GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales, S.L., s.f (pero, 2002), p. 50 ss.

se trata de desarrollar instituciones aisladas y fosilizadas en las correspondientes Compilaciones, sino verdaderos sistemas jurídicos autónomos. Así entendido, la competencia de las Comunidades Autónomas ha de llegar hasta donde alcance la fuerza expansiva de los principios informadores de cada Derecho o las necesidades de actualización del sistema jurídico representado por esos cuerpos legales, contando siempre con el límite de las competencias exclusivas del Estado.

4. La que sostiene que la condición de atribución de competencias en materia civil no ha de pasar necesariamente por la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, puesto que la competencia exclusiva del Estado en materia civil se circunscribiría a la expresada en el elenco del segundo párrafo del art. 149.1.8.^a y, fuera de tales materias, cualquier Comunidad Autónoma podría asumir en sus respectivos Estatutos competencias sobre materias que siendo inicialmente propias del Derecho civil no atentasen, sin embargo, contra la reserva final¹⁴.

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sentada por el TC, se ha destacado que el Alto Órgano jurisdiccional «no ha contribuido en absoluto a aclarar el alcance del art. 149.1.8 CE»¹⁵.

Tradicionalmente se ha venido utilizando como referente básico para resolver los problemas interpretativos planteados respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de «conservación», «modificación» y «desarrollo» de su Derecho civil propio a que se alude en el mencionado artículo de la CE, la STC 88/1993, de 12 de marzo¹⁶, mediante la que se resolvió el recurso promovido en su momento por el Gobierno de la Nación contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1998, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. En ella, el problema constitucional planteado se centraba en determinar si la Comunidad de Aragón tenía competencias civiles para equiparar los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, teniendo en cuenta que la Compilación del Derecho civil de Aragón, de 1967,

¹⁴ Cfr. asimismo, en relación a la diversas corrientes que se podrían establecer, lo indicado en sus más recientes trabajos, por ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 178, que diferencia al respecto tres posibles tendencias, que denomina, respectivamente: «maximalistas», «restrictivas» y «foralistas», y PABLO CONTRERAS, P. DE, en AA.VV. (coord., de Pablo Contreras), *Curso de Derecho civil* (I, I), *Derecho Privado y Derechos subjetivos*, Madrid, Reimp. de la 5.^a ed. 2015, Edisofer, S.L., 2016, p. 85, que también habla de tres corrientes que califica, respectivamente, como «tesis más restrictivas», «opiniones intermedias» y «tesis más amplias», señalando en cada caso los defensores más significados de las mismas.

¹⁵ ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 178.

¹⁶ Recogida en el «BOE» núm. 90. De 15 de abril de 1993 (Suplemento), p. 62 ss.

no contenía regla alguna sobre la adopción ni sobre el *status familiae* de los hijos adoptivos¹⁷.

Por lo que aquí interesa, en relación al concepto de «conservación»¹⁸, en el fundamento jurídico (FJ 2) de dicha STC 88/1998 se precisa que: «El concepto constitucional de «conservación... de los derechos civiles, forales o especiales» permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1.º)... Lo que la Constitución permite es la «conservación», esto es, el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE».

En cuanto al «desarrollo», en el FJ 3 de la Sentencia se señala lo siguiente:

«El concepto constitucional... y estatutario... de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece –según indicamos en el fundamento jurídico 1.º aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde exis-

¹⁷ Respecto a la interpretación de dicha Sentencia por la doctrina civilista en relación a su posible encuadre dentro de las diversas corrientes anteriormente señaladas, *cf.*, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.P., *cit.*, p. 51 ss.; ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 178 s.; PABLO CONTRERAS, P. DE, *op. cit.*, p. 85 s.

¹⁸ Por lo que se refiere al criterio de «modificación», el TS, también en el FJ 2 de la Sentencia, excluye su aplicación en el caso planteado, expresando en cuanto a su significado: «tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «modificadora» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título como norma que «modifica el artículo 19.1 de la Compilación», precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal».

tan» a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».

El criterio central al que se recurre en la STC 88/1993 en las cuestiones relativas al «desarrollo» del Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma de que se trate, es, por tanto, el denominado de «conexión».

Precisamente en relación a dicho criterio, sobre el que volveremos más adelante, García Rubio se ha mostrado particularmente crítica, al considerarlo como «especialmente maleable» —«la ductilidad del criterio de la conexión permite la adaptación a cada situación particular», dice— por tratarse de «una herramienta que se maneja «a la carta» en función de que se esté analizando la legislación civil de una u otra Comunidad Autónoma», como, en su opinión, demuestra su diferente modo de utilización —más o menos laxo «en función de criterios que no se terminan de explicar»— en las cuatro últimas Sentencias en que se recurre al citado criterio: STC 25/2017; STC 133/2017; STC 40/2018; y STC 41/2018¹⁹.

Según García Rubio, «se debería superar la idea de la “conexión suficiente”». En su opinión, «la idea de “conexión” no es necesaria porque no está en

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, p. 34 y 36 s.

la Constitución, resulta ambigua e insegura, y debe ser superada por una interpretación igualmente respetuosa con la norma fundamental, pero más acorde con la realidad legislativa actual, y, sobre todo, más respetuosa de la seguridad jurídica». Considera también que el de la «conexión» es, además, «un recurso que, o bien se ha mostrado inoperante, o bien se ha utilizado como un instrumento más político que jurídico», y que, por todo ello, «no me parece que el criterio de la “conexión suficiente” sea la mejor salida interpretativa al intrincado artículo 149.1.8.^a CE; pero “que” si se esgrime como tal, ha de utilizarse de modo uniforme y neutral y, por tanto, empleando la misma vara de medir (más o menos flexible) para todos los legisladores autonómicos competentes en materia civil»²⁰.

Además de la STC 88/1993, también se citan como de interés para la cuestión que nos ocupa, entre otras: la STC 156/1993, de 6 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad sobre determinados artículos de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, que eliminaban la intervención de los testigos en el testamento notarial; la STC 182/ 1992, de 16 de noviembre, sobre arrendamientos históricos de Galicia; la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña; la STC 95/2017, de 6 de julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida; o, en el específico ámbito valenciano: la STC 121/1992, de 28 de septiembre, la STC 82/2016, de 28 de abril, la STC 110/2016, de 9 de junio, y la STC 192/2016, de 16 de noviembre; y, con posterioridad a la STC 133/2017, las SSTC 40/2018 y 41/2018, ambas de 26 de abril, que resuelven, respectivamente, la primera, el recurso presentado contra dos artículos de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, relativos al destino de inmuebles vacantes situados en su territorio y a los saldos abandonados en entidades financieras sitas en dicha Comunidad Foral; y la segunda, el recurso interpuesto en relación a la Disposición Adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, y la Disposición Adicional sexta del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, relativos al destino de las fincas procedentes de procesos de concentración parcelaria que carezcan de dueño.

En diversos razonamientos contenidos en algunas de esas Sentencias se apoya el TC, como veremos a continuación, para resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en la STC 133/2017.

²⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 34 y 37.

IV. CUESTIONES DE FORMA Y FONDO, RELATIVAS A LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR EL TC EN SU STC 133/2017 EN RELACIÓN A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 27 A 41 DE LA LDCG 2/2006

IV.1 **Determinación por el TC del encuadre competencial de los preceptos impugnados y referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión planteada**

En el FJ 4 de la Sentencia, el TC, tras concretar el objeto de análisis del recurso –relativo a la determinación de si la legislación en materia de adopción y autotutela corresponde o no a la Comunidad gallega en virtud de las competencias constitucionales de que dispone– y el ámbito material en el que deben incardinarse los preceptos impugnados –relativo al derecho civil–, determinando de manera pacífica y sin controversia entre las partes implicadas el problema planteado –competencia de la Comunidad Autónoma gallega en materia de legislación civil–, procede a citar diversas Sentencias relativas a la que indica como «consolidada doctrina de este Tribunal sobre la competencia en materia de legislación civil».

Todas las Sentencias citadas en el FJ 4, salvo la trascendental STC 88/1993, de 12 de marzo (relativa a la Comunidad de Aragón), tienen que ver con cuestiones relativas a la distribución de competencias en el ámbito de la legislación civil entre el Estado (art. 149.1.8 CE) y la concreta Comunidad Autónoma gallega (art. 27.4 EAG).

En la STC 182/1992, de 16 de noviembre –de la que, según indica el TC en su razonamiento, «hemos de partir»– se analizaba la introducción *ex novo* de la regulación de la prórroga de arrendamientos rústicos, no existiendo en la por aquel entonces vigente Compilación de Derecho civil de Galicia regla alguna directa y expresa sobre el arrendamiento rústico. Asimismo, en la STC 133/2017 se plantea «y así parece confirmarse» –según indicará el TC más adelante, en el FJ 6 de dicha Sentencia– la introducción *ex novo*, en el caso analizado, de la adopción y se da a entender –en el FJ 7– que también para la autotutela.

Aun cuando en ambas SSTC se estaban introduciendo instituciones hasta entonces no reguladas en la normativa civil autonómica gallega, nos parece conveniente matizar la circunstancia de que, mientras que en la STC 182/1992 se estaba planteando, clara y exclusivamente, una cuestión relativa a la «conservación» del Derecho civil gallego –«recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio

autonómico»–, la cuestión planteada en la STC 133/2017, según parece poder deducirse del *iter* interpretativo seguido por el TC en la misma, se encontraba referida, tanto a cuestiones relativas a «conservación» como a «desarrollo». Y ello, supuestamente, porque el TC procedía en ella a intentar dar respuesta, según expresa en su FJ 5, a las alegaciones formuladas, respectivamente, por el Letrado del Parlamento y de la Xunta de Galicia, en el sentido de determinar la existencia –en el caso de la adopción– como costumbre arraigada en el territorio gallego –cuestión ésta relativa a «conservación»– y a la posible conexión existente entre las instituciones impugnadas –en este caso, la adopción y la autotutela– con otras tradicionales y arraigadas instituciones gallegas ya existentes –cuestión ésta relativa al «desarrollo»–, que es la que efectivamente se plantea, según reconoce el TC en el FJ de su Sentencia.

Esto quiere decir que la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 182/1992 propiamente podría ser utilizada en todos aquellos casos en los que se estuviesen planteando cuestiones relativas a la «conservación», pero no al «desarrollo».

Consideramos que dicha precisión es importante, puesto que los conceptos de «conservación» y «desarrollo» son distintos y por ello implican para su resolución exigencias y presupuestos interpretativos diferentes, como se puede apreciar claramente por lo expresado en relación a los mismos en los FJ 2 y 3 de la reiterada STC 88/1993 que hemos transcrito *supra*.

Por lo que se refiere a la STC 127/1999, en la misma parece estarse descartando la existencia en el caso de que se trata en el recurso de una regulación *ex novo* de la institución que en aquél supuesto se pretendía regular por la Comunidad Autónoma gallega –como, por el contrario ocurría en las SSTC 182/1992 y 133/2017–, en concreto, los «montes vecinales en mano común», admitiendo la misma por considerarla como una «institución propia del Derecho civil de Galicia, dada su presencia en distintas compilaciones del Derecho civil de Galicia y en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», es decir, en definitiva, como «desarrollo» de una institución, pero ya regulada, es decir, existente, lo que no sucedía en el caso de la STC 133/2017, en la que la regulación que se pretendía, también era de «desarrollo», pero, como ya hemos dicho, lo era *ex novo*.

En cuanto a la STC 47/2004, en la misma se trataban aspectos relativos no ya al denominado derecho sustantivo, como en todas las anteriormente indicadas, sino a determinadas especialidades referidas al derecho procesal.

Es precisamente la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 88/1993, también citada en la STC 133/2017 en apoyo de su razonamiento, junto con las antes referidas, relativa no ya a una cuestión planteada en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega, sino a la de Aragón, la que consideramos que va

a poder presentarse como básica para llevar a cabo la resolución del problema jurídico de que se ocupa la STC 133/2017.

La cuestión planteada en la STC 88/1993 presenta una evidente –aunque no total– similitud en cuanto a la materia objeto de regulación –en este caso, la adopción– con la que se trata en la STC 133/2017: en esta última resolución se cuestiona la pretensión por parte del legislador gallego de introducir un régimen jurídico completo en su ordenamiento civil relativo a la adopción, mientras que en la primera se planteaba la posibilidad más restringida de establecer en el ordenamiento jurídico civil aragonés la equiparación de los hijos adoptivos a los naturales.

Por otra parte, ambas Comunidades –gallega y aragonesa–, como es sabido, disponían de competencias constitucionales, establecidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, para poder «conservar, modificar y desarrollar» sus Derechos civiles propios, en virtud de lo señalado en el artículo 149.8 CE.

De la importancia de la doctrina jurisprudencial sentada por la STC 88/1993 para resolver la cuestión discutida se hace eco el TC en su STC 133/2017 acogiendo diversos razonamientos formulados en aquella, pero, en algún caso, por así decir, con una interpretación de los mismos un tanto particular, y omitiendo otros que quizá también podrían –por no decir, deberían– haber sido tomados en consideración ²¹.

Resulta también llamativo otro dato que el TC está resaltando –no sabemos si consciente o inconscientemente– en el FJ 4 de su STC 133/2017, respecto a las SSTC relativas a la Comunidad Autónoma gallega que en aquella se citan –respectivamente: STC 182/199; STC 127/1999; y, especialmente, STC 47/2004–, que da la impresión de –si se nos permite utilizar esta expresión– «condicionar» –tampoco sabemos si de forma consciente o inconsciente– la fundamentación seguida por el TC en la resolución del recurso, como se dirá más adelante.

Nos referimos, en concreto, por una parte, al, en palabras del propio TC, «carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral “de Galicia, que” constituye una de sus peculiaridades más relevantes e informa tal ordenamiento civil»; y, por otra, a la circunstancia de que «las instituciones reguladas en esa Ley “Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, entonces vigente”» se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad esencialmente minifundista». En definitiva, y de forma simplificada, lo que el TC parece estar resaltando es que el Derecho civil

²¹ Esta es, en esencia, la opinión sustentada con fundadas razones por GARCÍA RUBIO en «La competencia del legislador gallego...», *cit. passim*, que compartimos.

de Galicia es esencialmente un derecho consuetudinario y agrario, cuyas instituciones tienen que ver con el ámbito económico rural caracterizado por un sistema de propiedad esencialmente minifundista, destacando de esta forma el carácter patrimonial de dichas instituciones.

Si bien es cierta la afirmación transcrita y válida para los orígenes²², cabe recordar que, en la actualidad, además de un derecho consuetudinario gallego²³, existe también un Derecho civil gallego legislado, en el que en la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, muchas de las instituciones consuetudinarias y usos efectivamente vigentes se han ido formalizando legislativamente, se han ido normativizando, y perdiendo, por ello, su condición de costumbres. Es más, la ley se ha situado en materia de fuentes –rompiendo el criterio establecido en la precedente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, para el que la costumbre asumía, dentro de una apariencia de equilibrio, una posición real de privilegio respecto a la propia ley, salvo que esta fuese imperativa– como primera en el orden de prelación establecido²⁴. Por tanto, carácter marcadamente consuetudinario del Derecho civil de Galicia, pero no exclusivamente consuetudinario.

Asimismo, también cabe recordar que las antiguas instituciones consuetudinarias gallegas no tienen un carácter exclusivamente patrimonial, sino que, en las mismas también se puede apreciar un fuerte contenido de tipo personal y familiar.

IV.2 Concreción de los requisitos establecidos por el TC para poder considerar válidas las normas relativas a la regulación de la adopción que la Comunidad Autónoma gallega pretendía introducir en su ordenamiento jurídico civil

Tras optar por realizar un análisis separado de las diversas razones aducidas por parte de los representantes de la Comunidad Autónoma gallega para

²² Por lo que se refiere a la formación, contenido y proceso de desarrollo del Derecho civil de Galicia, *vid.*, con bibliografía, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Santiago de Compostela, Andavira Editora S.L., 2012.

²³ Sobre la costumbre y el derecho consuetudinario gallego, *vid.*, con bibliografía, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego», en *Galicia fai dous mil anos. O feito diferencial galego* (coord. por Sanjiao Otero y Ferreira Fernández) Tomo V (Dereito), vol. I, Santiago de Compostela, 2004, pp. 101 ss.; ID. (en castellano), *Revista Jurídica del Notariado*, 54, Madrid, 2005, pp. 187 ss. *Cfr.*, también, recientemente, SEOANE IGLESIAS, J., «El evolutivo Derecho civil de Galicia y su carga histórica (Título Preliminar de la Ley 2/2006, de 14 de junio)», *Anales. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación*, octubre de 2010 a noviembre de 2015, A Coruña, 2015, pp. 101 ss.

²⁴ *Vid.*, por todos, LORENZO MERINO, F., «Prólogo» a la *Ley de Derecho civil de Galicia*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 29.

justificar la regulación de la adopción –a la que se dedica el FJ 5 y el 6 en la STC 133/2017– y la autotutela –a la que se refiere en el FJ 7–, el TC concreta la cuestión planteada en el recurso en determinar si las «instituciones jurídicas que pretende convertir “dicha Comunidad Autónoma” en objeto de norma legal, es decir, en Derecho escrito legislado pertenecen o no a su Derecho consuetudinario»²⁵, matizando además –en aplicación, según dice, de la doctrina sentada en las SSTC, citadas en el FJ 4 y ya referidas *supra*, a las que añade otras más recientes, relativas al Derecho civil valenciano (SSTC 82/2016; 110/2016 y 192/2016)– que «resulta que la validez de las normas objeto de este recurso depende de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la ley, o bien otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial». A todo ello añade como conclusión –con apoyo en el FJ 4 de la STC 192/2016– que «la validez de la ley civil autonómica «depende de que la Comunidad Autónoma acredite la pervivencia de reglas consuetudinarias... que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución Española de 1978». Por tanto, de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia».

El TC señala en su razonamiento, por tanto, dos posibilidades a los efectos de la validez de las normas civiles introducidas por la Comunidad Autónoma en su ordenamiento:

– Por una parte, que se pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la ley.

– Por otra, que cuando no se pueda identificar esa costumbre con las características expresadas anteriormente, sin embargo, sí se pueda identificar otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un «desarrollo» de su Derecho civil foral o especial.

En la primera de las posibilidades parece claro que nos encontraríamos ante un supuesto de «conservación»: acreditación de una costumbre identificable con la institución que se pretende convertir en norma legal, que ya existe-

²⁵ Dando, sin embargo, la impresión de estarlo haciendo con carácter general, es decir, no solo en relación a la adopción –de la que, como ya se ha indicado, avanza que va a tratar específicamente en este FJ 5 y en el 6–, sino también a la autotutela, que pretende analizar en el FJ 7.

se en su territorio en el momento de la entrada en vigor de la Constitución y que se encontrase subsistente en el momento de aprobación de la ley. Es decir, que por lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere, el TC solicita que se acredite alguna costumbre identificable con la adopción, no en cualquier momento temporal, sino ya existente en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

En la segunda, como indica claramente el TC, sin embargo, nos encontraríamos propiamente ante un supuesto de «desarrollo»: la institución que se pretende introducir no existe, y entonces se solicita que se identifique con otra institución diferente de la regulada –ya fuese consuetudinaria²⁶ o no–, pero con la que se pueda establecer una conexión; institución ésta que también se exige que se encuentre asentada en su Derecho civil ya en 1978 y subsista en el momento de aprobación de la Ley²⁷. Lo que el TC pide en nuestro caso concreto es que se acredite la existencia de otra institución –consuetudinaria o no–, dentro de las coordenadas temporales expuestas anteriormente, que se pueda conectar con la adopción. El tipo de «conexión» que está exigiéndose en este supuesto por el TC, como se puede comprobar es el de la denominada «conexión institucional» –de institución con institución–, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

IV.3 La negación existencia de peculiaridades gallegas relativas a la adopción o instituciones similares

Tras referirse a la «necesidad de acreditar la persistencia de reglas consuetudinarias... que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución española de 1978... “y que” de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia» (FJ 5 de la STC 133/2017), así como que «establecido lo anterior, habrá de comprobarse si existen –como aducen los representantes de la Xunta de Galicia y del Parlamento gallego– elementos indicadores que permitan a este Tribunal constatar que, históricamente, la práctica de la adopción ha poseído sus propias peculiaridades en el territorio gallego» (FJ 6 de la STC 133/2017), el TC alude al Preámbulo de la LDCG de 2006, conclu-

²⁶ Que, como es de suponer, primero tendría que ser lógicamente probada y por ello reconocida, para posteriormente también probar su conexión con la institución que se pretende introducir.

²⁷ Así se indica expresamente en el FJ 6 de la STC 133/2017, pero haciendo referencia solamente «al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución», sin indicar nada respecto a que también «subsista en el momento de aprobación de la Ley».

yendo de su análisis que «parece confirmarse... que... estamos ante una codificación *ex novo* de la adopción, que, no sólo no se regulaba en la Ley gallega de 1995, sino que tampoco se contemplaba en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, ni en la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, que integró la Compilación en el Derecho gallego».

El TC, por lo indicado, supuestamente parece estar excluyendo –en base a lo señalado en el Preámbulo de la LDCG– en el FJ 6 de su STC 133/2017 la primera de las dos posibilidades indicadas en dicha Sentencia para poder consolidar la validez de las normas civiles que se pretenden introducir en el Derecho civil propio de que se trata, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente, en concreto, la relativa a «que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley», concretando dicha exigencia en la segunda de las posibilidades indicadas, relativa a la necesidad de identificar «otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un «desarrollo» de su Derecho civil oral o especial».

Tras manifestar que «parece confirmarse, pues, que... estamos ante una codificación *ex novo* de la adopción²⁸» –descartando por ello lo relativo a la «conservación»–, el TC matiza a continuación –y esta sería una cuestión relativa al «desarrollo»– que «correspondería a los representantes autonómicos, alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexa con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del Derecho civil foral o especial de Galicia».

Como se puede comprobar, el TC establece al respecto un criterio muy restringido: la conexión se tiene que realizar con otra institución («conexión institucional»); esa institución tiene que ser consuetudinaria (recordemos al respecto que el TC permitía establecer la conexión también con instituciones no consuetudinarias); y la misma debía estar vigente al tiempo de la aprobación de la Constitución.

Por tratarse en este caso no ya de formalizar legislativamente una costumbre identificable con la adopción en el Derecho civil de Galicia –cuestión ésta, como venimos indicando, relativa a la «conservación»–, sino de la intro-

²⁸ En relación a la Propuesta de regulación de la adopción, formulada en su momento en el Texto de la Propuesta de reforma de la LDCG por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, *vid.*, con carácter informativo, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia», en AA.VV. (López-Rosa, del Pino-Toscano Eds.), *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Huelva, Ed. Universidad de Huelva, 2004, p. 658 s.

ducción *ex novo* de la adopción –cuestión relativa al «desarrollo»–, que es la que subraya el TC en este FJ 6 de su STC 133/2017, así como por la condición de Galicia como Comunidad Autónoma dotada de Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución –como en el caso de Navarra, Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares y Aragón– parece lógico suponer que la doctrina jurisprudencial que deberá tenerse propiamente en cuenta para poder resolver la cuestión planteada será la contenida en las SSTC relativa a esas Comunidades, expresada no ya en referencia a cuestiones planteadas relativas a «conservación» de su Derecho civil propio, sino, más bien, al «desarrollo» del mismo, que es de lo que se está tratando, según el TC, en la STC 133/2017.

De entre esas diversas STC cuya doctrina jurisprudencial toma como su puesta referencia el TC en el FJ 5 de su STC 133/2017, a las que ya nos hemos referido *supra*, la que resulta fundamental para poder resolver la cuestión planteada, es la STC 88/1993.

En la misma, como ya se indicó *supra*, también se plantea una cuestión relativa a la adopción en materia de «desarrollo» del Derecho civil propio de Aragón, Comunidad Autónoma ésta que también disponía –al igual que Galicia– de una Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución.

Acabamos de indicar que el TC toma en consideración la doctrina jurisprudencial contenida en ella, pero sólo en algunas de sus apreciaciones y, también, en algunos aspectos, a nuestro juicio, de una forma muy particular.

En este sentido, se ha criticado –a nuestro juicio, con razón–, por ejemplo, que el TC aluda a dicha STC 88/1993 para fundamentar en dos aspectos la indicada necesidad de identificar «otra institución consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial»: por una parte, la exigencia de que la «conexión» se deba de establecer entre «instituciones» («institución» concreta que se pretende regular, con otra «institución», también concreta, ya regulada); por otra, que la institución con la que se pretenda conectar la que se va a introducir (*ex novo*) ya se encontrase efectivamente vigente al tiempo de la Constitución.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos, el TC opta de una forma muy restringida por la que se ha dado en llamar «conexión institucional», y para justificarla recurre, realizando una lectura selectiva, a determinados párrafos de la STC 88/1983 pero silencia otros en los que lo que, realmente, parece que lo que se está exigiendo es, más bien, una «conexión orgánica», es decir, una conexión de la institución que se pretende introducir *ex novo* –en nuestro caso, la adopción– considerada en relación con el contenido del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de que se trata,

considerada no ya en relación a una institución particular específica concreta, sino, más bien, en su conjunto²⁹.

Así, resulta particularmente llamativo que en su argumentación el TC recurra en el FJ 4 de su STC 133/2017 a acoger –acertadamente en nuestra opinión– la doctrina sentada en el FJ 3 de la STC 88/1993, en los siguientes términos: «la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores del Derecho foral». A lo que añade la siguiente matización: «Lo que, no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial garantizar».

Sin embargo, a pesar de lo indicado, el TC silencia en la STC 133/2017 otro párrafo de la STC 88/1993 (FJ 3), posterior al anteriormente transcrito, que, a nuestro juicio, podría resultar fundamental para la resolución de la cuestión que estamos tratando. En el mismo, a la luz del criterio previamente indicado, el TC procede a realizar la que califica como «valoración de conjunto... de la Ley 3/1998 de las Cortes de Aragón» –Ley ésta contra la que se promovió el recurso de inconstitucionalidad–, indicando al respecto –tras reiterar que dicha Ley «no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse sólo por ello de inconstitucional»– que «existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en

²⁹ Vid., ROCA TRÍAS, M.E., «La Codificación moderna» *cit.*, p. 179 s.; GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, p. 12.

efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto de las «relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (título III del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente».

Asimismo, en el FJ 4 de la STC 88/1993 –que también silencia la STC 133/2017– se indica en relación a uno de los preceptos de la Ley allí impugnada –en concreto, a la primera de las dos determinaciones establecidas por la Ley impugnada, contenida en el artículo 1, que daba nueva redacción al Capítulo II del Título III del Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón, que se pretendía introducir en su artículo 19 (vacío hasta entonces de contenido)– que «este último precepto (art. 19.1) puede entenderse naturalmente y sin esfuerzo de un modo acorde con la Constitución y el Estatuto. La norma equiparadora que contiene no merece tacha alguna de inconstitucionalidad pues la igualación «en Aragón» de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende ceñida a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio».

Por último, en el FJ 5 de la reiterada STC 88/1993 –y esta es también otra cuestión que también se silencia en la STC 133/2017–, el TC asimismo indica que «acabamos de razonar, en efecto, que el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del *status* de los hijos adoptivos».

Como se puede comprobar de la lectura de los párrafos transcritos de la STC 88/1993, lo que el TC está exigiendo, no es precisamente una «conexión institucional», es decir, una conexión entre la institución nueva que se pretende regular, con otra institución singular ya regulada, como se señala en la STC 133/2017, sino, más bien, por el contrario, una «conexión orgánica», es decir, una conexión de la institución que se pretende regular (en nuestro caso *ex novo*), no ya con otra institución concreta y singular, sino con el contenido del conjunto normativo del Derecho civil propio de la Comunidad de que se

trate, en definitiva, con las «relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil propio», en palabras del TC.

Y todo ello «según los principios informadores del Derecho foral “de que se trate”», como se expresa en el FJ 3 de la STC 88/1993, que, como ya se ha indicado, acertadamente transcribe el TC en el FJ 4 de su STC 133/2017, pero que no parece tener en cuenta en la resolución del recurso allí analizado³⁰.

De esta interpretación se deduce que la competencia que para realizar el «desarrollo» de su Derecho propio se atribuye a las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial queda limitada no por las instituciones contenidas en cada una de las Compilaciones vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución («allí donde existan»), sino por los principios informadores de cada Derecho foral. La conexión con las materias contenidas en las antiguas Compilaciones no debe buscarse en las concretas instituciones, sino en el conjunto del ordenamiento a comparar: «conexión orgánica». Así, la expresión «desarrollo» debe ser interpretada como el que el TC denomina «desarrollo orgánico» del sistema jurídico de que se trate³¹.

Esta doctrina que se acoge en la STC 88/1993, referida al conjunto del ordenamiento, incluidos sus principios informadores —«conexión orgánica»—, es mucho más amplia que la que se asume en la STC 133/2017, que exige, como acabamos de ver, la conexión entre dos instituciones concretas, sin que se considere bastante una ligazón más genérica³².

Por lo demás, dicha doctrina, sentada en la STC 88/1993, aparece confirmada, tanto en la STC 156/1993, de 6 de mayo y en la STC 95/2017, así como también, más recientemente, en la STC 41/2018, y, en menor medida, en la STC 40/2018³³.

En la STC 15/1993, de 6 de mayo, en la que se trataba de analizar si eran o no conformes con el artículo 149.1.8 CE unas normas sobre la intervención de testigos —más en concreto, sobre su eliminación— en los testamentos notariales, sin que a la entrada en vigor de la Constitución existiese especialidad balear en la materia, se señalaba que «según quedó expuesto en el fundamento 1.º de esta sentencia, las competencias autonómicas para «desarrollar», en

³⁰ En opinión de GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, p. 29 la omisión de cualquier mención al significado posible de sus principios jurídicos propios en el supuesto gallego «es algo que los magistrados que firman la STC 133/2017 hubieran debido, tal vez, explicar», en comparación con el caso catalán, con cita del FJ 5 de la STC 95/2017.

³¹ *Vid.*, ROCA TRÍAS, M.E., «La Codificación moderna» *cit.*, p. 178 ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, pp. 12, 16 ss. y 28 ss.

³² GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 18.

³³ Así lo resalta GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, *loc. cit.* En relación a la STC 156/1993, *vid.*, también, recientemente, las apreciaciones de ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 179.

lo que aquí interesa, el Derecho civil propio pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil», por lo que, al ser el Derecho de sucesiones una parte importante del de Baleares, existe «una evidente conexión orgánica con aquellas regulaciones originarias y basta con reconocerlo así para concluir en que, al adoptar tal precepto, los órganos de la Comunidad Autónoma no han venido a ordenar un ámbito ajeno al hasta entonces regulado por el Derecho civil propio de las Islas ni han incurrido, por ello, en un desbordamiento competencial que permitiera calificar de inconstitucional a esta norma legal»³⁴.

En definitiva, como muy claramente explica Roca Trías, el planteamiento seguido por el TC en dicha Sentencia, que «desde un punto de vista lógico» califica como «impecable», sería: «no hay regulación de los testamentos, pero sí del derecho sucesorio; el testamento es una parte del derecho de sucesiones, ergo la regulación de la presencia de los testigos en los testamentos entra dentro de la competencia de “desarrollo”»³⁵.

También en la STC 95/2017, que consideró acorde con la Constitución la Ley de la Generalidad de Cataluña 19/2015, de 29 de junio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al Libro quinto del Código Civil de Cataluña, se reitera lo indicado en cuanto a la denominada «conexión orgánica».

Así, en su FJ 4 se señala que «la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan», añadiendo en su FJ 5 que «la conexión necesaria para que esta regulación de la «propiedad temporal» se tenga por «desarrollo» del Derecho civil especial catalán preexistente al promulgarse la Constitución de 1978 puede extraerse del conjunto de este ordenamiento, incluidos los principios que lo informan»³⁶.

³⁴ ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 179; GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pp. 24 y 28.

³⁵ ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁶ *Vid.*, al respecto GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pp. 12 s., 29 y 33, así como la referencia que a la misma realiza en su Voto Particular emitido en la STC 133/2017 el Magistrado discrepante Conde-Pumpido.

Lo mismo puede decirse en el caso de las dos SSTC 40/2018 y 41/2018, referidas, respectivamente, a sendas Leyes de Navarra y de Aragón, que fueron dictadas con posterioridad a la STC 133/2017 de que nos ocupamos. En ellas se puede apreciar el que, en palabras de García Rubio califica como «nuevo viraje interpretativo sobre el artículo 149.1.8.^a CE, tomando otra vez el rumbo «generoso» con la competencias civiles de las Comunidades Autónomas, al justificarlas con base en el conjunto de su ordenamiento y, en consecuencia de éste»³⁷, utilizando en ambos casos una concepción más amplia que la establecida en la STC 133/2017³⁸.

Precisamente en el FJ 4 de la STC 41/2018 se señalaba que «las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial no ostentan competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan “en todo caso” al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8. Podrán regular estas materias que no están siempre reservadas al Estado, incluso innovando el Derecho civil existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho derecho civil especial, pues es la garantía de ese ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8», apelándose por ello a la pervivencia del Derecho civil en el momento de promulgarse la Constitución en referencia a su conjunto y no al de una institución concreta con la que haya de conectarse la nueva regulación³⁹.

En dicha STC 41/2018, el TC opta por combinar las referencias a instituciones concretas («conexión institucional») con otras relativas al conjunto del ordenamiento («conexión orgánica»), como se puede comprobar mediante la lectura de lo que se señala en su FJ 5 *in fine*: «en suma, las competencias autonómicas para «desarrollar» en lo que aquí interesa el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil»⁴⁰.

En cuanto a la STC 40/2018, relativa a la Ley navarra, se ha dicho que en la misma se hacen varias observaciones que parecen apelar más bien a la «co-

³⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 30.

³⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, pp. 34 ss.

³⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 30.

⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 35

nexión institucional», aunque tampoco son inexistentes las menciones a la «conexión orgánica», citándose en su FJ 5 precedentes textuales extraídos de las SSTC 88/1993 y 95/2017⁴¹.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos indicados *supra*, relativo a la coordenada temporal a la que el TC se remite en la STC 133/2017 para poder considerar acreditada la previa existencia de normas civiles con las que pueda darse una «conexión suficiente» –relativa, como se indica en el FJ 6 de la Sentencia, a «la existencia de una institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un “desarrollo” del Derecho civil foral o especial de Galicia»–, también ha resultado criticado por considerar que dicha exigencia se encontraría fuera del contexto en que fue formulada en su momento en algunas de las Sentencias que lo citan.

En este sentido, por lo que al aspecto concreto que ahora nos ocupa se refiere, se ha indicado que la exigencia recogida en la STC 88/1993, relativa «a la entrada en vigor de la Constitución» cabe entenderla como referida a los Derechos forales civiles o especiales en su conjunto y no a las instituciones en sí. Lo que el TC está expresando en la citada Sentencia no es, por tanto, que una institución en concreto debería estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución –institución ya existente, por tanto–, sino que lo que habrían de estarlo eran los Derechos civiles especiales o forales en su conjunto; lo que ha de existir en el momento de entrada en vigor de la Constitución es el Derecho foral en su conjunto y no las instituciones forales concretas, de suerte que a través del «desarrollo» de ese Derecho existente pueden regularse instituciones civiles concretas, a las que en ningún momento se pide que ya estén reguladas y vigentes a la entrada en vigor del texto constitucional⁴². A ello se añade lo señalado en otro párrafo contenido en el FJ 3 de la citada STC 88/1993 en los siguientes términos, que volvemos a reproducir en lo que aquí interesa: «Esta Ley (...) no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demos-

⁴¹ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 35 y nt. 63.

⁴² GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, pp. 26 ss.

trarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión».

De lo indicado se deducen, por tanto, dos ideas: por una parte, que la nueva disciplina puede proyectarse sobre un instituto hasta entonces ajeno al Derecho civil autonómico en cuestión y la nueva institución no resultará inconstitucional si se incardina en un conjunto tan amplio como el llamado Derecho familiar y sucesorio propio del territorio en cuestión; por otra, que la indiscutible conexión que reconoce la STC 88/1993 lo es con «la actual Compilación», es decir, con la norma que estaba vigente a la fecha de la Sentencia, y no la que existía en el momento de entrada en vigor de la Constitución (1978), como por el contrario sí se exige para la adopción en el FJ 6 de la STC 133/2017 (recordemos que en éste se pedía: «alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del Derecho civil foral o especial de Galicia») ⁴³.

Lo ahora señalado en relación a la STC 88/1993 también coincide con lo expresado en el FJ 6 de la STC 156/1993, ya citada, en la que se analizaba la conformidad o no de unas normas sobre la intervención de testigos en los testamentos, no existiendo especialidad balear alguna en la materia a la entrada en vigor de la Constitución. El TC indicaba en el mismo: «La competencia autonómica para el “desarrollo” del Derecho civil, especial o foral, ampara, como al inicio de esta Sentencia quedó dicho, regulaciones de este género que, partiendo de institutos ya integrados en el propio ordenamiento civil, disciplinen aspectos en conexión con ellos aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación», lo que, como señala García Rubio ⁴⁴, «significa que los nuevos institutos han de guardar conexión con los que forman parte de su Derecho civil (integrados en su estructura orgánica), pero que pueden ser distintos de los hasta entonces regulados en ley autonómica, pues no cabe entender de otro modo la referencia a que estén ausentes del texto de la Compilación».

⁴³ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 17. Esta autora, *op. cit.*, p. 18 destaca al respecto en cuanto a la segunda de las ideas que, sin embargo, en el FJ 7 de la STC 133/2017, «de manera sorprendente y rectificando lo que había expresado en relación a la adopción, el tribunal está juzgando aquí la conexión entre la autotutela y algunas instituciones, no ya de la LDCG de 1995, sino de las coetáneas de la LDCG 2006 (al menos las referencias de artículos concretos lo son a esta ley), entrando así en contradicción con lo que previamente había indicado respecto al momento temporal que habría de ser tomado en cuenta para juzgar la conexión suficiente y que, al menos mientras se refería a la adopción, era el de entrada en vigor de la Constitución». Cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 28 s.

Ciertamente, la pretensión establecida en la STC 133/2017 de que ya no sólo el Derecho civil foral o especial, sino también la institución concreta que es objeto de regulación estuviesen vigentes a la entrada en vigor de la Constitución –en definitiva, vigencia escrita o consuetudinaria de la concreta institución que se pretende desarrollar, o de otra con una conexión suficiente con esta última– también se exige en las SSTC 82/2016, 110/2016 y 192/2016⁴⁵, todas ellas relativas –volvemos a recordar– a la Comunidad Autónoma valenciana, cuya doctrina jurisprudencial sentada en las mismas fue utilizada en la STC 133/2017. Una Comunidad Autónoma valenciana que no contaba con Compilación en el momento de la aprobación de la Constitución española de 1978 –como, por el contrario, sí ocurría en el caso de la gallega–, y en la que, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita –no como en Galicia, que sí la tenía, aunque, eso sí, con un componente importante de Derecho consuetudinario–, «la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano” “en el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana” no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma» (FJ 1 de la STC 121/1992). Es decir, como apunta García Rubio⁴⁶, en una Comunidad Autónoma en la que la pervivencia postconstitucional de normas de naturaleza consuetudinaria en la materia es lo que justifica que sea una de las destinatarias del artículo 149.1.8 CE («derechos civiles forales o especiales, allí donde existan»), y que en la interpretación más rigurosa significa que de no existir esas normas, cuya existencia se tiene que probar, la Comunidad Autónoma valenciana no podría desarrollar su Derecho civil, sencillamente porque no lo tendría (aunque lo hubiera tenido).

En nuestra opinión, si bien podría tener una cierta justificación la exigencia de que cuando se trate de «conservar» –en definitiva, de «formalizar legislativamente»– costumbres, se exija –según se indica en el FJ 2 de la STC 88/1993– que las mismas se encuentren «efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial» –no sólo ya en el momento de entrada en vigor de la Constitución, sino también con posterioridad a la misma–, sin embargo, no la tiene la de que para el «desarrollo» del Derecho civil especial o foral propio del territorio de que se trate –sobre todo, cuando en el mismo existe un Derecho civil foral o especial, como ocurre en Galicia, ya vigente en 1978–, la institución con la que se pretende conectar la nueva que se intenta introducir, también tuviese

⁴⁵ Así lo pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 27.

que estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Y todo ello pensando no ya en la exigencia de una «conexión institucional» –sin que la misma resulte descartable– sino, más bien, «orgánica», que sería la que, por todo lo señalado, entendemos aplicable propiamente en el caso de todos aquellos Derechos civiles especiales o forales que, como el gallego, ya contasen con una Compilación en 1978, es decir, con un «ordenamiento» de referencia.

No obstante lo indicado, el TC en el FJ 6 de su STC 133/2017, descartando que nos encontremos ante una cuestión relativa a «conservación» –de «identificación de una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley»– exige, como se ha señalado, la necesidad de «alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del derecho civil foral o especial de Galicia». Exigencia, por tanto, de conexión, no ya «orgánica», sino «institucional» y, además, en relación a una «alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución» que se pueda conectar con la adopción. Todo ello, según dice el TC, en atención a determinadas instituciones a las que «los Letrados autonómicos... apelan... destacando su incidencia sobre las relaciones familiares».

El análisis y las consideraciones que realiza el TC en el FJ 6 de la STC 133/2017 respecto de algunas «instituciones que históricamente conforman el Derecho propio gallego», que fueron alegadas en su contestación al recurso por los Letrados autonómicos resultan ciertamente sorprendentes, tanto desde un punto de vista antropológico como histórico y jurídico⁴⁷.

En este sentido, señalar que la «casa» y la «compañía familiar gallega»⁴⁸ «poseen un carácter marcadamente patrimonial» –y por ello: «alejado, pues, de los fines y fundamentos de la adopción»–, manifiesta un desconocimiento notorio –dicho sea con todos los respetos– de ambas instituciones. Tal afirmación, por lo demás, resulta ciertamente llamativa, porque el propio TC, antes de realizarla, indica textualmente en su citado FJ 6, que «se observa

⁴⁷ Como lo ponen cumplidamente de manifiesto en sus Votos Particulares –a nuestro juicio, con fundados argumentos– los Magistrados discrepantes, respectivamente Xiol Ríos (punto 5) y Conde-Pumpido (punto 2 b).

⁴⁸ Cabe recordar que son dos instituciones consuetudinarias que aparecían recogidas expresamente en la Compilación gallega de 1963 y que fueron objeto de regulación posterior en las dos Leyes de Derecho civil de Galicia de 1995 y 2006. En relación a las características de dichas instituciones, con amplias referencias bibliográficas, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Galicia y su Derecho privado*, *cit.*, especialmente, pp. 223 ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *La compañía familiar gallega. Una historia*, Santiago de Compostela, Andavira, S.L., 2017.

que la casa y la compañía familiar han sido, en todo momento, considerados los dos pilares básicos, dirigidos al mantenimiento de la explotación agrícola y a su supervivencia, donde, con esta finalidad, confluyen elementos personales y patrimoniales», además de que «la “casa patrucial” o “casa petrucial” se presenta en el antiguo derecho foral gallego como la figura central en torno a la que giran y se entroncan toda una serie de instituciones familiares y sucesorias gallegas, típicas y fundamentales, que, desde tiempos remotos, han aparecido como peculiaridades jurídicas de naturaleza esencialmente consuetudinaria, y que han encontrado en aquélla su razón de ser como institución que garantiza la conservación de los patrimonios agrícolas y de los valores familiares a lo largo del tiempo, además de proporcionarles una estructura orgánica y coherente», resaltando también que la «compañía familiar gallega», fue una institución jurídica «dirigida a conservar la conservación tradicional de la familia y la unidad de la casa, siendo una forma derivada de la primitiva copropiedad familiar, que se conservó por la costumbre de los familiares más allegados, “los de la casa”, “a mesa y mantel”, de vivir y trabajar juntos en un lugar», destacando, en consecuencia, además de los caracteres patrimoniales de ambas instituciones, también los personales y familiares de las mismas, lo que permitiría, a partir de las exigencias planteadas por el TC, utilizando el criterio de la denominada «conexión orgánica» y de los principios informadores del Derecho civil o foral propio, establecer una posible conexión de las mismas con la regulación de la adopción que se pretendía introducir.

Tras las consideraciones realizadas en torno a la «casa» y la «compañía familiar gallega», el TC procede a analizar la pervivencia de otras instituciones también alegadas por los Letrados autonómicos, en concreto, las relativas al «prohijamiento (afillamento)» o «per filiación (per filatio)» y las «casas de acogida», figuras éstas, en este caso, ajenas al texto legal, como, sin embargo, ocurría en el caso de las anteriormente referidas.

En cuanto a las denominadas «casas de acogida», la consideración por parte del TC de las mismas como instituciones pertenecientes al ámbito del derecho público en base a su incardinación desde el punto de vista competencial en «materia de asistencia social» y promoción del desarrollo comunitario, incidiendo en las «funciones atribuidas a las «entidades públicas» mencionadas en la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor», descartando por ello que su antigua normativa acredite «la existencia de costumbres relativas a la adopción» –que es lo que, en el fondo, restrictivamente, está solicitando el TC: «acreditación de costumbres relativas a la adopción» y no meramente de otras

conexas con ella⁴⁹—, tampoco parece ser un argumento suficientemente consistente para defender el razonamiento sostenido, dado que, como indica García Rubio⁵⁰ la protección de los menores no es una cuestión exclusiva ni del Derecho público, ni del Derecho privado, ni lo ha sido nunca, como demuestran los antecedentes históricos de la figura de la adopción en el Derecho español⁵¹. Es más, actualmente nadie duda de que la adopción de los menores de edad es también una institución destinada a ese fin protector, aunque el TC, en su STC 133/2017, parece ubicarla, esta sí, de modo instintivo y con cierta contradicción interna, en el Derecho privado.

También desde un punto de vista histórico, llama la atención la rotunda afirmación que el TC realiza en la STC 133/2017 respecto del «prohijamiento de expósitos (afillamento)» o «perfilación (perfilatio)», de la que, indudablemente también existe plena constancia en el ámbito antropológico gallego.

Indicar que «los usos históricamente practicados en el territorio gallego en torno al mismo, conectados a las instituciones agrícolas y familiares precisadas la “casa” y la “compañía familiar gallega”, dirigidas nuevamente al mantenimiento y continuidad de las pequeñas explotaciones agrícolas, no revelan conexión con la institución de la adopción», sino que, «antes bien apuntan a una solución convencional, más próxima a las relaciones de trabajo o sociedad», resulta una afirmación además de errónea, realmente sorprendente por lo que se refiere a la aproximación del «prohijamiento» más a las «relaciones de trabajo o sociedad» que a la adopción.

Una vez analizadas las instituciones expuestas anteriormente, el TC prosigue su razonamiento en el FJ 6 de su STC 133/2017, ocupándose de rebatir las alegaciones formuladas, en este caso por los Letrados de la Xunta de Galicia, que se apoyaban en el criterio de la denominada «conexión suficiente», recogido en la STC 88/1993, sosteniendo la posible incardinación de la adopción con el Derecho familiar y sucesorio gallego, es decir, con sus tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias.

⁴⁹ Así lo entiende GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 22, cuya opinión compartimos.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 21 s.

⁵¹ Sobre la adopción y diversos aspectos histórico-jurídicos de la misma, calificada por CASTÁN, J.M., como «una vieja institución de Derecho civil hoy imbuida de sentido social», cuyos fines «a través de su larga evolución histórica se han ido modificando considerablemente» (*cfr. s/v «adopción», en Gran Enciclopedia Rialp*, Barcelona, Edit. Rialp, 1991), *cfr.*, entre otros, con bibliografía, los siguientes trabajos de RODRÍGUEZ ENNES, L.: *Bases jurídico culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, Edit. Universidad de Santiago de Compostela, 1978; «La intervención judicial en materia de adopción a partir de la Ley de 1987», en AA.VV. (López-Rosa, del Pino Toscano eds.), *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, Edit. Universidad de Huelva (*Collectanea* 80), 2004, pp. 629 ss.; «La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo», en AA.VV. (Periñán Gómez coord.), Madrid, Marcial Pons Edic. jurídicas y sociales, 2010, pp. 317 ss.

Para rechazar que la doctrina asentada en la STC 88/1993 pudiese servir de base, según pretendía el Letrado de la Xunta de Galicia en relación con la adopción –concretándola en «el hallazgo de alguna norma o institución gallega que de alguna forma incida, siquiera remotamente, o incluso de forma tácita en las relaciones familiares»–, el TC argumenta que dicha Sentencia (la señalada STC 88/1993) que a este respecto se invocaba, «no permite deducir tal conclusión», porque se refiere «a un precepto que “no pretende establecer, claro está, un régimen jurídico completo de la adopción”, lo que lleva a dicha Sentencia a analizar la conexión con el Derecho aragonés, exclusivamente, desde el punto de vista de *status familiae* del adoptado», además de que «el fundamento jurídico 3 de la misma claramente refiere la competencia, *ex* artículo 149.1.8 CE, a la regulación por las Comunidades Autónomas de instituciones conexas con las ya reguladas».

A nuestro juicio, la expeditiva interpretación que el TC realiza en los términos indicados de las cuestiones planteadas en la STC 88/1993 que se acaban de referir, no resulta ni convincente para justificar la inaplicación de la doctrina sentada en la misma –en los términos en los que la entendemos y hemos venido exponiendo a lo largo de este escrito–, ni determinante para negar la pretendida conexión del Derecho familiar y sucesorio de Galicia –por lo argumentado anteriormente–.

Y decimos esto porque, si bien en la STC 88/1993, efectivamente –como señala el TC en su STC 133/2017– no se está tratando propiamente de la introducción *ex novo* de un «régimen jurídico completo» relativo a la adopción –como ciertamente se pretende hacer en la citada STC 133/2017, y así lo reconoce el propio TC–, sino, más bien, de la introducción de un aspecto concreto, relativo a los efectos de la adopción respecto al *status familiae* del adoptado –que, lógicamente por ello, al no plantearse en el recurso tal cuestión relativa una «futura normación autonómica aragonesa en materia de adopción», el TC «descarta pronunciarse» sobre la misma–, en dicha STC 88/1993 se están señalando, no ya solamente para el caso concreto planteado en la misma, sino también, con carácter general, los criterios a tener en cuenta para poder entender cuándo el «desarrollo» de la normativa en materia civil llevado a cabo por la Comunidad Autónoma de que se trate resulta correcto y, por tanto, adaptado o acorde con las previsiones establecidas constitucionalmente.

En este sentido, en el FJ 3 de la STC 88/1993 se procede a establecer una «relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón», indicando que la misma «existe» y que por ello «legítima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvincu-

lada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón»⁵².

A partir de lo indicado, cabe entonces formularse la siguiente pregunta: si para Aragón, que es una Comunidad Autónoma que, al igual que Galicia, contaba con una Compilación vigente en el momento de aprobación de la Constitución española de 1978, se podía establecer una conexión entre la adopción –aunque lo fuese «en un aspecto general de sus efectos»– y un conjunto tan amplio como su Derecho foral –y, más en concreto, con el Derecho familiar y sucesorio de esta Comunidad Autónoma–, ¿por qué, entonces, se niega, de entrada y de manera tan terminante por el TC la posibilidad de cuestionarse dicha conexión entre la adopción –en este caso entendida en su regulación general– y el Derecho familiar y sucesorio de Galicia?; ¿quizá sólo, simplemente –como parece intuirse por lo indicado en la STC 133/2017–, porque en un caso – el referido a la STC 88/1993– se pretende introducir singularmente un precepto relativo a un aspecto concreto conectado con la adopción, frente a otro –el de la STC 133/2017– en el que se pretende la introducción de un régimen completo atinente a la regulación de dicha institución?

También en este punto, cabe volver a recordar, una vez más, que en la STC 88/1993 lo que se está pidiendo en su FJ 3 es que «se regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación ‘con la vigente en la fecha de la Sentencia que se dicta’ dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», es decir, respecto del ordenamiento de que se trata, «en conexión con el contenido de su Derecho civil propio» (FJ 5), con referencia «a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio» (FJ 4). En definitiva, como ya se ha indicado *supra*, la idea de «conexión suficiente» con las normas civiles precedentes que se acoge en la STC 88/1993 no es exclusivamente la de la «conexión institucional» –conexión entre dos instituciones concretas: la ya existente y la que se pretende introducir–, como interpreta el TC en el FJ 6 de su STC 133/2017, sino la «conexión orgánica», más amplia que la anterior, y referida al conjunto del ordenamiento, incluidos los principios informadores del mismo⁵³.

⁵² Destaca GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 17 y nt. 22, que esta incardinación en un conjunto tan amplio como el llamado Derecho familiar y sucesorio propio del territorio en cuestión, a que se alude en la STC 88/1993, también se reitera en la STC 156/1993 y en las más recientes SSTC 95/2017, 40/2018 y 41/2018.

⁵³ *Vid.*, en este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p.18.

El caso es que el TC, en base a las consideraciones que se acaban de exponer y analizar, «y ante la ausencia de otros datos»⁵⁴, sin embargo, concluye, de forma terminante, procediendo a «constatar que no se ha acreditado de forma fehaciente por las partes interesadas, la existencia de costumbres relativas a una forma específica de adopción u otra institución similar en el territorio gallego al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución», y que, por ello, «se ha de afirmar que el legislador gallego, al regular la adopción no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su Derecho, para lo que en este caso no posee competencia...», aludiendo para ello, ahora sí, y paradójicamente –porque, como ya se ha dicho, no parece haberlos tomado anteriormente en consideración– a los «principios informadores peculiares del Derecho foral», en atención a los cuales, según el TC, «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil especial o foral regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta».

El TC elude, sin embargo, entrar a valorar, como solicitaba la parte recurrente, la cuestión relativa a si la normativa impugnada en materia de adopción –artículos 27 a 41 de la LDCG de 2006– fuese o no una reproducción de la normativa estatal en la materia, limitándose a remitir a la doctrina sentada al efecto en las SSTC 341/2005 y 135/2006, justificando dicha decisión por entender que la misma resultaba «irrelevante» para el pleito, al haber llegado, tras el análisis efectuado y en base a los razonamientos indicados, a la conclusión de que los arts. 27 a 41 de la LDCG de 2006 son inconstitucionales

IV.4 El rechazo al posible fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada y a su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia

Por lo que se refiere a las normas relativas a la autotutela⁵⁵, el TC se refiere, en este caso, en el último de los FJ de su STC 133/2017 a su posible «conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y suceso-

⁵⁴ Cabría preguntarse cuáles son esos «otros datos» a que hace referencia el TC, pero que no refiere.

⁵⁵ En relación a la Propuesta de regulación de la autotutela, formulada en su momento en el Texto de la Propuesta de reforma de la LDCG por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, así como durante la celebración del III Congreso de Derecho gallego, *vid.*, con carácter informativo, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia», *cit.*, p. 666 s.

rias de Galicia», por una parte; y, por otra, más en concreto, a la «situación de ausencia no declarada»⁵⁶.

En cuanto a la pretendida «conexión “de la autotutela” con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia», es de observar que el TC las descarta alegando que, aunque en el Derecho civil de Galicia –en este caso en referencia, no ya a la Compilación de 1963, sino a la LDCG de 2006⁵⁷– «se prevé un sistema sucesorio (arts. 209 a 213 de la Ley 2/2006), e incluso especiales disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador (arts. 203 y 204 de la Ley 2/2006), ninguno de ellos puede rectamente considerarse un instrumento de autoprotección de la persona, a los que la autotutela venga a sumarse con un natural encaje, como facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses».

En virtud de lo expuesto, da la impresión de que el TC considera que el «natural encaje»⁵⁸, en una interpretación que cabría considerar como muy particular, quizá se daría –y esto es sólo una suposición– cuando resultase posible encontrar en el ordenamiento jurídico civil gallego alguna «especialidad», es decir, alguna «institución» –paradójicamente recogida en la Ley de 2006, o en normas coetáneas con ella, y no necesariamente vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución española, como se demanda para el caso de la adopción de forma insistente, reiterativa y excluyente– referida a la «facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses» que se pudiese «rectamente» considerar como «instrumento de autoprotección de la persona», y con la que se pudiese conectar la autotutela. Nuevamente el TC parece, por tanto, al estar exigiendo, en esencia, en este caso concreto, una «conexión institucional» y no «orgánica», que es la que supuestamente se solicita.

Respecto a la posible conexión existente entre la autotutela y la concreta institución de la «situación de ausencia no declarada», cabe indicar que el TC vuelve a juzgar su conexión no ya con instituciones o costumbres vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución, como hizo en el caso de la adopción, sino con otras contenidas en la vigente LDCG de 2006, o con los «poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas», reguladas en el vigente Derecho civil, tanto estatal –Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligacio-

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 17, nt. 25 resalta respecto a la situación de ausencia no declarada que se trata de una figura introducida por el legislador gallego en la LDCG de 1995, sin que existiese precedente directo alguno de aquella.

⁵⁷ *Vid.*, nt. 43 del presente trabajo.

⁵⁸ Expresión ésta, por lo demás, ciertamente críptica, respecto a la que GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 18, manifiesta que no sabe muy bien qué significado otorgarle, así como que «no parece exactamente lo mismo que la “conexión suficiente” reclamada por la STC 88/1993 y por otras posteriores».

nes en materia de información y documentación clínica, desarrollada por RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal–, como autonómico gallego –Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes–, conectándose en definitiva con instituciones o normas postconstitucionales.

Tampoco parecen acertadas las consideraciones que el TC realiza para descartar la conexión entre la autotutela y los aludidos «poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas»⁵⁹, la regulación las declaraciones de voluntad anticipadas y del consentimiento por sustitución, previstos en la Ley gallega 3/2001.

En este sentido, el TC, aunque reconoce, con ciertas dudas, que, «si bien la regulación de las declaraciones de voluntad anticipadas “recogidas en la Ley gallega 3/2001”... es quizá la que más relación puede tener con el instituto de la autotutela», sin embargo, afirma que «no se aprecia vinculación alguna, y tampoco se esgrime que la tenga, ni con sus costumbres o principios tradicionales», descartando, por tanto, que pudiesen servir para legitimar la competencia de la Comunidad Autónoma gallega para regular la institución de la autotutela, y ello por considerar –volviendo a recurrir, como en el caso de la adopción, a un argumento meramente formal– que dichas declaraciones no pertenecerían al ámbito civil, sino que «antes bien, se trata de desarrollo competencial en materia de sanidad, de conformidad con el artículo 33 EAG y con el artículo 148.1.21 CE, en paralelismo a la relación ya advertida entre la tutela administrativa y la asistencia social con fundamento en los artículos 27.23 EAG y 148.1.20 CE».

Es decir, que, en esencia –y esto es lo que parece estar señalando el TC–, nos encontramos ante normas de Derecho público y no de Derecho civil, considerando al respecto que una norma que permite a una persona otorgar poderes sobre la toma de decisiones en materia de cuidados de su salud para el caso

⁵⁹ El Magistrado Conde-Pumpido, en su Voto particular a la STC 133/2017, entiende que «las consideraciones vertidas sobre la pretendida naturaleza administrativa o asistencial de la regulación gallega de la autotutela están completamente fuera de lugar: en primer lugar, porque la discusión sobre el encuadramiento material de la regulación controvertida sólo sería relevante si la Comunidad Autónoma de Galicia careciera de competencias legislativas en esas otras materias, lo que no es el caso; en segundo lugar, porque las partes coinciden en el encuadramiento material de los preceptos impugnados y la propia Sentencia ha dado por bueno ese encuadramiento en el fundamento jurídico 4, sin que proceda arrojar dudas sobre ese encuadramiento cuando se trata de relacionar la regulación de la autotutela con las instituciones consuetudinarias gallegas; en tercer lugar, porque una regulación similar sobre la autotutela se incluye pacíficamente en el Código civil de Cataluña y, por tanto, se fundamenta sin discusión en la competencia legislativa autonómica en materia civil».

de que el otorgante no pueda tomarlos por sí mismo, no pertenece al ordenamiento civil, porque no está en un texto legal como la Compilación o la LDCG, sino en otro texto distinto, que, puesto que se trata de temas relacionados con la salud, pertenece al ámbito sanitario, es decir, al Derecho público⁶⁰.

Al respecto cabe señalar que lo que condiciona la calificación de una institución como de Derecho público, o de Derecho privado, no es la norma en que se inserta, sino, más bien, la estructura y función que la misma tenga.

Los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos («instrumentos de autoprotección de la persona», en palabras del TC), basados en la autonomía de la voluntad de la persona (como la autotutela) y en su poder de decidir sobre sus asuntos («facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses»), también como la autotutela (que asimismo puede implicar poder para el cuidado de la salud, si es que el interesado así lo expresase), y eso, tanto si se incluyesen en una ley llamada civil, como si lo hiciesen en otra que tuviese la denominación de sanitaria, o distinta de las indicadas⁶¹.

Finalmente, en cuanto a las situaciones de ausencia no declarada, reguladas en la LDCG de 2006, el TC, vuelve a apelar en su STC 133/2017, para negar su posible conexión con la autotutela, a argumentos que cabría volver a calificar como excesivamente formalistas, alegando que, mientras que «la autotutela permite a la persona autorregular sus intereses para el caso de que en el futuro se vea impedida de gobernarse por sí misma. En la segunda, situación legal de ausencia, es la propia ley la que arbitra el mecanismo de protección, no estando presente, ni en juego el principio de autonomía de la voluntad o del

⁶⁰ Se manifiesta totalmente en desacuerdo con esta postura sostenida por el TC, y es ésta una opinión que suscribimos, GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 24, indicando al respecto que «pocos discutirán que las instituciones jurídicas son lo que son en virtud de su estructura y su función y no en razón de la concreta ley en la que se inserten; también que los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos, basados en la autonomía de la voluntad de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, exactamente igual que la autotutela (la cual, por cierto, también puede implicar poder para el cuidado de la salud, si el interesado así lo expresa), y eso tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga un apellido sanitario u otro cualquiera». Por su parte, el Magistrado Xiol Ríos, en el p. 6 de su Voto Particular a la STC 133/2017, señala al respecto que «debo dejar constancia de mi disconformidad con la argumentación dada por la doctrina mayoritaria, que entiende que la figura de la autotutela debe encuadrarse competencialmente en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) y que tiene su apoyo en la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, desarrollado por Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Pues bien, con el máximo de los respetos hacia quienes sostienen este argumento, soy de la opinión de que la autotutela es indubitadamente una institución de naturaleza civil y, en consecuencia, rige para ella el artículo 149.1.8 CE y ha de incluirse en su ámbito natural que es el Derecho de la persona».

⁶¹ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 25 s.

libre desarrollo de la personalidad». Es decir, que su origen legal le privaría de cualquier conexión con la autotutela, basada en la autonomía de la voluntad y en el libre desarrollo de la personalidad, lo cual, si bien puede ser cierto, no excluye, en nuestra opinión, poder encontrar la conexión, utilizando un criterio más laxo para ello en la circunstancia de que, con ambas figuras, se pretende, en el fondo, lo mismo: ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela a sí mismas⁶².

V. CONCLUSIONES

El análisis de los argumentos utilizados por el TC en su STC 133/2017 confirma la existencia de un *ius controversum* en cuanto a los criterios empleados por el Alto Órgano jurisdiccional para resolver las cuestiones interpretativas planteadas respecto al que se ha calificado como «intrincado» art. 149.1.8 CE en materia de competencias relativas a la legislación civil asumida por las distintas Comunidades Autónomas.

En esta Sentencia el TC sigue, frente a los planteamientos utilizados en otras resoluciones dictadas en la materia, ya fuesen anteriores –SSTC: 88/1993; 156/1993; 95/2017– o posteriores –SSTC 40/2018; 41/2018–, un criterio de «conexión suficiente» más estricto que el empleado en las mismas.

El TC, al realizar su argumentación en dicha Sentencia, recurre indistintamente en atención a las alegaciones de la recurrida, tanto al criterio de la denominada «conexión institucional», como al de la «conexión orgánica». En relación a esta última, en nuestra opinión, de una forma que cabría calificar como un tanto «sui géneris», con la finalidad de rebatirlas.

Respecto a la «conexión institucional», además de llamar la atención el diverso momento temporal exigido por el TC en relación a las dos institucio-

⁶² Sin embargo, el Magistrado Xiol Ríos, en el punto 6 de su Voto Particular, sí aprecia dicha conexión, indicando al respecto que: «puede decirse sin temor a equivocarse que la autotutela naturalmente guarda relación con las disposiciones de última voluntad que no son otra cosa más que las previsiones hechas por el testador para después de su fallecimiento y que en el caso de Galicia debe incardinarse, ya en primer lugar, en su Derecho sucesorio», además de que «el fundamento de esta institución “la autotutela” coincide también con el de la situación de ausencia no declarada judicialmente regulada ya en la derogada Ley gallega de 1995, que tiende a ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela por sí mismas, bien por estar ausentes, como en la situación de ausencia no declarada –situación histórica notoria en Galicia–, o bien porque la persona intuye que en el futuro no estará en condiciones de gobernarse por sí misma. Se trata, en consecuencia –como afirma el Letrado de la Xunta de Galicia– de un «simple paso posterior dado por el legislador gallego, al amparo de su competencia sobre el derecho civil propio, con la finalidad de seguir completando la protección personal y patrimonial de las personas con una nueva institución conexas con otra anterior, como lo es la autotutela en relación a la ausencia no declarada».

nes cuestionadas –adopción y autotutela– con las que se exigen conectar –para la adopción se pide una conexión con costumbres o instituciones efectivamente subsistentes en Galicia ya en 1978 y supuestamente subsistentes en el momento de aprobación de la Ley en que se contenga la nueva institución; en la autotutela se olvida la prescripción anterior, al plantearse la conexión de la nueva institución que se pretende introducir con la normativa vigente (LDCG de 2006) y con otras normas civiles autonómicas o estatales–, también resulta significativo el rigor formalista que establece el Alto Órgano jurisdiccional en cuanto a la prueba de dichas costumbres con las que se pretende conectar la adopción⁶³, así como su desconocimiento respecto de las características definitorias de dichas costumbres⁶⁴, apreciable al realizar la valoración de las mismas, justificando sorprendentemente la inexistencia de conexión por entender que algunas de esas instituciones con las que se pretenden conectar la adopción o la autotutela, se encuadran o sitúan en ámbitos distintos del propio del Derecho civil, como, por ejemplo, en el relativo a la asistencia social (en el caso de las «casas de acogida»), al de las relaciones de trabajo o sociedad (supuesto del «prohijamiento» o «perfilación»), o fuera del principio de la

⁶³ *Vid.* las críticas formuladas al respecto en sus Votos particulares a la Sentencia 133/2017 por los Magistrados discrepantes, Xiol Ríos (punto 5), por considerar que «la exigencia de prueba de la costumbre, en caso de ser necesaria, lo sería para la conservación del Derecho civil existente, pero no para el desarrollo del mismo», y, más amplia y detalladamente, Conde-Pumpido (punto 2), al entender que «no se puede equiparar la exigencia de que la competencia legislativa autonómica en materia civil se vincule al derecho consuetudinario existente en la Comunidad Autónoma, por un lado, y el requisito de la prueba de la existencia de la costumbre como presupuesto de su aplicación judicial, por otro», puesto que «se trata de dos cuestiones claramente diferenciables que operan en ámbitos muy distintos del ordenamiento jurídico, la distribución de las competencias legislativas y la aplicación judicial de las normas: en un caso se trata de comprobar un cierto grado de conexión del ejercicio de competencia legislativa autonómica con el derecho consuetudinario de la Comunidad Autónoma, en el otro de probar la existencia y contenido de la costumbre que se invoca ante el juez y cuyo conocimiento no puede serle exigido (art. 1.3 del Código civil; CC). Es claro que tales exigencias responden a finalidades muy distintas y que, por tanto, los estándares probatorios no tienen que ser equivalentes. Al ejercicio de la competencia autonómica en materia civil por el Parlamento de una Comunidad Autónoma no puede exigírsele con respecto a la conexión con el derecho consuetudinario propio el mismo estándar probatorio que se le exige a un particular que pretende la aplicación judicial de una norma consuetudinaria en un litigio. Debe ser suficiente una base probatoria, reunida mediante referencias doctrinales, jurisprudenciales, notariales, histórico-jurídicas, antropológicas, etnográficas o, incluso, literarias (...) las leyes gallegas que incorporan instituciones jurídico-privadas al derecho escrito han de gozar de la presunción de constitucionalidad que caracteriza a todo acto legislativo y, por lo tanto, si respetan los límites materiales que establece el artículo 141.1.8 CE, esa presunción solo podría desvirtuarse cuando se apreciase una carencia manifiesta de normas consuetudinarias referidas a, o conectadas con, el objeto de regulación. Más aún si se trata de leyes que traen causa de iniciativas legislativas auspiciadas desde foros de expertos, como fue el III Congreso de Derecho civil gallego de 2002, que instó por unanimidad a regular la autotutela, y esas iniciativas legislativas fueron aprobadas, como ocurrió en el presente caso, en el Parlamento de Galicia por unanimidad». A los razonamientos indicados, cabe añadir, en un sentido similar, el formulado por GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pp. 18 ss.

⁶⁴ *Vid.* al respecto lo indicado en los Votos particulares formulados a la Sentencia, respectivamente, por Xiol Ríos (puntos 5 y 6) y Conde-Pumpido (punto 2 b).

autonomía de la voluntad o libre desarrollo de la personalidad (caso de la «situación de ausencia no declarada judicialmente»)⁶⁵.

Por lo que se refiere a la «conexión orgánica», aun cuando parece tomarse en consideración en la STC 133/2017, el recurso a la misma por parte del Tribunal se hace, a nuestro juicio, con una interpretación muy particular y de una forma muy restringida, olvidando –por no decir, omitiendo– los principios generales del Derecho civil gallego. Además, los criterios utilizados por el TC para valorar la posible conexión sistemática de las instituciones que se pretenden introducir no ya con otras concretas, sino, más propiamente, con el citado Derecho civil gallego considerado en su conjunto resultan excesivamente restrictivos y formalistas.

En nuestra opinión, la introducción de la adopción en el ordenamiento jurídico-civil gallego quizá podría haber encontrado su justificación recurriendo además de a diversas antiguas figuras concretas consuetudinarias gallegas aquí expuestas⁶⁶ («conexión institucional»), también a los principios generales del Derecho civil gallego (pensamos fundamentalmente en el principio de «unidad y mantenimiento de la casa») y a su conexión sistemática con el Derecho civil de Galicia, considerado en su conjunto («conexión orgánica»), pero utilizando al respecto una interpretación más laxa, como el TC ha hecho en otras Sentencias relativas a otras Comunidades Autónomas.

También el recurso a la realidad social⁶⁷ entendemos que podría servir como otro referente justificativo más para la autotutela.

⁶⁵ Según Conde-Pumpido (Voto particular, punto 2 b): «Estas afirmaciones de la Sentencia, que resultan determinantes para negar la necesaria conexión de la regulación impugnada con unas instituciones consuetudinarias, denotan una concepción individualista ajena a los Derechos forales y más propia del régimen del Código civil, y no se sustentan en estudio especializado alguno: contradicen el entendimiento mayoritario de los juristas y antropólogos, que las consideran instituciones familiares o relacionadas con estrategias sucesorias y familiares dirigidas a conservar la unidad de la casa». En relación al proceso histórico de formación, contenido y desarrollo de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Andavira Editora S.L., Santiago de Compostela, 2012; Sobre la necesidad por parte de los juristas de recurrir a la Antropología al tratar aspectos relativos tanto al pasado como al presente y al futuro de la experiencia jurídica gallega, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P. y RAMOS BLANCO, J.L., «La Antropología desde el Derecho: Derecho consuetudinario gallego y Etnografía», *Revista de Antropología Social*, 24 (2015), Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 189 ss.

⁶⁶ En relación a algunas de las cuales, no obstante, resulta posible apreciar la dificultad de la prueba de su vigencia en el momento actual.

⁶⁷ A la misma alude en su Voto Particular (punto 1) Xiol Ríos. Respecto a la realidad social como canon de la interpretación de las normas, *cf.*, por todos, los interesantes trabajos, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales, de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: «Un apunte sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas», en AA.VV. *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, I., Madrid, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 469 ss.; *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, Edit. Colex, 2005; «La realidad social como canon de interpretación de las normas», en AA.VV. (coord. de Pablo Contreras) *Curso de Derecho civil, I (Derecho privado y Derechos subjetivos)*, Madrid, Edisofer S.L., 2016, pp. 135 ss.

En este sentido, el progresivo envejecimiento de la población gallega, como evidente «circunstancia de la realidad gallega», así como la necesidad de salvaguardar al máximo la voluntad, deseos y preferencias de las personas que, previendo no encontrarse en situación de decidir por sí mismas en el futuro, eligiesen un tutor para gestionar sus intereses personales y patrimoniales, pensamos que sería un argumento de peso para poder defender la constitucionalidad de la incorporación de la autotutela en la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006.

Finalmente, cabe indicar que, en atención a la evidente inseguridad jurídica que plantea en el ámbito interpretativo del complejo artículo 149.1.8 CE la utilización del criterio de la «conexión suficiente», al que se recurre de una manera tan diferente en unas y otras Sentencias por parte del TC, y ante la inexistencia de una genuina argumentación jurídica cerrada sentada por el Alto Órgano jurisdiccional que pudiese servir para interpretar con alcance general el artículo indicado, resulta obligado concluir con García Rubio⁶⁸ que «norma y procedimiento precisan de una modificación profunda y suficientemente audaz como para hacer viable un verdadero sistema plurilegislativo en materia civil. Un sistema que sea eficiente y que, además, sea equitativo, algo que a día de hoy dista mucho de otearse en el horizonte».

⁶⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p.37 s.



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO