

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



octubre-diciembre 2011

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE  
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

ACTUALIDAD JURÍDICA

150

ANIVERSARIO 1862 - 2012  
DE LA LEY DEL NOTARIADO



## **ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO**

**150 años de historia: una función  
de futuro**

### **11º Congreso Notarial Español**

“La Autonomía de la Voluntad”

**2011**

**Marzo. Colegio Notarial de Andalucía**

“La Autonomía de la Voluntad: planteamiento general”

**Junio. Colegio Notarial de Galicia**

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones”

**Septiembre. Colegio Notarial de Cataluña**

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho mercantil”

**Noviembre. Colegio Notarial de Valencia**

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho patrimonial”

**2012**

**Enero. Colegio Notarial de Murcia**

“La Autonomía de la Voluntad: otras formas de expresión”

**Marzo. Colegio Notarial del País Vasco**

“La Autonomía de la Voluntad: conflicto interregional e internacional”

**28 de mayo de 2012 Colegio Notarial de Madrid**

Sesión Plenaria



**CONSEJO GENERAL  
DEL NOTARIADO**



Número **80**  
octubre-diciembre 2011

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

---

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



CONSEJO GENERAL  
DEL NOTARIADO



## Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: [www.notariado.org](http://www.notariado.org)

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

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. [zona@zonaimpresa.com](mailto:zona@zonaimpresa.com)

Impresión: JACARYAN, S. A. Avda. Pedro Díez, 3. 28019 Madrid

# CONSEJO DE REDACCIÓN

---

## **PRESIDENTE**

D. Antonio Rodríguez Adrados

## **DIRECTOR**

D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (†)

## **SECRETARIO**

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

## **CONSEJEROS**

D. Juan Bolás Alfonso

D. Ricardo Cabanas Trejo

D. Adolfo Calatayud Sierra

D. Francisco Calderón Álvarez

D. Elías Campo Villegas

D. José Javier Castiella Rodríguez

D.<sup>a</sup> Ana Fernández-Tresguerres García

D. José Manuel García Collantes

D. Francisco Javier García Más

D. Fernando Gomá Lanzón

D. Carlos Marín Calero

D. Jesús Marina Martínez-Pardo

D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

D. Ubaldo Nieto Carol

D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez

D. Manuel Ángel Rueda Pérez

D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando

D. José Carlos Sánchez González



## SUMARIO

### ESTUDIOS DOCTRINALES

<b>La ética en el Derecho y los actos <i>ad aemulationem</i> ...</b> Alfonso Cavallé Cruz	9
<b>El capital social. Presente y futuro (Comentario de una obra reciente) .....</b> Víctor Manuel Garrido de Palma	35
<b>Sobre el artículo 885 del Código Civil y la entrega de los legados .....</b> Luis Javier Gutiérrez Jerez	51
<b>La nueva regulación de las sociedades de capital .....</b> Elvira López Díaz	89
<b>El beneficio de inventario en las fuentes y en la doctrina de los reinos bajo-medievales .....</b> Juan Alfredo Obarrio Moreno	125
<b>El ejercicio de la censura por el poder político como medio de control y represión de la libertad de expresión y conciencia en la antigua Roma. Breve recorrido histórico .....</b> Ramón P. Rodríguez Montero	183
<b>Secreto de las comunicaciones; su intervención judicial .....</b> Agustín Romero Pareja	253

**El régimen de los riesgos en el contrato de compraventa: una aproximación a su tratamiento en el DCFR** .... 285  
M.<sup>a</sup> Paz Sánchez González

**El derecho a la compensación económica prevista por la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias** ..... 335  
Ángel Sánchez Hernández

**El principio de propincuidad en la sucesión de los títulos nobiliarios** ..... 361  
José Ramón de Verda y Beamonte

## **DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA**

**Dictamina, que algo queda** ..... 385  
Víctor Manuel Garrido de Palma

## **ACTUALIDAD JURÍDICA**

### *Notas bibliográficas*

**Revisión crítica de la figura de la novación**, de E. Muñiz Espada, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011 ..... 391  
Por José María de la Cuesta Sáenz

# **ESTUDIOS DOCTRINALES**





# LA ÉTICA EN EL DERECHO Y LOS ACTOS *AD AEMULATIONEM*

**Alfonso Cavallé Cruz**  
Notario

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. LA ÉTICA Y LA MORAL: SU RELACIÓN CON EL DERECHO
- III. LA MORAL Y EL DERECHO ROMANO
- IV. MORALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN ROMA
- V. LOS ACTOS DE EMULACIÓN: LA INFLUENCIA DE LA MORAL EN EL DERECHO DE PROPIEDAD
- VI. EL ABUSO DE DERECHO
- VII. CONCLUSIONES

## I. PLANTEAMIENTO

Basado en postulados neoliberales, el moderno individualismo impera de forma hegemónica en el mundo occidental en la última década del siglo xx y la primera del xxi, y fomenta una visión del derecho desligado de la ética y sometido únicamente a los dictados del análisis económico y al control del mercado.



Este paradigma ha demostrado ser insuficiente porque provoca una ausencia de modelos éticos de referencia, con su corolario: la pérdida de valores, que se padece en todos los ámbitos de la vida social. Una economía basada en criterios de rentabilidad inmediata, con unos postulados ajenos a la moral y sin consideraciones sociales, ha sido la única referencia y guía del mercado, de los gobiernos y del legislador. El pensamiento individualista convirtió esos postulados economicistas en dogmas por encima de las personas y del propio derecho.

La ambición sin escrúpulos como motor de la sociedad y principio informador de la economía y el derecho, junto a un inexistente control de un mercado cada vez más desregulado y sofisticado, con nuevas variantes como la llamada ingeniería financiera (1), ha demostrado su fracaso sin paliativos ni afeites. La falta ética y de controles fueron los factores que, silenciosa e inexorablemente, llevaron al mundo occidental a la deriva de una crisis financiera, económica y de confianza, que ha afectado a gran parte de la humanidad, y ha puesto en entredicho los modernos postulados individualistas, que deben ser revisados.

Esta situación, que no es nueva, como nada nuevo hay bajo el sol, nos invita a discernir sobre la relación existente entre la ética y el derecho, que no siempre ha sido coincidente ni pacífica, si bien han sido muchas las ocasiones en que los postulados morales se armonizaron con los jurídicos. Un ejemplo de moralización del derecho lo encontramos en la teoría de los actos *ad aemulationem*, que hunde sus raíces más profundas en el derecho romano, siendo su principal fruto la teoría del *abuso de derecho* cristalizada en los ordenamientos jurídicos modernos, como "una forma de suavizar las facultades inherentes a un derecho subjetivo, en una época en la que parecen prevalecer sobre todo los intereses individuales." (2).

---

(1) Decía Michael Barnier, Comisario europeo responsable de Mercado Interior y Servicios: "La crisis financiera sigue golpeando duramente a las familias y empresas de Europa. No podemos permitir que esta crisis se repita ni tolerar que las acciones de unas pocas personas del mundo financiero puedan poner en peligro al resto de la sociedad". (*El Mundo*, Tribuna: Crisis financiera).

(2) JIMÉNEZ SALCEDO, M.<sup>a</sup> Carmen: *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en el Derecho romano*. Universidad de Córdoba y Obra Social de Cajasur. Córdoba, 1999. P. 133.

## II. LA ÉTICA Y LA MORAL: SU RELACIÓN CON EL DERECHO

La persona es el fundamento mismo del ordenamiento jurídico y de todas las instituciones: sin la persona no puede existir el Derecho. Tampoco puede hablarse de ética, o de moral, sin hacer referencia a la persona y su conducta. Los actos jurídicos, al igual que el comportamiento ético o moral, implican voluntariedad. Ambos se encuentran en íntima relación con un atributo esencial del ser humano: la libertad y su ejercicio. Solo cuando hay libertad existen el acto moral y el acto jurídico.

El acto jurídico y el acto moral, expresión del ejercicio de la libertad, tienen consecuencias para la persona que ejecuta el acto que no se limitan a la mera responsabilidad legal o ética, sino que van más allá; afectan las más de las veces a todo su ser, ya que el hombre se hace a sí mismo por sus actos, con ellos se perfecciona o envilece. Además son muchas las acciones personales con consecuencias directas o indirectas para otras personas y para la sociedad en general, para los que el acto jurídico o moral no es algo completamente ajeno o indiferente, de ahí que tanto la norma jurídica como la moral admita o prohíba ciertas actuaciones.

Dentro de los actos jurídicos se distingue entre acto ilícito y negocio jurídico; este último persigue un fin útil permitido por el ordenamiento. De modo análogo, en el plano de la moral se distingue entre actos morales e inmorales.

El hombre es un ser social. Desde su nacimiento convive con otras personas y necesita de los demás; sus acciones tienen consecuencias que trascienden a su individualidad y afectan a la sociedad en la que desarrolla su existencia. Con ellos puede favorecer o perjudicar al conjunto social y la vida en común, "porque –como señalaba VALLET (3)– según cuál sea su conducta moral, se produce el desarrollo o la degradación física y moral, y que colectivamente, de igual modo es concausa del orden o del desorden social y de la mejora o el deterioro del medio ambiente. Así se producen progresos, retrocesos, renacimientos o desaparición de culturas y de civilizaciones, según cuál sea la conducta de los hombres y de las naciones."

---

(3) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*. Tomo I. *La ciencia del Derecho a lo largo de su historia*. P. 1235. Madrid, 2000.

Como señala LOIS ESTÉVEZ, el derecho no tiene "sólo por misión el ordenamiento de la vida social, sino que, además, le compete su perfeccionamiento" (4). De ahí que deba tener en consideración los comportamientos que puedan tener consecuencias para los demás miembros de la sociedad o que puedan afectar al bien común. Para atender a esta finalidad, ciertos preceptos morales alcanzan el valor de normas jurídicas positivas, bien porque el derecho las formula positivamente, o bien porque genéricamente se remite a las mismas.

Algunos contraponen las palabras "moral" y "ética", para acentuar un matiz religioso o filosófico, respectivamente; pero lo cierto es que ambos términos son equivalentes. Moral y ética tienen idéntico significado, e idéntica raíz. El primero procede del latín "*mos-moris*", costumbre, y el segundo del griego "*éthos*", que también significa costumbre. Así, para DE CASTRO (5), la buena costumbre es "la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas", y el Código Civil usa el término moral como sinónimo a "buenas costumbres", por lo que los emplea indistintamente; así: las condiciones contrarias a las buenas costumbres, que anularán las obligaciones que de ellas dependan, artículo 1116, apartado 1.º; los servicios contrarios a las buenas costumbres, que no pueden ser objeto del contrato, artículo 1271, apartado 3.º; artículo 1255, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la moral; los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, y es ilícita la causa cuando es contraria a la moral, artículo 1275; en las capitulaciones matrimoniales, es nula cualquier estipulación contraria a las buenas costumbres, artículo 1328; artículo 792, las condiciones contrarias a las buenas costumbres, que en nada perjudican al heredero o legatario; artículo 1.3, la costumbre solo regirá cuando no sea contraria a la moral.

---

(4) LOIS ESTÉVEZ, José: *Ensayo de valoración filosófica del derecho según una metodología esencialista*. Madrid, 1945. Citado por Juan B. VALLET DE GOYTISOLO en *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*. P. 1180.

(5) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*. P. 246. Madrid, 1967.

“A través de estas disposiciones –como señalaba HERNÁNDEZ GIL (6)– las normas morales, que siempre constituyen uno de los fundamentos cardinales del Derecho, se transforman en específica y directamente jurídicas, en cuanto adquieren positividad y vigencia”. La ética o moral entraría dentro de la categoría de lo que se denominan conceptos jurídicos indeterminados.

La moral y el derecho no son órdenes separados, sino que ambos guardan relación en la búsqueda de ciertos fines, como lo acredita que procuren la realización de valores comunes como la justicia, la verdad, la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona. Como señala RADBRUCH (7), “la moral es el fin del derecho y, por otro, fundamento de su validez obligatoria.” Por su parte, BIONDI (8) afirma que “el derecho hunde sus raíces en la moral, y que en su mayor parte no es más que norma ética, codificada y sancionada”. La norma jurídico-positiva, cuando es contraria a valores morales o éticos, solo es fuerza o imposición. Pero la moral tiene un campo de actuación aún más amplio, ya que al derecho escapan ciertos aspectos de la vida íntima de la persona, que sí son objeto de la moral, mientras que el derecho no aspira a abarcar la total dimensión moral del comportamiento del hombre, sino en cuanto puedan afectar al bien común.

“El derecho –indica DíEZ-PICAZO (9)– no regula la totalidad de las relaciones sociales contempladas por la moral, sino solamente alguna o algunas de ellas, cuya ordenación se considera necesaria desde el punto de vista de la convivencia pacífica”. No obstante, “existe una zona en que los preceptos morales y las normas jurídicas coinciden o se superponen. El derecho y la moral buscan unos mismos objetivos y persiguen la utilización de unos mismos valores (...) Existe incluso una zona en la que el derecho busca una moralización de las relaciones jurídicas y un desarrollo de las mismas que se produzca de acuerdo con los dictados de la moral impidiendo resultados jurídicos que sean inmorales. Esto se consigue, en particular, cuando

---

(6) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*. Pp. 106-107. Madrid, 1983.

(7) RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del derecho*. P. 54. Granada, 1999.

(8) BIONDI, Biondo: *Arte y ciencia del derecho*. P. 129. Barcelona, 1953.

(9) DíEZ-PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Pp. 50-52. Barcelona, 1973.

se protege de manera especial la buena fe, cuando se rechazan los contratos que tienen causa torpe y cuando en general las normas jurídicas se remiten a las normas morales.”

No obstante, a lo largo de la historia el derecho no siempre ha tenido en cuenta ciertos valores éticos inherentes a la dignidad de la persona. Los ejemplos de horrores inhumanos a lo largo del siglo xx han sido muchos, abominables y causa de absoluto bochorno. A medida que la sociedad progresa en valores la ética se refleja en las normas jurídicas positivas, contribuyendo así a la moralización del derecho y a la consolidación de la justicia. Pero, en sentido contrario, también es posible que, en una determinada coyuntura histórica, pueda el derecho adoptar una actitud contraria a ciertos valores fundamentales, y permitir normas contrarias a la justicia, por lo que no podría hablarse de un derecho justo. Otra posibilidad es que el derecho sea simplemente indiferente ante ciertas conductas y deje de sancionarlas o prohibirlas, aunque sean consideradas contrarias con la moral.

A pesar de los ámbitos del derecho y la moral, no siempre coincidentes, el derecho tiene un claro componente ejemplificador y, por tanto moralizador y, en ciertas épocas, la sociedad puede llegar a percibir que algunas conductas son contrarias a importantes méritos porque su inmoralidad se desprende del propio ordenamiento jurídico; porque en cualquier orden justo existen zonas de coincidencia entre este y la moral. Para indagar cuáles son esas condiciones morales que pueden calificar un acto jurídico como contrario a la moral, en muchas ocasiones bastará con atender a los tratados internacionales, a los principios de las constituciones democráticas, en las que se reconoce la dignidad de la persona, sus derechos y los valores sociales. También se podrá acudir al resto del ordenamiento jurídico, a las normas positivas, incluida la costumbre y los principios generales del derecho, en especial el principio de la buena fe, reconocido en el Código Civil en su artículo 7 con carácter general, en el artículo 1258 en sede contractual, en los artículos 361 y 364 en materia de accesión, o en el Código de Comercio, artículo 55. También es un indudable referente ético el principio que prohíbe los actos realizados con abuso de derecho, hoy reconocido con carácter general en el artículo 7 del Código Civil.

El principio de buena fe y la moral guardan una estrecha relación, ya que todo comportamiento contrario a la buena fe implica

un cierto grado de inmoralidad. Esta relación entre moral y buena fe la pone de relieve DÍEZ-PICAZO (10), al indicar que “propende hacia los mismos resultados el principio de buena fe”, y ofrecer una definición amplia de buena fe como “un modelo de comportamiento, no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales”, y añadiendo que “la buena fe es, por decirlo de algún modo, como el ambiente dentro del cual las relaciones jurídicas, y en particular las relaciones patrimoniales, deben desenvolverse.” Hay que distinguir la moral que afecta al contenido de la relación jurídica, de la que afecta al comportamiento entre las partes, ya que, aun actuando de buena fe entre sí, puede que el contenido del acto o negocio jurídico sea contrario a la moral; y en sentido contrario, que el contenido del acto o negocio no sea contrario a la moral, pero sí lo sean las intenciones de todos o alguno de los sujetos.

Como decíamos, la moral es un concepto jurídico indeterminado, por lo que habrá que determinarlo en cada caso, para lo que podrá el intérprete servirse de diferentes herramientas. La jurisprudencia, como “*control de rectitud*”, en terminología de TEUBNER, puede servir de guía para conocer cuáles son los valores morales o buenas costumbres a tener en cuenta como límites de la autonomía de la voluntad. En este sentido, señala LARENZ (11) que “la jurisprudencia de los tribunales, por su parte, no sólo ha pasado a medir la «moral social dominante» según las pautas fundamentales de valor del orden jurídico, en especial de la Constitución, sino que concreta también por su parte la pauta atendiendo a pautas directivas establecidas por ella misma en resoluciones que sirven de ejemplo”.

Los sentimientos éticos de la sociedad también pueden ser una guía para reconocerle virtualidad a ciertos valores éticos, que no se deducen de forma directa del ordenamiento jurídico positivo. Cuando en un determinado supuesto la norma se remita a la moral, el intérprete, para indagar cuáles son esos valores morales o éticos a tener en consideración, habrá de tener en cuenta el sentimiento

---

(10) DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo I. P. 49. Madrid, 1996.

(11) LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO. P. 284. Barcelona, 2001.

ético de la sociedad en cada momento histórico, pero sin limitarse exclusivamente a criterios puramente subjetivos, sociológicos o estadísticos. También para que en la práctica pueda invocarse la norma moral con consecuencias jurídico-positivas, no siempre será suficiente con que esté socialmente reconocida. Además será necesario que no choque con el ordenamiento jurídico positivo, que en un determinado momento podrá tolerar, o incluso admitir, conductas o situaciones éticamente rechazables.

Como señalaba HERNÁNDEZ GIL (12) "la norma moral básica no tolera exagerados relativismos, pero algunos de sus postulados, y particularmente aquellos que se conexionan con lo jurídico, no son del todo extraños a las circunstancias históricas y nacionales". Dice BIONDI (13) que, "puesto que toda legislación vive y se aplica en un determinado clima, es obvio que la interpretación no puede prescindir de ese clima tal y como resulta en forma inequívoca de la legislación misma y de la común conciencia social. La experiencia histórica, desde los romanos hasta los códigos modernos, demuestra cómo puede permanecer formalmente inmutable la ley y, sin embargo, tener un espíritu diverso del que poseía cuando apareció".

Lo que nunca se podrá admitir como criterio para afirmar la moralidad de un acto jurídico son los criterios subjetivos individuales. Admitir la conciencia de cada individuo como criterio para determinar la moralidad de un acto, equivaldría a excluir del derecho todo límite derivado de la moral que no estuviera positivado, ya que, lo que para uno puede tener la consideración de norma moral, para otro puede que no la tenga. La libertad de conciencia que, no lo olvidemos, tiene sus límites en el respeto a los derechos de los demás, no puede ser la coartada para amparar actuaciones injustas o antisociales.

Los criterios puramente estadísticos también son insuficientes para valorar la moralidad de un acto, solo sería útil para comprobar la vivencia ética en un momento y lugar. La frecuencia o repetición de una determinada acción o conducta en la sociedad tampoco puede ser considerada como un criterio para determinar la moralidad de un acto jurídico. "El límite ético, sin embargo –como pone de mani-

(12) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*. P. 107. Madrid, 1983.

(13) BIONDI, Biondo: *Arte y ciencia del derecho*. P. 129. Barcelona, 1953. P. 216.

fiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE (14)–, no puede ser objeto de una aproximación puramente sociológica, remitiéndose a los usos y costumbres de una sociedad, o a una opinión pública; es muy significativo, a este respecto, que el CC hable no de costumbres, sin más, sino de buenas costumbres (GHESTIN, MALAURIE). En este sentido, puede afirmarse que el límite moral tiene un contenido mínimo objetivo, ligado directamente al ser del hombre, y a la dignidad humana.”

### III. LA MORAL Y EL DERECHO ROMANO

Hemos de tener en cuenta que, para asegurar la vigencia de una norma moral con consecuencias jurídicas, no es válida la moral de cualquier sociedad, pues no todos los pueblos y culturas han alcanzado un mismo desarrollo ético o moral. Existen comunidades y sociedades que consideran “conformes a su moral” situaciones que otras culturas considerarían inadmisibles; basta recordar el trato que se dispensa a los derechos de la mujer en algunas sociedades. La moral social que ha de tenerse en cuenta a estos efectos es la existente en nuestra sociedad, que comparte en gran medida códigos éticos comunes al mundo europeo y occidental, y que es laica, aunque muchos de los valores morales imperantes en ella hundan sus raíces en la Teología moral cristiana. “Nuestro ordenamiento –como señala Díez-PICAZO (15)– no recibe ninguna moral de signo específicamente religioso, aunque no pueda discutirse que una gran parte de la moral cristiana impregna la sociedad regida hoy por el Código Civil”.

Esta influencia, que ha impregnado durante siglos el sistema legal, se remonta al derecho romano, donde fueron muchos los principios morales que ya estaban arraigados desde un primerísimo momento, lo que sin duda facilitó después la asimilación de los superiores principios morales del cristianismo. Como señala IGLESIAS (16), en Roma, con anterioridad al cristianismo, hay ya “un conjunto de valores éticos, merced a los cuales actúa la justicia, viniendo a ser como elemen-

(14) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*. P. 141. Madrid, 2000.

(15) Díez-PICAZO, Luis: *op cit.*, p. 129.

(16) IGLESIAS, Juan: “Orden jurídico y orden extrajurídico”, en *Centenario de la Ley del Notariado*. Secc. primera, vol. II, Madrid, 1965, pp. 32-34.



tos o partes de ésta. Así están: la *pietas*, devoción hacia los padres, la patria, los dioses; la *humanitas*, amabilidad y paciencia frente a las formas rústicas y ásperas; benignidad, clemencia, perdón ante la crueldad y venganza; la *fides* fundamento de la justicia –*fundamentum iustitiae* (CICERÓN, *De off.* 1, 7 23)–, prenda de salud del género humano –*salutis humanae pignus* (Valerio Máximo, 6, 6, pr.)–, lealtad en el cumplimiento de los compromisos, entrega a la confianza y a la protección, con su entronque en la *gravitas*, en la *constantia*, la honestidad del bien vivir, el vivir del *vir bonus*, amante de la *aequitas* y del *ius*; la *utilitas* consociada a la *aequitas* y a la *honestas*; la *veritas*, la expresión fiel y recta de la efectiva voluntad; la *virtus*, la virtud de *vir*, del varón y fuerte, servidor del bien común, indomable ante la adversidad y el dolor, premiado con la pública estimación con el *bonos*; la *amiticia*, tan necesaria como el fuego, el agua y el pan, que sin ella no es posible la vida, «*sine amiticia vitam esse nullam*» (CICERÓN, *Laelius*, 23, 86); la *auctoritas*, el sentimiento de acato y de fidelidad respecto de aquellos que son diestros en el manejo de las cosas públicas y privadas, la voluntaria y querida sujeción a la capacidad reconocida y probada por la experiencia, el reconocimiento a la fuerza creadora y ayudadora del *auctor*". Y añade: "tales virtudes penetran, a veces, en la norma jurídica, mas hay ocasiones en que actúan por fuera de ésta, influyéndola o determinándola de varios modos". La dignidad del hombre, como indica SPAMANN (17), "es una idea que surge con el estoicismo y con el cristianismo". Los estoicos afirman la existencia de una ley natural universal, reflejo en el cosmos de la ley divina (*Logos*). Por participar en ella, todos los seres humanos son iguales en esencia (más allá de condiciones personales, sociales y de género), tienen los mismos derechos y conforme a esa ley, han de conducirse. "Todos los hombres somos iguales y tenemos igualmente a Zeus por padre", dice Epicteto. Esta filiación divina del hombre y su participación común en el *Logos* sustenta su dignidad. También en ella se sustenta la idea de que la patria del hombre es todo el mundo. Según HIRSCHBERGER (18), "el hombre estoico se siente cosmopolita y por ello obliga a sus seguidores a un amor universal a los hombres, a un universal sentimiento de be-

(17) SPAMANN, Robert: "Sobre el concepto de dignidad humana". *Persona y Derecho*, núm. 19. 1988. P. 19.

(18) HIRSCHBERGER, Johannes: *Historia de la Filosofía I*. Biblioteca Herder. Barcelona, 1982.

neficencia, clemencia y mansedumbre. (...) Esta igualdad de derechos se pregona aun respecto de otros pueblos, respecto de esclavos, de las mujeres y de los menores de edad, sectores de la sociedad que quedaban muy postergados en el derecho romano. Desde el momento en que el estoicismo se aclimata en el mundo romano, las ideas jurídicas evolucionan lentamente en este sentido.”

La expansión del cristianismo en el imperio romano supuso un nuevo influjo moral en todos los órdenes sociales, dentro de los cuales ocupa un lugar destacado el derecho. Tal es así que incluso ha llegado a hablarse de un derecho romano cristiano (19). La influencia de la religión y, sobre todo, de sus principios –la dignidad humana, que se apoya en su filiación divina, de la que se deriva, al ser todos los hombres hijos de un mismo Padre, la idea de igualdad; la libertad del hombre, de la que es su corolario la responsabilidad por sus actos; el amor al prójimo y a los enemigos; el deber de veracidad; el deber de cumplir los votos y las promesas; la caridad que obliga a poner los bienes al servicio del prójimo; la misericordia–penetra en el pensamiento jurídico y en sus instituciones.

En este sentido, como apunta MALDONADO, “se produce un mejoramiento en la condición de la mujer, se comprenden mejor los entes morales, se suaviza el dominio absoluto antiguo, haciéndolo revocable, temporal y limitado en su uso, se organiza la administración de justicia por los obispos en materia civil (*episcopalis autidientia*) y se inicia un principio espiritualista en varias figuras jurídicas”. Esta inspiración del ideal cristiano en el derecho romano no fue absoluta, pues, como puntualiza MALDONADO (20): “no... llega a realizarse una cristianización completa, puesto que pervive mucho del absolutismo y el formalismo romanos y, sobre todo, hay dos instituciones: la esclavitud y el matrimonio disoluble, con las que no puede la influencia cristiana”. Como señala IGLESIAS (21): “la influencia del cristianismo sobre el derecho romano es inmensa, pero sobre el derecho romano

(19) Cfr. BIONDI, Biondo: *Il Diritto romano cristiano*. Tres tomos. Milán, 1952-1954.

(20) MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: “El Derecho canónico y el Derecho civil”, en la obra colectiva *Derecho canónico*. P. 146. Pamplona, 1975.

(21) IGLESIAS, Juan: “Orden jurídico y orden extrajurídico”. *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección Primera. Estudios Históricos. Volumen II. Madrid, 1965. Pp. 51 y 52.

y no, en línea general, contra el derecho romano". En este mismo sentido, añade: "en la nueva hora conservan su vigor, avivados y proyectados hacia más altas cumbres, los conceptos de la *aequitas*, del *bonum et aequum*, de la *bona fides*"; y agrega igualmente que "la penetración es grande, hasta el punto de fundirse y confundirse el precepto ético y el precepto jurídico. El espíritu religioso se expande por doquiera, a lo largo y a lo ancho del territorio del *ius*, nutriendo y vivificando a éste, bajo más avanzado sentimiento, con todas estas virtudes que se llaman la *caritas*, la *pietas*, la *humanitas*, la *benignitas*, la *benevolentia*, la *clementia*".

Conceptos como la dignidad del hombre, como hijo de Dios y redimido por Cristo, el respeto a la libertad humana, con la responsabilidad derivada de su uso, tuvo su influjo en todos los órdenes del pensamiento y, por tanto, también en la concepción que debía tenerse del ejercicio de la libertad del hombre en sus relaciones jurídicas con sus semejantes. Como apunta MALDONADO (22), "el respeto al hombre, por su condición de hijo de Dios, dio origen a una *humanitas* cristiana, que había de fundamentar en lo jurídico un reconocimiento y una protección de la dignidad de la persona humana, incompatible con rasgos importantes del Derecho antiguo". La libertad tiene además una trascendencia fundamental en la doctrina cristiana, pues no solo explica el concepto de pecado, sino también el hecho de que, en el ejercicio de esa libertad el hombre pueda aceptar o rechazar a Dios. La libertad es tan consustancial a la persona humana y a su dignidad, que es querida por Dios, que a nadie impone su salvación. La voluntad del hombre y la libertad adquieren, por influencia de la doctrina cristiana, un especial relieve en la contratación. "Una muestra muy característica de las consecuencias jurídicas de la *humanitas* cristiana –afirma MALDONADO (23)– es el largo y eficaz proceso que llevó a efecto el Derecho canónico para la defensa de la libertad de querer, en orden a determinados actos jurídicos, librándolos de los estrictos requisitos formales que entorpecían el libre juego de tal libertad en el Derecho romano antiguo; en el cual empeño consiguió el Derecho canónico llevar sus principios de libertad hasta el mismo campo civil, venciendo la oposición del ritualismo romanista".

(22) MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: "El Derecho canónico y el Derecho civil", en la obra colectiva *Derecho canónico*. P. 150. Pamplona, 1975.

(23) "El Derecho canónico y...". P. 151.

Otros principios –apuntados por MALDONADO– que llegan a influir notablemente en el Derecho de obligaciones y en los contratos, son los siguientes (24):

— La *aequitas canonica*, como justicia del caso concreto, se convierte en un principio y se hace intrínseca a la Ley. De este principio derivaron medidas como la prohibición de la usura, criticada por San Agustín, o la exigencia del justo precio.

— La *bona fides*, como valoración ética de la conducta del sujeto. En materia de prescripción adquisitiva la buena fe es necesaria durante todo el tiempo de la prescripción.

— La *recta conscientia*, que exige veracidad en los negocios y que lo expresado sea lo realmente querido.

Según IGLESIAS (25), “viejas concepciones romanas aparecen superadas en el periodo postclásico –en la culminación de éste, sobre todo– por supremas consideraciones morales, pero también es verdad que estas mismas cuentan con la apoyatura de ideales ético-jurídicos asentados en épocas anteriores. Los preceptos cristianos, tal como rezan en el título introductorio del Digesto, nos sitúan frente a un templo majestuoso y santo, frente a un monumento admirable por la alta entonación moral que lo inspira. El legislador cristiano ha puesto su mano, guiada por el máximo fervor religioso en ese título, pero ahí discurren, aunque en tono menos exaltado, virtudes morales que vienen de atrás.”

Decía CALVO SOTELO (26) que “el derecho romano, conforme iba espiritualizándose y humanizándose, supo constreñir y poner cortapisas a derechos que en los primeros tiempos están despóticamente dominantes”. Esta influencia derivada de la asunción por parte de la sociedad romana de valores inspirados en principios éticos y filosóficos y de ideas cristianas, tiene también su reflejo en la mutación

---

(24) Cfr. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: “El Derecho canónico y el Derecho civil”, en la obra colectiva *Derecho canónico*. Pp. 149 y ss. Pamplona, 1975.

(25) IGLESIAS, Juan: “Orden jurídico y orden extrajurídico”. *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección Primera, Estudios Históricos, volumen II. Madrid, 1965. Pp. 51-52.

(26) CALVO SOTELO, José: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid, 1917. P. 49.

de la concepción del derecho de propiedad, dejando de verse desde la óptica individualista, para poner su acento en el prójimo y en la sociedad.

#### IV. MORALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN ROMA

Como hace ver VISSCHER (27), “entre los diversos sectores que el Derecho privado abarca, aquel de la propiedad es, uno de los más sensibles a todas las fluctuaciones, no sólo en el orden económico, sino también moral y social.” Así, “en el proceso de evolución hacia una concepción más flexible del derecho de propiedad en Roma –dice JIMÉNEZ SALCEDO (28)–, cabría destacar también la notable influencia ejercida por la doctrina cristiana. Efectivamente, numerosos y variados límites, que fueron introducidos en las leyes postclásicas y justinianeas, estuvieron inspirados en aquellos sentimientos de fraternidad y humanidad que constituyeron el espíritu de la nueva comunidad cristiana y que va a introducir un nuevo principio, según el cual el propietario ha de hacer siempre un buen uso de su derecho, por lo que ya no se va a poder ejercitar el dominio de forma egoísta, sólo en interés del propietario, sino en interés de la comunidad. No se trata ya de un derecho de propiedad ilimitado, sino que ahora es un derecho destinado a cumplir una función social.”

La concepción individualista configuraba el derecho de propiedad, *dominum ex iure quiritium*, como un derecho absoluto e ilimitado, *ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio partitur*, que permitían al *pater familias* ejercitar las facultades derivadas de su señorío sobre la cosa de forma ilimitada y sin mayor consideración, *qui iure suo utitur neminem leadit*, y sin que nadie pudiera ejercer facultad alguna sobre la cosa sin su consentimiento. No obstante,

---

(27) VISSCHER, F. de: “Individualismo ed evoluzione de lla propietá”, *Studia et Documenta historiae et juris*, 1957, pp. 26 y ss. Citado por HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco, en “Algunas observaciones sobre la rigidez del Derecho romano arcaico”. *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección primera. Volumen II. Estudios Históricos, p. 75.

(28) JIMÉNEZ SALCEDO, M.<sup>a</sup> Carmen: *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en el Derecho romano*. Universidad de Córdoba y Obra Social de Cajasur. Córdoba, 1999. P. 20.

como señala IGLESIAS (29), “hay en Roma una especie de opinión pública vigilante, por virtud de la cual nadie puede usar de los propios derechos sin surgir «una inspección y un juicio». En cualquier caso, la idea moral de *diligentia*, acogida o no en precepto jurídico, actúa poderosamente. Traducida a regla jurídica, tal idea condena al dilapidador o despilfarrador de sus bienes, porque «no debemos usar mal de nuestro derecho»: *male enim nostro iure uti non debemus* (GAYO I, 53). La misma idea, sin sanción en precepto positivo, lleva al censor a penar al campesino que no ara, que no cuida celosamente su campo (GELLIO, 4, 2.)”.

Frente a la inicial idea de propiedad individual, el concepto de propiedad evoluciona a medida que, también, evoluciona la sociedad y ganan en complejidad las relaciones jurídicas, surgiendo una nueva concepción del derecho de propiedad, en el que esta puede estar sujeta a limitaciones, alcanzando consideración aspectos éticos profundos como la intención o motivación, y aspectos sociales, pasando también a pesar los derechos de los demás que pueden verse afectados. La concepción absoluta se ve transformada al pasar por el tamiz de la *aequitas* y la *bona fides*, que responde mejor a las necesidades de una sociedad cada vez más abierta y cosmopolita y donde la complejidad de las relaciones humanas hace cada vez más necesario fomentar vínculos de solidaridad que faciliten y ayuden a la convivencia y al comercio. La evolución social hace que se asuma la idea de que la propiedad no sirve solo a fines individuales, ya que la importancia económica de los bienes inmuebles no se limita al reducido ámbito de la familia, para atender también a otras necesidades de todo el grupo social.

También las consideraciones éticas hacen que las relaciones de vecindad ocupen un lugar en el marco normativo. El lindero no es considerado como un límite infranqueable dentro del cual el *dominus* puede ejercer una soberanía absoluta ajena a toda moral. Al contrario, el lindero es el punto de encuentro con otros *dominus* que deja de ser visto como un posible enemigo o invasor, para ser considerado como un vecino titular de derechos que pueden verse afectados por un ejercicio abusivo o inmoral de las facultades deri-

---

(29) IGLESIAS, Juan: “Orden jurídico y orden extrajurídico”. *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección Primera, Estudios Históricos, volumen II. Madrid, 1965. Pp. 36 y 37.

vadas del dominio. En esta nueva concepción, es totalmente justificable la existencia de límites al derecho de propiedad que pueden ser impuestos al *dominus* contra su voluntad, ya que tienen su fundamento en el propio ordenamiento jurídico (limitaciones legales) y no en ejercicio voluntario de las facultades derivadas del dominio (servidumbres). Como recuerda IGLESIAS (30), “en el antiguo Derecho romano no existen servidumbres legales. Las servidumbres de paso y de acueducto sólo pueden constituirse contando con la voluntad del propietario gravado”, y añade, “en realidad, el *iter limitare* facilita el acceso a cada uno de los campos, y no se hace preciso el paso obligatorio. De todos modos, si alguien quiere pasar por el fundo vecino, o asegurarse una *melior conditio* en orden a las aguas, trayéndolas desde aquél hasta el propio, debe pactar con el *paterfamilias* titular”.

Las limitaciones legales al dominio van a ser las que configuren la extensión y contenido del derecho de propiedad, haciendo que coexista con los intereses de la sociedad o con otros derechos de terceros, dignos de protección por las normas, y que imponen al propietario obligaciones de hacer o no hacer, o el deber de tolerar ciertos actos sobre su propiedad. Dejando de lado las limitaciones impuestas en interés general que existieron en el derecho romano, incluso desde épocas tempranas –como por ejemplo la contenida en las XII Tablas, que obligaba a mantener en buen estado los fundos limítrofes con la vía pública (*amsegetes: quórum ager viam tangit*) a fin de que esta se mantenga transitable–, destacan en este progreso de la moralización del derecho las limitaciones impuestas en favor de los propietarios de fundos vecinos. También, fundamentadas en relaciones de vecindad, en las XII Tablas encontramos figuras como el *interdictum de glande legenda*, el *interdictum de arboribus coercedis* o la *actio aquae pluviae arcendae*, que suponen limitaciones de la propiedad en interés privado (31).

Las relaciones entre propietarios próximos o colindantes pueden ser fuente de conflictos o tensiones a los que el derecho trata de poner coto. No son solo posibles desacuerdos sobre la ubicación de los linderos (*limes, ambitus*), que pueden originar graves disputas, para lo que existió una *actio finium regundorum*, sino que también los con-

(30) IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*. Barcelona, 1972. P. 248.

(31) Cfr. MIGUEL, Juan: *Derecho privado romano*. Madrid, 1992. Pp. 171-172.



flictos pueden derivar de un desacuerdo sobre el uso y disfrute de las propiedades, ya que las actividades realizadas dentro de los límites de un fundo pueden perturbar el disfrute de los contiguos: agua, humos, piedras, olores, vistas, ruidos u otras inmisiones (*inmisio*).

En estos casos es necesario que, en orden a una convivencia pacífica y justa, el derecho determine cuáles son los límites tolerables o no de estas inmisiones (*immittere in alienum*). La regla será que el propietario puede hacer en su fundo lo que le plazca con tal de que no ocasione inmisiones en el ajeno: "*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immitat*", ULPIANO (D. 8,5,8,5) (32). Además de este texto, que recoge el supuesto más destacado para fundamentar la teoría de las inmisiones, el humo que se emite desde una *taberna casiaría* hacia los edificios superiores, también aparecen referencias a otros elementos que pueden perturbar el uso de la finca vecina: agua (D. 39,3,1,17; D. 39,3,2,10; D. 39,3,3pr.; D. 39,11,5; D. 43,8,2,28), estercolero (D. 8,5,17,2), baños (D. 8,2,13), cloacas (D. 43,23,1,9; D. 43,23,1,15), luces (D. 7,1,13,7; D. 8,2,40), inclinación pared (D. 8.5.14.1), desagües (D. 8,2,28; D. 8,5,9; D. 8,5,16; D. 8,6,8; D. 43,24,22,4), vigas (D. 8,2,2; D. 8,2,6; D. 8,2,20; D. 8,2,36; D. 8,4,16; D. 8,5,14pr.; D. 8,5,8,1; D. 8,5,8,3; D. 47,7,6,2; Inst. Iust. 2,3,4; Inst. Iust. 2,3,1), raíces de árboles (D. 6,1,5,3), animales domésticos (D. 9,1,2,1; D. 10,4,9,1; D. 19,5,14,3; C. Iust. 11,LXVII (66) 1) y daños de la *lex Aquilia* (D. 9,2,29,2; D. 9,2,52,2; Inst. Iust. 4,3,13; C. Iust. 3,35,1).

(32) D. 8,5,8,5 [*Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*] *Aristo Cerebellio Uitali respondit non putare se ex taberna casiaría fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei seruitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiaríam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum uidetur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter uelit, suo uti.*



*Immissio*, -ōnis, es la acción de echar adentro, por lo que la inmisión puede definirse como la invasión de la finca vecina con elementos físicos o químicos perceptibles y que afectan a su uso y disfrute pacífico. Si bien en el derecho romano las inmisiones se pensaban para elementos apreciables por los sentidos como piedras, agua, humos... en la actualidad, el concepto, que hunde sus raíces en el derecho romano, se va extendiendo a otros elementos como las ondas electromagnéticas o las radiaciones, que no siendo perceptibles por los sentidos, pueden causar daños incluso mayores a los de otras inmisiones (33).

Sobre la base de estos y otros textos romanos, se han formulado las teorías del uso normal (SPANGENGER y HIERING), de la necesidad social (BONFANTE), de los actos de emulación y del abuso del derecho, teorías que tienen una aplicación más amplia que el derecho de propiedad, incluso que el derecho civil, informando la totalidad del ordenamiento jurídico (34). MARÍN PÉREZ (35) considera generalizada la opinión que entiende ver "en el Derecho justinianeo la existencia del abuso del Derecho a base de los influjos de la Ética cristiana."

---

(33) Un examen de estas teorías y su fundamentación en las fuentes romanas puede encontrarse en JIMÉNEZ SALCEDO, M.<sup>a</sup> Carmen: *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en el Derecho romano*. Universidad de Córdoba y Obra Social de Cajasur. Córdoba, 1999.

(34) Por ejemplo, en materia de acuerdos adoptados por Juntas de propietarios, la Ley de 21 de julio de 1960, en su adaptación a la Reforma de 6 de abril de 1999, menciona el abuso de derecho en el artículo 18 al declarar en el apartado 1 que "los acuerdos de la Junta de propietarios serán impugnables ante los Tribunales, de conformidad a lo establecido en la legislación procesal general, en los supuestos que menciona, entre los que se encuentra el comprendido en el apartado c, es decir «cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación judicial de soportarlo o se haya adoptado con abuso de derecho»". O por ejemplo, en el Derecho procesal, el artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula las reglas de la buena fe procesal, y establece que "Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe", y que "los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

(35) MARÍN PÉREZ, Pascual: "Abuso del derecho". En *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix Editor. Tomo II. Bajo la dirección de Carlos-E. MASCAREÑAS. Barcelona, 1950. P. 130.

## V. LOS ACTOS DE EMULACIÓN: LA INFLUENCIA DE LA MORAL EN EL DERECHO DE PROPIEDAD

Ciertamente, donde tal vez más se puede apreciar la influencia de la moral en el derecho de propiedad es en relación con los actos de emulación, toda vez que el acto de emulación tiene un componente interno, *animo nocendi*, la intención de causar un daño, que convierte el acto en inmoral y antijurídico. La teoría de los actos *ad aemulationem*, desarrollada en el Medioevo (36), hunde sus raíces en el derecho romano, si bien su formulación actual procede de la pandectística y de la doctrina francesa. En cuanto a su origen romano, "cabría decir –afirma JIMÉNEZ SALCEDO (37)– que la doctrina de la emulación si bien fue elaborada por los juristas del Medioevo, éstos lo hicieron sobre la base de los textos de las fuentes jurídicas romanas, y si para la mayoría de la doctrina es dudoso que ya en la época clásica se prohibiesen los actos abusivos, a nuestro juicio, parece indudable que en el Derecho Justiniano se establecen ya unos límites y prohibiciones allí donde la actividad realizada por una persona se desarrolla sólo con el fin de causar daño a los demás, sin que esto le reporte más satisfacción que la de ver cumplido su deseo indigno."

Cita esta autora entre los textos romanos que parecen acoger la prohibición de los actos de emulación y del abuso de derecho los siguientes, en los que figura el término *aemulatio*: D. 50,10,3 (Macer libro II de officio praecides), respecto de las rivalidades y celos entre ciudades por razón de las obras públicas, y C. 12,59,1, en relación con los celos y rivalidades de funcionarios de diferentes administraciones. Si bien se ha discutido sobre el significado originario del término *aemulatio* en estos textos, la doctrina medieval le atribuye el significado de competencia maliciosa. Sobre estos textos se construye la doctrina de los actos *ad aemulationem*, en la que se pone el acento en la intención maliciosa del que ejerce el acto al que formalmente tiene derecho. Los derechos, al igual que las obli-

---

(36) La elaboración de la doctrina de los actos *ad aemulationem* es debida a autores del Medioevo como ACURSIO, IRNERIO, CINO DE PISTOIA, Bartolo DE SASSOFERRATO, BALDO, SALICETO, quienes partieron de las fuentes romanas.

(37) JIMÉNEZ SALCEDO, M.<sup>a</sup> Carmen: *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en el Derecho romano*. Universidad de Córdoba y Obra Social de Cajasar. Córdoba, 1999. P. 165.

gaciones, han de tener por fin el bien de la persona o la sociedad, de ahí que el uso abusivo de un derecho tenga un marcado carácter antisocial que le hace perder su justificación y fundamento.

También se ha sostenido la existencia en el Derecho romano de la prohibición de los actos *ad aemulationem* apoyándose fundamentalmente en los textos referentes al régimen de las aguas: D. 39,3,1,11, en relación con el derecho a retener el agua de la lluvia y derivar la sobrante sin perjudicar a nadie; D. 39,3,2,9, en relación con el desvío para defenderse del agua de torrentes; D. 39,3,2,5, en relación con la destrucción de un dique por efecto del agua. Según PEROZZI (38), estos textos, retocados por los compiladores, ponen de manifiesto que en el Derecho justiniano cuando se realiza un acto sin utilidad o con poquísima utilidad se presupone que hay *animus nocendi* y por eso se concede la *actio doli*.

## VI. EL ABUSO DE DERECHO

La moderna teoría del abuso de derecho tiene su origen en la teoría de los actos *ad aemulationem* desarrollada en el Medioevo sobre la base de textos Justinianos, si bien, como decíamos, su formulación actual procede de la pandectística y de la doctrina francesa, hasta cristalizar en los códigos civiles modernos, en los que se recoge positivada la figura del abuso de derecho, que adquiere categoría de principio. Uno de sus principales impulsores en la doctrina francesa fue JOSSEMAND (39), para quien los derechos "*tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están*

---

(38) Cfr. PEROZZI: "Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private". Bolonia, 1894, citado por JIMÉNEZ SALCEDO, M.<sup>a</sup> Carmen: *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en el Derecho romano*. Universidad de Córdoba y Obra Social de Cajasur. Córdoba, 1999. P. 197.

(39) JOSSEMAND, Louis: *Curso de Derecho Civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950, tomo I, v. 1, p. 154.

*llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo... no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad: un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles*". Desde el punto de vista de la codificación, con ciertos antecedentes en el Landrecht prusiano de 1794 (40), el art. 226 del Código Civil germánico de 1896 sanciona de forma explícita el abuso de derecho al decir: "no está permitido el ejercicio de un derecho cuando no se busca más fin que causar daño a otro." "El criterio –como señala MARÍN PÉREZ (41)– es puramente intencional. Pero en el artículo 826 hay una conjugación de ambos criterios, no percibida bien por la doctrina, al determinar: «Quien intencionalmente cause daño a otro de una forma atentatoria a las buenas costumbres está obligado a la reparación del daño». Mencionar las buenas costumbres dio base para que, posteriormente, la jurisprudencia alemana evolucionara acentuando más el sentido social respecto al ejercicio de los derechos. Se nos hablará del «honrado sentir del buen alemán», como intérprete de las costumbres, de una manera semejante a lo que se había hecho en Roma con el «honrado padre de familia». Por su parte, el Código Civil suizo de 1907, en su artículo 2 estableció, como señala MARÍN PÉREZ (42), siguiendo un "criterio funcional", que: "Cada cual está obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley".

Los derechos han de tener por fin el bien de la persona o la sociedad, de ahí que el uso abusivo de un derecho tenga un marcado carácter inhumano que lo convierte en antisocial y le hace perder

(40) Cfr. CALVO SOTELO, *op. cit.*, p. 142.

(41) MARÍN PÉREZ, Pascual: "Abuso del derecho". En *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix Editor. Tomo II. Bajo la dirección de Carlos-E. MASCAREÑAS. Barcelona, 1950. P. 132.

(42) MARÍN PÉREZ, Pascual: "Abuso del derecho". En *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix Editor. Tomo II. Bajo la dirección de Carlos-E. MASCAREÑAS. Barcelona, 1950. P. 133.

su justificación y fundamento. En España la doctrina del abuso de derecho, que, como hemos visto ha sido objeto de larga evolución que arranca en el derecho romano, hoy se encuentra consolidada. Doctrinalmente fue decisiva la aportación de CALVO SOTELO, en su obra *La doctrina del abuso de Derecho*, siendo un hito fundamental para su aplicación práctica la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, hasta su reconocimiento legal en el artículo 7 del Código Civil tras la reforma operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil.

Señala la Exposición de Motivos (43) que, "junto a la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe. Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de ésta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico, por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico."

Dice el artículo 7 del Código Civil, tras la reforma citada, recogiendo las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, así como

---

(43) Dice la EM: "Desde hace tiempo se ha advertido cómo el tradicional principio de que la actuación del derecho propio no desborda la esfera de la licitud carece de validez absoluta en cuanto es posible un ejercicio conducente a la lesión de los derechos de otro y a la consiguiente ilicitud. Tal acontece cuando el ejercicio es abusivo o antisocial. Ambas hipótesis, sin perjuicio de diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto, porque siempre se parte del desbordamiento de los límites normales del ejercicio y del daño para tercero, si bien el hecho probador de tal situación puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente –que no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil– como de otros datos de naturaleza distinta, cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes. Importa señalar cómo la consecuencia derivada de la sanción del abuso del derecho no queda reducida a la indemnización del daño. En su caso, procede adoptar también las medidas impeditivas de la persistencia en el abuso. De esta manera se obtienen las ventajas de la ejecución en forma específica y puede quedar efectivamente restablecida la normalidad".

algún antecedente legislativo y de derecho comparado, como expresamente reconoce la Exposición de Motivos: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

La trascendente sentencia de 14 de febrero de 1944, de la que fue magistrado ponente don José Castán Tobeñas, supuso la consagración de la moderna doctrina del abuso de derecho en el ámbito español. Esta sentencia, que tiene su antecedente en la de 13 de junio de 1942, decía respecto del "clásico axioma «qui iure suo utitur neminem leadit», proclamado en las fuentes romanas (Digesto, libro cincuenta, título diecisiete, fragmentos cincuenta y cinco, ciento cincuenta y uno y ciento cincuenta y cinco) y que plasmó dentro de nuestro Derecho histórico, en la regla «no faze tuerto a otro, quien usa de su derecho» (Partida, séptima título treinta y cuatro, regla catorce)" que "no debe darse a esa máxima un alcance demasiado literal y absoluto, que la pondría en pugna con las exigencias éticas del derecho, reconocidas en todos los tiempos y que ni siquiera fueron extrañas al propio derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas concretas que limitaban el absolutismo de los derechos subjetivos." Y añadía que la doctrina moderna "impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada en los más recientes ordenamientos legislativos". Y como hace ver que existe una "conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad, tesis ésta que ha sido patrocinada

también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se ejercita con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)."

La doctrina moral clásica distingue tres fuentes o fundamentos de la moralidad: el objeto, que es la acción a realizar por el sujeto; el fin que se propone; y las circunstancias que acompañan a la acción. Moralmente un acto es bueno cuando lo es el objeto, el fin y las circunstancias; y es malo o inmoral cuando lo es uno de los tres elementos. La teoría de los actos de emulación, y posteriormente la del abuso de derecho, a la hora de valorar el acto jurídico ponen en estima elementos que eran propios del acto moral, lo que supone una sustancial penetración de la ética en el derecho. Con estas doctrinas se supera la simple valoración objetiva o abstracta del acto para poner también en la balanza la intención subjetiva del agente de la acción y las circunstancias que lo rodean.

## VII. CONCLUSIONES

El derecho tiene un efecto ejemplificador que contribuye al progreso y perfeccionamiento de la sociedad, por lo que el ordenamiento jurídico no puede desentenderse de la búsqueda y realización de valores a los que también aspira la ética.

Las relaciones jurídico privadas deben estar presididas, además de por la libertad, por otros valores que tienen en consideración los derechos de los demás, como la igualdad y la justicia. La libertad sin igualdad es opresión, y sin justicia es un abuso, un desorden, y sería contraria a una convivencia pacífica y justa a la que debe aspirar todo ordenamiento jurídico.

La doctrina del abuso de derecho, de la que es su antecedente la de los actos *ad aemulationem*, plenamente aceptada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, representa un ejemplo de "una sana tendencia de la humanización del derecho."

La teoría del abuso de derecho hoy tiene una aplicación amplia, que excede de su originario ámbito del derecho de propiedad, donde tuvo su génesis la teoría de los actos *ad aemulationem*, para convertirse en un principio general informador del ordenamiento jurídico. También es, junto con la buena fe, "una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico."





# **EL CAPITAL SOCIAL. PRESENTE Y FUTURO (COMENTARIO DE UNA OBRA RECIENTE)**

**Víctor Manuel Garrido de Palma**

## **SUMARIO**

### INTRODUCCIÓN

- I. EL CAPITAL SOCIAL
- II. FORMACIÓN HISTÓRICA DE ESTA CATEGORÍA
- III. LA DIRECTIVA 77/91/CEE Y EL CAPITAL SOCIAL
- IV. INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 77/91/CEE AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL
- V. UNA REGULACIÓN DIFERENCIADA, LA DE LA SRL
- VI. LOS CAPÍTULOS VI Y VII DE LA OBRA
- VII. LA EVOLUCIÓN Y LA ADAPTACIÓN DE LA DISCIPLINA DEL CAPITAL SOCIAL
- VIII. CONCLUSIONES: PRESENTE Y FUTURO DEL CAPITAL SOCIAL

## INTRODUCCIÓN

Sí, es que el título es el de la reciente obra de Heliodoro SÁNCHEZ RUS, que, prologada por Fernando CERDÁ ALBERO (775 páginas. Primera edición. Editorial Civitas), voy a comentar con la extensión debida.

La he trabajado a fondo y al final del estudio que de la misma he realizado me he preguntado, ¿cuál es la doctrina *presente* del capital de las sociedades que este calificativo tienen? En los años 1989-90, al iniciar una de las partes que me correspondía tratar en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3.<sup>a</sup> edición, Editorial Trivium, exponía que: en antítesis con el patrimonio o capital efectivo –dejó para siempre escrito VIVANTE–, esencialmente mudable, está el capital nominal de la sociedad, fijado de manera estable por una cifra en el contrato, que tiene una función contable y jurídica, una existencia de derecho y no de hecho... Realiza frente al patrimonio o capital real la función de un recipiente destinado a medir el grano, que unas veces colma la medida y otras no llega a llenarlo, pero que al constituirse la sociedad debe coincidir su cuantía o valor con los bienes aportados o prometidos (patrimonio). Su principal función, ser cifra de responsabilidad: no puede repartirse o detraerse por debajo de la cifra en que se valoró.

Más adelante, señalaba que existían ya orientaciones doctrinales que ponían en duda la importancia –no solo funcional, sino fundacional, en palabras de RUBIO GARCÍA-MINA– del capital social (y en algún estudio posterior –que en LA LEY apareció– comentaba el enfoque que, siguiendo a SIMONETTO, mantenía Cándido PAZ-ARES acerca de las aportaciones al capital –específicamente la aportación *ad usum*– y el principio de realidad del capital y su función de cifra de responsabilidad).

El estudio del capital social en las sociedades de capital –dejando ya lo que exponía tiempo atrás– no ha sido tratado monográficamente (que yo sepa) hasta llegar a la obra de SÁNCHEZ RUS que voy a comentar al hilo de la exposición de la misma. Ciertamente se le ha prestado atención –en los últimos años en que DE LA CÁMARA impartió doctrina sobre las sociedades mercantiles trabajó el tema al tratar del aumento y reducción del capital–, pero hacía falta, repito, un tratamiento en profundidad del capital social, de su presente y de su futuro. SÁNCHEZ RUS lo acaba de realizar (constituye básicamente su tesis doctoral, que mereció la máxima calificación por unanimidad;

así lo dice el prologuista, el cual afirma que el tribunal estuvo compuesto por Carmen ALONSO LEDESMA, Luis FERNÁNDEZ DEL POZO e Ignacio SANCHO GARGALLO).

## I. EL CAPITAL SOCIAL

La fortuna, los bienes, el patrimonio, el caudal, el capital... son expresiones corrientes que el Derecho depura, separa y precisa (cuenta LÓPEZ JACOISTE que la madre de Karl MARX exclamó una vez: más valdría que mi hijo en lugar de hablar tanto del capital, hubiera *hecho un capital*). Pero el Derecho de sociedades separa hoy y no solo ya en sede doctrinal, las sociedades de personas y las sociedades de capital. Y es que desde ha poco el legislador nos ha depurado una Ley, de 2010, de sociedades *de capital*. Para sorpresa de algunos (aunque ya la E. de M. de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, contiene la expresión "sociedades de capital", y emplea esta terminología el reformado en 2003 artículo 1056,2.º del Código Civil), y para ser objeto por otros de crítica negativa: debe ofrecerse a los interesados diversos tipos societarios para que ellos elijan el más adecuado a sus fines, y con margen suficiente a la autonomía de la voluntad estatutaria (así lo llevo diciendo desde que me percaté de la bondad de este criterio y creo que lo hice tiempo ha; en este sentido recientemente OLIVENCIA); y porque –como señala este experto– la *categoría jurídica* de sociedades de capital diluye las características de cada tipo social y fragmenta peligrosamente la materia, para concluir así: sea cuando sea –y que sea cuanto antes– la regulación general de las sociedades mercantiles, ya en el Código de Sociedades Mercantiles o en el Código de Comercio, habrá que afrontar una sistemática diversa que parta de disposiciones generales para toda clase de sociedades y llegue a la regulación específica de los tipos: lo fundamental es conservar la regulación por tipos, no por "materias", porque es la tipología societaria la oferta del ordenamiento jurídico al servicio de los intereses particulares y en sus diferencias radica, precisamente, la riqueza de las opciones. Un método además –termina diciendo– que es el común en el Derecho comparado, el de la regulación por tipos, del que se ha separado con peligrosa originalidad el español con este *provisional* texto refundido LSC ("La categoría jurídica de

las sociedades de capital y su regulación”, conferencia pronunciada el 25 octubre 2010, Academia Sevillana del Notariado, tomo XXII, pág. 32 especialmente).

Sea lo que fuere, el hecho es que con la citada Ley estudiar en profundidad el capital social adquiere, si cabe, mayor relevancia. Es lo que voy a realizar.

El Capítulo I lo dedica el autor al concepto y las funciones del capital social (CS).

Expone sus significados –la noción económica y la contable– para afirmar (citando a RUBIO GARCÍA-MINA, lo que es de agradecer pues no es frecuente su recuerdo, cuando su obra tiene calado) que en las S de C el CS se transforma en una categoría jurídica hasta el extremo de caracterizar a un determinado tipo de entidades como S de C frente a las sociedades de personas.

Tras preguntarse si cabe concebir alguna empresa sin capital (aludiendo al art. 116 C de C, y la hipotética constitución de una sociedad integrada exclusivamente por socios industriales), profundiza en la división del CS en acciones o en participaciones (pág. 58 y ss.). Mención especial para el epígrafe: El CS y la limitación de responsabilidad (pág. 68 y ss.), lo que le lleva a tratar de la doctrina del levantamiento del velo, con el estudio pormenorizado del paradigmático caso “Salomon v. Salomon” (pág. 75 y ss.). La insolvencia de la S de C cierra esta primera parte de su estudio (pág. 82 y ss.).

El CS como técnica de organización financiera ocupa la siguiente parte de la obra (pág. 92 y ss.). Destaco: los elementos que integran la disciplina del capital (pág. 100 y ss.).

El contenido básico del estatuto del capital social fue codificado en la Directiva 77/91/CEE. Puede decirse que sus principios básicos han sido tradicionalmente:

- 1.º La SA y la SRL no pueden existir sin CS.
- 2.º Es necesaria una efectiva integración del mismo mediante la aportación de dinero u otros bienes susceptibles de valoración económica.
- 3.º El principio de mantenimiento del capital. Con matizaciones, el capital es fijo.
- 4.º Derivado de lo anterior, los beneficios obtenidos por una sociedad son distribuibles como dividendos; pero solo ellos lo son.
- 5.º Y relacionado con lo expuesto, el abono del dividendo ha de superar el “test del balance”.

6.º El papel esencial de la publicidad registral.

Y 7.º La pérdida del capital es causa legal de disolución de la sociedad.

A lo largo de la obra el autor va a tratar hasta qué punto los anteriores pilares básicos siguen en pie, continúan cimentando o no el edificio del CS.

Ahora bien, a las alturas en que nos hallamos del Capítulo I, cabe preguntarse: ¿por qué no da una definición del CS?, ¿no sería conveniente el mismo, separándolo del patrimonio, ante la dicción legal: "el capital... se integrará por las aportaciones de los socios..."?

No hay en la obra respuesta directa a estos interrogantes. El autor aduce en el Prefacio que no hay en los textos legales un concepto o una definición del CS, sino una serie de reglas singulares... que se refieren a distintos aspectos de la constitución y el funcionamiento de las SA y de RL, y, ciertamente, no es que sea imprescindible definir, dar conceptos, pero al menos a efectos pedagógicos, un breve pero sustancioso apunte acerca de qué estamos hablando sería de agradecer. El autor lo da por sabido.

Por otra parte, y si de patrimonio hablo: la sociedad, como persona que es, persona jurídica, responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC), y no responden personalmente los socios de las deudas sociales (solo el socio colectivo en la sociedad comanditaria por acciones). En consecuencia, tratar de lo aportable al capital (y lo no aportable), tratar de lo aportable al patrimonio social (prestaciones accesorias, en su caso) al menos como referencia, parecía necesario (aunque cita a autores alemanes que han puesto en duda la configuración tradicional de las aportaciones al capital, no considera –como ya apunté– la posición de SIMONETTO que en nuestra doctrina ha seguido PAZ-ARES; postura que ya he puesto de relieve en algún estudio al que el autor sí que tiene en cuenta, pero con referencia a otros aspectos). SÁNCHEZ RUS se centra en la obra en la *categoría jurídica* del capital social.

¿Es el CS un concepto superado?, se pregunta en la pág. 107 y ss., para mostrar las líneas generales de la crítica al CS como cifra de retención y de garantía (con aportaciones alemanas y con la concepción dinámica de EEUU) para terminar el Capítulo trayendo a colación tanto unas palabras del Preámbulo de la Ley 3/2009, de MESM, como de la Exposición de Motivos de la Ley de SC de 2010.

Respectivamente dicen, y transcribo: "... la Directiva 2006/68/CE es de transición, a la espera de que fructifiquen alternativas al sistema de tutela tradicional de los acreedores sociales y de los propios accionistas –que gira en torno al CS– y se introduzcan instrumentos técnicos eficaces que reduzcan las cargas administrativas que son connaturales a ese vigente sistema de tutela". "No procede ahora hacer pronósticos sobre el futuro del CS como técnica de tutela de los terceros, tema que solo será posible afrontar adecuadamente en el marco supranacional de la Unión Europea".

Las espadas quedan en alto. Por ahora sigue el CS como técnica de tutela de los terceros y de los propios socios.

## **II. EL CAPÍTULO II TRATA DE LA FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA CATEGORÍA DEL CS (PÁG. 121 Y SS.)**

Realiza un meritorio estudio de la evolución del CS como categoría jurídica: el origen, las Compañías de Indias. El asiento de avería –original inicio en España–. El CS en las legislaciones europeas del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX (leyes alemanas de 1937 y 1965, el Código italiano de 1942, la Ley británica de 1948 y la francesa de 1966. Termina el Capítulo con la española de 17 de julio de 1951, de sociedades anónimas; pág. 227 y ss.).

## **III. EL CAPÍTULO III TRATA DEL CS EN LA VERSIÓN ORIGINAL DE LA DIRECTIVA 77/91/CEE (PÁG. 237 Y SS.)**

Señala cómo la misma responde a las ideas ampliamente aceptadas en la época sobre la realidad y la intangibilidad del capital, si bien es ajena a cualquier preocupación dogmática (con cita de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA), para luego centrarse en la configuración formal del CS y las acciones. Destaco las referencias al capital mínimo y a la integración del CS: las aportaciones (ahora sí, hace alusión al contenido de la Directiva en este extremo: "activos susceptibles de evaluación económica", limitándose a decir –con apoyo en los dos autores últimamente citados– que ello no equivale a la necesidad de que la aportación sea susceptible de ejecución forzosa, por ejemplo, las aportaciones de "Know how", lo que a mi

entender es insuficiente: ya expuse mi criterio acerca de qué exige el tratar en profundidad la expresión clave “el CS se integrará por las aportaciones de los socios”).

Aumento y reducción del capital, pago de dividendos, autocartera y pérdida del capital cierran esta parte del comentario del autor a la Directiva citada.

La realización de atribuciones patrimoniales válidas por las sociedades anónimas en favor de sus accionistas –dice en la pág. 314– solo puede operar a partir de los datos numéricos que proporcionan los estados financieros de la compañía. De ahí el estudio que realiza de las Directivas que tratan de las Cuentas Anuales, para terminar el Capítulo con la problemática existente acerca de la eficacia en general de las Directivas (efecto directo; efecto horizontal indirecto), concluyendo con la afirmación de que la trasposición de las Directivas ha estado condicionada por el marco general del Derecho de sociedades de capital preexistente, “como tendremos ocasión de examinar en el Capítulo siguiente”.

#### **IV. EL CAPÍTULO IV TRATA DE LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 77/91/CEE AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL (PÁG. 339 Y SS.)**

Se centra en la SA (Ley de 1951, reformas posteriores y la actualmente vigente Ley de Sociedades de Capital de 2010).

Destaca en primer lugar la novedad que supuso en nuestro Derecho la tipificación de las causas de nulidad (págs. 345 y 346); las aportaciones, con la necesidad de su naturaleza patrimonial (y la eliminación por de pronto de las “acciones liberadas”): el actual art. 58.1 LSC reproduce el tenor literal del art. 7 de la Directiva 77/91/CEE (pág. 357); la verificación de las aportaciones dinerarias y la valoración de las no dinerarias; los dividendos y su distribución (con la adopción del más amplio concepto de “aplicación del resultado”); la autocartera (pág. 407 y ss.) y la función de la disolución por pérdidas.

Las cuentas anuales podían servir de cierre al Capítulo, pero aparece –en la pág. 430– un interrogante en el que merece que me detenga: la LSC de 2010, ¿supone un nuevo régimen legal del CS?

La respuesta va a ser para el autor afirmativa (pág. 442), dada la regulación de la SA cotizada –auténtico subtipo dentro del esquema



general de la SA (pág. 435)–; la difusión de esquemas de financiación –son palabras textuales– cada vez más sofisticados que han dado lugar a una cierta indefinición del propio concepto del CS (se refiere, pág. 437, a los “híbridos financieros”, préstamos participativos, alguna modalidad de acciones rescatables, y a esa “joya falsa de la corona” denominada engañosamente *participaciones preferentes*; la expresión es mía).

Por otra parte, en lo referente a la integración del capital, la intervención del experto independiente, su función, la posibilidad de sustituir aquélla, los supuestos en que no se precisa su intervención (añadidos artículos 38 LSA y arts. 68, 69 y 70 LSC); las modificaciones en la regulación del derecho de preferencia o suscripción preferente en sede de aumento y de reducción de capital y lo que supone la aparición de la Ley de Modificaciones Estructurales: caso de restitución de aportaciones y la regulación de un supuesto muy específico en este campo, el del art. 49.2 en sede de absorción de sociedad íntegramente participada de forma indirecta; así como en relación al mantenimiento y la pérdida del capital (la Ley Concursal en este último campo y disposiciones posteriores), alteran el sistema tradicional.

Todo lo anterior, aquí solo apuntado panorámicamente, llevan al autor a considerar –como decía ya– que aun cuando los principios básicos del CS no han sido (por ahora, dice en la pág. 441) alterados, la técnica particular de protección de los acreedores que el mismo supone tiene que contemplar “la aparición y el desarrollo de un nuevo régimen legal del CS” (pág. 442). A lo que hay que añadir lo que a continuación va a ser considerado.

## **V. CAPÍTULO V. UNA REGULACIÓN DIFERENCIADA, LA DE LA SRL**

Ciñéndome al estudio específico del autor sobre el CS en este tipo societario (pág. 463 y ss.), señala cómo el criterio del legislador en la Ley de 1953 y en la hoy derogada de 1995 por la actual Ley de S de C de 2010 “ha acabado por atribuir una especial significación a la denominada técnica alternativa de protección a los acreedores de la SL”. Lo señala así la Exposición de Motivos de la Ley cuando dice, y transcribo: “... las SA son sociedades con un rígido sistema de defensa del CS, cifra de retención y por ende de garantía para

los acreedores sociales; las SL, en ocasiones, sustituyen estos mecanismos de defensa –a veces más formales que efectivos– por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa”.

Técnica alternativa que el autor trata (pág. 489 y ss.) centrándola en la responsabilidad personal de los socios: respecto a la realidad y el valor atribuido en la escritura a las aportaciones no dinerarias; la restitución de las aportaciones y el pasivo sobrevenido tras el cierre de la liquidación.

Con lo anterior –y sin perjuicio de la innegable existencia de un régimen común a las S de C que el autor estudia en la pág. 465 y ss.–, concluye, con apoyo en la dicción de la Exposición de Motivos de la LSC (IV, primer párrafo, primer inciso), afirmando que hoy por hoy existen dos regímenes diferenciados del CS: el más complejo, que responde a la Directiva 77/91/CEE y a la doctrina clásica del CS hoy circunscrito a un número cada vez más reducido de sociedades, aun cuando éstas sean, con diferencia, las más importantes en cuanto a recursos económicos y cifra de negocio y, por el contrario, el que se aplica a la mayoría de las sociedades, las que adoptan la forma de SRL: en ellas, sobre todo externamente y debido a la técnica alternativa ya señalada, se aplica un régimen del CS distinto al tradicional, consistente en vincular una parte del patrimonio de la sociedad para responder ante los acreedores sociales (pág. 502 y 503).

## VI. LOS CAPÍTULOS VI Y VII

La aplicación y la efectividad de la disciplina del CS lleva al autor a tratar de la efectiva aplicación de los principios rectores del CS: capital mínimo; integración del CS; su aumento y reducción; las cuentas anuales y la determinación del resultado; las atribuciones patrimoniales a los socios y la pérdida del capital. Como resultado del estudio que realiza, en el Capítulo VII trata las limitaciones del modelo del CS.

Comienza poniendo de manifiesto los argumentos doctrinales que en la última década cuestionan abiertamente la bondad de la disciplina del capital (pág. 604). En primer lugar, desde un estricto análisis de la relación coste-beneficio; en segundo término se cuestiona la efectividad de los mecanismos de aplicación del sistema

legal, para considerar que es más adecuada la sanción a posteriori de la conducta irregular o fraudulenta de los administradores. En la misma línea, la desaparición de la preferencia del principio de prudencia (como consecuencia de la difusión de las Normas Internacionales de Contabilidad). Finalmente –pág. 606–, considera que no se ve el motivo por el cual las reglas legales del CS deban ser imperativas y no tener carácter dispositivo.

Se introduce a continuación en el debate acerca del capital mínimo (el costo no justifica lo que proporciona su exigencia a socios y acreedores, dice en su contra), surgiendo el problema de la infra-capitalización, que estudia a partir de la pág. 611 (la material y la nominal); así como la remuneración del trabajo y los servicios con la necesaria contrapartida patrimonial de las acciones o participaciones (la rígida aplicación del principio de realidad del CS, dice en la pág. 621, imposibilita la retribución por medio de acciones o participaciones). El funcionamiento de la sociedad, con la verificación de las aportaciones no dinerarias, el aumento y la reducción de capital ocupan la pág. 627 y ss.

La crítica al modelo contable tradicional (pág. 634 y ss.) se centra en la falta de idoneidad de las cuentas anuales como instrumento valorativo de la capacidad de las sociedades para realizar una atribución a sus socios sin merma de las razonables expectativas de sus acreedores, aparte del amplio margen de discrecionalidad de los administradores en su formulación (pág. 635). El cambio de planteamiento que suponen hoy las Normas Internacionales de Contabilidad (años 2002 y 2003) han alterado profundamente el significado del CS como cifra de retención, al orientarse hacia una estimación de la futura generación de *cash-flow* y no a la protección de los acreedores mediante la determinación del resultado susceptible de ser distribuible entre los socios (pág. 637).

Pone en tensión, seguidamente, a las sociedades de capital abiertas y cerradas en lo que se refiere a las atribuciones patrimoniales a los socios, con las limitaciones legales existentes para las primeras y la amplísima libertad que por el contrario existe en las segundas para poder realizar aquéllas sin que aparezcan como distribución de dividendos en los estados financieros de la entidad (pág. 642). Y cierra la exposición del calado efectivo del CS actualmente, con el tratamiento de la pérdida del capital. A destacar el mecanismo de *enforcement* (o medios que aseguran el cumplimiento de la nor-

ma legal) especialmente enérgico que supone la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales por omitir las medidas necesarias para hacer efectiva la causa de disolución (arts. 365 a 367 LSC), lo que en la práctica ha excluido las restantes medidas de protección de los acreedores derivadas de la disciplina del capital (pág. 647).

Culmina el estudio de las materias propias del Capítulo con la "consideración de un nuevo fenómeno, que a día de hoy constituye un límite a la efectividad de las disposiciones nacionales relativas al CS, la competencia entre ordenamientos" (pág. 652 y ss.). Tras estudiar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que no "Corte"), concluye afirmando que el importe del capital mínimo en la SRL no es susceptible de un *enforcement* efectivo, a consecuencia de la jurisprudencia apuntada. Por el contrario, lo dicho no va a producirse en sede de SA. Con todo, en el punto relativo a la recapitalización o liquidación caso de pérdidas, la aplicación de la ley del domicilio societario puede llevar a que la sociedad cabecera de un grupo pueda mantener de forma continuada una situación deficitaria si el sistema legal aplicable no contempla la disolución forzosa por razón de pérdidas (causa de disolución, por lo demás, muy controvertida).

En relación a lo que acabo de exponer, es expresivo el supuesto que el autor desarrolla en la pág. 670 (grupo *Jazztel*).

## **VII. EL CAPÍTULO VIII TRATA DEL RESULTADO DEL DEBATE EXISTENTE EN TORNO A LA UTILIDAD DEL CAPITAL. LLEVA POR TÍTULO: LA EVOLUCIÓN Y LA ADAPTACIÓN DE LA DISCIPLINA DEL CS (PÁG. 671 Y SS.)**

La reforma de la disciplina del CS arranca del Proyecto SLIM (acrónimo; no debe confundirse con el primer apellido de quien se dice *tiene* la mayor fortuna [patrimonio] del mundo) y ha culminado en la Directiva 2006/68/CE, que modifica la 77/91/CEE en lo relativo a la constitución de la SA y al mantenimiento y las modificaciones de su capital.

El contenido de la Directiva ocupa la pág. 675 y ss., para tratar de las aportaciones no dinerarias: con la posibilidad de que los Estados miembros permitan a las SA la asignación de acciones en contrapar-

tida de aquéllas, sin que intervenga experto independiente en los casos en que ya exista un punto de referencia claro para evaluar la aportación y sin perjuicio de que los minoritarios la exijan (destaca el autor la notable complejidad de la regulación, que contempla diversos supuestos). Y a continuación la autocartera: en el que el nuevo tratamiento se circunscribe a los supuestos de las llamadas adquisiciones derivativas condicionadas; el principio de igualdad de trato constituye ahora el eje fundamental.

La asistencia financiera merece especial atención, al permitir la Directiva que las legislaciones nacionales flexibilicen notablemente su régimen: el régimen es ahora el de admisión condicionada si los Estados miembros optan por permitir a las sociedades “adelantar fondos, conceder préstamos o dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero” (art. 23, que exige aprobación previa por la Junta general, con una mayoría reforzada).

El estudio se centra a continuación en la intervención del experto en la Fusión y en la Escisión conforme a la Directiva 2009/109/CE, que modifica las ya existentes.

Con la finalidad de disminuir obligaciones de información que “parecen obsoletas o excesivas” (Considerando 2), posibilita que no sea necesaria aquella intervención para valorar las aportaciones no dinerarias si consisten en un patrimonio que se transmite en bloque por vía de sucesión universal, siempre que se haya elaborado un informe pericial independiente sobre el proyecto de Fusión o de Escisión.

Y siguiendo con las modificaciones estructurales, la Directiva 2000/65/CE ha modificado las tres ya existentes, en cuanto a la valoración en las cuentas anuales consolidadas: el criterio es ahora el del valor razonable a determinados activos y pasivos financieros, en sustitución del valor de balance.

Trata, en consecuencia, de la incorporación al Derecho español de la normativa anteriormente citada (pág. 685 y ss.), que se concreta, de un lado, en las aportaciones no dinerarias a la SA: las nuevas excepciones a la exigencia del informe, art. 69 LSC y los anuncios previstos en la Directiva que en el art. 70 LSC se han transformado en un “informe sustitutivo de los administradores”. Y de otro, en la adquisición de acciones propias: los actuales artículos 146 y 509 –éste respecto a las sociedades cotizadas– de la LSC recogen concretas adaptaciones de detalle. Por último, la incorporación de la

nueva normativa contable al Derecho interno español se ha llevado a cabo fundamentalmente en virtud de la Ley 16/2007, de 4 de julio, lo que el autor trata en la pág. 691 y ss. (destaca la introducción del concepto de "patrimonio neto", que es definido en el art. 36 del Código de Comercio, al que el RDL 10/2008, de 12 de diciembre, ha añadido una precisión original; pág. 695).

El epígrafe "Nuevas cuestiones en torno al CS" merece atención específica en cuanto trata el autor de la integración del mismo en los supuestos de modificación estructural (pág. 695 y ss.).

En los supuestos de fusión, escisión y segregación (modificaciones estructurales traslativas, CERDÁ ALBERO), existe un mecanismo de protección de acreedores funcionalmente equivalente al establecido para el caso de reducción de capital (arts. 43 y 44 LMESM de 3 de abril de 2009). Puede, por ejemplo (dice en la pág. 696), aumentarse el capital de la sociedad absorbente por una cuantía inferior al capital de la sociedad absorbida que se extingue (en la transformación la sociedad sigue siendo *sustancialmente* la misma, con distinta forma jurídica, por lo que no existe relación de canje de valores).

Si la sociedad resultante o la beneficiaria de la ME es anónima, ha de intervenir un experto independiente, salvo las excepciones legales (arts. 67 y 69 LSC, respectivamente, y arts. 34, 39 y 78.1 LME). Si es limitada, no existe disposición alguna respecto a la integración del CS (son de aplicación los arts. 73 y 76 LSC: los socios pueden voluntariamente...).

En cuanto al papel que desempeña el balance en los casos de Fusión y de Escisión, tiene una función estrictamente informativa, pero en el supuesto específico de absorción de una sociedad íntegramente participada de forma *indirecta*, la característica propia de la operación es la obligación de la sociedad absorbente de compensar a la sociedad o sociedades intermedias "por el valor razonable de su participación en la sociedad absorbida" (art. 49.2, último inciso, LME; debido al menoscabo patrimonial que sufriría en otro caso). Y aunque el precepto citado contempla la posibilidad de que la sociedad absorbente aumente su capital, existen –dice en la pág. 707– múltiples argumentos para entender que no es necesario en ningún caso. Argumentos que explaya en profundidad a continuación (con apoyo en JUSTE MENCÍA y en mí mismo).

¿Y el papel del balance caso de Transformación? A su juicio, no solo es pieza integrante del derecho de información de los socios; al

mismo tiempo puede desempeñar una función en relación a la adecuada integración del capital de la sociedad resultante de la Transformación cuando ésta sea anónima o limitada (pág. 704).

Fusión apalancada y asistencia financiera ocupan la pág. 711 y ss. Para el autor es preciso el análisis de cada supuesto de aquélla para determinar si se da ésta, la prohibida por el art. 35 LMESM. Considera que no se da en el supuesto de fusión apalancada posterior a la adquisición de activos, dado que la asistencia financiera prohibida solo es la que tiene por objeto la adquisición de acciones o participaciones propias (arts. 143.2 y 150 LSC). A su entender, la finalidad de la fusión ha de ser precisamente facilitar la adquisición de las acciones o participaciones, pero si existen otros motivos determinantes, debe considerarse lícita la operación (citando al efecto tanto un auto de la Audiencia Provincial de Madrid, como a RONCERO SÁNCHEZ, a HERNÁNDEZ SÁINZ y a mí mismo; pág. 715).

En sede de pérdida del capital se afronta la introducción de una legislación concursal de nueva planta (la Ley 22/2003, de 9 de julio). Trata de la problemática y armonización normativa al efecto en la pág. 717 y ss., destacando, a mi juicio la difícil conciliación del régimen de responsabilidad societario y el concursal, en razón –señala en la pág. 721– de la distinta naturaleza que el Tribunal Supremo ha atribuido a uno y a otro (responsabilidad ¿objetiva o por el contrario por culpa y por daño?). Igualmente es de destacar cómo –dice en la pág. 722– la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, ha resuelto la problemática de la responsabilidad de los administradores sociales caso de haber incumplido el deber de promover oportunamente la disolución de la sociedad, especialmente en el caso de pérdida patrimonial grave (arts. 50.2 y 51 bis).

## VIII. CONCLUSIONES

A partir de la pág. 725 y ss. expone el autor sus conclusiones: presente y futuro del CS.

Resume la evolución histórica del CS y cómo la concepción tradicional del mismo se afirma en la Directiva 77/91/CEE, cuyo esquema básico no ha alterado la reforma contenida en la Directiva 2006/68/CE (a diferencia de la evolución divergente de la figura del capital en EEUU).

Considera deseable la adecuación del capital social a una realidad en la que las sociedades están cada vez más influidas por el mercado, desde luego sin radicalismos suprimidores del capital. La relación utilidad-coste para las empresas es clave y concretamente –señala en la pág. 729– la reglamentación de la asistencia financiera debe en nuestro Derecho flexibilizarse, acompasada a la reforma de la Segunda Directiva en 2006.

Dos áreas, expone por último, en las que a su juicio puede resultar necesaria la intervención del legislador: el capital mínimo (insuficiente de un lado en la SRL e innecesaria complicación que produce la obligación en las S de C de acreditar la realidad de las aportaciones) y el tratamiento de la pérdida de capital (sustitución de la misma como causa de disolución obligatoria por un régimen específico de publicidad). En este sentido realiza dos propuestas, que por su entidad y contenido conviene leer y profundizar (pág. 730 y ss.: dar nueva redacción a los arts. 5, 23 y 303 Ley de SC y a los arts. 363, 365 y 367 de la misma Ley, respectivamente).

La obra comentada, por su realismo y ponderada medida, es altamente meritoria. Solo quien domina el Derecho de Sociedades Mercantiles se atreve a escribir acerca del capital social como lo ha hecho SÁNCHEZ RUS, por ello es recomendable su atenta lectura. Con su obra se da un paso más porque supone un meritorio avance en la comprensión de las sociedades de capital. Hay que congratularse por ello y desear nuevas aportaciones del autor en esta positiva línea de investigación.





# **SOBRE EL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA ENTREGA DE LOS LEGADOS**

**Luis Javier Gutiérrez Jerez**

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Jaén

## **Abstract:**

Las cosas legadas pasan a configurar el objeto de una situación jurídica de pendencia bajo la titularidad preventiva del legatario, quien, de confirmarse las condiciones legales, será el titular definitivo, debiendo afirmarse entonces que nunca han estado bajo el dominio, ni siquiera interino, del heredero. Consecuencia de ello es que la entrega a la que se refiere el artículo 885 del Código Civil, que sirve de obstáculo a la toma de posesión directa por el legatario, es una simple transferencia posesoria, desprovista de la carga jurídica que es consustancial a la tradición en nuestro sistema, basado en la teoría del título y el modo.

En el presente trabajo se estudia el fundamento de la adquisición posesoria, el régimen jurídico de los gastos de la entrega, obligaciones de los sujetos y excepciones a la regla que obstaculiza la adquisición de la posesión por el propio legatario.

Legacy things happen to configure the object of a legal status of sloping under pre-trial ownership of the legatee, who confirmed the legal conditions, shall be the final owner, and I must say that they have never been under the domain even of the heir. Consequence of this is that the delivery which referred to article 885 of the civil Code, which serves as a barrier to taking direct ownership by the legatee, it's a simple transfer of possessory, devoid of the legal burden that is inherent to the tradition in our system, based on the theory of the title and the mode.

This paper work looks at the foundation of the possessory acquisition, the legal regime for the delivery expenses, obligations of the subjects and exceptions to the rule that impedes the acquisition of possession by the own legatee.

## SUMARIO

1. FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL
2. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN POR EL LEGATARIO
  - 2.1. Los gastos derivados de la entrega
  - 2.2. Atribución de los gastos de la entrega en el prelegado y en el sublegado
3. SUJETOS QUE DEBEN REALIZAR LA ENTREGA: EL HEREDERO Y EL ALBACEA
4. LA FORMA DE LA ENTREGA DEL LEGADO
  - 4.1. El tiempo de la entrega del legado
  - 4.2. El cumplimiento del legado mediante entrega de su valor
  - 4.3. La opción compensatoria ofrecida al legitimario cuando el valor de lo legado excede de la porción disponible
5. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR EL LEGADO
  - 5.1. Autorización del propio testador
  - 5.2. Posesión preexistente en el legatario al producirse la apertura de la sucesión
  - 5.3. División de toda la herencia en legados

### 1. FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL

En la sucesión a título particular existe una verdadera delación o llamamiento compatible con la adquisición provisional que se realiza por el legatario desde la apertura de la sucesión, sometida en todo caso a la posibilidad de repudiar. De esta forma el "*ius delationis*" se configura desde una vertiente negativa como un "*ius repudiandi*" o derecho a repudiar el legado para no adquirirlo, siendo su plazo el mismo que la ley otorga para reclamar el derecho a la herencia.

Este dato resulta de capital importancia a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la entrega a la cual se refiere el precepto, hasta el punto de hacernos considerar que no es una verdadera tradición, ya que el legatario debe pedir la entrega, que tendrá como objeto lo que ya está, interinamente al menos, bajo su titularidad preventiva. Esa provisionalidad matiza la interpretación del artícu-

lo 882 del Código Civil, especialmente en cuanto a la pretendida adquisición automática, que en realidad no se reconoce en él.

Como es conocido, la "*traditio*" no es una simple entrega, sino la entrega de una cosa con el ánimo de transmitir la propiedad (1), siendo la intención un elemento determinante, con independencia de la forma adoptada, pues se admite en nuestro Derecho una pluralidad de ellas que en definitiva conducen a la transmisión del dominio (2).

De lo dispuesto en los artículos 609 y 1095 del Código Civil aparece que nuestro Derecho contempla la teoría del título y el modo en la adquisición del dominio en especial cuando el primero de los preceptos alude a la adquisición del dominio y demás derechos reales "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". Pero no es menos cierto que en el mismo artículo 609 ya se ha referido el legislador a la sucesión testada e intestada como otros modos de adquirir el dominio, a los que no afecta la instrumentalización de la "*traditio*".

Si nosotros defendemos que las cosas legadas pasan a conformar una situación jurídica de pendencia bajo la titularidad preventiva del legatario, quien, de confirmarse las condiciones legales, será el titular definitivo, debiendo afirmarse entonces que nunca han estado bajo el dominio, ni siquiera interino, del heredero.

Consecuencia de lo anterior es que la entrega a la que se refiere el artículo 885 del Código Civil, que sirve de obstáculo a la toma de posesión directa por el legatario, es una simple transferencia posesoria, desprovista de la carga jurídica que es consustancial a la tradición en nuestro sistema, basado en la teoría del título y el modo.

Un primer argumento de apoyo a nuestra tesis lo encontramos en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1947 (3), en cuyo segundo considerando se afirma que aunque la obligación de entregar recaiga sobre el heredero,

---

(1) Tal es la definición de SOHM, recogida por PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1978, p. 340 y nota 13.

(2) Así por ejemplo, la *traditio real*, basada en la entrega material, y la *traditio ficta*, cuyo efecto es la transmisión sin la materialización de la entrega, y dentro de esta última, las formas simbólica, instrumental, "*longa manu*", "*brevi manu*" o la llamada "*constitutum possessorium*".

(3) RA 1044.

"ni un sólo momento ha estado la cosa en su dominio", recordando lo que la Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria ya había considerado con ocasión de las anotaciones preventivas de los legados.

Para la Dirección General la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al tiempo que una circunstancia "*sine qua non*" para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo la cosa legada con independencia de la adquisición dominical.

Y surge en este punto la necesidad de matizar la doctrina defendida por la resolución, ya que aunque en ella se insiste en que la adquisición dominical que tiene lugar en el legado, y en especial, la que se deriva del artículo 882 del Código Civil, es instantánea desde la muerte del testador, nunca será adquisición automática y ni mucho menos la entrega equivaldrá a una "*traditio*", ya que lo adquirido es en realidad una titularidad preventiva que no está exenta, en principio, de la necesidad de entrega.

Consecuencia de todo lo anterior es que la llamada posesión civilísima reconocida en el artículo 440 del Código Civil es de aplicación exclusiva al heredero, que tendrá la posesión de los bienes hereditarios desde la muerte del causante, pero no al legatario.

El fundamento de la entrega, como requisito para la adquisición de la posesión del objeto del legado se materializa en tres planos diferentes (4): la posesión civilísima del heredero, el llamado "honor del heredero" y la garantía del propio derecho hereditario.

En relación con el honor del heredero, se pretendió en el Derecho Justiniano la implantación de un sistema solemne de entrega que invistiera al legatario de su derecho (5). Esta pretensión hizo necesario el acto material de la entrega como medio de materializar la titularidad de forma solemne.

Por otro lado, hemos mencionado también como otro fundamento de la entrega la garantía del derecho del heredero. Ciertamente,

---

(4) A ellos se refiere RIVAS en *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1992. Pp. 526 y 527.

(5) Son interesantes en este sentido las precisiones de VALLET en su obra *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I, Madrid, 1982, pp. 178 y 179. Recoge el autor la necesidad de entrega en el sentido de investidura solemne, basada en textos de ULPIANO (D. 43, 3, 1, 2) y JAVOLENO (D. 41, 2 23), donde se afirma que la posesión no pertenece al legatario si no fue tomada naturalmente, "*nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinent*".

hasta que las legítimas no se encuentren a salvo de cualquier extralimitación perjudicial, cuantitativa o cualitativa, es natural que no se produzca la transferencia automática de la posesión al legatario tal y como tiene lugar para el heredero.

Tal garantía nos conduce a preguntarnos acerca del momento idóneo para la entrega del legado; y a la luz de estos argumentos queda perfectamente claro que la obligación de proceder a la entrega surge desde el momento en que el heredero o el albacea aceptan, respectivamente, la herencia o el cargo.

LACRUZ considera que en todo caso debe preceder a la entrega la liquidación y partición de la herencia porque solo de esa forma puede conocerse si los legados no perjudican la cuota legítima (6). También la Dirección General de los Registros y del Notariado señalaba tal momento de la entrega fundándose en la garantía de la integridad de las legítimas, en resolución de 27 de febrero de 1982 (7).

En contra de esta afirmación se declara sin embargo CALVO MEJIDE, que considera que la obligación de entregar nace desde el momento mismo de la aceptación de la herencia o del cargo de albacea, tal y como nosotros también creemos, por entender que en primer lugar es imprescindible respetar la voluntad del causante, en tanto que no lesione las legítimas.

En segundo lugar, porque, así como las donaciones hechas en vida al heredero suponen la entrada inmediata en posesión de los bienes donados, sin perjuicio de su posterior reducción por inoficiosidad en el caso de resultar excesivas, en el legado el heredero o albacea, en su caso, han de proceder al cumplimiento de la obligación impuesta por el testador desde el instante en que dispuso a título particular, sin perjuicio de la posibilidad de reducir las disposiciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 820 del Código Civil (8).

## 2. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN POR EL LEGATARIO

En nuestra doctrina no ha sido común la armónica interpretación de los artículos 882 y 885 del Código Civil, sobre la base del sistema

---

(6) *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 5.ª ed., Barcelona, 1993, p. 270.

(7) RA 838.

(8) *La posesión en el derecho hereditario*, Madrid, 1991, p. 113.

de adquisición. Así por ejemplo, DÍAZ CRUZ ha señalado que carece de sentido que el legatario adquiera el dominio de la cosa desde la apertura de la sucesión pero no pueda tomar posesión de forma inmediata al estilo del heredero (9).

El problema lo solucionó OSSORIO MORALES considerando que el legatario es un propietario que carece de posesión y que no puede privar de ella al heredero, que ha recibido por ministerio de la ley la posesión, tal y como el artículo 440 del Código Civil preceptúa, esto es, de forma automática (10).

El heredero gravado con un legado no adquiere en principio la posesión material de los bienes hereditarios, sino la posesión como situación jurídica, que no le impedirá, llegado el caso, la adquisición material.

Como efecto del artículo 446 del Código Civil, el heredero poseedor podrá ejercitar las acciones posesorias, tendentes a la protección de su derecho. Como señala GARCÍA VALDECASAS, la posesión se protege porque la paz y el orden social exigen que los estados de hecho no puedan alterarse por propia autoridad de los particulares y no puede ser causa de exclusión el que el poseedor no sea dueño, ya que –según afirma el autor– es preferible correr ese riesgo antes que negar la protección a quien sin duda la merece (11).

Como prueba de la plena condición de poseedor que tiene el heredero desde la muerte del causante, baste decir que doctrina (12) y jurisprudencia (13) admiten que el heredero esté legitimado activamente para el ejercicio de la acción de desahucio, que particularmente presenta una conexión importantísima con cuestiones posesorias.

---

(9) *Los legados*, Madrid, 1951, pp. 590 y 591.

(10) *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, p. 375. Además, DE LOS MOZOS considera que se produce un perfecto acuerdo equilibrador entre la adquisición del legado por el legatario y la adquisición de la posesión civilísima por el heredero, en cuyo centro se encuentra la obligación de entrega. "La adquisición de la posesión en los legados", ADC. 1962, p. 870.

(11) En parecidos términos se pronuncia DUALDE en *La posesión civilísima*, Barcelona, 1959, pp. 22 y 23.

(12) ALBALADEJO, comentario al artículo 885 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1.º, p. 313, y GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1987, p. 49.

(13) STS de 17 de abril de 1958, RA 1680, STS de 17 de abril de 1959, RA 1956 y STS de 29 de mayo de 1963, RA 3589.

De igual forma podrá el heredero ejercitar los interdictos que el causante pudo ejercitar en vida, siempre que no haya transcurrido un año desde que la perturbación o despojo tuvieron lugar, así como los interdictos contra actos que tengan lugar después de adquirida su posesión y antes de la entrega al legatario (14).

Podemos añadir a estas notas otra que nos ofrece COCA PAYERAS (15) en cuanto que es presupuesto de aplicación del artículo 440 el hecho de que el causante fuera poseedor en el momento de fallecer, lo cual nos lleva a plantearnos la importante cuestión de si la posesión que adquiere el legatario es la que tenía el causante o la que, por ministerio de la ley, disfruta el heredero.

La posesión civilísima es una posesión real aunque no sea material y se configura como un derecho autónomo, hasta el punto que se ha defendido que el legatario adquiere desde la muerte del causante el derecho a poseer el legado y si la cosa es específica determinada propia del testador, toma posesión del derecho de propiedad, aunque no la posesión del bien sobre el que el derecho recae (16).

Creemos que el legatario adquiere del heredero la posesión que tenía el causante, de forma que si el causante había sufrido cualquier clase de privación posesoria, las acciones civiles correspondientes podrán ser ejercitadas por el heredero, pero no por ello se encuentra obligado a ejercerlas, ya que es lícita la transmisión de la posesión y de las acciones correspondientes al legatario para que sea este el que las ejercite, en su caso.

Cuando la cosa legada estuviere gravada con un derecho real de usufructo, en virtud de lo preceptuado en el artículo 868 del Código Civil, se considera que el heredero ha de transmitir la posesión del dominio gravado, pero que en ningún caso surgirá para él, o para otro sujeto autorizado legalmente para entregar, el deber de entregar libre de cargas y gravámenes, todo lo cual nos lleva a pensar que para calificar jurídicamente la entrega resulta esencial la clase de legados a que nos refiramos.

---

(14) En este sentido se pronuncia GARCÍA VALDECASAS en *op. cit. La posesión*, p. 80.

(15) Comentario al artículo 440 en *Comentario al Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1190.

(16) Así lo declara CALVO MEJIDE en *La posesión en el Derecho hereditario*, Madrid, 1991, p. 112.



Es conocida la distinción general de los legados en reales u obligacionales, según tengan eficacia real o simplemente obligatoria.

GARCÍA CANTERO ha señalado que en el Derecho Romano, la eficacia real se vinculaba al legado "*per vindicationem*", mientras que la fórmula "*per damnationem*" permitía al testador imponer al heredero obligaciones de diversa naturaleza. Según el autor, en nuestro Código Civil la eficacia real se deriva de lo dispuesto en el artículo 882, apartado 1.º, cuando se describe la adquisición de la propiedad desde la muerte del testador, referido al legado de cosa específica y propia del testador, lo que no impide lo que llama "una prudente generalización" a otras categorías de legados (17).

El legado real sería coincidente con el legado "*per vindicationem*", consistente en la atribución de un bien concreto y específico, existente en el patrimonio del testador; dados estos caracteres, tal y como señala ROYO MARTÍNEZ (18), el legatario adquiere un derecho real y se le permite reivindicar la cosa de quien la posea.

Mediante el legado obligacional el legatario adquiere un derecho de crédito frente al gravado para que realice la prestación dispuesta por el testador a su favor.

El artículo 885 únicamente es aplicable a los legados de naturaleza real debiendo excluirse de la aplicación del precepto, y por tanto, de la necesidad de entrega, los legados obligacionales, ya que en ellos no se transmite derecho real alguno.

Como anteriormente señalamos, en los legados cuya eficacia es meramente obligacional o de eficacia diferida (19), el legatario adquiere un derecho de crédito frente al gravado, en cuya virtud adquiere la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación.

Entendemos aplicables las prescripciones legales para el cumplimiento de las obligaciones, especialmente las relativas a la integridad, identidad y tempestividad, dado que el cumplimiento de una

---

(17) "Ensayo para una clasificación de los legados, en particular en el Código civil". RCDI, 1973, pp. 784 y 785.

(18) *Derecho Sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951, 1.ª edición. P. 167.

(19) SÁNCHEZ CALERO los denomina "legados de eficacia diferida", comentario al artículo 885, en *Comentario al Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 2158.

obligación es "la exacta realización de la prestación que constituye su objeto" (20).

Con ello surge el concepto "cumplimiento", que nosotros enfrentamos con la "entrega", basando las diferencias entre ambos conceptos en el hecho de referirse a situaciones diferentes derivadas de la disposición a título particular (21).

No obstante, parece admisible utilizar la expresión "cumplimiento" en general como referida a toda clase de legados, y desprovista por tanto de la naturaleza exclusivamente obligacional. Tal es el caso de MORENO QUESADA, que se refiere al cumplimiento del legado, sobre la base jurídica del de cosa ajena, distinguiendo, a partir de lo dispuesto en el artículo 861, entre cumplimiento normal y cumplimiento subsidiario, referido este último al caso de no poder adquirir el gravado para entregar al legatario, en cuyo caso ha de entregarse su justa estimación (22).

Una vez adquirido provisionalmente el legado por el legatario, en tanto no se produce la renuncia en el plazo de ejercicio de la acción que le incumbe ex testamento, o bien producida la aceptación por su parte, adquiere aquel el derecho a los frutos, incluidos los pendientes, en los términos mencionados en el artículo 472 del Código Civil.

En el precepto se observa el nacimiento de un derecho a los frutos pendientes, que, como derecho subjetivo ya nacido, está bajo la titularidad del legatario, aunque se materializará definitivamente en el momento de la separación o culminación.

Recuérdese que la regla es aplicable a los frutos naturales e industriales porque los frutos civiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 474, se entienden percibidos día por día y por esa razón pertenecen al usufructuario solo los que correspondan al tiempo que comienza con el día en que el usufructo empieza, eliminándose así cualquier vestigio de pendencia (23).

---

(20) Así se expresa MORENO QUESADA en su interesante obra "Problemática de las obligaciones de hacer", RDP, junio-1976, p. 478 y siguientes.

(21) En la STS de 3 de junio de 1947 (RA 903) puede verse cómo el sentido de la entrega se diferencia del cumplimiento al tratarse de la transferencia o materialización de una titularidad real.

(22) "El cumplimiento del legado de cosa ajena", ADC, 1961, pp. 627 y 633.

(23) Véase a MALUQUER, comentario al artículo 474, en *Comentario al Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 1270.

## 2.1. LOS GASTOS DERIVADOS DE LA ENTREGA

En cuanto a los gastos que provoca la entrega, hay que referirse al artículo 886, apartado 3.º, del Código Civil. En este precepto se declara que los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán a cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Utiliza el legislador la expresión "gastos necesarios", pero sin hacer desarrollo de los que pretenden incluirse, por lo que debemos referirnos en primer lugar a los que de forma indubitada tienen su causa en el acto de la entrega.

Cuando el legado deba entregarse en un lugar determinado, los gastos de tal acto correrán de cuenta de la herencia, así como cuando la entrega haya de realizarse en documento público, pues ha de considerarse que sin esos actos accesorios no hay entrega (24).

¿Qué ocurre si el legatario impone alguna actuación que provoque gastos?; creemos que en tal caso no pueden imputarse a la herencia, siendo de cuenta del que los impuso o causó y, por supuesto, quedan a salvo las cantidades que se adeuden a la Hacienda Pública a consecuencia de la realización del hecho imponible de algún tributo cuya ley reguladora imponga al sujeto pasivo (legatario) el pago, pues la personalidad que rige el nacimiento de las deudas tributarias así lo exige (25).

En cuanto a la atribución personal de los citados gastos, debemos recordar que el artículo 886 utiliza de forma genérica la expresión "la herencia".

Nosotros entendemos que tal referencia no puede referirse a otros sujetos que a los que son titulares del derecho hereditario, es decir, herederos, y en su caso, legatarios, aunque debemos distinguir las diferentes posibilidades.

---

(24) ALBALADEJO considera que en el artículo 886.3.º del Código Civil pueden ampararse gastos tales como pesar, contar, medir, transportar o los derivados del otorgamiento de escritura de entrega de inmuebles. *Op. cit., Comentarios...*, tomo XII, vol. 1.º, p. 339.

(25) Véase a ALBALADEJO, *op. cit., Comentarios...*, tomo XII, vol. 1.º, pp. 339 y 340.

En nuestra doctrina, MANRESA (26) y SCAEVOLA (27) han sido defensores de una interpretación gramatical del artículo 886 que nos lleva a imputar los gastos de la entrega a la herencia, en cualquier caso o situación. Concretamente en SCAEVOLA aparece una interpretación según la que, aun cuando el testador grave a un legatario con un legado, los gastos deben correr a cargo de la herencia, porque si el legislador hubiere deseado otra cosa, se referiría al heredero y no a la herencia (28).

Cuando el testador ha gravado a todos los herederos con un legado usufructuario, nos encontramos ante un supuesto que entra sin dificultades en el texto y el espíritu del artículo 886.3.º, ya que serán todos y cada uno de los herederos los que hayan de responder con los bienes hereditarios de los gastos necesarios provocados con ocasión de la entrega del legado.

Cuando aparece gravado alguno de los herederos, hay que interpretar el sentido de la expresión "herencia" dentro de ese mismo apartado 3.º del artículo 886, ya que no admitimos la tesis gramatical defendida por autores como MANRESA y que aparece también en SCAEVOLA, por entender que no responde a la intención del legislador.

Nos parece que la postura mantenida por SÁNCHEZ CALERO se ajusta mejor a la verdadera intención del legislador por considerar que si los gastos necesarios para la entrega son algo accesorio del pago del legado, cuando el testador, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad dispone lo principal, es decir, un legado a cargo de un heredero, le atribuye también lo accesorio representado por tales gastos (29).

Esta interpretación parece más acorde además con lo que el legislador establece en el artículo 1168, cuando impone los gastos extrajudiciales provocados por el pago al deudor.

De esta forma, tal y como señala ALBALADEJO, se produce un aceptable ajuste de la letra del precepto al espíritu del legislador (30), que se hace aún más patente cuando se piensa que si el artícu-

---

(26) *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, vol. 2.º, 8.ª ed., revisada por Martínez Calcerrada, Madrid, 1973, pp. 564 y 565.

(27) *Código civil*, tomo XV, 4.ª ed., revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1945, pp. 450 y 451.

(28) *Op. cit.*, *Código civil...*, p. 451.

(29) *Comentario al artículo 886 en Comentario al Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 2163.

(30) *Vid. Comentarios...*, cit., p. 340.

lo 886.3.º está diseñado para el supuesto de legado a cargo de toda la herencia, y atribuye los gastos a los herederos como gravados, lo más lógico será pensar que cuando el gravado sea uno de los herederos o un legatario, corran a cargo de este.

Si el legado gravare únicamente a quienes son herederos, entendemos que la distribución de la responsabilidad por las deudas y gastos provocados será proporcional a tales cuotas y si alguno de los herederos lo es en cosa cierta, entendemos con ALBALADEJO que bastará con calcular el valor proporcional de esos bienes respecto de las cuotas de los demás herederos (31).

En cuanto al carácter de esa responsabilidad, no hay duda de que es mancomunada, carácter que se deduce claramente del apartado 2.º del artículo 859 cuando dispone que "si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos" (32).

## 2.2. ATRIBUCIÓN DE LOS GASTOS DE LA ENTREGA EN EL PRELEGADO Y EN EL SUBLEGADO

Llegados a este punto, ¿qué ocurre cuando el legatario sea un heredero?; ¿y cuando lo sea otro legatario?

Siguiendo la doctrina establecida por el artículo 886.3.º del Código Civil, interpretada por nosotros en el sentido de que el gravado con el legado deberá responder de los gastos de la entrega, salvo que fuere otra la voluntad del testador, en caso de ordenarse un prelegado, tales gastos correrán a cargo de los herederos, que son los gravados.

Según lo dispuesto en el artículo 858, apartado 2.º, parece que el prelegatario-coheredero recibiría su legado de los demás coherederos a proporción de las cuotas de estos, computándose la parte que como coheredero a él le incumbiría soportar, ya que en otro caso estaríamos ante una situación que sobrepasaría los límites normales de la institución, siendo manifiestamente abusiva.

---

(31) *Vid.* comentario al artículo 858 en *Comentarios...*, cit., p. 14.

(32) Así lo considera ALBALADEJO, *op. cit.*, *Comentarios...*, tomo XII, vol. 1.º, p. 14, opinión también sostenida por otros autores como ROCA SASTRE en *Anotaciones al Derecho de Sucesiones* de KIPP, tomo V, vol. 2.º, Barcelona, 1951, pp. 149 y 150.

OSSORIO MORALES consideró ineficaz el legado en la proporción correspondiente al prelegatario, basándose en la aplicación extensiva del artículo 1087, según el cual, un coheredero que sea acreedor del causante puede reclamar de los demás coherederos el pago de su crédito, "deducida su parte proporcional como tal heredero" (33), solución que no nos parece razonable por no ser respetuosa con la voluntad del testador.

Por último baste decir que cuando el prelegado lo sea de usufructo, nos encontraremos ante una disposición de enorme trascendencia práctica que permitirá atribuir a quien es ya heredero la condición de usufructuario de bienes, o incluso, de una parte alícuota si así lo ha querido el testador.

No nos parece que en tal caso sea impedimento para la validez del prelegado la existencia de un único heredero, ya que como tal prelegatario, no responderá de las deudas hereditarias, y le será posible incluso aceptar el legado y renunciar a la herencia deferida a su favor, tal y como expresamente le permite el artículo 890 del Código Civil (34).

En cuanto al caso de un sublegado, estimamos con ALBALADEJO que la responsabilidad por los gastos contará con el mismo límite que la aceptación de herencia a beneficio de inventario, es decir, que el sublegatario responderá hasta donde alcance el valor de su legado (35), lo cual es lógico interpretando el artículo 886.3.º en el sentido de que los gastos de entrega son de cuenta del gravado, todo ello a la luz del artículo 890.2.º y 858 del Código Civil.

### **3. SUJETOS QUE DEBEN REALIZAR LA ENTREGA: EL HEREDERO Y EL ALBACEA**

Como anteriormente ya pusimos de manifiesto, cuando la reclamación sea efectuada frente al único heredero o único albacea

---

(33) *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, p. 351.

(34) *Vid.* HERNÁNDEZ GIL, Félix: "Notas sobre el prelegado de usufructo con heredero único", *La Ley*, 1984-4, p. 1055. Igualmente puede verse la obra de GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada, 1996, p. 224, donde afirma la independencia del prelegado como título sucesorio, respecto de la condición de heredero.

(35) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., tomo XII, vol. 1.º, p. 16.

designado por el testador, no cabe duda alguna de que será exclusivamente a él a quien incumba la entrega del legado.

Cuando sean varios los sujetos obligados a la entrega, la petición para que esta tenga lugar deberá presentarse frente a todos ellos conjuntamente, debiendo decidir posteriormente por mayoría sobre todos los extremos de la entrega (36).

La razón de esta exigencia conjunta debemos encontrarla en la especial forma de adquisición del legado en nuestro Derecho. Aunque lo que se produce es una adquisición preventiva de su derecho, el legatario está en condiciones de reclamar lo que ya es suyo, lo que le permitirá pedir el cumplimiento de un deber que, desde la muerte del testador, tiene todo heredero, la entrega.

Consideramos que se trata de un acto de derecho necesario, tanto para los coherederos o heredero único como en relación al deber especificado en el artículo 885 respecto de la prohibición de ocupar la cosa legada por la propia autoridad del legatario (37).

Esto nos aleja de cuestiones como la solidaridad o la mancomunidad en el cumplimiento, porque siguiendo el estricto dictado del artículo 859, apartado 2.º, del Código Civil, todos los coherederos están obligados por igual a afrontar el cumplimiento, aunque en proporción a su cuota.

Un punto oscuro quedaría por resolver: ¿cómo han de resolver los coherederos los problemas que suscite la entrega o cumplimiento del legado?

Esta cuestión queda aclarada en nuestra doctrina por ALBALADEJO cuando propone la aplicación analógica de los artículos 398 y 895 del Código Civil, que obligaría a los coherederos a resolver por mayoría de votos, internamente (38).

Lo que ocurre es que tal aplicación analógica no debe llevarnos a la errónea conclusión de que los obligados a la entrega, que lo están desde la muerte del causante por ser ese el momento de adquirirse preventivamente el legado, pueden negarse por mayoría a dicha entrega.

---

(36) Esta es la postura de ALBALADEJO en *Comentarios...*, tomo XX, vol. 1, cit., p. 316.

(37) ALBALADEJO considera que el acto de entrega no es un simple acto dispositivo para los coherederos. *Vid. op. cit., Comentarios...*, p. 316.

(38) Véase la obra de ALBALADEJO *Comentarios...*, tomo XII, vol. 1, cit., p. 316.

En este sentido podemos recordar lo que dispone la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1987 (39) cuando en ella se afirma que tratándose de una herencia a la que están llamadas varias personas conjuntamente, una de ellas no puede, sin que conste la renuncia de las demás, proceder a la entrega del legado si se tratase de un legado de cosa específica.

Lo que nosotros queremos reflejar aquí es que se trata de un medio de resolver problemas concretos planteados por la entrega, pero nunca una vía de eludir lo que desde el principio constituye un deber para ellos.

El artículo 885 incluye al albacea como sujeto que puede entregar el legado, siempre que esté facultado para ello. De antemano y siguiendo un criterio lógico debemos aclarar que en el caso de que el cargo de albacea y contador-partidor recaiga en la misma persona, no se presentará problema alguno para aplicar las prescripciones que siguen. Sin embargo, la función de entregar un legado, al describirse en el artículo 885 en relación al albacea, no es aplicable al contador-partidor independiente (40).

A pesar de que el artículo 81.1.c del Reglamento Hipotecario permita que el contador-partidor pueda entregar un legado, y llamamos la atención sobre el hecho de que el mencionado precepto habla del contador-partidor como figura independiente del "albacea facultado", creemos que ha de prevalecer el criterio marcado por el artículo 885 del Código Civil.

En primer lugar porque siendo el Código Civil ley anterior, solo puede modificarse por ley posterior, y no por un Decreto como el que incluyó la regulación del artículo 83.3 del Reglamento Hipotecario en 1959 o como el Real Decreto de 1982, que también incluyó la atribución de entrega de legados de inmuebles al contador-partidor en el artículo 81 (41).

---

(39) RA 6574.

(40) Tal y como señala CAMY en su obra "Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes", RDP, abril, 1968, pp. 317 y 318, el contador-partidor solo está autorizado para contar y partir, pero no para alterar los derechos que se derivan del testamento, lo que nos da pie para pensar en que mucho menos podrá asumir funciones que legalmente no le están encomendadas.

(41) Concretamente, Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 (BOE núm. 27/82), que modifica el Decreto de 17 de marzo de 1959.



En segundo lugar porque el contador-partidor carece de funciones ejecutivas. No obstante, puede ocurrir que el contador-partidor lo sea el albacea, en cuyo caso asistiríamos a una contradicción muy difícil de esclarecer: resultaría del texto del artículo 81.1.c del Reglamento Hipotecario que como contador-partidor no autorizado expresamente, puesto que a él no se le aplica ese requisito, podría entregar un legado y sin embargo, como albacea, por no haber sido autorizado, no pudiese hacer esa misma entrega. Ciertamente absurdo (42).

No obstante, hay opiniones que van mucho más allá, como la de LÓPEZ NAVARRO, cuando analizando el problema concluye que, en primer lugar, por supuesto que el contador-partidor autorizado por el testador puede otorgar la escritura de entrega de inmuebles; en segundo lugar, afirma que es perfectamente defendible tal otorgamiento por el contador-partidor no autorizado (43).

A nuestro juicio esta interpretación es inadmisibles, por resultar escasamente respetuosa para con el principio de legalidad, puesto que deja en un tercer o cuarto plano al Código Civil (ley frente a decreto), aunque sea en la práctica una solución más rápida y sencilla.

El albaceazgo es una institución civil encuadrada en lo que algún autor ha llamado cargo fiduciario (44). Se trata de un sujeto que dispone de independencia respecto de los herederos en el ejercicio de sus funciones de control y cooperación en la exacta ejecución de la voluntad testamentaria, pero que en justa compensación responde ante estos de sus actos, razón por la que en los artículos 905 y 907 se le impone la obligación de rendir cuentas de su actuación.

Lo fundamental en el albaceazgo es su carácter independiente respecto de la adquisición de derechos subjetivos en nombre propio, dentro del ejercicio constante de su actividad protectora, ejecutiva o decisoria, en su caso.

---

(42) Puede consultarse al respecto la obra de CHICO ORTIZ, "Entrega de legado", Comentario a la R. de la DGRN de 12 de julio de 1974, ADC, 1976, pp. 894-895, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3.º, 4.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 415 y 416.

(43) "En torno al nuevo artículo 81 del Reglamento Hipotecario", *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, mayo-1983, p. 730.

(44) Así por ejemplo COING, tal y como recoge PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1975, p. 437.

Tal y como explica ROYO MARTÍNEZ, tan solo con un carácter accesorio origina el albaceazgo verdaderos derechos subjetivos a favor del albacea, tales como el derecho a percibir una remuneración derivado del artículo 908, que, no obstante, se presenta como caso excepcional por tratarse de cargo gratuito (45).

En el artículo 901 del Código Civil se atribuyen al albacea las funciones que expresamente haya determinado el testador, entre las cuales, conforme ya hemos puesto de manifiesto, se encuentra la de proceder a la entrega del legado a petición del legatario.

Y es importante la calificación realizada por el artículo 901 de la atribución funcional "expresamente", que viene a situarse en paralelo con la expresión del artículo 885 "cuando éste se halle autorizado para darla".

Creemos que el testamento es el instrumento en el que el disponente debe delimitar esas facultades expresas y ciertas, y que a buen seguro no admiten interpretaciones restrictivas sino más bien abiertas a la fijación de la verdadera voluntad del testador. En este sentido, entendemos que los artículos 885 y 902 se encuentran conectados por referirse a la fijación de la voluntad que atribuye las funciones relacionadas con la entrega de los legados (46).

Esa voluntad es tan esencial que se constituye en motivo suficiente como para impedir la eficacia, al menos registral, de la entrega hecha sin que el albacea estuviere facultado. Así ocurrió en el caso de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 1974 (47), cuando el Centro Directivo declaró no inscribible una escritura de entrega de inmueble hecha

---

(45) *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951, p. 315.

(46) Es muy importante la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de junio de 1957 (RA 2496) en torno al adverbio "expresamente" utilizado por el artículo 902 del Código Civil. En ella se afirma que "... si bien su rigor literal parece excluir toda interpretación de la que se deduzca alguna facultad por virtud de la que tácitamente se deba entender conferida, una recta inteligencia de éste precepto hace preciso admitir que lo que quiso decir es que no se excluyan aquellas facultades que clara y verdaderamente resulten conferidas a los albaceas no sólo por la letra y modo expreso del testamento sino también por una correcta interpretación del mismo".

(47) RA 3066.

por los albaceas contadores-partidores por no haber sido expresamente facultados por la testadora, necesitando para su validez el consentimiento de los herederos.

Si el albacea es un poseedor de la herencia, es lógico que esté dentro de sus posibilidades la entrega de los legados que, como el de usufructo, implican posesión directa de los bienes sobre los que recae la disposición testamentaria (48).

El artículo 892 del Código Civil permite al testador el nombramiento de varios albaceas, sin limitación en cuanto al número, estando dentro de la autonomía de su voluntad la fijación de sus funciones, pudiendo ser el nombramiento mancomunado o solidario.

En el primer caso, según el artículo 895, solo valdrá lo que hagan todos ellos conjuntamente, decidiendo por unanimidad o por mayoría según la naturaleza ordinaria o extraordinaria de los acuerdos. Así, cuando el legatario haga petición de entrega del legado, todos ellos conjuntamente deberán proceder a realizarla, siendo, a nuestro juicio, aplicable lo dispuesto en el artículo 896 en cuanto a los casos de suma urgencia, dándose cuenta de inmediato a los demás.

Cuando se trate de nombramiento solidario, cada uno de los albaceas podrá realizar de manera autónoma los actos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, lo que permitiría que cualquiera de ellos efectuase la entrega del legado, a requerimiento del legatario, siempre que el testador hubiere facultado a los albaceas para ello.

La clave para entender todo este problema nos la da ALBALADEJO, que, con su habitual claridad, nos dice que no se trata de una cuestión de responsabilidad, que sería mancomunada por el artículo 859.2.º, ni del pago de una deuda hereditaria, que sería solidaria por el artículo 1084: se trata de la simple entrega de una cosa hereditaria, hoy del legatario, en la que no existe un acto de disposición para la mente del legislador (49).

Cuando los beneficiados por el legado de usufructo sean varios, también es importante que se fijen las condiciones de su actuación para la entrega.

---

(48) Así lo entiende también ALPAÑÉS DOMÍNGUEZ en "Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega", RDP, diciembre, 1964, p. 1058.

(49) *Vid. op. cit., Comentarios...*, p. 316.

En tal caso, está claro que cada uno de los colegatarios puede actuar de forma relativamente autónoma, porque no puede forzar a los demás a recibir la posesión. Hecha la reclamación por alguno de ellos, no habrá más remedio que ceder a ella, y creemos que la forma de acceder a tal entrega no puede ser otra que admitir al colegatario que ha pedido su entrega, en la coposesión.

De esta forma, disfrutarían conjuntamente con el heredero, herederos, albacea o coalbaceas, o incluso legatario o legatarios, gravados en cada caso; pero si alguno de los beneficiados con la manda no reclamase su entrega, el gravado podrá consignar las cosas objeto del legado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1176 y siguientes del Código Civil (50), teniéndose por entregada, lo que le eximirá, creemos, de responsabilidad por pérdidas o deterioros.

Si se realizare depósito notarial, no debe tenerse por entregado el usufructo legado y solo se produciría el efecto de quedar excluida la responsabilidad del que estaba obligado a la entrega, puesto que el Código Civil solo da por extinguida la obligación cuando se realice la consignación judicial. La consecuencia sería que todavía estaría el legatario sujeto a la prohibición de tomar posesión de las cosas legadas por sí mismo, entre tanto no se realizare la entrega.

#### **4. LA FORMA DE LA ENTREGA DEL LEGADO**

Recordando una vez más lo que ya se expuso acerca de la adquisición del legado, debemos afirmar que el legatario adquiere desde el mismo momento de la muerte del causante su derecho al legado y, por supuesto, la titularidad de las cosas legadas.

Ahora bien, se trata, a nuestro juicio, de una adquisición provisional, que en la terminología acuñada por DE CASTRO podríamos calificar de situación jurídica de pendencia (51), y más en concreto una titularidad preventiva, pues quien en ese momento es ya titular provisional, será el definitivo de consumarse las condiciones legalmente exigidas. Es decir, será definitiva la adquisición cuando el legatario no haya repudiado el legado en el plazo de ejercicio de la

---

(50) Así lo propone ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 315 y 316.

(51) *Compendio de Derecho Civil*, Introducción y derecho de la persona, 5.ª edición, Madrid, 1970. P. 136.

acción "ex testamento", que nosotros hemos calificado como acción personal y que, en consecuencia, durará quince años, o bien cuando, antes de finalizar ese plazo, lo haya aceptado expresamente.

El artículo 885 exige al legatario que pida la entrega y posesión del legado al gravado, que estará obligado a darla y, como también hemos defendido anteriormente, no consistirá tal entrega en una tradición.

Una de las más llamativas consecuencias que se producen así es que para la adquisición del derecho real derivado de la disposición testamentaria no habrá que realizar una tradición; la entrega se constituirá como un mero acto de transferencia posesoria por la que el beneficiado o beneficiados adquieren la tenencia o disfrute material de lo que ya estaba bajo su titularidad.

Conocido es que para esos actos jurídicos no exige la ley formalidad o solemnidad alguna, aun cuando pueda ser recomendable hacerlos constar en documento público, a salvo de lo que a efectos registrales se dispone en cuanto a la práctica de la inscripción.

Si esto es así, está claro que para la entrega del legado no hay exigencia de escritura pública, lo que simplemente nos hará calificar al legatario que ha adquirido su derecho por acto de última voluntad de tal naturaleza particular como sujeto menos protegido registralmente, en el sentido de que su derecho no será oponible frente a terceros, al menos inicialmente.

Consideramos con ALBALADEJO que el legatario puede, no obstante lo anterior, practicar anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad (52), con arreglo a lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante.

Si tenemos en cuenta que para inmatricular bienes inmuebles que han sido legados, uno de los títulos posibles conforme al artículo 81.1.b del RH es la escritura de entrega, ¿es aplicable este requisito al legado de usufructo de inmuebles?

A nuestro juicio, el principal ámbito de aplicación del artículo 81.1 no es otro que el de los actos de transferencia de la posesión relacionados con quien adquiere el dominio inmobiliario.

Al tratarse de un derecho real limitativo del dominio, creemos que debe regir lo dispuesto en el artículo 334, apartado 10.º, del

---

(52) *Op. cit., Comentarios...*, tomo XII, vol. 1.º, p. 322.

Código Civil, que otorga la consideración de bienes inmuebles a los derechos reales sobre bienes inmuebles, con lo que para inscribir el usufructo a favor del legatario será necesaria la presentación de escritura de entrega.

Lógicamente en el caso de un legado de usufructo mobiliario no será exigible la entrega en documento público, y regirá la libertad de forma, lo que no es obstáculo para que se recomiende, a efectos probatorios y en orden a la posible reducción de legados, la constancia de la entrega en documento público.

No debemos olvidar sin embargo que la entrega puede no producirse materialmente, es decir, que puede tener lugar la toma de posesión directa por el legatario, no permitida por el artículo 855, que después se convalida por el obligado a la entrega. Con ello resaltamos una vez más la libertad formal que rige en la materia, salvo en lo referente al acceso al Registro de la Propiedad, puesto que el acceso de los derechos adquiridos por acto de última voluntad precisará la constancia en documento público.

Esta entrega es llamada por DE LOS MOZOS "entrega tácita", es decir, que no es propiamente entrega, sino ocupación, que es meramente tolerada por quien debía entregar (53).

Esta forma "tácita" plantea dos problemas, a nuestro juicio: el primero, que tratándose de entrega de inmuebles, y consideramos incluido el legado de usufructo inmobiliario, para que el legatario inscriba su derecho en el Registro se precisa previo otorgamiento de escritura de entrega, lo que impide la constancia registral. En segundo lugar, que la forma tácita implica, a nuestro entender, la inexcusable manifestación posterior del obligado, por lo que es menos tácita de lo que puede pensarse; al menos debe excluirse la entrega presunta (54).

Creemos que la entrega del legado de usufructo requiere además, para obtener la constancia registral, como manifestación de la garantía de los derechos del heredero y del legatario gravados, que se acredite haber realizado la liquidación y división de la herencia, o bien que en documento público declaren los herederos su conformidad a tal entrega.

---

(53) *Op. cit.*, "La adquisición...". P. 919.

(54) También la excluye DE LOS MOZOS en "La adquisición...", *op. cit.*, p. 920.

Esta acreditación la consideramos recomendable en el caso de un legado de usufructo mobiliario e imprescindible si recae sobre un bien inmueble.

De esta forma se asegura, al menos preventivamente, la integridad de las legítimas, dando lugar, en su caso, al ejercicio de las acciones legales oportunas en relación con el artículo 820 del Código Civil.

Conforme a lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 81 del RH, según el cual la inscripción de los legados que no sean de inmuebles determinados, como es nuestro caso, se hará mediante escritura de liquidación y adjudicación (55).

Con esta exigencia se pretende garantizar al máximo las legítimas, a la vez que ofrecer una vía de seguridad registral. Debemos mostrar nuestro acuerdo con LÓPEZ NAVARRO en este punto, pues ciertamente, es recomendable que, bien en una escritura de entrega, bien mediante una manifestación en documento público del gravado o el albacea previa a la entrega, se declaren a salvo las legítimas así como el pago de deudas y legados que gocen de preferencia.

Caso de no constar tal manifestación en la entrega, si se ha efectuado, o previa a la entrega, parece exigible una confirmación de los legitimarios para la práctica de la inscripción correspondiente a favor del legatario (56).

#### 4.1. EL TIEMPO DE LA ENTREGA DEL LEGADO

La entrega ha de realizarse en el tiempo fijado por el testador, teniendo muy en cuenta en su caso la posibilidad de que haya previsto la sujeción a condición suspensiva o término inicial, a que en tales casos, la entrega no podrá verificarse sino cumplida la condición, o llegado el término, respectivamente.

Cuando el testador no haya incorporado tales elementos accidentales, la entrega ha de realizarse en cualquier momento desde la petición, incluyéndose la posibilidad de que el testador haya dis-

---

(55) En este punto nos remitimos a lo ya expuesto acerca de la pretendida habilitación del contador-partidor para la entrega, que no existe para nosotros, si interpretamos correctamente los artículos 81 RH y 885 CC.

(56) Véanse en tal sentido las resoluciones de la DGRN de 27 de febrero de 1982 (RA 838) y de 27 de diciembre de 1982 (RA 8065).

puesto expresamente que tenga lugar a libre designio del gravado o del albacea, en su caso.

En estos casos, suscribimos la opinión de ALBALADEJO, en cuanto que tratándose del heredero aunque pueda realizar la entrega mientras viva, a su fallecimiento vencerá el plazo, apareciendo una especie de fideicomiso singular (57).

Tratándose del albacea, si el testador nada ha especificado, la entrega podrá hacerse en el período de duración prevista de su cargo, que, como conocemos, es la que el disponente haya estimado y en su defecto, un año desde su aceptación, tal y como previene el artículo 904 del Código Civil.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el plazo puede prorrogarse por el tiempo que se estime preciso, incluso por los herederos y legatarios, actuando de común acuerdo, pues si así no ocurriera la prórroga durará un año.

Es posible, por último, que se produzca algún retraso en la entrega del legado desde el momento de la petición del legatario. En los casos en que se produce una moratoria en la entrega debemos distinguir cuando esta ha tenido lugar por causa imputable al gravado y cuando la razón es superior.

Uno de los casos evidentes que producen retraso en la entrega o cumplimiento se encuentra recogido en el artículo 1025 del Código Civil; cuando se haya aceptado la herencia por el heredero a beneficio de inventario no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados mientras dure el período para hacer inventario y el término para deliberar.

La segunda razón que puede retrasar el cumplimiento del legado se encuentra recogida en el artículo 196 del Código Civil. Según el mencionado precepto, hasta que no transcurran cinco años desde la declaración de fallecimiento de una persona no podrán entregarse los legados que se hubiesen dispuesto en testamento, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, con una excepción, que a nuestro entender, no suelen suponer una importante cuantía económica: los legados en favor de instituciones de beneficencia y las "mandas piadosas" en favor del alma del testador.

---

(57) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 325.



Es preciso reconocer que no en pocas ocasiones estas disposiciones adoptan la forma de legados constitutivos de usufructo, si bien, no afectando sustancialmente al patrimonio hereditario.

En tercer lugar, debemos anotar la subordinación del pago de los legados hasta que se haya pagado a todos los acreedores de la herencia, si la aceptación se hubiere realizado a beneficio de inventario, tal y como exige el artículo 1027 del Código Civil.

A dichas causas hay que añadir las señaladas por ALBALADEJO, y en primer lugar, la posposición del pago de legados, aun aceptada la herencia pura y simplemente, respecto del pago a los acreedores de la herencia.

Según el autor (58), en tesis que también suscribimos nosotros, los acreedores de la herencia gozan siempre de preferencia respecto de los legatarios, aunque el propio heredero conozca que su patrimonio personal, unido al que recibe por herencia, no sea suficiente para responder frente a los acreedores y los legatarios (59).

También nosotros pensamos que en pura lógica han de atenderse en primer lugar las deudas de los acreedores de la herencia, en segundo lugar los legados, y en tercer lugar, "*si aliquid superevit*", las deudas de los acreedores del heredero.

Cita además el autor la posibilidad de que habiendo legitimarios, obstruyan estos el pago de los legados que puedan resultar perjudiciales para sus legítimas, mediante su intervención en vía judicial, tal y como señala la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de mayo de 1971 (60).

#### 4.2. EL CUMPLIMIENTO DEL LEGADO MEDIANTE ENTREGA DE SU VALOR

Lo que ocurre es que la pérdida a la que nos referimos en orden a la extinción del usufructo es la total o completa, porque si subsiste parcialmente la cosa usufructuada, subsistirá también el usufructo en esa misma porción, apareciendo en consecuencia dos consecuencias diferentes para el legado: la eficacia parcial y la ineficacia,

---

(58) *Comentarios...*, op. cit., p. 333.

(59) Puede verse con más detenimiento esta posición en la obra de ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, 5.ª edición, Madrid, 1994, p. 112.

(60) *Op. cit.*, *Comentarios...*, p. 334.

según podemos deducir del artículo 869, apartado 3.º, del Código Civil.

En las situaciones de pérdida de la cosa legada debemos remitirnos al artículo 869, apartado 3.º, en el que se contemplan dos situaciones posibles: la primera, que la pérdida de la cosa se hubiere producido durante la vida del testador. La segunda, cuando la pérdida ha tenido lugar una vez abierta la sucesión.

Cuando nos encontremos en el primer caso, el legatario nada percibirá al abrirse la sucesión por quedar ineficaz el legado, a consecuencia de la interpretación del apartado 3.º del artículo 869, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente o al menos pueda interpretarse que era esa su voluntad, que se entregue a aquel el valor resultante de su justa estimación, no obstante la pérdida sufrida. Y debemos destacar la importancia que tiene la no exigencia de carácter expreso en la declaración de voluntad testamentaria en cuanto a conceder al legatario la indemnización en caso de pérdida de la cosa legada.

Esa voluntad testamentaria, como señala ALBALADEJO, hay que presumirla siempre que haya derecho de indemnización por la pérdida y no haya indicios que nos lleven a afirmar que el disponente no deseó que la indemnización sustituyera al objeto del legado (61).

Esta es la opinión más solvente en cuanto al problema planteado (62), que aplica tales consecuencias con independencia de la causa del pericimimiento, ya sea por causas voluntarias o involuntarias, incluso por causa imputable al mismo testador (63).

Cuando el pericimimiento se haya producido tras la muerte del testador, en realidad lo que se produce es la pérdida de la cosa por quien es ya su titular, por lo que nos inclinamos a pensar que, como regla general, la responsabilidad seguirá las normas generales del artículo 1182 y siguientes del Código Civil, aplicables analógicamente a la obligación de entrega que pesa sobre el gravado.

En el artículo 869.3.º se incluye la expresión "*sin culpa del heredero*", que caracteriza tal pérdida, que nosotros interpretamos en el

---

(61) *Vid. Comentarios...*, cit., pp. 168 y 169.

(62) Véase a ALBALADEJO, *Comentarios...*, tomo XII, vol. 1, cit., p. 165.

(63) Así lo reconoció MANRESA en *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, vol. 2.º, 8.ª ed., revisada por MARTÍNEZ CALCERRADA, Madrid, 1973, p. 430 y así lo afirma también ALBALADEJO en su *op. cit.*, *Comentarios...*, p. 166.

sentido de atribuir una responsabilidad directa al gravado cuando le sea imputable, o a un tercero, culpable de la pérdida. Baste pensar el caso de pérdida de la cosa por culpa del nudo propietario, que origina, a nuestro juicio, responsabilidad frente al legatario usufructuario por tal pérdida.

Creemos que si la pérdida de la cosa legada llega a producirse por consecuencia de actos realizados en su día por el causante de la sucesión, no debe responder por ellos el gravado, por quedar fuera de su ámbito personal de responsabilidad, y desde luego, se queda ineficaz el legado en cuestión.

#### 4.3. LA OPCIÓN COMPENSATORIA OFRECIDA AL LEGITIMARIO CUANDO EL VALOR DE LO LEGADO EXCEDE DE LA PORCIÓN DISPONIBLE

Otra cuestión de importancia en relación con el cumplimiento y su valor es la planteada cuando el testador ha dispuesto uno o varios legados cuyo valor excede de la porción disponible, afectando a las legítimas, siendo imprescindible la referencia al artículo 820, apartado 3.º, del Código Civil.

El valor a que se refiere el apartado 3.º del citado precepto es el de los bienes gravados en relación con el total computable, teniendo en cuenta la parte de libre disposición ocupada ya por otras liberalidades.

Cuando el testador disponga uno o varios legados cuyo valor así computado superen la porción disponible, ¿entrará en juego la llamada "cautela socini"?

Aclaremos en principio que esta cautela supone el ofrecimiento al legitimario de una compensación ante la extensión de un gravamen a la cuota de legítima de uno o varios de los sucesores, consistente en el ofrecimiento de un valor, posiblemente superior al mínimo que la ley le atribuya, que solo percibirá si acepta dicho gravamen (64).

REAL PÉREZ incluye esta cláusula en las llamadas cláusulas de opción compensatoria de las legítimas, siendo concebida por la doctrina en sentido amplio o estricto, según que provoquen mayores o menores efectos (65), y creemos que el análisis podría desarrollarse

---

(64) Véase a LACRUZ, *op. cit.*, *Elementos...*, p. 416.

(65) *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Madrid, 1988, p. 178.

sobre la base de la existencia de dos llamamientos constitutivos de sendas vocaciones hereditarias alternativas: o aceptación de la legítima cuyo valor sea superior pero con el gravamen del legado de usufructo o aceptación de la legítima estricta pero libre de dicho gravamen.

Define la “*cautela socini*” REAL PÉREZ como “aquella en virtud de la cual el testador llama a sus legitimarios a la totalidad de la herencia por partes iguales y deja a su cónyuge viudo el usufructo universal previniendo que, de no aceptar los legitimarios el gravamen, se les entregue únicamente su legítima estricta, acreciendo su porción en la mejora a los conformes” (66).

El caso que habitualmente se presenta en la práctica consiste en una designación testamentaria por la que el testador instituye como herederos por partes iguales o desiguales (67) a sus hijos designando como legatario en el usufructo de toda su herencia a su cónyuge.

Ante la existencia de una disposición de esta naturaleza, que grava sin duda a la legítima, teniéndose su valor por superior a la parte disponible, entraría en acción la opción legal contenida en el artículo 820, apartado 3.º, del Código Civil.

Y lo cierto es que esa opción se asemeja a la auténtica “*cautela socini*”, hasta el punto de que autores como VALLET han defendido que se contiene en realidad tal cláusula en el citado precepto (68), cuando en realidad es cláusula no prevista en nuestra legislación civil.

Nosotros consideramos fundada la tesis que, a pesar de las apariencias, separa la identidad del 820.3.º y la mencionada cautela, hasta el punto de considerar improcedente la denominación de “*cautela socini tácita*”, por las siguientes razones (69):

(66) *Op. cit., El usufructo universal...*, p. 179.

(67) Creemos con REAL PÉREZ que es indiferente que el testador haga la institución de herederos mejorando a alguno o algunos o dividiendo en partes idénticas la legítima completa. *Vid. op. cit., El usufructo universal...*, p. 269.

(68) Véase su extensa argumentación en “La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible”. ADC, julio-septiembre 1962, pp. 605 y siguientes.

(69) Son expuestas por la profesora REAL PÉREZ en su *op. cit., Usufructo universal...*, pp. 271 y 272.

En primer lugar, el testador prevé dos vocaciones hereditarias alternativas en la "*cautela socini*", o la nuda propiedad de todo o la propiedad plena de la legítima corta, mientras que en la pretendida cautela tácita, el 820.3.º, el testador únicamente establece una vocación hereditaria, consistente en la nuda propiedad de todo, siendo la ley la que autoriza al legitimario para que entregue cosa distinta de la que inicialmente legó el testador.

En segundo lugar, el legitimario que en la "*cautela socini*" no respete el usufructo universal, ha de conformarse con su legítima estricta, de manera que al viudo le queda el usufructo del resto de la herencia. En cambio, en el artículo 820, apartado 3.º, si no se respeta el usufructo universal, el legitimario cumple con entregar al cónyuge supérstite el tercio de libre disposición, es decir, "la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador", en pleno dominio, sin que tenga que entregarle el usufructo del tercio de mejora.

Cuando se dispongan varios legados pero sin distribuir toda la herencia en legados, creemos que es aplicable el artículo 820, apartado 3.º, puesto que si fuese uno de usufructo y otro con otro objeto, creemos, con GULLÓN, que no puede hacerse extensiva la facultad del 820.3.º a este último, por ser precepto excepcional que exige una interpretación restringida respecto de los legados no mencionados en el texto de la ley y, sobre todo, porque si admitiésemos la mencionada aplicación provocaríamos la ruptura de la regla general del artículo 820, apartado 2.º, que dispone que la reducción de los legados se hará a prorrata sin distinción alguna, salvo la excepción de los de usufructo o renta vitalicia, a los que se refiere el apartado tercero.

## **5. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR EL LEGADO**

El artículo 885 del Código Civil contiene lo que podríamos llamar una regla generalísima, por ser de aplicación a la inmensa mayoría de las disposiciones a título particular.

Con su existencia se impide que el legatario pueda acceder a la posesión de las cosas legadas por su sola voluntad, con la consiguiente pérdida de garantías para el gravado, muy especialmente si es un heredero forzoso.

Sin embargo, se conoce una serie de excepciones a esta regla en las que se autoriza al legatario para tomar o continuar, en su caso, en la posesión de las cosas legadas. Debemos manifestar aquí que dado el contenido de nuestro estudio nos centramos en las que pueden tener una repercusión directa en él (70).

### 5.1. AUTORIZACIÓN DEL PROPIO TESTADOR

La primera de ellas se deduce del propio testamento, y consiste en que el testador haya autorizado al legatario a tomar por sí mismo la posesión.

Conocida es la doctrina acuñada por la STS de 26 de octubre de 1928 (71), en la que se dispuso que "*... la disposición de aquél de que los legatarios se apoderen por sí de los bienes que se les legan, es de inexcusable observancia por los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de dicha facultad otorgada a los legatarios...*".

El Tribunal Supremo pretendió que el artículo 885 no impidiese al legatario la toma de posesión personalmente, basándose en el argumento de que si el artículo 668 del Código Civil permite al testador disponer de sus bienes a título particular o de legado, y el artículo 892 califica como potestativa la designación de albacea, era dispensable por el mismo disponente el acto de la entrega (72).

La primera consecuencia que provoca esta excepción es relegar a un segundo plano el efecto de la posesión civilísima del artículo 440, lo que no ha sido admitido comúnmente en nuestra doctrina. Así por ejemplo, DE LOS MOZOS considera que desde un punto de vista histórico (73), recordando las tesis de BIONDI al respecto, al

---

(70) Así, nos remitimos en cuanto a la valoración de otros casos más o menos dudosos, como la adquisición en el prelegado, en el legado de parte alícuota, y la institución en cosa cierta, a los estudios de CALVO MELIJE, *La posesión en el Derecho Hereditario*, Madrid, 1991, p. 114 y siguientes, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 2.º, 2.ª ed. Barcelona, 1977, pp. 418 y siguientes, y VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I, Madrid, 1982, p. 179 y siguientes.

(71) JC 1929, tomo 130, p. 110.

(72) Puede verse el alcance de la autorización del testador en la STS de 25 de mayo de 1971, RA 2951.

(73) Concretamente se cita el Digesto 43, 3, 1.

confundirse las diversas formas de legados en la época justiniana, pierden interés las autorizaciones del testador para tomar posesión el legatario de la cosa legada, ya que, precisamente con el llamado "*interdictum quod legatorum*" se trató de eludir tales formas de toma de posesión (74).

Junto a este argumento, señala DE LOS MOZOS otro de carácter normativo; conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Hipotecaria, para que tenga verdadero sentido la petición de anotación preventiva que se autoriza en el precepto es imprescindible la previa entrega de la posesión por el heredero (75).

Nosotros estimamos que la autonomía de la voluntad es suficientemente sólida como para permitir que el testador autorice al beneficiario para tomar posesión por sí mismo de las cosas legadas, ya que, de lo contrario, podrían darse casos de obstrucción en la entrega, que fácilmente pueden eliminarse con esta autorización.

Esto configura al artículo 885 del Código Civil como un precepto susceptible de alteración voluntaria por el testador, que, en caso de no haberse manifestado en forma expresa, por supuesto que impedirá al legatario ocupar las cosas legadas por su simple voluntad.

Únicamente reconocemos en esta excepción al artículo 885 un impedimento, nacido precisamente de la existencia de legitimarios.

Cuando concurren a la sucesión herederos forzosos, es indiscutible que el testador no podrá autorizar al legatario a que tome posesión por sí mismo del legado, porque equivaldría a una disposición que podría menguar la legítima, y como es sabido, sería ineficaz (76).

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de mayo de 1971 (77) vino a establecer expresamente que la autorización del testador en estos casos es totalmente ajustada a Derecho cuando no hay herederos forzosos, pero no es

---

(74) "La adquisición de la posesión en los legados", ADC, núm. 15, 1962, p. 886.

(75) *Vid. op. cit.*, "La adquisición...", p. 886.

(76) CALVO MEDIDE se pronuncia al respecto afirmando la nulidad de tal disposición, que exceptúa al artículo 885 del Código Civil. *La posesión en el Derecho Hereditario*, Madrid, 1991, p. 118.

(77) RA 3402.

de aplicación cuando los haya y concurran a la sucesión, dado el carácter imperativo de las normas de protección de las legítimas (78).

## 5.2. POSESIÓN PREEXISTENTE EN EL LEGATARIO AL PRODUCIRSE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

Cuando el legatario usufructuario está en posesión de la finca usufructuada al tiempo de la apertura de la sucesión, creemos que se produce también una excepción a la regla del artículo 885.

Frente a quienes han defendido que aun en este caso debía tener lugar el acto formal de la entrega para evitar la desnaturalización de la posesión que por ministerio de la ley corresponde al heredero (79), debemos alegar que de exigirse así el requisito de la entrega lo transformaríamos en un acto ficticio y carente de todo fundamento.

DE LOS MOZOS defiende que el legatario debe pedir la entrega aun estando ya en posesión, fundamentalmente por dos motivos: porque nadie puede derivar de sí mismo la posesión y porque no puede evitarse la acción del artículo 440 del Código Civil, que atribuye de forma directa la posesión al heredero, desde la muerte del causante (80).

En nuestra doctrina es perfectamente admitido que cuando el legatario se encuentre en posesión del legado, estamos ante una ex-

---

(78) En su cuarto considerando establece el Centro Directivo la siguiente doctrina: *"La posibilidad de que el legatario pueda ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada, tal y como entre otros casos declaró la sentencia de 26 de octubre de 1928, fundándose en que la voluntad del testador, ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en el artículo 885 del Código civil... es doctrina totalmente ajustada a Derecho, cuando no hay herederos forzosos, pero que no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos y que hace necesaria su presencia para que no puedan resultar éstos desconocidos o vulnerados..."*.

(79) Así, GANGI en *Successione testamentaria*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, 1952, pp. 36 y 37.

Téngase en cuenta que el vigente artículo 649 del Codice civile establece en su apartado tercero que el legatario estará obligado a demandar del gravado la posesión de la cosa legada, pudiendo ser dispensado expresamente por el testador y como tal es interpretado hoy por la doctrina, así por ejemplo, MASI en *"Commentario del Codice civile"*, arts. 649-673, "Legati", Bologna, 1979, pp. 31 a 35.

(80) Véase su *op. cit.*, "La adquisición...", pp. 882 y 883.



cepción al artículo 885 (81), perfectamente admisible. Sin embargo, conviene que maticemos esa creencia teniendo en cuenta lo que de verdad tiene el heredero y lo que tiene el legatario.

Si el artículo 440 del Código Civil atribuye la posesión civilísima al heredero desde la muerte del causante, lo que reconoce es la existencia de una posesión sin "corpus", o que no necesariamente lo tenga (82). De esta forma, si el legatario ya está en posesión material del objeto, tan solo se requiere que el heredero le transfiera mediante entrega la posesión que él ya tiene, es decir, la civilísima (83).

Creemos, en suma, que esta tesis no aporta seguridad al análisis de la entrega del legado, porque se fundamenta en una reiteración imposible: si decimos que el legatario ya tiene la posesión, ¿qué sentido puede tener un requerimiento notarial dirigido al heredero para que efectúe la entrega? ¿Es defendible que el heredero reclame la posesión al legatario para volver a entregársela formalmente? Ciertamente, opinamos que no.

Tratándose de un sublegado, si el legatario ya está en posesión de las cosas, el gravado, al que no se refiere el artículo 440 del Código Civil, no tiene que practicar ninguna entrega material.

Ahora bien, esto no elimina la conveniencia de que el gravado haga constar, en la forma que se estime más conveniente, puesto que en el artículo 885 no se hace exigencia de forma (84), que el legatario ya está en posesión, por lo que se entiende cumplida su obligación genérica, solución que estimamos aplicable, con mucha más razón, al caso de que el gravado sea un heredero.

---

(81) Así lo entienden, entre otros, VALLET en *op. cit.*, *Panorama...*, p. 180 y *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955, p. 295, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, *Fundamentos...*, tomo V, vol. 2.º, p. 423, y ALBALADEJO, *op. cit.*, *Comentarios...*, tomo XII, vol. 1.º, p. 327.

(82) Véase a DUALDE, *La posesión civilísima*, Barcelona, 1959, pp. 10 y 11.

(83) Esta opinión se defiende recientemente por CALVO MEIJIDE en *op. cit.*, *La posesión...*, p. 120.

(84) Véase la STS de 1 de junio de 1966, RA 2846, en la que el Tribunal Supremo declara que para el acto de la entrega, tal y como lo configura el artículo 885 del Código Civil, no se exige ninguna forma especial.

### 5.3. DIVISIÓN DE TODA LA HERENCIA EN LEGADOS

Conforme a lo establecido por el artículo 891 del Código Civil, el testador podrá distribuir toda la herencia en legados, lo que permitirá la aplicación de especiales consecuencias en materia de responsabilidad por deudas y gravámenes.

Antes que nada debemos recordar aquí la fundamentada opinión de ALBALADEJO, que por supuesto compartimos, acerca del verdadero objetivo perseguido por el precepto, que no es otro que solucionar los problemas que pueden plantearse ante el desinterés de un heredero por motivos personales o meramente económicos, que mueven al testador a distribuir toda la herencia en legados (85).

Por tanto, el objetivo no es eliminar al heredero del plano hereditario, sino evitar a los acreedores de la herencia y a los legatarios los inconvenientes que soportarían con un heredero en esas condiciones.

El ámbito de aplicación será la herencia en la que no se ha designado heredero por el testador, y la herencia en la que existiendo tal heredero, haya aceptado o no, el disponente realiza la distribución referida por el artículo 891 del Código Civil, siendo compatible tal distribución con el pago de legítimas mediante la asignación de algunos de esos legados (86).

¿Qué ocurre cuando el testador distribuye parte de la herencia en legados y no dispone de alguno o algunos bienes? En principio se produce la apertura de la sucesión intestada respecto de esos bienes y los legatarios, habiendo heredero abintestato a él deberán pedir la entrega.

Esta situación conocerá una excepción: cuando del testamento resulte con total claridad que había autorización del causante para la toma de posesión autónoma por los legatarios, estos podrán adquirirla por sí mismos, aunque exista tal heredero o herederos (87).

Si existiendo herederos llamados a la herencia, estos renuncian a ella, creemos, con el citado autor, que, para evitar el bloqueo de eficacia de las disposiciones particulares, los legatarios habrán de

---

(85) *Comentarios...*, tomo XII, vol. 1, *op. cit.*, p. 396.

(86) Véase al respecto a ALBALADEJO, *op. cit.*, *Comentarios...*, pp. 399 y siguientes.

(87) *Vid.* CALVO MEIJIDE, *op. cit.*, *La posesión...*, p. 116.

pedir la entrega a la autoridad judicial, mediante el interdicto de adquirir la posesión (88), conforme a los trámites previstos en los artículos 1633 y siguientes de la LEC.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil, el legitimario puede percibir su legítima por cualquier título, incluida la disposición particular, ya que debemos considerar derogada la exigencia de instituir como herederos a los legitimarios (89).

La jurisprudencia admitió esta posibilidad en la STS de 23 abril de 1932 (90), cuando consideraba admisible que el testador mencione al legitimario, con lo que formalmente no habría preterición, y le atribuya bienes a título de legado, y doctrinalmente está fuera de toda duda.

Concretamente señala ALBALADEJO que una de las perspectivas desde las que se puede observar al legitimario es como legatario de cosa específica (91), si bien el problema principal consiste en determinar si el legitimario que es legatario adquiere por sí la posesión de las cosas legadas o si necesita de la entrega, caso en el que no encontraríamos excepción alguna a la aplicación del artículo 885 del Código Civil.

La pregunta que inmediatamente nos formulamos es si el legado en pago de la legítima es un auténtico legado. Por supuesto que, si el mismo Código Civil permite en el artículo 834 y siguientes el pago de la legítima del cónyuge viudo mediante la asignación de un usufructo de cuota variable y conmutable, está claro que la legítima de otro heredero forzoso podrá atribuirse en usufructo, ya que resulta indudable que tal derecho real es representativo de un valor, susceptible de transformación económica.

---

(88) *Op. cit., La posesión...*, p. 116. Esta solución es también la propugnada por ALBALADEJO en *Comentarios...*, cit., pp. 330 y 331, así como por DE LOS MOZOS en "La adquisición...", cit., p. 917.

(89) Resulta interesante la referencia histórica realizada por VALLET en cuanto al Proyecto de Código Civil de 1851, así como a los comentarios de GARCÍA GOYENA, en torno a la posibilidad de atribuir la legítima a título de heredero o de legatario. *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XI, Madrid, 1982, pp. 209 y 210.

(90) RA 1022.

(91) *Vid. Comentarios...*, tomo XI, cit., p. 212. El autor menciona la posibilidad con ocasión de enumerar posibles disposiciones que disminuyan la legítima en relación con el artículo 815 del Código Civil.

Estimamos, con VALLET, que la legítima no es un simple deber del causante, como se configuraba en el Derecho romano clásico, sino toda una limitación de Derecho sucesorio (92) que le afecta, por encima de su consideración como una "*pars bonorum*" o una "*pars valoris bonorum*".

ORTEGA PARDO elaboró la tesis que pretende que la legítima es una atribución directa de la ley a título universal, de manera que el legitimario conserva el título de heredero quedando al testador simplemente la posibilidad de elegir y asignar los bienes determinados que estime convenientes, siendo simplemente un acto de naturaleza particional (93). Pero entendemos que se desdibuja en tal argumentación el verdadero sentido jurídico del artículo 815 del Código Civil y especialmente de la expresión "por cualquier título".

Nosotros creemos que el legislador incluyó tal expresión en un claro intento de permitir libertad en el título de atribución, que sin duda alguna solo puede revestir carácter particular o universal, al no existir título alguno intermedio.

Igualmente defendemos que cuando el artículo 807 del Código Civil se refiere a los herederos forzosos elabora una verdadera norma general susceptible de alteración por la autonomía de la voluntad del testador, de forma que en su virtud cabe una designación a título de legado sometida, por supuesto, a los requisitos exigidos por la necesidad de respeto de la integridad de las legítimas, que como antes apuntábamos, presentan como verdadera naturaleza jurídica la de una limitación a la voluntad del testador, es decir, a la voluntad de moldear, incluso particularmente, tal designación.

Por eso la institución a título de herencia y de legado van a ser los instrumentos al servicio del testador para dar contenido a su voluntad de disposición "*mortis causa*" y que la soberanía del testador a la hora de determinar el estatuto jurídico por el que se ha de regir su

---

(92) Vid. su obra "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", RDP, núm. 373, abril, 1948, pp. 321 y 322. Igualmente puede verse a PORPETA CLÉRIGO, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Ilustre Colegio Notarial de Barcelona. Barcelona, 1946, pp. 150 y siguientes.

(93) Véase al respecto su obra *Legado en lugar de legítima*, Madrid, 1945, pp. 152 y siguientes.

sucesión, encuentra el obstáculo insalvable del respeto a los derechos que por disposición legal corresponden a los legitimarios (94).

Cuando el testador decida el pago de la legítima mediante la atribución de uno o varios legados en favor del legitimario, debemos pensar en lo que ocurra respecto de la responsabilidad así como en la necesidad de entrega de la posesión.

Como tal legatario tendrá asignada una responsabilidad limitada al valor de su adquisición, con lo que, como señala VALLET, su posición será notoriamente más ventajosa que la de un heredero de cuota (95).

La posición defendida por DE LOS MOZOS en cuanto a la entrega se puede perfilar afirmando su necesidad indiscutible por el simple hecho de que el testador haya elegido la disposición particular para el pago de la legítima (96), lo que provoca desigualdad respecto del legitimario que sea heredero, al que se aplicará la posesión civilísima recogida en el artículo 440 del Código Civil, si bien no cabe distinguir donde la ley no distingue.

Para VALLET, no es esencial el requisito de la entrega en los legados desde el momento en que se reconocen excepciones, como la distribución de toda la herencia en legados o el caso en que el legatario ya estuviere en posesión de la cosa. Para él, existe una cuota líquida de los bienes de la herencia reservada por la ley a los legitimarios y esa reserva de origen legal es suficiente para entender que la posesión de un legado "pro legítima" debe pasar directamente al legatario que sea legitimario desde la muerte del causante, con lo que el autor no ve diferencia en ese punto respecto de un heredero (97).

A parecidas conclusiones finales llegan otros autores como PUIG BRUTAU, que defiende directamente como una excepción al artículo 885 el legado en pago de la legítima (98).

Nosotros creemos que el artículo 885 del Código Civil es de directa aplicación a cualquier disposición a título de legado, salvo las excepciones ya expuestas. Ahora bien, tratándose de un legado en pago de legítima, debemos aplicar las normas hipotecarias para

---

(94) Véase RUIZ-RICO, J., su obra "Los límites a la autonomía privada en el testamento", AC, núm. 1, enero-1987, pp. 92 y 95.

(95) *Vid. Apuntes...*, cit., p. 911.

(96) Así lo defiende en "La adquisición...", *op. cit.*, pp. 905 y siguientes.

(97) *Vid. Apuntes...*, cit., p. 903.

(98) *Vid. Fundamentos...*, cit., tomo V, vol. 2.º, pp. 425 y 426.

comprender la razón de que sea excepción a la obligación de entregar, debiendo quedar bien sentado que una cosa es que el causante haya elegido voluntariamente esta forma de suceder para atribuir la legítima y otra, bien diferente, es la necesidad de asegurar su obligación de respetarla en toda su integridad, con la debida aplicación, en su caso, del artículo 815 del Código Civil.

No a otra cosa puede referirse este artículo cuando utiliza la expresión "por cualquier título", esto es, sea cual sea el título de la sucesión debe respetarse la legítima del individuo incluido en el artículo 807, aun contra su voluntad; y nos resulta indiferente que no se respete como heredero o como legatario, porque será igual de ilícito en un caso como en otro.

Podríamos pensar que la razón más importante para defender que el legitimario que reciba su legítima mediante la asignación de legados puede tomar posesión de ellos por su propia autoridad, es su equiparación como legitimario a quien es heredero, por ser más decisorio tal carácter que su condición de legatario, hasta el punto de que de no ser así, podría pensarse en la provocación de llamativas desigualdades entre ambos sucesores legitimarios, sobre todo si se tiene en cuenta que la legítima es materia especialmente protegida por el Derecho.

Por otra parte, podríamos pensar que si el testador ha querido que un sujeto le suceda como legatario, debe someterse a las normas generales que incumben a todo sucesor particular, de manera que si el artículo 885 no contiene salvedad alguna, exceptuando los casos del artículo 891 por deducirse legalmente y aquellos en los que el legatario ya estuviere en posesión de la cosa o los que parten de la autorización del testador para su toma de posesión autónoma, por ser simplemente evidentes, resultaría que el legatario debe pedir la entrega de su legado aunque sea legitimario.

Sin embargo, no creemos que estemos ante motivos solventes ni en uno ni en otro caso. Entre la doctrina más reciente se encuentran argumentos como los aportados por CALVO MEJIDE para la defensa del legado "pro legítima" como una excepción a la necesidad de entrega (99), que parcialmente se encuadran en las razones apuntadas.

No creemos en el argumento defendido por este autor, según el cual el modo de dejar la legítima elegido por el testador podría su-

---

(99) *La posesión en el Derecho Hereditario*, cit., pp. 122 a 124.

poner un empeoramiento de la situación del legitimario, a la vista del contenido del artículo 806, por ser la legítima intangible frente a la voluntad del testador.

La cuestión, insistimos, no es que haya empeoramiento por el modo de atribuir los bienes que la componen, sino más bien que pueda presentarse peor situación si no se respeta en su integridad, con independencia del título universal o particular.

En sede de otras instituciones civiles como las relacionadas con la facultad dispositiva de bienes gananciales de última voluntad, viene reconociéndose igualmente la posibilidad de atribuir la legítima por vía de legado al cónyuge, y en esas atribuciones lo realmente importante es constatar la integridad así como que los bienes, incluso el derecho de usufructo, si fuere un legado traslativo, se encuentran en el patrimonio disponible por el causante.

Tampoco creemos que la cuestión deba llevarse, como hace CALVO MEJIDE, al plano de la inconstitucionalidad, vía artículo 14 de la Constitución Española, porque en suma, el testador utiliza la libertad de disponer que el mismo Derecho le otorga, sujeto siempre y de forma estricta al respeto de la integridad de la atribución legítima que corresponda por ministerio de la ley, con lo que no se puede reconocer ninguna situación de discriminación por "condición o circunstancia personal o social", como él pretende.

Creemos que las verdaderas razones por las que el legatario-legitimario no está obligado a pedir la entrega del legado a quien hubiere sido gravado por el testador, se sitúan en el plano registral.

Por un lado, y recordando la pretendida igualdad de condición con el heredero sobre la base de la legítima, el artículo 42.6.º de la Ley Hipotecaria permite al heredero solicitar anotación preventiva de su derecho hereditario siempre que no implique adjudicación especial de bienes concretos y determinados, o de una porción o cuota sobre ellos, lo que equivale a decir que el legatario que sea legitimario, por no ser "heredero", y por recibir en forma de legado su legítima, es decir, sobre bienes concretos, inmuebles en el plano registral, no puede solicitar la anotación preventiva de su derecho, que, sin duda, creemos sería su derecho hereditario, entendido como su derecho sobre la herencia.

Y todo lo anterior nos permite afirmar definitivamente que tal legatario no puede proteger o garantizar su derecho a la entrega, sencillamente porque no tiene que pedirla, por tratarse de una excepción al artículo 885 del Código Civil.

# LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

**Elvira López Díaz**

Doctora en Derecho  
Universidad CEU San Pablo

**Resumen:** Este estudio tiene por objeto mostrar la situación actual en la que se encuentran las sociedades de capital partiendo de la normativa aplicable. Para ello, se analizan algunos aspectos genéricos del RDLeg 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), y se comentan las novedades más relevantes, haciendo mención por otra parte de las modificaciones y actualizaciones introducidas por la nueva Ley 25/2011, de reforma parcial de la LSC, que ha tenido por objeto suprimir algunas diferencias injustificadas entre las sociedades anónimas (SA) y las sociedades de responsabilidad limitada (SRL), e incorporar la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que pretende promover el ejercicio de los derechos de información y voto de los accionistas de "sociedades cotizadas" a nivel de la Unión Europea.

**Palabras clave:** normativa, sociedades de capital, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, derechos, acciones, participaciones.

**Abstract:** The aim of this paper is to show the current status of the shareholding companies (sociedades de capital) starting from the applicable regulation. For that purpose, some generic issues of the RDLeg 1/2010, July 2nd, are analyzed, the approval of the *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)* and the most relevant new issues are noted, mentioning the mark-ups and updates introduced by the new 25/2011 Law, partial reform of the LSC, which aims to remove some unjustified differences between unlimited companies (*sociedades anónimas, SA*) and limited companies (*sociedades de responsabilidad limitada, SRL*) and add the 2007/36/CE Directive of the European Parliament and Council, pretending to harmonize the information and voting rights exercise of the listed companies shareholders at an European Union level.

**Key words:** regulation, shareholding companies, unlimited companies, limited companies, rights, shares, stakes.



## SUMARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES
2. PRINCIPALES NOVEDADES
  - 2.1. En cuanto a las disposiciones generales
  - 2.2. Por lo que se refiere a las aportaciones, participaciones sociales y acciones
  - 2.3. Respecto a la Junta General y la administración de la sociedad
  - 2.4. Modificaciones de los estatutos. Aumento y reducción del capital
  - 2.5. Separación y exclusión de socios
  - 2.6. Disolución y liquidación
  - 2.7. Disposiciones finales
3. SOCIEDADES COTIZADAS
4. EL REAL DECRETO-LEY 13/2010, DE 3 DE DICIEMBRE, SOBRE SOCIEDADES DE CAPITAL
5. REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL (LSC) DE 2010 POR LA LEY 25/2011, DE 1 DE AGOSTO
  - 5.1. Algunas modificaciones

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El 1 de septiembre de 2010 entró en vigor el Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) (1), con excepción del art. 515, "sobre nulidad de las cláusulas limitativas del derecho de

---

(1) La LSC cumple con la previsión recogida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre "Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles" (LME), que habilitaba al Gobierno para que en el plazo de doce meses procediera a refundir en un único texto, bajo el título de "Ley de Sociedades de Capital", las leyes reguladoras de las sociedades de capital hasta entonces existentes.

voto en las sociedades anónimas cotizadas” (2), que no ha sido de aplicación hasta el 1 de julio de 2011.

Este Real Decreto Legislativo 1/2010, si bien nace con una cierta voluntad de provisionalidad, pues el gobierno prevé en el futuro aprobar un Código de Sociedades Mercantiles o un nuevo Código Mercantil, va más allá de ser una reordenación del material legislativo preexistente, ya que contiene, según la Exposición de Motivos, “la versión auténtica de cómo debe entenderse nuestro Derecho de sociedades de capital”, y esta versión es muy distinta a la que ofrecían los textos legales anteriores objeto de refundición.

Así, el nuevo texto no se ha limitado a agrupar y ordenar las leyes hasta ahora existentes de sociedades anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) y de sociedades limitadas (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada), sino que se trata, al contrario, de un texto independiente cuyo valor autónomo no debe despreciarse.

La nueva Ley (LSC a partir de ahora) ha procedido a una *regularización, aclaración y armonización* de los textos legales refundidos, agrupando y estructurando de forma unitaria la regulación de las sociedades de capital y derogando las normas que refunde, que son las siguientes: Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, artículos 151 al 157 del Código de Comercio, relativos a la Sociedad Comanditaria por Acciones, y Título X de la Ley del Mercado de Valores, sobre “sociedades cotizadas” (arts. 111 a 117, con excepción de los apartados 2 y 3 del art. 114 y los arts. 116 y 116 bis).

Con la normativa actual se persigue un triple objetivo:

— **Regularizar:** significa ajustar, reglar o poner en orden. Así, al servicio de esa regularización se ha modificado en ocasiones la sistemática, a la vez que se han intentado reducir las imperfecciones de las proposiciones normativas.

— **Aclarar:** supone eliminar, en la medida de lo posible, las dudas de interpretación que suscitan los textos legales, determinando el

---

(2) Este artículo hace referencia “a la prohibición de incluir en los estatutos de las sociedades anónimas cotizadas límites al número máximo de votos de un mismo accionista”.

exacto alcance de las normas. De este modo, en lugar de proceder a reformar los textos legales, se concreta el sentido de las normas, perfeccionando el conjunto sin necesidad de sustituciones.

— **Armonizar:** impone la supresión de divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología, e impone sobre todo superar las discordancias derivadas del anterior proceso legislativo.

Junto con los textos refundidos no se derogan ni la Ley de "sociedades profesionales" ni de las "sociedades laborales", posiblemente por su carácter especial. Tampoco se deroga la Ley sobre "la sociedad anónima europea" domiciliada en España, ni la Ley de Nueva Empresa (SLNE), en cuanto sus disposiciones finales y adicionales siguen en vigor.

El Texto Refundido, objeto de estudio, toma además normas de otras leyes, como es el caso de la recientemente modificada Ley de Auditoría (art. 107) o de la Ley Concursal (LCon).

Así, esta Ley (LSC) parte de un concepto nuevo, el de "las sociedades de capital", que engloba las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las comanditarias por acciones para cuya regulación:

- se ha modificado la sistemática reordenándose los artículos.
- se ha renunciado a una posible división entre "partes generales" y "partes especiales" articulando los textos por razón de materias, con las oportunas generalidades, sin perjuicio de consignar, dentro de cada capítulo o sección, las especialidades de cada forma social.
- se han introducido actualizaciones necesarias, como por ejemplo la remisión a los Juzgados de lo Mercantil.
- se ha modificado la redacción de preceptos en busca de una mayor claridad y corrección técnica y sobre todo se han generalizado múltiples disposiciones, haciéndolas extensivas de unos tipos sociales a otros, lo que constituye sin duda la aportación de mayor interés que introduce la Ley (3).

---

(3) LÓPEZ-MULLER GÓMEZ, C. G.: "Principales Novedades de la Ley de Sociedades de Capital". *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre 2010. Núm. 33, p. 182.

La sistemática de la nueva LSC, por tanto, no es regular los tipos societarios como compartimentos estancos, sino que implanta un orden lógico y necesario, intuitivo y general para los tres tipos societarios, dentro del cual, cuando es necesario, va detallando especialidades para cada uno de ellos.

Al quedar fuera del ámbito de esta Ley las sociedades personalistas, resulta asimismo excluida la regulación de las modificaciones estructurales, objeto de la Ley 2/2010, de 3 de abril (en que se contiene la habilitación para el texto refundido de la LSC), dado que dicha regulación es también aplicable a aquellas sociedades.

La propia Exposición de Motivos cuestiona la tradicional distinción entre "sociedades anónimas" (SA) y "sociedades de responsabilidad limitada" (SL), tanto desde un plano teórico como desde la perspectiva de la realidad económica. La comparativa deja, no obstante, sin respuesta a la pregunta de "cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas principales de las sociedades de capital y la de si el tránsito de una a otra debe respetar los requisitos establecidos para la transformación o si se debe facilitar a través de técnicas más ágiles y sencillas".

Teniendo en cuenta que el modelo legal subyacente de las sociedades capitalistas existentes no se corresponde con el modelo real, las modificaciones producidas suponen situar a la sociedad limitada en el centro del sistema, en la periferia quedaría la sociedad anónima cotizada y con valor residual las sociedades de personas a las que ya no habría que asignar valor general supletorio (4).

Así, la distinción esencial entre las sociedades limitadas y las sociedades anónimas va a radicar en tener o no la condición de "sociedad cotizada", terminando con la tradicional dicotomía entre sociedad-anónima-sociedad-limitada, para pasar a esta otra: "sociedad de capital cotizada-no cotizada". Y es que, el importante papel en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección al inversor y por otra a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros, lo que hace que en el

---

(4) FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I. y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: "El nuevo Derecho de las Sociedades de Capital". *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre 2010; p. 182.

futuro la diferencia entre unos y otros tipos societarios radique solo en ese *ser o no ser sociedad cotizada*.

Por ello, en un futuro no muy lejano se advierte un cambio de tendencia respecto al criterio a seguir a la hora de marcar las diferencias de régimen jurídico entre las distintas sociedades mercantiles, distinguiéndose entre:

**a) Sociedades cerradas:** son aquellas que confían en las aportaciones de sus socios y en la autofinanciación y entre las que se encuentran las SA y las SRL, con diferente régimen jurídico.

**b) Sociedades abiertas:** entendidas como aquellas que apelan al ahorro público, generalmente mediante emisiones en el mercado de valores (sociedades cotizadas), con funciones mucho más complejas que hacen necesaria una intervención pública orientada a la protección del inversor y a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros.

Este diseño acerca nuestra legislación a las de nuestro entorno respecto al sistema societario, ya que muchas de las modificaciones previstas se han hecho con arreglo a los criterios que establecen las Directivas comunitarias, pudiéndose deducir del catálogo de novedades propuestas que la sociedad anónima recibe más que la limitada, o lo que es igual, que aquella se deforma más que esta.

No obstante lo expuesto, el Texto Refundido nace con decidida voluntad de provisionalidad, como ya se ha comentado, ya que:

a) Por un lado, no es aventurado afirmar que, en un futuro inmediato, el legislador debe afrontar importantes reformas de la materia, con una más detallada regulación de las sociedades cotizadas y con la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades.

b) De otro, porque es aspiración general que la totalidad del Derecho general de las sociedades mercantiles, incluido el aplicable a las sociedades personalistas, se contenga en un cuerpo legal unitario. En este sentido, se ocupan en este momento los trabajos de la Comisión General de Codificación para la elaboración de un Código de Sociedades Mercantiles, e incluso de un nuevo Código Mercantil al servicio de las exigencias de la imprescindible unidad del mercado.

Posteriormente ha entrado en vigor el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE núm. 293, de 3 de diciembre), sobre "actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y medidas liberalizadoras para fomentar la inversión y creación de empleo", que ha introducido una serie de modificaciones que afectan a las sociedades de capital, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, tratando o bien de agilizar la constitución de este tipo de sociedades, o bien de abaratar el funcionamiento de las mismas, ya sea eliminando determinados gravámenes tributarios, o suprimiendo la publicidad de algunos actos societarios. Con la finalidad de incentivar la constitución de sociedades de capital, el art. 5 RD-Ley promueve el uso de nuevas tecnologías, reduce plazos y disminuye aranceles. Todas estas últimas modificaciones serán comentadas al final del presente texto.

Además, el pasado 2 de agosto de 2011 se ha publicado en el BOE la Ley 25/2011, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas, que también son objeto de estudio en el apartado correspondiente.

## **2. PRINCIPALES NOVEDADES**

Entre las modificaciones operadas por la LSC de 2010 destacan las siguientes:

### **2.1. EN CUANTO A LAS DISPOSICIONES GENERALES**

1. En el concepto de sociedades de capital, se definen como tales la sociedad anónima, la sociedad limitada y la sociedad comanditaria por acciones (art. 1.1 LSC).

2. Con la inscripción, la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido. Se aclara, por tanto, que la inscripción es únicamente constitutiva de la específica personalidad jurídica como "sociedad anónima" o "sociedad limitada".

3. Se generaliza en el art. 30 LSC, para todas las sociedades, el régimen de responsabilidad de los fundadores de la sociedad anónima y se extiende a las limitadas la responsabilidad de las personas

por cuya cuenta actúen los fundadores (es decir, de “los titulares reales”) (5).

4. Se fija en euros el capital mínimo de las sociedades anónimas y limitadas, redondeándolos a la baja; los cuales pasan a ser de 60.000 euros para la sociedad anónima y 3.000 euros para la sociedad limitada.

5. En materia de estatutos (6), se simplifican por reducción de las menciones exigibles; así, se suprime la obligatoriedad de aquellas menciones para las que la propia Ley establece un criterio subordinado a la disposición contraria en estatutos, tales como: comienzo de las operaciones (art. 24), duración de la sociedad (art. 25), cierre del ejercicio (art. 26), órgano competente para decidir sobre sucursales (ya que el art. 11 extiende a las sociedades anónimas la norma de las limitadas atributiva de competencia al órgano de administración para la creación, supresión o traslado de sucursales, salvo disposición estatutaria en contra, conforme ya contemplaba el art. 120 RRM).

6. Lo que sí será exigible en cualquier caso es la fijación en los estatutos del número de administradores o, al menos, el número máximo y mínimo, lo que no venía siendo exigido para las sociedades limitadas.

7. También se exige la constancia en los estatutos de la numeración correlativa de las acciones, como sucedía respecto de las participaciones, lo que plantea el problema de la necesidad de remuneración caso de amortización de la numeración intermedia.

---

(5) Art. 30 LSC:

1.º Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los socios y los terceros de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución.

2.º La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado estos.

(6) Orden de 9 de diciembre de 2010, Ord Jus 3185/2010, por la que se aprueban “los Estatutos tipo”.

## 2.2. POR LO QUE SE REFIERE A LAS APORTACIONES, PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES

1. En las aportaciones no dinerarias hay un cambio sustancial para las sociedades anónimas, ya que la redacción literal del art. 63 LSC da pie para entender que se hace también necesario expresar en las sociedades anónimas la numeración de las acciones atribuidas en pago por cada aportación no dineraria, cosa que ya existía para las participaciones de las sociedades limitadas; por lo que cuando se aporten varios bienes, deben individualizarse por su numeración las acciones que se suscriben en correspondencia con cada uno de ellos. Los arts. 63 a 66 LSC regulan con carácter general el régimen jurídico de las aportaciones no dinerarias, siendo de aplicación tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada.

2. En relación con las prestaciones accesorias, se amplía a las sociedades limitadas la previsión estatutaria de las cláusulas penales inherentes a su incumplimiento y la prohibición de que integren el capital social, a la vez que se generaliza el régimen de las sociedades limitadas sobre prestaciones accesorias retribuidas (art. 88), en cuanto al plazo de dos meses para autorizar la venta de las acciones o participaciones con dichas prestaciones, entendiéndose como silencio positivo, en el sentido de que si transcurre dicho plazo desde la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se entiende que la autorización ha sido concedida.

3. Continuando con las prestaciones accesorias, se establece la previsión de que salvo disposición contraria en estatutos no se perderá la condición de socio por incumplimiento de dichas prestaciones por causas involuntarias. Y se establece una diferencia (art. 89 LSC) entre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada en cuanto al órgano competente, salvo disposición estatutaria especial, para autorizar la transmisión de acciones con prestaciones accesorias, a saber, en las SL ese órgano es la Junta General, mientras que en las SA es el órgano de administración.

4. Se puede decir que la disciplina de las prestaciones accesorias, pieza clave para juzgar sobre el grado de personalización del tipo social, se hace idéntica a la de la SL:

— Por un lado, los estatutos pueden vincular la obligación de



ejecución de la prestación a acciones determinadas (*ob rem*), pero ahora también a la persona del accionista (*in personam*) (art. 86.3).

— Esta norma merece atención, pues permite personalizar el tipo en la misma medida en que es posible hacerlo en la SL, haciendo infungible la condición de socio y asegurando la relevancia del sustrato personal de la sociedad. El cambio de perspectiva ha sido tan brusco que la LSC ha olvidado construir también aquí un supuesto de nominatividad obligatoria de los títulos o de las anotaciones en cuenta representativas de las acciones, que sigue alcanzando solo a las “*que lleven aparejadas prestaciones accesorias*” (art. 113).

— Por otro lado, la LSC ha preferido ignorar que la LSA (art. 65) exigía autorización para la transmisión de las acciones afectas, pero siempre decía “salvo disposición contraria en los estatutos”, para reclamarla ahora en todo caso (art. 88.1). La prestación accesoria permite así desactivar por entero las reglas imperativas que en la misma LSC impiden hacer “prácticamente intransmisible” la acción (art. 123.2) y obligan a mencionar “las causas que permitan denegar la autorización al efecto exigida” (art. 123.3), haciendo de la SA un tipo esencialmente cerrado (7).

5. Se extiende el régimen de las sociedades anónimas sobre el privilegio en el reparto de las ganancias sociales y la prohibición de crear participaciones o acciones que directa o indirectamente alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia.

6. Respecto de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, el art. 123.1 LSC, al establecer que solo serán válidas frente a la sociedad si recaen sobre acciones nominativas y constan expresamente en los estatutos, incluye bajo el mismo régimen los “condicionamientos” a la libre transmisibilidad (contemplados en el art. 146 LSC), lo que habrá que entender referido a toda alteración del régimen traslativo que no consista propiamente en una restricción (por ejemplo, las llamadas cláusulas de “arrastre”).

7. Se establece una nueva regulación sobre la adquisición de las participaciones sociales por la propia sociedad y se regulan

---

(7) FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: “El nuevo Derecho de las Sociedades de Capital”. *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, noviembre-diciembre, núm. 34, p. 187.

las sanciones por incumplir las obligaciones y prohibiciones sobre la adquisición de las propias acciones o participaciones sociales, pudiendo alcanzar hasta el valor nominal de las mismas, siendo responsables los administradores, así como los directivos o personas con poder de representación en la sociedad infractora y los que hayan inducido a cometer la infracción en la sociedad dominante.

8. Y para terminar, según lo que se establece en la Disposición Adicional Segunda, el régimen tributario de las participaciones sociales será el establecido para la transmisión de valores del art. 108 de la Ley 247/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

### 2.3. RESPECTO A LA JUNTA GENERAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

1. Por lo que respecta a la Junta General, las clases de juntas tradicionalmente consideradas en la SA, ordinarias y extraordinarias, son ahora también tipos de juntas para la SL (art. 163 LSC). Ambas con la misma competencia, pese a que la Junta ordinaria es la que se convoca para la aprobación de las cuentas anuales y con la única diferencia de su periodicidad.

2. Se extrapola a la SA el régimen de la SL sobre contenido de la convocatoria y lugar de celebración, con lo que en este último caso se introduce una importante novedad, al permitir que los estatutos establezcan también en la SA la posibilidad de que la Junta General pueda celebrarse fuera del término municipal donde la sociedad tenga su domicilio.

3. Se extiende asimismo a la SL la norma relativa a la validez de la Junta ordinaria, aunque haya sido convocada fuera de plazo.

4. La Exposición de Motivos de la LSC destaca que el recurso a la analogía resulta particularmente necesario por lo que se refiere al régimen de competencias de la Junta General de las SA y de las SL. Así, frente a la mención de la SA (art. 93.1) de la competencia referente a "los asuntos propios", esta se determina ahora, como en la SL, según la técnica del listado (art. 160) y en este listado común para ambos tipos se incluyen, a modo de cláusula de cierre, "cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos".

5. Se unifica el régimen de convocatoria judicial, prevaleciendo el de la SL (art. 169 LSC).

6. Se considera obligatoria la asistencia de los administradores de la SL a las Juntas (antes solo se contemplaba este deber para la SA, art. 180 LSC).

7. En caso de impugnación de los acuerdos sociales la nueva norma permite que, cuando sea posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgue un plazo razonable para su subsanación (art. 207.2 LSC).

8. En cuanto a la "administración" de la sociedad, se amplía a la SL la posibilidad de que la Junta fije garantías a los administradores, o les releve de ellas, salvo disposición contraria en los estatutos.

9. En las SA, se amplía a seis años la duración máxima del cargo de los administradores (antes cinco años), pudiendo ser reelegidos por periodos iguales sucesivos.

10. Se extienden con carácter general los deberes de los administradores de la SA a los de la SL y se generaliza el régimen de atribución del poder de representación derivado del art. 62 LSRL.

11. En materia de retribución de los administradores, es una gran novedad el hecho de que la retribución de los administradores, cuando no tenga como base una participación en los beneficios sociales, debe ser fijada para cada ejercicio, por acuerdo de la Junta General, de conformidad con lo previsto en los estatutos (art. 217.2 LSC), tomando así, el art. 217, como base la regulación de las SL. Pero el artículo siguiente, sin embargo, introduce para las sociedades limitadas una significativa novedad, al permitir, para caso de remuneración por participación en beneficios, que los estatutos no fijen necesariamente la concreta participación, sino solo un porcentaje máximo.

12. Por lo que respecta al cese de administradores, se explicita para las anónimas la posibilidad de separación por la Junta aun cuando no conste en el orden del día, como ya se desprendía del art. 131 LSA.

13. En el supuesto especial de administradores de la SA, que en cualquier forma tengan intereses opuestos a la sociedad, llama la atención que el art. 224 establezca que cesarán a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la Junta, en tanto que para el caso de que el administrador lo sea de otra sociedad competidora, que se desdobra como si fuera supuesto distinto, el art. 230.3 (a diferencia del art. 132 LSA), señala que la Junta General resolverá sobre el cese a petición de cualquier accionista.

14. La Junta General deberá autorizar (arts. 199 y 230 LSC) por 2/3 del capital social, a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya su objeto social, previa comunicación al Consejo de Administración o al resto de administradores (en la forma establecida en el art. 229), de la situación de conflicto de intereses, incluida sus participaciones, directas o indirectas, y/o cargos que, tanto ellos como las personas vinculadas (cónyuges, padres, hijos, cuñados, yernos, etc., art. 231) tuvieran en dichas sociedades.

15. En relación con el Consejo de Administración, el art. 242 LSC parte de que estará formado por un mínimo de tres miembros (lo mismo que se establecía en el art. 136 LSA y 57 LSRL en cuanto al número estatutario mínimo), replanteándose la problemática del Consejo de Administración con tres miembros, caso de cese de uno de ellos. Y se mantiene el sistema de representación proporcional circunscrito a la SA, aunque la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado favorables en ocasiones a su regulación estatutaria en la SL.

16. Sobre la constitución del Consejo de Administración, se establece para la SL que quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que se alcance como mínimo la mayoría de los vocales. Para las SA, se aclara su constitución exigiendo la concurrencia, presentes o representados, de la mayoría de los vocales, a diferencia de la anterior regulación de la SA, que planteaba dificultades en el caso de número impar de miembros.

17. Y además, la posibilidad de adopción de acuerdos del Consejo de Administración mediante votación por escrito y sin sesión se mantiene limitada a la SA, aunque la amplitud de la regulación en estatutos sobre organización y funcionamiento del Consejo en las SL (art. 245 LSC), creemos hace razonable su admisibilidad por esta vía en dichas sociedades (8).

---

(8) LÓPEZ-MULLER GÓMEZ, C. G.: "Principales Novedades de la Ley de Sociedades de Capital". Revista del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-octubre 2010, núm. 33, p. 187.

#### 2.4. MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL

1. Los derechos de información de los socios de la SL en caso de modificaciones estatutarias se asimilan a los previstos hasta ahora en la SA (art. 287 LSC). Se extiende a los socios de las limitadas el derecho a pedir la entrega o el envío gratuito del texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta, y no ya solo para examinar en el domicilio social, debiendo constar esto en el anuncio de convocatoria de la Junta.

2. La creación de anuncio en prensa se sustituye por anuncio en la página web de la sociedad en los supuestos de cambio de denominación u objeto social (art. 289 LSC), reducción de capital en la SA (art. 319 LSC) y reducción de capital con restitución de aportaciones en la SL (art. 333 LSC).

3. En lo que respecta a los aumentos de capital, si se realiza con cargo a beneficios o reservas, se exige que figuren estas en el último balance que se haya aprobado (arts. 295.2 y 296.2).

4. En cuanto al balance que sirva de base para la operación, el art. 302.2 LSC precisa que debe ser aprobado por "la junta general" (antes no se decía por quién debía ser aprobado) y deberá ser también objeto de verificación por un auditor de cuentas, que si no es el de la sociedad, el antiguo art. 157.2 LSA decía... "que el auditor de cuentas debería ser nombrado a petición de los administradores" y ahora la nueva LSC precisa que es el Registro Mercantil quien debe solicitar el nombramiento del auditor que corresponda, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable, como ya sucedía con las SA (art. 303.2 LSC). Precisiones ambas que parecen muy oportunas.

5. Si el aumento de capital se produce por compensación de créditos, se limita a las SA la exigencia de certificación del auditor de cuentas, que asimismo se exige que será el de la sociedad o en su defecto el nombrado por el Registro Mercantil y se extiende el nuevo derecho del socio a los informes del administrador sobre los contravalores respectivos (art. 301.2).

6. En los casos en que el aumento de capital se produzca con cargo a aportaciones no dinerarias, se exige un informe de los administradores de la SA que incluya una descripción detallada de la valoración de las aportaciones (art. 300 LSC) y se extiende a la SL la supresión del derecho de preferencia de nuevas participaciones

(art. 304.1 LSC). Es decir, se generaliza el régimen de la SA, excluyendo el derecho de preferencia en los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias.

7. Por lo que se refiere a las reducciones de capital, se prevé la reducción para compensar pérdidas y entre la fecha del balance que sirva de base a la reducción y al acuerdo correspondiente deben mediar seis meses. Este requisito proviene de la SL y pasa a aplicarse también a la SA.

8. Se extiende a la SL el principio de paridad de trato (art. 320 LSC), la prohibición de reembolso a los socios (art. 321 LSC) y la prohibición de repartir dividendos, una vez efectuada la reducción, en tanto la reserva legal no haya alcanzado el 10 % del capital social. Reglas todas ellas que provienen de la SA.

9. Se permite para las sociedades limitadas las reducciones de capital para la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias, como ya se contemplaba para las sociedades anónimas. Hasta ahora las SL solo podían reducir capital para la restitución de aportaciones o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas (art. 317 LSC), pero con la nueva LSC se contempla explícitamente esta operación para los dos tipos de sociedades (anónimas y limitadas).

10. Se extiende a las SL el requisito ya vigente para las SA de que para poder repartir dividendos, una vez reducido el capital, será preciso que la reserva legal alcance el diez por ciento del nuevo capital (art. 326 LSC).

11. Cuando la reducción del capital se produce para la devolución del valor de las aportaciones, se amplía para las SL que cuando el acuerdo no afecte por igual a todas las participaciones (art. 329 LSC) se exige el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones, al contrario del art. 79.2 LSRL, que antes establecía que "cuando la reducción del capital no afectase por igual a todas las participaciones se hacía preciso el consentimiento de todos los socios".

12. También se amplía a las SL el régimen de las SA para la reducción mediante adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización, estableciéndose además para las SL la obligación de amortizar las participaciones adquiridas en el plazo de tres años desde la oferta de adquisición.

13. Y en los supuestos de reducción del capital por pérdidas, se extiende en este caso a las SA el requisito exigido ya para las SL de: "la exigencia de que en esas reducciones entre la fecha del balance que se tome como referencia y la del acuerdo de reducción de capital no pueden transcurrir más de 6 meses" (art. 323.1 LSC). Dicho balance y el informe de auditoría se incorporarán a la escritura pública.

## 2.5. SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS

1. Se generaliza el régimen de las SL para las SA y las sociedades comanditarias en las normas comunes referentes a la separación y exclusión de socios de la LSC.

2. Se extiende para las SA el catálogo de causas legales de separación de los socios (arts. 346 y 347 LSC) previstas para las SL, y se establece una lista abierta, dando la posibilidad de que en los estatutos se puedan establecer otras causas de separación diferentes de las legales. De este modo se amplían los derechos y libertades de los socios, en tanto que se les permite que a través de los estatutos sociales se abran nuevas vías que permitan el abandono de la sociedad.

3. Para la inscripción del acuerdo que origine el derecho de separación, en el supuesto de que la sociedad opte por la adquisición de las acciones o participaciones, no basta la concesión al efecto de autorización por la Junta, sino que hace falta que los administradores hagan constar que la propia sociedad las ha adquirido.

4. Se mantiene, entre otras, como causa legal de exclusión del socio, en el ámbito específico de la SL, la de "que voluntariamente incumpla su obligación de realizar prestaciones accesorias" (art. 350 LSC).

5. Se extiende como causa de exclusión para las SA la infracción de la prohibición de competencia por el socio administrador (art. 230 LSC).

6. Por lo que se refiere a la valoración de acciones y participaciones, en caso de separación y exclusión de socios (arts. 353 a 359 LSC), se generaliza para todas las sociedades de capital el régimen previsto para las SL, las cuales deben ser valoradas en cualquier caso por un auditor de cuentas distinto de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social, no siendo admisible que la fijación del valor se realice por un auditor de la propia sociedad.

## 2.6. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. El régimen de disolución y liquidación pasa a unificarse casi en su totalidad para todas las sociedades de capital (arts. 360 a 368 LSC).

2. La LSC establece como causas de disolución, además de las ya previstas en las derogadas leyes de SA y de SRL, otras causas tales como las de:

— *El art. 360.1: "las sociedades de capital se disolverán de pleno derecho en los siguientes casos":*

b) *"por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.*

*Transcurrido un año sin que hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal o solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales".*

— *El art. 360.2: "el registrador, de oficio o a instancia de cualquier interesado, hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja abierta de la sociedad".*

— *El art. 362: "las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial".*

3. También, en cuanto a las causas de disolución previstas en la anterior legislación, se puede destacar en la nueva LSC:

— *El art. 363.1 f), que enumera explícitamente como causa de disolución...*

*"cuando el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de 2 años.*

— *Los arts. 363.2 y 367 LSC establecen que "la SRL se disolverá por la falta de actividad de su objeto social durante 3 años*



*consecutivos, respondiendo solidariamente, de las obligaciones sociales posteriores a la fecha en que se incurrió en la causa de disolución legal, los administradores que no soliciten la disolución o, en su caso, el concurso de acreedores”.*

*— El art. 363.3 establece que “la sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de 6 meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social”.*

4. Se extiende a las SA, por tratarse de una norma más moderna en esta materia, el régimen hasta ahora existente para las SRL en determinados aspectos tales como: el régimen de los liquidadores, activo y pasivo sobrevenido, obligación de formulación del inventario y del balance de situación inicial y periódico en la liquidación prolongada, del proyecto de división del activo resultante, reactivación de la sociedad disuelta (art. 370 LSC), etc.

5. La armonización deja intactos, no obstante, ciertos aspectos relevantes, como son los requisitos de quórum y mayoría para la adopción del acuerdo de disolución y las especialidades en cuanto al nombramiento de los liquidadores (en las SA en número impar), que continúan siendo distintos en la SA y en la SRL.

6. Se generaliza la normativa de las sociedades limitadas sobre el régimen de sustitución judicial de liquidadores y el deber de información de estos a los socios y a los acreedores sociales sobre el estado de la liquidación (art. 388 LSC), añadiéndose en caso de liquidación prolongada la obligación de publicar en el BORME el estado anual de cuentas e informe pormenorizado.

7. Se amplía a la SA el plazo de tres meses desde la apertura de la disolución para la formulación del inventario y balance inicial, sin que se exija que lo suscriban los administradores.

8. Así, en materia de impugnación del acuerdo de aprobación del balance final, como del informe completo sobre dichas operaciones y el proyecto de división del activo resultante, se opta por el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su adopción (LSC, art. 390.2), recogiendo el sistema previsto para las SRL.

9. Se generaliza el régimen de la SA sobre el pago de la cuota

de liquidación (arts. 391, 392, 393 y 394 LSC), y se introduce una novedad importante con respecto a la SA, que tendrá derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación, salvo acuerdo unánime de los socios.

10. Se regula la especialidad de la liquidación concursal, estableciendo la remisión expresa a la LCon en caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores, indicándose que en este caso no procede el nombramiento de liquidadores (LSC, arts. 372 y 376.3).

11. También es novedad importante la necesidad para las SA de incorporar a la escritura de extinción de la sociedad la relación de socios con la cuota de liquidación que les haya correspondido a cada uno (art. 395 LSC).

## 2.7. DISPOSICIONES FINALES

La LSC autoriza al Ministro de Justicia para la modificación de las referencias a la numeración, contenida en el RRM, de los artículos de los textos de las disposiciones que se derogan por la que corresponde a los contenidos en la LSC.

Por último, el TRLSC incluye diversas autorizaciones al Gobierno para:

- a) Regular una Bolsa de Denominaciones Sociales con Reserva.
- b) Aprobar un modelo orientativo de estatutos sociales para sociedades de nueva constitución, de tal forma que, en caso de utilizar este modelo, la escritura de constitución deberá ser inscrita en el plazo máximo de 48 horas desde su presentación.
- c) Actualizar los importes que figuran en la LSC para que las sociedades puedan formular cuentas anuales abreviadas.
- d) Adaptar los importes de las multas que figuran en el Código de Comercio y en la LSC a las variaciones del coste de la vida.

## 3. SOCIEDADES COTIZADAS

La sociedad anónima cotizada se regula en el Título XIV de la nueva Ley de Sociedades de Capital (arts. 495 y ss.), cuya regulación procede del Título X de la Ley del Mercado de Valores

(arts. 111 a 117), que queda derogado, excepto el art. 114.2.º y 3.º y los arts. 116 y 116 bis.

Así, la normativa de este tipo de sociedades queda reunida en dos textos:

- La LSC, por lo que respecta a los aspectos económicos, y
- La LMV, en lo relativo a la vertiente financiera.

Las sociedades cotizadas se definen como aquellas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial de valores y que tienen necesariamente que venir representadas mediante anotaciones en cuenta, estando obligadas a comunicar a la sociedad emisora los datos necesarios de identificación de los accionistas. En este sentido el art. 118.3 LSC dice que “las entidades que de acuerdo con la normativa reguladora del mercado de valores hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta están obligadas a comunicar a la sociedad emisora los datos necesarios para la identificación de sus accionistas”.

La nueva regulación se trata de un modelo con normas rígidas preestablecidas que tienden a coartar la autonomía de la voluntad de los socios contratantes, como se va a ver a continuación.

En las sociedades cotizadas se introduce como novedad, en el art. 498 LSC, la imposibilidad de que los estatutos sociales puedan modificar la obligación de reparto de dividendo preferente si existen beneficios distribuibles. Y se establece que el régimen legal del dividendo preferente será el señalado para las acciones sin voto, en lugar del correspondiente a las acciones privilegiadas. De este modo desaparece la libertad de configuración estatutaria que para las acciones privilegiadas establece el art. 95.3 LSC.

Se añade una nueva sección 2.ª al Capítulo VI, que regula el funcionamiento de las Juntas Generales de estas sociedades, siendo las previsiones de más interés que se recogen las siguientes:

1. Se contempla la obligación de las SA cotizadas de garantizar la igualdad de trato a todos los accionistas que se encuentren en idénticas condiciones (art. 514 LSC).
2. En este sentido, la LSC recoge en el art. 515 la reciente modificación de la LSA, aprobada por Ley 12/2010, de reforma de la Ley de Auditoría 19/1988, con el fin de instaurar respecto a

las sociedades anónimas cotizadas el principio de “una acción un voto”, lo que supone la prohibición de limitar el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista.

Dicho artículo establece que “en las SA cotizadas serán nulas de pleno derecho las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, limiten con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo. En el caso de que las acciones de una sociedad cuyos estatutos contengan cláusulas limitativas del máximo de votos, pese a cotizar en bolsa de valores, deberá eliminar dichas cláusulas en el plazo máximo de un año desde la fecha de admisión a cotización y, transcurrido este plazo sin que la sociedad haya presentado en el RM la modificación de estatutos, las cláusulas limitativas del máximo de votos se tendrán por no puestas”.

Estas limitaciones de voto suponen una ruptura de la proporcionalidad entre inversión y voto y entre el riesgo patrimonial que corren los accionistas con su participación en el capital y su poder de decisión, pero esa ruptura puede beneficiar a los accionistas minoritarios (9) que ven incrementado su poder de voto respecto del que le correspondería por su participación en el capital. Además, mediante la reducción del poder de decisión de los accionistas mayoritarios se dota de mayor estabilidad a la gestión social, con lo que se obtiene una ventaja para los administradores, para el conjunto de los accionistas y para la propia sociedad.

Así, la admisión de las cláusulas que limitan el número de votos responde a una decisión de política legislativa que considera positiva la expansión de un tipo de empresas con una propiedad dispersa entre numerosos accionistas, en las que los accionistas minoritarios no se encuentren perjudicados frente a los accionistas que asumen el control de la sociedad.

En este sentido se establecen instrumentos, como son las OPAS obligatorias, para garantizar “la igualdad de trato” de todos los accionistas de este tipo de sociedades, ya que el Derecho del mercado de valores pretende ante todo que los inversores en

---

(9) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M.: “Sociedades Cotizadas y limitaciones al número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista”. *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Enero-Febrero 2011. Núm. 35, p. 159.

bolsa y en particular los accionistas minoritarios, cuenten con mecanismos que les permitan compensar la posición de inferioridad que ocupan en las operaciones corporativas que afectan al control de las sociedades cotizadas.

3. Se introduce la regulación sobre la necesidad de que tanto el Reglamento de la Junta General como del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas, una vez inscrito en el Registro Mercantil, se publiquen por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

4. Además, de acuerdo con el nuevo art. 515 LSC, se podrá reducir el plazo de antelación de convocatoria de las Juntas Extraordinarias a 15 días, siempre que la sociedad ofrezca de forma efectiva la posibilidad de votar por medios electrónicos a todos los socios.

Esto requerirá el acuerdo expreso en la Junta General Ordinaria, con el voto de 2/3 del capital y dicho acuerdo solo estará vigente hasta la siguiente Junta que se celebre.

5. También se contempla como novedad la creación de un foro electrónico de accionistas y asociaciones de accionistas, ya que según el art. 528.2 LSC "las sociedades cotizadas deberán habilitar en sus páginas web un foro de accionistas con carácter previo a la celebración de las juntas generales"; además los accionistas de una sociedad cotizada podrán constituir asociaciones específicas y voluntarias para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes (art. 284.4 LSC), cuestión que ya había sido introducida por el art. 117 de la Ley del Mercado de Valores, justo antes que la aprobación de la LSC.

Por otra parte, existen diversas previsiones relativas a las sociedades cotizadas y que se recogen a lo largo del articulado fuera del Título XIV de la LSC, entre ellas se puede destacar:

— El art. 84.2 LSC, que se refiere a la enajenación en bolsa de las acciones en caso de mora del accionista.

— El art. 117.3 LSC, para el caso de sustitución de títulos, la venta en bolsa de las acciones emitidas en lugar de ser anuladas.

— El art. 353.2 LSC fija el valor del reembolso de las acciones en caso de separación del precio medio de cotización del último trimestre.

#### **4. REAL DECRETO-LEY 13/2010, DE 3 DE DICIEMBRE, SOBRE SOCIEDADES DE CAPITAL**

El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, que entra en vigor el mismo día de su publicación, tiene como finalidad esencial continuar y reforzar la política de impulso al crecimiento de la economía española y al incremento de su competitividad a través de medidas de apoyo a la actividad empresarial (10).

Para ello las novedades que brevemente se van a comentar a continuación tratan, o bien de agilizar la constitución de las sociedades de capital (sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada) mediante el recurso a las nuevas tecnologías, o bien de abaratar el funcionamiento de las mismas, ya sea suprimiendo la publicidad de algunos actos societarios, ya sea eliminando determinados gravámenes societarios.

Paralelamente, se introducen modificaciones en el ámbito del Impuesto de Sociedades al objeto de estimular la actividad económica de las pequeñas y medianas empresas, ampliándose el umbral que posibilita acogerse al régimen especial de las entidades de reducida dimensión y aumentándose el importe hasta el cual la base imponible de dichas sociedades se grava al tipo reducido del 25 por 100 (11).

Así, se pueden destacar las siguientes medidas:

1. Con la finalidad de agilizar la constitución de sociedades de capital y crear empleo, el art. 5 RD-Ley promueve el uso de nuevas tecnologías, reduce plazos y disminuye aranceles, permitiendo que todos los trámites necesarios para la constitución de estas sociedades puedan llevarse a cabo, con carácter general, en un plazo máximo de uno a cinco días, exceptuando solo aquellos casos en que la

---

(10) Véase también la instrucción de 27 de mayo de 2011 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se corrige la de 18 de mayo de 2011, sobre "constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de la Junta General", en aplicación del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE 28-5-11).

(11) BARDAJÍ MUÑOZ, L.: "Modificaciones al régimen de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada introducidas por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de Diciembre". *Revista Práctica de Derecho CEF Legal*, núm. 120. Enero 2011, p. 58.

elevada cuantía del capital o la complejidad de la estructura societaria exijan un examen más detallado, se distinguen tres supuestos:

— Primero: En el primer grupo se encuentra la constitución de sociedades limitadas de mediana dimensión o pequeñas y medianas empresas (art. 5.1.º), para SRL con las siguientes características:

- a) Un capital entre 3.100 € y 30.000 €.
- b) Con socios personas físicas, ningún socio puede ser persona jurídica.
- c) Con estatutos modelo aprobados por el Ministerio de Justicia.
- d) Órgano de administración integrado por un administrador único, dos o más administradores solidarios, cualquiera que sea su número, o dos socios mancomunados, es decir, un órgano de administración que ni siquiera se confiere de forma alternativa a un Consejo de Administración.
- e) Y su tramitación debe llevarse a cabo obligatoriamente por vía telemática y de exclusiva presentación notarial al Registro Mercantil.

Las sociedades con estos requisitos se beneficiarán de ciertas ventajas, pudiendo destacar, entre otras:

1. En la solicitud de denominación al Registro Mercantil Central se pueden incluir hasta cinco denominaciones.
2. El RMC debe expedir la certificación por vía telemática en el plazo de un día hábil desde la solicitud.
3. Se puede solicitar al RM la expedición de una certificación electrónica o en papel, sin coste adicional alguno, que acredite la constitución de la sociedad y quiénes son sus administradores.
4. El plazo de calificación e inscripción por parte del registrador mercantil será de tres días hábiles, a contar desde la recepción telemática de la escritura.
5. Una vez inscrita la sociedad el registrador lo notificará telemáticamente a la AEAT, la cual a su vez notificará al notario y al registro, por vía también telemática, la asignación del CIF correspondiente.
6. La publicación de la inscripción de la sociedad en el *Boletín*

*Oficial del Registro Mercantil* (BORME) está exenta del pago de tasas.

7. Se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad de 150 € para el notario y 100 para el registrador.

— Segundo: En el segundo grupo se encuentra la constitución de sociedades limitadas de pequeña dimensión (art. 5.2.º) para SRL con las siguientes características:

- a) Un capital que no sea superior a 3.100 €.
- b) Estatutos modelo aprobados por el Ministerio de Justicia.
- c) Órgano de Administración integrado por un administrador único, dos o más solidarios, cualquiera que sea su número, o dos mancomunados.
- d) Ningún socio puede ser persona jurídica.
- e) Su tramitación debe llevarse a cabo obligatoriamente de forma telemática y de exclusiva presentación notarial al Registro Mercantil.

Estas sociedades se beneficiarán de las siguientes ventajas:

1. El otorgamiento de la escritura de constitución debe hacerse por el notario en el mismo día en el que, aportados todos los antecedentes necesarios para ello, reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central.

2. El registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las siete horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura, entendiéndose por horas hábiles a estos efectos las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros.

3. También, estas sociedades están exentas del pago al BORME.

4. Y los aranceles notariales y registrales serán de 60 € para el notario y 40 € para el registrador.

— Tercero: En el tercer grupo (art. 5.3.º) está la constitución de sociedades de capital que no son limitadas, sociedades anónimas y sociedades comanditarias por acciones, o sociedades que siendo limitadas tengan las siguientes características:



- a) Entre sus socios haya personas jurídicas.
- b) Su capital sea superior a 30.000 €.
- c) Su órgano de administración es de más de dos administradores mancomunados o tienen Consejo de Administración.

Este tipo de sociedades gozará de ciertas ventajas y se ajustará a las reglas siguientes:

1. El Registro Mercantil Central expedirá también telemáticamente la certificación negativa o, en su caso, indicará la imposibilidad de su emisión en el plazo máximo de un día hábil.
2. No se señala plazo para que el notario formalice la escritura y el registrador debe calificar e inscribir en los plazos generales previstos en el art. 18.4 del C. de Comercio y en la normativa reglamentaria vigente, sin que sean de aplicación los establecidos en esta Ley, esto es, en quince días.
3. Por lo que se refiere a las cargas económicas, el pago de las tasas y aranceles se establecerá reglamentariamente.
4. Una vez inscrita la sociedad, el registrador lo notifica telemáticamente a la AEAT, la cual a su vez debe notificar telemáticamente al notario y al registro la asignación del CIF definitivo.
5. No queda excluida la posibilidad, tras la entrada en vigor de este RDL, de que los socios deseen que su sociedad se tramite por los cauces normales que han venido existiendo hasta ahora, sin ajustarse a las exigencias del RDL y sin estatutos tipo-reglamentarios.

2. Con el objeto de simplificar y abaratar el funcionamiento de las sociedades de capital, el art. 6 RD-Ley 13/2010 introduce diversas modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital que afectan a diversos actos societarios, quedando el art. 35 LSC redactado de la siguiente manera:

*“Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el Registrador Mercantil remitirá para su aplicación, de forma telemática y sin coste adicional alguno, al Boletín Oficial del Registro Mercantil, los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen”.*

A tal efecto, se reducen las obligaciones de publicidad, sin que tengan que hacerse por medio de periódicos la publicidad de determinados actos societarios tales como la constitución, modificación de estatutos, cambios de denominación, domicilio y objeto de la sociedad, reducción de capital, convocatoria de las Juntas de accionistas y disolución de la sociedad, obligaciones que quedan sustituidas por la publicidad en la web de la sociedad, siempre que exista (12); sin esta publicidad no podrán inscribirse en el Registro Mercantil.

3. En materia tributaria se produce la exoneración del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (operaciones societarias) de determinadas operaciones.

Así, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 13/2010, están exentas del pago del ITP y AJD las siguientes operaciones:

- La constitución de sociedades.
- El aumento del capital.
- Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital.
- El traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea (1.1 del TR ITP y ADJ).

Por otro lado, se mantienen como operaciones societarias sujetas (art. 19 ITP y AJD) la reducción de capital y la disolución de sociedades que impliquen la entrega a los socios de bienes y derechos de la sociedad.

Para finalizar, también como novedad, atendiendo a la regulación expuesta, se ha de hacer constar que por Orden JUS/3185/2010, se aprueban los estatutos tipo de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 11 de diciembre de 2010).

---

(12) Para ello esta norma modifica los artículos 173, 289, 290, 319, 333.2 y 369 del Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

## **5. REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL (LSC) DE 2010 POR LA LEY 25/2011, DE 1 DE AGOSTO**

El pasado 2 de agosto de 2011 se ha publicado en el BOE la Ley 25/2011, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, que ha entrado en vigor el 2 de octubre de 2011, con una triple pretensión:

— Por un lado, continuando la línea ya iniciada por el Real Decreto–legislativo 13/2010, de 3 de diciembre, se introducen normas nuevas, que tienden a modernizar las anteriores, se corrigen errores y se introducen mejoras técnicas.

— Por otro lado, se trata de suprimir algunas diferencias injustificadas entre las Sociedades Anónimas y las Sociedades Limitadas.

— Y para finalizar, se incorpora a nuestra normativa interna la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, que pretende facilitar y promover el ejercicio de los derechos de información y voto de los accionistas de las sociedades cotizadas a nivel de la Unión Europea.

### **5.1. PRINCIPALES MODIFICACIONES**

En cuanto a las principales novedades de dicha reforma (13), se pueden destacar las siguientes:

#### **1. Se introduce la página web corporativa**

El art. 11 bis LSC regula la página web corporativa, es decir, “la sede electrónica” de la sociedad.

En su apartado uno se establece que la creación de la página web corporativa deberá acordarse necesariamente por la Junta General de la Sociedad, e inscribirse en el Registro Mercantil o bien notificarse a todos los socios.

En el apartado segundo de dicho artículo impone a los administradores de la sociedad la responsabilidad de probar en cada momento la certeza del hecho de la inserción de contenidos en la página web y de la fecha en que tales inserciones tuvieron lugar.

---

(13) Se modifican un total de 24 artículos de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), se introducen tres nuevos artículos y se deroga uno.

Con esta reforma se termina con el problema sobre la forma de convocatoria de las Juntas de sociedades anónimas y sociedades limitadas introducida en el Real Decreto-Ley 13/2010, que, con objeto de reducir los costes de las sociedades, introdujo el sistema de convocatoria de la Junta mediante la publicación del anuncio en la página web de la sociedad, lo cual en los últimos meses ha generado mucho debate entre los estudiosos del tema.

## **2. Nuevo derecho de separación de los socios por no reparto de dividendos**

Una de las novedades más significantes de esta reforma es la operada por el nuevo art. 348 bis LSC, que dice así:

“Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos:

- 1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general acordara la distribución como dividendo de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*
- 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*
- 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas”.*

Este nuevo derecho de separación individual de los socios por no reparto de dividendos se otorga a los socios de sociedades anónimas no cotizadas y sociedades limitadas en aras a la protección de la minoría y supone que, si se dan los presupuestos para su ejercicio, el socio podrá salir de la sociedad y recuperar el valor de su inversión conforme al procedimiento previsto en la ley y, en particular, su participación en el capital social será satisfecha a valor razonable.

Hasta ahora se había venido entendiendo que la Junta podía decidir libremente sobre la aplicación del resultado de cada ejercicio

de la manera que estimase más conveniente y en los casos de falta de acuerdo de distribución de beneficios por la misma, los socios no tenían derecho al reparto correspondiente, pero en este momento, el nuevo derecho de separación cambia radicalmente la posición del socio minoritario que no esté de acuerdo con la reinversión de beneficios.

Esto hace que en las sociedades cotizadas, cuando existan beneficios repartibles y la Junta General no acuerde su distribución vía dividendos, en al menos un tercio, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación.

Con esta regulación se pretenden evitar las demandas de impugnación de los acuerdos de las Juntas por los socios minoritarios, como mecanismo de defensa ante una política de la mayoría de no reparto de dividendos, pero no obstante la redacción del art. 348 bis de la LSC, deja abiertas muchas cuestiones como por ejemplo "qué se debe entender por beneficios propios de la explotación del objeto social", lo que seguramente ocasionará también muchos pleitos en su aplicación.

### **3. Por lo que se refiere a la Junta General y el Órgano de Administración**

1. En cuanto a la convocatoria de la Junta General, se modifica de nuevo el art. 173 LSC, que había sido ya modificado por el reciente Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, quedando los medios de convocatoria de la Junta General de la manera siguiente:

Primero: siempre que así lo prevean expresamente los estatutos sociales, la Junta General se podrá convocar.

- a) Mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad.
- b) O bien, por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio asignado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.

Segundo: si los estatutos no establecen nada sobre la forma de convocatoria de la Junta, entonces se aplicará el apartado 1 del

art. 173, que fija como forma de convocatoria la de su publicación en el BORME y en la web de la sociedad, y en caso de que esta no exista, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio social.

No obstante lo anterior, se establecen dos excepciones:

— La primera es cuando se trate de sociedades anónimas no cotizadas, con acciones al portador, en cuyo caso es imperativo que la convocatoria se realice, al menos, mediante anuncio publicado en el BORME.

— La segunda es cuando se trate de sociedades cotizadas, pues se introduce una norma especial sobre la publicidad de la convocatoria de la Junta en el art. 516 LSC, al que luego se hará referencia.

1. Por lo que respecta al plazo de convocatoria de la Junta General a solicitud de la minoría, se corrige alguna cuestión que planteaba dudas en la aplicación de los artículos 176 y 168 de la LSC. Así, se modifica el segundo párrafo del art. 168, lo cual supone ahora que cuando los socios que representen al menos el 5 % del capital social soliciten la convocatoria de la Junta General, el Órgano de Administración tendrá, desde el requerimiento notarial, dos meses de plazo para hacerlo (antes era un mes).

2. Y sobre el contenido de la convocatoria, el nuevo art. 174 LSC unifica el régimen para todas las sociedades de capital, cuando antes dicho artículo contenía dos apartados, uno para las sociedades limitadas y otro para las anónimas, extendiéndose para las sociedades anónimas la exigencia de que la convocatoria deba expresar el nombre y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria.

3. En cuanto al Órgano de Administración, se extiende a las sociedades anónimas la posibilidad que ya tenían las sociedades limitadas de prever en los estatutos sociales distintas modalidades del órgano de administración (administrador único, varios administradores mancomunados o solidarios, Consejo de Administración). Así, la nueva letra e) del artículo 23 LSC permite a las sociedades anónimas estas posibilidades de organización, de modo que la Junta General pueda decidir en cada momento la forma o modalidad que estime y entienda más oportuna, sin necesidad de modificar los estatutos sociales.

4. Se regula la figura del administrador persona jurídica en el nuevo art. 212 bis LSC, aclarándose que esta solo podrá designar a una sola persona física para el ejercicio de las funciones derivadas de su cargo.

Resulta significativo que, a estos efectos, el Proyecto de Ley recogía una regla sobre los deberes y la responsabilidad del representante persona física equiparando su régimen al del administrador persona jurídica y que ambas personas, física y jurídica, responderían de forma solidaria, que ha sido eliminada en la tramitación parlamentaria (14).

5. Respecto a la convocatoria del Consejo de Administración, se establece el mismo régimen para todas las sociedades de capital, es decir, para las sociedades anónimas, las de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones.

Además, se recoge la posibilidad de que el Consejo sea convocado por un tercio de los consejeros cuando el presidente, a pesar de haber sido requerido, no lo hubiera convocado en el plazo de un mes, con la única limitación de que el Consejo se celebre en la misma localidad donde radique el domicilio social (art. 246 LSC).

#### **4. Entre otras modificaciones dignas de mención se puede destacar**

a) Se deroga el art. 289 LSC, sobre la necesidad de publicidad de determinados acuerdos sociales, y desaparece la obligación de las sociedades anónimas de publicar el acuerdo de cambio de denominación, domicilio, sustitución o modificación del objeto social y disolución de la sociedad.

b) Se recoge como causa de separación legal no solo la sustitución, sino también la modificación sustancial del objeto social (art. 346 LSC).

---

(14) La justificación de la enmienda que ha propiciado la supresión de esta regla de responsabilidad solidaria entre persona física (representante) y administrador persona jurídica (representada), se refiere fundamentalmente a que gran parte de la doctrina mantiene que los deberes y la responsabilidad derivados del cargo de administrador los asume la persona jurídica (y no su representante) y que la persona jurídica únicamente podrá repetir contra su representante en los casos en que este haya actuado de forma negligente o dolosa.

c) El nuevo art. 363 LSC extiende a la sociedad anónima, como causa de disolución, la falta de actividad que constituya el objeto social, lo que se estima que ocurre tras un período de inactividad superior a un año, cuando antes el plazo era de tres.

d) Se modifica el art. 376 LSC, unificando la regla para el nombramiento de liquidadores a todas las sociedades de capital y se elimina el requisito de que el número de liquidadores fuera impar. También se elimina la obligación que tenían los liquidadores de publicar en el BORME un estado anual de las cuentas y un informe pormenorizado de la liquidación, si la liquidación se prolongaba por un plazo superior al de la aprobación de las cuentas anuales (art. 388.2).

## **5. Nueva regulación de las sociedades cotizadas**

La modificación introducida por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de las Sociedades de Capital, ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, añadiendo una nueva sección 2.<sup>a</sup> al Capítulo VI, que regula, detalladamente, el funcionamiento de las Juntas Generales de las sociedades cotizadas desde su convocatoria hasta la publicación del resultado de los acuerdos tomados en la Junta.

Entre las previsiones que se recogen en esta nueva sección destacan las siguientes:

1. Según el nuevo art. 515 LSC, se reduce, para las Juntas extraordinarias, el plazo de convocatoria de un mes a 15 días, siempre que la sociedad ofrezca de forma efectiva la posibilidad de votar por medios electrónicos a todos los socios y esta reducción del plazo haya sido previamente autorizada por, al menos, 2/3 del capital con derecho a voto, en la Junta General Ordinaria.

2. En cuanto a la publicidad de la convocatoria de la Junta, la novedad recogida en el art. 516 LSC estriba en que la sociedad podrá escoger entre publicar el anuncio en el BORME o en uno de los diarios de mayor circulación nacional. También se publicará en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en la página web de la sociedad.



3. Se regulan con gran detalle: el contenido de la convocatoria de la Junta General (art. 517 LSC), la información previa a la Junta que habrá de darse a los accionistas sobre el orden del día, etc. (arts. 518 y 519 LSC), y el ejercicio del derecho de información que tienen los socios (art. 520 LSC); en concreto, en relación con este derecho de información del accionista, se prevé en el art. 520.2 LSC que los administradores no estarán obligados a responder a preguntas de los accionistas cuando la información esté clara y directamente disponible en la página web de la sociedad.

4. En el art. 521 LSC se contempla la posibilidad de que la sociedad pueda regular la participación a distancia y el derecho a voto en las Juntas Generales de alguna de las siguientes maneras:

— La retransmisión en tiempo real de la Junta General.

— La comunicación bidireccional en tiempo real para que los accionistas puedan dirigirse a la Junta General desde un lugar distinto al de su celebración.

— Un mecanismo para ejercer el voto antes o durante la Junta General sin necesidad de nombrar a un representante que esté físicamente presente en la Junta.

5. Destaca, también, la novedad que se establece en el art. 522 LSC, en cuanto a la representación del accionista en la Junta General, de declarar nula cualquier limitación a la posibilidad de que el accionista se haga representar por cualquier persona, sea o no socio.

6. Y para finalizar, se establece que los acuerdos tomados en las convocatorias procedentes de la Junta General, hayan de ser publicados en la página web de la sociedad dentro de los cinco días siguientes a que haya tenido lugar la Junta General.

Visto todo lo expuesto, en la nueva regulación de las sociedades de capital se puede observar que todavía queda mucho camino por recorrer y que en el futuro se espera que tendrán lugar nuevas modificaciones, que sirvan para equiparar, aún más si cabe, la regulación de nuestras sociedades con la de las sociedades de nuestro entorno europeo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARDAJÍ MUÑOZ, L.: "Modificaciones al régimen de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada introducidas por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de Diciembre". *Revista Práctica de Derecho CEF Legal*, núm. 120. Enero. 2011.
- BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*. Volumen I. Tecnos. Madrid. 2010.
- DE DIOS MARTÍNEZ, L. M.: "Sociedades Cotizadas y limitaciones al número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista". *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Enero-Febrero 2011.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: "El nuevo Derecho de las Sociedades de Capital". *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre. 2010.
- LÓPEZ-MULLER GÓMEZ, C. G.: "Principales Novedades de la Ley de Sociedades de Capital". *El Notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre. 2010.



# EL BENEFICIO DE INVENTARIO EN LAS FUENTES Y EN LA DOCTRINA DE LOS REINOS BAJO-MEDIEVALES (\*)

**Juan Alfredo Obarrio Moreno**

Profesor Titular de Universidad

Universidad de Valencia

**Resumen:** El presente trabajo pretende abordar una de las instituciones más importantes del ámbito hereditario en el Derecho medieval español, como es el beneficio de inventario. Para su estudio se han abordado cuestiones tales como su concepto, naturaleza jurídica, sus requisitos, el valor probatorio del inventario, las personas obligadas a su realización, los beneficios obtenidos, las penas o sanciones y el procedimiento ejecutivo. De lo expuesto se concluye que se está ante una institución propia del ámbito jurídico del *ius commune*, es decir, de la tradición jurídica romana, de la que está imbuida toda nuestra tradición jurídica.

**Palabras clave:** beneficio de inventario, herencia, Edad Media, *ius commune*.

**Abstract:** This paper aims to address one of the most important institutions of the inherited field in the Spanish medieval law, as it is the benefit of inventory. For his study addressed issues such as its concept, legal nature, its requirements, the probative value of inventory, required for their implementation persons, benefits, penalties or sanctions and procedures. Of the above it is concluded that you are from an institution within the legal scope of the *ius commune*, i. e. of the Roman legal tradition, wich is imbued with all our legal tradition.

**Key words:** benefit from inventory, heritage, middle ages, *ius commune*.

---

(\*) El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *Parlamentos y ciudades en la Corona de Aragón en la encrucijada de la crisis del Antiguo Régimen*. Ministerio de Ciencia e Innovación. Ref. Der 2009-09193. 2010-2011.

## **SUMARIO**

1. MARCO HISTÓRICO-JURÍDICO
2. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD
3. PERSONAS OBLIGADAS A REALIZAR EL INVENTARIO
4. REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN EL INVENTARIO
5. EL VALOR PROBATORIO DEL INVENTARIO:  
LA OMISIÓN DOLOSA
6. LOS BENEFICIOS DEL INVENTARIO
7. PENAS EN LAS QUE SE INCURRE POR EL INCUMPLIMIENTO  
DEL INVENTARIO
8. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

## 1. MARCO HISTÓRICO-JURÍDICO

El reconocimiento que la doctrina medieval hizo del marco evolutivo de la tradición jurídica romana lo hallamos en el estudio que realizó de las rúbricas *De haerede beneficiato* (1), *De confectione inventarii* (2) o *De inventario* (3), donde las fuentes del *Corpus Iuris Civilis* alcanzaron el valor de sustrato jurídico común de las diversas legislaciones (4), lo que permitió que sus principios fuesen asumidos y aplicados en el ámbito judicial (5).

Este carácter erudito, que confiere el conocimiento y el estudio de la autoridad de los textos legales romanos y de la denominada

(1) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*. Valencia, 1690. Pars 1, caput 29: *De haerede beneficiato, haereditarum rerum rationem reddente*.

(2) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum sive Thesaurus universae iuris prudentiae...* Salamanca, 1587. Glossa 35; FRAGOSO, B., R. P. *Baptistae Bragosi, Societatis Iesu... Regiminis christianae reipublicae... Tomus tertius...* Lugduni, 1652. Dispositio 8, caput 18, *De inventario confiando*.

(3) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathaloniae*. Lugduni, 1558; AYERVE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum, et uxorem et filios ac haeredes de eorum*. Valladolid, 1623. *Prima pars, caput 2, De inventario, et eius forma, et effectu; caput 3. De rebus positis in inventario, et aliis, quae ad partitionem trahuntur*; COMES, J., *Viridarium artis notariatus, sive tabellionum viretum ex ordoriferis doctorum, et huiusce artis authorum floribus quibusque aptioribus compactum, sacraeque Romanae Rotae, utriusque Senatus affluentibus aquis perutiliter faecundatum...* Gerona, 1704. *Tomus Primus, De inventario*, cap. 9; PERERA Y BLASCO, P. J., *Compendium theoriae, seu Rudimenta artis notariae, ex quamplurimis ejusdem artis auctoribus compilata... cum regiarum ordinationum ad Artem Notariae pertinentium insertione, atque in hac impressione nonnullarum aliarum additione*. Figueras, 1772. *De inventario*, Lib. 3, cap. 3, tít. 6; GIBERT, V., *Theorica artis notariae*. Barcelona?, 1772. *Pars Secunda, De inventario*, tít. 9. Dentro del Derecho de la pandectística, LAUTERBACHIUS, W. A., *Collegium Pandectarum theoretico-practicum. Tomus secundus*. Tübingae, 1784, al que dedica el título VIII, *De beneficio de inventarii*.

(4) ARVIZU, F. DE, "Ilusiones y realidades de la Historia del Derecho europeo", en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 7 (1995), p. 166.

(5) PÉREZ MARTÍN, A. y SCHOLZ, J. M.<sup>a</sup>, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Valencia, 1978; OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística: El proceso en el Derecho foral valenciano*. Valencia, 2002.

*communis opinio*, se entronca con el análisis exhaustivo de la institución del beneficio de inventario en el ámbito de la legislación foral.

En concreto, BAS Y GALCERÁN inicia su comentario afirmando cómo en el Derecho sucesorio romano los herederos, a diferencia de los legatarios, se veían obligados a afrontar, incluso con su propio patrimonio, el pago de las deudas hereditarias, como consecuencia de los contratos y de las obligaciones contraídas por el testador:

*Antiquitus haeredes adeuntes haereditatem, creditoribus haereditariis ultra vires haereditarias, et ex proprio patrimonio suo tenebatur... ubi communiter Doctores. notant... Legatariis autem non tenebatur haeres ultra vires haereditarias, nec de proprio patrimonio poterat ad legatorum solutionem compelli, sed tantum juxta haereditatis metas... Ad haereditaria debitat non tenebatur haeres hujus quasicontractus ratione, sed ex obligationibus, et contractibus a testatore factis, et celebratis, transfusis in haerodem actionibus passivis, quibus defunctus tenebatur... (6).*

Para evitar la posible confusión en ambas esferas jurídicas, Justiniano otorgó un remedio legal para evitar la responsabilidad *ultra vires*: el *beneficium inventarii*; institución que, como nos dirá el jurista valenciano, pervivió en ambos *Corpora Iuris*: en el civil y en el canónico (7).

---

(6) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, cap. 29, núms. 1-2. En idéntico sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina. Véase, a título de ejemplo, FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 581: *Inventarium est remedium redigendi in memoriam bona, quae supersunt ex bonis defuncti, fuitque introductum ex beneficio Iustiniani, ut constat ex l. fin. sin autem, C. de iure deliberandi.*

(7) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, cap. 29, núms. 3-4: *Haec omnia, ut dixi, antiquitus in viridi erant, sed Imperator Justinianus haeredibus consulens, et ut absque ullo periculo haereditates adire possent, salubre beneficium inventarii eis indulgit, ut jam de caetero neque ad credita solvenda defuncti, prout antiquitus, neque ad legata praestanda, ultra vires haereditarias, et de propriis bonis tenerentur, de facto, et conscripto legitime inventario... Et quod haeres cum inventario, nequeat in bonis propriis conveniri pro legatis, vel creditis haereditariis... Sed si haeredes inventarii beneficium contemnentes, haereditatem absque inventario adierint, non solum erunt obnoxii creditoribus haereditariis ultra vires haereditarias... Quae omnia procedunt non solum de jure civili, sed de jure canonico; CARLEVALIO, T., *Disputationum juris variarum ad interpretationem regiarum legum regni Castellae*... Lugduni, 1658. Tom. 2, tít. 3, *disputatio* 9, núm. 13; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus*,*

Una vez encuadrada la institución en el marco histórico que le corresponde, la propia *communis opinio* aborda el estudio de la institución de cada reino peninsular entroncándola con la tradición jurídica europea, lo que permite que podamos realizar una síntesis de los elementos que configuran el *beneficium inventarii*, con independencia de los aspectos particulares de cada Ordenamiento en particular (8).

En efecto, desde el reconocimiento que la institución tiene en el ámbito de la praxis jurídica, la doctrina ofrece una adecuada argumentación a las cuestiones y a los elementos concurrentes, y a partir de estos, se facilita la construcción teórica del beneficio de inventario, así como se advierte del grado de asimilación de la constitución *Scimus* –originaria de la institución– en la realidad foral (9).

---

*sive capitulis matrimonialibus*. I-II. Ginebra, 1684. Claus. 4, glossa 5, núm. 43; TRULLECH, J. G., *Opus morale, sive in decem decalogi, et quinque eccles. praecepti, absolutissima et resolutoria expositio, ex optimorum novissimorumque doctorum probatissima doctrina deprompta*. Valencia, 1640. Lib. 7, *dubitatio* 11, cap. 18, núm. 6; SESSÉ, J. DE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum et Curiae Domini Justitiae Aragonum causarum civilium et criminalium*. Zaragoza, 1615-1627. *Decisio* 88, núm. 24; GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Matriti, 1789. Leg. 3, núm. 120; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos casuatam*. Lugduni, 1672. Part. 2, cap. 1, núm. 7.

(8) Puede verse una síntesis en GIL DE CASTEJÓN, *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoricum, practicum, morale atque politicum*. Lugduni, 1730. *Voz Inventarium*, fo. 404-406; FEBRERO, J., *Librería de escribanos é instrucción jurídica theorico práctica de Principiantes*. Parte Segunda. Tomo primero. Madrid, 1786, pp. 1-125; GUTIÉRREZ, J. M., *Librería de escribanos, abogados y jueces, que compuso Don Josef Febrero...* Parte segunda. Tomo tercero. Madrid, 1819, pp. 1-76; GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*. Tomo tercero, Madrid, 1841-1842, pp. 60-62 y 205-249; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. III. Madrid, 1863. Reed. Lex Nova, pp. 355-364.

(9) PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani...* Antuerpiae-Apud J. Baptistam Verdussen, 1720. T. 30, núm. 9: *Hoc inventarii beneficium hodie in magno usu est*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, *proemio*: *Cum inventarii confectio tam usu frequens sit, et tot tantasque pariat utilitates, quantas quisque, vel rerum parum expers, novit, operae pretium facturus, visus sum, si de eo, quaestiones aliquas non*



De acuerdo con estas premisas, la doctrina tardo-medieval, partiendo del método escolástico de la *quaestio*, formuló una explicación coherente a la variedad de aspectos y manifestaciones que ofrecía la institución en el ámbito jurídico, lo que desembocó, en última instancia, en una reconstrucción histórico-textual de sus elementos vertebradores. Veamos los criterios interpretativos con los que se aborda el estudio de cada uno de los mismos, a saber: concepto, personas obligadas a la realización del inventario, tiempo de confección, bienes inventariables o las posibles sanciones por su no realización.

## 2. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD

[1] Con relación al concepto, la doctrina resuelve el interrogante *inventarium qui sit* retomando la definición aportada en Partidas 6,6,5 (10): *Inventario en latin, tanto quiere dezir en romance, como*

---

*minus utiles, quam quotidianas, quae commentatione aliqua indigerent, in medium proferrem.* No en vano, el propio autor entiende –núm. 1– que este constituye el principio, la cabeza y la base de toda partición hereditaria; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii*. Lugduni, 1730. *Pars Prima. Observatio* 39, núms. 21-23, reconoce cómo, en la práctica, el beneficio de separación cedía ante el beneficio de inventario, ya que este era considerado el remedio más eficaz para evitar la confusión hereditaria.; YAÑEZ PARLANDORI, J., *Opera iuridica sive rerum quotidianarum*. Coloniae allobrogum, 1743. Lib. II, cap. final, *pars* 4, I, núm. 2052. En el Reino de Valencia su uso es general en la mayoría de los testamentos y cláusulas testamentarias, como se recoge en las cláusulas del último testamento de Germán Sarquela, datado en Valencia el 20 de mayo de 1619 –Mss 306/21 Biblioteca Valenciana–: *ab benefici empero de inventari protestant...*, o en las alegaciones de Derecho –BUV, Alegación R-2/362, núm. 32, fo. 44-49; Varios 96-13; R-2/362, núm. 31, etc.–. Con relación al Derecho castellano, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen (1650): efectos socioeconómicos de la muerte y la partición de bienes*. Valladolid, 1995, pp. 18-24. Con relación al Derecho castellano, CERDÁ RUIZ FUNES, J., “Las glosas de Arias de Bolboa al Fuero Real de Castilla”. AHDE, 1951-1952, p. 1042; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, A., *Procedimientos judiciales*. Madrid, 1848. Tomo 2, pp. 114-122.

(10) Asimismo, Partidas 3,18,99: *Escrito, y a otra cosa, que es dicho inventario, en que fazen los herederos del finado escribir todos sus bienes*. Dentro del Derecho de la pandectística, LAUTERBACHIIUS, W. A., *Collegium Pan-*

*escritura que es fecha de los vienes del finado, para concluir (11): et per omnibus superioribus –Doctores– deducitur, quod inventarium est illud, in quod reperta et inventa in haereditate describuntur (12).*

[2] En virtud de esta definición, autores como SALGADO DE SOMOZA consideraban que el heredero, al mantener su posición separada de la herencia, no realizaba su aceptación, lo que le otorgaba una naturaleza análoga a la herencia yacente (13). En este sentido, la doctrina del *ius commune* fue explícita en resaltar que la mera confección del inventario no se contemplaba como aceptación de la

---

*dectarum*, tít. 8, *De beneficio de inventarii*, núm. 9: *Inventarium est rerum haereditarium ab haerede legitima conditum repertorium, haeredem ab omni onere haereditario liberans.*

(11) *Partidas* 3,18,99-100. En este sentido, el notario COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, rúb. *De inventario*, cap. 9, núm. 12, entiende que se puede hablar de *inventarium* o de *repertorium*: *Dicitur autem inventarium ab inventione, quia omnia inventa debent poni in inventario... eadem scilicet ratione, quod in eo omnia bona pupilli, vel adulti reperta, et inventa continentur, et describantur, ut facilius idemitas comprobetur; et sic inventarium et repertorium idem significat.*

(12) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum*, *Glossa* 35, núm. 2. Véase, por todos, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, *Pars* 3, cap. 2, núm. 52: *quod cum inventarium nihil aliud sit, quam descriptio omnium earum rerum, quae in haereditate inveniuntur*; COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, rub. *De inventario*, cap. 9, núm. 3: *est bonorum omnium publice facta descriptio a tutores, vel curatore, vel haerede confectum solemnitate iuris debita concurrente*; GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 281: *Inventarium est: Bonorum omnium publice facta descriptio, a tutore, curatore, vel herede confecta, solemnitate Juris debita concurrente*; en idénticos términos, PERERA Y BLASCO, P. J., *Compendium theoricae, De inventario*, Lib. 3, cap. 2, tít. 6, fo. 212: *Etymologia inventarii est, quod dicitur ab inventione, nam omnia inventa debent poni in inventario.*

(13) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Lib. 1, cap. 9, núm. 26: *etenim inventarium praeservat, ne commixtio fiat, et ipsa haereditas adhuc habetur pro iacente, tamquam si non fuisset adita.* Este concepto lo hallamos recogido en un informe jurídico presentado por los administradores de la administración y universal herencia de Doña Mariana de Bracamonte –BUV, Varios 96-13, fo. 39–, donde se lee: "... lo fue con beneficio de inventario, cuyo caso se considera solo como una Administradora de la herencia, sin reputarse como propia (sic), y absoluta heredera", y en nota marginal, se remite al comentario de SALGADO DE SOMOZA, de Gratiano y del Cardenal DE LUCA.

herencia (14), dado que esta se debía probar plena y concluyentemente (15):

Alegación jurídica del siglo XVII.

*... pero no por esto se prueba que sea heredero, quia potuit heres fecisse inventarium, hoc est simplicem bonorum descriptionem, magis ut certior fieret de viribus hereditatis, quam ut heres esset...* (16).

Más en particular, autores como Julio CAPÓN sostuvieron que quien se acogía al beneficio de la ley no podía ser calificado de heredero en *strictu sensu*, ya que abstenerse de la herencia y aceptarla a beneficio de inventario tenía idéntica relevancia jurídica (17). Criterio que hallamos recogido en algunas alegaciones jurídicas:

Alegación jurídica del siglo XVII.

*Aceptado, como acepta la Herencia con Beneficio de Inventario; estas non son demostrativas, ó expresivas de la voluntad de adir; sino unas clausulas de estilo notariorum, que nada prueban, inducen adición* (18).

---

(14) MANTICA, F., *Tractatus de Coniecturis ultimarum in libros duodecim distinctus auctore*. Venetii, 1065. Lib. 2, tít. 9, núms. 3-4; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 33, núm. 9: *Haereditas adita cum beneficio inventarii, censetur non adita*.

(15) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 239: *an ex inventarii confectione, probetur aditio haereditatis?... ubi habetur, numquam videri adisse, qui actum aditionis exercuit, quando talem actum ex alio capite quam aditionis exercere potuit... nisi exprimat, quod faciat animo adeundi, non censetur adire...*

(16) BHV. Varia 3. *Alegación jurídica*. Pedro Pablo Noguera Alguacil real de su Magestad con Bautista Sorine. Valencia, 1673.

(17) COPONIO, J., *Disceptationum forensium: ecclesiasticarum, civilium et moralium*. Lugduni, 1667. Tom. 2, *discept.* 76, núms. 41-42: *Quia per Inventarium non dicitur proprie haeres; sed per illud ab haereditate dicitur abstinuisse. His verbis: Quia abstinere, et adire cum Beneficio Legis, et Inventarii, idem sunt*.

(18) BHN. *Fundamentos canonicos, y legales en defensa de la jurisdicción eclesiastica de esta ciudad... sobre El conocimiento de la causa de confección de Inventario de los Vienes, que quedaron por muerte de Don Jazinto Fenandez Clerigo Presbitero, y Beneficiado de Preste, que fue de la Iglesia Parroquial de Santiago de esta Ciudad*, fo. 35.

Así mismo, la doctrina rechazó la concepción de Diego PÉREZ (19), quien sostenía que nos hallábamos ante un cuasicontrato (20), por entender que la aceptación era un caso de *quasicontractus* (21). Por el contrario, la literatura jurídica fue clara al afirmar que la obligación *ultra vires* del heredero no nacía *ex contractu*, dado que la carga no surgía de la aceptación, sino de la obligación contraída por el difunto (22).

Desde el plano teórico-jurídico, la jurisprudencia subrayó la variedad formal a la que se podía reducir el inventario o el repertorio:

*Senatus sententia per Franciscum Paulum Alreus, die 30. Julii 1610, inter abdonem Minou, et Paulum Garcia.*

*... illum tempore legitimo inventarium sive repertorium omnium praedictorum bonorum...* (23).

Así, se afirma que se podía hablar de cuatro tipos diferentes de inventarios, a saber: en primer término, si intervenía un magistrado público, se hablaba de *inventarium solemne, et cum publica auctoritate factum*; si, por el contrario, este se hallaba ausente, se estaba ante un inventario *simplex et privatum*; a su vez, según el grado de precisión con el que se mencionaban y detallaban los bienes inventariables, se estaba ante un *plenum inventarium* o *non plenum* (24).

(19) PÉREZ DE SALAMANCA, D., *Commentaria in quatuor priores libros ordinationum Regni Castellae*. Salamanca, 1574. V, III, núm. 3.

(20) Cfr. I. 3,27,5: *Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.*

(21) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 12, núm. 56: *Et cum haeres hereditatem adeundo quasicontrahat, cum legatariis, et creditoribus haereditariis, et ex additione illis obligetur.*

(22) GÓMEZ, A., *Commentaria, legem 20*, núm. 1; GÓMEZ, A., *Variae Resolutiones*, II, cap. 2, núm. 12; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus*, II Parte, cap. 1, núm. 6.

(23) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 6967. Signatura 4375.

(24) FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 582: *Inventarium est duplex, alterum solemne, et cum publica auctoritate factum: alterum simplex, et privatum utrumque plenum, aut non plenum dici potest... Publicum dicitur seu solemne Inventarium, quod fit interveniente persona publica; hoc est Magistratu... Privati Inventarii facit causam descriptio, et veluti index rerum memoriae causae. Plenum Inventarium illud*

[3] Menor dificultad planteaba la finalidad del inventario. En concreto, tanto la doctrina como la praxis jurídica vinieron a reafirmar que su propósito era evitar la posible sustracción u ocultación de bienes:

*Senatus sententia per Franciscum Paulum Alreus, die 29 Maii 1631 in favorem Vicentii Alvaro contra P. Martinez.*

*haeredes primo loco dictae Maria Anna Baeza non fecisse inventarium bonorum dicta testatricis quo non potuit obligationem illud conficiendi haeredibus primo loco remittere, quo non confecto iuris confecto iuris praesumptione dicendum esse per haeredes primo loco sibi solutum de legatis et creditis et aliis legitimis detractionibus (25).*

### 3. PERSONAS OBLIGADAS A REALIZAR EL INVENTARIO

Para la doctrina tardo-medieval, dos cuestiones adquirieron gran relevancia jurídica: determinar quiénes estaban obligados a realizar el inventario, así como determinar si podía el testador prohibir la aceptación de la herencia con el beneficio del inventario (26).

#### 3.1. OBLIGADOS A REALIZAR EL INVENTARIO

[a] Con relación a las personas que podían confeccionar el inventario, la jurisprudencia señaló, en primer lugar, al heredero *–neque de hoc ambigi potest (27)–*; pero, como nos dirá Diego SPINO, no solo lo podía realizar el heredero, sino el heredero que se veía

---

*est, in quo omnia, et singula, quae sunt scribenda, numerantur cum suis qualitatibus, et numeris, et cum certitudine. Repertorium non plenum, illud est, quod summarie, et de plano, et veluti capitatim, cursimque ac raptim conficitur, aut in quo omittitur descriptio plena describendorum.* Autores como CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núms. 2-3*, reducen esta clasificación a las dos primeras tipologías.

(25) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 4327. Signatura 7850.

(26) Con carácter general, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núm. 1: Inventarium conficere debent omnes, qui rationem reddere tenentur.* ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núms. 3-18; FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núms. 591-599; LÓPEZ, G. *Partidas 6,6,5, vv. Los herederos.* Ed. *Las Siete Partidas del muy noble Rey Don Alfonso el Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M.* Tomo 3. Madrid, 1844.

(27) FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 584.

gravado con la obligación de restituir la herencia a un tercero (28). Asimismo, como sostiene COMES en su tratado de arte de notaría, el heredero podía verse obligado a llevar a cabo el inventario cuando se le solicitaba la devolución de la herencia a un tercero o cuando deseaba obtener los beneficios que este otorgaba (29).

A efecto de práctica procedimental, la doctrina distinguía entre herederos civiles y eclesiásticos. Y así, prácticos del Derecho como GUTIÉRREZ o CARLEVALIO sostuvieron que en la aceptación de los bienes de un clérigo por un laico, el inventario se debía realizar ante un juez secular (30). Por el contrario, esta unanimidad no se dio con relación a la aceptación de la herencia por un clérigo, donde si bien, a juicio de autores como OLIVA, PEREYRA, ANTÚNEZ O GUTIÉRREZ (31), en la herencia aceptada por un clérigo, el inventario se debía realizar delante de un juez eclesiástico, para CARLEVALIO *contrariam sententiam: inventarium eo casu conficiendum coram saeculari* (32).

(28) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa* 35, núms. 3-4: *non solum haeres, ad quem haereditas perventura est, verum etiam haeres, qui haereditatem est restitutus, tenetur facere inventarium.*

(29) COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, rúb. *De inventario*, cap. 9, núms. 8-10: *Sequitur, vel haerede confectum: Nam haeres aliquando cogitur inventarium facere, videlicet in duobus casibus. Primus est quando haeres rogatus est ut haereditatem alteri restituat... ubi idem esse tradit in usufructuario universali, ut ad instantiam proprietarii inventarium conficere cogatur... Secundus est quando vult beneficia consequi inventarium conficientibus elargita, quibus non frueretur, si inventarium non conficeret; GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 281: *nam heres cogitur conficere in duobus casus; nempe, quando rogatus est hereditatem alteri restituere; et quando vult gaudere beneficiis concessis inventarium conficientibus.**

(30) CARLEVALIO, T., *Disputationum juris*, Tom. 1, *disputatio* 2, núms. 337-338: *Caeterum, quod attinet ad inventarium bonorum Clerici defuncti, communis sententia est, confectionem inventarii bonorum Clerici defuncti instituentis haerodem laicum pertinere ad Judicem saecularem, non ad Ecclesiasticum... Fundamentum est, quoniam bona Clerici defuncti postquam per haereditatis aditionem in haerodem laicum transierunt, non amplius censenda sunt bona clericum, sed laici, amittuntque fori privilegium, quod mutatione personae mutatur; GUTIÉRREZ, J., *Practica*, lib. 2, *quaestio* 49, núms. 1-2.*

(31) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus iurium et bonorum Regiae Coronae*. Lugduni, 1699. Lib. 2, cap. 31, núm. 49: *haereditatis aditae per Clericum, vel pium locum, inventarium conficiendum interventu Ecclesiastici.*

(32) CARLEVALIO, T., *Disputationum juris*, Tom. 1, *disputatio* 2, núms. 344-345: *Ex quo rursus colligitur, Clericum haerodem Clerici eodem modo*

Finalmente, tanto la doctrina como la práctica coincidieron en señalar que si bien el testador estaba facultado para determinar que el heredero pudiera remitir en su intención de llevar a cabo el inventario, con el consiguiente menoscabo para el *heres*, esta remisión no podía tener lugar cuando tuviera por finalidad el perjuicio de los acreedores (33). Ante este supuesto, el heredero podía reservarse la facultad de realizar una descripción fidedigna de los bienes hereditarios, lo que le permitía no responder *ultra vires* frente a los legatarios y a los fideicomisarios, pero no así frente a los acreedores (34).

[b] En segundo término, tenían la obligación de confeccionar el inventario de los bienes hereditarios los hijos del difunto –*sicuti quilibet alius haeres extraneus* (35).

---

*debere interventum Judicis laici inventarium conficere: non est enim maior vis privilegii bonorum Clerici defuncti, quam personae heredis Clerici, qui haereditatem adivit, imo major personae viventis, quam bonorum defuncti.*

(33) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars 2*, cap. 38, núm. 64: *Non erit otiosum inquirere, an remissa confectione inventarii a testatore haeredi, teneatur ultra vires haereditarias haeres adiens absque inventario. Et ad resolutionem suppose, testatore, pose remittere haeredi obligationem conficiendi inventarium in praeiudicium ipsius testatoris, legatariorum, fideicommissariorum, et omnium a testatores honoratorum... In praeiudicium autem creditorum, nequit testator haeredi remittere confectionem inventarii.*

(34) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars 1*, cap. 29, núms. 65-66: *Tenebitur haeres habens inventarii confectionem remissam, descriptionem bonorum facere, et ad id iudicis auctoritate compelli, absque eo quod a testatori possit remitti obligatio faciendi hujusmodi descriptionem... Hoc supposito resolve, quod haeres habens remissam inventarii confectionem, et absque inventario adiens, non tenebitur legatariis, fideicommissariis, et aliis a testatore honoratis ultra vires haereditarias, imo poterit quartas retinere, nam sicut testator potuit eis nihil relinquere, ita et multo magis eis praejudicare in eo quod reliquit... Creditoribus vero tenebitur ultra vires haereditarias, no obstante remisione, quia in praeiudicium illorum non potuit remissio fieri.*

(35) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núms. 3-4. Criterio que tiene amplio predicamento en la tradición textual. *Vid. Constitutions y drets de Catalunya, III Phelip segons en la primera Cort de Barcelona, Any MDIC, Capítol XXVIII: Pera evitar frauds... que la dita Constitutio –sobre el inventario– tinga, y haja lloch tambe en los fills del primer grau, de manera que tant ells, com altres qualsevol perdan la quarta Trebellianica, y falsidia sino foran inventari dins lo temps que per Constitutions, y de deret comu esta ordenat.*



[c] Idéntica relevancia adquirieron el curador (36) y el tutor (37), ya fuese este testamentario, legítimo o dativo (38). Criterio que se exceptuaba cuando no les hubieran entregado todos los bienes, o, en el supuesto del tutor, cuando le hubiera exonerado el *de cuius* (39). En ambos supuestos, *inventarium facere non tenetur* (40).

(36) Es interesante resaltar la opinión de CÁNCER, J., *Variarum*, Part. 1, cap. 7, núm. 25, quien nos informa de que en la praxis jurídica era común que el tutor testamentario pasara *-ipso facto-* a ocupar el cargo de curador cuando el menor alcanzase la mayoría de edad: *Et hoc est quod dicit Andr. Gaill. lib. 2, observat. 2 et 3, de consuetudine generali ubique recepta, tutores manere curatores, tutela per pubertatem finita...*

(37) CÁNCER, J., *Variarum*, Part. 1, cap. 7, núms. 100-104, señala que el tutor no solo tiene la obligación de llevar a cabo el inventario, sino que, además, debe tener un libro de entradas y salidas, el cual puede servir para probar la negligencia de su comportamiento: *Tutor non solum cogitur inventarium facere... verum etiam tenetur conficere librum rationum de datis, et accepis: et si non fecit, iurari potest per pupillum, nunc adultum, contra eum in litem... Huic libro rationum statur, quatenus facit contra tutorem.*

(38) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis*, Part. 2, cap. 1, núm. 1: *Tutor omnia conficere debet inventarium de omnibus rebus pupilli in quo contineantur eius privilegia...*; COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, rúb. *De inventario*, cap. 9, núms. 6 y 13-15; GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 281-282.

(39) Lo que no implicaba que pudiera verse exonerado de dar cumplida cuenta de su administración o de su comportamiento doloso. *Vid.* GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 282: *Sed testator ei remittere potest inventarii confectionem: tamen per illam remissionem non liberatur a reddenda ratione eorum, quae ad suas manus pervenerunt, vel quae dolo desiit possidere, licet expresse eum liberet, quia talis liberatio non remittit dolum, sed negligentiam, etiamsi testator expresserit, ne dolo teneatur; quia praeberet ansam delinquendi.* No obstante, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 1, cap. 9, núm. 93: *quod si iudex videat damnum imminere pupillo, ex non confectione inventarii, potest cogere tutorem ad faciendum dictum inventarium, non obstante remissione testatoris.* En idéntico sentido FRAGOSO, B., *Regiminis christiana reipublicae*, cap. 18, núm. 593, es explícito al afirmar que, como los tutores y los curadores *non solum salutis corporis sed etiam bonis*, puede el juez *emendare testatoris errorem*, y así *compellere ad conficiendum inventarium*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum*, Pars 1, cap. 22, núm. 15: *Quarto, quia es si remisserit pater tutori inventarii confectionem, poterit iudex, si cognoscat ita expedire, compellere tutorem, non obstante patris voluntate, ad conficiendum inventarium.*

(40) COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, rúb. *De inventario*, cap. 9, núms. 14-15.



*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 16 Martii, inter Petrum Blasco contra Ludovicum Blaco.*

*Idcirco et aliis conclusionem et deliberationem in Regio Consilio factam in sequendo Pronunciamus sententiamus et declaramus dictum Petrum Blasco tamquam meum curatorem et non patrem et legitimum administratorem teneri et obligatum esse ad reddendum rationes dictae administrationis dicto filio suo Ludovico haeredi dicti Vicentii Blay non solum de proprietationis repertas in dicta cura, sed etiam de integro usufructu profecto ex dictis bonis administrates per dictum curatorem per totum tempus, quod dicta administratio duravit, et etiam de interesse et reviteresse legitimis respective (41).*

Frente al sentir mayoritario de la jurisprudencia (42) y de la tradición textual (43), la doctrina del Reino de Valencia nos informa que la práctica jurídica evidenciaba que la ausencia de la confección del inventario por parte del tutor o del curador no cuestionaba la legitimidad de su cargo (44), aun cuando el Ordenamiento foral exigiese su realización (45).

---

(41) Sentencia Real de la Real Audiencia, dictada por Alreus el 16 de marzo de 1595. ARV. Sig. 2734. Caja 40. Asunto Luis Blasco contra Pedro Blasco.

(42) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis*, Part. 2, cap. 1, núm. 75.

(43) C. 5,51,1: *Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto secundum morem solitum res ei tradantur; nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint; 26,7,7: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit.*

(44) Furs 5,6,8: *Tutor semper faciat capudbreve sive memoriale in scriptis de omnibus rebus pupilli in principio sue administrationis cum scriptore publico et presentibus parentibus, id est, cognatis pupilli, et aliis qui sciant et scire possint pupilli, et aliis qui sciant et scire possint pupilli facultates.* Principio que recoge TARAÇONA, P. G., *Institucions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*. Valencia, 1580, p. 180: *Qualsevol tutor, o curador general, o marmesor deu fer inventari de les coses de pupil...*

(45) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 42, núms. 33-34: *In nostro Regno, et praxi, absque inventario, legitimat personam suam tutor, nam si fuerit testamentarius sufficit quod exhibeat clausulam tutelae testamentariae absque alio adminiculo; cap. 43, núms. 33-34: Et est obligatio faciendi inventarium tam praecissa, quod multi docent non posse tutorem, aut alium administratorem, ante inventarii confectionem, absque nullitatis vitio, bona pupilli administrare... Licet contrariam senten-*

No obstante, la propia literatura jurídica, al reconocer que *inventarium est principium et caput rationum*, y que, a su vez, constituía una prueba plena de los bienes del pupilo, confirmó que su omisión posibilita el juramento *in litem contra tutorem* (46).

[d] Idéntica responsabilidad tenían los ejecutores testamentarios, toda vez que estos, al equipararse a los curadores, *debent facere inventarium* (47).

[e] Asimismo, la viuda debía realizar el inventario de los bienes del marido para poder, así, conservar su derecho a la dote y a los bienes de la tenuta (48).

[f] No se hallaban exentos de esta responsabilidad el *possessor maioricatus*, el usufructuario (49), y, con carácter general, todos aquellos que estaban sujetos a la administración de los bienes de

---

*tiam, in praxi admissam habeamus, ubi tutores, et curatores administrant, etiam non confecto inventario, absque nullitatis vitio.*

(46) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars 2*, cap. 43, núms. 34-41.

(47) MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus*. Coll. 6, *De iure Dotium*, núm. 277: *Et etiam executores testamentorum de receptis debent facere inventarium... Ex quo patet, quod executores ad pias causas magis aequiparantur curatoribus, quam procuratoribus, sunt enim quidam curatores animae...*

(48) Un ejemplo notorio lo hallamos en Cataluña, donde, en virtud de la constitución *Haec nostra*, la viuda *tenetur facere inventarium de bonis mariti, pro conservatione jurium dotalium, et pro fruitione tenutae*. Vid. MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus curiarum*. Coll. 6, *De iure Dotium*, núms. 235-244: *tenetur facere inventarium de bonis mariti, pro conservatione jurium dotalium, et pro fruitione tenutae*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 1*, cap. 9, núm. 26: *... quod si vidua intra dictum tempus non fecerit inventarium, privatur victu et vestitu sibi dando dicto anno luctus bonorum viri post annum luctus*. Criterio que, como observa LEÓN, F. J., *Decisiones, II Pars, decisio 123*, núm. 18, solo se da en Cataluña, no así en el reino de Valencia: *... in Cathalonia servatur contrarium, viduam teneri facere inventarium*.

(49) LÓPEZ, G., *Partidas 6,6,5*, v. *Sopieren*; ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núm. 12: *ea ratione, quia cum finito usufructo rationem reddere teneatur, tenetur a principio singularum rerum inventarium conscribere, descripta qualitate rerum fruendarum, ut melius damnum, vel melioratio finito usufructu cognoscatur...*

un tercero (50), salvo, como sostendrá SALGADO DE SOMOZA, que no hubieran recibido los bienes para su administración (51).

[g] Por el contrario, se dudó si el fisco, los monasterios, la Iglesia, los padres –con relación a la administración de los bienes de los hijos– o la mujer casada tenían la obligación de confeccionar el inventario.

[g.1.] Siguiendo la opinión de Bártolo DE SAXOFERRATO (52), con relación al monasterio, se admitió que la ausencia del inventario no conllevaba una responsabilidad *ultra vires hereditatis* (53). No obstante, autores como ESPINO O GIBERT entendían que el *Praelatus Ecclesiae*, como procurador y administrador de los bienes eclesiásticos, sí debía hacer inventario –*et specialiter de mobilibus* (54).

---

(50) GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 282: ... *quod licet Administrator quilibet teneatur conficere librum rationum, et edere, tamen conclusio cessat quando ad manus Administratoris, nihil administrationis causa pervenit, quia tunc omnino excusatur a confectioe inventarii, et libri rationis, nec non eius editione, et similiter curator ad bona absentis per iudicem datus, tenetur inventarium conficere, et fidiuosorem dare, quod procedit quando bona absentis ad manus curatoris pervenerint, non alias.*

(51) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus*, Part. 2, cap. 1, núm. 43.

(52) SAXOFERRATO, B. DE, *Super Prima Codicis*, rúb. *De sacro sanctis ecclesiis, lex Si qua mulier*, núms. 15-17.

(53) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núms. 15-16, toda vez que estos: *non succedit monacho iure haereditario, sed iure cuiusdam acquisitionis, ex dispositione legis, cum non succedat ex testamento, nec abintestato: unde cum non succedat tanquam haeres non tenebitur, licet inventarium non fecerit, nisi quatenus ad eum pervenit*; OLEA, A. DE, *Tractatus de cessione jurium, et actionum*. Lugduni, 1669. Tít. 6, quaestio 3, núm. 10: *Tamen communi omnium calculo receptum inventio Ecclesiam vel piam causam, illo, inter alios privilegio, ut haeres instituta ultra haereditatis vires non conveniatur, quamvis inventarium non confecerit, vel omisso inventarii beneficio haereditatem adhiberit.*

(54) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núm. 15: *Nam cum talis beneficiatus ad damna, et deteriorationes rerum ecclesiae, quas in se suscepit, teneatur, sequitur inventarium facere debere: quae ratio cum in episcopo etiam militet ad id etiam tenebitur.* GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 282: *Praelatus Ecclesiae de bonis in ea inventis, et specialiter de mobilibus; quia sunt rerum Ecclesia procuratores, et administratores perpetui a jure, et veluti tutores.*

[g.2.] Con relación al fisco, la doctrina distinguía según fuese la naturaleza de la adquisición. Así, si el fisco era instituido heredero o poseía del mismo modo que el heredero, *tunc tenetur inventarium conficere*; si, por el contrario, los bienes llegan como consecuencia de algún delito o de una herencia vacante, *non tenetur conficere inventarium*, por entenderse que nunca había sido instituido heredero, sino poseedor, de ahí que no estuviese obligado a una cuantía mayor del importe de los bienes adquiridos en la sucesión (55):

Partidas 6,7,16.

*E porende dezimos, que el Mayordomo, o el Procurador de Camara del Rey, que oviere a recabdar los bienes que estos atales deven heredar, assi como sobredicho es, porque los non merescen aver, que debe pagar las debdas que fincaron del testador, fasta aquella quantia, que montare lo que el rescibio de la herencia. Otrosi dezimos, que debe pagar las mandas que fueren escritas en el testamento del finado, fasta en aquella summa, que montare lo que la Camara del Rey rescibio de aquellos bienes...* (56).

[g.3.] Se dudó si la Iglesia, una vez instituida heredera, debía hacer inventario para eximirse de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Ante este interrogante, la doctrina no dio un tratamiento unitario a la cuestión, pudiéndonos encontrar con la interpretación favorable de COVARRUBIAS (57),

(55) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núm. 18: *quando non tanquam haeres, sed tanquam bona vacantia, vel tanquam ab indigno capit bona fiscus, propter delictum alicuius, tali casu non tenetur fiscus, licet inventarium non fecerit ultra vires haereditarias*; AYERVE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus bonorum, Prima Pars*, cap. 2, núm. 13: *quod fiscus non teneantur inventarium facere quando succedit in bonis vacantibus, vel confiscantis*; FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 595: *Contra vero si fiscus instituatur haeres, tenebitur conficere*.

(56) GÓMEZ, A., *Partidas 6,7,16*, vv. *Loque el rescibio. Et sic fiscus, licet non conficiat inventarium, non tenebitur ultra vires hereditatis...*, *colligit, quod si alicuius malefactoris bona ad fiscum perveniant, non tenetur ultra quam ad eum pervenit, et intellige quando jure devolutionis, quia vacantia, seu confiscationis fiscus succederet, quia tunc non dicitur in haereditate succedere...*, *et ideo non tenetur ultra vires hereditatis*.

(57) COVARRUBIAS DE LEYVA, D. DE, *Opera Omnia*. Lugduni, 1574. Rúb. *De testamentis*, cap. 1, núm. 14: *Eadem glossa verbo, patiaris, fatetur ecclesiam alicuius heredem, non conficientem inventarium teneri ultra vires haereditarias ad debita et onera defuncti*.

para quien la Iglesia estaba obligada a realizarlo, para solo responder con los bienes del difunto, o, por el contrario, con planteamientos como el de Luis DE MOLINA (58) o FRAGOSO, quienes, siguiendo la argumentación de la escuela estatutaria (59), sostuvieron que *Ecclesiam haeredem non teneri creditoribus, et legatariis ultra vires, non facto inventario* (60).

[h] Mayor controversia doctrinal se planteó en torno a si el padre podía verse obligado a formalizar inventario *si fit legitimus administrator bonorum filii*.

La amplia polémica jurisprudencial viene resuelta con claridad en las obras de CASTILLO SOTOMAYOR y de BAS Y GALCERÁN. En concreto, este último nos informa de que el sentir mayoritario de la doctrina se inclinaba a sostener que el padre no se veía obligado a formalizar el inventario de los bienes adventicios de sus hijos cuando este poseía su usufructo; por el contrario, *quando pater usufructum non habet, caret facultate illa amplissima, et tenetur cautionem praestare, inventarium facere, rationem reddere, et omnia alia complere, quae quilibet administrator tenetur* (61).

---

(58) MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt.* 217, fo. 1327: *Inventarium non conficiens Ecclesia, aut pia alia causa haeres instituta, creditoribus et legatariis tenetur ultra vires haereditatis*; fo. 1338: *De Ecclesia, aut alia causa pia, si haeres instituatur neque inventarium conficiat... Potissimum eorum fundamentum est, quoniam in Ecclesia locum non habet praesumptio, quod occultaverit aliquid de bonis defuncti*.

(59) SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria*, tomo VIII, fo. *Notissimum*, núm. 2: *Istud est utile sciere propter ecclesiasticas personas quam ecclesiastice persona debent habere privilegium militis... secundum hoc si ecclesia vel presbyter adiret haereditatem sine beneficio inventarii non tenetur ultra vires haereditarias sicut miles...*

(60) FRAGOSO, B., *Regiminis christianaе reipublicae*, cap. 18, núm. 591.

(61) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 26, núms. 73-75: *Aliqua differentia versatur inter casum habendi usumfructum adventitorum pater, quorum legitimam administrationem habet, et casum non habendi usumfructum. In primo enim casu non tenetur pater satisfacere, inventarium facere, rationes administrationis reddere, neque illius bona sunt tacite obligata pro male administrationis*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DE, *Quotidianarum, liber 1*, núms. 85-87: *Quarto et principaliter constituendum est in hac materia, quod pater legitimus administrator, et*

No obstante, como los propios autores reconocen, un sector minoritario de la literatura jurídica exigía la obligación de la confección del inventario incluso para el padre que era legítimo administrador y usufructuario de los bienes adventicios (62).

Dentro del ámbito de la praxis jurídica, hemos hallado una sentencia de la Real Audiencia, dictada por Alreus, el 16 de marzo de 1595, donde se nos informa, con el lenguaje abigarrado de la época, de la prohibición que recaía sobre el padre en el ámbito de la administración de los bienes adventicios de sus hijos: "Atendiendo que de la lectura del último testamento de Vicente Blay, difunto caballero de la villa de Onteniente y otros condados, el citado Vicente Blay instituyó heredero universal suyo a Luis Blasco, hijo de Pedro Blasco y Jerónima Palau, cónyuges, y que el dicho Vicente Blay, el testador, en su último testamento privó expresamente, con palabras claras, a dicho Pedro Blasco, del derecho a que los padres tuviesen y estuviesen en los bienes adventicios de sus hijos, y, por consiguiente, no quiso que dicho Pedro Blasco, como padre del dicho Luis Blasco, fuese el legítimo administrador de los bienes hereditarios..." (63).

[i] Finalmente, la literatura jurídica abordó, no sin variedad de criterios, el supuesto de la mujer casada. A este respecto, autores como

---

*usufructuarius bonorum adventiorum filii, satisdare non tenetur... patrem legitimum administratorem, non teneri inventarium conficere de bonis filii.* AYERVE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus bonorum, Prima Pars*, cap. 2, núm. 14: ... *in marito superstite liberos habente, haec conclusio sine dubio procedit, quod non tenetur inventarium facere de bonis adventitiis filii, cum administratio eius impunita sit, unde frustra fieret inventarium.*

(62) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DE, *Quotidianarum, liber 1*, núm. 87.

(63) ARV. Sig. 2734. Caja 40. *Senatus sententia publicata per Alreus, die 16 Martii, inter Petrum Blasco contra Ludovicum Blasco: Attento quod ex lectura ultimo testamenti Vicentii Blay quondam militis ville de Ontinyent et aliis comptats dictum Vicentium Blay instituisse sibi haeredem universalem Ludovicum Blasco filium Petri Blasco et Hieronymae Palau conjugum et quod dictus Vicentus Blay testator in dicto suo ultimo testamento expressè ex verbis claris privavit dictum Petrum Blasco omni jure quod parentes habereque sunt in bonis adventitiis suorum filiorum, et consequenter noluit quod dictus Petrus Blasco tamquam pater dicti Ludovici Blasco esse legitimus administrator bonorum haereditatis...*

MATIENZO (64), AZEVEDO (65) o LLAMAS Y MOLINA (66), sostuvieron que si bien no era viable exonerarla de esta responsabilidad, por entender que no se hallaba en una situación de privilegio con respecto al marido, sí debería proceder a su realización. Práctica que se verá reforzada a partir de la promulgación de las Leyes de Toro, en las que, en su ley 54, se establecía que la mujer casada podía, sin licencia del marido, aceptar la herencia si lo hacía con beneficio de inventario:

Leyes de Toro. Ley 54.

*La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento, in ab intestato: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquier herencia ex testamento, et ab intestato con beneficio de inventario, y no de otra manera.*

La única excepción al régimen expuesto la hallamos en el Derecho aragonés, donde, en palabras de LISSA, los herederos, al suceder con el beneficio de inventario, no respondían *ultra vires* (67).

### 3.2. PODÍA EL TESTADOR PROHIBIR LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA CON EL BENEFICIO DEL INVENTARIO

Con relación a esta cuestión, CÁNCER señaló que si bien un sector de la doctrina lo descartaba, por entender que tal prohibición era injusta, el sentir mayoritario la aceptaba tanto que *testatorem posse prohibere suo haeredi, confectionem inventarii, et eius beneficium*, como el que pactara su realización (68).

---

(64) MATIENZO, J., *Commentaria Ionnis Matienzo Regii Senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*. Madrid, 1580. 5,3,1, glo. 3, núm. 1.

(65) AZEVEDO, A. DE, *Commentarii iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*. Lugduni, 1737. 5,3,1, núm. 18.

(66) LLAMAS Y MOLINA, *Comentario a las Leyes de Toro*. Madrid, 1954. Ley 54, núm. 18.

(67) LISSA Y GUEBARA, G. C. DE, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta Foros Aragonum, in IV libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*. Zaragoza, 1703. Lib. 2, tít. 19, vers. *Sed nostra: in Aragonia omnes haeredes succedunt beneficio inventarii, licet illud non fecerint, ac proinde ultra vires hereditarias nunquam tenentur.*

(68) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núms. 235-*



#### 4. REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN EL INVENTARIO

Asimismo, la doctrina, al sostener que *inventarium legitime debet fieri* (69), consolidó uno de los aspectos a los que la literatura del *ius commune* había dado un tratamiento preferente: la confección del inventario. En efecto, para la mentalidad de los juristas insertos en la tradición del *ius commune*, la sistematización dada en los textos del *Corpus Iuris* no podía abarcar la amplitud de problemas que la propia institución suscitaba en la esfera jurídica y patrimonial de los siglos XIII al XVII, lo que propició la adecuación de los textos del *Corpus* al ámbito de la realidad (70).

Teniendo en cuenta los fines que esta investigación persigue, y dada la atención mostrada por la amplia doctrina a este período cronológico, procedemos a dar una exposición de conjunto de un tratamiento doctrinal no siempre uniforme, y en el que se acumulan tanto fórmulas de argumentación reiterativas como planteamientos disgresivos, propios de cada estatuto. Sobre esta base, intentaremos dar unas pautas sumarias de cada uno de estos requisitos (71).

---

238. Con relación a este último aspecto, es explícito al reseñar que, en el supuesto de no llevarse a cabo, se presume una actuación dolosa por parte del heredero, quien únicamente puede exonerarse de la misma mediante un juramento *in litem*: *Illud in materia non omittam, qui scit se ex pacto, aut alias teneri ad conficiendum inventarium, esse in dolo, saltem praesumpto, si illud non fecit, ut per Socinus, ubi dicit, in dolo praesumpto esse, quicumque non facit id, ad quod scit se teneri... Qui dolus praesumptus sufficiens est ad iurandum contra eum in litem.*

(69) ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus jurium et bonorum regiae coronae*. Tom. I. Lugduni, 1699. Cap. 19, núm. 27: *Inventarium non facere, vel non rite facere paria sunt*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, cap. 29, núm. 6, para quien no cabe hacer una distinción entre la confección del inventario o la confección errónea del mismo: *Inventarium legitime debet fieri, ut recte, paria enim sunt inventarium non facere, aut non recte facere, vel nulliter facere*; MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt.* 216, fo. 1325: *Inventarium non conficiens iuxta legum praescriptum, et haereditatem adiens, tenetur creditoribus et legatariis ultra vires haereditatis.*

(70) LEÓN, J. J., *Decisiones sacrae Regiae audientiae Valentiae*. Matriti, 1610. *Decisio* 107, núm. 20: *quam servamus in Regno, non ut legem; sed ut rationem naturalem scriptam.*

(71) En consonancia con este criterio, procederemos a realizar una selección del amplio elenco de autores que, dentro del ámbito del *ius commune* hispano, abordan esta cuestión.



[4.1.] REQUISITOS MATERIALES: EL PLAZO DE REALIZACIÓN

En el ámbito estricto de la práctica forense, la literatura jurídica alude, en primer término, al tiempo fijado para la confección del inventario (72). En torno a esta cuestión, la doctrina mayoritariamente sostuvo que el plazo de los treinta días para su realización se debía iniciar, no en virtud del día en que fue instituido heredero (73) o desde que se conoció la muerte del testador (74), sino a partir de que este llevó a cabo la adición de la herencia. Criterio que únicamente se vio alterado cuando el heredero *malitiose distulerit adire*, en cuyo supuesto *a die mortis testatoris incipit terminus currere* (75).

Alegación jurídica del siglo XVI.

... es con benefico de inventario, y le tiene hecho en tiempo, y presentado en el pleyto; porque consta le començo mucho antes de los treinta dias despues de la muerte de su marido, y le acabò antes de los noventa (76).

(72) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, cap. 29, núm. 6.

(73) No obstante, la propia doctrina reconoce que *Aliis autem magis placet terminum esse considerandum incoepisse ab eo die, quo haeredes cognoverunt se esse institutos haeredes defuncti: ut habetur in l, 5, tit 6, part. 6, ibi: y deven començar a fazer este inventario a treinta dias desde supieren que son herederos del finado*. FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 586.

(74) Criterio que, como reconoce CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 3, cap. 2, núm. 18, se concede únicamente para la viuda: *Viuda... debet illud incipere intra triginta dies, a tempore scientiae mortis mariti...*; Pars 3, cap. 9, 26.

(75) LÓPEZ, G., *Partidas 6,6,5, v. Sopieren: Glossa... volens, ut tempus confectionis inventarii non currat ante aditam haereditatem, allegat Glossa... Mihi satis placet opinio Glossa et communis maxime cum temperamento Bartoli in... quando non malitiose, et inculpabiliter haeres distulit aditionem*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D. DE, *Opera Omnia*. Rúb. *De testamentis*, cap. 3, núm. 2: *Secunda conclusio, nullo tempore a testatore ad exequendum constituto, a iure annus datur haeredi vel executori testamentario, ad solvenda quacumque legata, quae non sint causa pietatis relicta, et ad exequendam in caeteris rebus ultimam voluntatem... cuius opino probatur in Regia L. VI. tit. X. part. VI qua exprimitur tempus datum a iure ad executionem ultimae voluntatis currere a die mortis testatoris*.

(76) BUV. *Alegación jurídica de la marquesa de Gelbes, como heredera con beneficio de inventario de Don Diego Pimentel, Marques de Gelbes...* Año 1651, núm. 28.

*Senatus sententia per Joannem Daza, die 3, Januari 1629, inter creditores haereditatis Hieronymi Sarzola, et Sebastianum Sarzola:*

*Et attento quod ex meritis praesentibus processus, constat non confecisse inventarium dictum Sebastianum Ludovicum Saraçola bonorum et hereditatis sui patris intra debitum tempus aurie et foro prefixum heredibus, postquam adierunt hereditatem, et quod etiam in inventario exhibito per illum, non fuerunt inventariata omnia bona dictae hereditatis, prout constat, tam ex testamento eiusdem Hieronymi Saçola recepto per Antonium Balançat, notarium... sententiam... et declaramus dictam desexitam minime proceder nec de iure locum habere, et consequenter creditores dictae hereditatis posse progredi ad ulterioram suis executionibus respective, sublato quolibet impedimento et nihil innovetur proviso ad instantiam dicti Sarçola in calce...*

No obstante este criterio general, y la afirmación de que no podía verse alterado por ningún juez (77) –por ser un plazo preciso y común a todos (78)–, la práctica jurídica limitó la máxima *extra tempus factum nullius momenti est*; ya porque se permitía la prórroga por parte del monarca (79), o porque la incoación posterior a los treinta días no invalidaba el procedimiento si este se perfeccionaba durante los sesenta días posteriores (80):

(77) FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 586: *Quod tempus ad perficiendum, ita datum est pro forma, ut nequeat a Iudice alterari, nec minui, nec augeri*; ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum*, Glossa 35, núm. 28: *tempus ad perficiendum inventarium adeo est praecisum, ut neque a iudice augeri, nec minui possit... est commune omnibus, quod etiam minoribus currit...*

(78) Cabe observar, como ponen de manifiesto ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum*, Glossa 35, núm. 587, y CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 3, cap. 2, núms. 16-17, una excepción con relación a los tutores, los cuales deben hacer el inventario a la mayor brevedad posible, si no quieren ser removidos del cargo, y que recaiga la nota de infamia: *Tutor autem tenetur facere inventarium statim, ita ut ante eius confectionem administrare nequeat, alias ut suspectus removeretur, et infamia notatur*. En páginas posteriores, núm. 240, puntualiza este extremo al señalar que, con anterioridad a la administración de los bienes del pupilo, deben llevar a cabo el inventario y la promesa de una recta administración: *certum est, tutorem, antequam possit administrare, teneri conficere inventarium, et praestrare iuramentum de recte administrando*.

(79) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, cap. 29, núm. 10: *Neque tempus supradictum a iudice aliquo prorrogari potest, sed solum a Rege*.

(80) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, cap. 29, núm. 7;

*Senatus sententia publicata per Damianum Berbegal, 6 Septembris 1603.*

*... Et aliunde ad implecerit legem inventarii ex receptoribus sententiis intra tres menses (licet non exceptum intra triginta dies) perficiendo... (81).*

Frente a estas excepciones, la doctrina se planteó si la interposición de un recurso judicial o de un protesto notarial paralizaba el período prescrito por el Derecho. Con relación a la primera cuestión, se consideraba que el plazo no se iniciaba cuando se había interpuesto un procedimiento judicial por parte del poseedor de los bienes, por entenderse que impedía la realización del inventario (82); pero no así cuando el heredero, al aceptar la herencia (83), protestaba formalmente con el fin de que el término para su confección

---

ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núm. 27: *quod si inventarium intra triginta dies non inchoetur non viciatur, si infra relinquum tempus perficiatur, quia cum hoc sit de solennitate legis, eius omisio non viciat dispositionem*; LEÓN, F. G., *Decisiones, Decisio 107*, núm. 24: *Inventarium non iuxta magis aequam, et magis communem sententiam sufficit, ut fiat intra tres menses, licet non inchoetur intra triginta dies.*

(81) Sentencia de la Real Audiencia de Valencia, 6 de septiembre de 1603, dictada por Luis Berbegal, a favor de Baltasar Ayora contra Juana Francisca Franco de Molla. ARV. Sig. 1216. Caja 185.

(82) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2*, núms. 21-30: *istud tempus tam viduae, quam haeredi, non currere, nisi a tempore quo ipsi potuerunt facere dictum inventarium: nam si forte vidua non possideret bona viri, ut quia tempore mortis reperta fuisset extra viri domum, et cum ingredi vellet domum, ad faciendum inventarium, non permitteretur ab haerede. Et similiter si haeredi super haereditate moveretur quaestio, et sic non posset de bonis haereditariis, capere possessionem et inventarium facere non currere praedictum tempus, nisi post litem finitam, et sic ex quo libere potuit conficere inventarium, et non confecit... non debere mihi imputari, quandiu possessor contra me litigat...*

(83) Este criterio, extendido en toda la práctica notarial –DURANDUS, G., *De arte testandi, et cautelis, ultimatum voluntatum tractatus*. Lugduni, 1572. Tít. 11, *cautela 8*, núm. 2 y *cautela 15*, núm. 4: *Quod si filius vel extraneus haeres non facta protestatione aliqua se immiscuerit vel pro haerede gesserit, si cautus, ut intra triginta dies inventarium inchoer, et adversus creditores tutus erit*–, fue recogido por la doctrina catalana, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2*, núms. 31-32: *... ut haeres adit haereditatem, protestetur se velle facere inventarium, et eius beneficio gaudere, quod postea intra tempus praedictum a iure statutum, illud facit: nam si simpliciter adiret haereditatem, postea inventarium ei non prodesset.*

no se iniciase. En este supuesto, la literatura jurídica entendió que esta cláusula tenía como única finalidad la prolongación abusiva del inventario, por lo que *praedictam protestationem nihil operari posse adversus praedictas legis, et fori dispositiones, et consequente haeredem praedicta protestatione non iuvari, si extra tempus a iure, et foro praefixum inventarium conficiat* (84).

Por el contrario, el tutor o el curador no estaba obligado a su confección en un tiempo definido. En concreto, el Derecho castellano exigía su formalización en el plazo más breve posible, ya porque con anterioridad a su confección no se podían administrar los bienes del menor (85), o ya porque la demora injustificada era sancionada con la suspensión del cargo (86):

Partidas 6,16,15.

*... deven fazer escrito de todos los bienes, de los moços, con otorgamiento del Juez del logar; sean fecho por mano de alguno de los Escrivanos publicos. E a este escrito atal llaman en latin, Inventarium. E en tal escritura como esta deven ser trasladados todos los previllejos, e las cartas de las heredades de los moços. E si el guardador non fiziere tal escrito como este, puedele toller el Juez del logar la guarda de los herfanos, e de sus bienes, como a ome sopechoso. Pero si el guardador mostrase razon derecha por que non pudo fazer el inventario, non le deven desapoderar de los herfanos, ni de sus bienes. Mas devenle mandar, que faga luego el inventario sin alongamiento ninguno* (87).

(84) IRANZO, J. G., *Praxis protestationum*. Valentiae, 1667. Cap. 57, núm. 13.

(85) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis*, Part 2, cap. 1, núms. 58-59: *Imo ab eo gesta ante confectum inventarium sunt ipso iure nulla, et invalida...*, quod ita tenent communiter doctores... quod si sine iusta causa res administrarent ante confectum inventarium, praesumatur dolo eos inventarium non fecisse; CÁNCER, J., *Variarum*, Part. 3, cap. 2, núm. 16: *Tutor autem tenetur facere inventarium statim, ita ut ante eius confectionem administrare nequeat, alias ut suspectus removeretur, et infamia notatur.*

(86) Con carácter ejemplificador, GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis*, Part. 2, cap. 1, núms. 19-20: *Quod si tutor vel administrator inventarium non fecerit mox prout de iure tenetur, sed post multum tempus a morte defuncti et postquam suspicit administrationem bonorum eiusque se immiscuit, poterit quidem accusari et removeri, ut suspectum e contra eum dolus praesumitur, non tamen incurrit alisas poenas tutorum, vel administratorum non conficiendum inventarium ut supra dicebamus.*

(87) No obstante, hallamos en la Recopilación 5,1,14 la posibilidad de que los menores, al estar habilitados por la Cámara para administrar sus bienes, pueden prescindir de un tutor para confeccionar su inventario.

Únicamente hemos hallado una excepción en el Derecho de Tortosa, donde, si bien en la rúbrica sexta se mantiene la idea de que se lleve a cabo con la mayor celeridad posible (88), en la rúbrica *De iure deliberandi* se exige que inicien el inventario con anterioridad a los treinta días de acceder al cargo, debiéndolo acabar en el plazo de tres meses:

Costums de Tortosa 6,6,8.

*Tutor o curador si que sia testamentari, si que sia datiu: de contienent ço es dins XXX dies apres aquella tudoria o cura aura reebuda: deu començar de fer inventari, e dins LX dies passats aquels XXX dies: deu auer feyt e acabat leventari, e axi son XC dies que fan tres meses...*

En torno a esta cuestión la doctrina catalana nos informará de dos hechos puntuales:

1. De la posibilidad de que este plazo se acorte con relación a la viuda, la cual poseía únicamente dos meses para el inventario de los bienes de su marido (89).

2. Así como de la inexistencia de una ley que obligara a la protesta de inventario. En concreto, CÁNCER nos informa de que la obligación general estribaba en la confección dentro del período fijado por los estatutos comunales, a menos que, al tiempo que aceptaba la herencia, el heredero reconociera que esta era opulenta y solvente (90).

---

(88) Costums de Tortosa 5,67: *Tot tutor o curador tantost com la tutela o la cura li es donada: deu fer enventari de totes les coses dels pubils: o dels adults: o adolescents...*

(89) CÁNCER, J., *Variarum*, Part. 1, cap. 9, núms. 26-29. No obstante: *Secundo circa praedicta quaero, si mulier non coepit inventarium intra mensem a die scientiae mortis mariti, perfecit tamen illud intra duos menses, num censebitur satisfacisse constitutionis? Opinor quod sic.*

(90) CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 3, cap. 2, núm. 36: *Cuius tamen dictum in quadam causa nunc pendenti improbo, cum a nulla lege adstringar ad dictam protestationem, sed tantum ad confectionem inventari, intra tempus a lege praefinitum. Et haec est verissima sententia, nisi haeres tempere, quo adit haereditatem, manifeste affirmaret, eam esse locupletem, et solvendo, ut pulchre declarat Paulus de Castro.*

## [4.2] REQUISITOS FORMALES

Con relación a los requisitos formales (91), se analizaron cuestiones como: qué personas debían ser citadas, y de qué forma, o los aspectos sustanciales para su validez.

Por su evidente dimensión práctica, la controversia sobre qué personas debían ser citadas y mediante qué procedimiento, revestía de un particular interés jurisprudencial, que trascendía más allá de las exiguas referencias o de las remisiones genéricas halladas en los distintos sistemas o estatutos jurídicos:

Partidas 6,6,5.

*... e deven ser llamados todos aquellos a quien mando el testador alguna cosa en su testamento, que esten presentes, quando fizieren tal escrito.*

La respuesta jurisprudencial del *ius commune* fue dar validez a los criterios que sobre este punto otorgaba el *Corpus iuris*. Y así, en sus declaraciones se argumentaba bien sobre la necesidad de que fueran citados los acreedores, legatarios y aquellos que tuviesen un interés cierto, o ya en torno a la forma y al tiempo de la citación. En concreto, si los citados se hallaban presentes, se procedía a realizar una citación nominal, generalmente en el propio domicilio; pero si estos eran desconocidos, se les intimaba a través de un pregón público; si, por el contrario, se hallaban ausentes de la ciudad, se procedía a designar de dos a tres testigos fidedignos e idóneos. Cabe reseñar, por último, que en toda citación debía quedar constancia del día, el lugar y la hora en la que se procedería a confeccionar el inventario (92).

(91) La estructura de los mismos nos la aportan los distintos tratados de arte de notaría. Así, GIBERT, V., *Theorica artis notariae, Pars 2*, cap. 1, tít. 9, fo. 282: *Tria capita continet inventarium: 1. Proaemii: 2 Descriptionis bonorum: 3 Clausulae finalis.*

(92) CÁNCEER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 65: *Inter requisita in inventario conficiendo, per haeredem, de quibus late per DD in d. l. fin. Codex de iure deliberandi illud ponitur, quod citentur creditores, et legatarii, ad videndum fieri inventarium, certo die, loco, et tempore: quae citatio ubi creditores, et legatarii sunt certi, debet fieri eis, nominatim: ubi incerti, per proclama... quod si sint absentes a loco, sive civitate, ubi fit inventarium, non esse vocandos, sed loco eorum absentium adhibendos esse tres testes, fide dignos, et idoneos facultatibus, ultra duos adhibitos in inventario pro testibus, ut in glossa...*

Esta *responsio communis* dada por la jurisprudencia tardo-medieval se vio prontamente matizada en los distintos ordenamientos forales, en los que la cuestión se resuelve otorgando un criterio de simplicidad ajeno a otros planteamientos doctrinales (93). En concreto, la simplicidad formal que alcanza la institución en Cataluña se vio alterada en la ciudad de Tortosa, donde, a tenor de Les Costums (94), quien quisiera realizar un inventario de los bienes del difunto, se presentaba ante el tribunal y denunciaba al juez su intención de llevarlo a cabo, pidiendo, a continuación, que fuesen citados, mediante pregón público, los acreedores y todos aquellos que tuvieran un interés cierto en dichos bienes, para poder así contemplar su confección. Ante esta súplica, el juez proveía que se pudiera efectuar en los lugares acostumbrados de la ciudad, señalándose el lugar, el día y la hora. El carácter solemne de este procedimiento vinculaba su validez, dado que en el ámbito forense era práctica habitual su nulidad por la inobservancia de estas cautelas procedimentales (95).

(93) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 13: *In nostro Regno, juxta consuetudinem, inventarium ab haerede fit absque citatione, creditorum, vel legatariorum, aut alterius personae, adhibito solum publico tabelione (sic), et tribus, aut duobus testibus. Et idem quod apud nos, in omni Hispania observatur respectu conficiendi inventarium*; GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 283: *Requiruntur in inventarii confectione de jure communi multae solemnitates, nempe, praesentia Judicis, citatio creditorum, legatariorum, et fideicommissariorum: Sed in hac Provincia Cathaloniae sufficit, inventarium confectum esse coram Notario, et Testibus per communem practicam, non obstante infra citat*; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis*, tom. 2, claus. 7, glo. 3, part. 3, núm. 45: *Inventarium ut prosit quae solemnitate debeat fieri in Cathaloniae fit coram Notario, et testibus, sine citatione legatariorum, et creditorum*. Sobre esta cuestión, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núms. 231-233, constata cómo en el Principado de Cataluña no era necesaria la presencia de un juez, de la validez del testimonio de las mujeres en el ámbito de los testamentos, de la validez del *inventarium confectum a notario Apostolico* cuando en *tempore pestis fuerat receptum*, así como del llevado a cabo por sacerdotes y vicarios en sus parroquias.

(94) Ed. *Código de las Costumbres escritas de Tortosa*. R. Foguet. Tortosa, 1912.

(95) PERERA Y BLASCO, P. J., *Compendium theoricae, De inventario*, Lib. 3, cap. 2, tít. 6, fo. 213: *Solemnitate juris, nam multae solemnitates in Jure Communi requiruntur in inventario; sed in hoc Principatu Cathaloniae solum*



Costums de Tortosa 6,6,7.

*E deuse començar leventari denant los legataris e devant los creadors e fi esser no y volen o no poden, deuse començar e acabar denant prohomens; y en començament de la carta deu fer l'escriva lonrat senyal de la creu, e en apres lo nom del hereu, e puyx totes les coses poques e grans que son en la heretat, seents e movents; e tots los deutes e les lexes quel defunt deu; y els deutes que son deguts al defunt.*

#### [4.3.] RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS SOLEMNIDADES

Tenía especial relevancia jurídica la posible exclusión u olvido de ciertas solemnidades formales, tales como la omisión de hacer la señal de la cruz, por parte del heredero, o la de mencionar al Santísimo, por parte del escribano (96). Esta cuestión –no fue pacífica

---

*fit per publicum Notarium extra iudicium, excepta hac Civitate Dertusae, in qua servatur haec forma.*

*Qui vult conficere inventarium, venit ad iudicium, et dununtiat Judici, se inventarium de bonis alicujus defuncti conficere velle, eique (sic) supplicat, quatenus omnes creditores, vel alios interesse praetendentes in bonis defuncti per publicum praeconium citari faciat, ad videndum confici inventarium, quo praeconio, per Judicem proviso, et per publicum Tubicinam per loca solita, et assueta Civitatis, cum loci, diei, et horae assignatione, publicato, Tubicina, medio juramento in sui officii ingressu praestito, attestatur de publicatione, de quibus omnibus debet Notarius mentionem facere in exordio inventarii, taliter quod si haec solemnitas deficit, non valet inventarium in hac Civitate Dertusae, prout in iudicio declaratum vidi, et in appellatione confirmatum, ea de ratione, quia inventarium confici debet juxta mores Regionis, in qua illud conficitur.* Con anterioridad, FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactus*, tom. 2, *claus. 7, glo. 3, part. 3*, núm. 46: *quod in civitate Dertusae, in oppido Perpiniiani observatur adhuc solennitas iuris communis in confectione inventarii.* Una excepción la hallamos en COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, rúb. *De inventario*, cap. 9, núms. 38-43, donde, tras advertir *Sufficit tamen inventarium esse confectum iuxta mores Regionis, et cum solemnitatibus loci*, acaba afirmando que las solemnidades prescritas por el *ius commune* se aplican en el Principado de Cataluña: *Neque in inventario ab haerede confecto solennitates iuris communis in hoc Principatu debent servare.*

(96) Criterio que se halla presente en buena parte de la tradición textual española –*Costums de Tortosa 6,6,7: Y en començament de la carta deu fer l'Escriva l'onrat senyal de la Creu, e en apres el nom del hereu; Partidas 6,6,5: E en comienço de la carta debe el heredero fazer la señal de la Cruz, e de si a de comenzar el Escrivano a escribir diziendo assi: En el nombre de Dios, Padre, e Fijo, e Spiritusanto–*, y que, como atestigua



entre la doctrina (97)– se resolvió negando que tal descuido pudiera provocar la nulidad del inventario, al entender que *omissio Crucis non est magnae solemnitate, et ideo non vitiat dispositionem* (98).

A tenor de los distintos testamentos y alegaciones jurídicas consultadas, entiendo que el resto de las *quaestiones* formales tuvieron una menor controversia doctrinal, dado que estas no obedecían tanto a criterios académicos como a planteamientos propios de la tradición textual y de la práctica forense. En concreto, se señalan los siguientes requisitos:

a) Conveniencia de la confección del inventario ante persona pública, ya fuese un juez, un notario o un escribano (99), y en presencia de tres testigos de buena fama y conocedores del heredero (100).

b) Se debía indicar el día, el mes, el año y el lugar en que se iniciaba y concluía el inventario (101).

---

COMES, J., *Viridarium artis notariatus*, II, rúb. *De inventario*, núm. 7, tuvo una continuidad en la praxis jurídica del Antiguo Régimen.

(97) A favor de su carácter solemne, MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt.* 218, fo. 1340: *Qintum requisitum est, ut haeres in capite inventarii propria manu signum Crucis scribat... Et quamvis quidam assererint, omissionem huiusmodi solemnitate reddere nullum inventarium, eo quod ad formam lege praescriptam pertineant.*

(98) LÓPEZ, G., *Partidas* 6,6,5, vv. *la señal de la Cruz: Omissio illius solemnitate non vitiaret inventarium*; y *En el nombre de Dios: Similiter, etsi ommitteretur, non vitiaretur inventarium*; FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 583: *Est tamen invocatio divini Numinis, seu nominis Domini utilis, et pia in omni contractu: nihilominus omissio solemnitate invocandi Deum in principio contractus, non vitiat illum, cum non censeatur solemnitas substantialis.*

(99) *Partidas* 3,18,99-100; 6,6,5; *Costums de Tortosa* 6,6,7; *Costums de Catalunya, II Cort de Montso*, 1553, cap. 1: *... que lo inventari faedor per lo hereu haja esser rebut, y testificat per lo Notari que lo hereu volra, y no altre.* MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt.* 218, fo. 1338: *Tertium, in confectione inventarii requisitum, est, ut adsit Notarius, seu Tabellio.*

(100) *Partidas* 3,18,100: *ante tres omnes buenos, que sean vezinos del lugar*; 6,6,5. En las *Costums de Catalunya* se reduce el número de testigos a dos –*ab inventario de dues personas elegidoras per lo Jutge de dit loc*–, y en las *Costums de Tortosa* –6,6,7– se recurre a la presencia de los *Prohomens*.

(101) Recopilación 4,25,13: *declarando las personas que la otorgan, y el día, y el mes, y el año, è el lugar, ò casa donde se otorga.*

- c) Se debía realizar en el domicilio del difunto (102).
- d) El heredero debía suscribir la veracidad del inventario, o, en su defecto, el escribano en su nombre (103).

#### [4.4.] BIENES INVENTARIABLES

Otra de las cuestiones sobre las que incidió la jurisprudencia fue la de determinar los bienes a incluir en el inventario, y su posible valoración.

Como criterio general se sostuvo que *heredes describat, et ponat omnia hereditaria bona in inventario* (104). Más en particular, la doctrina tardo-medieval nos informa de que junto a la inclusión de los bienes domésticos de uso cotidiano (105) e inmuebles, debía constar la presencia de los frutos (106), las accesiones, las pensiones de los censos, los legados (107), las cosas entregadas

---

(102) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 133.

(103) Partidas P 3,18,100: *E en la fin del inventario debe escrebir el heredero que todas las cosas que son escritas en él, son verdaderas. E si non supiere escrebir, debelo escrebir por el otro Escribano Público; 6,6,5.* MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt.* 218, fo. 1338: *Postremum requisitum est, ut haeres in calce inventarii subscribat, asserando res omnes haereditatis esse scriptas, nulloque dolo, seu malignitate fuisse usum, aut usurum in futurum. Quod si subscribere nesciat, aut non possit, adhiberi debet alius tabellio, qui loco illius subscribat.*

(104) ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, cap. 19, núm. 27: *Inventarii beneficio non jvatur, qui in eo omisit descriptionem omnium bonorum.*

(105) No obstante, BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm 72: *Alia reperiuntur bona, quae servando servari non possunt, sed usu consumuntur, vel temporis cursu pejora fiunt, ut supellectilia domus, frumentum, et vinum ad usum domus destinata, de quibus nullam tenetur haeres reddere rationem, si consumpta fuerint temporis cursu, cum in restitutionem bonorum haereditariorum non veniant... De mobilibus domus ad usum quotidianum destinatis, non tenetur haeres rationem ullam reddere.*

(106) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars 1*, cap. 29, núm. 69: *Sed certius est, in nostro Senatu admissum, teneri haeredem rationem reddere de omnibus fructibus bonorum haereditariorum perceptis, non solum ante additionem, sed post illam, et usque ad diem redditae rationis, quia fructus haereditatem augent... Et quod de fructibus bonorum haereditariorum tenetur haeres rationem reddere.*

(107) AYERBE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus*, Part. 1, cap. 3, núm. 36, *in fine*.

en depósito, comodato o en prenda, las deudas (108), así como todos aquellos bienes que, una vez fallecido el *de cuius*, pudieran devenir a la herencia (109):

Partidas 3,18,100.

*E primeramente otorgo, e vino conociendo que avia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, et tantas rayzes, e tantas debdas quel devian, o que devia, nombrando todas estas cosas, quantos son, e quales. E otrosi, quien son los debdores, e quantos son las costas de las debdas...* (110).

*Senatus sentential publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 16. Maii 1552, contra Gerardum Cucalo, et in favorem creditorum haereditariorum.*

*... quae in inventario facto... cum fructibus aut pensionibus mentio fit, quod iure sufficas est...* (111).

Pero, más allá de este criterio general, autores como PORTOLÉS o Antonio GÓMEZ plantearon la posibilidad de la inclusión, en la masa

---

(108) No obstante la opinión contraria de un sector de la doctrina a inventariar las deudas, a no ser que consten por instrumento o por otras pruebas legítimas –CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 39: *nomina debitori non esse ponenda in inventario, nisi de eis in haereditate extarent instrumenta*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis, Part. 2*, cap. 1, núms. 90-91–, las fuentes legales reconocieron la necesidad de las mismas. *Vid.* Partidas 3,18,100.

(109) LÓPEZ, G., *Partidas 6,6,5, v. Todos los bienes de la herencia*; FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núms. 602-603; ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núms. 32-34; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 15; José COMES, *Viridarium artis notariatus, rúb. De inventario*, cap. 9, núm. 4; PERERA Y BLASCO, P. J., *Compendium theoricae, De inventario*, Lib. 3, cap. 2, tít. 6, fo. 212: *Dicitur bonorum omnium, quia omnia bona defuncti debent in inventario describi, scilicet mobilia, et immobilia, ajura, actiones, nomina debitorum, et omnia alia in illius haereditate inventa*; GIBERT, V., *Theorica artis notariae. De inventario*, cap. 11, fo. 281.

(110) Partidas 6,6,5; *Costums de Tortosa 6,6,7: ... e puyx totes les coses, poques e grans, que son en la heretat, seents e movents, e tots los deutes e les lexes qu'el defunt deu, y els deutes que son deguts al defunt.*

(111) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 203. Signatura 2460.

hereditaria, de una serie de bienes que pertenecían al difunto (112): el feudo hereditario (113), las mejoras realizadas en las cosas sujetas a fideicomiso (114), el usufructo adquirido por el difunto para sí y para sus herederos (115), el derecho de patronato (116), los derechos del difunto (117), los frutos que el heredero percibía de los predios (118). Por el contrario, *non sunt haereditarii*: el peculio

(112) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 33: *Verum quia interdum dubitari solet, quando bona, quae ex defuncto ad haerem pervenerunt, bona haereditaria dicantur, taliter quod illis debita persolvi oporteat, an vero non ex causa haereditaria, ad illum pervenisse dicantur, ita ut ratione illorum bonorum ad debita defuncti persolvenda non teneatur, opportunum hoc loco erit, quosdam in hoc proposito frequentes casus distincte explicare.*

(113) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 33: *Quorum primus est, quod feudum susceptum pro se, et haeredibus, haereditarium dicitur, et ex bonis defuncti ad haerem profectum censetur, et ratione illius haeres debita defuncti persolvere astrictus est.*

(114) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 34: *Secundus casus est, quod melioramenta super re non hereditaria facta, sed fideicommissa subiecta, hereditaria dicuntur, et ex bonis defuncti ad haerem pervenisse censetur.*

(115) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 35: *Tertius casus est, usufructus, quem testator pro se et haeredibus suis stipulatus fuit, ex bonis defuncti pervenisse censendus est.*

(116) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 38: *Quintus casus est, in iure patronatus Ecclesiastico, nam plerique asserunt, quod haeres illud non capit tanquam quid haereditarium; no obstante, núm. 39: Sed tamen contrarium verius est, quoniam ius patronatus quid haereditarium est, et ut res haereditaria capitur.*

(117) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 37.

(118) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 40: *Sextus casus est, in his rebus, quae iure transmissionis ad haerem ex persona defuncti devenerunt: quoniam illae iure hereditario deveniunt, et ratione illorum, creditoribus haereditariis satisfacere haeres tenetur, siquidem receptum est, quod id quod iure transmissionis capitur, ex persona, et iure transmittentis venit, núm. 44: Novus casus est, quotiens haeres ex praediis defuncti, vel ex locatione domorum, multos fructus percepit, antequam praedia, vel domos creditoribus traditi non fuerunt, posterioribus creditoribus satisfacere tenetur; núm. 45: Tamen in terminis de quibus nos agimus, nulli dubium esse existimamus, haerem ex fructibus a se perceptis ex praediis haereditariis, teneri creditoribus defuncti satisfacere.*

o los bienes que el heredero obtenía con su industria (119) o lo que adquiriría del difunto *ratione fideicommissi, vel consortii legalis* (120).

Ahora bien, afirmaciones como las que hiciera Gregorio LÓPEZ, en las que se manifestaba que “el inventario debe contener con distinción y claridad todos los bienes” (121), dio origen a que la doctrina se cuestionara si esta máxima obligaba al heredero a realizar su estimación o su valoración precisa. La respuesta dada por la literatura jurídica no fue uniforme, muy al contrario: frente a planteamientos como los de BAS Y GALCERÁN, en los que se manifestaba que no se debían observar las costumbres que impedían al heredero la valoración estimada o ponderada de un inventario (122), hallamos autores como SPINO O FRAGOSO, quienes sostuvieron la opinión contraria, por entender que esta era una función específica para

---

(119) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 47: *Secus vero dicerem quotiens haeres ex pecuniis haereditariis in mercatura, et sua industria multa acquisitis, quia ex his acquisitis nihil creditoribus defuncti praestare tenetur.*

(120) PORTOLÉS, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum, v. Haeres*, núm. 43: *Octavus casus est, quando haeres virtute consortii legalis, vel virtute fideicommissi aliquid consequutus a defuncto fuit; quoniam his casibus bona illa haereditaria dici nequeunt, nec ratione illorum, ad debita defuncti persolvenda haeres tenetur.*

(121) LÓPEZ, G., *Partidas 6,6,5, v. Todos los bienes de la herencia: ... quod tunc dicitur inventarium legitimum, quando omnia continet distincte, et clare.*

(122) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, cap. 29, núms. 15-16: Debent inventarii tempore ponderati, et ponderata describi; si in numero consistant, numerari, si in mensura mensurari, aut si jocalia fuerint praeciosa, debent aestimari, et ita aestimata describi, aliter enim nullius momenti erit inventarium, et illius virtute non poterit haeres rationem redactam haereditariorum bonorum reddere, imo tenebitur ultra vires haereditarias... Et si in aliqua Regni parte consuetum foret non inventariare bona mobilia, quae in pondere, numero, et mensura consistunt modo supradicto, non esset servanda consuetudo; núm. 70: Tenetur haeres etiam se onerare de precio, et valore bonorum mobilium in haereditate, recadentium, illis aestimationibus, quibus in inventario descripta fuerunt... Sed si non fuerint mobilia aestimata tempore confecti inventarii, non videtur legitime aestimari posse, prout apud nos solet fieri, tempore reddendi rationem, quia mobilia etiam si extant, et oculis Auriscursoris, aut aestimatoris patefiant, poterunt aestimari juxta valorem quem habent tempore factae aestimationis, non vero juxta valorem quem habebant praeterito tempore, et quando in inventario descripta fuerunt.*

peritos u oficiales de la ciudad, y no para personas que con facilidad podían desconocer el valor de los bienes o ser inducidos a tasaciones erróneas; criterio que fue compartido mayoritariamente por la doctrina (123).

A esta diversidad de criterios se suman juristas como HERMOSILLA (124), GARCÍA (125), AYORA O CÁNCER, quienes observan que esta línea argumental no carecía de implicaciones tanto en el ámbito normativo como en el de la práctica jurídica. En concreto, CÁNCER nos confirma que si bien la costumbre en Cataluña era la de llevar a cabo una simple descripción de los bienes, la práctica jurídica podía exigir su valoración estimada: *Ubi res non posset recte designari, nisi facta eius aestimatione; ut puta, si esset aliquis lapillus pretiosus, vel quid simile, censeo, fore, ut debeat aestimari, vel ita designari, ut eius valor occultari nequeat* (126).

En la práctica jurídica hallamos numerosas sentencias donde se exige una estimación objetiva de los bienes de la herencia (127):

Alegación jurídica del siglo XVII.

*Que las alhajas de donadio, que comprehende su descripcion, è inventario, importan las cantidades que en èl se expressan, segun las tassaciones, y valuaciones...* (128).

(123) FRAGOSO, B., *Regiminis christianae reipublicae*, cap. 18, núm. 604: *Contraria sententia censetur verior, et in praxi magis recepta, non esse scribendum valorem, nec aestimationem ipsarum rerum... Eo quia nunquam solet describi ab haerede valor rerum, quia facile decipietur, et ignorabit valorem... Aestimatores tamen debent esse periti et electi ab Officialibus civitatum, et oppidorum...*

(124) HERMOSILLA, G. DE, *Notae additiones et resolutiones ad glosas legum partitarum D. Greorii Lopetii...* Coloniae Allobrogum, 1751.

(125) GARCÍA, J., *Tractatus de expensis et meliorationibus*. Colloniae, 1737.

(126) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 38.

(127) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 71. *Senatus sententia per Cosmam Puig, die 6. Octobris 1660, in favorem Procuratoris Fiscalis, et contra Don Franciscum Roca, et Ferrer Militem Montesianae Familiae: Nec relevat quod postea transactis jam plusquam sex annis, bona in dicto inventario descripta, sint per cursorem Regiae Visitae aestimata, nam vitium inventarii a principio commisum per dictam Domnam Vicentiam heredem, dicta aestimatione supleri nequit.*

(128) BHN. *Alegación jurídica por D. Joseph de Sobremonte y Carnero Gaytan de Ayala... con Don Antonio de Ubilla y Medina*. Pág. 22.

En virtud del prolijo desarrollo elaborado por la literatura jurídica en torno a esta valoración o tasación de los bienes inventariables, procederemos a resaltar sus rasgos esenciales:

En concreto, la estimación, al tener por finalidad el impedir que se pudiera sustraer u ocultar bienes de la herencia (129), procedía únicamente cuando el difunto no la había realizado antes de su fallecimiento, o cuando era errónea (130).

La valoración se lleva a cabo por peritos designados judicialmente, o, en su defecto, por las partes, pudiendo el juez, en este último supuesto, designar un tercer perito cuando *aestimatores bonorum communiter a partibus electi discordant* (131).

La tasación, siguiendo "las reglas de su arte", se efectuaba sobre aquellos bienes de los que se tenía constancia y presencia (132), y con arreglo a estos, se verificaba una valoración ajustada y moderada al momento en que se confeccionaba el inventario (133), no

---

(129) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núms. 34-35: *Pro quo, nam cum inventarium fiat, ut auferatur via malignandi, et ne aliquid ex haereditate surripi, et occultari valeat... Certe iste effectus haud comparari posset, nisi facta aestimatione rerum haereditariarum, cum alias facile posset haeres, unam loco alterius, subrogare, et sic haereditatem fraudare.*

(130) AYERBE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus*, Part. 1, cap. 3, núm. 38: *Si testatur legavit, vel iussit in suo testamento, ut aliqua res venderetur in centum ipsi legatario, quae ducenta valeret, quid ponendum sit in inventario ipsares, vel precium iustum, vel id quod dari iussi pro ea.*

(131) AYERBE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus*, Part. 1, cap. 3, núm. 2.

(132) No obstante, si determinados bienes muebles se hubieran consumido o no estuviesen, BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 71: *quod si bona mobilia haereditaria non extarent, poterit aestimatio fieri habito respectu ad valorem ordinarium similium bonorum, nam si frumentum, aut oleum, vel vinum fuerit, aestimari poterit quaelibet mensura juxta valorem quem habebant similes mensurae tempore haereditatis aditae.*

(133) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núms. 79-80: *Tenetur haeres etiam se onerare de precio, et valore bonorum mobilium in haereditate recadentium, illis aestimationibus, quibus in inventario descripta fuerunt...; Sed si non fuerint mobilia aestimata tempore confecti inventarii, non videtur legitime aestimare posse, prout apud nos solet fieri, tempore reddendi rationem, quia mobilia etiam si extant, et oculis Auriscursoris, aut aestimatoris patefiant, poterunt aestimari juxta*



atendiéndose, como nos dirá FONTANELLA, al valor que podía alcanzar en una subasta pública, porque este solía ser engañoso (134):

*Sententia Regiae publicata per Cosmam Puig, die 6 octubris 1660.*

*Nec relevat quod postea transactis jam plusquam sex annis, bona in dicto inventario descripta, sint per cursorem Regiae Visitae aestimata, nam vitium inventarii a principio commissum per dictam Domnam Vincentiam heredem, dicta aestimatione supleri nequit (135).*

No obstante la condición del perito, y aunque las partes hubieran jurado aceptar su dictamen, no estaban obligadas a asumirlo si entendían que este, ya por impericia o por malicia, era injusto o arbitrario. Ante este agravio, a los herederos se les permitían los siguientes recursos y remedios judiciales:

1. Por vía de queja, se solicitaba al juez que conocía de la causa, un tercer árbitro para que pudiera evaluar los bienes.
2. Si el juez hubiera confirmado la valoración pericial, se podía apelar su providencia ante el competente superior.
3. Si ambas vías eran insatisfactorias, los herederos estaban facultados para ofrecer un aumento en el precio, pujando por los bienes (136).

Por último, la doctrina se cuestionó el perjuicio que pudiera ocasionar a los acreedores y legatarios la tasación de los bienes. En concreto, AYORA afirmaba que únicamente se podía dar un perjuicio contra estos cuando intervenía la autoridad judicial a petición de

---

*valorem quem habent tempore factae aestimationis, non vero juxta valorem quem habebant praeterito tempore, et quando in inventario descripta fuerunt.* No obstante, se pueden ver excepciones a esta regla general, como, por ejemplo, con relación a los metales preciosos: *Solum advertere debes quod ex his mobilibus bonis haereditariis aliqua reperiuntur, quae non consumuntur usu, neque per temporis cursum diminutionem valoris patiuntur, ut aurum, argentum, gemmae, et similia, et de his omni in tempore tenetur rationem reddere haeres.*

(134) FONTANELLA, J. P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Lyon, 1968. *Decisio* 65, núm. 4; *Decisio* 382, núm. 7.

(135) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 809. Signatura 4785.

(136) AYERBE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus*, Part. 1, cap. 3, núms. 26-33.



uno de los herederos y los acreedores no poseían acción real contra la herencia (137).

## 5. EL VALOR PROBATORIO DEL INVENTARIO: LA OMISIÓN DOLOSA

Dentro de este marco jurídico de elaboración jurisprudencial, el reconocimiento del valor probatorio del inventario tuvo un amplio eco en el discurso doctrinal (138):

FARINACIUS: *Inventarium enim rite confectum bene probat quantitatem bonorum, et inducit praesumptionem, quod alia bona non remanserit in haereditate, adeo, ut dicenti contrarium incumbat onus probandi* (139).

En concreto, esta cuestión reviste especial interés en la obra de CÁNCER, quien, a partir del usual método de establecer distinciones y exclusiones sucesivas, llega a delimitar la base de su argumentación: el inventario da fe de su contenido *–probat ea omnia quae in eo continentur–*. El jurista catalán, aun sin pretender agotar una cuestión cuyos precedentes se hallan en la literatura jurídica medieval, articula su comentario estableciendo una correspondencia estricta entre los bienes descritos en el inventario y su titular. La

---

(137) AYERBE DE AYORA, A., *Tractatus de partitionibus*, Part. 1, cap. 3, núm. 35.

(138) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 16: *Ex adverso autem si bona mobilia fuerint inventariata cum potere, numero, vel mensura, habet pro se haeres praesumptionem quod illam mensuram, pondus, aut numerum habebant, vel aestimationem, et non amplius, et si interesati dixerint alia fuisse bona, vel majoris ponderis mensurae, vel aestimationis fuisse, incumbet eis probandi onus*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 1*, cap. 9, núm. 173: *Censeo tamen cum Decio cons. 519 et aliis quos supra retulimus, quod eo ipso, quod mulier dicit non esse alia bona mariti praeter illa quae sunt subjecta fideicommisso habeat suam intentionem fundatam, et dicenti alia extare incumbere onus probandi, et dicta bona ostendi per glossam notabilem... ubi si haeres dicit tantum est in haereditatem, et non amplius, habet suam intentionem fundatam, quod non est plus in haereditate quam id quod affirmat, et quod asserenti plus esse, incumbat onus probandi.*

(139) FARINACIUS, *Opera omnia*. Francofurti et Norimbrigae, 1616-1693. *Decisio 607, in princip.*

entidad de su afirmación presupone que si un tutor incluía bienes propios en el inventario de su pupilo, y dada la máxima que sostenía que no se podía contravenir lo expuesto en él –*qui inventarium fecerit, cum ipse contra propriam confessionem venire nequeat*–, se entendía que se daba una donación a favor del menor (140). No obstante, el alcance de esta presunción (141) podía verse limitado cuando el tutor procedía a levantar un protesto, o cuando, por un error notorio, los bienes que había incluido no eran suyos, sino de un tercero (142), en cuyo supuesto se admitía la prueba *in contrarium per notorium* (143).

Alegación jurídica del siglo XVII.

*... dicha regla la entienden todos los Doctores, que ha lugar solamente contra tutorem, vel curatorem: esto es, quando el curador pone en los inventarios mas bienes de aquellos que eran del menor: porque en este caso contra curatorem haze fe los inventarios, aunque lo supla de propriis* (144).

(140) Criterio que hallamos recogido en autores como BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, cap. 29, núm. 18: *Si haeres in inventario describat bona propria, videtur fateri, illa a esse haereditaria, aut donare.*

(141) Presunción que no cabe cuando viene precedida por una expresa confesión del tutor. CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 3, cap. 2, núm. 11: *Confessionem autem scienter factam donationem inducere nemo ambigit.*

(142) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 3, cap. 2, núms. 8-13: *ubi dicit, adeo praedictam conclusionem procedere, ut inventarium probet bona contenta in eo, fuisse illius, de cuius bonis est inventarium confectum, contra ipsum, qui ipsum confecit, et eius haeredem, ut si ipse, eiusve haeres praetenderet, aliqua ex dictis bonis, esse sua, censeatur facta donatio, per illum, qui inventarium confecit... ubi cum certum sit, qui tenetur conficere inventarium, teneri illud conficere de omnibus bonis in haereditate inventis, licet non sint de haereditate, ut inferius dicemus (ait) teneri illum, qui inventarium confecit, cum res suas ponit in inventario, protestari, esse suas, et intendere illas recuperare, ne eas haereditati, et seu heredi donare videatur... dictam praesumptionem non habere locum, ubi tutor non propria bona, sed aliena, in inventario passus est describi... Praedicta etiam limitare, ubi constare, tutorem errasse in confectione inventarii, et aliquam iustam causam habuisse erroris: docto si quidem de errore, non censeo sibi praeiudicasse, imo beneficio restitutionis in integrum, ex clausula generali, consequi posse, ut res illae, ex inventario demantur.*

(143) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 3, cap. 2, núms. 11-13.

(144) BHV. Varia 3. Alegación jurídica. *Alonya Enrique Velazquez y de Coves con Geronimo Audine, y Gaspar Valles*. Valencia, 1645.

Dentro del ámbito del Derecho castellano, SALGADO DE SOMOZA sostuvo que la ausencia del inventario determinaba una clara presunción dolosa por parte del heredero, presunción que, al ser *juris et de jure*, no cabía prueba en contrario, lo que determinaba que el heredero no pudiera acogerse al concurso de acreedores o a la cesión de bienes (145).

No obstante esta argumentación, la doctrina se cuestionó si la omisión dolosa de los bienes hereditarios podía desvirtuar la confección del inventario, haciendo al heredero extensible la responsabilidad *extra vires hereditatis*, o, por el contrario, sancionándole con el pago por el doble del valor de las cosas hereditarias omitidas. El tratamiento otorgado por la literatura jurídica a esta cuestión adolece, una vez más, de falta de uniformidad, porque si bien es mayoritaria la opinión favorable a la sanción punitiva del doble del valor de los bienes, *certius tamen est amittere in casu isto, inventarii beneficium haeredem, et ultra vires haereditarias teneri* (146).

Idéntica ambivalencia hallamos en las fuentes bajomedievales. Así, si en Partidas se afirmaba que la sanción en la que incurría el heredero por la realización maliciosa del inventario ascendía al doble del valor de los bienes sustraídos u ocultados, en Les Costums de Tortosa, por el contrario, se admitía la pérdida de las ventajas del beneficio de inventario cuando el sucesor, con anterioridad a su finalización, se mezclaba en la administración de los bienes, ya sea vendiéndolos o disponiendo de ellos.

---

(145) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 2*, cap. 1, núms. 12-15: *quoniam haeres, qui adivit non conficiens inventarium, juris praesumptione dolosus habetur, et praesumitur bona haereditatis occultasse, atque surripuisse... Et haec praesumptio est juris, et de jure, quae non admittit probare in contrarium... Sed ille debitor, qui omnia bona non judicat, nec ponit in inventario, aut aliqua bona occultat, non admittitur ad faciendum concursum, nec cessionem... Et in nostris terminis, quod haeres non conficiens inventarium, et nullo modo admittatur ad concursum formandum, et cessionem bonorum.*

(146) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 17. En este sentido, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 51, es explícito al sostener que la omisión dolosa conlleva la pérdida del beneficio de la ley *-haeredem non amittere beneficium inventarii-*, toda vez que es equiparable a la no confección de este con la ocultación o la realización dolosa: *paria est non facere inventarium, vel dolose, et cum subtractione facere.*

Partidas 6,6,9.

*Maliciosamente faziendo el heredero inventario, encubriendo, o furtando alguna cosa de los bienes del testador; si esto le fuere probado, deve pechar doblado, tanto quanto encubrió, o furto, a aquellos que devian recibir algo de los bienes del muerto (147).*

Alegación jurídica del siglo XVII.

*... y el heredero que oculta bienes de la herencia, comet hurto en la realidad y substancia, aunque no se conceda contra èl la acción furtiva... Considerada, pues, la ocultacion como hurto, ò acto socreto, y domestico se le debe condenar à la pena del duplo... y assi el Menochio en el Consilium 471 afirma ser esta la opinion comun, enumerando en su apoyo treinta y tres Autores... (148).*

Menos susceptible de matización resultaba el reconocimiento de que no cabía dicha sanción por la mera existencia de un error o una negligencia, ni tan siquiera por una omisión leve, porque, de no ser esta grave, no se la tomaba en consideración (149).

Una vez realizado el inventario, el heredero, en presencia del juez, debía dar fe, previo juramento, de la veracidad de lo declarado y consignado, lo que no impedía que quienes tuvieran la sospecha o el indicio de una posible actuación fraudulenta pudieran levantar el oportuno protesto judicial (150):

---

(147) LÓPEZ, G., *Partidas 6,6,9, v. Rescibir: Videtur tamen, quod ista lex suppleri debeat ex illa, cum ista poena sit inducta, ut amplius sit in haereditate, ex quo legatarii et creditores consequantur suum debitum; quod etiam suaderi videtur ex ista lege cum dicit, maliciosamente, et si quando haeres animo fraudandi creditores, vel legatarios surripit, vel occultat rem haereditariam; secus quando nullum ex hoc generaretur praesudicium, et sic fraus, seu occultatio non induceret detrimentum... Adde etiam, quod et ultra poenam dupli punitur haeres surriprens vel occultans, ut perdat falcidiam quoad omnes legatarios.*

(148) BHN. *Alegación jurídica por D. Joseph de sobremonte y Carnero Gaytan de Ayala... con Don Antonio de Ubilla y Medina.* Pág. 22.

(149) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núms. 51-63.*

(150) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35, núm. 40:...* *inventario tenetur haeres qui illud fecit in fine suam subscriptionem imponere, dicendo quod omnia bona scripta sunt fideliter, quae defuncti reperiuntur, et quod nulla sunt alia bona, et si non scit scribere alius pro eo tenetur, et protestari, quod si aliquid aliud ad eius notitiam pervenerit de bonis testatoris, quod ponet in inventario, quae quidem protestatio plurimi est effectus, ut si alia inveniantur bona post inventarium confectum non vicietur propter suspicionem fraudis haeredis...*

Partidas 3,18,100

*E en la fin del inventario debe escribir el heredero, que todas las cosas que son escritas en el, son verdaderas (151).*

Alegación jurídica del siglo XVII.

*Y porque no perezca en lo difícil, ò impossible de la probança la regla general, es, que en semejante caso se tienen las congeturas, presumpciones, è indicios por plena, liquida, y concluyente probança... pero quando con el defecto del inventario concurren en otras congeturas, ò presumpciones, no ay duda en la proposición; porque se tiene por verdadero dolo, y no presumpto el que se prueba por congeturas, y presunciones, que le concluye... (152).*

Fijados los requisitos que estructuran y conforman el beneficio de inventario, la doctrina analizó aquellos aspectos que podían dar una mejor comprensión de su realidad práctica, y que, a su vez, constituían uno de sus pilares básicos: los beneficios y sus sanciones.

## 6. LOS BENEFICIOS DEL INVENTARIO

Aunque la elaboración doctrinal precedente venía atendiendo a la cuestión de las utilidades resultantes de la confección del inventario, será dentro de la propia literatura foral donde hallamos un amplio testimonio de su aplicación y de su alcance en el ámbito de la teoría jurisprudencial (153).

Entre los distintos privilegios sobre los que la doctrina muestra su atención, cabe destacar los siguientes:

[6.1.] Con carácter general se afirmaba que era innegable –*in-dubitatum ese*– que el heredero viera limitada su responsabilidad a los bienes de la herencia, por lo que si realizaba el inventario: *om-*

---

(151) Asimismo, en Partidas 3,18,99; 6,6,5: *E en la fin de tal carta debe escrevir el heredero de su mano, que todos los bienes del testador son escritos en este inventario lealmente, e que non fizo ningun engaño.*

(152) BHN. *Alegación jurídica por D. Joseph de sobremonte y Carnero Gaytan de Ayala... con Don Antonio de Ubilla y Medina.* Pág. 22.

(153) Dentro del marco de la doctrina pandectística, puede verse, entre otros, VOET, J., *Comentarius ad pandectas Coloniae allobrogum.* 1769. Lib. 28, tít. 8, al que dedica el estudio de ocho utilidades.

*nibus creditoribus, legatariis, et fideicommissariis, etiam ultra vires haereditarias teneri, et Falcidiae commodo privari* (154):

Partidas 6,6,7.

*E otra fuerza ha aun el inventario; que despues que es acabado, non es tenuto el heredero de responder a los que han de recibir las debdas en los bienes del finado, nin a los que mandasse el testador alguna cosa en su testamento, si non quanto montaren los bienes, e la heredad, que fueren escritos en el inventario* (155).

*Senatus sententia per Cases, die 25. Januarii 1631, inter Hieronymum Torres et Domnam Ceciliam Aguilar et de Ferriol.*

*... atque ita non tenenen ultra vires haereditarias cum legitimus confuerit inventarium bonorum in dicta haereditate reccandetium...* (156).

No obstante esta argumentación, la propia doctrina reconocía la posibilidad de que el heredero no tuviera que responder *ultra vires haereditarias* en determinados supuestos. Las hipótesis contempladas por la literatura y la práctica jurídica fueron las siguientes (157):

Primero. Cuando el estado de la herencia fuera cierto. No obstante, dada la ambigüedad del término, el heredero se veía en la obligación de probar, ya fuere mediante testigos, escrituras u otras pruebas fidedignas, la cantidad y calidad de los bienes hereditarios.

*Senatus sententia per Joannem Daza die 10. Decembris 1618, in favorem Petri Cubell contra Hieronimam Lloret et Annam Lloret.*

*Attento denique quod et si in via iuris haeres quia adit haereditate non confecto legitimo inventario tenetur ultra vires haereditarias, hoc tamen procedit quando haereditas et patrimonium defuncti est incertum,*

---

(154) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum iuris: tomus tertius... circa fideicommissarias et primogeniorum successiones*. Coloniae Allobrogum, 1726. Cap. 5, núm. 17. Interesante es la relación de juristas coetáneos que aporta en núm. 30, fo. 75.

(155) Asimismo, en Partidas 6,6,5; 6,6,10: *Si el heredero, de que oviere entrado la heredad del testador, non fiziere el inventario fasta aquel tiempo que de uso diximos, dende adelante fincan obligados, tambien los sus bienes que oviere de otra parte, como los que ouvo del testador, para pagar cumplidamente las debdas, e las mandas del fazedor del testamento...*

(156) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 196. Signatura 1093.

(157) Seguimos el planteamiento de BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum juris-prudentiae, Pars 1*, cap. 29, núms. 39-52.

*secus vero quando est certum, ut in nostro casu, quia tunc ultra vires illius non tenetur creditoribus haereditariis quod iure et aequitati est...* (158).

Por el contrario, cuando era notorio que el testador había realizado una donación de la mayoría de sus bienes, dejando solo una pequeña parte para transmitirla vía herencia, al heredero se le eximía de prueba alguna, procediendo los acreedores a actuar directamente contra el *donatarius universalis omnium bonorum* (159):

*Senatus sententia per Franciscum Paulum Alreus, die 15 Septembris 1611, inter Domnam Franciscam Malferit, et don Lucam Donderi.*

*Attento ulterius, quod licet dictus Christophorus uti donatarius universalis omnium bonorum dicti eius patris, cum haere ditas non sit solvendo, possit via directa conveniri a creditoribus illis: non tamen tenetur de suo, sed ex bonis donatis tantum, etiam si inventarium non fecerit* (160).

Segundo. Cuando la totalidad de los bienes eran inmuebles. Su notoriedad, como advierte FONTANELLA, impedía su ocultación y el consiguiente fraude (161).

Tercero. Si el monasterio sucedía en la persona del monje, *non tenebitur ultra vires haereditarias, etiam si inventarium non fecerit.*

---

(158) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 193. Signatura 561.

(159) LEÓN, F. G., *Decisiones, Decisio* 107, núm. 26: *Inventarium de necessitate non debet fieri, quando constat certam quantitatem, et non plus recadere posse in haereditate*; núm. 27: *Inventarii conficiendi causa finalis cessat, quando testator fecit donationem omnium bonorum, reservat sibi certa quantitate ad testandum*; CÁNCER, J., *Variarum*, lib. 3, cap. 2, núm. 113: *Hinc observat Senatus, quoties quis donat omnia bona sua, reservata certa quantitate ad testandum, si postea eius haeres non conficiat inventarium, non teneri, nisi usque ad quantitatem reservatam, cum aliud in haereditate non potuerit esse, iuris saltem praesumptione*. En idéntico sentido se manifiestan, con relación a los bienes del pupilo en Aragón, FRANCO Y LÓPEZ, L. y GUILLÉN Y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho civil aragonés*. Zaragoza, 1841. Reed. Institución "Fernando el Católico". Zaragoza, 2000, p. 95, not. (a): "Regularmente no se hace inventario de los bienes sitios, porque constando en el catastro los que tiene cada ciudadano, nunca el tutor o curador podrán malversarlos u ocultarlos impunemente".

(160) ARV. Sentencias de la Real Audiencia.

(161) FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis*, claus. 4, glo. 6, núm. 31.



La razón no fue unívoca dentro de la doctrina: a juicio de BAS Y GALCERÁN se debía a que nos halláramos ante una adquisición natural y accesoria en la persona del monje, y no ante una sucesión hereditaria; por el contrario, juristas como COVARRUBIAS entendieron que tenía su origen en que sobre las instituciones religiosas subyacía la presunción de una acción diligente, lo que limitaba la posibilidad de fraude (162).

Cuarto. Cuando el testador se encontraba arruinado, se entendía que no era necesario el inventario. No obstante, a efectos estrictamente procesales, se recomendaba su realización. La finalidad era clara: si el heredero declaraba no haber hallado ningún bien, ni conocer de su existencia, la prueba en contrario recaía sobre quien proclamaba su certeza.

Quinto. Asimismo, no se tenía que responder más allá de los bienes hereditarios cuando el padre, el tutor, el curador o el cónyuge del causante realizaban en vida el inventario. Criterio que se extendía cuando el inventario lo confeccionaba un coheredero o un tercero. En este sentido, se sostuvo que el inventario realizado por un juez *in domo defuncti, ubi non habitabat haeres, quod valeat tamquam inventarium hujusmodi. Eodem modo inventarium factum ab executore testamentario... Similiter inventarium a viuda tenentia factum haeredi prodest.*

Sexto. Cuando el sucesor era obligado a llevar a cabo la adición de la herencia, porque, como sostuvo Antonio GÓMEZ, el heredero no debía sentir ni comodidad ni incomodidad (163).

Séptimo. En análogo sentido, se entendía que el heredero no respondía más allá de los bienes hereditarios cuando la obligación del difunto era nula (164).

---

(162) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 44.

(163) GÓMEZ, A., *Variarum, Lib.1*, cap. 5, núm. 3.

(164) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 78: *Et quod diximus haeredem, qui non confecerit inventarium, teneri ad integra legata, intellige de legatis validis, secus si a iure sint reprobata. Et sic ex facto obtinui,*



Octavo. En Las Partidas hallamos contemplada la posibilidad de que el menor se pudiera acoger a la *restitutio in integrum* si se probaba que la aceptación simple de la herencia le ocasionaba un perjuicio notorio (165).

Noveno. Cuando al heredero se le aplicaban los criterios de la equidad canónica: *Haeres ex aequitate canonica ab non confectum inventarium non tenetur ultra vires haereditarias* (166).

Un ejemplo de lo que supuso la influencia del Derecho canónico en el marco de la responsabilidad *ultra vires* lo hallamos en las obligaciones *ex delicto*. En concreto, la doctrina, siguiendo el tenor germanista del Fuero Real 3,20,60 (167) y de los principios del Ordenamiento canónico, rechazó las fuentes romanas de las Leyes de Estilo

---

*filium, qui non confecit inventarium, non teneri solvere integre legata relicta, per patrem, suae novercae, quia erant contra dispositionem.*

(165) Partidas 6,19,7: *Seyendo establescido por heredero el menor de veynte e cinco años, si entendiere que non le es provechosa la heredad de tener, puede pedir al Juez, que le otorgue poderio para desampararla, maguer la aya entrada. Pero, quando esto oviere de fazer, debe ser delante los acreedores de la heredad, que sepan qual es la razon, por que la desampara. E estonce el Juez, si entendiere que es daño del moço en tener la heredad, devele otorgar que la pueda desamparar, e tornar en el estado en que era de primero, poniendo en recabdo primeramente todas las cosas, que pertenesciessen a la heredad.* Con relación al Derecho catalán, CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 1*, cap. 2, núms. 7 y 88: *Neque obstat dictae restitutioni, quod minori esset consultum adversus tutores negligentes in confectione inventarii, cum sit in electione minoris, agere contra olim tutores, vel uti beneficio restitutionis in integrum*; Pars 1, cap. 9, núm. 30: *Adde quod si vidua quae inventarium facer omissit, sit minor, potest restitui in integrum ad faciendum inventarium.*

(166) MIERES, T., *Apparatus, Pars 1*, coll. 6, rúb. *De tutelis*, núm. 55; coll. 6, rúb. *De salaris testamentorum, et codicillorum*, cap. 20, núm. 6: *Item nota, quod de iure canonico, non faciens inventarium non tenetur ultra vires haereditarias.*

(167) Fuero Real 3,2,6: *Cómo los herederos han de responder por el defuncto: Cualquier que demandare a herederos de otro por deuda quel debiese, o por caloña que hubiese fecho el muerto, los herederos sean tenudos de responder por el muerto, maguer que al muerto no fuese demandado en su vida, si por testigos, o por cartas valederas pudiere probar, lo que demanda; mas si non lo pudiere probar, los herederos no sean tenudos de facer salva; pero si en la buena del muerto non ha tanto como es la demanda, lo herederos no sean tenudos en lo demás.*

67-68 (168) y de Las Partidas 7,14,20; 7,13,2; 7,14,4; 7,14,20; 7,15,3 (169), en las que el heredero se hacía cargo de las obligaciones en que hubiera podido incurrir el testador por la comisión de algún delito. Así, a juicio de Antonio GÓMEZ o de HERMOSILLA (170), la obligación de resarcir por daños causados por una acción injusta del causante no pasaba a los herederos, por entender que, ante este supuesto, se debía estar a lo dispuesto por el Derecho canónico y no por el Derecho civil; incluso, como apunta IBÁÑEZ DE FARÍA, aunque, en los supuestos de la *Lex Aquilia*, el causante hubiera muerto tras la *litis contestatio* (171).

Décimo. Como última excepción se recogía la posibilidad de que, atendiéndose únicamente a la veracidad de lo declarado por el heredero, este pudiera eximirse de una mayor responsabilidad patrimonial. Con todo, este criterio no tuvo su reconocimiento en el ámbito forense (172).

Al margen de los supuestos contemplados, y dentro de este universo conceptual, la doctrina encontró una segunda limitación al

(168) Leyes de Estilo, leyes 67-68: *Si fue demandado al que ellos heredaron y fue el pleito comenzado por demanda y por respuesta con él antes que el mueriese. Mas lo que hobo en el muerot de la cosa furxada o robada, si bien lo puede deemandar al su heredero, maguer non gelo hobiesen damandado en su vida aquel de quien es heredero.*

(169) Partidas, 7,14,20: *si los herederos ovieron alguna pro del daño que fizieron aquellos de quien heredaron, que lo deven pechar en tanta cuantía, quanta fue el pro que les vino dello.* La única excepción a esta regla la hallamos en Partidas 7,15,3: *los herederos de aquellos que fiziessen daños en las cosas de otros, no son tenudos de fazer enmienda del daño, después de la muerte de aquellos cuyos herederos son.*

(170) GÓMEZ, A., *Resoluciones*, tom. 3, c. 1, núms. 85-86.

(171) IBÁÑEZ FARÍA, *Novae Additiones*, lib. III, c. 3, núms. 58-73: *tenet quod haeres conventus juxta Jus Canonicum pro delicto defuncti ad mani raparationem, non compelletur solvere ultra vires haereditatis... in aliis tamen similibus causis, velut legis Aquiliae, incendii, aut rapinae asserit non teneri haeredem supra haereditatis vires, etsi cum defuncto lis fuisset contestata, aut aliquid ad ipsum pervenerit, quanvis non confecerit inventarium.*

(172) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, cap. 29, núms. 87-89: *Non reperitur admissa opinio ista, sed contrarium practacatur, quia haeredes non conficientes inventarium, ultra vires haereditarias tenentur, pro ut etiam in S.R.C. Neapolitano ubi sola facti veritate attenta proceditur, non reperitur admissum, quod haeredes absque inventario non teneantur ultra vires haereditarias.*

criterio general, que se daba cuando el heredero renunciaba al inventario realizado, lo que le obligaba a responder *ultra vires haereditarias* (173).

[6.2.] Como consecuencia directa de la separación patrimonial, y ante las reclamaciones judiciales que pudieran llevar a cabo los acreedores y los legatarios (174), el heredero podía oponer un segundo beneficio: la excepción de inventario, ya porque esta intromisión se daba durante el tiempo previsto para la confección del inventario, o cuando se hubiera confeccionado (175).

---

(173) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núms. 87-89. No obstante, el propio autor reconoce cómo, a juicio de un sector minoritario de la doctrina, la renuncia, para que tenga eficacia jurídica, debe ser expresa y no tácita: *Contrarium volunt alii rectius docentes per generalem renunciacionem non censi beneficio inventarii renunciatum, et nisi expresse illi renunciaverit haeres, et promisserit solvere ultra vires haereditarias, non amittere inventarii beneficium.*

(174) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 94: *Et observa in hac materia rem satis singularem, nam si sententia super inventarii exceptione obtenta fuerit contra aliquem creditorem, aut creditores haereditarios, praepjudicabit aliis creditoribus cum quorum citatione non fuit discussa lis, neque erit necesse quod iterum discutiatur exceptio, et super illa pronuncietur cum illorum citatione.*

(175) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núms. 19-23; 67: *Ut indemnitas conservetur haeres, qui inventario beneficio haereditatem adivit, et in bonis propriis non molestetur, quando creditores haereditarii, vel legatarii, petitiones suas instituunt, vel anteaquam in iudicium illas profundant, tenetur judicialiter rationem bonorum haereditariorum reddere, ostendendo, exhibito inventario, penes se non habere bona haereditaria, sed exhaustam haereditatem reperiri;* y 90-94, criterio que lo hace extensible incluso mediando sentencia judicial: *Poterit beneficiatus haeres beneficio inventarii uti non solum quando conventus fuerit ab aliquibus creditoribus haereditariis, aut legatariis, sed etiam si condemnatus fuerit, et dummodo non solverit competit ei beneficium istud ad hoc, ut haereditarii creditores, vel legatarii ex bonis haereditariis, et non ex propriis haeredis exigant credita, et legata.* Con idéntico criterio, ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núms. 41-42 y 46: *Non minor utilitas reperitur in confectione inventarii, scilicet, quod haeres durante tempore conficiendi inventarium, nec a legatariis, nec a creditoribus conveniri potest;* LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas*, 6,6,7, vv. *Quanto montarem: ... ubi etiam vide per eum, quod ista exceptio beneficii inventarii, si omissa fuit ante sententiam, non poterit oponi in executione sententiae... Sed contrarium tenet Joanes Andreae, et magia communis...*

Partidas 6,6,7.

*De mientras que dura el tiempo que otorga al heredero para fazer el inventario, non pueden mover contra el pleyto, para demandarle ninguna cosa, aquellos a quien oviessen mandado algo en su testamento, fasta que aquel tiempo sea cumplido. E esta es una fuerça que ha el inventario (176).*

[6.3.] En tercer lugar, se reiteró que el heredero que había confeccionado el inventario, conservaba los derechos, los créditos y las acciones que tenía contra el fallecido (177), pudiendo realizar su cobro a través de una ficción jurídica, *per imaginariam solutionem* (178).

[6.4.] Asimismo, la doctrina se planteó si entre las prerrogativas que poseía el heredero que llevaba a cabo el inventario de los bienes hereditarios estaba la de observar los actos del difunto. Si bien la cuestión no fue del todo pacífica dentro de la literatura jurídica (179), esta se decantó por reconocer que el heredero *cum*

---

(176) *Costums de Tortosa* 6,6,5, donde se establece que las reclamaciones se interpondrán una vez se hubiera concluido el inventario, momento en que nacía para el heredero la obligación de pagar las deudas con el caudal relicto: ... *dins los quals l'enventari deu esser acabat; e d'aquí avant deu pagar los deutes e les lexes e'ls torts e les injurries del defunt, que no s'en pot defendre, ni escusar que no sia tengut e obligat, si demanda ni questio n'és feyta contra eyl ne moguda, ne d'aquí avant no pot dir ni posar que altre alongamente li sia donat...*

(177) CARLEVALIO, T., *Disputationum iuris variarum ad interpretationem regiarum legum regni Castellae*. Valentiae, 1768. Tomus 2, tít. 2, *disputatio* 13, núm. 1: *Tamen confecto inventario, actiones non confunduntur, sed haeredi adversus haereditatem manent salve, ac si haereditas adiecta non fuisset*; MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt.* 216, fo. 1316: *Septimum commodum est, quod si inventarium confecit, non extinguuntur, nec confunduntur actiones.*

(178) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, cap. 29, núm. 26. Con relación a los frutos –núms. 24-27–, *Et licet teneatur rationem reddere de fructibus bonorum haereditariorum, non tenetur de parte fructuum correspondenti credito immaginarie soluto, rationem reddere.*

(179) Véase, en este sentido, la opinión de CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum*, lib. 2, cap. 24, núm. 6: *Secundo, quoniam certum est, quod voluntas testatoris in testamentis totum facit, et omnino observanda est*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars* 3, cap. 2, núm. 175: *Alii tenent oppositum, quod imo teneatur servare praecise factum defuncti*; pero, como el propio autor reconoce: *Et haec opinio placet, ubi haeres nullum considerabile damnum patitur...*

*beneficio inventarii non teneri praecise observare factum defuncti* (180). Especial interés tiene el extenso planteamiento de CÁNCER, quien, a partir de un amplio acopio de resoluciones judiciales, resume las cuestiones centrales abordadas por la jurisprudencia. A su juicio, el heredero podía contravenir lo realizado por el difunto cuando actuaba *contra legem*, o cuando los actos o contratos fueran fraudulentos, simulados o ficticios (181). En los supuestos de contratos simulados o ficticios, se procedía a su nulidad *ipso iure*, y a la solicitud de acciones revocatorias, en los contratos fraudulentos.

[6.5.] La doctrina, al no establecerse un orden de prelación de créditos, eximía de toda responsabilidad al heredero, cuya única obligación consistía en el pago de las deudas.

Entre las distintas prerrogativas que se le concedía, cabe destacar las siguientes:

1. Si dentro de la masa hereditaria no se hallaba dinero, el heredero tenía la potestad de obligar a los acreedores a aceptar los bienes, o, en su defecto, podía proceder a su venta (182).

---

(180) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núm. 171*; ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35, núm. 44: et sic potest venire contra factum defuncti*.

(181) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núms. 210-213*.

(182) FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, Cl. 4, gl. 3, part. 3, núm. 39*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3, cap. 2, núm. 135: Certum est, haeredem cum beneficio inventarii, posse cogere creditores haereditarios, ut non existente pecunia haereditaria, in solutum accipiant res haereditarias, iuste aestimatas, ut omnes fatentur*; ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35, núm. 49: Alia tamen est utilitas, quando haeres faciens inventarium poterit creditoribus invitis dare in solutum, tamen de bonis haereditariis, quando pecunia non est in haereditate*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, cap. 29, núms. 85-86: quod si haeres in haereditate pecuniam invenerit, tenetur haereditaria debita, et legata solvere in pecunia... si vero in haereditate pecunia non extet... ut faciat subhas-tare haereditaria bona...* LEÓN, F. G., *Decisiones, Decisio 185, núms. 3-4 ... et quando haereditas est opulenta, haeres tenetur solvere legatum in pecunia... teneatur solveri in pecunia numerata, si vero no possit, tunc sit*

Este último criterio fue el admitido con carácter preferente por la práctica forense:

*Senatus sententia per Mascarò, die 10, Januarii 1660, in favorem Don Nicolai Aracil, et contra Frnciscum Thomas Notarium:*

*... nequerint creditores hereditarii cum compellere ad faciendam solutionem in pecunia... (183).*

No obstante, la ausencia de bienes no permitía a los acreedores solicitar del heredero que abonasen con sus propios bienes las cantidades adeudadas –*non poterit in bonis propriis molestari* (184).

Finalmente, se reconoce que en los inventarios donde se da una pluralidad de bienes –tanto muebles como inmuebles– que permitan al heredero adquirir un peculio, el pago ha de verse efectuado en dinero:

*Senatus sententia per Alreus, die 30. Julii 1610, inter Abdonem Minou, et Paulum Garcia:*

*... in inventarii quae de praedicti bonis et haereditate confecit plura bona mobilia et immobilia domos ac terra, pluresque census... et quod si haereditaria bona facile ad pecunia reduci possint, debeat haeres solvere in pecunia, et non teneantur creditores, aut legatarii insolutum accipere bona haereditaria (185).*

2. Podía realizarse el pago atendiendo exclusivamente a la prioridad en el cobro, y no a la calidad y anterioridad del crédito. Criterio que se exceptuaba cuando se tenía conocimiento de esta prelación (186).

---

*in eius facultate, res haereditarias in solutum dare, iusta aestimatione, quam opinionem, uti aequam, amplexa fuit Regia Audientia...*

(183) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 2460. Caja 203.

(184) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 23.

(185) ARV Sentencias de la Real Audiencia. Caja 196. Signatura 1174.

(186) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núms. 145-147: *Insuper inter alias utilitates, confectionis inventarii est, quod haeres potest solvere creditoribus, et legatariis debitum, vel relictum, prout quilibet eorum prior venerit, ad petendum, licet nihil sibi remaneat, nec possunt alii creditores, et legatarii ei obiicere, quare ad satisfaciendum eis, non reservaverit bona, vel saltem cur non poteri satisfactionem, ab ei quibus solvebat... Istam conclusionem limita, nisi haeres haberet notitiam de creditoribus, quia tunc posterioribus primo petentibus solvere non potest... istam sententiam, quae communis est, sequuntur Bartholus, Baldus, Rolandus...; MOLINA, *De iustitia, Tractatus secundus, Dispt. 216*, fo. 1313: Ter-*

Alegación jurídica del siglo XVII.

... *Que el heredero con beneficio de inventario, tiene obligación de pagar à los anteriores de su proprio caudal y hazienda, quando sabia que avia otros que tenian mejor derecho, y eran anteriores, por la mala que tuvo en pagar a otros...* (187).

3. Una vez efectuada la venta de los bienes hereditarios con los requisitos prescritos por la ley (188), tanto el heredero como el comprador se veían exentos de cualquier reclamación posterior, ya sea esta de un acreedor privilegiado o de un legatario (189).

[6.6.] Por último, el heredero disfrutaba del beneficio de la cuarta trebeliánica, de la falcidia (190), de las moratorias en los pagos de los créditos (191), de la tenuta (192), así como de la deducción

---

*tium, si satisfaciat creditoribus primo venientibus, aut etiam legata solvat legatariis primo venientibus, nec supersint bona defuncti ex quibus aliis creditoribus posterius renientibus satisfiat, ad nihil ipse illis tentur, neque illi possunt ipsum, aut eos inquietare, qui bona haereditatis ab eo emerunt, ut ex pretio legatariis, aut creditoribus solvat.*

(187) BHV, *Varia 2. Por orden de regular observancia del Serafico P. S. Francisco con la Generalidad del Reino de Valencia*. Pág. 17, núm. 89.

(188) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núms. 151-152, determina que se pueda cuestionar la venta de los bienes hereditarios cuando se omite la citación a todos los interesados: *Et sic praedictam limitationem tantum placere, ubi ad venditionem dictorum bonorum pro facienda dicta solutione, citati non essent omnes creditores specialiter, vel generaliter per proclama... Pro hoc ego hanc reddo rationem, qui dicere quod emptor ab haerede non esset securus, nisi facta dicta citatione omnium creditorum, est praesupponere, solutionem non posse fieri per haerodem cuilibet creditori, et legatario, prout venerit, sed debere omnibus simul fieri, quod est contra expressam dispositionem d. et si praefatam.*

(189) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núms. 150-153: *Emptores, qui emerunt ab haerede, cum beneficio inventarii, securos esse adversus creditores, etiam anteriores, cum eis sit consultum, contra alios creditores quibus est solutum... creditorem hypothecarium, neque posse molestare haerodem, neque emptorem...*

(190) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, Glossa 35*, núm. 47.

(191) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 2*, cap. 30, 78: *Sed an iudiciae concessae per majorem partem, creditorum confirmatae per sententiam Senatus aut Praetoris prosint haeredi debitoris adennti cum beneficio inventarii.*

(192) De esta última nos habla CÁNCER, J., *Variarum resolutionum, Pars 3*, cap. 2, núm. 6.



por los gastos que le hubiere ocasionado la enfermedad y el entierro del testador (193):

Leyes de Toro, ley 30.

*La cera y misas y gastos de enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.*

## 7. PENAS EN LAS QUE SE INCURRE POR EL INCUMPLIMIENTO DEL INVENTARIO

El tratamiento jurisprudencial concluye con un estudio sobre las posibles penas en que podía incurrir el heredero que *inventarium non confecerint* (194).

La respuesta dada por los textos legales (195) y por la literatura

---

(193) LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas*, 6,6,8, gl. *Soterrar*, donde, a su vez, recoge los distintos planteamientos sobre la conveniencia de que se adjunten los gastos judiciales ocasionados al heredero para acreditar su condición: *Idem in expensis, quas fecisset in curando defunctum... Et quid de expensis, quas haeres fecit, litigando cum alio contendente, se haeredem, vel creditorem haereditarium? Vide per Angel. Paul et Alexand. Et Jason... tenentes, quod deducantur, quando haeres obtineret, et haereditas non esset solvendo ad omnia, contra Bald. Ibi aliter volentem*; gl. *Su jura*, donde, recogiendo el sentir de la doctrina, establece que, si los gastos son considerables, han de probar mediante testigos o documentos; si, por el contrario, son exiguos, ha de atenderse al criterio de un buen varón: *et intellige, quando expensae essent parvae, secus si magna; nam tunc requirerentur testes, vel instrumenta, secundum Bart, et communiter Doctor. Ibi. Et appellat Angel. ibidem minutas expensas, sumptus quotidianos, puta carnum, oleris, porrinae, et similia, nam ad hoc difficulter habentur testes continuo; et tandem concludit arbitrio boni viri hoc relinquendum, omnibus hinc inde pensatis.*

(194) La razón a estas sanciones se halla, como sostendrá SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 2, tít. 1, núm. 15, en que no se puede encontrar una causa que exima al heredero de realizar el inventario: *Quoniam horum nihil excusat haereem a confectione inventarii...*

(195) Partidas 6,6,10: *Si el heredero, de que oviere entrado la heredad del testador, non fiziere el inventario fasta aquel tiempo que de suso diximos, dende adelante fincan obligados, tambien los sus bienes que oviere de otra parte, como lo que ovo del testador, para pagar complidamente las debdas, e las mandas del fazedor del testamento: e non puede retener,*



*ius communis* (196) a esta cuestión enlaza con el criterio sostenido por la tradición textual del *Corpus Iuris*, y que con claridad recoge CASTILLO SOTOMAYOR, quien advierte que, una vez aceptada la voluntad del difunto (197), *indubitatum esse, et juxta communem omnium sententiam introductum, heredem teneri de jure inventarium conficere, alias non conficientem, omnibus creditoribus, legatariis, et fideicommissariis, etiam ultra haereditarias teneri, et Falcidiae commodo privari* (198).

Análogo criterio se recoge en la jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia:

*Senatus sententia per Joanmem Daza, die 2 Martii 1613, inter Antonius Segui et Raimundi Navarro.*

*... non confecisse inventarium bonorum recadentium in hereditate dicit Marini Sayes... ac proinde aditione hereditatis utrumque patrimonium cofessum fuisse ac bona propria perinde ac hereditaria obligata esset* (199).

---

*nin sacar para si, la sua quarta parte de los bienes del testador, de las mandas; ante las debe pagar enteramente, pues que non fizo el inventario a la sazón que deuia.*

(196) COMES, J., *Viridarium*, rúb. *De inventario*, cap. 9, núm. 23-29: *quod tutor inventarium non conficiens, potest, tanquam suspectus removeri... Cum tutor inventarium, et librum rationum de datis, et acciptis non conficiens praesumatur in dolo... Haeres tenetur creditoribus, et legatariis, ultra vires haereditarias... amittit trabellianicam, et falcidiam... Viuda privatur victu, et vestitu sibi dando anno luctus per haeredes viri, pariter que privatur commodo faciendi suos fructus bonorum viri post annum luctus... Taliter quod mulier, quae non fecit inventario, non faciet fructus suos.*

(197) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum iuris. Tomus secundus*, cap. 5, núm. 17: *Denique, inventarii confectionem operari non debere, ut aliud pro alio, invito creditore, aut legatario, et verbis ipsis testamenti repugnantibus solui possit, quoniam inventarium non operatur, quin haeres voluntatem testatoris servare teneatur.*

(198) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum iuris. Tomus tertius*, cap. 5, núm. 17. Únicamente, LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas*, 6,6,10, *gl. Las mandas*, limita esta sanción cuando los que accionan contra el heredero reconocen que en la herencia no había más bienes de los que el heredero manifiesta: *Limita nisi agentes contra haerodem in solidum confiterentur, quod in haereditate non remansit ultra id, quod haeres asserit.*

(199) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 203. Signatura 2455.

La razón se hallaba en la propia concepción de la herencia, entendida como un conjunto unitario de derechos y de obligaciones, como la sucesión en la universalidad de los bienes y de los derechos que pertenecían al causante (200), lo que determinaba que, al concebirse que era la propia *hereditas* la que sucedía *in loco defuncti*, en esta se originaba una confusión de patrimonios, lo que conducía a la imposición del principio de la responsabilidad hereditaria: *heres universalis per aditionem repraesentat defunctum in totum et succedit universaliter in omnibus bonis, iuribus et actionibus tam active quam passive et acquirit dominium eorum* (201).

Admitido el criterio general, la doctrina se cuestionó su viabilidad en el supuesto de la existencia de una pluralidad de herederos. No hallamos un criterio unívoco dentro de la literatura jurídica. Así, frente a autores como COVARRUBIAS, que no dudaron en afirmar que cualquier heredero podía pagar la totalidad de la deuda (202), la doctrina y la jurisprudencia valenciana fue unánime al resaltar que el pago se debía realizar según el porcentaje que tuvieran en la herencia: *et solum pro portionibus haereditariis conveniuntur haeredes sine inventario adeuntes* (203):

*Senatus sententia per Saboya, die 13 Augusti 1681 in favorem Elenae Berenguer, et de Rico viduae, et contra haeredes Joannae Mariae Ricor.*

*Concurrentibus duobus, aut pluribus haeredibus non potest unus ex illis absque alio inventarium facere, quamvis a testatore potestas plena mandata fuerit cuilibet ex haeredibus omnium gerendorum* (204).

(200) Juan GUTIÉRREZ, *Opera omnia*. Lugduni, 1730. Lib. 4, *quaestio* 68, núm. 8: *Quod universitas per haec verba significetur ratione rei gestae, nam patrimonium peculium est quid universale, sicut hereditas, et bonorum possessio*.

(201) GÓMEZ, A., *Commentarium, lex 20*, núm. 1: *haereditas adita iam non dicitur haereditas, sed patrimonium haeredis*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 2*, cap. 1, núm. 7: *quia per aditionem quasi contrahitur cum creditoribus haereditatis, et legatarii*.

(202) COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Variarum*, lib. 3, cap. 3, núm. 2.

(203) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, cap. 29, núm. 5; LEÓN, J. F., *Decisiones*, tom. 1, *decisio* 73, núm. 1: *Haeredes non in solidum, sed pro virili parte conveniri debent, et ita decisum cum Regia sententia lata Real Audientiae*.

(204) En análogo sentido, *judicavit Senatus sententia per Daza, die 1. Februarii 1618, inter Hieronymum, et Franciscum Ciurana, et Ginovesiam Calderò*.

## 8. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

Dada la trascendencia que esta institución tuvo en la praxis jurídica, la jurisprudencia cuestionó, no solo la forma en que se podía proceder al pago de los bienes hereditarios, sino qué procedimientos eran válidos para su sustanciación.

Para dar respuesta a la primera de las cuestiones, CASTILLO SOTOMAYOR argumentó que debía primar el principio *quod voluntas testatoris in testamentis totum facit, et omnino observanda est*, por lo que, si este ordenaba el pago en dinero de un legado, este se tenía que abonar en dinero. Criterio que únicamente se exceptúa cuando el heredero probaba que no podía pagar con dinero, lo que le permitía entregar aquellos bienes inmuebles que poseían un mayor valor económico (205). A *sensu contrario*, si se requería al heredero el pago al legatario con bienes muebles, *non potest fieri solutio legati in pecunia numerata* (206).

---

(205) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum iuris. Tomus secundus*, cap. 24, núms. 4-6: *cum legatur certa quantitas pecuniarum, veluti centum, aut quiuaginta, et jubet testator legatum in pecuniis solui: veluti si dixerit: Lego Titio centum, quae in pecuniis ei praestari volo, aut lego Titio centum in pecuniis: utrum haeres praecise teneatur legatum in pecuniis solvere, etiamsi pecunia in haereditate non sit... cum legatum est quantitatis ex testatoris mandato, si non possit solvi pecunia, pro eo dari debent tot bona immobilia; ita tamen, quod haeres prius debeat probare, se non posse solvere in pecunia numerata, alias jussus per testatorem in pecunia solvere, non debet admitti offerendo tot bona immobilia, nisi prius probaverit: cessante tamen mandato testatoris, haeres si non habet pecuniam, ut quilibet debetur offerendo de melioribus bonis auditur.* Idéntico criterio sostendrá aun cuando la cantidad a pagar no sea cierta –núms. 27 y ss.: *Haeredem, inquam, cum beneficio legis, et inventarii teneri satisfacere legatariis, et creditoribus pecuniarum in pecunia, quando haereditas est solvendo, etiamsi quantitas pecuniae simpliciter legata fuerit–*, pudiendo únicamente vender los bienes hereditarios cuando concurren tres requisitos, a saber: *Primo, ut constet bona fuisse in haereditate et dominio defuncti. Secundo, quod vendantur justo pretio. Tertio, quod nec haeres de suo pro evictione promittat.*

(206) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum iuris. Tomus secundus*, cap. 24, núm. 45.

Sobre la segunda cuestión, si bien a juicio de Bártolo no era viable la vía ejecutiva contra el heredero que se acogía al inventario (207), dentro de la doctrina española, autores como SPINO fueron explícitos al afirmar que en la práctica jurídica, la vía procedimental era la ejecutiva, convirtiéndose esta en un auténtico *stylum curiae* (208).

---

(207) DE SAXOFERRATO, B., *Commentaria*, vol. VII, *De iure deliberandi*, *In computatione*, núm. 8: *et facti inventarium nunquid poteri tunc vindicare fundum: Tota die practicatur, si statutum dicit, quod executio instrumenti fiat contra haeredem, sicut contra defunctum, intelligitur nisi haeres fecerit inventarium.*

(208) ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum*, *Glossa* 35, núm. 57: *In quo articuli diversae sunt opiniones: et sic quod via executiva peti possit tenuit Angelus... Et sic in praxi communiter servari est stylus... ut legatum, vel fideicommissum particulare via executiva peti possit, quod legatarius producat testamentum coram iudice et petat ut haeres de plano confiteatur, an testamentum illud sit defuncti cuius est haeres, quod si confessus fuerit poterit petere legatum via executiva, non virtute testamenti, sed virtute confessionis et recognitionis haeredis.*



# EL EJERCICIO DE LA CENSURA POR EL PODER POLÍTICO COMO MEDIO DE CONTROL Y REPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONCIENCIA EN LA ANTIGUA ROMA. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

**Ramón P. Rodríguez Montero**

Profesor Titular de Derecho romano  
Universidade da Coruña

**Resumen:** Aproximación, a través de diversos textos literarios, al ejercicio de la censura por parte del poder político a lo largo de las diversas épocas históricas romanas.

**Palabras clave:** Libertad de expresión; orden público; difamación verbal y escrita; medidas de política represiva; regulación del culto; censura religiosa.

**Abstract:** Through literary and legal texts, this paper aims to bring us closer to the censorship imposed by political authorities for the Roman Ages.

**Key words:** Freedom of expression; public order; defamatory statements; punitive measures; regulation of religious beliefs; religious censorship.

## SUMARIO

- I. ÉPOCA ANTIGUA Y PERÍODO REPUBLICANO
- II. LA SITUACIÓN DURANTE EL SIGLO I D. C.
- III. LA POLÍTICA IMPERIAL SEGUIDA EN EL SIGLO II
- IV. EL BAJO IMPERIO
- V. EL IMPERIO CRISTIANO

La práctica de la censura en Roma, como se puede comprobar a través de los textos literarios y jurídicos, se llevó a cabo con cierta regularidad desde tiempos muy antiguos. Al respecto, y con carácter general, resulta posible apreciar una evolución paulatina que condujo de una amplia libertad de palabra y pluma, con ciertas matizaciones en una primera época, hasta la más rigurosa represión a finales del Imperio.

## I. ÉPOCA ANTIGUA Y PERÍODO REPUBLICANO

Las condiciones religiosas, sociales y políticas que se dieron en los primeros tiempos, hicieron necesaria una censura en el campo de la religión y sobre los escritos difamatorios, con objeto de mantener la cohesión espiritual de la colectividad y la paz entre los ciudadanos. No obstante, dicha censura no tuvo un carácter sistemático.

Cuando no intervenía el Senado, las medidas censorias emanaban directamente de los poderes de *coercitio* de los magistrados, y presentaban un carácter eminentemente policial. Según algunos autores, sobre esta base y la jurídica –proporcionada por las normas represivas de los delitos de magia y alta traición, interpretadas según las conveniencias del momento– se pudo llegar con el paso del tiempo, sin salirse del cauce consuetudinario y normativo, a un régimen coercitivo que pugnaba tanto con la libertad de expresión, como con la propia libertad de conciencia.

En Roma, las primeras destrucciones y expurgos de libros se efectuaron en nombre de la religión tradicional. Los libros destruidos tenían carácter ritual, versaban sobre nuevas técnicas de adivinación o tenían un contenido mágico.

Paradójicamente, en el derecho penal romano de época republicana no se acuñó un concepto de *crimen* religioso, equiparable a la *asébeia* griega (1). Es más, ni siquiera existió una denominación

---

(1) El concepto de *asébeia* se presenta como muy amplio, aproximándose en un intento de traducción al castellano al término “impiedad”. Dentro del mismo entrarían el robo sacrílego, la violación del derecho de asilo de los templos, la destrucción de imágenes de los dioses, la transgresión del rito prescrito en los sacrificios, el trato con asesinos y la introducción de nuevas divinidades. Tenían competencia para juzgar el delito de *asébeia* el Tribunal del Aerópago, y el de los Eumólpidas en lo relativo a los misterios de Eleusis, pasando su jurisdicción en épocas posteriores a los tribuna-

técnica para el mismo. Tampoco se castigaban las manifestaciones de palabra o por escrito insultantes a la divinidad, sencillamente por estimarse que no incumbía a los hombres penalizarlas al ser asunto exclusivo de los propios dioses (2).

Lo que, por el contrario, sí interesaba en gran medida a las autoridades romanas era reprimir toda manifestación de culto y todo ceremonial que pugnase con los ritos patrios tradicionales, a consecuencia de la naturaleza puramente formalista de la religión romana (3), que se presentaba como una religión vinculativa de una comunidad de hombres con un círculo de dioses (4).

Dentro de las ceremonias de carácter religioso tenían gran importancia las relativas a la adivinación. Estas exigían un conjunto

---

les populares, salvo en los asuntos relacionados con los olivos sagrados y directamente con la religión; las penas establecidas para el delito eran muy severas, y, según la gravedad del caso, podían ser multas, destierro o muerte. Aun a pesar de su amplitud, el concepto de *asébeia* volvió a experimentar una notable ampliación de su esfera con la aprobación de un decreto, probablemente en el año 430 a. C., mediante el que se estableció que "debían ser denunciados quienes no creyeran en las cosas divinas o dieran explicaciones sobre los fenómenos celestes". *Vid.* GIL FERNÁNDEZ, *Censura en el mundo antiguo*, 3.ª ed., Madrid, 2007, p. 69 ss. Este magnífico y muy sugerente libro del autor ahora indicado es el que hemos tomado como referencia fundamental para la elaboración del presente trabajo.

(2) Lo que se resume en la frase atribuida por Tácito (*Annales*, I. 73) a Tiberio: *deorum iniuriae diis curae* ("las injurias hechas a los dioses son de la incumbencia de éstos").

(3) Sobre la íntima conexión existente en la antigua sociedad romana entre política, religión y derecho, especialmente en las fases iniciales de su desarrollo histórico y con particular referencia a la vinculación de la legislación pública con el mundo religioso, *vid.* ANDRÉS SANTOS, "El elemento religioso en la legislación romana republicana", en *Actas del XXVII Congreso Internacional Girea-Arys: "Jerarquías religiosas y control social en el mundo antiguo"* (Valladolid, 7-9 nov. 2002), (eds. Hernández Guerra y Alvar Ezquerro), Valladolid, 2004, p. 395 ss.

(4) Dentro de esta, la piedad, las creencias personales y las relaciones del individuo con la divinidad no están en primer plano, y sí, en cambio, el culto, cuya principal manifestación es el sacrificio, la ofrenda que el hombre hace a los dioses para recibir a cambio de ella lo que necesita. La religión romana es, pues, en última instancia, un *do ut des*, un intercambio sometido a rigurosas reglas que prescriben minuciosamente los más mínimos detalles del sacrificio y de la plegaria, según el tipo de favor que se pretende obtener de los dioses.



de conocimientos muy complejos, cuya transmisión resultaba imposible si no se reunían en un *corpus* escrito. Por ello, se redactaron, junto con las *artes sacrificandi*, *artes* adivinatorias, y se recopilieron colecciones de oráculos desde fecha muy remota. Del contenido y título de algunos de los mismos nos dan noticia, por ejemplo, CÍCERÓN, Arnobio o Amiano Marcelino (5).

De los indicados libros, quizá los más importantes fueron los denominados *libri Sibyllini*, libros *fatales* por antonomasia, en los que se encontraban registrados los hados o destinos del Pueblo romano. Estos escritos, como es de suponer, constituían un patrimonio sagrado que se custodiaba con gran celo. Su contenido constituía un secreto, cuya divulgación se penaba con extremo rigor, y su consulta era de la exclusiva competencia del Colegio *quindecimviral*, en neta oposición al carácter público de los oráculos griegos. Tampoco tenían libre acceso a los mismos los encargados de su custodia y exégesis; tan solo, en casos de suma gravedad, se les permitía su consulta, previa aprobación por un senadoconsulto.

Con todas estas prohibiciones se intentaba no solo conservar íntegro el texto, sino también salvaguardar la seguridad interior y exterior del *Populus*, impidiendo que un conocimiento de su destino pudiese ponerse al servicio del enemigo o de ambiciones particulares. No obstante, al tenerse que sustituir los ejemplares antiguos por otros nuevos, ello no evitaba que en las sucesivas copias los citados libros sufrieran corrupciones, ni tampoco que algún miembro poco escrupuloso del Colegio realizase en los textos interpolaciones, lo que provocó la necesidad de revisarlos periódicamente.

A pesar del gran interés por mantener en su pureza e integridad los textos, el número de escritos "santos" del Pueblo romano aumentó con el transcurso del tiempo, dada la natural tendencia de la literatura de semejante índole a proliferar. Con la finalidad de controlar la admisión de nuevos escritos dentro del canon oficial, se estableció un procedimiento riguroso, que se iniciaba con un senadoconsulto mediante el que se ordenaba a los *decemviros* la consulta de los *libri Sibyllini*; seguidamente aquellos emitirían una respuesta favorable o

---

(5) CÍCERÓN en *De divinatione* I. 72, por ejemplo, habla de unos *haruspiciini et fulgurales et rituales libri* de los etruscos; por su parte, Arnobio en *Adv. Nat.* II. 62, cita los *libri Acherontici*, también de origen etrusco; y Amiano Marcelino XXIII. 5.10, alude a unos *libri exercitiales*.

no a su admisión; y, finalmente, en caso de que su respuesta fuese favorable, se emitiría otro senadoconsulto con la finalidad de sancionar su reconocimiento oficial. Los libros de dudosa autenticidad eran destruidos, prohibiéndose su tenencia a los particulares.

Es importante resaltar que la señalada censura tenía un carácter excepcional y solo se llevaba a cabo cuando se planteaba una innovación importante en el culto del *Populus* romano, o cuando estaba en juego la transmisión del legado religioso de los antepasados. Si no mediaban estos altos intereses, la censura religiosa, como ya se ha avanzado, se realizaba por los magistrados civiles en el ejercicio de sus funciones.

Conforme Roma fue incrementando su Imperio y entrando en contacto con nuevos pueblos, se produjo una difusión de nuevos cultos exóticos –*externa superstio*– en los que sus habitantes pretendían encontrar la nota emotiva, intimista y personal que la antigua religión romana no podía ofrecerles.

Precisamente en los momentos difíciles –tiempos de sequía, de guerra o epidemia, por ejemplo– la *externa superstio* trascendía al exterior, provocando perturbaciones en la vida cotidiana y efectos desmoralizadores en la colectividad. Esas perturbaciones públicas se superaban tomando medidas de excepción que tendían a desarticular el aparato de los cultos exóticos: desalojo de sus fieles y dirigentes de lugares públicos, requisita de sus instrumentos rituales –entre ellos sus libros– para su solemne cremación en el Comicio, etc. Para ello actuaban los magistrados con poder de *imperium* y los ediles, dependiendo de la gravedad del caso (los pontífices solo intervenían con un carácter meramente consultivo), con gran independencia, pero siempre dentro del más riguroso respeto a la legalidad establecida, y al derecho a la *provocatio* (6) reconocido a

---

(6) En relación a la *provocatio ad populum*, considerada como un remedio ofrecido por el ordenamiento al ciudadano romano para consentirle reaccionar frente al magistrado que, violando la prohibición de *animadvertere in caput civis Romani iniussu populi*, le amenazase directamente a muerte, cfr., entre otros, RODRÍGUEZ ENNES, “La *provocatio ad populum* como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana”, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, p. 81 ss.; GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana* (3.ª ed.), Padova, 1997; Id., *Piccoli scritti di Diritto penale romano*, Padova, 2008; SANTALUCIA, *Derecho penal romano* (trad. española de Paricio y Velasco), Madrid, 1990, p. 47, nt. 1 y 2, para

los ciudadanos. Así se instauró la costumbre de la intervención por parte del poder público en los conflictos religiosos, que más adelante también llevarían a cabo los emperadores.

Si bien durante la República no existió una figura de delito religioso, sin embargo, desde la Ley de las XII Tablas se puede encontrar una normativa penal sobre la magia (7). La magia, aun ejercida con fines loables, siempre resultó sospechosa, y a lo largo de toda la historia romana fue perseguida progresivamente con encarnizamiento. Así, a las disposiciones que sobre la misma contenía la Ley de las XII Tablas, siguió la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (8), dictada en el año 81 a. C. en la época de Sila, destinada a castigar el asesinato por envenenamiento, pero que presentaba suficiente elasticidad en sus disposiciones como para poder extenderse también al asesinato por brujería o artes mágicas (9).

Por otra parte, la adivinación, carente en su origen de carácter delictivo, y distinta de la magia –por ser una ciencia especulativa, dirigida a indagar el destino y a conocer la voluntad de los dioses–, tendía a confundirse cada vez más con esta por el desarrollo y uti-

---

referencias bibliográficas; Id., *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (2.ª ed.), Milano, 1998, p. 25 ss., 31 ss., 36 ss., 52 ss., 70 ss., con amplias referencias textuales y bibliográficas.

(7) *Tab. VIII 8a: "qui fruges excantasi"*. RASCÓN GARCÍA y GARCÍA GONZÁLEZ, *La Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1993, en las observaciones al pasaje indicado, así como al 8b, señalan en la p. 87 que "los más antiguos romanos pensaban que, mediante encantamientos, se podía hacer pasar la cosecha a otras tierras, lo mismo que atraer o repeler las lluvias". Cfr. SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 61, nt. 1, para referencias bibliográficas respecto al uso de la magia en daño de las plantaciones; Id., *Diritto e processo*, cit., p. 58, nt. 44, con referencias textuales y bibliográficas.

(8) Cfr. D. 48.8. y C. I. 9.16.18. Sobre la *lex Cornelia*, cfr. CLOUD, "How did Sulla Style his Law de Sicariis?", en *Classical Review*, Oxford, 1968, p. 140 ss.; Id., "The primary purpose of the *lex Cornelia de Sicariis*", en *ZSS*, 86, 1969, p. 258 ss.; LINTOTT, "The Quaestiones de Sicariis et Veneficiis and the Latin *lex Bantina*", en *Hermes (Zeitschrift für klassische Philologie)*, 106, 1978, p. 125 ss.; SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 84 (con referencias bibliográficas sobre la ley en la p. 94, nt. 4); Id., *Diritto e processo*, cit., p. 145 ss.

(9) Respecto a la extensión de las penas previstas por la *lex Cornelia de sicariis* al ejercicio de las artes mágicas, *vid.* la referencia al senadoconsulto extensivo de la misma, contenida en *Coll. 15.2.1*. Cfr. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 209, nt. 78.

lización de algunas actividades similares a aquella, como por ejemplo, la necromancia (10). En los textos jurídicos del Imperio, los astrólogos, matemáticos, arúspices, etc., aparecen citados sin realizar discriminación alguna con magos y *venefici*, o agrupados con ellos bajo la denominación general e imprecisa de *malefici*.

Tampoco en época republicana se hacían las necesarias distinciones entre estos personajes con todo lo que difería de la religión oficial. Prueba de ello es la vaga y despectiva denominación ya citada de *externa superstitio*, que se daba tanto a las supersticiones extranjeras propiamente dichas, como a las genuinas creencias religiosas.

Por lo que se refiere a las cremaciones públicas de escritos realizadas en el período republicano, en las fuentes se hace referencia a tres: una correspondiente al año 213 a. C.; otra en el año 186 a. C.; y una tercera en el año 181 a. C.

La primera se realizaría durante la segunda guerra púnica. Encargado el pretor urbano de tomar medidas ante la situación de desconcierto provocada con motivo de tal acontecimiento, este convocó al pueblo, leyendo en su presencia un senadoconsulto mediante el que se le conferirían los poderes correspondientes, y promulgó un edicto en el que, juntamente con la prohibición de sacrificar en lugar público o sagrado con ritos nuevos o extranjeros, ordenaba la entrega inmediata de todos los libros de profecías, de las *precationes*, y de las *artes sacrificandi*. En esta norma se encontraría el germen de toda la legislación penal contra la magia, adivinación y religiones extrañas a la romana, que nutriría posteriormente las compilaciones jurídicas del Bajo Imperio.

La segunda ocasión en que presumiblemente se realizaría una cremación pública de escritos coincidiría con el episodio de las Bacanales (11).

---

(10) Sobre la necromancia, entendida como la acción de predecir el futuro por medio de la comunicación con los muertos, *vid.* en relación a algunos casos de textos antiguos del mundo romano en los que se narra la devolución de un cadáver a la existencia para consultarle, PÉREZ FERNÁNDEZ y SEGUIDO ALIAGA, "Suscitación de cadáveres con fines adivinatorios en el mundo romano", en *Sexo, muerte y religión en el mundo clásico* (Alvar, Blánquez y Wagner eds.), Ediciones Clásicas S. A., Madrid, 1994, p. 171 ss.

(11) Respecto a este proceso, desarrollado ante tribunales extraordinarios, *cfr.*, además de URUELA, "La represión de las Bacanales en Roma en 186 a. C.", en *Hispania Antiqua. Revista de Historia antigua*, núm. 4, Valladolid, 1974, p. 49 ss., el elenco bibliográfico citado por SANTALUCIA en *Derecho penal*

Cinco años más tarde se realizaría la tercera de las cremaciones solemnes ante el pueblo. Se trataba en este caso de dos *fasces* con siete rollos de papiro cada una, muy bien conservados, que se contenían en un arca de piedra cerrada con plomo, con una inscripción indicando que eran los libros de Numa Pompilio, y que fue encontrada

---

*romano*, cit., p. 73, nt. 4. Particularmente interesantes resultan también las apreciaciones que en relación al culto dionisiaco en el ámbito griego y romano realiza MURGA en *Rebeldes a la República*, 2.ª ed., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994. Según este autor, la agitación urbana de las bacanales del año 186 a. C. fue en realidad un movimiento de naturaleza muy peculiar. La protesta no procedía ya tan solo de la sufriente clase servil, sino de un extraño movimiento juvenil, ungido todo él con un no menos extraño tinte religioso, una exaltación nueva entre frenética y espiritual, en parte pacífica y en parte violenta. Los jóvenes romanos y más aún los más cultivados debieron llegar bien pronto a una toma de conciencia, tal vez no del todo reflexiva, de la necesidad de una generosa apertura de Roma frente al exagerado nacionalismo quirritario, en aquellos tiempos de grandeza y corrupción, de levantamientos serviles, de represalias y castigos ejemplares. En opinión de MURGA, aunque pueda haber algo de real en todas las acusaciones contenidas en el relato que Tito Livio hace del escándalo (desórdenes sexuales, placeres libidinosos en medio de la embriaguez más escandalosa, desvaríos lujuriosos, testigos falsos, falsificación de testamentos, envenenamientos y asesinatos secretos, unido todo ello a una mística frenética y alocada que ahogaba los gritos de los que eran muertos o estuprados en las reuniones nocturnas, junto con la presencia de la homosexualidad en las ceremonias dionisiacas), ni posiblemente hubo esos crímenes, ni fueron ciertas esas falsificaciones de testamentos, ni tampoco tuvo seguramente la revuelta ningún carácter especial de *coniuratio*, como parece querer decirnos el historiador Livio. Más bien estaríamos, en opinión de MURGA, en presencia de un fenómeno social complejo y poco comprendido, y en donde el terror de los senadores –como componente adulto de la sociedad– extremará las medidas rigurosas y durísimas del senadoconsulto castigador. Según MURGA, el culto de *Dionisios* (Baco), al que los jóvenes se sintieron naturalmente atraídos porque en él se encontraría la vida pletórica en toda su bella barbarie y porque en el mismo se entreveía una especie de futuro de la humanidad, más optimista y más alegre, atravesó primeramente una fase mágico-animística, para evolucionar posteriormente, como todas las religiones de la antigüedad, hacia una antropomorfización, y desembocar en su última fase de madurez mística en un frenesí orgiástico. Frente a las viejas religiones raquíticas y nacionalistas, el movimiento báquico ofrecía a sus adeptos una cosmovisión que los vinculaba con todos los hombres del mundo. Así, frente a las injustas concepciones de la sociedad conservadora, las nuevas generaciones vieron tal vez en Baco un Salvador y detrás de él un mundo sin clases sociales y sin guerras, un dios cercano que sufre y goza con los iniciados en su culto. Para MURGA, una sociedad cansada del escepticismo

en la finca de un tal Lucio Petilio –escriba de profesión– al excavarse una fosa. Siete de estos rollos eran latinos y trataban de derecho pontifical, y los otros siete eran griegos, y hacían referencia a temas

y madurada en la fragua del dolor es la madera seca en la que prende con voracidad el fuego de esos cultos y religiones monolátricas. La idea de una divinidad hecha a imagen y semejanza del hombre no es en realidad más que la plasmación de un vivo deseo de paz, de unidad y de individuación salvadora. Cada persona, libre o esclavo, maduro o joven, patricio o plebeyo, es absolutamente igual ante un dios joven que no entiende ya de privilegios de clase ni de religiones nacionalistas. Tal vez habría que pensar, según MURGA, que, al menos en un principio, las reuniones de los iniciados en el culto de Baco no tuvieron las características de lascivia e inmoralidad con las que se nos presentan en el discurso político del foro, pareciendo presidir esas primeras reuniones una tranquila paz campesina, con ritos esencialmente religiosos, madres acompañadas de sus hijos y gentes “como movidas por un dios”. Posiblemente los excesos y la corrupción aparecieron, en opinión de MURGA, en mayor o menor medida, mucho más tarde, quizá originados por aquella canalización de la inquietud juvenil, en donde la rebeldía iría dando un tono cada vez más acre y amargo a las reuniones; las reuniones báquicas debieron sufrir una progresiva evolución, acelerada tal vez por los mismos fenómenos políticos y sociológicos de la historia de Roma. Tras los primeros momentos de castigos ejemplares a consecuencia del senadoconsulto *de Bacchanalibus*, cuya repercusión fue gravísima, rápida y eficaz, la doctrina del culto báquico, con su claro sentido mesiánico, contagiaria, años más tarde, a los filósofos e ideólogos de Roma en momentos de expansión preimperial. En el año 181 a. C., el Senado ordenó una pública quema de libros –denominados por los historiadores con el insólito nombre de “libros de Numa”– por entenderlos como claramente peligrosos. Según MURGA, esos libros no eran sino tratados doctrinales de carácter neopitagórico, una especie de “filosofía mística eterealizada”. Años más tarde, entre el 173 y el 161 a. C., siendo cónsules Fabio Estrabón y Valerio Mesala, los pensadores considerados peligrosos fueron expulsados de la ciudad por disposición del Senado. Finalmente, para MURGA, en esta evolución que traza, la nueva burguesía romana, nacida al calor de un mayor nivel económico posbélico, probablemente contaminaría con un virus de perversión a un sector joven que intentaba luchar buscando a ciegas visiones ecuménicas. Ello, si fue realmente lo que ocurrió, explicaría, según MURGA, el rápido malogro y la íntima degradación sufrida en la etapa final del culto dionisiaco, vieja religión de la esperanza, convertida con el paso de los siglos –tal y como sus contemporáneos la ven y nos la transmiten– en un vulgar reducto de nigromantes, espiritistas, falsos taumaturgos y damas histéricas, es decir, como una sombra de lo que, en opinión de MURGA, efectivamente fue.

filosóficos. La noticia del hallazgo llegó a oídos del pretor urbano Q. Petilio, que le pidió los rollos descubiertos al escriba para leerlos, percibiendo entonces que contenían muchas cosas subversivas contra la religión, por lo que le comunicó su decisión de quemarlos, advirtiéndole que, si estimaba tener sobre ellos algún derecho, o consideraba la posibilidad de ser asistido para reclamar su devolución, hiciera uso de la *provocatio*, sin temor por ello a perder su amistad. El escriba, en consecuencia, reunió a los tribunos de la plebe y estos remitieron el asunto al Senado. Llamado a declarar, el pretor sostuvo estar dispuesto a afirmar bajo juramento que no convenía conservar aquellos libros. El Senado estimó suficiente la promesa del pretor y decretó que los libros fuesen quemados lo antes posible en el Comicio, proponiendo el pago de una indemnización a Lucio Petilio, que este no aceptó, y, en cumplimiento de lo ordenado, los libros fueron quemados solemnemente

A partir de la segunda mitad del siglo II a. C., a consecuencia de las influencias griegas, con las que aparecen en Roma nuevas ideas sobre el mundo, el hombre y los dioses, y con ellas el racionalismo, el escepticismo y un nuevo concepto de *humanitas*, se fue extendiendo un progresivo menosprecio por la religión de los antepasados, perdiendo fuerza la censura religiosa.

Se dictaron, no obstante, algunas providencias en su nombre, o, en su caso, en el de la moral y las buenas costumbres. Así, en el año 139 a. C., el pretor peregrino Cn. Cornelio Híspalo expulsó de Italia a los caldeos por el daño que causaban en el vulgo con la engañifa de sus horóscopos, y, con ellos, también a los judíos, por tratar de introducir el culto de Júpiter Sabazio. Otros dos casos importantes de delitos contra la religión, con sus matices políticos, y relacionados más o menos con la literatura, de que se dan cuenta en las fuentes, son, respectivamente, los de Q. Valerio Sorano, tribuno de la plebe, que en el 82 a. C. fue asesinado en Sicilia, probablemente por orden del Senado, por haber revelado el nombre secreto de Roma en su obra *Epoptides*, y el de Nigidio Fígulo, senador y pretor el año 58 a. C., desterrado por César y que murió en el año 45 a. C., al que se consideró como *sacrilegus* por la maledicencia de la gente y sus enemigos políticos, a consecuencia de sus conocimientos de adivinación, astrología e interpretación de los sueños.

En el ámbito de la libertad de expresión, durante la República, como se puede comprobar a través de las noticias que nos transmi-



ten CÍCERÓN y los literatos de finales de aquella época (12), existió una amplia libertad de palabra y pluma para expresar el pensamiento propio. El *Italum acetum* se vertía tanto en reuniones de tipo privado, como público. Además, circulaba una enorme cantidad de panfletos políticos en forma de discursos, epístolas, opúsculos y versos con las injurias y calumnias más atroces, dirigidas a los jefes de los diferentes partidos (13), siendo válido utilizar cualquier medio para desacreditar al enemigo, por entrar en las reglas admitidas dentro del juego político (14). En cualquier caso, según un sector

(12) Vid. Cic. *pro Cael.* 38 y *Juv. Sat.* 102-120.

(13) Sobre la literatura de panfletos cfr. BARDON, *La littérature latine inconnue, Tome I, L'èpoque republicaine*, Paris, 1952, p. 275 ss.

(14) Según MARRONE, "Considerazioni in tema di *iniuria*", en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, p. 475 ss., los romanos, tanto el pueblo llano como las clases elevadas de los últimos tiempos de la República y de los primeros siglos del Imperio, fueron irónicos y calumniadores, dispuestos siempre y sin recato ni respeto por nadie a la mofa y a la sátira, ridiculizando en cualquier forma (verbal y escrita, en prosa y en verso, recitando y escribiendo sobre muros) con escarnio defectos físicos y morales del adversario, del conocido y del amigo. Y si el ofendido no pensaba en acudir a la vía judicial, debe pensarse que el ordenamiento romano no reprimía, en principio, las ofensas a la reputación, al decoro, al honor. Según MARRONE, alguna de las manifestaciones a estas ofensas podrían justificarse objetivamente por la idea de la némesis, de modo que los antiguos podrían, en períodos buenos, provocar una desgracia o un hecho negativo para restablecer el equilibrio turbado y actuar la ley de la Némesis. De ahí la costumbre singular de los romanos de los versos fesceninos (que se componían con ocasión de eventos felices –buenas cosechas o fiestas nupciales– para alejar adversidades y desgracias, y que se caracterizaban por una particular despreocupación y licencia del lenguaje, pudiendo insolentar libremente a los festejados, poniendo de manifiesto sus defectos ocultos y sus graves debilidades) y los *carmina triumphalia* (recitados por los soldados en el día del triunfo solemne, que contenían graves insinuaciones lesivas de la reputación y el honor de la persona a quien se dirigían). CÍCERÓN, *Quaest. Tusc.* 4.2., recoge la afirmación de Catón sobre la costumbre existente en los convites, fiestas familiares y semipúblicas, de celebrar al son de la flauta las alabanzas y virtudes de los varones esclarecidos en forma de versos acomodados al canto y a la música; costumbre que, con el paso del tiempo, se transformó en una mutación decadente, pues los versos que antes alababan al amigo se pusieron después al servicio de las infamias, injuriando al prójimo inocente. MARRONE cree que este comportamiento de los romanos se fundaba no tanto en la intención de dañar la fama de la persona a la que se dirigían como en la exigencia de restablecer el equilibrio turbado, por lo que podría pensarse que la falta de



de la doctrina, el sistema republicano contó desde muy antiguo con las bases legales suficientes para poder llevar a cabo una enérgica represión de esos excesos; bases legales que el Principado no tuvo más que volver a retomar, para cortar dichos excesos de raíz.

Entre esas bases legales se cita un precepto de la Ley de las XII Tablas, en concreto, el VIII.1.b. (15), en el que aparentemente se

---

represión era consecuencia de la ausencia del elemento subjetivo (intención de ocasionar la ofensa) en el ofensor. Pero, como indica MARRONE, las fuentes literarias recogen alusiones y frases lesivas de la personalidad moral de la víctima, no pronunciadas con ocasión de motivos felices; así, aparecen frases lesivas del decoro de las personas pronunciadas durante banquetes (Hor., *Sat.* 1.4.86-89), en los baños públicos o en el foro (Hor., *Sat.* 1.4.75), en salas de tribunales en el curso de procesos privados (Hor. *Sat.* 1.7.20 ss.) y públicos (Suet., *Caes.* 22.49), etc., supuestos en los que la presencia de la gente era causa de incomodación para la persona que era objeto de escarnio. Estos comportamientos lesivos de la reputación y el honor de otras personas comienzan a ser reprimidos gradualmente por la intervención del pretor desde finales del siglo II a. C.

(15) *Tab.* VIII 1.b: *nostrae XII tabulae cum perpaucas res capite sanxisent, in his hanc quoque sancendam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri* (CIC., *de rep.* 4.10.12) (ap *Aug. de civit. Dei* 2.9). Vid. RASCÓN GARCÍA y GARCÍA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 21. En sus observaciones al precepto indicado, así como al párrafo anterior (*Tab.* VIII 1.a: *qui malum carmen incantassit*), p. 83, señalan que “algunos autores interpretan el primer fragmento como represión de los actos de encantamiento tendentes a atraer el mal sobre una persona, y otros como la de los libelos infamantes o deshonorosos. El segundo párrafo (1.b) parece más claro al tratar de proteger la estima pública de las personas de los versos o composiciones ignominiosas”. En relación a estos textos, cfr. bibliografía citada, entre otros, por SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 61, nt. 3; Id., *Diritto e processo penale*, cit., p. 59 y nt. 45; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el Derecho romano*, Valencia, 2002, p. 156, n. 390 y s. Para la noción de *iniuria* en las XII Tablas, y su evolución histórica, con particular atención al cometido del pretor –mediante la creación de una serie de acciones similares con fórmula *aestimatoria* (en sustitución de la pena pecuniaria fija de los preceptos decenvirales, que habría devenido irrisoria como consecuencia de la devaluación monetaria ocurrida en época republicana), tipificadas cada una de ellas por un *factum* ilícito y lesivo distinto, no referido solo a lesiones físicas, sino principalmente a lesiones morales– y de la jurisprudencia –que, a través de su *interpretatio* y generalización agrupó los diversos comportamientos lesivos del honor, la fama y la dignidad de las personas, junto con las lesiones físicas, bajo la rúbrica general de *iniuriae*, y extendió el primer edicto (*edictum generale de iniuriis aestimandis*), en origen referido solo a las

distinguirían dos delitos: la *occentatio* (interpretado como “cantar contra alguien”), y el *carmen condere quod infamian facet flagitiumve alteri* (“componer una canción”) (16). Para ambos se establecía la pena de muerte, entendiendo algunos autores que la gravedad de la pena encontraría su justificación en la circunstancia de que dichos delitos representarían algo así como “el asesinato de la reputación de una persona”; algo que sería mucho más grave que la *iniuria*, que implicaba un daño corporal.

Según estos autores, y por lo que al tema que nos ocupa se refiere, la Ley de las XII Tablas, a tenor de lo señalado, contaba con un precepto relativo a la difamación de palabra, susceptible de hacerse extensivo a la difamación por escrito en el momento en que el hábito de la lectura se extendiese en la sociedad, y, por ende, con la potencialidad de emplearse con fines censorios en la literatura (17).

---

lesiones físicas, a todos los casos de *iniuriae*– para adaptar la letra de la ley a la concreta realidad social a la que aquella debía ser aplicada, cfr., por todos, FERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 43 ss., con amplias referencias bibliográficas.

(16) Así lo entiende, por ejemplo, FRAENKEL (en la reseña a la obra de BECKMANN del año 1923, *Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, publicada en *Gnomon* 1, 1925, p. 185 ss.), apoyándose en un texto del Digesto de época posterior, D. 47.10.15.27, en cuyo último inciso se hacía referencia a componer por escrito (*conscribere*) breves composiciones poéticas (*carmen*), divulgar o publicar con carteles en lugares públicos o sobre monumentos (*proponere*) o entonar o recitar con voz modulada (*cantare*) escritos como sátiras o epigramas o dibujos esgrafiados (*aliquod*) lesivos para el honor de alguien (*laedere pudorem*), es decir, al *carmen famosum* o algo similar. Para SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 56 s.; Id., *Diritto e proceso*, cit., p. 59 y nt. 45, CICERÓN y Horacio –al igual que algunos autores modernos– habrían entendido erróneamente la expresión *malum carmen incantare* –en el sentido de composición o divulgación de un *carmen* difamatorio–, que en el origen se refería al pronunciamiento de fórmulas mágicas dirigidas a provocar la muerte de un hombre. Sobre las discusiones doctrinales en torno a ambos términos (*occentatio* y *carmen condere*), cfr. GIL, *op. cit.*, p. 144 ss.; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 165 ss.

(17) Respecto a esta tendencia interpretativa (difamatoria), que fue enunciada por MOMMSEN [vid. *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1889, p. 794 ss.; Id., *Derecho penal romano* (trad. esp.), Bogotá, 1991, p. 489 s.], y desarrollada por las aportaciones de USENER (“Italische Volkjustiz”, en *Rheinisches Museum für Philologie*, 56, 1901, p. 2 ss.) y FRAENKEL (reseña a la obra de BECKMANN del año 1923, *Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, cit.), y seguida por un gran número de romanistas, vid. FERNÁNDEZ PRIETO,

Partiendo del desconocimiento de si el señalado precepto de las XII Tablas fue aplicado alguna vez al pie de la letra, se suele citar como primer caso conocido de castigo a un escritor por difamación el del comediógrafo Nevio, que incluyó en algunas de sus piezas frases injuriosas contra los *principes civitatis*, y que, a consecuencia de ello, fue recluso en prisión por Metelo, cónsul en el año 206 a. C., por lo que parece improbable que se le aplicase dicho precepto de la Ley de las XII Tablas (18).

Con posterioridad a este caso, las fuentes nos transmiten otros dos de difamación producidos en una representación teatral, querrellándose contra los mimos, respectivamente, los ciudadanos Acio y Lucilio, y condenándose como resultado de sendos procesos al mimo que había injuriado verbalmente, pero no al que lo hizo por escrito. En ambos casos, el procedimiento seguido fue el establecido para la *actio iniuriarum* (19).

Al faltar un procedimiento penal contra los escritos difamatorios, se castigaban solamente las injurias verbales –así como también las calumnias, reguladas por la *lex Remmia de calumniatoribus* (20)–, explicable por la escasa difusión del hábito de lectura.

---

*La difamación*, cit., p. 157 ss. Frente a la misma, un importante sector de la doctrina, ya desde inicios de siglo, y basándose en la crítica filológica e histórica, por el contrario, cree que las XII Tablas no prevenían la difamación verbal ni escrita, y que el ilícito de la tab. 8.1 se concretaba únicamente en la pronunciación de fórmulas mágicas de encantamiento en perjuicio de otras personas. En relación a esta otra tendencia interpretativa (mágica) y sus defensores, *vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 161 ss., que se adhiere a esta hipótesis, por entenderla como más fiable y acreditada en la doctrina.

(18) En cuanto a los sucesos de que fue objeto el poeta Nevio, así como su posible interpretación por parte de la doctrina, *cfr.* MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, 1, Milano, 1979, p. 130 ss.

(19) Sobre la cláusula edictal referente a la difamación, comentada por Ulpiano en D. 47.10.15.25, *vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 197 ss. Respecto a la *actio generale de iniuriis aestimandis*, *vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 77 ss.

(20) Según GARCÍA CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, núm. 95, Santiago de Compostela, 1984; *Id.*, “Le crimen *calumniae* dans la *lex Remmia de calumniatoribus*”, en *RIDA*, 37, 1990, p. 117 ss.; *Id.*, “Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de «calumnia» en el derecho romano privado”, en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, 3, 1991, p. 127 ss.; *Id.*, “Naturaleza del proceso criminal de calumnia”, en *Libro Homenaje*

A partir de finales del siglo II a. C. se produjo un cambio importante. Al hacerse más frecuentes los libros, comenzaron a difundirse los panfletos políticos y cuando estos supusieron una incomodidad

a Ildefonso Sánchez Mera, Madrid, 2002, p. 45 ss., mediante la *lex Remmia* –cuyo texto no se ha transmitido ni siquiera fragmentariamente, por lo que resulta muy difícil su reconstrucción–, fechable en el año 91 a. C., se produciría la delimitación conceptual de la calumnia criminal, considerando como calumnia el hecho de realizar una *accusatio* ante una *quaestio* contra un reo que el acusador sabía que era inocente. Dicho concepto de calumnia aparecería configurado por dos elementos: uno objetivo, materializado en la absolución del reo (es decir, que al reo no se le impusiese la pena solicitada por el acusador, puesto que la *accusatio* sería jurídicamente falsa), y otro subjetivo, *dolus*, consistente en la intención por parte del acusador de causar un daño especial al acusado (el dolo podía ser excluido de la conducta del acusador cuando en el proceso por calumnia se apreciase que había obrado con *iustus error* o por *temeritas*). En cuanto a la justificación del juicio criminal de calumnia, antes de la *lex Remmia* no era posible acudir al procedimiento acusatorio ordinario para sancionar la calumnia, por lo que tampoco era posible sancionar al acusador doloso con una pena criminal. Solamente se arriesgaba el *calumniator* a sufrir una pena pecuniaria, que se lograría mediante el ejercicio de las acciones edictales (*actio in factum* con sanción al cuádruplo durante el año, y después al *simpulum*, ejercitable en los supuestos en que se hubiese acusado por dinero calumniosamente). La insuficiencia de la simple sanción económica para reprimir conductas tan graves como las de los calumniadores haría sentir la necesidad de completar ese vacío del ordenamiento jurídico romano con la introducción de un procedimiento criminal, que aparecería regulado por la *lex Remmia*, y en el que se pudiera aplicar al acusador calumnioso una sanción adecuada. Por otra parte, la calumnia criminal y su sanción por la *lex Remmia* guardan una íntima relación con el procedimiento acusatorio, sus posibles imperfecciones y los abusos que en él se originaron en época republicana. Así, al encontrarse basado el sistema procesal en la libre acusación, ello permitió que apareciese un gran número de acusadores; el pretor de la *quaestio* no podía rechazar sin fundamento jurídico las acciones criminales entabladas ante él, obligándole el sistema establecido a admitir tales acciones una vez cumplidos los requisitos legales, con independencia de que tuvieran o no un fundamento real; se permitía al acusador abandonar la causa una vez iniciada, y también resultaba posible que un nuevo acusador la plantease de nuevo; existía asimismo la posibilidad de que un reo absuelto pudiese ser nuevamente acusado por el mismo o distinto acusador. Precisamente como consecuencia de estas peculiaridades del sistema acusatorio romano surgirían una multiplicidad de acusadores calumniosos, ante los cuales los acusados no contaban con un medio eficaz para defenderse. Las nuevas circunstancias de la sociedad romana harían que, con demasiada frecuencia, la acu-

o un peligro en regímenes políticos de fuerza y totalitarios, como por ejemplo ocurrió en la época del dictador Sila, los emperadores tomaron las medidas necesarias para reprimirlos.

sación y el proceso mismo se convirtieran en un medio válido para intimidar y dañar a los adversarios. Por lo que se refiere a los verdaderos móviles que impulsaban al ciudadano romano a ejercer su derecho a acusar, cabe señalar que los acusadores no desempeñaban su función pensando solamente en la utilidad que reportaban a la *res publica*, sino que, tanto la defensa como la acusación, en las causas importantes, era solicitada por los motivos más diversos: acusadores que trataban de inferir daños a sus adversarios utilizando el proceso; acusadores excesivamente jóvenes, con lo que ello implicaba de imprudencia al acusar; ciudadanos que deseaban medrar solamente mediante las acusaciones; acusadores deseosos de obtener una participación en los bienes de sus reos. Ante este panorama, a través de la *lex Remmia* se creó, mediante su regulación, el proceso criminal por calumnia, en el que era posible respetar el derecho a la libre acusación y sancionar a posteriori los abusos de los acusadores. El citado procedimiento por calumnia, regulado por la *lex Remmia*, que fue introducido por la vía de la práctica procesal en el derecho local y provincial, hipotéticamente se iniciaría o bien a instancia del reo calumniado, o bien por el propio magistrado o por un tercero ajeno al proceso principal, si bien estos dos últimos casos no pueden estimarse más que como meras conjeturas. La solicitud por parte del reo calumniado para que se juzgase la calumnia de su acusador debía realizarse antes de que finalizase el proceso principal, y posiblemente en el inicio mismo del procedimiento principal. Dicho proceso por calumnia tenía lugar *praesente accusatore*, pues también en él regía el principio *ne absens damnetur*. También en relación con el *reus*, pese a la inicial solicitud (de realización de dicho proceso por calumnia), el proceso criminal contra el acusador solo tenía lugar cuando el reo resultaba efectivamente absuelto; si era condenado decaía su solicitud de una *poena calumniae* para el acusador. La absolución del reo, que no implicaba la condena automática del acusador, al menos mientras que la calumnia se mantuvo en su originario sentido subjetivo doloso, se configuraría por la *lex* como una *condicio iuris* a la que se subordinaba la instauración de un proceso por calumnia contra el acusador. En cuanto a la competencia para entender de estos asuntos, la *lex Remmia* no creó una *quaestio* específica para juzgar los supuestos de calumnia, siendo el mismo tribunal ante el cual se había producido la acusación pretendidamente calumniosa el llamado a resolver la *calumnia accusatoris*. En provincias la competencia para sancionar la calumnia se atribuía al *praeses provinciae*. Mediante la sentencia del proceso de calumnia únicamente se resolvía la *quaestio facti*, es decir, el tribunal únicamente se limitaba a efectuar un pronunciamiento sobre la existencia o no existencia de la calumnia en aquella acusación que el acusador –convertido en *reus* del proceso por calumnia– no había logrado demostrar; la pena era cuestión

De la época de Sila datan dos leyes importantes en las que, según un sector de la doctrina, se trataba la cuestión de la persecución

legal y venía fijada por la *lex Remmia*. Respecto a la naturaleza jurídica del proceso criminal de calumnia, sobre su posible calificación como juicio público o extraordinario, cabe indicar que la calumnia cometida en un proceso público se juzgaba en un proceso también público; mientras que la cometida en un proceso extraordinario se juzgaba –y sancionaba– también de forma extraordinaria. Solo en el primer supuesto sería de aplicación la *lex Remmia*, sin que deba excluirse la posible influencia de esta ley sobre los procesos extraordinarios de calumnia. Por lo que se refiere a la sanción establecida por la *lex Remmia*, es de indicar que la *poena calumniae* consistiría en la “retorsión de la pena”, es decir, que el condenado por calumnia lo era a sufrir aquella misma pena que tendría que padecer el *reus* calumniado, en el supuesto de que hubiera resultado condenado por el crimen que le imputó el *calumniador*. A los *calumniatores* se les privaba por la *lex Remmia* del derecho a acusar, salvo en aquellos supuestos en los que con la nueva acusación tratasen de perseguir una ofensa personal o la muerte de un pariente próximo. Para asegurar la eficacia de esta prohibición, y al mismo tiempo denunciar públicamente la calidad moral y social del calumniador, la *lex Remmia* habría previsto que el condenado por calumnia fuese marcado con una “K” en la frente, quedando la imposición de esta pena accesoria a la discrecionalidad del magistrado. Como consecuencia de la condena por calumnia, a los calumniadores se les irrogaba la infamia. Probablemente el régimen de la *lex Remmia* se mantuvo vigente durante la época imperial. La regulación establecida por dicha ley fue desarrollada y completada por el senadoconsulto Turpilano, del año 61 a. C., incluyendo también como sancionables con la misma pena prevista para el acusador calumnioso una serie de supuestos nuevos, que no aparecían contemplados en la ley, pero que eran aproximables al concepto de calumnia, en concreto, los del fautor y el instigador de la acusación calumniosa. La interpretación posterior del senadoconsulto, por presumible obra de los juristas, habría extendido la sanción de este a los supuestos en que el instigador o el fautor se servían de una persona interpuesta para solicitar al *accusator*. En todos los supuestos estas conductas eran sancionadas cuando el acusador-mandatario no lograba probar la acusación intentada, y esta posteriormente era declarada calumniosa en el correspondiente proceso. Respecto a las personas que podían figurar como acusadoras sin incurrir en el riesgo de calumnia –las denominadas *personae exceptae*–, se pueden apreciar dos categorías: la primera, basada en la relación personal y directa del acusador con la víctima del crimen acusado, en la cual se encontrarían los supuestos del padre o de la madre que acusan la muerte de su hijo, o del hijo que persigue la muerte de sus padres, así como el supuesto del *heres extraneus* que persigue la muerte del causante sobre la base de la sospecha que él mismo le comuni-

de los libelos desde los planos privado y público: la *lex Cornelia de iniuriis*, y la *lex Cornelia maiestatis*.

có acerca de su propia muerte; la segunda, la de aquellos supuestos en los que el crimen acusado afectaba personalmente al acusador, como ocurría en el caso del padre y el marido de la mujer presuntamente adúltera, que podían acusar el adulterio de esta *-intra dies sexaginta divortii-* sin incurrir en riesgo de calumnia. Estas excepciones probablemente aparecerían recogidas en el senadoconsulto Turpiliano, tratándose con ellas de atemperar los riesgos de la calumnia en aquellos casos en que se reconocía justamente que el acusador no había podido valorar fría y reflexivamente su acusación. En relación a la calumnia y la *lex Remmia*, cfr., además del elenco bibliográfico citado por SANTALUCIA en *Derecho penal romano*, cit., p. 95 nt. 6, 129 nt. 10 y 144 nt. 2, los trabajos de CENTOLA titulados *Il "crimen calumniae". Contributo allo studio del proceso criminale romano*, Napoli, 1999 (recensión de Garofalo en *Labeo* 48, 2002, p. 121 ss.), y "Alcune osservazioni in tema di «calumnia» nel proceso privato romano dalla repubblica al principato", en *SDHI*, 66, 2000, p. 165 ss. Sobre la posible relación entre el título edictal *de calumniatoribus* con la *lex Remmia de calumniatoribus*, consideradas como dos medidas complementarias que se enmarcan en una misma política de represión de la calumnia –puesto que con la última se sanciona el *crimen calumniae*, y con la acción edictal el *lucrum* que podía mediar en la acusación calumniosa–, que probablemente fueran introducidas en torno al año 91 a. C., cfr. GARCÍA CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del Edicto perpetuo: De calumniatoribus*, Monografías de la Universidade de Compostela, núm. 182, Santiago de Compostela, 1994, p. 71 ss. En relación con esta obra, cfr., entre otras, la recensión de Hans-Dieter SPENGLER, publicada en *ZSS*, 1997, p. 593 ss. Según FERNÁNDEZ BARREIRO, en su prólogo al mencionado *Ensayo*, cit., de GARCÍA CAMIÑAS, p. 12 s., "el concepto de calumnia con que opera la *lex Remmia* se refiere al hecho de que un acusador plantee ante una *quaestio* dolosamente una acusación infundada contra el reo de que conoce su inocencia; la absolución del *reus* proporciona, así, el elemento objetivo de la calumnia, al quedar patente la falta de fundamento de la acusación, pero la condena del falso acusador como *calumniador* sólo se produce si en el *iudicium calumniae* correspondiente se aprecia que hubo dolo en su comportamiento procesal al plantear la acusación, con el propósito de causar un perjuicio al acusado. Los componentes éticos en que se sustenta la normatividad sustantiva y procesal en la política del derecho que impulsa la jurisdicción pretoria, apreciados en materia de dolo procesal, condujeron a trasladar al ámbito del proceso privado el concepto de calumnia, siendo a tal efecto introducidas en el Edicto diversas medidas para su represión. El edicto *de calumniatoribus* (*EP. Tit. IX*) debía contener el anuncio de la *actio* que Gayo presenta como *iudicium calumniae*, el *iusiurandum calumniae* y la *actio in factum* contra quien actuó *calumniae causa* por percibir alguna ventaja económica, única acción que se conserva en el Digesto (3.6)".



Por lo que se refiere a la primera (21), se suele citar en relación a la misma un comentario de Ulpiano que aparece recogido en D. 47.10.5.9-11 (22), en los que, en opinión de algunos autores (23), claramente se hace referencia a los libelos difamatorios, aunque en un lenguaje jurídico propio del Imperio, indicándose que los términos de la ley son precisos y rigurosos respecto a la pena establecida de "intestabilidad" (24), que entrañaba no solo la incapacidad para deponer como testigo, sino también la de hacer testamento, tanto para el escriba, como para su autor, y para quien lo entregase al escriba para ser copiado ("*scripserit*", "*composuerit*", "*ediderit*").

(21) Respecto a esta ley, *vid.* SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 84, y referencias bibliográficas en p. 94, nt. 4; Id., *Diritto e proceso*, cit., p. 151 ss. y 212; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 116 ss. Precisamente con la *lex Cornelia* se produjo el problema de la concurrencia de los dos medios de sanción: la *actio iniuriarum* pretoria –acción privada del edicto– y la *quaestio de iniuriis* –juicio público de la ley Cornelia–, planteándose la cuestión de determinar si los supuestos de hecho previstos por la ley Cornelia podían igualmente hacer nacer la acción pretoria de injurias y, en caso afirmativo, si se podría sucesivamente obtener el pronunciamiento de una pena por la jurisdicción criminal y la condena del demandado a una indemnización por los tribunales civiles. Para esta cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 132 ss. y 380 ss., con referencias doctrinales.

(22) Para las distintas interpretaciones doctrinales ofrecidas en relación a estos textos, remitimos a FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 221 ss.

(23) Como por ejemplo es el caso de MANFREDINI, "L'iniuria nelle XII Tavole. *Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*", en *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid, 1984, p. 809 ss.; Id., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 230 ss.; Id., *La diffamazione verbale*, cit., p. 205 ss.; y MUCIACCIA, "In tema di repressione delle opere infamanti (Dio 55,27)", en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 5, Milano, 1984, p. 71 ss., que, basándose en D. 47.10.5.9., entienden, con distintas matizaciones, que la *lex Cornelia*, además de los tres casos que se nos señalan en las fuentes (*pulsare*, *verberare* y *domum vi introire*), habría contemplado también el supuesto de la difamación escrita, disponiendo, en caso de condena, la pena accesoria de intestabilidad. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende, también con distintas matizaciones, que no fue la ley Cornelia, sino un senadoconsulto posterior el que estableció o extendió la pena de *intestabilitas*. Cfr. al respecto LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el edictum de ademptata pudicitia*, Valencia, 1999, p. 63, nt. 126.

(24) Respecto a la polémica doctrinal sobre la cuestión relativa a la pena prevista por la ley Cornelia, *vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 128, nt. 302.



Tanto esta ley, como la *actio iniuriarum* –para manifestaciones verbales; susceptible también para las befas de la comedia (25)– servirían para proteger en aquel período histórico tanto el honor de los particulares, como de los magistrados que hubieran sufrido críticas insultantes tras salir del cargo desempeñado.

(25) En relación con la difamación escrita –ilícito este que fue en origen subsumible en el *edicto ne quid infamandi causa fiat*, y, por tanto, objeto de represión ordinaria privada–, es frecuente encontrar en los testimonios literarios de la última época republicana argumentos apologéticos y legitimantes de la difamación –no dar publicidad a los escritos difamatorios, emplear la difamación como legítima defensa, derecho a decir verdades sobre el *indignus*, etc.–; argumentos que, teniendo en cuenta que la *actio iniuriarum ex edicto ne quid infamandi causa fiat* era concedida por el pretor tras una *animadversio* o *causae cognitio* y el carácter *in bonum et aequum concepta* de aquella, probablemente fueran apreciados por el pretor para conceder o denegar la acción y por el juez privado para absolver al difamador cuando se verificase que el difamado era un culpable. *Vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación*, cit., p. 220 s. Sobre algunos de los argumentos apologéticos y legitimantes de la difamación, cfr. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., p. 178. Según este autor, *op. cit.*, p. 203 s., es posible que en la aplicación de estas reglas se favoreciesen los personalismos y se protegiesen intereses particulares y de clase, y que se otorgase la máxima tolerancia a la difamación, no recogiendo en las fuentes ningún caso de aplicación de la *actio iniuriarum ex edicto ne quid infamandi causa fiat* por difamación escrita. Para MANFREDINI, la *actio* dirigida contra el difamador podría prosperar cuando el escrito difamatorio presentase las siguientes características: no circulaba en ámbitos restringidos, sino que era vendido en librerías; no era recitado en privado, sino en público; se trataba de un escrito a cuya *licentia* el autor no pudiese contraponer su *virtus*, ni esta a la improbidad del difamado; que se tratase de un escrito que no fuese respuesta a una precedente difamación; o un escrito cuyo autor no pudiese alegar la protección de los *prudentes*. Otros casos sancionables se encontrarían recogidos en *Gai.* 3.220, que concedería acción cuando un *libellus* o *carmen* era compuesto *ad infamiam alicuius*; D. 47.10.5.9-11 (ya citados), y D. 47.10.6, que se refieren al supuesto de escritura, composición o publicación de un *liber ad infamiam alicuius pertinens* o de *epigrammata aliudve quid in notam aliquorum*; y D. 47.10.15.44, que para el caso de un esclavo *infamatus sit vel facto aliquo vel carmine scripto*, dispone que el pretor tendrá en cuenta, para conceder o denegar la acción, tanto la injuria que se dice cometida como la persona del esclavo contra quien se dice cometida.

Mediante la *lex Cornelia maiestatis* (26) se penalizaría el delito de lesa majestad (27). Aun a pesar de la falta de testimonios suficientes, algunos autores suponen que probablemente serviría para castigar de algún modo en época republicana las injurias verbales o escritas vertidas contra las autoridades públicas.

Siguiendo el concepto que de lesa majestad proporciona CÍCERÓN, al señalar que "disminuir la majestad es suprimir algo de la dignidad o del prestigio o de la potestad del pueblo o de aquellos a quienes el pueblo dio la potestad" (28), considerando la *maiestas* como el "menoscabo de la debida consideración al pueblo romano y sus representantes" –frente a la *perduellio*, que implicaría "hacer peligrar de hecho la seguridad del *Populus*" (29)–, se llega a la conclusión de

---

(26) A través de esta *lex Cornelia de maiestate* se amplió y precisó el alcance de la *quaestio de maiestate*, instituida por la *lex Appuleia*, que prohibía bajo amenaza de pena capital diversas especies de atentado cometido por cualquiera contra la independencia, la seguridad, el prestigio del *populus Romanus* y de sus órganos fundamentales, incluyendo algunas violaciones contenidas en los términos de la antigua *perduellio* y de la misma *proditio*. Vid. SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 83, y referencias bibliográficas en p. 93, nt. 4; Id., *Diritto e proceso*, cit., p. 143 s.

(27) Sobre el crimen de lesa majestad en época republicana, que solía acompañar como acusación accesoria a otras, cuando no era ella misma la principal, cfr. GUNDEL, "Der Begriff *maiestas* im politischen Denken der römischen Republik", en *Historia. Revue d'histoire ancienne*, 12, 1963, p. 263 ss.; BAUMAN, *The crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustean Principate*, Johannesburgo, 1967; GUIZZI, "Sul crimen *maiestatis*", en *Labeo* 19, 1973, p. 219 s.; GAUDAMET, "*Maiestas populi Romani*", en *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1964, p. 699 ss.; DE CASTRO-CAMERO, *El crimen maiestatis a la luz del Senatus consultum de C. Pisone Patre*, Sevilla, 2000.

(28) *De invent.* II 17.53.

(29) Así lo entiende GIL, *op. cit.*, p. 153 ss. Según este autor, *op. cit.*, p. 154 s., "la *maiestas* no es en su origen un concepto de derecho público, sino un sentimiento, y como tal impreciso y flotante, del honor y dignidad del pueblo romano. Como tal es muy probable que tenga un origen aristocrático y no popular en contra de lo que creía Mommsen, para quien este sentido de la «mayor consideración» o «elevada posición» lo habría recabado el pueblo para sí y sus representantes, los tribunos de la plebe, frente a la *potestas* de los magistrados, habiéndose extendido a éstos a partir de la *lex Hortensia* (286 a. C.). Lo más verosímil, empero, es el proceso inverso: la *maiestas* correspondería en un principio a los magistrados, y así en un pasaje de Tito Livio (459 a. C.) –III 24.9– los cónsules aluden a su *maiestas* frente a los tribunos de la plebe, y de ellos se extendería al pueblo y al esta-

que la injuria realizada contra el pueblo romano, o aquellos de sus representantes a los que aquel había cedido parte de su potestad, se revistió de especial gravedad, castigándose tales conductas como delitos de lesa majestad por las leyes correspondientes, y, entre ellas, la aquí indicada.

## II. LA SITUACIÓN DURANTE EL SIGLO I D. C.

Avanzando en el tiempo, se produjo un cambio importante en el siglo I d. C. en relación a la antigua "*libertas*" republicana. El término "libertad" ahora se presenta inseparablemente unido a la "*securitas*" de los ciudadanos, es decir, a la posibilidad de desarrollar en paz y sin peligro el curso de su vida privada. Por "*securitas*" se entiende la facultad de expresar el propio pensamiento sin riesgo (30).

No obstante, lo que en época republicana se daba por descontado, a partir del siglo I solo será posible en contadas ocasiones, pudiéndose apreciar durante esta época toda una serie de efectos coactivos e inhibitorios en el medio ambiente político-social sobre los hombres de letras, que dieron lugar a una decadencia de la literatura y artes en general en el Imperio.

Preguntándose por las supuestas razones de la decadencia de la retórica en la primera mitad del siglo I d. C., un anónimo autor de un tratado titulado "*Sobre lo sublime*", fechado hacia el año 40, aparte de la falta de libertad –en relación a la que señala: "por vivir en servidumbre, aunque ésta sea justa"–, indica como tales también el relajamiento moral, el afán de lucro, la búsqueda ansiosa de placeres, y la *pax Romana*, es decir, el imperturbable orden público.

Según el anónimo autor, la *pax Romana*, que aparece como resultado del régimen imperial, al hacer desentenderse a los ciudadanos de los negocios públicos, los vuelve egoístas, los induce a concentrarse en sus vidas privadas, y favorece el afán de placeres y

---

do romano, conforme se fueron agrandando sus fronteras y adquiriendo sus gentes conciencia de superioridad frente a las demás naciones".

(30) Sobre la evolución de la libertad y de su concepto en Roma, cfr. VON LUEBTOW, *Blüte und Verfall der römischen Freiheit*, Berlin, 1953; WIRSZUBSKI, *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*, Cambridge, 1950; BERINGER, s.v. "Princeps", en PW, p. 2080 ss.

riquezas, el cual, por someter a los hombres del momento al yugo de sus pasiones y corromper sus naturalezas, completa el círculo vicioso, haciendo de ellos seres más dignos de ser mandados, que de mandar. De ahí que su servidumbre pueda llamarse "justa".

Las palabras transcritas se escribieron quizá poco después de la muerte de Calígula, momento de gran exaltación ante las nuevas perspectivas de libertad, en el que se pensó incluso en restaurar el antiguo régimen republicano. Ya a finales del siglo I, tras el largo período de opresión y tiranía de Domiciano, todos los ciudadanos eran plenamente conscientes de las renunciaciones que implicaba el sistema imperial.

También en sentido crítico, Tácito, en el prólogo de sus *Historias*, se queja de que, después de la batalla de Acio, el desconocimiento de la política, unida al odio y a las simpatías partidistas, indujese a los nuevos historiadores a atentar contra la verdad (31).

El antiguo historiador encuentra asimismo en la *pax Romana* el origen de la decadencia de la retórica (32), señalando de forma expresiva y clara: "De la misma manera que nuestros cuerpos crecen lentamente y se extinguen con rapidez, se puede oprimir a los talentos y a los estudiosos con mayor facilidad que darles vida. Pues el placer de la inercia acaba por apoderarse de uno, y se termina amando la desidia que en un principio resultaba odiosa" (33). En definitiva, la "*inertiae dulcedo*" sería la verdadera causa de la decadencia de las letras en el Imperio.

Otro autor, Plinio, contemporáneo y amigo de Tácito, se pronunció en sentido parecido en algunas de sus cartas (34). Según Plinio,

(31) Tácito, *Hist.* I 1.

(32) Tácito, *Dial. de or.* 36-37.

(33) Tácito, *Agrícola*, cap. III.

(34) Plinio, *Ep.* VIII 8-10: "Nosotros también hemos visto la curia, pero una curia temblorosa y sin lengua, puesto que el decir lo que se quería era peligroso, y triste decir lo que no se quería. ¿Qué es lo que entonces se pudo aprender, si al Senado se le pedía o una pasividad extrema o una extrema injusticia; si, manteniendo como juguete o como víctima, jamás daba decretos serios, con frecuencia los daba tristes? Los mismos males los hemos visto como senadores, y llevando ya nuestra parte de desgracias durante muchos años, en los que nuestros ingenios quedaron para el futuro embotados, rotos, deformados. Breve es el tiempo –pues tanto más breve resulta, cuanto más feliz es– en el que deseamos saber qué somos y practicar lo que sabemos".

durante aquellos tristes años de tiranía, los hombres no podían vivir con autenticidad su propia naturaleza, ni desarrollar sus facultades, ni saber siquiera cuáles eran sus aspiraciones.

A la referida acción indirecta sobre los hombres de letras hay que sumar la acción censoria desarrollada por los emperadores, que, *mutatis mutandis*, prosigue por los cauces trazados en época republicana en materia religiosa y social, con la importante salvedad de la aparición –y esta es la novedad del siglo en el tema que nos ocupa– de una censura política, implicada en ciertos aspectos con las anteriores, hasta el punto de no poderse separar bien. La *lex maiestatis* (35), tanto más temible ahora al haber acaparado el *princeps* en su persona toda la *maiestas* (36), se empleará implacablemente para ahogar en germen cualquier oposición al régimen. Toda crítica oral o escrita a los agentes de la autoridad imperial o a los personajes de la Corte imperial podrá ser cortada de raíz mediante la *lex Cornelia de iniuriis*, aplicada con gran rigor, por cuanto interesa al

---

(35) Cfr. BAUMAN, “*Impietas in Principem. A Study of Treason against the Roman Emperor with special Reference to the First Century A. D.*”, en *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 57, 1974. Para la *lex de maiestate* en esta época concreta, cfr. las referencias bibliográficas cit. por SANTALUCIA en *Derecho penal*, cit., p. 124, nt. 2.

(36) El *crimen maiestatis*, que surgió como un delito “contra el pueblo romano y su seguridad”, fue asumiendo con el cambio operado en la realidad política el carácter de delito contra el príncipe, supremo depositario del *imperium* y personificación del estado mismo. Naturalmente, la aplicación del concepto de *maiestas*, vago e indeterminado, sufrió toda una serie de variaciones en el curso de la edad imperial, según la actitud asumida por los particulares príncipes y las tendencias dominantes en las diversas épocas. Así, se incluyeron progresivamente dentro de esta figura, además de los atentados a la vida del emperador y las conjuras o sediciones dirigidas a derrocarlo (cfr. *Paul. Sent.* 5.29.1), las ofensas a su dignidad con palabras o con escritos ultrajantes o difamatorios (cfr. *Paul. Sent.* 5.29.1), la violación de las estatuas y de las imágenes que le representaban (cfr. D. 48.4.6; D. 48.4.7.4; D. 48.4.4.1; D. 48.4.5), el uso de prácticas mágicas para conocer su futuro o el de su familia (cfr. *Coll.* 15.2.3; *Paul. Sent.* 5.21.3), el rechazo a realizar sacrificios a su efígie y de prestar juramento *per genium principis* (hipótesis esta que constituía el normal fundamento de persecución de los cristianos). *Vid.* SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 118 s., con referencias bibliográficas en p. 128, nt. 10; *Id.*, *Diritto e proceso*, cit., p. 256 s.; DUPLÁ ANSUATEGUI, *Videant consules. Las medidas de excepción en la crisis de la República romana*, Zaragoza, 1990, p. 195 ss.

*princeps* justificar su severidad contra las lesiones a su persona. La censura religiosa, al revestir el emperador carácter divino (37), se irá haciendo cada vez más estricta, a la par que la represión de la adivinación y las artes ocultas, cuyos peligros políticos se ponen de relieve más que nunca. Por ello, la consulta de *principis salute* a los adivinos será penada con la muerte, y los astrólogos serán una y otra vez objeto de destierros y persecuciones. El emperador recabará para sí, amparado en su título de *pontifex maximus*, el alto control –ejercido anteriormente por el Senado– sobre los libros adivinatorios del estado romano. De ahí la realización de nuevos expurgos, negativas a ampliar el canon oficial y una rigurosa custodia de los oráculos sibilinos.

La magia, al ir en aumento la superstición, se castigará con creciente dureza, siendo curioso observar cómo los procesos de lesa majestad se implican con frecuencia con acusaciones de ejercicio de malas artes. Y como el concepto de magia, al igual que el de lesa majestad, es muy elástico, se puede comprobar que puede ampliarse hasta constituir un delito de tipo religioso, que a su vez se deja sin definir con precisión, para poder, llegado el caso, recurrir a él cuando interese atajar la propagación de religiones nuevas, peligrosas para la seguridad del estado. Así, en época de los Severos, la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* se aplicará a los fundadores y propagandistas de religiones nuevas.

Todo este mecanismo represivo quedará al arbitrio del emperador.

No obstante lo indicado, las formas se guardarán ocasionalmente, y corresponderá al Senado ordenar –por sugerencia directa o indirecta del emperador– la pública cremación de escritos, así como dictar la sentencia correspondiente contra sus autores, siguiendo el procedimiento tradicional, aunque estas atribuciones censorias eran más aparentes que efectivas, versando la auténtica censura senato-

---

(37) Desde Augusto, maestro de la propaganda y del uso de los recursos que ofrecía la religión en su favor, se construyó un modelo de divinización progresiva del emperador y sus antepasados, que se institucionalizó en el culto imperial. Cfr. al respecto, ZANKER, *Augusto y el poder de las imágenes*, Madrid, 1992; Id., “Il mondo delle immagini e la comunicazione”, en *Storia di Roma dall’antichità a oggi. Roma antica* (a cura di Giardina), Roma-Bari, 2000, p. 211 ss.

rial, por una ironía de los tiempos, sobre la persona misma del emperador ante el inapelable tribunal de la Historia, realizada a través de la *damnatio memoriae*, decretada respecto de los emperadores de execrable recuerdo (38).

Si nos preguntamos por la política censoria concreta seguida a grandes rasgos por los emperadores más significativos del siglo I, cabe señalar que Augusto, por una parte, alentó la literatura oficial con la finalidad de alabar las excelencias del nuevo régimen por él instaurado, que se concretaban en la paz imperturbable, la prosperidad general, la consolidación del Imperio, y la restauración de la "ancestral y antigua forma de República" por la que quería hacer pasar su nuevo sistema de gobierno (39); por otro, intentó impedir que se alabase la antigua libertad perdida, o que se llamase la atención sobre las particularidades del nuevo régimen que pareciesen encontrarse en pugna con lo que hasta aquel entonces fue tenido como esencia misma de lo romano (40).

Durante la primera etapa del principado de Augusto se puede apreciar la existencia de ciertas libertades, aunque suavemente

---

(38) Mediante la misma se producía, como es sabido, la identificación del *defunctus* con la *memoria defuncti*, e implicaba que los descendientes directos del condenado no pudiesen llevar su nombre, que borraba la piqueta de cuantas inscripciones lo contenían, destruyéndose además todas sus imágenes y estatuas. Con la mencionada pena se encontraba relacionada la *recissio actorum*, consistente en la destrucción de las *acta* imperiales, es decir, de los *decreta*, *edicta* y *rescripta* dictados por un emperador a quien se declaraba enemigo público, bien en vida o después de muerto.

(39) Los encargados de ensalzar los nuevos ideales fueron los poetas del círculo de Mecenas, Virgilio, Propertio, Honorio, Ovidio y el historiador Tito Livio.

(40) Sobre las características del nuevo régimen cfr., entre otros, KUNKEL, "Ueber das Wesen des augusteischen Prinzipats", en *Gymnasium. Zeitschrift für Kultur der Antike und humanistische Bildung*, 68, 1961, p. 353 ss.; FADINGER, *Die Begründung des Prinzipats. Quellenkritische und staatsrechtliche Untersuchungen zu Cassius Dio und der Parallelüberlieferung*, Bonn, 1969; JONES, *Augustus*, London, 1970; SIRAGO, *Principato di Augusto. Concentrazione di proprietà e di poteri nelle mani dell'imperatore*, Bari, 1978; GUIZZI, *Il principato tra "res publica" e potere assoluto*, 1974, reimpr. Napoli, 1989; Id., *Augusto. La política della memoria*, Roma, 1999; LEVI, *Augusto e il suo tempo*, Milano, 1986; TONDO, *Crisi della Repubblica e formazione del Principato in Roma*, Milano, 1988; Id., *Aspetti del Principato e dell'ordinamento in Roma*, Milano, 1991.



controladas, permitidas a determinados círculos literarios (41), en los que la añoranza de las viejas tradiciones se dejaba sentir con fuerza. También circulaba, aún sin restricciones, toda la literatura panfletaria anterior al año 33 a. C. No obstante, la actuación de Augusto encubrió una firme política de represión literaria, que marcaría la pauta a seguir por los emperadores siguientes.

Augusto, al igual que sus sucesores, se encontró con un importante problema a resolver, que se concretó en intentar dotar al Imperio de una cierta unidad religiosa, dada la complejidad de pueblos, razas y religiones que abarcaba, con la finalidad de garantizar la cohesión del sistema. Para ello procedió a llevar a cabo el remozamiento de las viejas tradiciones religiosas romanas.

Consciente de los riesgos políticos derivados de la adivinación y la magia, Augusto asumió el pontificado, y, en virtud de las atribuciones que le confería el cargo, realizó una requisa de *libri fatidici*, cuyos autores entendió que no ofrecían suficientes garantías, ordenando su entrega a los pretores para que se procediese a su quema. En los últimos años de su gobierno se prohibió a los adivinos que respondiesen en privado o en público sobre la muerte de alguna persona.

Quizá el problema principal de Augusto se concretó en intentar imponer silencio suavemente a las voces discrepantes de la oposición política. Para enfrentarse a los excesos de sus enemigos puso en vigor algunas leyes cuyo cumplimiento parecía haberse olvidado: reforzó mediante un senadoconsulto (42) la *lex Cornelia de iniuriis*; estableció que la persecución de los libelos anónimos o escritos bajo nombre supuesto se realizase de oficio por parte del Senado, y no a instancia de parte (43); y se volvió a utilizar la *lex maiestatis* para

(41) Como los de Asinio Polón –que en sus libros enaltecía la memoria de héroes republicanos como Cneo Pompeyo, Escipión, Afranio, Casio y Bruto– y Mesala Corvino –que llamaba en público a Casio “su general”.

(42) Tal vez citado en D. 47.10.5.

(43) Como parece desprenderse de D. 47.10.6, en el que se señala: “*quod senatus consultum necessarium est... rem vindicari*”. Quedaban también comprendidos en esta investigación oficial los libelos difamatorios en los que no figuraba el nombre de la víctima –caso este que afectaba más que a nadie al emperador– pero que se deducía fácilmente del contexto. La mencionada medida relativa a la persecución de oficio por parte del Senado evitaba que el emperador interviniese personalmente en la represión de los libelos anónimos o escritos bajo nombre supuesto, manteniéndose



castigar las ofensas contra el emperador, puesto que al aplicarse la *lex Cornelia* para la difamación privada, la *iniuria* contra un magistrado con *imperium* o potestad tribunicia pasaba automáticamente a convertirse en un caso de *maiestas* (44). Además fue el primero en perseguir, en virtud de dicha *lex maiestatis*, los libelos difamatorios (45).

discretamente al margen y protegiendo al propio tiempo su persona de los ataques escritos de la oposición. Cfr. BAUMAN, *The crimen maiestatis*, cit., p. 256 ss.; Id., "*Impietas in principem*", p. 25 ss., donde este autor habla de dos senadoconsultos distintos emanados en época de Augusto, y no de uno solo, modificando parcialmente de esta forma la tesis sostenida en su trabajo anterior.

(44) En opinión de BAUMAN, "*Impietas*", cit., p. 25 ss. y 191 ss., las ofensas al emperador no habrían sido perseguibles únicamente en base a la *lex maiestatis*, sino también en base a la *lex Cornelia de iniuriis*, lo cual habría consentido procesar a los enemigos del emperador también en ciertos períodos en los que la aplicación de la *lex maiestatis* quedaría suspendida. Contra esta conjetura, cfr. las observaciones de BRUNT, "Did Emperors Ever suspend the Law of Maiestas?", en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, vol. I, Napoli, 1984, p. 469 ss.

(45) Víctimas de la *lex maiestatis* resultaron los oradores Tito Labieno, cuyas obras fueron condenadas al fuego por un senadoconsulto, y Casio Severo, decidido adversario del régimen imperial, que, aparte de la cremación de sus obras, sufrió una *relegatio* a Creta el 8 d. C. El mismo año también sufrió una relegación a Tomos, por causas inciertas, el poeta Ovidio, ordenándose por Augusto la desaparición de sus obras de las bibliotecas públicas de Roma. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 800 s.; DE MARINI AVONZO, "Coesistenza e connessione tra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*", en BIDR, 59-60, 1954, p. 175; BAUMAN, *The crimen maiestatis*, cit., p. 261 ss., consideran que la conversión de la difamación en crimen habría tenido lugar efectivamente a través de la *lex Cornelia de iniuriis* y de un senadoconsulto augusteo (deliberación del Senado con la que los escritos difamatorios habrían sido considerados un *crimen maiestatis* y de la que habría surgido la condena contra Casio Severo) y que el instrumento procesal habría sido la *quaestio de maiestatis*. Según MANFREDINI, *Contributi allo studio*, cit., p. 234 s., aunque muy probablemente la represión pública de los escritos infamantes se inició mediante un alargamiento de la noción de *maiestas* –la misma *lex Iulia de maiestate* del año 8 a. C. habría considerado como *crimen maiestatis* el escrito difamatorio dirigido contra el príncipe o sus parientes–, fue en el año 8 d. C. cuando el príncipe se vio obligado a intervenir, pero no para defender su propia honorabilidad (respecto de la que era muy tolerante, según Tácito y Suetonio) sino la de las mujeres y hombres ilustres a los que Casio Severo difamaba *procacibus verbis*, confiando la represión a la *cognitio senatus*, quedando reservada la *quaestio de maiestate* para el caso de escritos

Tiberio, que estableció un sistema de gobierno ya declaradamente tiránico, comprendió inteligentemente la necesidad de seguir la misma política represiva de su predecesor Augusto con la finalidad de dar cohesión y unidad al Imperio. Los problemas con que se encontró durante su gestión fueron sensiblemente los mismos: el religioso y el político.

Los más decididos enemigos del régimen imperial eran por aquel entonces los profesores de retórica, que aludían insistentemente al tema del tirano y del tiranicidio como acto de heroísmo. Quizá mayor aún era la gravedad que presentaban los *carmina probosa* y libelos difamatorios que circulaban por toda Roma, así como las poco recatadas alusiones al *princeps* en el teatro, ovacionadas fervorosamente por el pueblo.

Donde se puede apreciar con más nitidez la actuación censoria de Tiberio es en la línea seguida en su política religiosa, tendente a recuperar los cultos tradicionales, y a reprimir los nuevos que pudiesen ocasionar daños al Imperio romano. Así, entre las diversas medidas tomadas al respecto, en el año 19, Tiberio ordenó una persecución contra los cultos egipcios y judíos en Roma (46); en los años 16 o 17 se dictó un senadoconsulto contra los *mathematici* y *magi* (47); aplicó la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* con rigor; mediante otro senadoconsulto se expulsó de Italia a magos y adivinos, con la importante innovación de prohibir al vulgo cualquier trato con los últimos; y se estableció la pena de muerte también para el *hariolus*, *haruxpes* o *vaticinator* que diera respuesta sobre la futura suerte del emperador.

---

difamatorios dirigidos contra la persona del príncipe o de su madre. Y junto a la represión pública (reservada a un círculo restringido de personas), conservaba plena y general aplicación la acción privada de injurias, que conducía a la pena pecuniaria y, según establecía la ley Cornelia, a la pena de intestabilidad en el caso de libros publicados *ad infamiam alicuius*.

(46) Se crucificó en Roma a los sacerdotes del templo de Isis, se arrojó la imagen de la diosa al Tiber, y los cónsules reclutaron cuatro mil jóvenes judíos en edad militar para luchar contra los bandidos en Cerdeña, sufriendo un buen número de ellos la última pena por no querer transgredir la ley mosaica, y el resto de los miembros de la comunidad judía fue expulsado de Italia. La orden de destierro fue acompañada de una cremación de las "vestiduras religiosas con todos los instrumentos", en la que hay que sobreentender la destrucción de los libros Santos del judaísmo.

(47) Recogido en *Coll.* XV, II 1-3.

Esta política de persecución a los adivinos, al tiempo que paradójicamente se hacía uso de sus servicios, fue continuada por los emperadores que sucedieron a Tiberio. Como es de suponer, la represión de la adivinación llevaba implícita en sí una censura accesoria de los libros adivinatorios, cuyo objetivo habría de ser –como ocurrió en el Bajo Imperio– su destrucción total. No obstante, es importante resaltar que en época de Tiberio, frente a lo que ocurriría en períodos posteriores, se distinguió entre una magia y un arte adivinatoria de efectos beneficiosos, castigándose solo el ejercicio de la misma con fines perniciosos, y no el conocimiento teórico –*scientia*– de estas cuestiones.

Si bien la política religiosa de Tiberio se caracterizó por la prudencia, no cabe decir lo mismo en el caso de la represión de los escritos políticos, en la que el emperador se dejó llevar demasiado lejos por los defectos de su temperamento (48), siendo muy crecido el número de literatos que murieron por haber compuesto libelos o *carmina probosa* contra aquel, o pronunciado palabras imprudentes hacia su persona. Con carácter general, se puede decir que la represión también actuó con gran dureza en el ámbito literario (49).

Por lo que se refiere a su sucesor, el emperador Calígula, cabe señalar que el mismo, durante su corto mandato de apenas cuatro años, no llevó a cabo una política de represión literaria. Este emperador levantó la prohibición que pesaba sobre los histriones.

Tras el mandato de Claudio (50), con el advenimiento de Nerón, cuya afición por las letras era desinteresada, y no política como en el caso de Augusto, se produjo un renacimiento literario que se dejó sentir en todos los géneros. En la primera época de su gobierno se

---

(48) Respecto a la personalidad de Tiberio, cfr. MARAÑÓN, *Tiberio. Historia de un resentimiento*, Buenos Aires, 1939; THIEL, *Kaiser Tiberius. Ein Beitrag zum Verständnis seiner Persönlichkeit*, Darmstadt, 1970.

(49) Sobre los diferentes casos que constituyeron delitos políticos y que se plantearon durante el mandato de Tiberio, vid. GIL, *op. cit.*, p. 187 ss. En cuanto a su represión en el terreno literario, *ibid.* p. 189 ss.

(50) En el periodo de gobierno de este emperador cabe destacar, además de un senadoconsulto decretando la expulsión de los astrólogos, que quedó sin efecto, la celebración de diversos procesos sobre magia y consulta a los adivinos sobre la persona del *princeps*, de que nos da noticia Tácito en sus *Annales*: el de Lolia en el año 48 d. C.; el de Furio Escriboniano en el 51; el de Estatilio Tauro en el 52; y el de Domicia Lépidia.

respiró un clima de libertad, los delatores desaparecieron (51), y la *lex maiestatis* no se aplicó.

Sin embargo, a partir del año 62 se terminó el liberalismo político y comenzó un período de crímenes y locuras. Fue a partir de entonces cuando se produjo una oposición al *princeps* y se manifestó una importante hostilidad hacia el tirano, empezando a circular panfletos y *carmina probosa*. Asimismo apareció dentro del estoicismo una corriente de oposición al régimen muy profunda, que se prolongaría durante todo el siglo I hasta la época de Nerva y Trajano.

(51) A través de Suetonio (*Nero*. 10) conocemos que Nerón, al inicio de su mandato, entre las primeras y prudentes medidas de gobierno que adoptó, destaca el haber reducido a una cuarta parte el premio previsto por la ley *Papia* para los delatores que actuaban en la *vindicatio caducorum*, considerada, como es sabido, como una acción dirigida a tutelar los derechos atribuidos por la *lex Iulia et Papia* sobre los bienes que no podían adquirir, por defecto de *capacitas*, determinadas categorías de herederos testamentarios. Se trataría de una acción introducida por Augusto, desarrollable mediante un proceso de estructura análoga, pero no idéntica, al de las *quaestiones*, con las que coincidía en la finalidad de tutelar el interés público, si bien este tenía en la *vindicatio* un contenido estrictamente patrimonial. No obstante, la afirmación de Suetonio referida a Nerón no nos permite conocer, sin embargo, cuál fue la cuantía exacta del premio fijado por la *lex Papia*. Algunos autores suponen que dicho premio consistiría en la mitad del *caducum* delatado, proporción esta que habría sido reducida por Nerón, con la finalidad de evitar el excesivo número de delaciones que una participación tan grande en la condena generaría. La *lex Papia* habría ofrecido, de este modo, un motivo para que el emperador demostrase su liberalidad y moderación frente a los delatores, considerados como un peligro social, y, por ello, motivo de especial preocupación imperial. En cualquier caso, Trajano conservó en beneficio de los autoacusadores la proporción originaria. Vid. GARCÍA CAMIÑAS, *Delator. Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Santiago de Compostela, 1983, p. 20 s.; cfr. también O'NEAL, "Delation in the Early Empire", en C.B. 55, 1978, p. 24 ss. Específicamente, sobre la *vindicatio caducorum*, cfr. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del proceso fiscale romano*, Torino, 1964; STURM, "La vindicatio caducorum", en *Labeo*, 15, 1969, p. 221 ss. Respecto a los incapaces *ex lege Iulia et Papia*, cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano I*, Milano, 1960, p. 420 ss. En cuanto al *beneficium Traiani*, cfr. PROVERA, *La vindicatio*, cit., p. 85 ss. Sobre las medidas tomadas por los diversos emperadores en relación con los delatores –manifestando al respecto un comportamiento indulgente o severo–, que aparecen indicadas en los *Scriptores Historiae Augustae*, vid. GARCÍA CAMIÑAS, *Delator*, cit., p. 25 ss.

En cualquier caso, la reacción de Nerón contra estos excesos fue distinta de la de Trajano, presentándose como más ecuánime (52).

El sucesor de Nerón, Vespasiano, desarrolló una hábil política literaria, remozando las consignas de la propaganda imperial y tendiendo al mismo tiempo las redes sutiles de una inteligente represión.

En el año 69, en el que Vespasiano (53) accede al poder, en el ardor de la guerra civil, los libelos y los dichos ingeniosos habían encontrado el clima más propicio para multiplicarse. También la astrología –favorecida por Nerón– había llegado a adquirir su máxima influencia.

Frente a los panfletos políticos (54), el emperador adoptó como actitud más adecuada una total indiferencia, no conociéndose ningún proceso de lesa majestad por este cargo durante su gestión. Con la misma ecuanimidad, Vespasiano soportó las licencias de palabra.

En materia de política literaria este emperador actuó de forma similar. Así, en lugar de destruir los escritos de sus adversarios, trató de crear una literatura “oficial” para contrarrestar la propaganda de la oposición, e intentó conseguir el favor de ciertos rétores mediante asignaciones oficiales.

Esta política de halagos no la pudo, sin embargo, sostener respecto a los filósofos, que conspiraban a las claras contra el régimen imperial. Por ello, Vespasiano promulgó un edicto de expulsión de Roma e Italia, extensivo a todos los filósofos salvo Musonio, dictándose contra los más recalitrantes una *relegatio ad insulam*. Lo mismo ocurrió en el caso de los astrólogos.

Con el segundo de los hijos de Vespasiano, el emperador Domiciano, continuaron las inmunidades fiscales para los profesores de retórica y gramática, se restauraron y renovaron los fondos de las bibliotecas destruidas por el fuego, se establecieron competiciones de retórica, y prosiguió el liberalismo anterior. La *securitas* ciuda-

---

(52) En relación a la controvertida figura de Nerón, cfr. WARMINGTON, *Nero. Reality and Legend*, London, 1969; CIZEK, *L'èpoque de Neron et ses controverses idéologiques*, Leiden, 1972.

(53) Sobre diversos aspectos biográficos del emperador Vespasiano, cfr. PÉREZ LÓPEZ, *El poder del Príncipe en Roma. La lex de imperio Vespasiani*, Valencia, 2006, p. 26 ss.

(54) Además de las *fabulae togatae*, las tragedias, como vehículo de oposición al régimen, y las conferencias en el Foro o extemporáneas manifestaciones en el teatro de las nuevas doctrinas democráticas defendidas por filósofos cínicos como Demetrio, Hostiliano, Diógenes o Heras.

dana se garantizó por las severas penas impuestas a las denuncias hechas en provecho del fisco.

Existió gran libertad de palabra, pero Domiciano, frente a lo que ocurrió con su padre, fue muy susceptible al insulto y la difamación.

En los primeros años de su gobierno –probablemente en el 83– Domiciano prohibió las representaciones públicas, dejando sin embargo libertad para actuar en las casas de los particulares. Durante su censura se ocupó seriamente de los libelos difamatorios que afectaban a ciertos varones y damas de la aristocracia, destruyendo los escritos *non sine ignominia auctorum*, debiéndose entender que la misma conllevaba la aplicación de la pena de intestabilidad prevista por la *lex Cornelia de iniuriis*.

En los años 89-90, se produjo una expulsión general de astrólogos, cuyas predicciones, circulando en forma de panfletos, eran una forma más de subversión política. Domiciano fue con ellos implacable, ateniéndose estrictamente a la ya indicada legislación de Tiberio sobre el adivino que respondiese *de principis salute*. También posteriormente hubo en el año 93 otra segunda expulsión de astrólogos.

Aun a pesar de sus asignaciones oficiales a los profesores de retórica, Domiciano no logró ganarse las simpatías de estos, cuyas declamaciones continuaban versando sobre la tiranía. Ante tal situación, el emperador optó por llevar a cabo una política de fuerza, como la de Tiberio. De esta forma, comenzaron de nuevo los procesos de lesa majestad, y se fomentaron las acusaciones.

Por lo que se refiere a los filósofos, fue hacia los estoicos contra los que fundamentalmente dirigió su política represiva Diocleciano. Además, en el año 89-90, coincidiendo con la señalada expulsión general de astrólogos, el emperador ordenó la de los filósofos. Dicha expulsión no debió de surtir los efectos deseados, o no ser general, por lo que en el año 93 se produjo otra (55).

---

(55) A la misma precedieron los procesos de Helvidio Prisco (hijo), acusado de lesa majestad en el Senado por Publicio Cesto, y que fue condenado a muerte por escribir un *exordium* dramático; Herennio Seneción, acusado de *impietas* –por primera vez para calificar el delito de lesa majestad, demostrando hasta qué punto se avanzó en el gobierno de Domiciano en el camino del despotismo teocrático– y también condenado a muerte y su obra a las llamas; y Junio Aruleno Rústico, asimismo condenado a muerte, y cuyos escritos fueron quemados públicamente por los triunviros capitales. A dichos procesos siguieron otros por motivos afines contra diversos

### III. LA POLÍTICA IMPERIAL SEGUIDA EN EL SIGLO II

Con la muerte de Diocleciano, presentada como un éxito de la aristocracia imbuida de las ideas revolucionarias estoicas, la oposición tuvo su mayor y único éxito. El liberalismo político de la época, que se prolongó durante la mayor parte del siglo II bajo emperadores excelentes, y que supuso un cambio radical respecto a las circunstancias anteriores, consiguió en gran medida anular los argumentos más eficaces que los nostálgicos teorizantes republicanos esgrimían contra el sistema imperial.

Los emperadores gobernantes en este período estaban interesados en fomentar un tipo de literatura adversa a sus predecesores, porque al reprobarse los crímenes del pasado, se hacía indirectamente elogio de los tiempos presentes, dejándose además a los enemigos del poder personal un vasto e inocuo campo donde desahogar sus sentimientos y ejercitar las dotes retóricas. No obstante, pese al silencio de los escritores de la época, la oposición al régimen imperial es de suponer que debió de continuar, al menos en ciertas esferas.

La convivencia forzosa de gentes de muy diversa raza y religión en los diversos puntos del Imperio se prestaba a los naturales odios, celos e incomprensiones, que periódicamente se expresaban en forma violenta. También el peligro de la usurpación del poder mediante un levantamiento armado amenazaba constantemente a los emperadores (56).

Por lo que al tema que nos ocupa se refiere, la característica general del período, que se dio en algunos emperadores como Antonino

---

filósofos, cuyos nombres ignoramos, hasta que se dictó el señalado decreto de expulsión de finales del año 93.

(56) Con la finalidad de evitar estos acontecimientos, Adriano estableció un sistema de policía secreta –los denominados *frumentarii*– mediante el que tenía un perfecto conocimiento de la vida privada de los que le rodeaban. Sobre los *frumentarii*, cfr. SINNIGEN, "The Roman Secret Service", en *The Classical Journal*, 57, 1961, p. 65 ss.; Id., "The Origins of the *Frumentarii*", en *Memoirs of the American Academy in Rome*, 27, 1962, p. 211 ss.; BALDACCI, "Negotiatiores e mercatores *frumentarii* nel periodo imperiale", en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo, Classe di Lettere, Scienze morali e Storiche*, 101, 1967, p. 273 ss.; CLAUSS, "Frumentarius Augusti", en *Epigraphica. Rivista italiana di Epigrafia*, 42, 1980, p. 131 ss; MARTINI, "I milites *frumentarii*", en *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Classe di Scienze morali e Lettere*, 139, 1980-81, p. 143 ss.



Pío, Marco Aurelio y Lucio Vero, fue la tolerancia y la libertad de palabra, consintiéndose muchas licencias sin aplicarse la *lex maiestatis*. A consecuencia de ello, la producción masiva de libelos y de *carmina probosa* desapareció y no se planteó la necesidad de que el emperador ejerciese una acción censoria en el terreno de la literatura.

No obstante, ello no quiere decir que no se ejerciese un control sobre las especulaciones y trabajos de los intelectuales, que se practicó en ese período de una forma más rigurosa que nunca, mediante procedimientos que se habían ensayado de forma embrionaria durante el siglo I: el mecenazgo imperial y la estatalización de la enseñanza.

Así, todos los emperadores del siglo II, con excepción de Cómodo y Trajano –quizá por estar más preocupados por otros problemas de tipo militar y administrativo–, acogieron bajo su alto patrocinio a intelectuales y artistas (57). La posición de estos literatos y profesores oficiales, que presentaba cierta similitud con la de sus colegas de las monarquías helenísticas ilustradas, lógicamente era inestable y dependía del agrado o desagrado que su actuación producía en quienes les daban sustento.

Otra cuestión importante a tener en cuenta en este siglo II –calificado como una de las épocas más felices de la Historia de Occidente, no solo por la prosperidad económica, sino por el liberalismo político que, dentro de un orden público estable, supieron conservar sus gobernantes– es la de que durante el mismo aparecieron los primeros síntomas inquietantes de una escisión espiritual entre los súbditos del Imperio.

El problema religioso amenazaba muy seriamente algo tan importante para el Imperio como el culto oficial (58). Una nueva oleada de

---

(57) Así, Adriano, de refinados gustos literarios, se complació en reunir junto a sí a filósofos, gramáticos, rétores, músicos, artistas y astrólogos, en cuya ciencia era muy versado. Antonino Pío, aun careciendo de interés personal por la literatura, mantuvo los honores, privilegios y exenciones de filósofos y profesores de retórica, arte este hacia el que tuvo gran inclinación Lucio Vero; y Marco Aurelio, como filósofo, puso todo su empeño en que en Atenas estuvieran representadas dignamente todas las Escuelas de la filosofía, y, entre ellas, el epicureísmo.

(58) Respecto al culto imperial, cfr. FEARS, *Princeps a diis electus. The Divine Election of the Princeps as a Political Concept in Rome*, Roma, 1977; FISCHWICK, *The Imperial Cult in the Latin West*, Leiden, 1987; PRICE, *Rituals*



religiones orientales invadió el Imperio. Algunas de ellas entraban en colisión con otras más antiguas, planteándose algunos problemas de orden público que a los emperadores interesaba resolver. Entre las diversas religiones hubo una difusión arrolladora del judaísmo y el cristianismo (59), juntamente con las místicas (60). También un desarrollo inaudito de la superstición (61). Dos grandes fuerzas inconscientes, el miedo y la esperanza, parecían haberse desbocado: miedo a la muerte, a las enfermedades, al futuro incierto; esperanza de adquirir la felicidad, riquezas, favores amorosos, triunfos, etc. Las promesas cuyo cumplimiento posponía para un futuro remoto la religión podían verse realizadas por el vulgo en un presente inmediato, o en un futuro próximo, gracias a las artes de adivinos, astrólogos, magos, curanderos, intérpretes de sueños, alquimistas

---

*and Power*, Cambridge, 1984; TAYLOR, *The Divinity of the Roman Emperor*. Middleton, 1981; FERGUSON, "El culto imperial", en *Il mondo di Roma Imperiale (III. Economía, Società e Religione)* (a cura di Wachter), Roma-Bari, 1989, p. 263 ss., y bibliografía cit., en p. 348 ss.; CLAUSS, *Kaiser und Gott*, Stuttgart-Leipzig, 1999; BRENT, *The Imperial Cult and the Development of Church Order. Concepts and Images of Authority in Paganism and Early Christianity Before the Age of Cyprian*, Leiden, 1999. Más específicamente, respecto al culto imperial y los cristianos, cfr. BLÁZQUEZ, en AA. VV. (ALVAR, BLÁZQUEZ, FERNÁNDEZ ARADANAZ, LÓPEZ MONTEAGUDO, LOZANO, MARTÍNEZ MAZA Y PIÑEIRO), *Cristianismo primitivo y religiones místicas*, Madrid, 1995, p. 307 ss.

(59) Para una exposición sobre las instituciones y formas sociales de vida de la Iglesia cristiana de la época imperial y de la Antigüedad tardía, con bibliografía relativa, sobre todo, a las fuentes, y abundantes citas de textos antiguos, cfr. MARKSCHIES, *Estructuras del cristianismo antiguo. Un viaje entre mundos*, Madrid, 2001. Respecto a las actitudes adoptadas durante los tres primeros siglos del Imperio frente al poder público por los distintos grupos cristianos que centraban su fe en Jesucristo, sin excluir los que más tarde (y algunos ya entonces) fueron considerados como heterodoxos, *vid.* CHURRUCA, "Actitud del cristianismo ante el Imperio romano", en *Poder político y derecho en la Roma clásica* (dirigido por Paricio), Editorial Complutense, Madrid, 1996, p. 139 ss.

(60) En relación a las raíces del cristianismo, y la emergencia e influencia de las religiones místicas, *vid.*, recientemente, MORÁN GARCÍA, *Comunidad política y religiosa. Claves de la cultura jurídica europea. Vol. I. El legado cultural que recibe Europa: De la Antigüedad al paradigma imperial cristiano*, La Coruña, 2008, p. 299 ss.

(61) Sobre el concepto de "superstición" y otras cuestiones relativas a la misma a lo largo del tiempo, cfr. ALONSO DEL REAL, *Superstición y supersticiones*, Madrid, 1971.

y embaucadores de toda índole. A consecuencia de ello, durante el último tercio del siglo II, la superstición, extendida a todas las clases sociales del Imperio, había adquirido proporciones enormes.

Paralelamente a la exaltación religiosa se creó un clima de intransigencia que pugnaba con las directrices de la política oficial, y ello porque cada cual se sentía en posesión absoluta de la verdad, adoptando posturas fanáticas. Un fanatismo religioso que no admitía transacciones con otras creencias. Los ateos y los epicúreos, mal vistos por el vulgo en esta época de exaltación religiosa, fueron objeto de vejaciones y malos tratos.

Al perder fuerza el epicureísmo, la astrología y la magia continuaron su marcha ascendente. La creencia en la tiranía de las estrellas comenzó a sustituir a la religión en amplios sectores del paganismo.

En la época de los Antoninos hubo una legislación sobre las artes mágicas y adivinatorias de la cual no estamos suficientemente informados (62). Lo que sí se sabe es que durante el gobierno del emperador Marco Aurelio, a consecuencia de las catástrofes que se abatieron sobre el Imperio, al producirse un recrudescimiento de la superstición, quedaron sin efecto las posibles medidas represivas contra magos y adivinos.

El propio Marco Aurelio dio un paso adelante en el camino de la definición de un delito religioso, sentando un precedente para la legislación de Caracalla. Dada la agitación religiosa de su época y el desarrollo inaudito de la superstición, con los correspondientes problemas de orden público, el emperador Marco Aurelio, según sabemos por Modestino (cfr. D. 48.19.30), ordenó en un rescripto la *relegatio in insulam* de aquellos que amedrentasen al vulgo con supersticiones terroríficas.

Por lo que se refiere a la posición legal que tuvieron los cristianos en el Imperio durante el siglo II, resulta preciso señalar que la misma fue notoriamente injusta. Las autoridades no debían tomar la iniciativa en su persecución, ni hacer indagaciones para descubrirlos, pero si les llegaban denuncias de cristianos, se les debía obligar

---

(62) Antonino Pío dio un rescripto a Pacato, legado de la provincia Lugdunense, muy extenso, y relativo a los adivinos y a los magos, del que tenemos conocimiento a través de *Coll.* 15.2.1.4, pero cuyo contenido ignoramos. También durante su mandato tuvo lugar el famoso proceso de Apuleyo por artes mágicas.

a los acusados a sacrificar a los dioses y ante la imagen del emperador, so pena de muerte si no lo hacían, al quedar por ello convictos de un crimen de lesa majestad.

Esta ambigüedad de la medida establecida por parte de las autoridades se prestaba a notorios abusos por parte de los denunciantes, que los emperadores del siglo II se vieron obligados a impedir. Así, tanto Adriano como Antonio Pío dictaron sendos rescriptos en los que el primero ordenaba que ningún cristiano fuera castigado y condenado sin seguirse el debido procedimiento legal, y el segundo aconsejaba moderación y no dejarse arrastrar por el odio a los cristianos, estimando que las injurias a los dioses eran de la única incumbencia de estos (*deorum iniuriae diis curae*).

No obstante lo señalado, durante el mandato de Marco Aurelio se llevaron a cabo por iniciativa popular las más graves persecuciones de todo el siglo II contra el cristianismo.

#### IV. EL BAJO IMPERIO

Tras la muerte de Marco Aurelio se puede apreciar, con carácter general, una preponderancia del elemento militar en el ámbito político y una crisis de la unidad espiritual romana. Con la finalidad de mantener una relativa unidad política y espiritual entre sus súbditos, los nuevos emperadores organizaron el Imperio con arreglo a una estructura casi militar.

Entre otras muchas de las diversas características socio-económicas y políticas que condicionaron la época bajo-imperial romana se han destacado especialmente: la puesta en marcha de tendencias igualitarias que suprimieron los privilegios de Roma e Italia, equiparando ante la ley a todos los habitantes libres del orbe romano; la proclividad al intervencionismo económico y la centralización administrativa, que acabó con la vida autónoma y la prosperidad material de las ciudades; y el progresivo robustecimiento de la autocracia, conducente desde la dictadura militar de Septimio Severo al despotismo oriental y teocrático de la tetrarquía de Diocleciano.

Como es sabido, al final de la evolución que se puede apreciar en el señalado proceso de robustecimiento de la autocracia, el emperador dejará de ser *princeps* para convertirse en *dominus et deus*, gobernando a su arbitrio y constituyéndose en la única fuente del

ordenamiento jurídico. Ello dio lugar a que se estableciese una profunda separación entre el emperador y el pueblo por una parte, y entre el emperador y el Senado por otra. Los últimos vestigios de la *libertas* se desvanecerán para siempre, y, como novedad del siglo, la propia libertad de conciencia de los ciudadanos quedó seriamente comprometida (63).

En cualquier caso, el establecimiento de las nuevas formas autócratas adoptadas por los emperadores tropezó con una cierta resistencia, y no se logró sin pugna, puesto que tanto el pueblo como el propio Senado romano no perdieron el recuerdo de los mejores tiempos ya pasados. Como oposición al sistema volvieron a circular los chistes de mimos y *scurrae*, agudos dichos cortesanos, los tradicionales *carmina probosa*, y las poco edificantes anécdotas de la crónica escandalosa. Ante esta situación la respuesta de algunos emperadores no se hizo esperar, y así, Cómodo, por ejemplo, deportó a todos los mimos de Roma a consecuencia de las alusiones de algunos de ellos a la corrupción de sus costumbres, y Pértinax proscribió y vendió como esclavos a los *scurrae*, pero no por ello consiguió poner fin a sus insolencias.

Durante la época también existen algunas muestras de literatura adversa a los emperadores, que se cuidaron de que nada perjudicial a sus intereses saliese a la luz pública. En aquellos momentos, la censura política se encontraba perfectamente organizada, tanto para intentar impedir la difusión de teorías o simples noticias incon-

---

(63) Flavio Vopisco, desde la perspectiva histórica temporal que le proporcionaban los tres siglos de Principado transcurridos, escribía en *Aurel.* 43 estas significativas frases respecto a los emperadores: "Y se pregunta qué cosa hace malos a los príncipes: en primer lugar, amigo mío, el abuso de poder, después la abundancia de recursos, luego los amigos deshonestos, los satélites detestables, la grandísima codicia de los eunucos, los cortesanos necios y despreciables; y lo que no se puede negar, el desconocimiento de los asuntos públicos. Le oí yo contar a mi padre que el príncipe Diocleciano, una vez retirado a la vida privada, dijo que no había cosa más difícil que el ser emperador. Se reúnen cuatro o cinco individuos, se ponen de acuerdo para engañar al príncipe y le dicen lo que ha de aprobar. Éste, encerrado en palacio, desconoce la verdad. Por fuerza no sabe más que lo que ellos dicen: hace jueces a quienes no convenía hacerlos, separa de la administración pública a quienes debiera retener en ella. Para qué seguir: según decía el propio Diocleciano, incluso un emperador bueno, cauto y excelente es vendido".

venientes a los emperadores, como para crear un estado de opinión favorable a los mismos mediante el falseamiento de los hechos, o, en su caso, la difamación sobre sus enemigos. También los emperadores de la época recurrieron a la utilización de la policía secreta –integrada por los *speculatores* y *frumentarii*– para conocer el estado de ánimo de los provinciales e intervenir la correspondencia y comunicaciones de los particulares.

Para conseguir un estado de opinión propicio, además de ocultar lo que resultaba inconveniente a sus intereses, los emperadores pusieron en marcha todos los recursos de una propaganda oficial, mejor organizada que nunca, tanto con mentiras descaradas, como con falsedades especiosas, tergiversando la Historia, con la finalidad de difundir la ideología oficial a todo trance.

Precisamente, para tergiversar la Historia y difundir la ideología oficial, los emperadores contaron, aparte de con historiadores y panegiristas de la corte –que les hacían encomios públicos con fines propagandísticos, presentándoles ante los súbditos a la luz más favorable, trazando el cuadro más negro de sus adversarios, sin guardar el más mínimo respeto a la verdad–, con los cenáculos literarios y el instrumento formidable de la enseñanza, estatalizada ya por completo en época de Diocleciano.

Así, por ejemplo, Cómodo ordenó registrar en los *acta urbis* (64) –que eran como una especie de periódico de la ciudad– todas sus acciones, incluyendo las más abyectas y crueles; Septimio Severo –y, hasta cierto punto también, su hijo Caracalla– se presentó como un maestro consumado en servirse de la que hoy conocemos como “prensa dirigida” (65); Caracalla mostró al menos mayor cautela con

---

(64) Respecto a los *Acta urbis*, cfr. MASTINO, *Il giornalismo nell'antica Roma. Gli Acta Urbis*, Urbino, 1978.

(65) Entre otras actuaciones tiránicas, fue tal el cúmulo de calumnias que Septimio Severo puso en circulación sobre sus nuevos rivales, que a los historiadores inmediatos les resultó sumamente dificultoso desentrañar la verdad de los hechos de su mandato. En sentido parecido, el historiador Elio Esparciano, biógrafo de Pescenio Nigro, expuso en un prólogo breve y significativo de su obra (*Pescen. Nig.* 1-2) las dificultades con que se encontró en su trabajo, en los siguientes términos: “Es algo poco frecuente y difícil que sean tratados favorablemente en los escritos aquellos a quienes convirtió en tiranos la victoria de otros, hasta tal punto que a duras penas están completas las noticias sobre ellos en los documentos y en los anales. En primer

la opinión pública, editando, tras haber asesinado a Geta, un memorial de agravios contra su hermano, requiriendo una justificación de su crimen por parte del jurista Papiniano, a quien dio muerte por no avenirse a excusar su fratricidio; y Alejandro Severo también recurrió a procedimientos de autopropaganda (66).

Los omnímodos poderes de los emperadores se dejaron, por tanto, sentir de un modo agobiante en las creaciones de los literatos, incluso en aspectos de detalle. Además, la proximidad de los escritores e intelectuales al emperador les exponía a serios peligros. Esta opresión fue, sin duda, una de las causas que cooperaron a hacer del siglo III un período de radical decadencia en las letras latinas y griegas, que no lograron remediar los pocos emperadores con aficiones literarias puras.

El problema más grave que apareció en el siglo III fue el de la crisis de conciencia, que amenazó con destruir toda la maquinaria de gobierno del Imperio, al poner en serio peligro los principios básicos de la vida romana. La superstición en que había abocado la religiosidad pagana con el incremento de la astrología y de la magia no solo no fue incapaz de conferir a los súbditos del Imperio romano la necesaria unidad espiritual, sino que además se reveló como un elemento disgregador, tan nocivo para los ciudadanos, como para las autoridades.

Por otra parte, las nuevas religiones inasimilables habían adquirido, y seguían adquiriendo progresivamente, un grado de difusión sin precedentes. Aun así, dentro del cristianismo, pese a la acción unificadora de la jerarquía eclesiástica, se multiplicaban los heterodoxos (67).

---

lugar, los escritores minimizan las cosas que pueden redundar grandemente en honor suyo; en segundo lugar suprimen otras, y por último, no investigan con escrupulosidad su linaje y su vida, contentándose con exponer su audacia, la guerra en que fueron vencidos, y el castigo que recibieron”.

(66) Según su biógrafo, Elio Lampridio (*Alex. Sev.* 3,4), Alejandro Severo, temeroso de las posibles recriminaciones de los escritores, reunía, en algo parecido a una “rueda de prensa”, a aquellos que estimaba “dignos” de conocer sus acciones, y les notificaba, uno por uno, los distintos aspectos de su vida pública y privada, con objeto de que la escribieran, si no habían sido testigos presenciales de los hechos, en caso de comprobar la veracidad de sus asertos.

(67) Durante el siglo II apareció un gnosticismo cristiano, pretendiendo combinar las enseñanzas de Cristo con la astrología y las creencias órficas; se propagó arrolladoramente el movimiento profético del montanismo,

Ortodoxos y herejes tenían como característica común, al igual que los judíos, la de adorar a una Divinidad celosa que impedía toda participación en las ceremonias del culto oficial. Por sus creencias los cristianos quedaban excluidos *a priori* de todos los actos solemnes comunitarios en los que se exteriorizaban los vínculos de unión de los ciudadanos, tanto en la vida civil como militar.

La costumbre de componer escritos apologéticos perduró en esta época, aunque los tiempos fuesen otros, pero con la salvedad de que, conscientes de su derecho y de su fuerza, los cristianos ya no suplicaban, sino que exigían algo que les era debido, denunciando con gallardía la opresión y las persecuciones de que eran objeto (68).

Desde el punto de vista oficial el cristianismo era una amenaza interior que requería una solución perentoria. Aparte de la religión del Imperio quedaban con dicha religión seriamente comprometidas la disciplina en el ejército (69) y la buena marcha de la administración civil en lo referente al posible desempeño de las magistraturas.

Lo cierto es que, durante el siglo III, el intento de represión imperial fracasó frente a la fuerza arrolladora de la nueva religión.

---

expectante ante la llegada inminente del reino de Dios sobre la tierra; y también surgieron otras herejías menores como la de los ebonitas y marcionitas. En la segunda mitad del siglo III, además de la continuación de las herejías debeladas por San Epifanio, se produjo el nacimiento y rapidísimo desarrollo de las doctrinas dualistas de Maní.

(68) Llegando a formular teorías peligrosas para el funcionamiento del Imperio. Así, Orígenes, en su conocida obra *Contra Celsum*, reclamó, por ejemplo, la exención del servicio militar para los cristianos, por ser sus oraciones más eficaces que las armas, y exigió de los fieles, puesto que su patria no era la terrenal, que no aceptasen desempeñar cargo civil alguno. Por su parte, Tertuliano, especialmente en el capítulo 11 de su *De Corona* llevó aún más lejos el sentirse extranjero frente a los restantes súbditos de Roma, amenazando con una secesión de los cristianos en caso de persistir la actitud hostil contra ellos por parte de las autoridades paganas.

(69) Surgieron así, por primera vez en la historia, los "objetores de conciencia", entre los que figuran, por ejemplo, los mártires Maximiliano y Marcelo. En relación a esta cuestión, cfr. CRESCENTI, *Obiettori di coscienza e martiri militari nei primi cinque secoli del cristianesimo*, Palermo, 1966. Sobre el cristianismo y el servicio militar, vid. BLÁZQUEZ, en AA. VV., *Cristianismo primitivo y religiones mistericas*, cit., p. 313 ss.

La política imperial respecto al cristianismo (70) osciló a lo largo de todo ese siglo. La actitud personal de los emperadores moderados se vio, no obstante, desbordada por un estado de opinión en el seno del ejército y del Senado cada vez más hostil a los cristianos, que provocó reacciones violentas en la política oficial seguida por aquellos, como, por ejemplo, ocurrió en el caso de Decio (año 249), que, de acuerdo con los sentimientos generales de las fuerzas vivas del paganismo, ordenó que todos los habitantes del Imperio realizasen un sacrificio público a los dioses en presencia de las autoridades, bajo el apercibimiento de la aplicación de severísimas penas en caso de no hacerlo. Esta decisión del emperador supuso un cambio brusco en la actitud del poder público frente a la nueva religión, puesto que hasta entonces los cristianos no habían sido públicamente declarados como criminales, y su persecución siempre partió de los poderes de *coercitio* de las autoridades provinciales, y no de los emperadores, ni tampoco se llevó a cabo de manera general en el Imperio (71). De esta forma, a lo que inicialmente había sido un problema de policía, se dieron entonces las dimensiones de un problema nacional (72).

Lograr la unidad religiosa de los súbditos del Imperio implicaba atajar por parte de los emperadores la difusión de las ideologías disolventes, cuyo vehículo de expresión eran los libros y la enseñanza oral. Los libros –en los que se contenía la palabra escrita, cuya importancia era conocida universalmente a comienzos del siglo III– eran vistos con reverencia, y, al propio tiempo, con un temor casi supersticioso por su carácter, en algunos casos, “santo”, al ser depositarios de revelaciones divinas y preceptos de culto de las diversas religiones, además de un cúmulo ingente de saberes ocultos y misteriosos.

Puestos en manos ambiciosas, los libros eran unos formidables instrumentos de poder. También el más firme sustentáculo de cier-

(70) Sobre las relaciones de los diversos emperadores con respecto a los cristianos, *vid.* BLÁZQUEZ, en AA. VV., *Cristianismo primitivo y religiones místicas*, cit., p. 251 ss.

(71) Respecto a las persecuciones sufridas por los cristianos, *vid.* BLÁZQUEZ, en AA. VV., *Cristianismo primitivo y religiones místicas*, cit., p. 251 ss.

(72) Sobre la política seguida por los emperadores sucesivos en relación al cristianismo y la actitud mantenida respecto al mismo por el movimiento pagano durante el siglo III, *cfr.* GIL, *op. cit.*, p. 269 ss.



tas religiones, como es el caso del judaísmo, basadas en el estricto cumplimiento de lo escrito. El mismo cristianismo, a comienzos del siglo III, contaba no solo con sus Sagradas Escrituras, sino también con una considerable tradición literaria que las necesidades de culto, apologéticas y exegéticas, habían hecho imprescindible. Este detalle, de no poca importancia, no fue desconocido por los emperadores romanos, que tomaron drásticas providencias para impedir la circulación de las obras "prohibidas". Así, en el siglo III y comienzos del IV tuvieron lugar importantes destrucciones de libros de esta índole, destacando los mandatos de Septimio Severo y Caracalla con los de Diocleciano y los tetrarcas por su actividad censoria; los primeros a través de la legislación, y el último por la vía de los hechos.

También en este período se produjo una notable difusión de las ciencias ocultas en todos los estamentos sociales.

La magia suponía un peligro para el emperador no menos grave que las maquinaciones e intrigas políticas. Con ella se confundían todas las doctrinas secretas y ritos misteriosos, cuya significación no era clara para los profanos.

Desde estas premisas, Septimio Severo, en el año 200, realizó en Egipto, en los distintos santuarios, una requisita general de libros "sagrados" que contenían alguna doctrina secreta, y, entre ellos, probablemente también las Sagradas Escrituras de los cristianos y judíos. Preocupado seriamente por la labor evangelizadora de las jerarquías eclesiásticas y las actividades proselitistas de los judíos y cristianos, el mencionado emperador prohibió en el año siguiente, mediante el correspondiente edicto, las conversiones a una y otra religión bajo severísimas penas, y simultáneamente persiguió de modo especial a los miembros de la escuela catequética de Alejandría, con rango ya de universidad cristiana.

La política religiosa de Septimio Severo fue continuada por su hijo Caracalla, en cuya época se perfila en la legislación un delito religioso, no conocido hasta entonces. A principios de su mandato, el jurista Ulpiano probablemente elaboró una compilación de los edictos dictados por los emperadores anteriores referentes a los cristianos (73) –de la que no se ha conservado documentación alguna en las recopilaciones posteriores–, que habría servido de base para futuras actuaciones de las autoridades. Durante el mandato de Caracalla aparecieron nuevas

---

(73) Según nos informa Lactancio en *Div. Inst.* V 11,19.

normas jurídicas dirigidas a reprimir las artes adivinatorias y mágicas. De las mismas tenemos conocimiento a través del libro V de las Sentencias de Paulo. Tanto el capítulo XXI –titulado “*De vaticinatoribus et mathematicis*”–, como el XXIII –bajo la rúbrica de “*Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*”– del mencionado libro, presentan un interés extraordinario por la luz que arrojan sobre el confusionismo de la época en torno a los problemas religiosos y el endurecimiento de la actitud oficial respecto a los mismos.

En el primero de los capítulos indicados (74) se señala que los profetas serán expulsados de las ciudades, y los fundadores de nuevas religiones castigados con la deportación en caso de ser *honestiores*, y con la pena capital si son *humiliores*. Asimismo se establece la pena de muerte para quien pregunte o responda sobre la salud del emperador, y para el esclavo que consulte a un adivino sobre la vida de su amo. También se establece la prohibición implícita de leer tratados de adivinación.

El capítulo XXIII (75) se ocupa de las prácticas, los libros y los remedios mágicos, estableciendo la pena de crucifixión, o la de ser arrojados a las fieras, para cuantos se entreguen a prácticas mágicas, así como la muerte en la hoguera para los magos. También se señala que los libros de magia serán quemados públicamente y los bienes de sus poseedores confiscados, siendo condenados a muerte los *humiliores* en cuyo poder se encontrasen, y relegados a una isla en caso de ser *honestiores*. El párrafo referente a los libros resulta interesante por contener un comentario del jurista Ulpiano que refleja la nueva concepción jurídica del delito de magia (76). Los antiguos tan solo reprimieron la exposición de esta doctrina en público, es decir, la enseñanza de sus prácticas, el despacho de sus recetas y la atención a las consultas de los particulares, pero ahora no es solo el ejercicio de esta profesión lo que está prohibido, sino su mismo conocimiento: *Non tantum huius artis professio, sed etiam scientia prohibita est*.

Diocleciano, al asumir la púrpura imperial, se encontró con una situación muy similar a la que tuvo que hacer frente Septimio Seve-

(74) Para los textos del citado capítulo, *vid.* FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995, p. 132 s.

(75) *Vid.* FOSSATI VANZETTI, *op. cit.*, p. 134 ss.

(76) *Vid.* *Coll.* 15.2.2.

ro, con la diferencia de la ruina económica causada a consecuencia del medio siglo de anarquía militar y el recrudescimiento de la crisis ideológica. Por otra parte, la unidad religiosa del Imperio había sufrido un nuevo quebranto al haberse difundido por las provincias de Oriente y en África una religión nueva, odiada tanto por los cristianos como por los paganos: el maniqueísmo (77).

Como es sabido, Diocleciano acometió una reforma colosal de las estructuras del Imperio, restaurando la disciplina en el ejército, dándole una nueva organización, estableciendo la tetrarquía y afrontando el problema económico.

En el ámbito religioso pretendió restaurar la solidaridad espiritual de los súbditos de Roma a partir de una serie de ideas conservadoras y arcaizantes, dentro de las más puras esencias de la religión de los antepasados (78). Las mismas creencias tradicionales que sustentaban al Imperio sirvieron de fundamento al poder de los tetrarcas. Con ello se inclinaba la balanza al lado de los componentes paganos del Imperio y se ponía a los cristianos en el dilema de traicionar a su Dios o a su emperador.

Diocleciano y sus colegas fueron depurando gradualmente el Imperio de elementos considerados como perniciosos para el mismo, como por ejemplo ocurría con los *mathematici* o astrólogos. Así, mediante una constitución del año 294, prohibió en términos tajantes el arte astrológico: "El arte de la geometría interesa que se aprenda y se ejerza públicamente. En cambio el arte reprobable

---

(77) Su fundador, Maní, que comenzó a predicar sus doctrinas en Seleucia-Ctesifonte en el año 242, con éxito notable y el apoyo del rey persa Sapor I, terminó su carrera ejecutado por orden del monarca siguiente. El maniqueísmo, en medio de un mundo esclavo de la superstición, temeroso de la tiranía de las estrellas y de los poderes maléficos de la magia, vino a infundir, como nueva religión salvadora, serenidad y esperanza en los espíritus, con las mismas pretensiones de la gnosis de satisfacer por igual al sentimiento y a la razón. La nueva secta fue odiada tanto por los cristianos, por contribuir en su calidad de apostasía a mermar el número de sus fieles, como por los paganos, que no la veían bien por tener su origen en Partia, enemiga secular de Roma.

(78) El año 295, en su edicto sobre los matrimonios hizo constar que la observancia de las antiguas normas, el cumplimiento de los deberes morales y religiosos era el requisito previo para obtener la protección de los dioses tutelares y garantizar su protección al estado romano. *Vid. Coll. 6.4,6.*

de la «matemática» queda prohibido” (79). En esta prescripción de Diocleciano, en la que se contiene una aparente paradoja, se encuentra prefigurada la separación –que es ya explícita en las constituciones imperiales del siglo IV– entre la aruspicina o adivinación oficial, permitida y hasta incluso fomentada por los emperadores, y la astrología, con los restantes métodos de indagar el futuro, considerados ilícitos y castigados con el máximo rigor.

En cuanto a las medidas tomadas por Diocleciano para reprimir a los elementos considerados perniciosos cabe señalar que, en el año 296, ordenó en Egipto la recogida y cremación de todos los libros de alquimia, con objeto, según se decía, de privar a los egipcios de un formidable instrumento para proveerse de oro y plata con los que sufragar revoluciones. Al año siguiente, dictó el edicto *de maleficiis et Manichaeis* (80) con la finalidad de acabar con la peligrosa secta de los maniqueos, estableciendo la apostasía de las creencias tradicionales como *maximum crimen* (81).

(79) *Vid. C.I.* 9.18.2. La explicación de esta prohibición se encuentra en la circunstancia de que, frente a los *mathematici* o astrólogos, que con sus cálculos astronómicos trazaban el horóscopo de las personas según la posición de las estrellas en el momento del nacimiento, Diocleciano se encontraba más apegado a las prácticas adivinatorias tradicionales –más sencillas y piadosas–, la interpretación de los signos y la inspección de las entrañas. Sobre la represión de la astrología y su incidencia en la política y la sociedad, cfr. CRAMER, *Astrology in Roman Law and Politics*, Philadelphia, 1954; MAC MULLEN, “Social History in Astrology”, en *Ancient Society*, 2, 1971, p. 105 ss.

(80) De este edicto tenemos conocimiento a través de otras compilaciones posteriores. Cfr. al respecto *Cod. Greg.* 14.4, *Coll.* 15.3, citado al principio de la *Nov.* 17 de Valentiniano III.

(81) Precisamente, en el preámbulo que fundamenta el precepto se define con términos precisos y tajantes la actitud religiosa del estado, que ayuda a comprender las directrices de la política religiosa de Diocleciano: “los dioses inmortales en su providencia se han dignado ordenar y disponer que lo bueno y verdadero quedara aprobado en su totalidad por el consejo y la meditación de muchos hombres buenos, egregios y sapientísimos. A esas verdades es ilícito oponerse a resistirse, y tampoco debe ser entorpecida por una nueva religión la antigua. Por consiguiente, constituye un crimen de la mayor gravedad el retractarse de las creencias que, habiendo sido establecidas y definidas de una vez para siempre por los antiguos, tienen y poseen un estado inamovible y general validez. De ahí que sea grande nuestro deseo de castigar la obstinación de la mente depravada de ciertos

En este último edicto, que contiene analogías evidentes de expresión con otros emanados por emperadores cristianos en los siglos IV y V, se dan las normas legales precisas para el exterminio de la secta: los instigadores y las jerarquías del maniqueísmo habrán de morir en la hoguera, sus "abominados" libros serán destruidos por el fuego, los adeptos que no abjuren de sus creencias incurrirán en pena de muerte con confiscación de sus bienes en caso de ser *humiliores*, o en la de trabajos forzados en las minas, también con confiscación de bienes, en el caso de ser *honestiores*.

Este edicto es un documento de primer orden sobre el concepto de "crimen religioso" del Bajo Imperio. La represión de los maniqueos que en él se contiene se corresponde con la normativa penal de las Sentencias de Paulo, puesto que se les acusa de introducir una religión nueva con daño al orden público (*populos quietos turbare*), y, al propio tiempo, de magia, según deja entrever el término "maleficia", premeditadamente ambiguo y de aplicación especial a las malas artes (*genera maleficiorum evidentissimorum exquisita et adinventata commenta*). La consigna que guió la política religiosa de los tetrarcas se concretó, con carácter general, en que la antigua religión no debía ser obstaculizada por una nueva: *neque reprehendi a nova vetus religio debet*.

En el año 303 se llevó a cabo la gran persecución contra el cristianismo. Mediante el edicto de Nicomedia (dictado el 3 de febrero) se estatuyó la destrucción de las iglesias cristianas, la entrega y cremación de las Sagradas Escrituras, la pérdida de los derechos de ciudadanía para todos los cristianos, la de los cargos y prerrogativas para los miembros de las clases superiores, y la reducción a esclavitud de cuantos cristianos prestaban servicio en la casa imperial. Con todo ello se pretendía desarticular la organización de la Iglesia y, sobre todo, suprimir de una vez para siempre la transmisión a la posteridad de la doctrina cristiana contenida en sus libros Santos.

Tal persecución, que se había concebido como incruenta, acabó de forma sangrienta a consecuencia del heroísmo con que los cristianos defendieron sus Escrituras.

---

hombres infames, a saber, los que oponen frente a las antiguas religiones sectas despreciables, nuevas e inauditas, con objeto de suprimir con intención perversa lo que por voluntad divina nos ha sido concedido".

Dado el fracaso del primer edicto, a lo largo del 303, se sucedieron otros dos ordenando la prisión de los clérigos y la libertad para todos aquellos que sacrificasen a los dioses. Mediante un cuarto edicto, establecido a principios del año 304, se prescribió a los cristianos, como ya había hecho el emperador Decio en su momento, la realización de un sacrificio general so pena de trabajos forzados.

Persuadida de que era preciso por su importancia destruir a toda costa los libros de los cristianos, la intelectualidad pagana cooperó positivamente a la creación de un clima hostil (82). Simultáneamente con la persecución aparecieron obras propagandísticas anti-cristianas en el campo pagano, multiplicándose por todo el Imperio, y se utilizaron todo tipo de medios y turbios procedimientos para desacreditar al cristianismo y exacerbar en contra suya las iras del populacho (83).

La actitud de los fieles cristianos ya no fue entonces la de la pasiva mansedumbre del mártir, sino más bien la del activismo militante de los confesores y apologistas que, proclamando la Verdad, reclamaban sus justos derechos. Opusieron por primera vez resistencia efectiva, condenaron los desafueros, se negaron a entregar sus libros y a sacrificar a los dioses, y confesaron su fe a grandes voces.

Entre los intelectuales cristianos que denunciaron la arbitrariedad de sus perseguidores, Arnobio fue el que se enfrentó de modo más directo con el problema de la censura literaria de los tetrarcas, dándoles el siguiente aviso: "Interceptar los escritos y querer suprimir el contenido de lo publicado en ellos no es defender a los dioses, sino temer el testimonio de la Verdad" (84).

En las Actas de los mártires encontramos referencias a muchos cristianos que, por negarse a entregar a los enemigos de Cristo los Evangelios para su cremación (85) –llegando a confundir peligrosa-

---

(82) Respecto a la reacción pagana ante el cristianismo, por parte del vulgo, de los intelectuales y personas cultas durante el Imperio, *vid.* BLÁZQUEZ, en AA. VV., *Cristianismo primitivo y religiones místicas*, cit., p. 157 ss.

(83) Sobre las obras propagandísticas que desde el campo pagano aparecieron simultáneamente con la persecución, *cfr.* GIL, *op. cit.*, p. 299 ss. En relación a los turbios procedimientos seguidos por la propaganda oficial para desacreditar al cristianismo y exacerbar en contra suya al populacho, *ibid.*, p. 302 s.

(84) *Adv. Nat.* III 7.

(85) Respecto a la valoración del libro por los cristianos, *cfr.* GIL, "El

mente el concepto de texto con el de su continente material o ejemplar-, fueron torturados y asesinados. Ello es una prueba de cómo se abrieron las conciencias de todos los cristianos a la plena valoración de la obra escrita, frente a la tendencia paulina que la posponía al *logos vivo*, a la enseñanza y tradición oral. Este fue uno de los resultados benéficos de la persecución de Diocleciano, que habría de tener secuelas incalculables en la vida cultural de Occidente, por cuanto que los hombres del siglo IV, una vez pasados los tiempos de tribulación, se consagraron a reorganizar sus bibliotecas, a reeditar críticamente los textos, y a transliterarlos de los rollos de papiro a los códices de pergamino, nuevo material librario que estaba empezando a extenderse.

Si bien la llamada por San Agustín "*persecutio codicum tradendorum*" (persecución de la entrega de los códices) (86) ordenada por Diocleciano dejó como herencia un mal como el cisma donatista, difícil de extirpar en la Iglesia, en el ámbito de la literatura cristiana no produjo mayor daño. La razón fundamental de que la literatura cristiana no desapareciera se encuentra precisamente en el aparente contrasentido de que los cristianos, en el fondo, podían pasarse sin los ejemplares materiales de sus Escrituras por tenerlas, como quería San Pablo, escritas en sus corazones.

## V. EL IMPERIO CRISTIANO

Entre la persecución de Diocleciano y las constituciones de Teodosio y sus hijos, que acabaron con el paganismo, medió escasamente un siglo.

Los emperadores cristianos recibieron la herencia de sus antecesores inmediatos ilirio-panonios del siglo III que, con una política de robustecimiento progresivo de la autocracia, lograron apuntalar un Imperio en ruinas, al que las presiones fronterizas de los bárbaros, los conflictos religiosos, las incipientes diferenciaciones nacionales y la enorme crisis económica, estaban a punto de derruir. Muchos

---

*logos vivo* y la letra muerta. En torno a la valoración de la obra escrita en la antigüedad", en *Emerita. Revista de Lingüística y Filología clásica*, 27, 1957, p. 254 ss.

(86) *Contra Cresconium* II 26,29.

aspectos de dicha herencia condicionaron la actuación de los gobernantes y sirven para explicar la implacable política represiva que se llevó a cabo bajo los emperadores cristianos.

La economía del Imperio se encontraba arruinada (87). Se hizo obligatorio el trabajo en el campo, vinculando hereditariamente los colonos al mismo. Ciertos oficios de importancia también se hicieron obligatorios. Se transmitió de padres a hijos la pesada carga del decurionato. La autonomía de la vida municipal, que había sido una de las bases de la prosperidad económica del Imperio, se vino abajo. El Imperio quedaba socialmente dividido en compartimentos estancos, y los individuos incluidos para siempre en alguno de ellos sin posibilidad de mejora.

Todo este sistema, del que señalamos algunas características, fue posible gracias a la instauración, desde hacía largo tiempo, del más absoluto despotismo: el emperador no era ya un magistrado republicano, sino un déspota equiparable a cualquier otro monarca

---

(87) Sobre la situación social en general, cfr. DILL, *Roman Society in the last Century of the Western Empire, III*, Nueva York, 1958, p. 242 ss.; JONES, *The Later Roman Empire. A Social, Economic and Administrative Survey*, Oxford, 1964; VOGT, *La decadencia de Roma. Metamorfosis de la cultura Antigua. 200-500*, Madrid, 1968; ALFÖLDY, *Historia social de Roma (2.ª reim.)*, Madrid, 1992, p. 212 ss. y 246 ss. Respecto a la economía, cfr. ROSTOVITZ, *Historia social y económica de Roma (2.ª ed.)*, 2 vols., Madrid, 1962; BECK, "Problèmes économiques de l'empire Romain au 3.º siècle, de l'époque des Sévères à Diocletien. Répercussions des mesures prises par les empereurs sur les dones de la vie économique", en *Bulletin des antiquités luxembourgeoises*, 8, 1977, p. 159 ss.; BRAVO CASTAÑEDA, *Coyuntura sociopolítica y estructura social de la producción en la época de Diocleciano*. Salamanca, 1980; PETTINO, "Crepusculo e crollo dell'economia antica", en *Bulletin de l'Institut historique belge de Rome*, 33, 1961, p. 115 ss.; BERNARDI, "The Economic Problem of the Roman Empire at the Time of its Decline", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 31, 1965, p. 110 ss.; DE MARTINO, *Historia económica de la Roma antigua*, vol. II, Madrid, 1985, p. 279 ss. Más específicamente sobre determinados aspectos relativos a las devaluaciones, inflación y circulación monetaria, cfr. CORBIER, "Svalutazioni, inflazione e circolazione monetaria nel III secolo", en *Società romana e Impero Tardoantico*, vol. I, *Istituzioni, ceti, economie* (a cura di Giardina), Roma-Bari, 1986, p. 486 ss., con notas a partir de la p. 772 ss.; TORRENT, "Moneda crédito y Derecho penal monetario en Roma (s. IV a. C.-IV d. C.)", en *SDHI*, 73, 2007, p. 111 ss.; Id., "Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana", en *IVRA*, 57, 2008-2009, publ. 2009, p. 49 ss.



oriental. Por otra parte, los emperadores habían conferido a su titulación un sentido religioso con objeto de robustecer y justificar su autoridad. De esta forma, todo lo que, más o menos, directamente tenía que ver con el emperador, tenía un carácter sagrado (88).

En el Imperio cristiano, como es lógico, resultaba imposible sostener que el emperador era un dios sobre la tierra. Pero, no obstante, siguió admitiéndose el carácter "sagrado" de todo cuanto le rodeaba. Constantino, el primero de los emperadores cristianos, conservó su carácter de cabeza suprema de la religión pagana, y con él sus inmediatos sucesores –hasta Graciano, en el año 382– no se despojaron de su título de *pontifex maximus*.

Dado que la *providentia* de los emperadores les hacía estar con respecto a sus súbditos en una relación similar a la de aquellos con los dioses, es comprensible que los propios emperadores, por conveniencia particular, aceptaran homenajes de sus súbditos paganos sin escandalizarse lo más mínimo, ni sentir heridas sus convicciones cristianas. Así, los propios hijos de Teodosio, como es sabido, se refieren a su padre en sus constituciones como "nuestro divino padre", según se puede comprobar en el *Codex Theodosianus*.

En lo externo, al menos, en el Imperio cristiano seguían en vigencia las concepciones teocráticas del poder propias de la tetrarquía de Diocleciano. También los panegiristas oficiales, que continuaban haciendo propaganda de los emperadores en el poder, supieron encontrar razones poderosas para conferir a la figura del emperador un carácter carismático. La base de este nuevo concepto de la posición *sui generis* del emperador la proporcionaron las circunstancias concurrentes en Constantino: en todo el esplendor de su poderío viene a ser como una imagen o un correlato de Dios en la tierra. Constantino, dice Eusebio (89), ha sido nombrado por el Dios de todas las cosas y Rector del Universo de un modo directo príncipe y emperador. Su poder reposa en un acto de la voluntad

---

(88) Como es sabido, el consejo que asiste al emperador es denominado *sacrum consistorium*, sus acuñaciones *sacra moneta*, el gran chambelán de palacio *praepositus sacri cubiculi*. Los súbditos le deben el homenaje de la *proskýnesis* o *adoratio*. La etiqueta y el ceremonial cortesano se hacen cada vez más complicados y estrictos; las apariciones en público del emperador son cada vez más escasas y están rodeadas siempre de gran pompa y solemnidad.

(89) *Vit. Const.* I 24.

divina y su posición en el mundo viene a ser la de un ejecutor de los designios de la Providencia de Dios, la de un ministro de Dios. El propio Constantino se arroga unas funciones –las del ministerio apostólico– que no son propiamente las suyas, además de proclamar abiertamente su posición mesiánica (90). También la propaganda política y la adulación cortesana tendió a engrandecer desde la religión la figura de Constantino, estableciendo en algunos casos un paralelo entre el emperador y Dios en cuanto a sus funciones en la tierra y en el cielo.

Un paso adelante en el camino de una justificación teológica de la autocracia imperial lo dio el mencionado Eusebio al felicitarlo por el régimen monárquico instaurado por Constantino tras el derrocamiento de la tetrarquía, considerando que el nuevo emperador había establecido su forma de gobierno “a semejanza del Reino celestial”, y “en conformidad con la idea arquetípica”, pues “la monarquía está por encima de toda constitución y sistema de gobierno, ya que es más bien anarquía y origen de disturbios la poliarquía que aduce paralelamente idénticos derechos” (91). El emperador, si había dejado de ser un “rey dios”, pasaba a ser ahora un “rey por la gracia de Dios”, dotado de unas cualidades “sagradas” que le diferenciaban claramente de sus súbditos.

Otras concepciones asimismo tradicionales de las relaciones mutuas del Imperio con la religión vinieron a sumarse para abocar en el conocido fenómeno del “cesaropapismo” o injerencia indebida de la autoridad imperial en los asuntos eclesiásticos (92). De acuerdo

(90) El mismo Constantino, en una epístola remitida a los provinciales de Asia (recogida por Eusebio en *Vit. Const.* II 28), señala: “Dominando tal y tan grave impiedad al género humano, y estando el estado a punto de perecer por completo por una especie de peste mortal, y requiriendo un gran remedio salvador, ¿qué alivio ideó Dios, qué liberación de males?. ( ) Buscó mi servicio estimándolo adecuado a sus designios ( ), tanto para inducir al género humano a la observación de la más Santa Ley, educado por mi ministerio, como para que tomara incremento la beatísima fe conducida por la mano de Cristo”.

(91) *Vid. De laud. Const.* 3 y 4. Por *polyarchia* habría que entender en este caso, no “igualdad democrática de poder”, sino “pluralidad de mandos”, puesto que Eusebio al escribir estas palabras tenía en la mente la tetrarquía de Diocleciano, con la persecución y guerras civiles a que dio lugar.

(92) Sobre el cesaropapismo, cfr. GENAKOPOLOS, “Church Building and Cesaropapism, A. D. 312-565”, en *Greek, Roman and Byzantine Studies*, 7,

con la antigua idea del *do ut des* se siguió estimando a lo largo de todo el Imperio cristiano que la religión era un asunto que incumbía al poder civil. Los propios emperadores, con independencia de las autoridades eclesiásticas, consideraban como deber ineludible tomar la iniciativa de la persecución de cuantos no comulgaban con su credo religioso. El punto final lógico de este planteamiento fue declarar, como hicieron Honorio y Arcadio en el año 407, *crimen publicum* o delito de estado la herejía (93), o el paganismo, como hicieron León y Antemio en el 472 (94), y el obligar a instruirse a los gentiles en la doctrina cristiana, como hizo Justiniano, olvidando que la verdadera naturaleza de la religión de Cristo excluía toda coacción y exigía un acto libérrimo de asentimiento íntimo para la validez del acto religioso.

A esta concepción formalista de la religión se unió la práctica ancestral de las autoridades civiles de intervenir en los asuntos religiosos cuando estos provocaban disturbios ciudadanos y alteraciones del orden público. Así, la declaración de Honorio y Arcadio de la herejía como delito de estado, se presenta como la culminación previsible de una línea ininterrumpida de conducta que se inicia en las primitivas medidas censorias de los pretores republicanos, pasa por la política religiosa de Augusto y Tiberio, se concreta en Marco Aurelio y en la legislación de los Severos, y tiene una plena expresión en Diocleciano. De esta forma, el Imperio cristiano, *velis nolis* daba su tácita aprobación a la política religiosa de los tetrarcas.

Además de que las circunstancias favorecían la política intervencionista de los emperadores en los asuntos religiosos, existía un especial interés por parte del poder público en mantener la unidad religiosa y la paz interior. Todo ello dio lugar a que se produjese una cierta confusión entre las respectivas esferas de competencia del poder civil y el poder religioso, especialmente en la parte oriental del Imperio, puesto que en la occidental dicha confusión jamás fue completa (95).

---

1966, p. 167 ss.; COLEMAN-NORTON, *Roman State and Christian Church. A Collection of Legal Documents to A. D. 535*, London, 1966.

(93) *C. Th.* 16.5.40.

(94) *C. I.* 1.11.8.

(95) Para una aproximación a las doctrinas cristianas sobre las relaciones Iglesia-orden político, y la política imperial seguida por los diversos emperadores respecto a la Iglesia, *vid.* nuestro artículo "Poder político y religión en Roma: notas para la descripción histórica de una interrelación",

Así las cosas, la legislación penal se hizo severa hasta extremos inhumanos (96). La *lex maiestatis* volvió a emplearse en ese período con redoblada energía (97).

El poder público se volvió proclive a prestar crédito a las denuncias y a la difamación, dando lugar a los que han sido calificados como los dos males endémicos del siglo IV: el régimen policíaco y la abundancia de delatores en todos los estamentos sociales (98).

Para mantener el orden público los emperadores del siglo I y sucesivos se preocuparon por incrementar considerablemente sus

---

en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 1113 ss.

(96) Sobre las influencias de la política y de las ideologías sociales en el ordenamiento jurídico del Bajo Imperio, con especial referencia al Derecho penal, *vid.* MURGA, "Ideologías y políticas del Bajo Imperio y su influencia en los delitos", en *Poder político y derecho en la Roma clásica* (dirigido por Paricio), Madrid, 1996, p. 191 ss.

(97) Como indica SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, cit., p. 137; Id., *Diritto e proceso*, cit., p. 287 s., en el período del Bajo Imperio, en relación al *crimen maiestatis*, las constituciones imperiales muestran la tendencia a extender la tutela antes reservada a la persona del príncipe a otros distintos aspectos del aparato estatal. Así, quedan ahora atraídos al ámbito y a las sanciones de la lesa majestad la celebración de sacrificios y ceremonias paganas (cfr. *C. Th.* 16.10.12), el uso de cárceles privadas (cfr. *C. Th.* 9.11.1), la fabricación de moneda falsa (cfr. *C. Th.* 9.21.9), turbar el orden público tras disputas teológicas (cfr. *C. Th.* 16.1.4), o la conspiración en daño de altos oficiales del estado (cfr. *C. Th.* 9.14.3). Los acusados de *maiestas* pueden ser sometidos a tortura sin distinción de clases (cfr. *C. Th.* 9.35.1=*C. I.* 9.8.4; *C. Th.* 9.35.2=*C. I.* 9.41.16), y los esclavos están autorizados para acusar a sus amos (cfr. *C. Th.* 9.6.2). Las penas son las mismas que en la época precedente: pero en casos de especial gravedad (conspiración contra *illustres*) la condena se hace recaer también sobre los hijos y sobre los descendientes del reo, los cuales son declarados incapaces de suceder no solo respecto al padre o al ascendiente, sino respecto a la madre y a cualquier otra persona, y quedan excluidos a perpetuidad de los *honores* y de la milicia (cfr. *C. Th.* 9.14.3.pr=*C. I.* 9.8.5.1).

(98) Sobre los distintos estamentos sociales de la época, cfr. DUPONT, "Sujets et citoyens sous le Bas-Empire romain de 312 à 565 après Jésus-Christ", en RIDA, 20, 1973, p. 325 ss.; TEJA, "*Honestiores y humiliores* en el Bajo Imperio. Hacia la configuración en clases sociales de una división jurídica", en *Memorias de Historia antigua*, 1, 1977, p. 115 ss.; GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1972; ARSAC, "La dignité sénatoriale au Bas-Empire", en RHDF, 47, 1969, p. 198 ss.; ALFÖLDY, *Historia social de Roma*, cit., p. 212 ss. y 246 ss.

fuerzas especiales de policía: *vigiles*, *stationarii*, *irenarchae*, *speculatores*, *frumentarii* –disueltos por Diocleciano a consecuencia de sus abusos–, *agentes in rebus*, y, dentro de estos, *curiosi* (99).

(99) Los *vigiles*, de carácter apolítico, tendrían el cometido subsidiario de actuar como brigada de incendios. Los *stationarii* se encontrarían situados en puestos o *stationes* a lo largo de Italia, teniendo por cometido mantener la *popularium quietem* e informar al emperador de cuanto sucediera en su demarcación. Los *irenarchae* eran funcionarios municipales, establecidos en Egipto y Oriente desde Trajano y que Antonino Pío reguló y delimitó en cuanto a sus atribuciones (cfr. D. 48.3.6), cuya misión era la de buscar y arrestar a los criminales fugitivos, teniendo a su disposición unos agentes de policía a pie y a caballo denominados *diogmitae* (“perseguidores”). Además de todos los indicados, que formaban parte de las fuerzas de orden público, en el Imperio existió una policía secreta militar en estrecho contacto con el emperador, integrada por los *speculatores* (“espías”), que en el siglo I formaron una especie de cuerpo de élite dentro de la guardia pretoriana, y que eran empleados como mensajeros, o, en su caso, en servicios de información. A los mismos sucedieron en el siglo II los *frumentarii*, que, si bien en un principio debieron ser los encargados del abastecimiento de las legiones, desempeñaron cometidos similares a los anteriores, transmitiendo mensajes y actuando como policía secreta, aparte de ocuparse del transporte y vigilancia de presos y del mando de las cárceles, minas o canteras donde se realizaban trabajos forzados, sirviéndose ampliamente de ellos, como hombres de confianza, los emperadores de los siglos II y III, encomendándoles misiones delicadas. Diocleciano disolvió este cuerpo de *frumentarii* a consecuencia de los abusos cometidos por el mismo, creando probablemente en su lugar el de los *agentes in rebus*, bajo el mando directo del *magister officiorum*, cuya misión principal habría seguido siendo la de llevar cartas y órdenes del emperador, juntamente con la de vigilar la posta imperial, cumpliendo aparte el mismo servicio informativo que sus predecesores, y, especialmente, los *curiosi*, que eran enviados anualmente a las provincias en el número de dos por cada una (uno desde el año 395) y se elegían entre los más destacados miembros del cuerpo. Las importantes inmunidades y exenciones –entre ellas la del decurionato– de que gozaban, les convertían en personas especialmente temibles, que pronto adolecieron de los mismos defectos que los *frumentarii*. El chantaje y el soborno, las venganzas personales y las delaciones, estaban entre ellos a la orden del día. Hasta tal punto eran odiosos que Roma obtuvo el privilegio especial de que ningún *agens in rebus* entrara en ella sin un cometido específico. Sobre la policía en la antigua Roma, cfr. ARIAS BONET, “Los *agentes in rebus*. Contribución al estudio de la policía en el Bajo Imperio”, en AHDE, 27-28, 1957-58, p. 197 ss.; W. G., “The Roman Secret Service”, en *The Classical Journal*, 57, 1961, p. 65 ss.; DAVIES, “Police Work in Roman Times”, en *History Today*. A *monthly magazine*, 18, 1968, p. 700 ss.; BLUM, *Curiosi und Regendarii*.

Junto a la opresión de unas fuerzas de policía todopoderosa, en el Imperio cristiano se recrudeció la plaga de los delatores, al multiplicarse los pretextos para su actuación. No es difícil imaginar los abusos que se cometieron mediante la delación y el amplio margen que a través de la misma quedaba abierto para eliminar a los enemigos personales (100). Además, la legislación la fomentaba hasta

---

*Untersuchungen zur geheimen Staatspolizei der Spätantike*, Bonn, 1969; MOROSI, "Il princeps officii e la schola agentum in rebus", en *Humanitas. Revista do Instituto de Estudos Clássicos*, 31-32, 1979-80, p. 23 ss.; GIARDINA, *Aspetti Della burocrazia nel basso impero con una prosopographia degli agentes in rebus*, Roma, 1977.

(100) Para una aproximación al concepto de *delator* a través de la precisión de su significado en las fuentes romanas, estableciendo las similitudes y diferencias con el *accusator* (acusador que interviene en los procesos criminales desarrollados ante las *quaestiones*), cfr. GARCÍA CAMIÑAS, *Delator. Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Santiago de Compostela, 1983. Según este autor, el significado de *delator* es variado y se corresponde con el órgano ante el que el mismo realizaba su función: *deferre ad magistratum* (ciudadano que realiza una acusación pública ante una *quaestio*; en este caso aparecería asociado *delator* con *delatio nominis*, entendido este como el "acto por el cual el acusador ponía en conocimiento del presidente de la *quaestio* correspondiente el nombre del reo y el crimen que le imputaba"); *deferre ad aerarium* (significaba a quienes ponían en conocimiento de los agentes del fisco los *bona vacantia*, cuya función sería mucho más amplia que la del mero denunciante, y que constituían un peligro social); y *deferre ad senatum* (delatores que actuaban en el marco de los procedimientos que se sustanciaban ante el tribunal de los cónsules y el Senado, cuya competencia objetiva se extendió desde Augusto –con el que el Senado habría conocido solamente en procesos por *crimen maiestatis* y *crimen repetundis*– progresivamente a todos los asuntos penales sin distinción: procesos por adulterio, lenocinio, calumnia, falsedad y homicidio). *Vid.*, del mismo autor, "Deferre ad aerarium", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, p. 431 ss., y "Deferre ad Senatum", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, p. 241 ss.; cfr., además, sobre la *delatio* y los delatores: SANTALUCIA, *Diritto e proceso*, cit., p. 242 ss., 265 y 293; SPAGNUOLO VIGORITA, *Secta temporum meorum. Rinovamento político e delazione fiscale agli inizi del principato di Gordiano III*, Palermo, 1978; Id., *Exsecranda pernices. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984; FANIZZA, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988. En relación a los *quadruplicatores*, considerados como una especie del género de los acusadores o delatores, que parecen haber tenido una intervención muy viva en la vida social romana, tanto de la República, como del Imperio, y a los

cierto punto: la *lex Papia Poppaea*, por ejemplo, ofrecía a los delatores parte de los bienes que en caso de confiscación debían revertir al fisco (101). Por otra parte, a finales del siglo IV se generalizó una nueva forma de delación encubierta en el anonimato de los *famosi libelli*, viéndose obligados los emperadores a legislar sobre el caso con un rigor inusitado (102).

que en las fuentes se atribuyen dos posibles significados –(1) acusadores o delatores de crímenes en los que si el reo era condenado recaía sobre él una pena al *quadruplum*; y (2) acusadores o delatores que de los bienes de los condenados, a los que ellos habían acusado, obtenían una cuarta parte–, aplicándoseles a los que incurriesen en calumnia el régimen jurídico previsto en la *lex Remmia de calumniatoribus*, vid. GARCÍA CAMIÑAS, “Sobre los *quadruplatores*”, en SDHI, 50, 1984, p. 461 ss.

(101) ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani (estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana)*, Milano, 1912, p. 457 ss., fecha esta *lex Papia Poppaea Nuptialis* en el año 9 a. C., y señala que “integró la disposición de la precedente *lex Iulia de maritandis ordinibus*, junto a la cual es constantemente citada (*lex Iulia et Papia Poppaea*) formando un grandioso cuerpo de legislación matrimonial: el campo de aplicaciones se limita a los ciudadanos romanos”. Como objeto de esta legislación propone: “I. Estimular los matrimonios y la procreación... II. Mantener pura la raza, especialmente la clase senatorial”. Resalta así, según GARCÍA CAMIÑAS, *Delator*, cit., p. 20, nt. 21, la importancia de los objetivos cuya realización efectiva se confiaba en gran medida a los delatores. Para el texto de la *lex Papia Poppaea*, vid. BIONDI, “*Leges Populi Romani*”, en *Scritti iuridici II*, Milano, 1965, p. 250 ss.

(102) Así, Constantino, que se enfrentó en repetidas ocasiones con este problema, en el 313 (cfr. *C. Th.* 9.4.2) escribió al procónsul de África insistiéndole en que, aunque obrasen en su poder libelos difamatorios, no recibieran castigo alguno las personas mencionadas en ellos. En el 319 también promulgó un edicto sobre los acusadores en el que estatuyó la obligación de forzar a los autores de los *famosi libelli* a demostrar la veracidad de lo escrito en ellos bajo severísimas penas en caso de no poderlo hacer (cfr. *C. I. L.* III 12043). En otras constituciones de los años 320 (cfr. *C. Th.* 9.34.3), 328 (cfr. *C. Th.* 9.34.4), 335 (cfr. *C. Th.* 9.34.6) y 338 (cfr. *C. Th.* 9.34.5) insistió en que si estos escritos no llevaban la firma de su autor no debían leerse, teniendo que ser destruidos. Valentiniano y Valente (cfr. *C. Th.* 9.34.7) establecieron la pena de muerte para quien recogiera o leyera escritos difamatorios, en lugar de quemarlos inmediatamente, y en el 368 (cfr. *C. Th.* 9.34.8) recordaban, una vez más, que no había por qué temer las acusaciones de esta índole. Valentiniano II, Teodosio y Arcadio en el 386 (cfr. *C. Th.* 9.34.9), aparte de la obligación de destruir tales escritos, prohibieron a quien hubiera leído un libelo difamatorio comunicar su contenido a otros. Finalmente, en una constitución del 406, firmada por Arcadio, Honorio y Teodosio II (cfr. *C. Th.* 9.34.10), se avisa



En la última de las muchas constituciones dictadas por los emperadores (firmada por Arcadio, Honorio y Teodosio II en el año 406) se demuestra la contradicción inherente a todas estas medidas: contrarrestar la delación por la delación. Y ello porque, paralelamente a las *leges* tendentes a suprimirla, se daban otras que la fomentaban. Así, el mismo año (320) en que Constantino amenazó con arrancar la lengua y con la pena capital a los falsos acusadores, ofrecía recompensas a quien delatara el ejercicio de la aruspicina en una casa particular (103), y en el 325 hizo lo propio con respecto a los denunciadores de las malversaciones cometidas por los funcionarios de la administración civil (104). En suma, las constituciones imperiales eran una engañosa solución de compromiso a la necesidad, por un lado, de satisfacer a la opinión pública, para la cual no había nada tan detestable como un delator, y por otro, de mantener a toda costa su seguridad personal y la paz del Imperio.

Dentro del período que nos ocupa, también se pueden apreciar determinadas reformas en relación a la *lex maiestatis*.

La protección dispensada a la *maiestas* del emperador se fue incrementando con el paso del tiempo, conforme se iba divinizando su persona, hasta el punto de asimilarse casi al sacrilegio todo atentado contra la misma (105). Asimismo, todo atentado contra los dioses constituía un *crimen* de lesa majestad, puesto que el em-

---

no solo a los autores de los libelos, o a quienes sin destruirlos los hacen circular, sino incluso a los que no denuncian a quienes los han leído, que deben temer "la espada vengadora". Para un examen más detallado del Título 9.34 del Código Teodosiano, cfr. MANFREDINI, "Osservazioni sulla compilazione teodosiana (C. Th. 1.1.5.6 e Nov. Theod. 1) in margine a C. Th. 9.34 (de *famosis libellis*)", en *Atti dell'Accademia romanistica Constantiniana*, 4, Perugia, 1981, p. 412 ss. Sobre el problema de las delaciones, cfr. CONDURACHI, "Un problème d'Etat au IV<sup>o</sup> siècle, les délations", en *Nouvelles études d'histoire publiées à l'occasion du XI<sup>o</sup> Congrès des Sciences historiques*, Stokholm-Bucarest, 1960, p. 83 ss.; GAUDEMET, "La répression de la délation au bas-empire", en *Philias charin. Miscellanea di Studio classici in onore di Eugenio Manni* (a cura di Fontana et alii), Roma, 1980, tomo III, p. 1065 ss.

(103) C. Th. 9.16.1=C. I. 9.18.3.1.

(104) C. Th. 9.1.4.

(105) Vid. D. 48.4.1. Por ello se perseguía por el concepto de *asébeia* en época de los Severos –en época de Domiciano se utilizó por primera vez el término *impietas*– a quienes destruyesen o deteriorasen las imágenes consagradas al emperador: D. 48.4.6.



perador, de un modo u otro, entraba en el número de los mismos. Paralelamente, el procedimiento procesal y las penas impuestas a los reos fueron aumentando en rigor. La pena de muerte, aplicada ya en la época de Tiberio, se hizo preceptiva, en lugar de la antigua *interdictio aqua et Igni* de la época de los Severos (106).

La evolución lógica de la *lex*, dado el carácter “sagrado” de la persona del emperador y de cuanto le rodeaba fue la de hacer extensiva su *maiestas* a sus colaboradores inmediatos, y la de castigar no ya los hechos o los dichos lesivos, sino los meros pensamientos hostiles. Así, en la famosa *lex Quisquis*, promulgada por Arcadio en el año 397, se estatuyó la pena de muerte no solo para cuantos hubiesen eliminado mediante conjura a un miembro del *sacrum consistorium*, un senador, o cualquier agente imperial, sino incluso para quienes hubieran “pensado” hacerlo –es importante resaltar que el texto no se refiere al intento fallido, a la complicidad o a los preparativos del asesinato, sino al puro acto mental de concebir una idea semejante–. Subsidiariamente se establecía la confiscación de los bienes del difunto y de sus hijos, que quedaban asimismo incapacitados para heredar a su madre, a sus parientes, y a los extraños (107).

En una sociedad como la del siglo IV, frívola y sin lecturas, cuya única preocupación era el placer, la superstición alcanzó su apogeo.

Durante el período se puede constatar el afán de ennoblecer y sublimar por parte de los cultivadores de la astrología una actividad

(106) Cfr. *C. Th.* 16.7.1.2 y 3; *C. Th.* 16.7.4 y 5; *C. Th.* 16.7.6. Sobre el libro 16 del Código Teodosiano, cfr. DE GIOVANNI, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema de rapporti Chiesa-Stato*, Napoli, 1985.

(107) *Vid. C. Th.* 9.14.3.pr.=*C. I.* 9.8.5.1: “que sean pobres perpetuamente, que la infamia de su padre siempre les acompañe, que jamás ocupen un cargo en la administración civil, ni un mando en el ejército; en una palabra, que se encuentren en tal situación que, agobiados por su continua penuria, les sirva la muerte de consuelo y la vida de suplicio”. Sobre algunas particularidades de la ley, cfr. BAUMAN, “Some Problems of the *lex Quisquis*”, en *Antichthon. Journal of the Australian Society for Classical Studies*, I, 1967, p. 49 ss. Respecto a la indicada confiscación de bienes a los herederos, cfr. VOLTERRA, “Processi penali contro i defunti in diritto romano”, en *RIDA*, 3, 1949, p. 496 ss.; BRASIELLO, “Sulla persecuzione degli heredi del colpevole nel campo criminale”, en *Studi in onore di E. Volterra*, vol. IV, Milano, 1971, p. 333 ss.; FANIZZA, “Il crimine e la morte del reo”, en *Mèlanges d'archèologie et d'histoire de l'École Française de Rome*, 96, 1984, p. 678 ss.

sospechosa desde antaño, intentando en algunos casos trazar el cuadro del astrólogo ideal (108).

En todo caso, el cristianismo fue adverso a la magia y a la mánica por considerarlas como un atentado contra la esencia misma de la religión. Los Santos Padres de la Iglesia condenaron unánimemente la magia y la adivinación, basándose en diversos textos del Antiguo Testamento que reprobaban expresamente esas prácticas (109). Para el cristianismo no cabía establecer una distinción entre la denominada magia blanca y las *artes nefariae* de la magia negra, ni tampoco entre una escrutación del futuro con fines loables y otra

(108) Así, Fírmico Materno, en una introducción al arte matemática, que dedicó al procónsul Mavorcio Loliano, presentó al astrólogo ideal como un hombre de gran utilidad pública, adornado de todas las virtudes del sabio estoico o del santo cristiano, haciendo de él algo así como un *vir bonus vaticinandi peritus*. El astrólogo, según Fírmico, ha de modelarse a sí mismo, "a imagen y semejanza de la Divinidad", aprendiendo y practicando todas las virtudes: habrá de ser de fácil acceso a quien le quiera consultar, púdico, íntegro, sobrio y menospreciador de la riqueza, superando en excelencia moral a los sacerdotes, hasta el punto de ser un ejemplo y una guía para los demás. También habrá de cuidarse no solo de practicar la virtud, sino de alejar toda mala sospecha, toda apariencia comprometedora que pueda suponer un perjuicio para su reputación. Conviene además que sea intachable en su vida privada, cumplidor de su palabra, y que se abstenga de asistir a espectáculos públicos, para que la gente no crea que su presencia favorece el triunfo de uno de los bandos en liza. Asimismo debe obediencia absoluta a las constituciones de los emperadores, y debe negarse a responder a nada que tenga que ver con la persona del soberano. Finalmente, el astrólogo ha de ser muy cauto en sus conversaciones, rehuir de las *seditiones* y los *turbulenta certamina*, abstenerse de intervenir en sacrificios nocturnos, y no predecir la muerte de nadie. Sobre la astrología en la legislación, cfr. CRAMER, *Astrology in Roman Law and Politics*, Philadelphia, 1954.

(109) Por ejemplo, en *Levit.* 20,27 se prescribe la muerte por lapidación para el hombre o mujer "en quienes hubiere espíritu pitónico o de adivinación". En *Deut.* 18.10-14 (citado en *Coll.* 15.1-3) se señala: "No sea hallado en ti quien purifique con sacrificios a tu hijo o a tu hija, ni adivino de quien saques vaticinios. Ni des tu asentimiento a impostores fabricantes de venenos que dicen qué tiene concebido la mujer, porque son fábulas seductoras. Ni prestes atención a los prodigios, ni interrogues a los muertos. No sea hallado en ti decidor de augurios, ni examinador de aves, ni autor de maleficios, ni quien tiene a pitón en el vientre, ni arúspice, ni interrogador de muertos, ni examinador de portentos. Pues todas esas cosas han sido condenadas por Dios tu Señor, y también quien las hace".

con fines punibles. Incluso en casos de grave enfermedad se señalaba que no se debía recurrir a encantamientos para sanarse.

La propaganda cristiana no encontraba peor deshonra para sus enemigos que el acusarles de prácticas mágicas. Algo similar ocurría con los que se dedicaban a la adivinación. En los diferentes Concilios se produjo la condena oficial de la mántica y la magia, tomándose enérgicas medidas para extirparlas entre los seglares y el clero. La represión oficial de la adivinación y la magia siguió por los enérgicos derroteros señalados por Diocleciano, confundiendo deliberada o inconscientemente muchos ritos religiosos paganos, como por ejemplo los sacrificios nocturnos, con prácticas mágicas y adivinatorias, aumentando el rigor con que se castigaron, hasta atenuarse en cierta medida con los emperadores Arcadio y Honorio. Las persecuciones más violentas tuvieron lugar en la época de Constancio y Valentiniano y Valente, dejando graves secuelas en la conservación del patrimonio cultural.

La legislación de Constantino respecto a la magia y la adivinación fue, sin embargo, vacilante e inconsecuente, revelando hasta qué punto este emperador era un hombre de otras épocas y se imponía en él el talento político a las convicciones religiosas. Así, por un lado, distinguió la magia lícita de la ilícita o con finalidad perversa; y, por otro, admitió el público ejercicio de la adivinación, que consideró como de interés para el Imperio, frente al ejercicio privado, que prohibió de manera rigurosa (110).

Por lo que se refiere a algunas de las medidas concretas tomadas por los emperadores contra magos y adivinos, el emperador Constancio, con el que cambia radicalmente la política anterior, el 25 de enero

---

(110) En tres primeras constituciones (cfr. *C. Th.* 9.16.1 –la primera recogida en *C. I.* 9.18.3.1–) que regulaban la adivinación, se prohibía a los arúspices entrar en las casas privadas, y se condenaba al exilio a quienes les llamasen a ellas, pero, sin embargo, se permitían los ritos públicos de la aruspicina. En el año 320 se prescribió (cfr. *C. Th.* 16.10.1) que siempre que un rayo cayese en palacio u otros edificios públicos, los arúspices deberían hacer una investigación sobre el significado del hecho y remitir sus conclusiones a la Cancillería imperial, recordándose una vez más la prohibición de realizar sacrificios privados. Por otra parte, aun dentro de la prohibición general de la magia, mediante otra constitución se permitieron los “remedios ideados para el cuerpo humano” (cfr. *C. Th.* 9.16.3, recogida en *C. I.* 9.18.4).

del 357, dictó un edicto prohibiendo terminantemente todo ejercicio de la magia y la adivinación (111). A dicho edicto siguió otro, dictado el 4 de diciembre del mismo año. También el 5 de julio del 358 se suprimieron las exenciones de tortura a los miembros de la corte imperial sospechosos de haber tenido tratos con los adivinos (112).

Valentiniano y Valente, que fueron tolerantes con el paganismo, sin embargo renovaron mediante un decreto la pena de muerte establecida para los magos (113).

La persecución de la magia y la adivinación prosiguió con los emperadores sucesivos, aunque atemperada en su violencia gracias al influjo humanitario de la Iglesia. Con Valentiniano II, Teodosio y Arcadio, con los que arrecia la persecución de la ortodoxia y la herejía, las normas imperiales se hicieron más moderadas en lo referente a prácticas adivinatorias y mágicas (114). Así, en una constitución dictada el 1 de febrero del 409 por Honorio y Teodosio II, se estableció un generoso perdón para los adivinos que hiciesen profesión

---

(111) *Vid. C. Th. 9.16.4 y 5.* En el mismo se señalaba: "que nadie consulte a astrólogo ni adivino, que nadie consulte a «ariolo». Que enmudezca la perversa confesión de los augures y vates. Que los caldeos, los magos y los demás a quienes llama el vulgo maléficis por la magnitud de sus crímenes, no maquinen nada en este sentido. Que se les calle para siempre a todos la curiosidad de adivinar. Pues ciertamente sufrirá la pena capital, abatido por la espada vengadora, quien deniegue el cumplimiento a lo mandado".

(112) *Vid. C. Th. 9.16.6.*

(113) *Vid. C. Th. 9.16.7.* Mediante una constitución del año 370 (cfr. *C. Th. 9.16.8*) se prohibió la enseñanza de la astrología, estableciendo para su incumplimiento la pena capital. Dicha prohibición fue atemperada por otra del 371, firmada por Valentiniano, Valente y Graciano (cfr. *C. Th. 9.16.9*), permitiendo la aruspicina y declarando la libertad de cultos. Asimismo, mediante una disposición de 10 de diciembre del mismo año 371 (cfr. *C. Th. 9.16.11*), se prescribió que los procesos de magia fuesen juzgados por el *praefectus urbi*, salvo en caso de duda, en el que cabría entonces recurrir ante el emperador, implicándose nuevamente con las causas de esta índole las de lesa majestad.

(114) En una constitución de 16 de agosto del 389 (cfr. *C. Th. 9.16.11*) se calificaba a los adivinos como "enemigos de la salvación común", pero no se volvían a mencionar como posibles penas la muerte, la tortura, ni el fuego.

de la fe católica y quemasen los "códices de su error" ante la mirada de los obispos (115).

Finalmente, resulta preciso destacar que en el reinado de Honorio se produjo un hecho muy importante, y de suma gravedad para los paganos: la cremación de los libros sibilinos, a los que tanta importancia se había concedido en otras épocas. Dicha cremación se llevó a cabo por Estilicón, valido del emperador, hacia el 407.

Al terminar el siglo IV, el paganismo había perdido su fuerza de atracción entre las masas, pero todavía conservaba vigor en el campo y entre las élites intelectuales y aristocráticas del Imperio. Frente a los cristianos, que en último término se sentían como "peregrinos" en este mundo, y que encontraban su verdadera patria en la "ciudad de Dios", las minorías aristocráticas romanas se aferraban a la idea de la eternidad de Roma y cultivaban con amor las tradiciones de su historia milenaria. Los últimos paganos fueron grandes lectores, gentes románticas y arcaizantes, cuya mirada, cegada por el esplendor de los viejos tiempos, carecía de agudeza para penetrar en la realidad de aquellos momentos.

La polémica anticristiana seguía, más o menos soterrada, por los cauces en que quedó orientada en el siglo precedente: crítica racionalista de los dogmas del cristianismo, llevada a cabo por las escuelas filosóficas; acusaciones de incultura y rudeza, predilectas de los profesores de retórica; y lamentos doloridos de los patriotas, que en el abandono del *mos maiorum* veían la causa de todas las calamidades que azotaban al Imperio.

Cambiadas las circunstancias fue entonces a los paganos a quienes correspondió convertirse en los adalides de la tolerancia, defendiendo que se debía permitir a cada cual buscar a la divinidad y honrarla según su conciencia. No obstante, la actitud habitual de los paganos –al igual que la de los cristianos contemporáneos– era la de una cerrada intransigencia (116). Paganos y cristianos recurrían a todos los medios posibles para desacreditarse mutuamente, así

---

(115) *Vid. C. Th.* 9.16.12. Castigándoles, en caso de que así no lo hiciesen, con la expulsión de Roma y de todas las ciudades, o con la deportación, en caso de haberse introducido subrepticamente en estas con la finalidad de ejercer su oficio.

(116) En relación al celo desplegado por la intelectualidad pagana con la finalidad de debelar el cristianismo, cfr. GIL, *op. cit.*, p. 363 ss.

como a todas las argucias posibles de la propaganda para dar ánimo a sus correligionarios abatidos.

En el siglo IV, salvo en Atenas, donde la escuela neoplatónica era una fundación privada, la docencia había pasado al control de los gobernantes, lo que permitía mediatizar por la presión económica la libertad de magisterio de los docentes, bien fuesen rétores o filósofos. Ello tuvo unas repercusiones formidables con Juliano el Apóstata (361-363), que se empeñó en llevar a cabo una restauración pagana a fondo, sin seguir una política sangrienta de persecución al cristianismo.

El 17 de junio del 362, Juliano promulgó un edicto, con un texto supuestamente inocuo (117), agregando con el mismo una circular a las autoridades locales que contenía normas suplementarias para su ejecución, en las que declaraba abiertamente su pensamiento educativo, que suscitaba problemas sobre la libertad de enseñanza e idoneidad de los maestros para desempeñar la función docente, al hacer referencia al absurdo que suponía para un pagano convencido, como era su caso, el que explicasen a los clásicos gentes como los cristianos, que no creían en los dioses de un Homero o un Hesíodo, que eran los guías de la educación (118). La negativa de Juliano

---

(117) *Vid. C. Th.* 13.3.5; *C. I.* 10.53.7. "Conviene que los maestros de escuela y los profesores se distingan, primero, por su honestidad, luego por su elocuencia. Pero como no puedo estar presente en todas y cada una de las ciudades, ordeno que no se precipite a esta carrera repentina y temerariamente todo el que quiera enseñar. Antes bien, obtenida la aprobación de los *curiales*, ha de merecer en un decreto, dado con el consentimiento unánime de los mejores. Luego, éste decreto me será entregado para su examen, con objeto de que los elegidos se incorporen a las escuelas de las ciudades con el mayor honor que supone nuestra aprobación".

(118) "La buena educación, según pensamos, no reside en la preciosa armonía de la palabra y de la lengua, sino en la sana disposición de un modo de pensar sensato, y en tener opiniones verdaderas sobre lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo. Así, pues, quien piensa una cosa y enseña otra a sus discípulos da la impresión de estar tan lejos de educar, como de ser hombre honrado. Sería, por tanto, menester que cuantos prometen enseñar cualquier materia fueran honestos de carácter y no tuvieran en el fondo de sus almas opiniones en pugna con lo que enseñan públicamente. Pero más que nadie, creo yo, estar en la obligación de ser así cuantos dan lecciones de literatura a los jóvenes, comentando las obras antiguas, tanto los rétores, como los gramáticos, y sobre todo los sofistas. Pues, aparte de sus

a que los cristianos explicasen los “santos textos del paganismo” radicaba en una firme convicción religiosa. La religión, las tradiciones culturales y las especulaciones de los filósofos se habían tejido inextricablemente en las creencias del paganismo tardío. De esta forma, el emperador puso a los maestros cristianos en la disyuntiva de renunciar a sus puestos, o de predicar con el ejemplo, practicando la verdadera piedad hacia las divinidades de la tradición. El Apóstata, en cambio, no les vetó la entrada a las escuelas a los jóvenes cristianos, pareciendo más bien inclinarse a hacer su asistencia a las mismas obligatoria (119).

Al edicto de Juliano siguió una depuración en todos los grados de la enseñanza, quedando despojados de sus rangos cuantos docentes cristianos antepusieron su fe al ejercicio profesional.

La actitud del cristianismo vencedor respecto al paganismo fue la de combatirlo con redoblado ardor. Mientras que los emperadores tolerantes le prestaron un trato de favor, y tomaron determinadas medidas perjudiciales para la que había sido religión tradicional, los restantes emperadores del siglo IV abrazaron la causa de la intolerancia y fueron dando con rigor creciente normas represivas del paganismo, que se concretaron en la proscripción de sacrificios nocturnos, prohibición de prácticas de magia y adivinatorias, eliminación de subvenciones oficiales a los cultos paganos, clausura y destrucción, o, en su caso, confiscación de templos paganos, prohibición de celebración de ceremonias paganas, etc. (120).

La opinión general de los Padres de la Iglesia, salvados los escrúpulos de conciencia impuestos por el espíritu ascético de los tiem-

---

otras enseñanzas, pretenden ser maestros de modos de conducta”. *Vid. Ep. 61 c Bidez (cit. por GIL, op. cit., p. 368).*

(119) “Para los profesores y maestros quede así establecida esta norma general. En cambio, no queda excluido el joven que quiera frecuentar la escuela. Pues ni es natural ni razonable cerrarles el mejor camino a los niños que aún no saben hacia dónde inclinarse, precisamente por temor a llevarles a la fuerza hacia las tradiciones patrias. Es más, lo justo sería curarles contra su voluntad como a los frenéticos, con la salvedad de que se les perdone a todos por tal enfermedad, porque a mi entender, se debe enseñar y no castigar a los insensatos”. *Vid. Ep. 61 c Bidez (cit. por GIL, op. cit., p. 369).*

(120) Cfr. al respecto, por ejemplo, las siguientes disposiciones contenidas en el Código Teodosiano: *C. Th.* 16.10.4; 16.10.10; 16.10.11; 16.10.12; 16.10.16; 16.10.25.

pos, era que el legado de la tradición debía conservarse y utilizarse, si bien con tiento, y realizando en él una selección previa. De ahí que las constituciones de los emperadores no prescribiesen la destrucción de obra literaria clásica alguna, y el que, salvo una prohibición aislada de los obispos de leer obras de los gentiles, no existiesen normas negativas al respecto.

No obstante, había un cierto tipo de obras paganas que por el mal que hacían en algunos cristianos, induciéndoles a apostatar, como en los mismos gentiles, por impedir su definitiva conversión al cristianismo, constituían mayor peligro que los textos "sagrados" de la gentilidad. Estas eran las obras polémicas de los neoplatónicos. Precisamente por el peligro indicado, los emperadores tomaron medidas censorias contra estos libros anticristianos, ordenando quemarlos. Justiniano acabó de una vez con todas las supervivencias paganas en el Imperio, atacando el mal en su raíz (121).

Las bases ideológicas del Imperio cristiano, el apasionamiento de los hombres de los siglos IV y V, y su hondo interés por las cuestiones dogmáticas explican suficientemente no solo el nacimiento de cismas y herejías, sino también la increíble saña con que se persiguieron los adeptos de las distintas sectas de la cristiandad entre sí.

Desde el punto de vista de la ortodoxia, no cabía transacción alguna con la herejía –el hereje era considerado mucho más temible que el pagano– y se justificaban las penas espirituales que, tras la debida amonestación, vino aplicando la Iglesia a sus adeptos más contumaces. Paralelamente a la acción desarrollada por las autoridades eclesiásticas, desde que el Imperio se hizo cristiano, se planteó el problema de la intervención del brazo secular en las disputas religiosas. Dadas las premisas sobre las que se asentaba el Imperio cristiano, quedaba excluida la pasividad o neutralidad

---

(121) Poco después de acceder al trono, además de revalidar las prohibiciones establecidas por sus antecesores para los cultos gentiles, denegó las donaciones y legados que sirvieran "para sustentar la impiedad de los paganos" (cfr. *C. I.* 1.11.9), castigó con la pena de muerte a los apóstatas, obligó a todos los paganos a hacerse instruir con sus mujeres e hijos en la doctrina cristiana, so pena de confiscación de sus bienes, e incapacitó a los paganos para desempeñar toda clase de magisterio, con la finalidad de que no corrompiesen las almas con el pretexto de enseñar (cfr. *C. I.* 1.11.10). A consecuencia de esta legislación, se cerró la Escuela neoplatónica de Atenas (529) y todas las Escuelas de derecho, salvo las de Berito y Constantinopla.



secular, y, como ya se ha dicho, peligrosamente inclinada la balanza en el platillo de la intolerancia. Lógica secuela de todo ello fue el edicto dictado por el emperador Teodosio en el año 381, en el que declaraba la regia voluntad de que todos sus súbditos fueran ortodoxos, así como su firme decisión de quitar a los herejes la facultad de vivir según el Derecho romano. Los hijos de Teodosio dieron un paso adelante, al convertir al hereje –en el año 407– en enemigo del Imperio (122). La herejía se convertía así en delito público, y el poder público adquiriría entonces la capacidad para juzgarla y castigarla como cualquier otro delito contra la seguridad.

En cuanto al castigo de la herejía, hubo una falta de coordinación entre la instancia secular y la eclesiástica, una ausencia de delimitación clara de ambas jurisdicciones. El poder secular, que actuaba con plena independencia aunque ateniéndose a los cánones de los Concilios que fijaban la doctrina ortodoxa, estableció toda una legislación represiva de la herejía, junto a una serie de medidas preventivas para evitar su propagación. Se ejerció sobre los herejes un sistema coactivo que contrastó vivamente con la relativa benignidad de trato otorgada a paganos, apóstatas y judíos, aplicándose con redoblado vigor a aquellos los mismos procedimientos empleados por los perseguidores del cristianismo.

No obstante, los Padres de la Iglesia supieron encontrar en el siglo IV un fundamento teológico a la necesidad de la tolerancia: el sentimiento de veneración hacia el poder persuasivo del Espíritu Santo, que opera con la palabra, y no con la fuerza; el convencimiento de que con el empleo de la fuerza las palabras pierden toda su eficacia, partiendo del postulado de que el cristianismo, a diferencia de la religión pagana, no solo exige el acto externo del culto, sino la íntima creencia que excluye toda coacción externa.

Lo cierto es que, de haberse reconocido por todos la necesidad de la tolerancia y practicado la virtud de la *caritas*, el Imperio, aun siendo confesionalmente cristiano, no habría practicado la sistemática política de persecución, característica del siglo IV y siguientes. No fue sin embargo así, puesto que, además de una escalofriante legisla-

---

(122) *Vid. C. Th.* 16.1.7: “Que tal género de hombres nada tenga en común con los demás, ni en las costumbres, ni en las leyes. Queremos ciertamente que sea (la herejía) un delito público, porque el atentado cometido sobre la Divina Religión redunde en daño de todos”.

ción, recogida en el Código Teodosiano –afortunadamente no siempre aplicable a rajatabla–, se establecieron toda una serie de medidas preventivas, de eficacia mucho mayor que las normas penales. Entre ellas, y por lo que se refiere a las medidas censorias se pueden citar la condena al fuego de determinados libros heréticos (123).

Por su parte, Teodosio II y Valentiniano III establecieron la pena de muerte no solo para quien conservase en su poder escritos heréticos, sino también para quien los leyese, quedando además terminantemente prohibido hablar o enseñar nada en contra de la doctrina establecida en Nicea y Éfeso (124).

Paralelamente a los edictos dictados por los emperadores, válidos para todo el Imperio, las autoridades eclesiásticas, dentro de sus

---

(123) Así, los primeros libros condenados al fuego por la autoridad civil fueron los de Arrio en el año 332. Constantino, en una carta dirigida a los obispos y al pueblo, determinó la infamia del heresiarca y de sus secuaces, además de la cremación de todos sus escritos “con objeto de que desapareciesen no sólo los errores de su doctrina, sino incluso su recuerdo”, prohibiéndose su tenencia hasta el extremo de condenarse a muerte a quien ocultase un ejemplar. Teodosio ordenó por un edicto la cremación de los escritos de Eunomio, jefe de la iglesia de los eunomianos. Los hijos de Teodosio volvieron a condenar a las llamas, en el 398, las obras del indicado Eunomio, junto con las de los montanistas, y repitieron el castigo de Constantino para sus ocultadores (cfr. *C. Th.* 16.5.34). El 3 de agosto del 435, a raíz del Concilio de Éfeso, Teodosio II ordenó la cremación de las obras de Nestorio (cfr. *C. I.* 1.1.3). Igualmente, el propio Teodosio II y Valentiniano III, mediante un edicto dictado en el 448, al que pretendieron dar una validez general en lo relativo a los libros heréticos, ordenaron nuevas cremaciones de las obras de Nestorio y Porfirio (cfr. *C. I.* 1.1.3). Por último, el año 529, Justino y Justiniano ordenaron la cremación de los escritos de los maniqueos, advirtiendo que sus poseedores ilícitos quedaban sometidos a la pena correspondiente (la muerte), que ni siquiera se citaba, por ser de sobra conocida (cfr. *C. I.* 1.5.16).

(124) No obstante, esta legislación se matizó algo con una constitución de los emperadores Valentiniano III y Marciano, mediante la que se prohibió dictar, editar, escribir, o sacar al conocimiento público escritos en pugna con el concilio de Calcedonia, y se castigó con la deportación perpetua a quien cometiese alguno de estos delitos, o tuviese en su poder libros heterodoxos. Quienes por amor al estudio escuchasen enseñanzas heréticas eran multados con diez libras de oro, y los que las impartieran eran condenados a la pena capital. Finalmente, se ordenaba la cremación de las obras de Eutiques y Apolinar “para que los propios vestigios de su criminal perversidad perezcan abrasados por las llamas” (cfr. *C. I.* 1.5.8-9).

respectivas demarcaciones, prohibieron la lectura de ciertos libros a sus feligreses, y realizaron también sus cremaciones particulares.

Finalmente, a través del *Decretum Gelasianum*, asignado por la tradición al Papa Gelasio (años 492-496), se estableció una lista de los libros apócrifos y otras obras condenadas de los herejes, desde Simón Mago hasta Acacio de Constantinopla, con el fin de precaver de su lectura a los incautos.

# SECRETO DE LAS COMUNICACIONES; SU INTERVENCIÓN JUDICIAL

**Agustín Romero Pareja**

Doctor en Derecho  
Universidad de Málaga

**Resumen:** Pese a su protección jurídica, la injerencia en las comunicaciones telefónicas y telemáticas es un instrumento de investigación muy eficaz que se puede anticipar a los comportamientos delictivos. Por ello, la Ley 25/2007 establece que la aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información han supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación, al alcance de cualquier persona y en cualquier rincón del mundo, por lo que también pueden ser puestas al servicio de la consecución de fines delictivos, de ahí la necesidad, expuesta en este artículo, de regular la intervención de los operadores de las comunicaciones que puedan ser requeridos por la autoridad judicial en el marco de una investigación criminal.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, protección de datos, secreto de las comunicaciones, intervención judicial.

## SECRECY OF COMMUNICATIONS; JUDICIAL INTERVENTION

**Abstract:** Despite their legal protection, interference in the telephone and telematic communications is an instrument of very effective research that can anticipate to criminal behavior. Therefore, law 25/2007 provides that the application of the new technologies developed in the framework of the information society have been the overcoming of traditional forms of communication available to anyone and anywhere in the world, so it also can be put at the service of criminal aims, hence the need, as outlined in this article, regulate the intervention of operators of communications that may be required by the judicial authority within the framework of a criminal investigation.

**Key words:** Fundamental rights, protection of information, secrecy of communications, judicial intervention.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

- I. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
- II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
- III. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA
- IV. UN CASO PARTICULAR: LA DOCUMENTACIÓN CLASIFICADA Y LOS SECRETOS OFICIALES
- V. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

## INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías fomentan la invasión de la privacidad del individuo y las posibilidades de tratamiento y almacenamiento de datos, pero no debemos dejar de tener en cuenta que en "una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo" (STC 123/2002). En tal sentido, el art. 18.3 CE prescribe que: "se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial". El "secreto de las comunicaciones" es protegido por diferentes textos internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico por haber sido ratificados por España (art. 96 CE), como, por ejemplo, el art. 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y, muy especialmente, el art. 8.2 del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos de 1950.

Este último texto tiene mucha influencia, por constituir la base de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), seguida a su vez por nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Como dice RODRÍGUEZ LAINZ (1), la doctrina tradicional sufrió una dura crítica del TEDH (Caso *Valenzuela Contreras*, de 30 de julio de 1988), que dio lugar a la sentencia del Pleno del TC 49/1999, de 5 de abril, que declara la inconstitucionalidad de las intervenciones telefónicas anteriores a 1988 (2), aunque con la importante matización de no afectar de forma genérica a la legitimidad constitucional de los órganos intervinientes en el acto de autorización.

Pese a la enorme protección del secreto de las comunicaciones, la injerencia en las comunicaciones y conversaciones telefónicas de los delincuentes es un instrumento de investigación muy eficaz, porque la policía se puede anticipar a sus comportamientos delictivos (3), siendo además un medio de prueba muy sólido para destruir su presunción de inocencia.

## I. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Hoy en día el derecho al secreto de las comunicaciones cobra interés a medida que las nuevas tecnologías fomentan la aparición de sofisticados métodos comunicativos que son empleados por las redes del crimen organizado y transnacional, para cuya persecución nos encontramos, sin embargo, con un considerable vacío legal que debe ser suplido con pronunciamientos jurisprudenciales no siempre respetuosos con la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (4). Doctrina que, no obstante, es recogida de

---

(1) RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *La intervención en las comunicaciones telefónicas. Evolución en la jurisprudencia del TC y el TS*, 1.ª ed., Bosch, 2002.

(2) Antes de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, la práctica procesal se amparaba en el art. 18.3 CE y en la interpretación de la intervención de las comunicaciones escritas y telegráficas del Tribunal Supremo (STS 5 de febrero de 1988).

(3) GIMENO SENDRA, Vicente: "La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", en *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2011, p. 6.

(4) Entre las más relevantes, SSTEDH caso *Bykov contra Rusia*, de 10

forma fiel por nuestro Tribunal Constitucional (5); contribuyendo a aclarar notablemente, conforme a la doctrina emanada por el TEDH, el confuso panorama jurisprudencial existente en nuestro país.

De los pronunciamientos emanados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional cabe decantar una firme y férrea protección del derecho al secreto de las comunicaciones, que cubre no sólo el contenido de lo comunicado, sino que abarca todo el proceso comunicativo; quedando también comprendido en el núcleo esencial de este derecho fundamental la existencia de la comunicación misma, el origen y destino de la comunicación, el momento en el que se produce, su duración, etc., que constituyen los llamados aspectos externos del proceso comunicativo, amparados por el secreto de las comunicaciones y no sólo por un genérico derecho a la intimidad. Por ello se le denomina secreto de las comunicaciones y no simplemente "secreto de lo comunicado". Así, en la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional, el proceso comunicativo queda protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, y la protección del derecho proclamado se extiende a la totalidad de la comunicación; esto es, a la existencia de la comunicación misma, a su origen, destino, momento, tipo, duración, etc.

A pesar de esta claridad en cuanto a los datos externos del proceso comunicativo en el ámbito propio del derecho al secreto de las comunicaciones, nos encontramos, sin embargo, con numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que siguen sin reconocer en su legítima extensión el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones. No obstante, las SSTs de 19 de febrero de 2007, 27 de enero y 22 de junio de 2009, entre otras, han conseguido poner un cierto orden en esta materia, superando

---

de marzo de 2009, caso *Iordachi y otros contra Moldavia*, de 10 de febrero de 2009, caso *Liberty c. Reino Unido*, de 1 de julio de 2008, caso *Ekimdzhiiev c. Bulgaria*, de 28 de junio de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*, de 3 de abril de 2007, caso *Weber and Saravia c. Alemania*, de 29 de junio de 2006, caso *Matheron c. Francia*, de 29 de marzo de 2005, caso *Amann c. Suiza*, de 16 de febrero de 2000, caso *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1997, caso *Kruslin c. Francia* y caso *Huvig c. Francia*, de 24 de abril de 1990, caso *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, etc.

(5) Entre las más importantes, SSTC 230/2007, 281/2006, 123/2002, 70/2002, etc.

la anterior doctrina, reconociendo con claridad que el secreto de las comunicaciones abarca no sólo el contenido de las comunicaciones, sino también los datos externos del proceso comunicativo.

En tal sentido, el *bien protegido constitucionalmente* –dice GIMENO SENDRA (6)– es el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida por el medio. Siendo el *objeto material*, a través del cual puede vulnerarse este derecho fundamental, cualquier medio de comunicación, sea escrito, oral, radioeléctrico, telemático y en soporte magnético o electrónico. En lo que respecta a la *titularidad*, corresponde a todos los sujetos de derecho, incluidas las personas jurídicas. Derecho al secreto de las comunicaciones que, por lo demás, sólo puede ser limitado mediante resolución judicial (*exclusividad jurisdiccional*); sin que nuestra Constitución autorice a la autoridad judicial o administrativa, fuera de los supuestos de terrorismo (art. 55.2 CE), a restringir dicho derecho fundamental, con respecto al cual la Jurisdicción ostenta el más amplio monopolio, incluidas las comunicaciones electrónicas. Pues, continúa dicho autor, en el momento actual, tanto la jurisprudencia como los artículos 1 y 6 de la Ley 25/2007 y el artículo único de la Ley Orgánica 2/2002 (7), son lo suficientemente explícitos a la hora de exigir una expresa autorización judicial para recabar del operador la cesión de datos relativos a las comunicaciones interpersonales.

En efecto, nuestra legislación en esta materia nos remite a la **L 25/2007**, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, dictada en trasposición de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

---

(6) GIMENO SENDRA, Vicente: "La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", en *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2011, pp. 6 a 15.

(7) Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial



En la citada Directiva se regulan de forma minuciosa las condiciones de conservación y cesión de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, recordando en su articulado que de conformidad con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia, no pudiendo haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, salvo cuando esa injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria, entre otras cosas, para la seguridad nacional o la seguridad pública, la prevención de desórdenes o delitos, o la protección de los derechos y las libertades de terceros; difiriendo a las legislaciones nacionales la determinación de las autoridades competentes, el procedimiento que deba seguirse y las condiciones y garantías que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados, de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad y, en particular, en virtud del CEDH y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 4 Directiva 2006/24/CE).

En el Preámbulo de la L 25/2007, que ha implementado en nuestro ordenamiento jurídico la citada Directiva, se establece que la aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información han supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación, hoy al alcance de cualquier persona y en cualquier rincón del mundo, y por ello también pueden ser puestas al servicio de la consecución de fines delictivos, de ahí la necesidad de regular la obligación de los operadores de las telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por ellos y que puedan ser requeridos por la autoridad judicial en el marco de una investigación criminal.

El establecimiento de esas obligaciones, justificado en aras a proteger la seguridad pública, según cita el Preámbulo, se ha efectuado buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que pueden verse afectados. En este sentido, la Ley es

---

previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), que residencia en un magistrado del Tribunal Supremo la competencia para autorizar la intervención de comunicaciones solicitadas por el CNI.

respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que esencialmente se articula a través de dos garantías:

— En primer lugar, conservando los datos que están exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet (datos necesarios para identificar el origen y destino de la comunicación, la identidad de los usuarios, el momento y duración de una determinada comunicación, su tipo, equipo de comunicación empleado y, en el caso de utilización de un equipo móvil, los datos necesarios para su localización), pero excluyendo los datos que revelen el contenido de la comunicación.

— Y, en segundo lugar, exigiendo que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, precisará, siempre, la autorización judicial previa, en el marco de una investigación penal por delitos graves.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Adentrándonos en el contenido normativo de la L 25/2007, en el art. 1 regula la obligación por parte de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de las comunicaciones electrónicas o redes públicas de comunicación, relativos a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos necesarios para identificar al abonado o usuario registrado, incluyendo los datos relativos a las llamadas infructuosas (art. 4.2) y a las llamadas no contestadas (art. 4.3), estableciendo al respecto la obligatoriedad de su conservación por un periodo de doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación. Reglamentariamente se podrá ampliar o reducir el plazo de conservación para determinadas categorías de datos hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses.

En segundo término, la Ley regula el deber de cesión de dichos datos por los operadores a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En este sentido, la Ley únicamente considera como agentes facultados a:

- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial (art. 547 Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–).
- Los funcionarios de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial (art. 283.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrim.–).
- El personal del Centro Nacional de Inteligencia, de acuerdo con lo previsto en la L 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Teniendo en cuenta que el listado de agentes facultados es taxativo y que los datos sólo podrán ser cedidos de conformidad con lo dispuesto en la L 25/2007, debemos concluir que los particulares o empresas afectados directa o indirectamente por una comunicación no están autorizados para solicitar estos datos, ni siquiera cuando el acceso a los mismos resulte vital para la defensa de sus intereses legítimos; pues sólo mediante autorización judicial, en el marco de una investigación criminal por delitos graves, podrá acordarse la cesión de dichos datos, mediante resolución debidamente motivada, que respete, como así impone la L 25/2007, los principios de necesidad y proporcionalidad, que no son sino los cánones funcionalmente utilizables para la valoración de toda medida injerente en el ámbito de los Derechos Fundamentales, reconocidos en el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución.

En cuanto al **procedimiento de cesión de datos**, se regula específicamente la obligación por parte de los operadores de ceder al agente facultado, previa autorización judicial, los datos conservados a los que se refiere el art. 3 de la Ley. La resolución judicial deberá determinar (conforme a lo previsto en la LECrim. y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad) los datos que han de ser cedidos a los agentes facultados y el plazo de ejecución de la orden de cesión; todo ello atendiendo a la urgencia y a los efectos de la investigación de que se trate, así como a la naturaleza y complejidad técnica de la operación. Si no se establece otro plazo distinto, la cesión deberá efectuarse dentro de las 72 horas contadas a partir de las 8:00 horas del día laborable siguiente a aquel en que el sujeto obligado reciba la orden.

Resulta innegable, a la vista de la anterior regulación, la necesidad de autorización judicial para obtener la cesión de los llamados datos externos del proceso comunicativo, que son descritos de forma pormenorizada en la L 25/2007, distinguiéndolos en función de los diferentes tipos de comunicación que actualmente nos ofrece la tecnología; pues dichos datos son susceptibles de afectar al secreto de las comunicaciones, precisamente porque se obtienen o registran en el momento en el que el proceso comunicativo esté teniendo lugar, sin perjuicio de que su averiguación o cesión se produzca en un momento posterior, cuando el proceso comunicativo ya ha finalizado (STC 123/2002).

El desacierto en el que, a nuestro juicio, ha incurrido dicha Ley, no reside en considerar que dichos datos externos se hallan comprendidos en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y, por tanto, sometidos a estricta reserva judicial, pues ello no supone sino la decantación de la doctrina dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional, sino que el desacierto está en restringir su averiguación a los supuestos de delitos graves, lo que pudiera dejar impunes múltiples delitos cometidos por Internet o telefonía (fraudes en operaciones de comercio electrónico, sabotajes informáticos, delitos contra la propiedad intelectual, amenazas, coacciones o injurias producidas por estos medios, etc.). En este sentido, no nos parece acertado restringir el ámbito de la investigación a los delitos que en nuestro Código Penal (CP) se consideran como graves, esto es, aquellos que tienen previstas penas graves, tal y como se definen en el art. 33 CP, castigados con pena de prisión superior a cinco años u otras que se detallan en el precepto. Entendemos que el criterio de la gravedad debe definirse en atención a las circunstancias concretas del hecho y al grado de injerencia en el derecho fundamental. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en supuestos de contrabando, en los que establece que la gravedad no ha de determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también han de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad (SSTC 14/2001 y 299/2000) (8); lo

---

(8) En dichos supuestos, examinados por el Tribunal Constitucional, se trataba de validar la intervención de las comunicaciones, esto es, una injerencia en el contenido de lo comunicado, de mayor entidad que la averigua-

que debe conducirnos a las exigencias propias del principio de proporcionalidad (9). Quizá lo deseable hubiera sido, al igual que en otros países europeos (como Alemania), que el legislador hubiera determinado el catálogo de delitos que posibilitarían, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de la conducta, la averiguación de los datos externos asociados a un acto comunicativo.

Pero, resumiendo lo visto hasta ahora, ¿cuándo puede el juez acordar en resolución motivada la intervención de las comunicaciones?

Según el art. 579.2 y 3 LECrim., en dos supuestos:

**A)** Si hubiese indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias importantes de la causa penal.

**B)** Cuando hubiera indicios de responsabilidad criminal de la persona investigada, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de los fines delictivos.

— ¿Qué duración puede tener la intervención?

Un plazo de tres meses, prorrogable por iguales períodos, sin límite en principio. Esta carencia de plazo máximo ha sido muy criticada por la doctrina y la jurisprudencia, quienes señalan como tal un tiempo razonable y proporcional al delito investigado, lo que tampoco solventa el problema por su indeterminación, siendo deseable que una ley fije un plazo con exactitud para todos los delitos o distintos plazos según su mayor gravedad, como sería más conforme al Principio de Proporcionalidad.

— ¿Cabe alguna excepción a la necesidad de autorización judicial?

Según el art. 579.4 LECrim., en caso de urgencia y en las investigaciones de delitos de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, pueden ordenar la medida el Ministro del Interior o, en

---

ción de meros datos externos, por lo que en el juicio de proporcionalidad en estos casos aún cabría admitir un elenco de delitos de menor rigor punitivo, sin quiebra del principio de proporcionalidad.

(9) En este sentido, la STC 123/2002 avaló la injerencia que en el derecho al secreto de las comunicaciones suponía la petición de listados de llamadas telefónicas, acordada por la autoridad judicial por medio de una mera providencia, integrada por remisión al oficio policial que le precedía, razonando en este sentido la menor injerencia que suponía la averiguación de los datos externos del proceso comunicativo –también protegidos en el art. 18.3 CE.

su defecto, el Director de Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la intervención.

Por tanto, del examen del texto legal resulta clara la necesidad de control judicial aun en los casos graves y urgentes que afectan a la Seguridad del Estado y, aunque no pone límite a la duración de la medida, predica su utilización cuando fallen los medios de investigación tradicionales o sea muy difícil el descubrimiento del delito sin la intervención de las comunicaciones de los delincuentes.

Estas intervenciones sólo están permitidas, según reiterada doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que recoge URÍA MARTÍNEZ (10), para lograr finalidades legítimas (como la Seguridad Nacional o Pública, el Orden Público, el Bienestar Social, la Prevención de delitos, la Protección de los Derechos, la Salud y la Moral). En cualquier caso, dado que la intervención es una injerencia grave en la intimidad personal, el Alto Tribunal Europeo exige que se haga con autorización y control judicial, tal como se regula en el art. 579 LECrim.

En nuestro país la STC 120/2000, de 16 de mayo, reproduce la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de los principios esenciales que debe contener toda autorización judicial de intervención de las comunicaciones, alguno de los cuales ya los esbozó el Tribunal Supremo en el auto de 18 de junio de 1992 (caso *Naseiro*), a saber:

A) **Previsión legal:** Se recoge en los arts. 18.3 CE y 579 LECrim.

B) **Previa autorización judicial motivada:** Esta exigencia viene derivada del art. 120.3 CE y significa que el juez tiene que hacer un juicio de ponderación sobre los bienes jurídicos en juego, so pena de nulidad, sin que se admitan formulaciones genéricas o indeterminadas. Incluso las prórrogas deben tener una motivación específica sin que baste la remisión genérica, aunque se admite la remisión de oficio, pero no la mera transcripción fáctica.

---

(10) URÍA MARTÍNEZ, J. F.: "Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de la cuestión", en *La Prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2000.

El Tribunal Constitucional resuelve que sólo cabe la autorización judicial respecto de las personas relacionadas directamente con los hechos delictivos y con indicios racionales fundados en datos objetivos, que no sean meras conjeturas. Así, no se permite la investigación general sobre la conducta de una persona y, si aparecen nuevos delitos distintos al que motivó la autorización, se debe dar cuenta al juez instructor para que conceda una autorización específica.

Por otro lado, la indeterminación o indefinición del plazo convierte a la autorización en ilegal, aunque el art. 579 LECrim. no señale un plazo final. En este punto referente a la determinación subjetiva y objetiva, pueden plantear problemas los hallazgos ocasionales de delitos distintos a los investigados. Estos hallazgos casuales o fortuitos, que han sido muy estudiados por la doctrina alemana (*Zufallsfunden*), exigen, como dice el TC (S 166/1999, de 27 de septiembre), una resolución judicial que los legalice. La autorización habilitante la puede dar el juez instructor del delito originario, o el nuevo competente por las normas de reparto (STS 1898/2000, de 12 de diciembre).

En cualquier caso, creemos, como se deduce de la jurisprudencia norteamericana, que las conversaciones telefónicas intervenidas a terceros no investigados deben ser inmediatamente destruidas, ya que, como dice GREVI (11), los conocimientos incriminatorios adquiridos fortuitamente equivalen en realidad a una adquisición sin autorización judicial o con pocas garantías.

C) **Proporcionalidad:** Este principio, muy importante en esta sede, supone la necesidad de acordar la autorización judicial por motivos justificados y tratándose de delitos graves o de trascendencia social, dada la excepcionalidad de la medida, siempre *ex ante* (12).

D) **Control judicial del inicio y cese de la autorización:** No implica que el juez haya de estar presente en todo momento de la ejecución de la medida y sea el único que seleccione las conversaciones de interés para la causa, cosa que puede hacer la policía judicial, sino que debe tener conocimiento periódico de lo que se

---

(11) GREVI, V.: *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Ed. Giuffrè, Milano, 1992.

(12) SSTS de 1 de diciembre 1995, 4 de octubre 1996, 7 de junio de 1997, 30 de marzo de 1998, 20 de noviembre de 2001, entre otras.

hace y del contenido de las comunicaciones intervenidas, pudiendo desechar las que no interesen a la investigación.

Este control judicial debe hacerse desde el inicio hasta la última prórroga, con informes detallados de los investigadores y recepción íntegra y original de las grabaciones, que deben poder ser oídas por las partes personadas, con transcripción literal en presencia del secretario judicial, sin perjuicio de las grabaciones, que puede el juez delegar en la policía, siempre que las partes puedan oponerse o incluir otras de su interés.

Las grabaciones son documentos preconstituidos al proceso que se aportan con finalidad probatoria, constituyendo una prueba indiciaria o indirecta. La audición se incorpora como prueba mediata si lo solicita alguna parte, o por lectura de la transcripción realizada ante secretario, sin que la falta de una u otra forma de incorporación vicie de nulidad toda la investigación.

En tal sentido, respecto a las **intervenciones ilegales y nulas**, la intervención de las comunicaciones realizada sin autorización judicial, salvo en el caso excepcional del art. 579 LECrim., constituye el delito del art. 197.1 CP, que castiga al que *"Para descubrir o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación, reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación... será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años"*.

Si la autorización judicial no cumple los requisitos antes expuestos, constituye una prueba ilícita (art. 11 LOPJ), que no se puede incorporar al proceso. Conocido el vicio de nulidad en la intervención judicial, debe pedirse la misma durante la fase de instrucción y mediante los recursos previstos en la LECrim.; antes de la admisión de la prueba.

En cuanto a la relación entre la prueba ilícitamente obtenida y la derivada de ella, el criterio causal-natural para determinar su nulidad (que venía siendo seguido por el Tribunal Constitucional) ha sido modificado desde la STC 81/1988 por el denominado examen de la "conexión de antijuricidad", que exige un juicio del juez para averiguar si tal prueba se hubiera podido adquirir racionalmente por medios independientes de la vulneración.



Prosiguiendo con la regulación introducida por la Ley 25/2007, y si bien en un principio podría haberse pensado que vendría a aclarar y delimitar de forma expresa el **régimen de obtención y averiguación de los datos** externos de las comunicaciones; ello no ha sido así, sino que ha dado lugar a una jurisprudencia que restringe la garantía constitucional únicamente a la cesión de los datos conservados por los servidores o proveedores de los servicios de telecomunicación, pero no a la obtención de esos mismos datos por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ciertamente no acertamos a comprender que la Ley 25/2007 exija la autorización judicial y una valoración conforme a la necesidad y proporcionalidad, en el marco de una investigación por delitos graves, delimitando los agentes facultados, y que, sin embargo, la obtención de propia mano de dichos datos, mediante artilugios tecnológicos creados con este fin, pueda ser llevada a cabo sin control judicial por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (13).

En este mismo sentido destaca la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando el alcance y extensión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 8 CEDH), ocupando un lugar destacado el conocido caso *Malone v. Reino Unido* (STEDH de 2 de agosto de 1984) (14), cuya doctrina es

---

(13) Si se pretende amparar dicha actuación en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal, como régimen jurídico aplicable que debería presidir la obtención de dichos datos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a nuestro juicio se contravendría claramente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en supuestos recientes (caso *Liberty*, caso *Ekimdhiev*, caso *Iordachi*, etc.) sobre los requisitos que debe reunir la legislación que regule las medidas de vigilancia secretas. En este aspecto, retrotrayéndonos a la Consulta 1/1999, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, dicha Consulta ya establecía, de forma claramente respetuosa con la doctrina emanada por el TEDH, que no cabe disociar, sin merma relevante de garantías, realidades tan sustancialmente integradas como son el mensaje y su proceso de transmisión, concluyendo dicha Consulta que el Ministerio Fiscal no podía inmiscuirse en la obtención de datos de tráfico registrados en las comunicaciones establecidas.

(14) En la STEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que la técnica del

recogida y actualizada en el caso *Copland v. Reino Unido* (STEDH de 3 de abril 2007) (15). En dichos asuntos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras analizar las circunstancias concurrentes en cada caso, considera que, de acuerdo a su propia jurisprudencia, las llamadas de teléfono desde el lugar de trabajo están *prima facie* cubiertas o amparadas por el art. 8 del Convenio. Así lo había declarado en los casos *Halford v. Reino Unido* (STEDH de 25 de junio de 1997) y *Amann v. Suiza* (STEDH de 16 de febrero de 2000), incluyendo ahora también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los mensajes e-mail enviados desde el lugar de trabajo así como el uso de Internet, que quedan igualmente protegidos bajo el art. 8 del Convenio. Recalca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la fecha de las llamadas, duración y especialmente los números marcados constituyen un “elemento integral de las comunicaciones”, en los términos establecidos en el caso *Malone v. Reino Unido*, de 2 de

---

recuento *–open register o comptage–*, que consistía en el uso de un instrumento *–un contador combinado con un aparato impresor–* que registraba los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y la duración de cada llamada, aunque permite anotar informaciones que el servicio de teléfonos puede, en principio, conseguir lícitamente, especialmente para asegurar la exactitud de los cargos que se exigen al abonado, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos, y aun siendo distinto por su propia naturaleza de la interceptación de las comunicaciones, no obstante considera que en los registros así efectuados se contienen informaciones *–en especial, los números marcados–* que forman parte de las comunicaciones telefónicas, y que en opinión del TEDH ponerlos en conocimiento de la Policía, sin el consentimiento del abonado, se opone al art. 8 de la Convención.

(15) En la STEDH de 3 de abril 2007 (caso *Copland v. Reino Unido*) se analiza un supuesto en el que se monitorizaron las llamadas de teléfono, los correos e-mail y el uso de Internet de la Sra. Copland, quien ejercía funciones de asistente personal del director de un organismo oficial, para descubrir si estaba realizando un uso excesivo de los recursos del centro para su interés personal. La vigilancia en cuanto al uso del teléfono consistió en el análisis de las facturas de teléfonos que llegaron al propio organismo, que comprendían los números de teléfono a los que se habían realizado las llamadas, las fechas, número de llamadas, duración y coste. En lo relativo al uso de Internet, la monitorización consistió en el análisis de las páginas más visitadas, número de visitas, fechas y duración. Y el análisis de e-mail comprendía el número de mensajes, las direcciones de e-mail a las que iban dirigidos y las fechas de los mensajes.

agosto de 1984. El mero hecho de que estos datos hubieran sido obtenidos legítimamente por el centro en forma de facturas de teléfono no es obstáculo, considera el TEDH, para apreciar vulneración de los derechos garantizados en el art. 8, recalcando además que el simple almacenaje de datos personales relativos a la vida privada del individuo queda también protegido por el art. 8 (caso *Amann v. Suiza*).

Pero lo relevante no es la naturaleza del dato obtenido o la información que en sí mismo se pueda aportar (aspecto en el que, en definitiva, descansa la doctrina contenida en las SSTS de 18 de diciembre, 18 de noviembre, 8 de octubre y 20 de mayo del 2008), ni tampoco que el dato pudiera haber sido obtenido por otros medios (p. e., consulta de una guía telefónica, como argumentaba el Gobierno británico en el caso *Malone*), sino que lo decisivo es el método empleado en su averiguación (de la misma forma que lo sería la tortura en la obtención de la confesión, o el hallazgo del arma del crimen mediante vulneración de la inviolabilidad del domicilio). El método de averiguación, en la medida en la que se dirija a averiguar datos generados o registrados durante el proceso comunicativo, incluso cuando dichos datos se averigüen con posterioridad al mismo, una vez el proceso haya concluido (STC 123/2002), vulneraría, a nuestro juicio, el derecho al secreto de las comunicaciones, con independencia de la relevancia criminal del dato averiguado, pues el concepto de secreto tiene un carácter formal despojado de la naturaleza pública o privada del dato protegido.

Llegados a este punto podemos extraer alguna **conclusión**, pues el derecho al secreto de las comunicaciones está llamado a desempeñar un destacado papel, precisamente por el auge del fenómeno comunicativo, el desarrollo de nuevas tecnologías y el aprovechamiento de estas nuevas formas de comunicación por una delincuencia cada vez más organizada y transnacional. Pues a menudo las investigaciones de mayor calado precisan averiguaciones que afectan a la libertad y el secreto de las comunicaciones, garantizado en nuestra Constitución bajo estricta reserva judicial, integrando en su contenido esencial realidades tan indisolublemente unidas como el mensaje, la existencia de la comunicación misma y el proceso externo de transmisión (origen, destino, duración, etc.); pues con razón se proclama constitucionalmente el secreto de las comunicaciones y no simplemente el secreto de lo "comunicado". Y, en fin, la información que en sí mismo aporte el dato obtenido, o la necesidad de acu-

dir a nuevas averiguaciones para determinar la identidad subjetiva de los comunicantes, no resulta relevante a efectos de determinar el régimen de garantías, pues lo determinante no es la naturaleza del dato obtenido, sino el método de obtención. Tampoco resulta relevante que el dato obtenido se hubiera podido averiguar por otros medios lícitos. Por ello, obtenido el dato sin autorización judicial, las ulteriores averiguaciones dotadas de ropaje judicial no podrían convalidar la injerencia ilícita ya producida en el proceso comunicativo.

### **III. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

En la normativa comunitaria la intervención de las comunicaciones es una cuestión que atañe exclusivamente al derecho interno de los Estados miembros (16). El legislador comunitario, plenamente consciente de que tal regulación escapa de su competencia normativa, no muestra más ambición que la de hacer un llamamiento a la aplicación en este punto del art. 8 CEDH, según se colige de los Considerandos 3.º, 11.º y 24.º de la Directiva 2002/58/CE, y 9.º de la Directiva 2006/24/CE.

Así, resulta difícil encontrar referencia normativa alguna en cuanto al respeto del derecho al secreto de las comunicaciones en su faceta de posible injerencia por parte de los Estados miembros. Difícilmente podrá defenderse en cuanto a la legítima injerencia en el contenido de las comunicaciones la aplicación del Derecho comunitario, y en concreto su sistema de protección de derechos fundamentales frente a una determinada decisión o regulación de un Estado miembro. Sólo podemos hacer mención a un documento

---

(16) Bastaría para ello con leer el Considerando 11.º y el art. 1.3 de la Directiva 2002/58/CE, o más recientemente y de forma más explícita el art. 1.2 de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, cuando esta última norma nos dice que: "No se aplicará... (el deber de retención referido en la Directiva) al contenido de las comunicaciones electrónicas, lo que incluye la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas".

emitido en el ámbito convencional del Consejo de Europa: las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, núm. R (85) 10, relativas a la aplicación práctica del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, en relación con las comisiones rogatorias para la vigilancia de las telecomunicaciones (17).

Con la pretensión de aunar estándares de actuación y como garantía mínima de salvaguardia de los derechos fundamentales en orden a facilitar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros, las citadas Recomendaciones tienden a establecer criterios o pautas comunes para homologar las garantías procesales en su tramitación y decisión, proponiendo un auténtico catálogo de lo que debiera considerarse el contenido mínimo de cualquier autorización, tanto respecto del Derecho interno como a efectos de sus condicionantes para acceder a una concreta solicitud de cooperación judicial internacional. De todas maneras, y a través de un instrumento de más que discutible normatividad, el Comité de Ministros no mostró más ambición que la de sugerir determinadas pautas de actuación. Tanto dicha Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, como la Resolución del Consejo de la Unión Europea sobre el régimen legal de interceptación de telecomunicaciones (DO C-329, de 4 de noviembre de 1996) coincidían en reconocer la inviabilidad práctica del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, de 1959, para resolver solicitudes de cooperación judicial en materia de interceptación de comunicaciones.

Pero donde sí se hace un especial hincapié es allá donde su competencia alcanza su plenitud: la garantía de que los sistemas de comunicaciones se muestren seguros frente a cualquier intento de intrusión por un tercero no legitimado y, como no podía ser de otra forma, la defensa a ultranza de la confidencialidad de las comunicaciones. Como preámbulo al ambicioso objetivo de la Directiva 2002/58/CE, el Consejo Europeo, en su Recomendación de 19 de febrero de 1999, ya se cuidó de exhortar a los servidores o proveedores de Internet a que se mostraran especialmente celosos en ga-

---

(17) Un breve análisis del documento puede encontrarse en el trabajo de CARMONA RUANO, Miguel: "Formas específicas de cooperación judicial (II): La adaptación a las (así llamadas) nuevas tecnologías"; en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, 2003, pp. 189 a 233.

rantizar, según los niveles de efectividad que permita la tecnología más avanzada, la integridad y confidencialidad de los datos confiados o transmitidos por los usuarios, así como la seguridad física y lógica de la red y de los servicios suministrados por la misma.

Tales principios, que ya tenían como precedentes el mandato de los arts. 4 y 5 de la Directiva 97/66/CE, fueron efectivamente desarrollados con especial vigor en los arts. 4 y 5 de la Directiva 2002/58/CE. El primer precepto, dedicado a la seguridad de los sistemas de comunicaciones electrónicas, impone no sólo un nivel de protección acorde al riesgo previsible de seguridad de las redes de comunicaciones electrónicas, sino también un concreto deber de información a los usuarios de los riesgos específicos detectados, aplicando u ofreciendo soluciones concretas dentro del margen de sus responsabilidades; el segundo precepto (art. 5) aplica hasta sus últimas consecuencias el principio de la confidencialidad, solamente soslayable por la actuación de los poderes públicos en el ámbito de sus competencias. En el ámbito de las operadoras de telecomunicaciones establece la posibilidad de grabación de conversaciones con fines exclusivamente comerciales "... con el fin de aportar pruebas de una transacción comercial o de cualquier otra comunicación comercial".

La protección se desenvuelve, por tanto, a tres niveles, cuales son: 1.º) el de la implantación de las técnicas y procedimientos de protección de los principios de integridad, confidencialidad de las comunicaciones y evitación de la captación y tratamiento no consentido de datos de carácter personal que puedan obtenerse de tales comunicaciones; 2.º) el de la exigencia de un diligente deber de información a los usuarios por parte de los servidores o proveedores sobre los riesgos que comporta el acceso a la red y sobre las medidas activas y pasivas de defensa que pueden adoptar –cortafuegos, antivirus, etc.–; y 3.º) la determinación y regulación de las técnicas, actuaciones o procedimientos que deben considerarse prohibidos, en cuanto puedan comportar un acceso ilícito o no consentido a datos de carácter personal.

En este campo de la imposición de concretos niveles de seguridad y del respeto a la confidencialidad de las comunicaciones, la Unión Europea sí ha ejercido competencias que le son propias; lo que supone que tanto a nivel de normatividad de su propio derecho, como de aplicación de los mandatos contenidos en la Directiva por parte de los Estados miembros, la exigencia de salvaguardia del derecho

fundamental al secreto de las comunicaciones es innegable, como también lo es que el Tribunal de Luxemburgo tendrá plena jurisdicción para decidir cuándo se ha podido transgredir o no el mencionado derecho. Si el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene reconocida competencia para erigirse en guardián de la confidencialidad de las comunicaciones frente a intervenciones judiciales ilegales, de una forma u otra habrá de poder adentrarse sin duda en la definición de los supuestos en que sí resulta factible excepcionar tal exigencia de garantía de confidencialidad; aunque, eso sí, definida la frontera, su capacidad de actuación no podrá penetrar en lo que ya sería sin duda una competencia específica del derecho interno de los Estados miembros. Por poner un ejemplo, el Tribunal de Luxemburgo podría definirse, en el contexto del planteamiento de una cuestión prejudicial, sobre el alcance del concepto de seguridad nacional a la hora de plantearse un conflicto con determinada legislación interna, haciendo para ello uso de principios como el de proporcionalidad en el ámbito de la regulación legal; mas no analizar su aplicación, en el caso concreto, por determinado organismo público competente del Estado miembro en cuestión.

#### A) DATOS RELATIVOS A LAS COMUNICACIONES

La idea de normalizar a nivel comunitario la retención legal de datos de tráfico a los efectos de poder ser utilizados para fines relacionados generalmente con la seguridad o el orden público y la persecución del delito surge, como nos advierte GONZÁLEZ LÓPEZ (18), a raíz del fracaso de su tratamiento en el contexto del Convenio núm. 185 del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001, sobre la Cibercriminalidad –*Convention on Cybercrimen*–, así como de las dificultades de regular la cuestión a nivel comunitario (Decisión Marco). El fracaso de este intento, ante el consenso que se estaba alcanzando en buena parte de los Estados miembros en el hecho de regular a nivel interno este deber de conservación, llevó a una primera previsión o habilitación de regulación de tal excepción al régimen de salvaguardia de los derechos de los usuarios

---

(18) GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José: “La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión Europea: Una aproximación crítica”, *Diario La Ley*, año XXVII, núm. 6456, 5 de abril de 2006.

de comunicaciones electrónicas, recogido en el último inciso del art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE; y finalmente, tras el rechazo de la vía de la Decisión Marco y del encaje de la habilitación normativa se optaría por la línea habilitante del art. 95 del Tratado Constitutivo; es decir, siguiendo la misma línea justificadora respecto de las Directivas 97/66/CE y 2002/58/CE, en el objetivo de la consecución del mercado único. La definitiva aprobación de esta Directiva, ante el fracaso de la Convención sobre la Cibercriminalidad y de los intentos de enmarcar la cuestión en el ámbito del pilar del espacio único sobre seguridad y justicia, no ha significado precisamente un logro brillante, habiéndose optado por una solución de ortodoxia jurídica más que discutible. ¿Realmente se puede defender que estableciendo en una norma los deberes de conservación de datos relativos a las comunicaciones se están eliminando posibles trabas para el libre tránsito de las comunicaciones y la libertad de concurrencia en el ámbito de las telecomunicaciones?

La **Directiva 2006/24/CE** opta, definitivamente, por la vía fácil, la de establecer una obligación genérica, sin apenas especificaciones, de conservación de datos de comunicaciones, incluidas las llamadas infructuosas, imponiendo tal deber de conservación a cargo de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones que estén bajo la jurisdicción del Estado miembro de que se trate, en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones en cuestión (art. 3). Las categorías de datos que han de ser objeto de conservación se relacionan en el art. 5, distinguiéndose los datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación, su destino, datación y duración, así como tipo de comunicación. Se establece un plazo mínimo de conservación de seis meses y máximo de dos años (art. 6), a criterio de los Estados miembros, con previsión de extensiones excepcionales sometidas a la ratificación de la Comisión (art. 12).

Como garantías de la salvaguardia de la privacidad de los usuarios y el correcto empleo de la información, el art. 4 impone la imposibilidad de su utilización por sujetos y finalidades distintos a los regulados en cada legislación interna, así como el sometimiento de los supuestos de posibilidad de utilización a los principios de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión y del Derecho internacional público,



y en particular del CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se establecen también criterios de delimitación referentes a los protocolos mínimos de protección y seguridad de los datos (art. 7), en concreto con exigencia de un nivel de seguridad equiparable al establecido respecto de los datos existentes en la red, protección frente a destrucción, alteración o pérdidas accidentales o ilícitas, y acceso restringido exclusivamente a personas autorizadas; requisitos para el almacenamiento en condiciones que faciliten su transmisión sin demora a los destinatarios (art. 8); así como nombramiento de una o más autoridades de control (art. 10). Destaca igualmente la imposición a los Estados destinatarios del deber de regular sistemas de recursos, responsabilidad y sanciones en garantía de la debida preservación y utilización de los datos objeto de almacenamiento (art. 13).

Pero los mayores problemas se nos plantean en el ámbito de lo estrictamente jurídico, del encuadre de tal obligación de conservación y utilización de datos de carácter personal definidos en la mencionada Directiva. Pues los datos que han de ser objeto de conservación entremezclan lo que son las nociones de datos de carácter personal referentes a la identidad de los terminales de comunicaciones, datos de localización, sean o no precisos para encarrilar determinada comunicación, y que por tanto podrían o no ser datos de tráfico en sentido estricto, y datos de carácter personal sobre la identidad de los titulares o usuarios, conformando la nueva realidad jurídica que trasciende a éstos: la de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (19).

En este punto se ha producido un auténtico distanciamiento frente a la posición mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, como hemos podido comprobar, no sólo no distingue con precisión qué son comunicaciones o datos de tráfico amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones y qué son simples datos de carácter personal, sino que incluso confiere el carácter de auténticos componentes configuradores de los elementos internos

---

(19) Véase a este respecto: "El principio de proporcionalidad en la nueva Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones", *Diario La Ley*, año XXIX, núms. 6859 y 6860, viernes 11 de enero de 2008 y lunes 14 de enero de 2008.

o externos de las comunicaciones a lo que son datos relativos a comunicaciones ya consumadas. La publicación de la nueva norma ha supuesto un nuevo elemento distorsionador del ámbito jurídico, por cuanto que ha permitido la internacionalización del conflicto, abriendo la posibilidad de obtener un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la posible vulneración de derechos fundamentales amparados bajo la salvaguardia del derecho al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal, tanto por parte de los organismos comunitarios como de los Estados miembros a la hora de desarrollar la mencionada Directiva 2006/24/CE; y por ende la más que previsible discordancia entre ambos Altos Tribunales en una visión de los derechos fundamentales en conflicto que debería calificarse, cuando menos, como no coincidente.

Y este conflicto sobre los datos relativos a las comunicaciones se plantea en los escasos supuestos en los que hasta ahora se había conferido un incuestionable valor privilegiado a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como intérprete auténtico del Convenio de Roma, aunque sea por la vía indirecta de aplicar tal jurisprudencia. Una de las hipótesis factibles en este conflicto podrá ser, muy probablemente, la variación del criterio del Tribunal de Estrasburgo, ante la presión que supone la evolución de las legislaciones de los Estados integrantes del Consejo de Europa; pero, entre tanto, el conflicto continúa latente.

#### **IV. UN CASO PARTICULAR: LA DOCUMENTACIÓN CLASIFICADA Y LOS SECRETOS OFICIALES**

##### **A) MARCO LEGAL**

El principio general de transparencia de la actuación administrativa se recoge en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En él, tras expresarse que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho, se establece que

*"en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación".*

Pero que la regla general sea la transparencia no impide la aparición de excepciones, jurídicamente legales y fundadas en otra clase de intereses, que pueden exigir limitar el conocimiento de datos o áreas determinadas. El ejemplo más claro es la defensa nacional. Y es que, por transparente que sea una Administración, los sistemas de defensa –en especial los más avanzados o comprometidos– no pueden quedar a expensas del conocimiento general e incluso, por tanto, de grupos terroristas o países eventualmente enemigos. Por eso existen los llamados "*secretos oficiales*", circunstancia que, sin embargo, en las modernas democracias en modo alguno permite su ilegalidad bajo la llamada "*razón de estado*" o con patentes de impunidad.

Esta salvedad o restricción a la publicidad está prevista por el propio texto constitucional, que en su artículo 105 dispone que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, "*salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*".

Al conflicto entre los nuevos principios constitucionales y los secretos oficiales y su regulación legal se refirió el Tribunal Supremo en sus tres conocidas sentencias de 4 de abril de 1997, referentes a lo que coloquialmente y por los medios de comunicación se denominó los "*papeles del CESID*" (Centro Superior de Información de la Defensa). Se trataba de la pretensión de desclasificación de determinada documentación de los servicios de inteligencia (antiguamente denominados CESID; hoy día es el Centro Nacional de Inteligencia, CNI) que era solicitada por un Juzgado de Instrucción en su investigación criminal.

Pues bien, en aquellas sentencias el Tribunal dijo que la actual redacción de los artículos 24 (tutela judicial efectiva), 103 (legalidad administrativa), 106 (control judicial de legalidad sobre la acción administrativa) y 117.3 (ejercicio de la función jurisdiccional), todos ellos de la Constitución, parecen entrar en conflicto con el contenido de la Ley de Secretos Oficiales (luego nos referiremos a esta Ley), que atribuye al Consejo de Ministros la potestad de clasificar o desclasificar como secretos los asuntos o materias que el juez reclamaba, o imponer restricciones a su conocimiento o desplazamiento

fuera de los centros oficiales de custodia. El Tribunal añade luego que *"mientras los preceptos constitucionales citados otorgan un pleno poder procesal de investigación a los jueces, los mencionados preceptos de la Ley de Secretos Oficiales restringen esas potestades jurisdiccionales, siendo así que la Justicia, según el artículo 1.º de la Constitución, se constituye como uno de los valores superiores sobre los que descansa el Estado democrático de Derecho y que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, cuando aparece invocado por el titular de un interés legítimo, debe ser objeto de protección y valoración judicial"*. Este encuadramiento del conflicto por el Tribunal es importante, pero más importante aún para nosotros es la conclusión:

*"... es igualmente cierto que las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado –artículo 97 de la Constitución–, una competencia primaria, en los términos que fije el legislador –artículo 105,b) de la Constitución–, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, con mayor razón cuando en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, se prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional –artículos 10.2. y 11.2–, por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece"*.

La existencia de "secretos oficiales", "información clasificada" o "materia clasificada", no es, en suma, por sí misma, contraria a un sistema de democracia constitucional como el nuestro; sino que, como hemos visto, queda prevista en el propio cuerpo del artículo 105 de nuestra Carta Magna.

## B) REGULACIÓN

Prescindiendo ahora de la respuesta punitiva en el Código Penal por revelación de secretos oficiales o de información clasificada, nos centraremos sucintamente en la regulación jurídico-administrativa de estos secretos.

La norma principal es la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre **secretos oficiales**, que fue parcialmente modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre. Su desarrollo reglamentario fue abordado por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero. Estamos por tanto ante una ley y un reglamento anteriores en el tiempo a nuestra Constitución de 1978.

Pese a ello, según se ha visto, buena parte de sus preceptos más conflictivos han sido validados por la doctrina jurisprudencial en su adecuación sobrevenida al texto constitucional. Algunas de las determinaciones más relevantes de esta ley son las que siguen.

El artículo 1 establece la regla general acorde con las garantías constitucionales de que los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo –matiza– los casos en los que por la naturaleza de la materia sea esta expresamente "*clasificada*". En estos casos su secreto o limitado conocimiento queda amparado por la misma ley. Por otra parte, añade que tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley.

El fundamento de la "*clasificación*" –y por ende su legitimidad constitucional– se contiene en el artículo 2 de la Ley: "*A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas «materias clasificadas» los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado*". Estas son, pues, las razones, y no otras, por las que se puede clasificar una determinada información.

La clasificación admite dos modalidades que quedan fijadas por razón de la importancia de la información que se maneja: "*secreta*" y "*reservada*". Dicha clasificación corresponde exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. No existen por tanto otras autoridades con competencia para clasificar información.

Una regulación tangencial, aunque relevante de los secretos oficiales y de la información clasificada, se contiene en las normas

que disciplinan el funcionamiento del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), servicios de inteligencia españoles o, si queremos utilizar unos conceptos impropios aunque coloquialmente extendidos, los servicios de espionaje y contraespionaje españoles. El Centro Nacional de Inteligencia se regula por la Ley 11/2002, de 6 de mayo. Dicha ley lo configura como el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones (artículo 1). Pues bien, entre las funciones de este Servicio está (artículo 4.f) el *"velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada"*.

Cuestión de importancia es el control de esa información clasificada y, en especial, el control de que la clasificación y reserva realizada se ajuste a los fines constitucionalmente legítimos que permiten limitar, según vimos, la obligada publicidad de la actuación administrativa. En este punto confluyen la regulación de los secretos oficiales y la de los *"servicios de inteligencia"* o el Centro Nacional de Inteligencia (CNI). Y es la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora de este Centro, el lugar en el que se articula ese control, que no es otro que un control parlamentario. En tal dirección, el artículo 11 de la Ley establece que:

**1.** El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto.

**2.** La citada Comisión del Congreso de los Diputados tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada.

**3.** Los miembros de la Comisión correspondiente estarán

obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban. Una vez examinados los documentos, serán reintegrados al Centro Nacional de Inteligencia para su debida custodia, sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones.

4. La Comisión conocerá de los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno y del informe que, también con carácter anual, elaborará el Director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para un periodo predefinido.

## V. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- COUSIDO GONZÁLEZ, P.: *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*. Editorial Bosch, 1995.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 1.ª ed., Thomson-Civitas, 2003.
- DOMÍNGUEZ PECO, Elena: "La protección de datos personales en la obtención de los datos de tráfico en comunicaciones electrónicas. La experiencia española", *Revista e-newsletter, Cybex*, núm. 49, 2009.
- ELVIRA PERALES, Ascensión: *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente: "La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", en *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2011.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: "Legalidad de los mecanismos de barrido policial que permiten obtener los números IMEI/IMSI de las tarjetas de telefonía móvil", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009.
- GUTIÉRREZ-ZARZA, Ángeles: "La intervención de las comunicaciones", *Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, núm. 46, 2009, pp. 455 a 481.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: *El incierto régimen de las nulidades probatorias*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2007.
- LADRÓN TABUENCA, P.: "Las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: visión jurisprudencial", *Revista La Ley Penal*, núm. 4, abril 2004.
- LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: "Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes", en *Cuadernos CGPJ*, 1993.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel: "La intervención jurisdiccional del mensaje corto de telefonía móvil (SMS)", *Revista e-newsletter, Cybex*, núm. 50, 2009.
- MORALES PRATS, Fermín: "Internet: riesgos para la intimidad", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001.



- PALACIOS CRIADO, M. T.: *Diligencias que afectan a Derechos Fundamentales. La Instrucción del Sumario y las Diligencias Previas*, CGPJ, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: "Las intervenciones telefónicas y el derecho a la intimidad", *Diario La Ley*, núm. 22, de junio de 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Intervenciones Telefónicas", en *La Prueba en el Proceso Penal*, CGPJ, Madrid, 1992.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: "Presencias y Ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de Intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema", *Actualidad Penal*, núm. 18/3, 9 de mayo 1993.
- WILKINSON MORERA DE LA VAL, H.: *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*. Editorial Atelier, 2007.

### **Legislación básica sobre secretos oficiales y documentación e información clasificada**

- *Constitución Española*, de 27 de diciembre de 1978. Artículos 24, 97, 103, 105, 106 y 117.3.
- *Ley 9/1968, sobre secretos oficiales*, de 5 de abril.
- *Ley 48/1978, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968 sobre secretos oficiales*, de 7 de octubre.
- *Decreto 242/1969, sobre secretos oficiales*, de 20 de febrero.
- *Ley 11/1995, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados*, de 11 de mayo.
- *Código Penal* (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).
- *Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de secretos oficiales*, de 28 de noviembre de 1986.
- *Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de secretos oficiales*, de 16 de febrero de 1996.
- *Orden Ministerial sobre el acceso al Archivo Central del Ministerio de la Presidencia*, de 27 de abril de 1997.
- *Orden DEF/315/2002, por la que se aprueba el Plan Director de Sistemas de Información y Telecomunicaciones y se establece, para su dirección, gestión y seguimiento, el Comisionado del Plan*, de 14 de febrero, artículo 6 e).
- *Orden PRE/2740/2007, por la que se aprueba el Reglamento de Evaluación y Certificación de la Seguridad de las Tecnologías de la Información*, de 19 de septiembre.
- *Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre secretos oficiales*, de 11 de mayo de 2004.
- *Real Decreto 327/2004, por el que se modifica el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia, aprobado por el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio*, de 27 de febrero, disposición adicional tercera.
- *Real Decreto 421/2004, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional*, de 12 de marzo.



## Jurisprudencia

- *Atribución del carácter de materia clasificada como secreta a los fondos reservados. "Caso Gal": asociación ilícita, asesinato en grado de frustración y lesiones. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 12 de marzo de 1992.*
- *Delito de violación de secretos y cohecho. Cometido por funcionario de la Seguridad Social por la emisión de informes de carácter reservado relativos a la vida laboral de trabajadores. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 de mayo de 1993, recurso número 3897/1993.*
- *Expediente sancionador por incumplimiento de los deberes militares propios de su destino. Custodia de documentación secreta. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, de 10 de julio de 1993.*
- *Instalación de un polígono de entrenamiento para el Ejército del Aire y declaración de zona de interés para la defensa nacional. Afectación del lugar de emplazamiento, por motivos de seguridad, a la L 9/1968, de 5 abr. (secretos oficiales). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 2 de marzo de 1994, recurso número 722/1993.*
- *Archivo de querrela contra un Magistrado-Juez Central por presuntos delitos de torturas, amenazas, coacción y revelación de secretos al inducir a declarar sobre la utilización de fondos reservados. Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 20 de febrero de 1995.*
- *Conflicto de jurisdicción entre el Ministerio de Defensa y un Juzgado de Instrucción Central. Materias clasificadas para la seguridad del Estado y defensa nacional. Resolución del conflicto en favor del Gobierno de la Nación. Competencia exclusiva del Consejo de Ministros para valorar la posible entrega al juez de documentos reservados. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 14 de diciembre de 1995, recurso número 10/1995.*
- *"Caso papeles del CESID": Desclasificación de documentos declarados secretos. Control jurisdiccional a los fines de su incorporación a una causa penal. Análisis de la constitucionalidad de la Ley de secretos oficiales de 5 de abril de 1968. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 4 de abril de 1997, recursos números 634/1996, 602/1996, 726/1996.*
- *Delito de descubrimiento e infidelidad en la custodia de documentos secretos. Sustracción de documentos declarados secretos por el CESID. Daño a la causa pública. Producción de un estado general de alarma y de desconfianza ante servicios del Estado. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de septiembre 1997, recurso número 1365/1996.*
- *Formalidades del artículo 10 de la Ley 9/1968, sobre secretos oficiales, y 11 de su Reglamento. Carácter no constitutivo para la declaración de clasificación. Conjunto de datos que han de constar en una diligencia*

- adherida a la materia previamente clasificada. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 30 de enero de 1998, recurso número 36/1997.
- *"Caso Perote": condena por delito de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional.* Apropiación de documentación microfilmada del CESID. Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, sentencia de 30 de marzo de 1998, recurso número 75/1997.
  - *Condena de los máximos responsables del CESID por un delito continuado de escuchas ilegales.* Prevalencia de los derechos fundamentales sobre supuestas razones de Estado basadas en la defensa nacional. Desclasificación de facto de los documentos incorporados a la causa. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de marzo de 2001, recurso número 3583/1999.
  - *Anulación de sanción impuesta a vigilante de un Ayuntamiento por facilitar a la policía judicial datos personales de una familia del municipio. Inexistencia de utilización de secretos oficiales, ni causación directa de un deterioro o disminución del patrimonio municipal.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, de 20 de sep. 2002, recurso número 222/1998.
  - *Análisis del principio de transparencia y de los deberes de sigilo y secreto en materia de nacionalidad.* Concesión de la nacionalidad por residencia a un súbdito iraquí al que le fue denegada por la Administración amparándose en un informe secreto. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 29 de noviembre de 2004, recurso número 893/2001.
  - *Carácter de documentación clasificada otorgada al historial profesional de los Guardias Civiles. Información confidencial susceptible de afectar a la seguridad de la organización y a la estructura de mando.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, 6 de noviembre de 2007, recurso número 884/2005.
  - *Tratamiento como información confidencial a los informes personales de calificación de Guardias Civiles.* Imposibilidad de disponer de una copia fuera del lugar previsto para la custodia de documentos clasificados. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 18 de enero de 2008, recurso número 816/2005.



# EL RÉGIMEN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: UNA APROXIMACIÓN A SU TRATAMIENTO EN EL DCFR (1)

**M.ª Paz Sánchez González**

Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

**Resumen:** El *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) está llamado a convertirse en un instrumento de regulación contractual opcional respaldado por la Unión Europea. Dentro del mismo, una materia particularmente trascendente es la relativa al régimen de los riesgos del contrato de compraventa, que se concreta en la propuesta normativa con vocación internacional en una serie de reglas relativas tanto a la fijación del momento exacto de su transmisión al comprador, cuanto de las consecuencias obligacionales derivadas de esto último.

**Palabras clave:** compraventa, régimen contractual de riesgos, DCFR.

**Abstract:** The *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) is to become an instrument for optional contractual regulation backed by the European Union. In this respect, a particularly important issue concerns the regime of the risks related to contracts of sale. This regime is specially highlighted in this internationally-oriented regulatory proposal, and covers a concatenation of rules establishing the exact moment of the transmission of the commodity to the buyer and the legal obligations thereof.

**Key words:** sale, contractual risks legal regime, DCFR.

---

(1) El presente trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación MICINN DER2009-13269-C03-02.

## SUMARIO

- I. PREVIO: EL DCFR Y SU ESTADO ACTUAL
- II. CONCEPTO DE RIESGO
  - 1. Daño o menoscabo
  - 2. Fortuito
  - 3. Sobrevenido
- III. LA EXPRESA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DCFR
  - 1. Consecuencias de la transmisión del riesgo (Art. IV.A-5:101)
  - 2. Momento de la transmisión del riesgo
    - A) Regla general (Art. IV.A.-5:102)
    - B) Reglas especiales
      - a) Bienes puestos a disposición del comprador (Art. IV.A.-5:201)
      - b) Venta con transporte de los bienes (Art. IV.A.-5:202)
      - c) Venta en tránsito (Art. IV.A.-5:203)
    - C) Régimen particular de la venta de consumo (Art. IV.A.-5:103)
- IV. CONCLUSIONES

### I. PREVIO: EL DCFR Y SU ESTADO ACTUAL

La consecución de una cierta homogeneización del Derecho contractual europeo (al menos, de ciertos aspectos esenciales del mismo) constituye una idea que cuenta ya con décadas de antigüedad (2), si

---

(2) Son muchos los trabajos doctrinales centrados en el análisis de la conveniencia de tal unificación y de los obstáculos que existen para su verificación. Entre otros muchos, y sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden citarse los siguientes: ARROYO AMAYUELAS, E., "Textos básicos de Derecho privado europeo, Acquis communautaire y Derecho civil futuro", *Bases de un Derecho contractual europeo*, coordinado por ESPIAU, S., y VAQUER, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 639 y ss.; ARROYO AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., "Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo", *La Ley*, 14 de febrero de 2002, pp. 1 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., "Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?", *La Ley*, 1999, pp. 1668 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., "Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común", *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 221 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., "El Anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de Pavía", *La unificación*

bien, la plasmación documental de la misma en textos comunitarios es más reciente (3). No obstante, por las dificultades que planteaba su

---

*jurídica europea*, coordinado por GARCÍA COLLANTES, ed. Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 1999, pp. 253 y ss.; GIL-ROBLES, "La unificación jurídica como aspiración desde una óptica europeísta", *La unificación jurídica europea*, cit., pp. 296 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "El camino hacia un derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final?", *Actualidad Civil*, núm. 11, 2010; LANDO, "El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", *Derecho de los Negocios*, mayo 2000, pp. 1 y ss.; MACANÁS, G., "Posibilidad y naturaleza de un Código Contractual Europeo", *Revista de Derecho Privado*, núm. 94, 2010, pp. 63 y ss.; MOBERG URIBE, R., "Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho contractual en la Unión Europea", *Revista de Derecho*, vol. 22, núm. 1, 2009, pp. 9 y ss.; PARRA LUCÁN, M. A., "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa", *La Ley*, núm. 36, 2002, pp. 1163 y ss.; SACCO, R., "Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, tom. LXI, 2008, fasc. II, pp. 445 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., "Las tendencias unificadoras del Derecho contractual europeo", *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2003, pp. 709 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *La unificación jurídica europea*, cit., pp. 139 y ss.; SCHULZE, R., "El Derecho Contractual Europeo y sus textos básicos", *Bases de un Derecho contractual Europeo*, cit., pp. 629 y ss.; STORME, M., "Le Code civil européen: digestion ou inclusion? Un éloge des genres", *European Review of Private Law*, núm. 2, 2010, pp. 203 y ss.; VAQUER ALOY, A., "La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo", *La Ley*, núm. 5535, 2 de mayo de 2002, pp. 1 y ss.; ZIMMERMAN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. de VAQUER ALOY, A., Civitas, Madrid, 2000.

(3) Se suele citar como texto desencadenante de todo el proceso que conduce a la asunción, por los órganos comunitarios, de una propuesta de regulación uniforme, la Resolución del Parlamento Europeo sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros, de 26 de mayo de 1989 (DOCE C 158, 26.6.1989, p. 400). Posteriormente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros, de 6 de mayo de 1994 (DOCE C 205, 25.7.1994, p. 518), incluyó un llamamiento a los Estados para que "manifiesten, después de las elaboraciones correspondientes, si desean participar en la unificación propuesta como objetivo". A dicho llamamiento le siguieron la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, COM (2001) 398 final, de 11 de julio de 2001 (DOCE C 255, 13.9.2001, p. 1), la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de acción", COM (2003) 68 final, de 12 de febrero de 2003 (DOCE C 63, 15.3.2003, p. 1) y la Comunicación

materialización, el objetivo de un Código contractual europeo directamente vinculante pronto quedó postergado en favor de otras opciones legislativas menos ambiciosas y, por ello, más factibles (4). En ese sentido, los trabajos unificadores se centraron en torno a la elaboración de un instrumento opcional que habría de contener los principios y la terminología común del Derecho contractual europeo. La utilidad de esta herramienta se desplegaría en distintos ámbitos: serviría a los propios legisladores comunitarios cuando revisasen el acervo existente y propusiesen nuevas medidas y, al mismo tiempo, podía ser aceptada como referente por parte de los distintos legisladores nacionales. El contenido básico del Proyecto Marco Común de Referencia giraría sobre el Derecho contractual y, muy especialmente, sobre los contratos transfronterizos, así como sobre la teoría general del contrato. Esta importantísima tarea se encomendó a académicos de diversos países que, como grupos de trabajo, venían estudiando desde atrás la problemática planteada en relación con un posible Derecho contractual europeo (5).

---

de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro", COM (2004) 651, de 11.10.2004. Resultan igualmente de particular interés, entre otros, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", de 17 de julio de 2002 (DOCE C 241, 7.10.2002, p. 1) y la Resolución del Consejo sobre "Un derecho contractual europeo más coherente" (DOCE C 246, 14.10.2003, p. 1).

(4) En efecto, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Derecho contractual...", cit., p. 2), se hablaba ya de la consolidación de un marco común de referencia para mejorar la calidad y coherencia del acervo en el ámbito del Derecho contractual.

(5) Esencialmente, el *Acquis Group* y el *Study Group*. Un resumen acerca de la labor de los referidos grupos puede encontrarse en diversos estudios. Entre otros, pueden consultarse, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea", *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157 y ss.; INFANTE RUIZ, F. J., "Entre lo público y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo", *InDret*, abril de 2008, pp. 1 y ss., concr. p. 22 a 25; STORME, M., "Une question de principe(s)? Réponse à quelques critiques à l'égard du projet provisoire de Cadre común de référence", *ERA Forum*, 2008 (published online 14 august 2008); VAQUER ALOY, A., "El Marco Común

En el año 2009 tuvo lugar la publicación del *Proyecto de Marco Común de Referencia* (DCFR) (6), que parece estar llamado a convertirse en uno de los instrumentos esenciales en el proceso de la unificación contractual europea (7). En efecto, en el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas* (8), el DCFR se alza como eje central sobre el que giraría la propuesta por la que terminen decantándose los órganos comunitarios (9).

La publicación, en mayo del 2011, de los resultados del grupo de trabajo creado *ad hoc* (10), ha venido a corroborar esa afirmación previa, en la medida en que el texto presentado constituye una versión depurada del DCFR, siendo, precisamente, el régimen de

---

de Referencia”, en *Derecho Contractual Europeo*, Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 y ss., concr. pp. 247 a 249.

(6) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference* (DCFR). *Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*, Sellier, Munich, 2009.

(7) Como dice DE LA CUESTA RUTE, J. M., “Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 23 y s., concr. p. 28, “su carácter académico no puede... utilizarse para minusvalorarlo bajo el pretexto de que las soluciones que contiene se apartan de las necesidades de los prácticos del derecho por constituir un haz de meras «teorías» ajenas a los problemas que plantean los reales intereses en juego en materia de obligaciones y contratos”.

(8) COM (2010) 348 final, 1.7.2010.

(9) Según se precisa en el propio Libro Verde, “... para realizar su mandato, la Comisión ha creado un Grupo de expertos que estudia la viabilidad de un instrumento de Derecho contractual europeo de fácil utilización que pueda beneficiar a consumidores y empresas... El Grupo asesorará a la Comisión para seleccionar las partes del Proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual y para reestructurar, revisar y completar las disposiciones elegidas...” (p. 4).

(10) Los resultados de su trabajo pueden verse en *Commission Expert Group on European Contract Law Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, 3 May 2011 ([http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory\\_note\\_results\\_feasibility\\_study\\_05\\_2011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf)). En cuanto a su creación, véase la Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, DOCE L 105, 27.4.2010, p. 109.



los riesgos en el contrato de compraventa una de las partes de ese texto que ha superado esta criba inicial (11).

En cuanto al significado y naturaleza de este futuro instrumento normativo, en el Libro Verde se planteaban hasta siete opciones posibles, que iban desde la simple publicación de los resultados del Grupo de expertos, hasta la promulgación de un Reglamento de creación de un Código Civil Europeo (12). De entre todas ellas, según una opinión particularmente cualificada, como sin duda lo es la de la Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane REDING, la relativa a la creación de un Derecho de los contratos de carácter opcional es la que ofrece mayores ventajas, decantándose, claramente, como posible alternativa ganadora (13). Ello, por otra parte, viene a coincidir con la eficacia que la doctrina

---

(11) En efecto, en el texto propuesto por el grupo de expertos, el régimen de los riesgos aparece en los artículos 143 a 149, estableciendo una regulación sustancialmente idéntica a la que aparecía en la versión del DCFR publicada en el 2009; de ahí que, en el desarrollo del presente trabajo, optemos por la cita de los preceptos originales –por ser un texto más difundido–, lo que, evidentemente, no impedirá que hagamos hincapié en las modificaciones puntuales aparecidas en la propuesta del grupo de expertos.

(12) Las cinco restantes opciones son: su conversión en una “caja de herramientas” oficial para el legislador (opción 2), recomendaciones de la Comisión a los Estados miembros sobre Derecho contractual europeo (opción 3), dictado de un reglamento de creación de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo (opción 4), una Directiva sobre Derecho contractual europeo (opción 5) y un reglamento de creación de un Derecho contractual europeo (opción 6). No le falta razón a VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 61 y ss., con cr. p. 86, cuando dice que “... la lectura del Libro Verde causa perplejidad porque parece que empezamos a discutir la misma cuestión sobre la que lleva opinándose diez años, sin que nadie hubiera dicho aún nada...”.

(13) “Mediante un derecho contractual europeo opcional se conseguiría, en los sistemas jurídicos de los 27 Estados miembros, un conjunto completo y, en la medida de lo posible autónomo, de disposiciones contractuales que los contratantes –de acuerdo con el derecho fundamental a la libertad de contratación– podían elegir como derecho aplicable”, REDING, V., “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *Indret*, traduc. de AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A., abril 2011, pp. 1 y ss., con cr. p. 5.

especializada pretendía atribuir al DCFR (14). Semejante coincidencia permite un relativo optimismo en relación con el futuro del DCFR (o de la parte del mismo que quede tras pasar por los correspondientes filtros) en el sentido descrito de convertirse en un sistema legal opcional.

Las afirmaciones previas constituyen razón suficiente para justificar el estudio del contenido del DCFR y, dentro del mismo, de un contrato paradigmático como sin duda lo es el de compraventa, cuya vertiente internacional ya exigió contar con una normativa específica (15). Sin embargo, el estudio pormenorizado del régimen propuesto para tal figura contractual en el DCFR desbordaría, con mucho, los límites racionales de un trabajo de las características del presente. Por ello, hemos optado por centrar nuestros esfuerzos investigadores en una parte del mismo, como es la relativa al régimen de los riesgos. Las razones que justificarían tal elección

---

(14) Refiriéndose a esta cuestión, ENDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., "El marco común de referencia para el derecho privado europeo", *Anuario de Derecho Civil*, traduc. de RODRÍGUEZ-ROSADO, B., tom. LXII, 2009, fasc. IV, pp. 1461 y ss., concr. p. 1463, señalan que "... la autoridad de dicho texto (se refieren al DCFR) podría provenir *imperio rationis* o *ratione imperio*: es decir, por efecto de su calidad científica y de su propia autoridad, o como consecuencia de que la Unión, en la forma legislativa que sea, lo adopte como suyo". Más adelante, estos mismos autores terminan concluyendo que "hoy día parece claro que ese Código europeo de los contratos ni tiene apoyos reales para imponerse, ni cuenta con base competencial para realizarse -o, al menos, así lo entiende la doctrina ampliamente mayoritaria-. Lo cual ha provocado que se traiga a colación la posibilidad de aprobarlo como un *instrumento opcional*, es decir, como un ordenamiento contractual adicional -paralelo a los en torno a treinta que existen en Europa-, que podría ser adoptado por las partes". En el mismo sentido, BASEDOW, J., CHRISTANDL, G., DORALT, W., FORNASIER, M., ILLMER, M., KLEINSCHMIDT, J., MARTENS, S., RÖSLER, H., SCHMIDT, J. P., ZIMMERMANN, R., "Policy Options for Progress Towards a European Contract Law", Max Planck Institute (<http://ssrn.com/abstract=1752985>), p. 71; STAUDENMAYER, D., "European Contract Law. What does it mean and What does it not mean", *The harmonisation European Contract Law*, VOGENAUER, S. y WEATHERILL, S. (editors), Oxford, 2006, pp. 236 y ss.; VAQUER ALOY, A., "El marco Común de Referencia", *Derecho contractual europeo*, cit., pp. 239 y ss., concr. p. 262.

(15) Más concretamente, nos estamos refiriendo a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG), de 11 de abril de 1980. Instrumento de adhesión de España publicado en BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

son plurales. En este sentido, la incidencia de esta materia sobre cuestiones colaterales de gran trascendencia, tanto teórica como práctica, resulta innegable: determinación de la subsistencia de las obligaciones contractuales pese a la pérdida o deterioro experimentados por los bienes antes de la entrega, distinción de los supuestos de incumplimiento contractual propiamente dicho, responsabilidad en la contratación del correspondiente seguro, legitimación para –en su caso– accionar contra la compañía aseguradora, repercusión sobre la modalización de la obligación de entrega, etcétera. Si a ello sumamos la existencia de una *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación (16) y de una *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores* (17), que incidirían sobre la misma materia propuesta, la utilidad de este estudio, creemos, no requiere justificaciones adicionales.

## II. CONCEPTO DE RIESGO

Un trabajo de las características del presente no puede principiar adecuadamente sin un intento de acotación de su objeto de estudio. En tal sentido, es de destacar la inexistencia de un concepto, de una definición de riesgo en el DCFR. En efecto, este texto dedica el capítulo 5 del Libro IV, parte A (arts. 5:101 a 5:203), a la regulación de dos cuestiones esenciales relativas al riesgo –como son la determinación del momento de su trasmisión de vendedor a comprador y las consecuencias obligacionales que se derivan de esto último–, pero sin llegar a concretar de un modo exacto qué debe entenderse por riesgo a tales efectos. Tampoco nuestro Derecho interno se aparta de la anterior opción de política legislativa: el artículo 1452 del Código Civil se limita a indicar las consecuencias de imputación del riesgo, pero sin precisar los perfiles de tal institución (18). En su ausencia, han

---

(16) Editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

(17) COM (2008) 614 final, 8.10.2008. En estos momentos, dicha propuesta ha sido aprobada por el Parlamento Europeo, con enmiendas, en primera lectura, el 23 de junio de 2011.

(18) El referido precepto habla de “daño o provecho de la cosa ven-

sido doctrina y jurisprudencia las que se han encargado de precisar las notas definidoras del concepto de riesgo, en el entendimiento de que ha de tratarse de un daño o menoscabo fortuito y sobrevenido de los bienes comprados (19).

...". Por su parte, dispone la Ley 569 del Fuero Nuevo de Navarra que "perfeccionada la venta, debe el vendedor custodiar diligentemente la cosa vendida hasta su entrega y avisar al comprador de los posibles riesgos; responderá de la pérdida o daños causados por su negligencia en el cumplimiento de esta obligación. Todos los demás riesgos serán a cargo del comprador, aunque éste no haya incurrido en mora para aceptar la entrega. En caso de mora del vendedor, no queda obligado a entregar sino lo que subsista de la cosa vendida. En las ventas hechas bajo condición suspensiva, si antes del cumplimiento de ésta se perdiere la cosa, quedará sin efecto el contrato; sin embargo, cumplida la condición, el menoscabo anterior será a cargo del comprador". En cuanto al Código de Comercio, es el artículo 333 el precepto central en materia de riesgos.

En sede de Derecho comparado, los riesgos de pérdida fortuita de la cosa son objeto de concreta regulación en un buen número de ordenamientos que, no obstante, no suelen precisar en qué consiste el riesgo, limitándose a indicar quién debe soportarlo. Así, el parágrafo 446.1.º BGB; o el artículo 1138 del *Code*. A diferencia de los anteriores, el *Codice Civile* sí especifica en qué consiste el riesgo: "Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata. La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine. Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata. L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione" (art. 1465).

Una extensa referencia bibliográfica sobre los riesgos en Derecho comparado –principalmente, en Derecho colombiano y angloamericano– puede consultarse en OVIEDO ALBÁN, J., "La transmisión del riesgo en el contrato de compraventa", *Universitas*, Pontificia Universidad Javierana, núm. 108, diciembre 2004, pp. 193 y ss.

(19) En efecto, al margen de otras definiciones doctrinales del riesgo –que serán reseñadas con posterioridad–, puede traerse aquí a colación la de MORALES IBERNÓN, N., "Compraventa", *Tratado de contratos*, tom. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1763 y ss., conr. p. 1811, según la cual, "con la noción de riesgos en la compraventa se quiere designar frecuentemente la pérdida o deterioro que puede experimentar la cosa vendida, por

## 1. DAÑO O MENOSCABO

Para que se ponga en marcha el mecanismo legal del riesgo (en cualquiera de sus vertientes), lo primero que tiene que concurrir es un daño en los bienes adquiridos, que podrá tener mayor o menor entidad, pero que siempre ha de redundar en una disminución del valor de tales bienes o mercaderías.

A este respecto, conviene indicar que si bien es cierto, tal como acabamos de señalar, que cualquier daño ha de producir una disminución del valor de los bienes, no toda disminución de valor de los mismos ha de determinar un daño generador de la aplicación de la disciplina del riesgo. En este sentido resultan muy ilustrativas las precisiones realizadas por nuestros tribunales, al excluir de la noción de riesgo aquellas disminuciones del valor de los bienes que se hayan podido producir como consecuencia de la oscilación de los precios por las fluctuaciones del mercado o sean debidas a la intervención de los poderes públicos en la regulación de los precios (20).

En otro orden de consideraciones, los límites cuantitativos del daño generador de riesgo oscilan entre los que implican la destrucción de la cosa y aquellos otros cuya incidencia sobre su valor sea mínima. Dentro de los primeros incluiríamos todos aquellos que alcancen a la totalidad del valor de los bienes, bien porque supongan su desaparición física, bien porque determinen la total inaptitud de los mismos para satisfacer las necesidades del comprador (21).

---

caso fortuito o fuerza mayor, o como consecuencia de la actuación de un tercero, desde el momento de la perfección hasta la entrega de la misma al comprador”.

(20) Así se precisó, por parte del Tribunal Supremo, en la vetusta Sentencia de 9 de junio de 1949 (R. 729). En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947 (R. 607) y 16 de noviembre de 1979 (R. 3850).

(21) A tales efectos, deben tenerse en consideración la finalidad a la que de ordinario estén destinados los bienes adquiridos o aquellas finalidades que, apartándose de lo ordinario, expresamente se hayan especificado en el correspondiente negocio transmisivo. Esto último es lo que aconteció en el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 (R. 2829). Los hechos se circunscriben a una venta de dos mil quinientos bidones de alcohol etílico, destinados a la fabricación de vodka, que habían de ser transportados desde el puerto de Tarragona hasta el de Poti, en el mar Negro. Durante el trayecto, el barco naufraga, y aunque pudieron

De otro lado, a los concretos efectos aquí analizados, la doctrina especializada se ha mostrado dubitativa en relación con la posible inclusión, dentro del concepto de riesgo, de los deterioros o mermas ordinarias que puedan experimentar las mercancías como consecuencia de la evaporación durante el transporte (al tratarse de líquidos volátiles), reducción de su volumen y, en general, "daños inevitables e inherentes a la propia condición de los bienes vendidos" (22). De este modo ALCOVER GARAU se inclina por una concepción del riesgo para el contrato de compraventa que excluiría tales pérdidas ordinarias (23); en tanto que CAFFARENA sostiene la tesis opuesta (24). En realidad, tal como indica OLIVA, la cuestión (al menos, en lo que se refiere a los contratos sometidos a la CISG) tiene más trascendencia teórica que fáctica, habida cuenta que, en el campo de la compraventa internacional, cuando esta implica transporte (que es cuando normalmente podrán producirse estos deterioros ordinarios

---

recuperarse dos mil trescientos treinta y seis de los bidones cargados, a partir de la prueba pericial practicada pudo determinarse que el contenido de metanol se había incrementando (pasando de 50 mg/l a 75 mg/l), lo que determinó la inutilidad del alcohol para la fabricación de vodka. Comentando la citada sentencia, OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre 2008, pp. 1479 y ss., concr. p. 1491, señala que "la mayoría de la doctrina que en el ámbito de la CISG... ha analizado el problema de los riesgos coincide mayoritariamente en interpretar de la forma más amplia posible los conceptos de pérdida y deterioro, incluyendo los actos de la autoridad pública (expropiación, confiscación de mercaderías en caso de guerra, prohibición de exportación e importación), los riesgos de transporte (entrega tardía o inapropiada, extravío) o la degradación de las mercancías que suponga una pérdida de su valor...". Idéntica acepción amplia del riesgo a estos concretos efectos es sustentada por GARRO, A. M., y ZUPPI, A. L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 244.

(22) Que es como OLIVA BLÁZQUEZ, F., *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 57, se refiere a los deterioros necesarios u ordinarios.

(23) ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil e internacional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 118.

(24) Según este autor, "... si otra cosa no deriva del contrato, no hay razón alguna que justifique en este caso un tratamiento distinto de los supuestos de pérdida o deterioro fortuitos de las mercaderías", CAFFARENA LAPORTA, J., "Comentario al artículo 66", *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 514 y ss., concr. p. 517.

e inevitables), el riesgo se transmitirá al comprador cuando se ponga en poder del primer porteador, por lo que este sujeto contractual, el comprador, asumirá todos los riesgos acaecidos durante el transporte, tanto los ordinarios como extraordinarios (25).

La validez de esta tesis en relación con los riesgos regulados en el DCFR exige su comparación con el régimen legal consagrado en el mismo, y en él, la transmisión del riesgo al comprador con la entrega al primer porteador es una regla que tiene un alcance más limitado que la CISG. En este sentido, conviene tener en cuenta que en el DCFR, cuando se trata de ventas de consumo, el riesgo no se transmite al comprador hasta que este toma posesión de los bienes, por lo que, al menos para este tipo de ventas, la inclusión o no de las mermas ordinarias de los bienes dentro del concepto de riesgo sí continúa teniendo trascendencia práctica (26). A fin de solventar posibles controversias, las previsiones contractuales de las partes alcanzarían aquí una trascendencia fundamental.

## 2. FORTUITO

El término "fortuito" normalmente hace referencia al acontecimiento producido al margen de la voluntad de los interesados, en este caso, de las partes contratantes. Sobre este particular, ha de indicarse que, también aquí, existen discrepancias doctrinales en lo que se refiere al exacto significado del término "fortuito" en sede de riesgos. Así, hay quien entiende que el correspondiente régimen legal debe ir referido a los daños o menoscabos que se produzcan tanto por caso fortuito como por fuerza mayor (27); en tanto que

---

(25) Para avalar semejante conclusión, OLIVA (*La transmisión del riesgo...*, cit., p. 58) se remite al artículo 67 de la CISG.

(26) Y no solo para ellas: también en el supuesto contemplado en el Art. 5:201(2) DCFR, dado que en el mismo es también el vendedor el que asume los riesgos del transporte.

(27) BÉRGAMO, A., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Barcelona, 1947, citado por LINACERO DE LA FUENTE, M., *El riesgo en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*, Madrid, 2007, p. 68, cita núm. 4. Sobre las nociones de caso fortuito y fuerza mayor, además del artículo 1105 CC y los comentarios doctrinales efectuados al mismo, puede consultarse una extensa bibliografía. A título meramente ejemplificativo, pueden citarse, entre otros, DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito:*



otros autores hablan de riesgo para referirse a cualquier tipo de daño que no sea debido al comportamiento del propio vendedor (28). Otros incluyen en el precepto de referencia todos aquellos daños que se produzcan por causas "inimputables a las partes" (29). Y todavía hay quien especifica que los riesgos del 1452 CC son los que se producen "por caso fortuito o fuerza mayor, o como consecuencia de la actuación de un tercero" (30).

En cualquier caso, parece que el común denominador de todas las opciones interpretativas anteriormente expuestas se encuentra en la imposibilidad de considerar como riesgo de la compraventa –a los efectos de aplicar la correspondiente disciplina– todos aquellos casos en los que el daño o deterioro se produce por acción u omisión del vendedor, hipótesis esta que constituiría más bien un caso de incumplimiento. Así, en lo que se refiere al régimen de los riesgos contenido en nuestro Código Civil, por la remisión a los artículos 1096 y 1182 de este mismo cuerpo legal, si la pérdida de la cosa aconteciera por culpa del deudor (en nuestro caso, vendedor) o habiendo incurrido en mora, no se producirá la extinción de su obligación de entrega, siendo por su cuenta los casos fortuitos desde su constitución en mora (31). Y todavía con mayor claridad refleja

---

*su incidencia en la ejecución de las obligaciones, doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004; JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., "Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 123, 2010, pp. 69 y ss.; JORDANO FRAGA, F., "Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 24, 1990, pp. 1097 y ss.; MARTÍN IGLESIAS, F., "Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10, 2000, pp. 101 y ss.; ORTEGO COSTALES, J., "El caso fortuito en el derecho positivo", *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 675 y ss.; REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

(28) ASÍ, LACRUZ, J. L., SANCHO, F., DELGADO, J., RIVERO, F., RAMS, J., *Derecho de Obligaciones*, tom. II, vol. II, 3.ª edición, Madrid, 2005, p. 25.

(29) LINACERO, cit., p. 68.

(30) MORALEJO, N., cit., p. 1811. Por su parte, en la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, ya mencionada, se habla de "pérdida o deterioro casual de la cosa vendida..." (el subrayado es nuestro).

(31) En esta segunda hipótesis, como literalmente señala la norma, la pérdida acontece por caso fortuito; no obstante, el retraso injustificado del vendedor en la entrega termina tiñendo de incumplimiento la referida pérdida.



la idea la legislación mercantil, al excepcionar del régimen general del artículo 333 los supuestos en los que concurra dolo o negligencia del vendedor.

El DCFR, por su parte, en su artículo IV.A.-5:101, enerva el efecto transmisivo del riesgo al comprador en aquellos casos en los que la pérdida o daño se deba a una acción u omisión del vendedor. Pese a la dicción de la norma (32), realmente en estos casos no existe una excepción a una regla general sobre transmisión de riesgos: lo que se habrá producido es un supuesto de incumplimiento que habrá de solventarse mediante la aplicación de las correspondientes reglas (33).

¿Y qué sucedería si la pérdida o el deterioro acontecen por culpa del comprador? En el DCFR la negativa injustificada a recibir los bienes no es en modo alguno indiferente en orden a la transmisión del riesgo (34); pero la cuestión que ahora nos planteamos es otra: ¿podemos hablar técnicamente de riesgos cuando estamos en presencia, no de un retraso o negativa del comprador a recibir los bienes, sino de un daño o deterioro causado directamente en los mis-

---

(32) Que recuerda fielmente a la contenida en el artículo 66 de la CISG.

(33) En otras palabras, entendemos que el último inciso del precepto, al exceptuar del régimen general previsto aquellos casos en los que la pérdida o el daño sean imputables al vendedor, resulta, ciertamente, redundante, ya que, técnicamente, el concepto de riesgo se conecta con el carácter fortuito de la pérdida o deterioro, y no lo serán si estos tienen su causa en una acción o omisión (indebidas) del vendedor. *Vid.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., "Libro IV.A. Compraventa", *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011, pp. 219 y ss., concr. p. 231. En este mismo sentido se había pronunciado ya OLIVA, *La transmisión del riesgo...*, cit., p. 111 en relación con la correspondiente norma de la CISG.

(34) Específicamente para las ventas de consumo, dispone el artículo IV.A.-5:103 (2) que "el apartado (1) no se aplica si el comprador ha incumplido la obligación de recibir los bienes y el incumplimiento no es excusable según lo dispuesto en el Artículo III.-3:104 (Imposibilidad de cumplir), en cuyo caso se aplica el Artículo IV.A.-5:201 (bienes puestos a disposición del comprador)". Por su parte, para los restantes tipos de ventas sometidas en DCFR, establece el artículo IV.A.-5:201 (1) que "si los bienes son puestos a disposición del comprador y éste tiene conocimiento de ello, los riesgos se transmiten al comprador desde el momento en que debía haber tomado posesión de los bienes, a menos que tenga derecho a suspender la toma de posesión de acuerdo con el artículo III.-3:401 (Derecho de suspensión del cumplimiento en las obligaciones recíprocas)".

mos como consecuencia de una acción u omisión suya? Entendemos que no y ello, en tanto que no concurriría ese elemento fortuito en la producción del evento lesivo. Muy probablemente, en semejante supuesto nos encontraríamos ante una hipótesis de responsabilidad extracontractual del comprador, habida cuenta que ese daño o deterioro directamente causado por él difícilmente puede tener su origen en el incumplimiento de algunas de las obligaciones contractuales que de ordinario pesan sobre el mismo (35).

En cuanto al daño ocasionado por un tercero, entendemos que no sería óbice para la aplicación de las normas sobre riesgo (36), siempre que se trate verdaderamente de un tercero y no de persona por la que deban responder vendedor o comprador (37). En tal supuesto, dependiendo del momento en que el tercero hubiese ocasionado el daño (o menoscabo), se aplicarían las reglas determinantes de la imputación de riesgos y, de acuerdo con las mismas, el sujeto que pechara con ellos quedaría legitimado para exigir la correspondiente responsabilidad al tercero causante del perjuicio (38).

### 3. SOBREVENIDO

El concepto técnico-jurídico de riesgo en la compraventa exige que los daños o menoscabos se produzcan en un determinado lapso temporal dentro del *iter* contractual. Más específicamente, esa pérdida total o parcial de la mercancía habrá de verificarse después de per-

---

(35) En efecto, en el DCFR, es el artículo IV.A.-3:101 el que enumera las obligaciones de este sujeto contractual, que se concretan en pagar el precio, recibir los bienes y los documentos representativos o relativos a los mismos, tal como lo requiera el contrato.

(36) En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (R. 2673).

(37) Refiriéndose al vendedor, en el *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by VON BAR, C. and CLIVE, E., vol. II, München, sub Art. IV.A.-5:101, p. 1369, se propone una interpretación amplia de la responsabilidad del mismo, por cuanto se propugna su mantenimiento cuando la acción u omisión que produce el efecto destructivo indicado tiene su origen en comportamientos de personas por las que el vendedor deba responder.

(38) Puede ocurrir que las mercancías sufran daños durante su traslación. A tales efectos, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 47.1.º de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

feccionado el contrato y antes de que tenga lugar la entrega. De este modo, las normas reguladoras del riesgo solo serán aplicables cuando se esté en presencia de una compraventa perfecta, de donde se deduce que la tesis de nuestro Tribunal Supremo de excluir la aplicación del artículo 1452 CC cuando el nexo establecido entre las partes es solo una opción de compra, es sustancialmente correcta (39).

El otro límite temporal a la aplicación del precepto del Código Civil español está constituido por la entrega de la cosa, ya que, en nuestro Derecho, verificada la entrega, se produciría la transmisión de la propiedad y, a partir de ella, no quedaría cabida para la aplicación de las normas sobre riesgos (40).

En el DCFR, al definir el contrato de compraventa, lo configura como un mero vehículo generador de obligaciones –entre ellas, la del vendedor de transmitir la propiedad (41)–, pero no siendo tal efecto, necesariamente, una consecuencia inmediata (o simultánea) de su conclusión. En tal sentido, resultan perfectamente diferenciables en el esquema funcional de la compraventa del DCFR el efecto puramente obligacional y el efecto real (que podrá coincidir cronológicamente con el primero o diferirse a un momento posterior). Pero, a diferencia de lo que sucede con la CISG, el DCFR no es ajeno, en modo alguno, a la regulación del régimen jurídico de la adquisición de la propiedad –mobiliaria–, estableciendo normas específicas sobre el particular dentro de su libro VIII, en el que, como señala VAQUER, se proponen reglas armonizadoras basadas en la teoría del título y el modo (42). Pese a ello, al regular el riesgo y el problema

---

(39) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1942 (R. 1547).

(40) La cuestión, en nuestro Derecho, no es tan simple como inicialmente pudiera pensarse, habida cuenta de la existencia y admisión de diversas formas de entrega, ex artículos 1462 a 1464 CC. En este sentido, puede resultar, ciertamente, problemática la admisibilidad de la aplicación del artículo 1452 cuando lo que ha mediado no es la *traditio real*, sino formas espiritualizadas de entrega. Nuestro Tribunal Supremo, en alguna ocasión, se ha enfrentado con la cuestión planteada, concluyendo que no cabe reconducir los daños de los bienes a un problema de riesgos si ha mediado entrega, en cualquiera de sus modalidades legalmente admitidas: Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1979 (R. 3850) y de 22 de abril de 2004 (R. 2673).

(41) Art. IV.A.-2:101 (a).

(42) VAQUER ALOY, A., “Los envíos no solicitados de bienes a los consu-

de su transmisión, el DCFR también lo desvincula de la cuestión relativa a la transmisión de la propiedad, siguiendo claramente el modelo impuesto en la CISG que parte de una específica determinación del momento de la transmisión del riesgo de un sujeto contractual a otro, dependiendo del tipo de venta efectuada (con entrega directa o indirecta, venta en tránsito, venta de consumo).

Precisada la anterior cuestión, el centro de gravedad de las dificultades interpretativas del régimen legal de los riesgos en el DCFR se desplaza hacia otro problema cuya solución resulta de relevancia capital en relación con la materia estudiada y que radica en la delimitación nítida entre los daños y menoscabos generadores de la responsabilidad por riesgo y aquellos otros que den lugar a la apreciación de una falta de conformidad (43). La importancia de la delimitación radica en la posibilidad de invocar distintos remedios, en función de que se aprecie uno u otro género de anomalías (44). Pues bien, a estos efectos, precepto clave es, sin lugar a dudas, el artículo IV.A.-2:308, a cuyo tenor, "el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo pase al comprador, incluso si la falta de conformidad se manifiesta sólo después de ese momento" (45). La norma es fiel

---

midores y el sistema de adquisición de los derechos reales: breve apunte a la luz del proyecto de Marco Común de Referencia", *La adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, 2009, pp. 379 y ss., conr. p. 384.

(43) Como señala LLÁCER MATAÇÁS, M. R., "la conformidad alcanza la adecuación a la finalidad..., usual o prometida, la calidad o el embalaje, pero también la evicción..., la entrega de los accesorios... y el defecto de cantidad. Se ha abandonado el binomio cumplimiento (*aliud*)-saneamiento posterior, para reconducir a la falta de conformidad cualquier prestación que no se ajusta a los términos del contrato" ("La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento no conforme: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia", *Derecho Contractual Europeo*, Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 461 y ss., conr. p. 468).

(44) Frente a la falta de conformidad, cabe la utilización de los remedios previstos en el Libro III, Capítulo 3; en tanto que si los riesgos han pasado al comprador, este no se libera ya de su obligación de pagar el precio, ex artículo IV.A.-5:101.

(45) El precepto se completa con el enunciado de normas específicas para la venta de consumo y para la falta de conformidad por problemas derivados de la instalación de los bienes adquiridos: "(2) En el contrato de venta de bienes de consumo, cualquier falta de conformidad que se mani-

reflejo de la contenida en el artículo 36.1.º CISG y recuerda, en cierto modo, a la disciplina de los vicios ocultos del Código Civil, cuyo artículo 1484 hace responsable al vendedor del saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (46). No obstante ese (remoto) parecido, mayor proximidad se observa entre los regímenes de responsabilidad por riesgo del DCFR y el sugerido en la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, de la Comisión General de Codificación, por cuanto el último párrafo del artículo 1452 de esta última previene que “el traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros” (47).

---

fieste dentro de los seis meses siguientes al momento en que el riesgo pasa al comprador, se presume que ha existido en ese momento, a menos que ello sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad.

(3) En el supuesto del apartado IV.A.-2:304 (Instalación incorrecta en un contrato de venta de bienes de consumo) cualquier referencia de los apartados (1) y (2) al tiempo en que los riesgos pasen al comprador debe ser entendida como una referencia al momento en que se complete la instalación”.

(46) Por razones evidentes, no podemos entrar a analizar en detalle las diferencias que mediarían entre los regímenes legales de falta de conformidad y saneamiento. Son muchos los autores que se han pronunciado ya sobre esta cuestión, si bien, a mi juicio, particularmente interesantes son las reflexiones publicadas por MORALES MORENO, A. M. en diversos artículos compendiados en el libro *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006; singularmente, los que llevan por títulos “Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: la compraventa” (pp. 93 y ss., concr. pp. 98 a 101) y “La conformidad de la cosa vendida según la directiva 1999/44/CE” (pp. 161 y ss., concr. p. 164).

Por su parte, el artículo 331 del Código de Comercio dispone que “La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiese constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito”.

(47) Glosando el contenido general de este precepto, en la Exposición de Motivos que acompaña a la citada propuesta, literalmente se precisa que

Volviendo al análisis del artículo IV.A.-2:308 DCFR, está claro que la nitidez de su redacción puede contrastar con las dificultades que puedan derivarse de su aplicación práctica, ya que no siempre resultará fácil precisar si la pérdida –o, en su caso, el deterioro– solo manifestado tras la asunción del riesgo por el comprador, preexistía a ese instante. En todo caso, la solución del problema planteado será materia que trascenderá del plano teórico para descender al práctico, debiendo resolverse *ad hoc* en función de las circunstancias concurrentes.

Al margen de lo anterior, el precepto citado puede plantear otra cuestión bien distinta, relativa a la destrucción o pérdida fortuita acaecida mientras tiene lugar la reparación de la prestación defectuosa. El supuesto fáctico, de forma esquemática, podría ser el siguiente: en la venta realizada se presenta un problema de falta de conformidad cifrada en el carácter defectuoso de los bienes adquiridos (Art. IV.A.-2:302); el comprador, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. III.-3:107, notifica la falta de conformidad y solicita la subsanación (*ex Art. III.-3:302*) y es después de este instante cuando tiene lugar la pérdida casual de los bienes. En la CISG, siempre que el incumplimiento pudiera considerarse como esencial, la invocación del artículo 70 permitiría resolver la cuestión planteada (48); pero dicha

---

“toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregarla y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato... Esta constitución unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo...” (pp. 27 y 28). Semejante interpretación del nuevo régimen legal propuesto en sede de riesgos es también seguida por FENOY PICÓN, N., “La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, tom. LXIII, 2010, núm. 1, pp. 47 y ss., conr. p. 78: “... la pérdida o deterioro casual de la cosa, anterior al momento de entrega, es un incumplimiento del vendedor”.

(48) Asimismo, en algún ordenamiento foráneo se ha contemplado también de modo expreso este supuesto. Es el caso del Código de Obligaciones de Eslovenia, cuyo artículo 485 (2) hace recaer sobre el vendedor el riesgo de destrucción o deterioro de la cosa que pueda acaecer mientras

norma no ha tenido reflejo directo en el DCFR, por lo que la solución del problema planteado, en ausencia de específica previsión contractual, exigirá una interpretación teleológica y sistemática de este cuerpo normativo, así como de las concretas circunstancias fácticas (49).

### III. LA EXPRESA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DCFR

La disciplina del riesgo en el DCFR se polariza en torno a dos cuestiones esenciales: las consecuencias de la transmisión del riesgo y la precisión del momento en que se produce su comunicación de vendedor a comprador.

#### 1. CONSECUENCIAS DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO (ART. IV.A-5:101)

Dentro del contexto normativo del DCFR, el riesgo hace referencia a la necesidad de soportar, sobre el propio patrimonio, la pérdida o deterioro fortuitos experimentados por los bienes objeto del contrato. Quiere ello decir que si el riesgo repercutiese sobre el vendedor, frente a la pérdida fortuita de la cosa, el comprador, interpretando *a contrario sensu* el Art. IV.A.-5:101 (50), quedaría exonerado de su obligación de pago (51), ubicándose la prestación defectuosa (por deterioro, también, fortuito) dentro de las hipótesis de cumplimiento

---

se repara la cosa no conforme. Véase VAQUER ALOY, A., "Línies generals de la proposta de regulació de la compraventa en el marc de la modernització del pret privat europeu de contractes", texto inédito al que se ha podido acceder por cortesía de su autor, p. 29.

(49) Por ejemplo, la indirecta vinculación de la pérdida producida con el inicial carácter defectuoso de la prestación.

(50) "La pérdida o el deterioro de los bienes que se produzcan después de que el riesgo haya pasado al comprador no eximen a éste de la obligación de pagar el precio, a menos que la pérdida o los daños se deban a una acción u omisión del vendedor". Este texto coincide literalmente con el del artículo 143 de la propuesta del grupo de expertos de la UE (véase cita núm. 10 del presente trabajo).

(51) A menos que, acudiendo al Art. III.-3:302, pudiese reclamar y obtener el cumplimiento en forma específica, lo que nos alejaría del supuesto de imposibilidad.

inexacto o no conforme (52). Por el contrario, la repercusión de los riesgos sobre el comprador, de acuerdo con lo estipulado por el mencionado precepto, se traduce en la obligación de abonar el precio estipulado, a pesar de no recibir nada a cambio u obtener una prestación defectuosa. Esta regla guarda un innegable parecido con la contenida en el artículo 66 de la CISG, por lo que buena parte de las cuestiones suscitadas en torno a este último precepto pueden resultar también aplicables a aquella. En este sentido, la doctrina sobre la compraventa internacional de mercaderías, entre otros extremos, se ha encargado de precisar que el concepto de riesgo tratado en el precepto ha de ser interpretado en un sentido técnico-jurídico, de manera que no se refiere al riesgo económico de la operación, ni tampoco al *periculum rei*, sino al *periculum obligationis*, o, lo que es lo mismo, a la incidencia que en las relaciones obligacionales que nacen de la compraventa tienen la pérdida o el deterioro fortuitos de las cosas que constituyen el objeto de la misma (53).

La norma del DCFR excepciona la obligación de pago del comprador en aquellos casos en los que "la pérdida o los daños se deban a una acción u omisión del vendedor". De acuerdo con la tesis que venimos sustentado, realmente estos supuestos de pérdida imputable al vendedor no se configurarían como supuestos excepcionales dentro del régimen del riesgo, sino como hipótesis de incumplimiento y, consecuentemente, ajenos a aquella disciplina, en la medida en que no concurriría el carácter fortuito de la pérdida o deterioro, necesario para que el supuesto en cuestión pudiera ser considerado técnicamente como constitutivo de riesgo.

En todo caso, la aplicación de la norma del DCFR no parece que pudiera plantear problemas de compatibilidad con el Derecho espa-

---

(52) Lo que le permitiría obtener una reducción del precio, por aplicación de la solución prevista en el Art. III.-3:601.

(53) CAFFARENA, "Comentario al artículo 66", cit., p. 515. En el mismo sentido, ALCOVER, cit., p. 111; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 146. Por su parte, OLIVA, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, cit., pp. 45 y 46, después de afirmar el carácter técnico jurídico del concepto de riesgo empleado en la CISG, sostiene que "el riesgo regulado en los artículos 66 a 70 es el de la contraprestación, el riesgo del precio". En el mismo sentido, pero refiriéndose al Art. IV.A.-5:101, *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, cit., p. 1368.



ñol actualmente vigente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que ni en el Código Civil ni en el de Comercio se especifican cuáles son los efectos de la transmisión del riesgo, limitándose ambas normas a la regulación del momento de su comunicación de vendedor a comprador. Así pues, frente al silencio del legislador acerca de qué significa pechar con los riesgos del contrato, han sido doctrina y jurisprudencia las que se han encargado de desvelar la exacta significación de esta cuestión. En este sentido, cabe señalar que, según opinión generalizada, dentro de la expresión “daño o provecho” del artículo 1452 CC, debe ser incluido el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos en los mismos términos antes propuestos; esto es, “el daño, sea *periculum interitus* o *periculum deteriorationis*... causado por caso fortuito o fuerza mayor” (54); concretándose el riesgo para el comprador –en los casos en que deba soportarlo– en la obligación de pagar el precio, pese a que se haya producido la extinción de la obligación de entrega del vendedor por pérdida fortuita de la cosa (55). Así pues, existe plena coincidencia entre las normas españolas actualmente vigentes y la de vocación internacional.

En lo que se refiere a la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, de la Comisión General de Codificación, ha de indicarse que, en el concreto aspecto ahora analizado, la nueva redacción sugerida para el artículo 1452 precisaría que “a partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias de su disfrute”. El correcto entendimiento de esas “cargas propias de su disfrute” exigiría incluir dentro de las mismas los riesgos por pérdida fortuita de los bienes adquiridos.

---

(54) BÉRGAMO, citado por LINACERO, cit., p. 68, cita núm. 4.

(55) Entre otras, STS 29 de abril de 1947 (R. 607), 9 de junio de 1949 (R. 729), 6 de octubre de 1965 (R. 4358), 16 de noviembre de 1979 (R. 3850), 22 de abril de 2004 (R. 2673); SAP Murcia 19 de junio de 2009 (R. 309425). La misma idea es sustentada por la doctrina: “... mientras que si lo soporta (el riesgo) el comprador deberá pagar el precio sin recibir nada a cambio o quedarse con las mercancías deterioradas”: GUARDIOLA, *La compraventa...*, cit., p. 119.

## 2. MOMENTO DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Frente a la parquedad de la regulación de las consecuencias de la traslación del riesgo de comprador a vendedor, contrasta la minuciosidad con que el DCFR contempla y disciplina el momento contractual en el que se produciría la mutación del sujeto responsable, distinguiéndose diversas hipótesis según que el contrato de compraventa implique transporte de los bienes (Art. IV.A.-5:202), se vendan en tránsito (Art. IV.A.-5:203), se trate de una venta de bienes de consumo (Art. IV.A.-5:103) o se entreguen mediante su puesta a disposición del comprador (Art. IV.A.-5:201). Efectuando una interpretación sistemática de los preceptos integrantes del capítulo 5 del Libro IV.A, puede colegirse la existencia, a este respecto, de una regla general y, junto a ella, de una serie de reglas particulares que modalizan el momento de transmisión del riesgo en función del tipo de entrega que sea procedente. A ellas, en el DCFR, se suma un régimen particularmente diseñado para las ventas de consumo (56).

### **A) Regla general (Art. IV.A.-5:102)**

Frente a los distintos sistemas posibles para fijar el traspaso de los riesgos por pérdida o deterioros fortuitos de vendedor a comprador (57), el DCFR se decanta por el de la transmisión de la posesión

---

(56) En la propuesta del grupo de expertos de la UE, publicada en mayo del 2011, se han introducido algunos cambios en lo que a la sistemática del capítulo se refiere. Así, en este último texto, las dos secciones del capítulo 5 del Libro IV.A del DCFR (disposiciones generales y reglas especiales), se dividen en tres: disposiciones generales, transmisión del riesgo en la venta de bienes de consumo y transmisión del riesgo en los contratos entre empresarios. Con ello, entendemos, se minimizan ciertas dificultades interpretativas que plantea la determinación del ámbito de aplicación de algunas normas del texto original.

(57) LE PERA, S., *Compraventas a distancia*, Buenos Aires, editorial Astrea, 1973, pp. 45 y 46, esquematiza los posibles sistemas de transmisión del riesgo en cuatro, dependiendo del momento del *iter* contractual tenido en cuenta a tales efectos:

- a) Con la perfección del contrato, independientemente del instante en que se produzca el traspaso del dominio (*periculum est emptoris*).
- b) Con la transmisión del dominio (*res perit domino*).
- c) Con la tradición.
- d) Con la puesta a disposición del comprador.

(de los bienes enajenados o de los documentos que los representan), de modo que, junto con la posesión (58), se recibe la responsabilidad por riesgos.

En línea de principio, habrá que entender que, puesto que para las ventas de consumo el DCFR diseña sus propias reglas sobre transmisión de riesgos, el alcance general de la disposición ahora analizada queda circunscrita a las ventas que no participen de este carácter (59).

Son varias las razones que se han argumentado para avalar la racionalidad de la regla. Así, se ha señalado que es lógico pensar que, quien tiene el control físico de la cosa (vendedor o comprador, según el momento), es quien se encuentra en la situación más idónea para responder del riesgo (60); o, que junto con la posesión, normalmente se adquiere la propiedad (61), estando comúnmente admitido que las *cosas perecen para su dueño*.

En todo caso, obsérvese que el precepto en cuestión habla de "toma de posesión" (o recepción) y no de adquisición de la pro-

---

(58) Cuyo concepto aparece en el Art. VIII.-1:205.

(59) En este sentido, la propuesta del grupo de expertos de la UE, a la que hemos aludido ya de modo reiterado, disuelve cualquier duda que pudiera existir sobre este concreto extremo, al agrupar esta regla –junto con las disposiciones especiales– dentro de una única sección dedicada exclusivamente a la transmisión del riesgo en los contratos de naturaleza empresarial.

(60) *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. VON BAR and E. CLIVE, vol. II, München, sub Art. IV.A.-5:102, p. 1373. La idea, como fundamento de la atribución del riesgo al comprador con la recepción de la cosa, me parece, no obstante, un argumento un tanto débil: téngase en cuenta que el concepto de riesgo hace referencia a una destrucción o pérdida fortuitos y, consecuentemente, no vinculado al control físico de la cosa; esto es, a una posible actitud negligente de aquel que tiene la cosa en su poder. No obstante lo anterior, quizá tendría un cierto sentido vincular el riesgo al control físico de la cosa en los supuestos en los que el objeto adquirido estuviese asegurado, ya que, quien tenga la cosa en su poder se encontrará en mejores condiciones para cumplir con las formalidades necesarias ante el perito o asegurador. Véase AUDIT, B., *La compraventa internacional de mercaderías*, editorial Zabalía, Buenos Aires, 1994, p. 103.

(61) Recuérdese que, conforme al Art. IV.A.-1:202, "el contrato de compraventa de bienes es un contrato por el cual una parte, el vendedor, se obliga frente a la otra parte, el comprador, a transmitir la propiedad de los bienes a éste o a un tercero..." (el subrayado es nuestro).

riedad. La cuestión tiene una indiscutible trascendencia práctica, habida cuenta que el sistema de transmisión dominical del DCFR permite diferenciar entre ambos momentos (62). La importancia de la distinción puede constatararse en determinadas hipótesis como, por ejemplo, en los casos en los que se haya pactado reserva de dominio (63). En semejantes supuestos, habrá entrega (y recepción) pero no transmisión simultánea de la propiedad, siendo los riesgos, a partir de ese momento, por cuenta del comprador, pese a no ser aún propietario.

En el Art. IV.A.-5:102 DCFR se contiene, también, una regla específica relativa a las cosas genéricas. De acuerdo con la misma, "si el contrato se refiere a bienes todavía no identificados, el riesgo no se transmite al comprador hasta que los bienes estén claramente identificados a los efectos del contrato, por medio de marcas en los bienes, por documentos de expedición, por notificación hecha al comprador o de cualquier otra forma". Esta norma tiene difícil encaje en el sistema del DCFR si se le pretende dar un significado autónomo. En efecto, si no es más que una aclaración en relación con lo preceptuado en el párrafo primero (los riesgos se transmiten con la recepción de los bienes), constituye una completa obviedad ya que, tratándose de bienes no identificados, para que el comprador pueda tomar posesión de los mismos, será necesario que previamente se especifiquen, se aislen como unidades independientes dentro del género al que pertenecen. Si, por el contrario, se le pretende atribuir significado propio, no quedaría otra alternativa que interpretarla como una verdadera excepción a la regla contenida en el párrafo primero, de manera que, en esta opción interpretativa, la identificación de los bienes que previamente no lo estaban, *per se*, daría lugar a una transmisión del riesgo, pese a no haberse producido la entrega de los mismos. Esta última posibilidad, como se ha indicado al inicio de este apartado, casa mal con las pautas gené-

---

(62) Por ejemplo, en el Art. IV.A.-2:101 (a) y (b) se alude expresamente a la transmisión de la propiedad y a la entrega de los bienes como dos obligaciones diversas del vendedor. Con respecto a la adquisición de la propiedad, previene el Art. VIII.-2:103 que "El momento en que se transmite la propiedad puede ser determinado por acuerdo de las partes, excepto en el caso en que la ley nacional requiera la inscripción para la adquisición del dominio".

(63) Art. IX.-1:103.

ricas de transmisión del riesgo en el DCFR, por lo que entendemos que debe ser descartada.

Así pues, nos decantamos por entender que se trata de una regla cuyo exacto significado solo se alcanza a comprender en los casos de venta de cosas genéricas en las que entrega y recepción no son simultáneas, por lo que habrá que concluir que, pese a su ubicación en el Art. IV:A.-5:102, su correcta localización debería ser otra. Probablemente, la razón que llevó a los redactores del DCFR a incluir esta regla en la Sección primera (relativa a las disposiciones generales) fue la conveniencia de evitar la reiteración de la misma en los diversos preceptos que constituyen los supuestos especiales (64), sin ser demasiado conscientes de que el recurso empleado a fin de evitar el efecto antiestético que supondría la repetición de la misma regla en varios preceptos, a la postre, podría dar lugar a un serio problema interpretativo. Por ello, bastante más acertada me parece la sistemática empleada en la CISG para la regulación de esta misma materia (65). El problema, de otra parte, se obvia por completo en la propuesta realizada por el grupo de expertos de la UE, publicada en mayo del 2011, que convierte la exigencia de identificación de los bienes en un precepto autónomo de aplicación general (66).

En cuanto a los medios de identificación, a la vista del tenor literal de la norma (... *o de cualquier otra forma...*), habrá que entender que vale cualquier medio a través del cual se disipe toda duda acerca de cuáles son los concretos bienes con los que el comprador va a cumplir con su obligación, planteando, en todo caso, una cuestión de prueba (67).

---

(64) Sección segunda, Arts. 5:201 a 5:203.

(65) En efecto, en la regulación de la transmisión del riesgo en la compraventa que incluya transporte de mercaderías (art. 67), expresamente se prevé que "sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo"; y nuevamente, en el artículo 69.3.º se vuelve a indicar que "si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato".

(66) Artículo 144 de la referida propuesta.

(67) En relación con las reglas análogas contenidas en la CISG, véase VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías, Una visión*

En lo que se refiere a nuestro Derecho patrio, la regla del Código Civil (*periculum est emptoris*) coincide en lo sustancial con la solución prevista en el Fuero Nuevo de Navarra, lo que no la libera de críticas, sobre todo, a raíz de la incorporación del sistema de regulación del incumplimiento contractual establecido por la Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (68), así como de generalización del comercio internacional (69). Justamente, estas han sido las razones argumentadas en la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, de la Comisión General de Codificación, para propugnar una nueva redacción para el artículo 1452 CC (70). En su nueva formulación, la regulación de los riesgos en el Código Civil se aproximaría notablemente a las previsiones del DCFR (71).

---

*jurisprudencial*, Elcano (Pamplona), Aranzadi, 2000, p. 258. CAFFARENA, por su parte, precisa que si la identificación es realizada a través de una comunicación enviada al comprador, "debe entenderse producida, a los efectos que aquí interesan, en el momento en que el vendedor envía o expide el aviso al comprador": "Comentario al artículo 67", cit., p. 535.

(68) Según MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 115 a 118, "el problema se va a plantear en aquellos ordenamientos en los que la incorporación de la Directiva no dé lugar a la modificación de la regla *periculum est emptori*. Tal es el caso de España. En tal caso, ha de entenderse que la regla de atribución de riesgo al comprador desde la perfección del contrato queda, al menos parcialmente, derogada, por incompatibilidad con el sistema de responsabilidad de la Directiva" (p. 172).

(69) OLIVA, *La transmisión del riesgo...*, cit., pp. 21 a 26.

(70) Literalmente, en la Exposición de Motivos de la referida Propuesta (Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, p. 27) se señala que "el anterior artículo 1452, dedicado a la regulación del riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado para adaptarlo al sistema de regulación del incumplimiento contractual que adopta la reforma, sistema en el que se inspira la Directiva 1999/44 y que está presente en la Convención de Viena. Este es también el sistema que se propone para la unificación de los Derechos europeos en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos".

(71) El texto íntegro del precepto –reproducido parcialmente con anterioridad– sería el siguiente: "El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento

Por último, y ya en lo que se refiere a la regulación de esta materia en el Código de Comercio, el riesgo se transmite al comprador, ex artículo 333, con la puesta a su disposición de las mercaderías en el lugar y tiempo convenidos. Dejando al margen la polémica doctrinal acerca de la distinción entre entrega y puesta a disposición (72), lo cierto es que la fórmula aquí empleada está más próxima al DCFR que la actualmente contenida en el Código Civil (o en la Ley navarra), siendo, por ello, menos problemática la aplicación de aquel texto a las compraventas nacionales de perfil mercantil (73).

## **B) Reglas especiales**

### a) Bienes puestos a disposición del comprador (Art. IV.A.-5:201)

La primera de esas disposiciones especiales es la que rige cuando funciona como entrega la puesta a disposición del comprador de los bienes adquiridos (74); esto es, cuando hay entrega directa de vendedor a comprador y, consecuentemente, la ejecución del contrato no exige operaciones de transporte a cargo de un tercero (75).

---

de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla.

A partir del momento en que se pasa el riesgo al comprador corresponderá a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros”.

(72) Entre otros, MARTÍNEZ VELENCOSO, cit., pp. 141 y 142; LINACERO, cit., pp. 110 y 111.

(73) En todo caso, la implementación de reglas diversas sobre transmisión de riesgo, como lo son las previstas en el DCFR, no debiera resultar en nuestro país demasiado conflictivo, habida cuenta del carácter dispositivo que, entre nosotros, se atribuye a los regímenes a estos efectos codificados: CAFFARENA, cit., p. 526, cita núm. 2; ALCOVER, cit., pp. 208 y ss.

(74) Supuesto que debe conectarse con la norma del apartado 1 del Art. IV:A.-2:201: “El vendedor cumple su obligación de entrega cuando pone a disposición del comprador los bienes, o los documentos representativos de los mismos cuando se haya acordado en el contrato que es suficiente con la entrega de éstos”.

(75) La condición del posible transportista es fundamental en orden a deslindar las hipótesis encuadrables en el supuesto de hecho de esta

Para semejante hipótesis, el Art. IV.A.-5:201 DFCR prevé dos normas diferentes, según que los bienes se pongan a disposición del comprador en el establecimiento mercantil del vendedor o en un lugar distinto al mismo (76).

i) Para la primera hipótesis –entrega de los bienes en el establecimiento del vendedor–, la transmisión de los riesgos opera desde que el comprador, sabiendo que los bienes se encuentran a su disposición, tenía que haber tomado posesión de los mismos y no lo ha hecho de forma injustificada. El supuesto fáctico que podría originar la aplicación de semejante regla es el de una compraventa en la que perfeccionamiento y ejecución no son simultáneos, habiéndose pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación de entrega (77), que habría de tener lugar, directamente, en el establecimiento del vendedor. Pues bien, una vez vencido el plazo, estando la mercancía a disposición del comprador, en el lugar y en el tiempo debidos (78), caben dos opciones: que el comprador tome posesión de los bienes o que no lo haga. Si lo hace, los riesgos de pérdida fortuita serán de su cuenta, por aplicación de lo dispuesto en el Art. IV.A.-5:102 (1). Pero si no ha tomado posesión de los bienes, pueden plantearse diversas soluciones, en función de las concretas circunstancias. A saber:

— El comprador no ha tomado posesión de los bienes porque no tenía conocimiento de que se encontraban a su disposición o

---

norma y las que habrían de quedar sometidas a las reglas del Art. IV.A.-5:202.

(76) En efecto, de acuerdo con el mencionado precepto, *“Si los bienes son puestos a disposición del comprador y éste tiene conocimiento de ello, los riesgos se transmiten al comprador desde el momento en que debía haber tomado posesión de los bienes, a menos que tenga derecho a suspender la toma de posesión de acuerdo con el Artículo III.-3:401 (Derecho de suspensión del cumplimiento en las obligaciones recíprocas)”*. De otra parte, *“Si los bienes se ponen a disposición del comprador en un lugar distinto del establecimiento mercantil del vendedor, el riesgo se transmite cuando deba efectuarse la entrega y el comprador sepa que los bienes se encuentran a su disposición en aquel lugar”*. El tenor de esta norma resulta coincidente con el propuesto por el grupo de expertos de la UE para su artículo 147.

(77) Plazo o día concreto.

(78) Y, por supuesto, si se trata de una venta de cosa genérica, con el objeto debidamente especificado (Art. IV.A.-5:102, párrafo 2).



no se hallaban debidamente identificados (79). Tales circunstancias tendrán una virtualidad impeditiva de la comunicación del riesgo al comprador, por lo que, en estos supuestos, el riesgo seguirá gravitando sobre la persona del vendedor.

— La misma solución cabe propugnar cuando el comprador esté facultado para negarse a recibir los bienes ofrecidos en virtud de lo establecido en el Art. III.-3:401 (80).

En los restantes casos, pese a la negativa –ahora, injustificada– del comprador a recibir los bienes puestos a su disposición, los riesgos se comunicarán al mismo, quien habrá de pechar con las consecuencias de la pérdida o destrucción fortuitas de los bienes que se puedan producir a partir de ese momento (81).

---

(79) La exigencia relativa a la individualización de los bienes no aparece expresamente en la norma comentada, lo que no supone obstáculo alguno para su aplicación extensiva, también, en estos casos, dada la ubicación de tal regla en sede de disposiciones generales.

(80) “(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.

(2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor’s performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.

(3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.

(4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances”.

(81) Realmente, como se señala en el *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. VON BAR and E. CLIVE, vol. II, München, sub Art. IV.A.-5:201, p. 1381, el rechazo por parte del comprador a recibir los bienes adquiridos puede originarle un triple detrimento:

- pérdida de los bienes.
- pago del precio.
- responsabilidad por daños si su incumplimiento ha supuesto para el vendedor detrimentos o pérdidas colaterales.

Este último inciso resulta particularmente trascendente en orden a la precisión de la cuestión analizada: el riesgo no se transmite desde la puesta a disposición del comprador, sino desde que –estando a su disposición el bien– tenía que haber tomado posesión del mismo y no lo ha hecho (82).

En relación con la exigencia contenida en el precepto comentado relativa al conocimiento por parte del comprador acerca de que la mercancía se encuentra a su disposición y que debe ser por él retirada, cabría preguntarse si es necesaria una específica comunicación efectuada por el vendedor a tales efectos. Pues bien, siguiendo a la doctrina exegética del artículo 69 de la CISG –en el que se contiene idéntica regla–, entendemos que solo será necesaria esa comunicación *ad hoc* en el caso de que no se hubiere pactado expresamente el plazo (o término) para la retirada de los bienes (83).

ii) También se prevé en el DCFR la posibilidad de que el elegido como lugar de entrega no sea el establecimiento del propio vendedor, en cuyo caso, la comunicación del riesgo al comprador se producirá desde el mismo momento en que debía tener lugar la entrega por parte del vendedor, teniendo conocimiento

---

(82) La lógica de la regla de este párrafo primero del Art. IV.A.-5:201 es evidente: el comprador incumplidor de su obligación de recepción no puede verse favorecido, frente al que efectivamente cumple, con una exoneración de los riesgos. Además, de no existir la regla prescrita, resultaría que el vendedor continuaría soportando los riesgos de perecimiento fortuito de forma indefinida, prolongándose en el tiempo hasta que el comprador decidiese aceptar su recepción. Una aplicación concreta de la regla equivalente a esta contenida en el CISG la efectuó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 2008 (R. 15), en la que, apreciando la existencia de venta con cláusula *ex factory*, la transmisión de riesgos debía operar desde la puesta de la mercancía a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor, siendo así que habiéndose retrasado el comprador en hacerse cargo de la mercancía, se produjo la pérdida de intensidad del colorante respecto de la inicialmente pactada.

(83) ADAME GODDARD, J., *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994, p. 339; CAFFARENA, cit., p. 547, nota 8. En sentido contrario (esto es, se requiere, en todo caso, la notificación de la puesta a disposición al comprador) se manifiesta ANGELICI, C., "Articolo 69", *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, 1989, pp. 275 y ss., concr. p. 284.

el comprador que la mercancía se encuentra a su disposición en el referido lugar. Así pues, si, dadas las concretas circunstancias fácticas la norma aplicable es la del párrafo primero, el riesgo se transmitiría desde el momento en que tenía que haber retirado los bienes; en tanto que si la regla aplicable es la del párrafo segundo, el efecto descrito operaría con el conocimiento de su puesta a disposición (84). Es importante destacar aquí que la circunstancia determinante de la traslación del riesgo no es la puesta a disposición en sí; tampoco la emisión de la notificación remitida al comprador, sino el conocimiento de este hecho por parte de este último (85), por lo que el vendedor, a fin de preconstituir la prueba de tal circunstancia –y exonerarse así de posibles riesgos fortuitos–, debería emplear un medio de comunicación adecuado a este fin (86).

---

(84) A fin de ilustrar la distinción efectuada en el texto, podemos detenernos en el siguiente ejemplo: imaginemos que en enero se compra una partida de televisores a un mayorista y que se pacta que la empresa compradora debe recogerlos, durante el mes de marzo, en el mismo establecimiento de la empresa vendedora en el que perfeccionó la venta. Pues bien, al encontrarnos en la hipótesis descrita por el párrafo primero del Art. IV:A.-5:201, los riesgos de pérdida fortuita no se transmitirían a la parte compradora, en caso de no recoger los bienes, sino hasta el final del plazo establecido para ello. Por el contrario, si el lugar de entrega debido es otro distinto del correspondiente al establecimiento mercantil del vendedor, bastará con que, dentro del plazo establecido, el comprador tenga conocimiento de que puede recoger los televisores que se encuentran ya a su disposición. Así, si la notificación llegó a conocimiento del comprador el día 3 de marzo, desde ese momento asumirá los riesgos en la hipótesis del párrafo segundo; en tanto que, si no hay recepción de los televisores, el riesgo no pasará al comprador en el supuesto del párrafo primero hasta el día 1 de abril (con independencia de que la notificación la haya recibido el día 3 del mes anterior).

(85) AUDIT, cit., p. 107.

(86) Estas afirmaciones no se encuentran en contradicción con lo señalado anteriormente acerca de la posibilidad de prescindir de la notificación al comprador de la puesta a disposición si expresamente se ha pactado una fecha (o un plazo) para que pueda efectuarse la retirada de la mercancía: la existencia de específica notificación en tales circunstancias no parece que constituya una exigencia legal; ahora bien, en el orden práctico, frente a un posible impago por parte del comprador por percimiento fortuito de la mercancía acaecido con posterioridad al referido momento, sería más que conveniente que la parte vendedora hubiera efectuado la referida notificación y que, además, estuviese en condiciones de probar que así ocurrió.

En cuanto a las concretas hipótesis en las que esta norma sería aplicable, siguiendo la doctrina vertida en relación con el equivalente precepto de la CISG (87), cabría señalar las siguientes:

— Aquellos supuestos en los que el comprador deba recibir las mercancías en el establecimiento, almacén o domicilio de un tercero.

— Cuando el vendedor deba entregar las mercancías en el establecimiento, almacén o domicilio del propio comprador.

Junto a estos dos grupos de casos, el carácter residual que, en sede de riesgos, tiene el artículo 69 de la CISG (88), ha hecho que la doctrina especializada haya invocado la aplicación de su párrafo segundo a otros supuestos adicionales (89). No obstante, dada la ausencia de ese carácter residual de la norma comentada en el DCFR, no resulta tan obvia la posibilidad de subsumir en el supuesto de hecho de esta última otros casos que vayan más allá de los expresamente aludidos.

#### b) Venta con transporte de los bienes (Art. IV.A.-5:202)

Pese a la genérica declaración de su párrafo primero (90), una interpretación sistemática del régimen de los riesgos en el DCFR permite desmentir esta afirmación inicial: el Art. IV.A.-5:202 no se aplica a todo contrato de venta que incluya el transporte de bienes, ya que, de acuerdo con lo específicamente estipulado en el Art. IV.A.-5:103 para las ventas de consumo, las reglas de la Sección se-

---

(87) Véase OLIVA, *La transmisión del riesgo...*, cit., pp. 201 a 209.

(88) "En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68...".

(89) Tales como aquellos en los que el vendedor deba entregar los bienes al comprador en un lugar determinado y emplea para ello a un transportista (o porteador) independiente; cuando la compraventa implique transporte y el vendedor deba poner la mercancía en poder de un porteador en un lugar determinado, si el comprador incumple con su obligación de designar a tal porteador; o cuando el vendedor incumple lo dispuesto sobre el transporte del contrato de compraventa que implique el transporte de los bienes: OLIVA, *La transmisión del riesgo...*, cit., pp. 205 a 209.

(90) "Este artículo se aplica a cualquier contrato de venta que incluya el transporte de los bienes".

gunda –a la que pertenece el artículo ahora comentado– no resultan extensibles a este tipo de ventas (91).

De otro lado, antes de entrar en el análisis de su contenido normativo, resulta también necesario efectuar alguna precisión en orden a la correcta delimitación del supuesto de hecho de esta norma y su diferenciación del correspondiente al precedente epígrafe. En el comentario del anterior supuesto –bienes puestos a disposición del comprador– hicimos referencia a la posibilidad de su aplicación a un cierto tipo de ventas en las que, de hecho, se incluían operaciones de transporte (92). Pero, a diferencia de lo que sucedería aquí, el transporte de la venta contemplada en el Art. IV.A.-5:201, en todo caso, sería el efectuado por transportistas (o porteadores) integrados en el entramado empresarial de la parte vendedora o, lo que es lo mismo, iría referido a aquellos supuestos en los que sería el propio vendedor –él o sus empleados– los que actuarían, también, como transportistas. En cambio, la norma del Art. IV.A.-5:202 exigirá la presencia de un porteador independiente, de un tercero ajeno al empresario que actúa como vendedor (93).

---

(91) En efecto, el párrafo tercero del Art. IV.A.-5:103 expresamente señala que “salvo en todo lo previsto en el apartado precedente –aplicación del Art. IV.A.-5:201, si concurren determinadas circunstancias– la Sección 2 del presente Capítulo no se aplica al contrato de compraventa de bienes de consumo”. En la propuesta del grupo de expertos de la UE, el problema no llega a plantearse: de una parte, debido a la ubicación de la regla en cuestión dentro de la específica sección destinada a la regulación de los riesgos en las ventas empresariales; de otra, mediante la sustitución de la expresión *any contract* por la de *a contract* (art. 148.1).

(92) Aquellas que exijan la puesta a disposición en lugar distinto del establecimiento de la parte vendedora.

(93) Refiriéndose a los preceptos equivalentes de la CISG, AUDIT, cit., pp. 103 y 104, señala que “La mayoría de las veces, una venta internacional implica un transporte confiado a un tercero, de manera que la entrega de las mercaderías al comprador es indirecta; a esta situación ordinaria, corresponden las reglas fijadas por el art. 67. Algunas veces, sin embargo, las mercaderías son entregadas directamente por el vendedor al comprador (en la práctica, a un representante), aunque haya un transporte, esta situación es tratada en el art. 69”. En sentido análogo se manifiesta GUARDIOLA, cit., p. 124. Por su parte, OLIVA, *La transmisión del riesgo...*, cit., pp. 86 y 87, precisa que “... no basta con que los bienes se hayan desplazado de un país a otro para que la compraventa implique transporte, sino que es necesario que uno de los contratantes concluya un contrato de transporte internacio-

Pues bien, centrándonos ya en este último tipo de ventas, dentro de las posibles formas de entrega contempladas en el DCFR (94), el Art. IV.A.-5:202 opta por la entrega material de los bienes como mecanismo hábil para que opere el efecto traslativo del riesgo. A ello apunta el último párrafo del precepto comentado cuando precisa que “el hecho de que el vendedor se encuentre autorizado para retener los documentos representativos de los bienes no afecta a la transmisión del riesgo”, idea que se refuerza con la especificación del párrafo tercero, que expresamente alude a la exigencia de que los bienes se “entreguen en poder del porteador” para que tenga lugar el mencionado efecto (95). Con ello, lo que posiblemente se ha pretendido es desligar el problema de la traslación del riesgo con el de la transmisión de la propiedad, por las dificultades que, como ya se ha indicado, se derivarían de un intento de unificación en esta materia, dadas las diferencias de los sistemas de transmisión de la propiedad que hoy conviven en el orden internacional.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que los bienes transportados han de encontrarse debidamente especificados (96), exigencia esta que cobra aquí especial relieve habida cuenta de que nos encontraremos ante una venta empresarial, en la que resulta factible que se transporten conjuntamente bienes destinados a distintos compradores. Por ello, en caso de pérdida fortuita, pero parcial (97), de la referida mercancía, habrá que saber a qué comprador

---

nal en virtud del cual una tercera persona, el porteador, se comprometa a transportar las mercaderías hacia un lugar determinado... En definitiva, tanto si el comprador recoge con sus propios medios de transporte los bienes adquiridos del establecimiento mercantil del vendedor... como si éste envía personalmente las mercaderías a aquél... el contrato no implicará transporte en el sentido del texto uniforme...”

(94) “El vendedor cumple su obligación de entrega cuando pone a disposición del comprador los bienes, o los documentos representativos de los mismos cuando se haya acordado en el contrato que es suficiente la entrega de éstos”: Art. IV.A.-2:201 (1).

(95) Según GARRO y ZUPPI, cit., p. 250, “Lo que cuenta para el traspaso del riesgo es la transferencia de la posesión física de las mercaderías y no la transmisión del derecho a poseerlas”.

(96) Ex Art. IV.A.-5:102 (2).

(97) Si la pérdida es total, realmente no debería tener trascendencia alguna la ausencia de individualización de la mercancía, ya que, habiéndose efectuado una inicial delimitación de la misma mediante la entrega al trans-

se imputa el daño en cuestión, lo que nunca podrá hacerse si, previamente, no se había precisado a quiénes correspondían los bienes que, a la postre, han resultado deteriorados (o destruidos).

En lo que se refiere a los medios de individualización de los bienes, la cláusula abierta con que finaliza el párrafo segundo del Art. IV.A.-5:102 (98), permite acoger cualquier fórmula con tal de que no plantee duda alguna acerca de los concretos bienes que se encuentran destinados al específico comprador.

A partir de aquí, el contenido normativo del Art. IV.A.-5:202 se bifurca en función de que no exista obligación de entregar los bienes en un determinado lugar o, por el contrario, que la entrega deba verificarse a través de un porteador en un lugar determinado.

i) En el primer caso, de acuerdo con el precepto recién mencionado, la traslación de los riesgos al comprador se produciría con la entrega de los bienes al primer porteador. Del hecho de que en la norma se hable de “primer porteador” se deduce la posible existencia de varios posteriores, en cuyo caso, las entregas que se vayan produciendo a estos intermediarios sucesivos (99) resultarán inocuas a los efectos de la transmisión del riesgo. Lo importante es que en el contrato de transporte celebrado aparezca el comprador como destinatario último (100). De este modo, el riesgo de pérdida o deterioros fortuitos, verificada la entrega idónea al primer porteador, hará que los riesgos sean asumidos por el comprador durante todo el proceso complejo de transporte. La *ratio* de la norma parece evidente, ya que, con la misma, resulta innecesario determinar en qué concreto momento se produjo el detrimento de las mercancías, cuestión que, en

---

portista de la destinada a una pluralidad de compradores, está claro que la totalidad de la misma debía ser entregada a esos concretos compradores, funcionando como una especie de venta de género limitado.

(98) “... o de cualquier otra forma”.

(99) Nos encontraríamos en presencia de lo que la doctrina especializada llama transporte combinado o multimodal. Véanse, entre otros, BLOCH, R., *Transporte multimodal: análisis jurídico y operativo de un sistema integrado de transporte*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996; MARTÍN CASTRO, M. P., *Transporte multimodal: concepto y sujetos*, Universidad de Cádiz, Puerto Real, 2001.

(100) Este, y no otro, debe ser el significado que se atribuya a la expresión “para que éste lo entregue al comprador” empleada en la norma.

la práctica, puede resultar harto difícil, sobre todo cuando tales mercancías se transporten en partidas cerradas y embaladas. En cuanto a la atribución de esa responsabilidad al comprador y no al vendedor, parece que lo tenido en cuenta son cuestiones de orden práctico, tales como la atención a quien se encuentra en mejores condiciones para asegurar las mercancías o para reclamar, llegado el caso, frente al transportista (101); o qué solución, de entre todas las posibles, es la que generaría una menor litigiosidad (102).

ii) Pero, tal como se ha indicado, cabe también la posibilidad de que el exacto cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor exija que la transmisión se haga a favor del porteador en un determinado lugar, en cuyo caso, solo la verificación de la entrega en los términos descritos producirá el efecto de comunicación de riesgos al comprador. Es posible que, para trasladar los bienes a ese concreto lugar, el vendedor tenga que contratar con un transportista (103), pero, a diferencia de lo que acontecería si estuviéramos en el supuesto del párrafo precedente del Art. IV.A.-5:202, no será la entrega a este primer porteador lo que determinará la transmisión del riesgo, sino la entrega al porteador del lugar establecido. Ello, indiscutiblemente, podría hacer que se plantease aquí un problema que, mediante la atribución del riesgo al comprador desde la entrega al primer porteador, se ha obviado en el párrafo segundo del Art. IV.A.-5:202: ¿qué sucede si, como es lógico, los bienes parten ya desde el vendedor

---

(101) En palabras de GARRO y ZUPPI, cit., p. 250, "Si la pérdida o el deterioro de las mercaderías acaece al ser transportadas, será el comprador el que descubrirá el menoscabo de las mercaderías cuando lleguen a su destino. Parece razonable entonces que sea el comprador el que cargue con los riesgos durante el periodo en que las mercaderías son transportadas, ya que él se encuentra en una situación más ventajosa que el vendedor para reclamar una indemnización del transportista o de la compañía aseguradora".

(102) CAFFARENA, cit., p. 525. De forma más detallada, OLIVA, *La transmisión del riesgo...*, cit., sistematiza las razones que justifican la atribución del riesgo al comprador en pp. 90 y ss.

(103) Así, por ejemplo, cuando se haya previsto el embarque de los bienes en un determinado puerto y, previamente, hayan de transportarse desde el almacén del vendedor hasta el referido lugar.



en su correspondiente embalaje y no puede determinarse en qué concreto momento del proceso complejo de transporte han sufrido los daños? Recuérdese que, en la hipótesis aquí analizada, en la primera etapa del transporte (desde el vendedor hasta el porteador del lugar designado) los riesgos corresponderían al vendedor; en tanto que serían del comprador los acontecidos en las etapas posteriores a este momento. Ciertamente, la distribución de los riesgos del transporte entre vendedor y comprador que puede implicar la aplicación del párrafo segundo, siendo esencialmente justa, puede plantear en la práctica serios problemas para cuya solución, es más que posible que haya que recurrir a pruebas indirectas (104).

c) Venta en tránsito (Art. IV.A.-5:203)

El DCFR dedica un artículo expresamente a la regulación del riesgo en este tipo de ventas (105) y, al igual que sucede con el artículo precedente, en la redacción de su primer párrafo sus redactores han incurrido en un cierto exceso ya que, de acuerdo con lo estipulado

---

(104) La jurisprudencia española, en algún supuesto, se ha visto obligada a pronunciarse sobre hechos que encajan a la perfección en la hipótesis descrita. Más concretamente, lo hizo en la SAP de Córdoba de 31 de octubre de 1997 (R. 269), declarando el Tribunal que "... la responsabilidad del vendedor... cesa en el instante en que la mercancía, traspasando la borda del buque Nefterudovoz-12, fue cargado en éste en el puerto italiano de Chioggia, momento a partir del cual, los riesgos son asumidos por el comprador, y, ello, con total independencia del hecho de que este último concertara o no el aseguramiento de dicha mercancía". Más adelante, en esta misma sentencia, se precisa que "por lo que a prueba pericial se refiere... en ningún momento ha acreditado en lo más mínimo que el deterioro de la mercancía se debiera a la acción del agua dulce sobre la misma antes de ser embarcada, lo cual conduce a la necesidad de haber de desestimarse el recurso...".

(105) "(1) Este artículo se aplica a cualquier contrato que incluya la venta de bienes en tránsito.

(2) El riesgo pasa al comprador en el momento en que son entregados al primer porteador. Sin embargo, si las circunstancias así lo indican, el riesgo pasa al comprador desde el momento de la celebración del contrato.

(3) Si al tiempo de la celebración del contrato el vendedor conocía o podía razonablemente pensarse que conocía la pérdida o el deterioro de los bienes y no lo comunicó al comprador, la pérdida o el deterioro corren a cargo del vendedor".

en el apartado tercero del Art. IV.A.-5:103, el régimen especial sobre ventas en tránsito no sería aplicable a la compraventa de bienes de consumo (106).

Tanto este precepto como el anterior regulan contratos en los que se encuentran implicadas operaciones de transporte por cuenta de tercero (entregas indirectas), lo que permitiría diferenciar el supuesto normativo de estos artículos con el que corresponde al Art. IV.A.-5:201, referido a ventas con entrega directa. Sin embargo, no todo supuesto de venta con entrega indirecta responde al mismo patrón: en los contemplados por el Art. IV.A.-5:202, el inicio de las operaciones de transporte tiene lugar después de perfeccionada la venta, de modo que la traslación física de la cosa forma parte de las operaciones de entrega o retirada de la mercancía; en cambio, la norma ahora comentada sería aplicable cuando el inicio de la operación de transporte es anterior a la perfección del contrato, concurriendo el acuerdo de voluntades cuando los bienes enajenados se hallan aún desplazándose. De ahí la denominación de "ventas en tránsito" que se reserva para estas últimas.

Pues bien, efectuándose una venta en tránsito en el modo anteriormente descrito, prevé el DCFR que los riesgos de pérdida o deterioros fortuitos acaecidos desde que la mercancía fue entregada al primer porteador, serán responsabilidad del adquirente en tránsito que, de esta forma, podrá verse afectado por circunstancias ocurridas antes de aparecer ligado, mediante contrato, a los bienes comprados (107). Así pues, consagra el Texto comentado una suerte de responsabilidad retroactiva del comprador en tránsito que, indiscutiblemente, ha de estar basada en importantes razones prácticas.

En este sentido, la norma del DCFR recuerda notablemente a la contenida en el artículo 68 de la CISG, pero con la particularidad de que –dejando al margen el último inciso, que permanece invariable en ambas disposiciones– aquí se convierte en excepción lo que en

(106) También aquí la propuesta del grupo de expertos de la UE permite obviar la cuestión, ya que en el correspondiente precepto (art. 149.1) no se habla de *any contract*, sino de *a contract*.

(107) Recuérdese que, en la disciplina del DCFR, la compraventa se perfecciona con el acuerdo de voluntades, siendo un vehículo encaminado la transmisión de la propiedad: Art. IV.A.-1:202.

ese otro texto era norma general, y viceversa (108). Precisamente, en las críticas que se efectuaron en relación con la aplicación preferente en la CISG de la regla de atribución del riesgo al comprador desde la celebración del contrato, se encuentran, muy probablemente, las razones que avalan la inversión de criterios ahora operada. En efecto, tratándose de mercancías destinadas a ser transportadas, es lógico pensar que se encuentran, desde el inicio del viaje, debidamente embaladas y que viajan en compartimentos lo más estanco posibles (al objeto de asegurar su conservación); por tal razón, si la partida de la mercancía de su lugar de origen se hizo en perfectas condiciones y a lo largo del transporte experimenta algún tipo de daño o pérdida, puede resultar muy complicado determinar en qué momento exacto aconteció el infortunado incidente. Pues bien, siendo aplicable la regla de la CISG, habría que determinar con precisión ese instante, a fin de atribuir la correspondiente responsabilidad a comprador o vendedor, en función de que el daño hubiese ocurrido antes o después de perfeccionada la venta en tránsito. Pues bien, en sentido opuesto, la regla de general aplicación del DCFR permitiría obviar estas dificultades, al evitar el fraccionamiento de la responsabilidad por riesgos durante el transporte de los bienes (109).

---

(108) Según el artículo 68 de la CISG, "El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor".

(109) Según la doctrina especializada, la norma que fue incluida como regla general en la CISG, fue el fruto de las duras negociaciones que, como consecuencia de las posturas encontradas de los países del norte y los del sur, precedieron a la aprobación definitiva del texto: de acuerdo con las posiciones defendidas por las legaciones de Ghana y Pakistán, cuando las mercaderías son vendidas en tránsito, la transmisión del riesgo con la entrega al primer porteador perjudicaría los intereses de los países en desarrollo. De ahí que, como fórmula de transacción, se optase por la regla que cristalizó en la CISG. Véase, entre otros, GARRO y ZUPPI, cit., pp. 252 y 253.

La regla de aplicación preferente que establece la eficacia retroactiva de la asunción de riesgos por parte del (último) comprador presenta, sin embargo, dos excepciones de signo diverso, determinando la primera el reparto de los riesgos del transporte en función del momento de la celebración del contrato y, la segunda, la permanencia de la responsabilidad por riesgos sobre el vendedor como consecuencia de su comportamiento doloso o negligente:

i) En función de las circunstancias, cabe la posibilidad de que, como ya se ha indicado, los riesgos que asuma el comprador en tránsito sean, exclusivamente, los que se materialicen tras efectuar el correspondiente negocio, de modo que si la pérdida o deterioro fortuitos ocurrieron en un momento previo al contrato, sería el vendedor el que debería pechar con los mismos. No se indica en el texto legal cuáles son las concretas circunstancias que justificarían la aplicación de esta regla especial: el precepto solo dice “... *si las circunstancias así lo indican...*”. Tal vez cabría referirlas a acuerdos contractuales que sean adoptados *ad hoc* por las partes, en aplicación del principio de autonomía consagrado en el Art. II.-1:102. También parece posible que las “circunstancias” aludidas sean de tipo fáctico, concretándose en la posibilidad de fijar exactamente el momento de la producción del daño de la mercancía, al tener esta su causa en un determinado siniestro fortuito (incendio, naufragio, etcétera). En todo caso, es muy probable que sea la jurisprudencia la que, a la luz de los litigios que tan críptica expresión –sin duda– va a generar, la que termine fijando el significado exacto de la expresión legal.

ii) La segunda excepción a la genérica regla de asunción del riesgo por el comprador en la venta en tránsito a partir de la entrega al porteador, tiene lugar cuando el vendedor ha actuado de un modo doloso o negligente, al ocultar al comprador el hecho de que la mercancía, antes de su venta, había desaparecido o se encontraba dañada. Hablamos de dolo o negligencia en cuanto que la norma, para enervar la transmisión del riesgo al comprador, no exige el efectivo conocimiento del estado –deteriorado o desaparecido– de los bienes, bastando con la omisión de la necesaria diligencia que, por su parte, habría conducido a ese efectivo conocimiento por parte del vendedor. En definitiva, se trata de

actuaciones contrarias a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales (110).

### **C) Régimen particular de la venta de consumo (Art. IV.A.-5:103)**

De acuerdo con el Art. IV.A.-5:103 (1), "en la compraventa de bienes de consumo el riesgo no se transmite hasta que el comprador toma posesión de los bienes" (111). El propio DCFR define qué debe entenderse, dentro de su ámbito, por venta de consumo, circunscribiendo semejante noción a aquel contrato de compraventa en el que el vendedor es un empresario y el comprador un consumidor (112).

---

(110) En el DCFR, ex Art. III.-1:103.

(111) El precepto se completa con las siguientes reglas: "(2) El apartado (1) no se aplica si el comprador ha incumplido la obligación de recibir los bienes y el incumplimiento no es excusable según lo dispuesto en el Artículo III.-3:104 (Imposibilidad de cumplir), en cuyo caso se aplica el Artículo IV.A.-5:201 (Bienes puestos a disposición del comprador).

(3) Salvo en todo lo previsto en el apartado precedente, la Sección 2 del presente Capítulo no se aplica al contrato de compraventa de bienes de consumo.

(4) Las partes no pueden en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de este artículo o derogar o modificar sus efectos".

En la propuesta del grupo de expertos de la UE, el régimen específico de las ventas de consumo aparecería en el artículo 145, a cuyo tenor, "(1) In a consumer sales contract, the risk does not pass until the consumer or a third party, other than the carrier, designated by the consumer for this purpose has acquired the physical possession of the goods.

(2) Except where the contract is a distance or off-premises contract, paragraph (1) does not apply where the consumer fails to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under Article 91. In this case the risk passes at the time when the consumer, or the third party designated by the consumer, would have acquired the physical possession of the goods if the obligation to take them over had been performed.

(3) Where the consumer arranges the carriage of the goods independently from the business, the risk passes when the goods are handed over to the carrier.

(4) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects".

(112) Art. IV.A.-1:204. Por su parte, de acuerdo con el Art. I.-1:105 (2), a los efectos de esta normativa, se considera como empresario a cual-

Las peculiaridades de este tipo de ventas, en sede de transmisión de riesgos, se concretarían, según la norma comentada, en:

i) Restricción de los mecanismos con virtualidad para operar la comunicación de riesgos al consumidor. En efecto, si comparamos los párrafos primero de este artículo y del precedente, podremos constatar cómo la única diferencia que existe entre ellos radica en la omisión en el actualmente comentado de toda referencia a los documentos representativos de los bienes, cuya entrega, tratándose de venta de consumo, no parece que pueda dar lugar al efecto mencionado de comunicación de riesgos del vendedor/empresario al comprador/consumidor. De este modo, para tal tipo de contratos, solo la recepción material de los bienes (y no la simbólica que implica la de los documentos representativos de los mismos) tiene verdadera eficacia a los presentes efectos (113).

ii) Aplicación limitada de las reglas especiales de la Sección segunda. Pero, ¿qué sucede si el consumidor rechaza la recepción de los bienes?, ¿debe el empresario continuar soportando los riesgos de pérdida o deterioros fortuitos pese a haber puesto a disposición

---

quier persona física o jurídica, con independencia de su titularidad pública o privada, que actúe para fines relacionados con su propio negocio, trabajo o profesión, incluso si dicha persona no pretende obtener un beneficio en el curso de la actividad. En tanto que en el DCFR se estima como consumidor a cualquier persona física que actúa principalmente para fines no relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional. De este modo, así como la calificación como venta de consumo no se verá obstaculizada por el hecho de que el vendedor, actuando dentro de su ámbito profesional, no obtenga beneficio alguno; tampoco representará un inconveniente para la apreciación de este tipo de venta la circunstancia de que el comprador sí lo obtenga, siempre que no se trate de una actividad habitual, ya que, en este último caso, muy posiblemente, nos estaríamos aproximando a la noción de profesional. Por otra parte, solo las personas físicas pueden tener la condición de consumidor y, consecuentemente, gozar del especial régimen previsto para las ventas de consumo en el DCFR.

(113) El exacto significado del precepto se descubre conectándolo con el párrafo primero del Art. IV.A.-2:201, que considera cumplida la obligación de entrega por parte del vendedor "cuando pone a disposición del comprador los bienes, o los documentos representativos de los mismos cuando se haya acordado en el contrato que es suficiente la entrega de éstos".

del comprador los bienes objeto del contrato? La respuesta a esta cuestión la proporciona el párrafo segundo del Art. IV.A.-5:103, de modo que si la negativa del consumidor a tomar posesión de los bienes es injustificada (114), se entiende que los riesgos los asumió desde el momento en que, estando los bienes a su disposición y teniendo conocimiento de tal circunstancia, debía haber tomado posesión de los mismos. La regla recién mencionada (contenida en el Art. IV.A.-5:201) es la única de las que componen el régimen especial de transmisión de riesgos –Sección segunda– que resulta aplicable a las ventas de consumo; o, dicho de otro modo, las reglas específicas previstas en las hipótesis de venta con transporte de los bienes (Art. IV.A.-5:202) y bienes vendidos en tránsito (Art. IV.A.-5:203) no son invocables con respecto a las ventas de empresario a consumidor (115).

iii) Carácter imperativo del precepto. En aras de una mejor protección de los consumidores, el especial régimen tuitivo consagrado en el precepto a cuya exégesis se dedican las presentes líneas, no puede verse modificado en perjuicio del consumidor, restringiéndose con ello el carácter dispositivo que, en general, se atribuye al texto articulado del DCFR (116).

También en nuestro Derecho interno la normativa tuitiva de los consumidores presenta este peculiar carácter imperativo (117), sin que, de otra parte, exista en nuestro Derecho un precepto que, de

---

(114) El precepto habla de “incumplimiento no excusable”, remitiéndose, para determinar cuándo lo es, al Art. III.-3:104.

(115) Lo que, según se señala en el *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. VON BAR and E. CLIVE, vol. II, München, sub Art. IV.A.-5:103, p. 1379, repercutirá sobre la aptitud del vendedor haciéndole más exigente en la elección del transportista.

(116) En efecto, dispone el párrafo segundo del Art. II.-1:102 que “las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa”.

(117) En este sentido, con carácter general, el artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) proclama la irrenunciabilidad de los derechos que le son concedidos en esta Ley, idea que se vuelve a reiterar en el artículo 130 en relación con posibles cláusulas de exoneración de responsabilidad.

modo análogo al Art. IV:A.-5:103, establezca un régimen especial de transmisión de riesgos para las ventas de consumo.

No obstante lo anterior, hay una norma en materia de ejercicio del derecho de desistimiento que, de alguna manera, incide sobre la cuestión relativa al riesgo de pérdida o destrucción fortuita de la cosa. Se trata del artículo 75.1.º de la Ley de Consumidores y Usuarios, a cuyo tenor, "la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento. En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste". Interpretado el precepto en sus literales términos, significaría que en el supuesto contemplado por la norma, el riesgo de pérdida por destrucción fortuita de la cosa no se traspasaría al consumidor, no ya con la recepción de los bienes, sino hasta que hubiese concluido el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento (118).

De otra parte, como ya se indicó en las páginas preliminares del presente trabajo, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores* contiene una

---

(118) En palabras de GARCÍA VICENTE, J. R., "... la imposibilidad sobrevenida de restituir que será típicamente la de *entrega de la cosa mueble corporal* no suprime el derecho a desistir... El Derecho común de contratos distingue para declarar la subsistencia del derecho entre la imposibilidad imputable y la inimputable... El art. 75.1 II TRLGDCU *a contrario* declara la subsistencia del derecho a desistir y valora específicamente la imposibilidad *imputable* para el nacimiento de la obligación restitutoria, con lo cual el riesgo de pérdida o destrucción fortuita se asigna al empresario, en contradicción con las reglas comunes y con una sensata distribución de los riesgos" ("El régimen jurídico del derecho de desistimiento", *Tratado de contratos*, tom. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1500 y ss., conr. pp. 1506 y 1507). Por su parte, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentario del artículo 75", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 665 y ss., conr. p. 667, señala que "el *periculum rei*, es decir, el riesgo de que la cosa se pierda, corresponde generalmente a su propietario. Pero el ap. 2.º del art. 75.1 TR-LGDCU invierte esta regla...".



disposición específicamente dirigida a la regulación del régimen de los riesgos. Se trata de su artículo 23, que en su redacción originaria establece que "El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes". Por su parte, el segundo párrafo de este precepto previene el mismo efecto en el caso de que "el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes" (119). La importancia de la norma resulta incuestionable, habida cuenta del carácter de armonización plena que, según se desprende de su artículo 4, habría de tener la mencionada Directiva (120). En caso de aprobarse en sus actuales términos, los Estados miembros quedarían obligados a efectuar las adaptaciones precisas en sus respectivos Derechos internos, de manera que todos los consumidores gozarían del mismo nivel de protección. No obstante lo anterior, parece que la estrategia de la Unión Europea sobre este concreto extremo se encuentra en un punto de inflexión, ya que, según declaraciones de la Vicepresidenta y Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane REDING, efectuadas en Madrid el 15 de marzo de 2010 (121), se contempla como alternativa posible por parte

---

(119) Hablamos en el texto de "redacción originaria" debido a la existencia de documentos posteriores en los que se sugiere un diverso contenido para el artículo 23 de la Propuesta de Directiva. Así, en el Expediente interinstitucional 2008/0196 (COD), dirigido por la Secretaria General al Consejo y publicado en Bruselas, con fecha 10 de diciembre de 2010 (16.12) (OR.en), el contenido del artículo 23 sería el siguiente: "1. En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero distinto del transportista y designado al efecto por el consumidor haya adquirido la posesión material de los bienes.

2. El presente artículo no se aplicará a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos cuando no se vendan en cantidades determinadas".

(120) "Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores".

(121) De las que se hace eco EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización plena", *InDret*, Barcelona, abril 2010, pp. 1 y ss., conr. p. 39.

de la Comisión reducir esa armonización plena únicamente a los contratos a distancia, en tanto que los contratos de consumo entre presentes continuarían rigiéndose por el principio de armonización mínima. Ello, evidentemente, supondría una importante renuncia a los objetivos de unificación iniciales (122), que se verían sustituidos por otros considerablemente más modestos.

En cualquier caso, el sistema de transmisión del riesgo contenido en el artículo 23 de la Propuesta de Directiva coincide en lo sustancial con el previsto en el DCFR, al tomar ambos como referencia, para que opere la comunicación del riesgo al comprador/consumidor, la adquisición de la posesión material o física de los bienes.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El régimen legal de los riesgos es una cuestión de suma importancia práctica y no solo a nivel de Derecho interno; ante todo y sobre todo, la incidencia en la dinámica obligacional de la pérdida (o deterioro) fortuita y sobrevenida de los bienes comprados afecta a las transacciones transfronterizas, en las que esta problemática jurídica se presenta con toda su crudeza, al concurrir distintos sistemas normativos con soluciones diversas. Se trata, además, de una materia en la que actualmente confluyen distintas propuestas de regulación (españolas e internacionales), lo que demuestra dos cosas: la trascendencia de la materia y la insuficiencia de las fórmulas legales actualmente existentes.

La regulación de los riesgos en el DCFR elude la fórmula de la regla única para decantarse –siguiendo el modelo ya avanzado por la CISG– por una pluralidad de soluciones, en función de las circunstancias concurrentes. La misma orientación es seguida en la propuesta del grupo de expertos de la UE, publicada en mayo del

---

(122) Tal como se indicaba en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, "... se basa en una armonización plena de la legislación contractual comunitaria relativa a los consumidores. Su incidencia positiva en el mercado minorista sería considerable... Armoniza plenamente todos los aspectos de protección de los consumidores que resultan pertinentes en el comercio transfronterizo, es decir, los aspectos que los comerciantes consideran fundamentales cuando redactan cláusulas contractuales tipo o elaboran su material informativo, así como el ejercicio de su actividad..."

2011, si bien, en esta última, se ofrece un texto notablemente más depurado en lo que a la materia estudiada se refiere. En este sentido, es de destacar la nítida separación entre el régimen aplicable en sede de riesgos a las ventas de consumo y las empresariales, cuestión esta que si bien en el DCFR se intuía, en la propuesta del 2011 aparece con total claridad, al ubicarse en secciones distintas, tras una preliminar de disposiciones generales (123).

De otro lado, también la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores*, del 2008, incide sobre la cuestión, siendo el régimen de los riesgos en las ventas de consumo común denominador de ambas propuestas normativas. Ahora bien, esa relativa identidad desaparece en lo que a la posible eficacia normativa de uno y otro texto se refiere, pues, así como el DCFR parece llamado a convertirse en un instrumento normativo de carácter optativo puesto al servicio de los interesados; la Propuesta de Directiva, originariamente, sería vinculante para los Estados miembros en todos sus aspectos, al imponer una armonización plena, de modo que aquellos no podrían introducir ni mantener disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores (124). Ello significa, evidentemente, que todos los procesos normativos en curso –en el ámbito de la UE– que incidan sobre esta materia, deben seguir muy atentamente la evolución de esta Directiva. Y hablamos de evolución –o cambio– en el sentido de que, al parecer, la UE se está replanteando el mantenimiento de ese carácter de armonización plena: como se

---

(123) Al margen de la indicada en el texto, hay otras mejoras a las que hemos aludido ya a lo largo del trabajo y que, por razones de obligada brevedad, no podemos reproducir aquí.

(124) Con ello, se aparta de la línea anteriormente seguida por otras directivas que se presentaban con un carácter de “mínimos” (armonización menos plena). La elección, como instrumento de la reforma, de una directiva (y no de un reglamento, dado ese carácter de armonización plena que tendría esta directiva), se justifica en su Exposición de Motivos del siguiente modo: “una directiva es preferible a un reglamento, ya que su transposición permite integrar más fácilmente la legislación comunitaria en el Derecho Contractual o en los códigos en materia de consumidores vigentes a escala nacional... A diferencia de un reglamento, la aplicación de una directiva puede dar lugar a un único conjunto coherente de normas, más fácil de aplicar e interpretar para los comerciantes, más fácil de hacer cumplir para las autoridades públicas y más ajustado al principio de subsidiariedad”.

ha indicado ya en páginas precedentes, la Vicepresidenta y Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía ha adelantado ya la posibilidad de que semejante tipo de armonización quede circunscrita, en la Directiva de referencia, a las ventas de consumo a distancia. Ello, evidentemente, no puede interpretarse sino como una renuncia a los objetivos de unificación y armonización inicialmente marcados y su sustitución por otros notablemente más asequibles. Esta misma tendencia hacia una progresiva restricción del ámbito de unificación se observa también en la propuesta del grupo de expertos de la UE en relación con el DCFR: son muchas las materias que, contando con regulación específica en el texto publicado en el 2009, se "han caído" del que ha visto la luz en el 2011. Por ello, tal vez, no sea una conclusión desacertada la afirmación de que estamos asistiendo a un proceso en el que las tentativas de unificación europea, en el ámbito contractual, se están diluyendo de forma progresiva. De seguir en esta línea, es más que posible que los productos normativos finales resulten bastante "descafeinados" (al menos, si los comparamos con las propuestas originales).



# **EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA PREVISTA POR LA LEY 35/2011, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS**

**Ángel Sánchez Hernández**

Doctor. Acreditado como Catedrático de Universidad  
Académico Correspondiente de la Real Academia  
de Doctores de España  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de La Rioja

**Resumen:** El artículo 13 y ss. de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, contempla el reconocimiento de los derechos económicos de las mujeres que, no habiéndose acogido al régimen de titularidad compartida, realicen tareas en la explotación agraria y no reciben contraprestación alguna por el trabajo realizado. Ahora bien, ese derecho es compatible con la compensación en los supuestos de separación y divorcio –indemnización en el caso de nulidad matrimonial– así como la participación, en el caso de liquidación del régimen económico del matrimonio, en la sociedad de gananciales, la compensación en el régimen de separación y en el régimen de participación de las ganancias de su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente, lo que, en suma, no deja de ser una doble compensación a la mujer por el mismo concepto: una prevista en los supuestos susodichos previstos en el Código Civil y otra la prevista en el artículo 13 y ss. de la Ley 35/2011.

**Abstract:** Article 13 and followings of the 35/2011 Act, dated October 4th, enact the recognition of the economic rights of women that, not having opted for the shared ownership legal scheme, carry out tasks in the agrarian exploitation but do not receive any consideration for that work. Furthermore, this right is compatible with the compensation in the event of separation and divorce –compensation for the nullity of marriage– as well as the interest, in case of liquidation of the economic principles of the marital property, in the company of joint property, the compensation in the regime of separation and in the spouses joint ownership of property legal forms during the time in which the above mentioned regime has been in force, which to sum up, means a

double compensation to the woman for the same concept: The one contained in the above-mentioned suppositions of the Civil Code and the foreseen one in article 13 and followings of the Law 35/2011.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DISPOSICIONES GENERALES
  - II.1. Objeto y finalidad
  - II.2. Naturaleza jurídica de la figura
  - II.3. Requisitos de las personas titulares de la explotación agraria
- III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TITULARIDAD COMPARTIDA
  - III.1. Administración, representación y responsabilidad
  - III.2. Reparto de rendimientos
  - III.3. Extinción
- IV. MEDIDAS DE FOMENTO Y AYUDAS PÚBLICAS ADEMÁS DE LAS MEDIDAS FISCALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL
- V. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE COLABORACIÓN EFECTIVA EN LA EXPLOTACIÓN AGRARIA
- VI. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA
  - VI.1. Cuándo y a quién se podrá exigir la compensación económica
  - VI.2. Cuantía y pago de la compensación
  - VI.3. Plazo de reclamación

## I. INTRODUCCIÓN

En el preámbulo de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (1), se pone de manifiesto que a pesar de la "profunda transformación" en la sociedad española en el reconocimiento pleno de la igualdad de derechos y libertades entre mujeres y hombres, sin embargo, esa equiparación en las zonas rurales evoluciona de forma más lenta, al parecer debido a la falta de reconocimiento económico, profesional y social del trabajo de las mujeres (2). Si nos centramos en el ámbito de la

(1) El primer reconocimiento jurídico de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias se encuentra en el apartado primero del artículo 30 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dedicado al desarrollo rural, que, con el fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, conmina a las Administraciones competentes a desarrollar "la figura de la titularidad compartida para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo". Posteriormente la disposición adicional cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, establece que "para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Gobierno promoverá y desarrollará el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social". Como primer desarrollo de dichas leyes, el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias, creó, a efectos administrativos, la titularidad compartida como una nueva figura preferencial adicional a las reguladas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Sobre este Real Decreto, en particular *vide* a AMAT LLOMBART, P., "La titularidad compartida de las explotaciones agrarias y su «nuevo» régimen legal", en *Estudios de Derecho Agrario*, coord. Ángel Sánchez Hernández, Servicio de Publicaciones de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2010, pp. 11 a 31. Por otra parte, ya en la legislación autonómica, el artículo 52 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de igualdad de género en Andalucía, dedicado a las mujeres en el medio rural, establece que: "Los poderes públicos de Andalucía desarrollarán acciones dirigidas a eliminar la discriminación de las mujeres del medio rural y favorecer su incorporación al ámbito laboral, a la formación y a las nuevas tecnologías, así como su plena participación en la vida pública. Asimismo, garantizarán el ejercicio del derecho a la titularidad compartida en explotaciones agrarias".

(2) Sobre estos aspectos *vide* a ESPÍN ALBA, I., "Políticas de igualdad en el Desarrollo Rural", en *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*, dir. Vattier Fuenzalida, C., Aranzadi-Pamplona, 2009, pp. 67 a 88.



explotación agraria familiar, son numerosas las mujeres (aproximadamente un 80 %) que trabajan en el mundo rural, compartiendo con los hombres las tareas agrarias, incluso aportando bienes, y sin embargo, son muchos los casos (aproximadamente un 70 %) en los que figura solo el hombre como titular de la Explotación Agraria.

En efecto, todavía hoy no deja de ser frecuente que la titularidad de la explotación agraria la ostente el hombre, aunque la mujer aporte mano de obra –en el marco de lo que se conoce como una ayuda o colaboración familiar– u otros elementos de la explotación agraria, tales como tierras u otros bienes que pasan a constituir elementos integrantes de la explotación agraria. Por tanto, la mujer no solo no aparece como titular de la explotación agraria, junto a su marido o pareja de hecho, sino que además figura como inactiva a efectos laborales. Las consecuencias de esta situación son fundamentalmente dos. En primer lugar, la mujer no participa en la asunción de decisiones gerenciales de la explotación agraria, ni en los riesgos y responsabilidades derivadas de la misma. En segundo lugar, la mujer no se acoge a las prestaciones que ofrece el sistema de la Seguridad Social, ya que no figura oficialmente desarrollando trabajo alguno en la explotación agraria, quedando su participación efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación en el ámbito íntimo de la familia, como colaboradora en la explotación familiar agraria.

En este contexto, si bien no existen limitaciones legales, sí existen algunas dificultades prácticas para que las mujeres puedan acceder al crédito o a otros bienes y derechos inmateriales, vinculados, no tanto a la propiedad de la tierra, cuanto a su rendimiento, esto es, a la propia titularidad de las explotaciones agrarias. Por otra parte, como en el campo no se recurre a las figuras societarias civiles o mercantiles para que las mujeres que trabajan en las explotaciones agrarias tengan los mismos derechos y obligaciones que los hombres, según el preámbulo de la Ley 35/2011, se precisa reformar la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias para introducir la llamada "titularidad compartida" de las explotaciones agrarias. Esta figura, según el legislador, permitirá a las mujeres que trabajan en las explotaciones agrarias gozar de una igualdad efectiva de derechos y obligaciones respecto de los hombres, a la vez que se pretende el reconocimiento pleno del trabajo de la mujer en las Explotaciones Agrarias garantizando la protección social y Seguridad Social correspondiente.

Sin embargo, hemos de tener muy presente que la Ley 35/2011 regula la "titularidad compartida" de explotaciones agrarias como figura jurídica de carácter voluntario, lo cual pone en cuestión la eficacia jurídica de la figura como instrumento para alcanzar la verdadera equiparación de mujeres y hombres en la explotación agraria. El propio preámbulo del susodicho texto legal admite que en el mundo rural "el trabajo de las mujeres sigue entendiéndose más bien como una ayuda familiar" que complementa a la renta principal y no como una aportación económica efectiva. En este contexto, con la voluntariedad de esta figura jurídica, difícilmente las mujeres que trabajen en las explotaciones agrarias alcanzarán la igualdad asumiendo decisiones gerenciales, así como los riesgos y responsabilidades que de ellas se derivan. Se aprueba esta Ley, se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, pero lo complicado es cambiar la realidad social por esa mera publicación de la norma, máxime cuando la Ley 35/2011 no impone una titularidad compartida en todo caso.

## II. DISPOSICIONES GENERALES

### II.1. OBJETO Y FINALIDAD

En las disposiciones generales de la Ley 35/2011, artículo 1.1, se establece como objeto de la Ley "la titularidad compartida de las explotaciones agrarias" con el fin de favorecer y promover la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural. Su objetivo va más allá de una regulación de efectos administrativos, alcanzando aspectos jurídico civiles para que las mujeres puedan ejercer y disfrutar de todos los derechos derivados de su trabajo en las explotaciones agrícolas en términos de igualdad con respecto a los hombres, favoreciendo la asunción de decisiones gerenciales y de los riesgos y responsabilidades derivadas de aquellas. Ahora bien, el propio legislador, consciente de que no siempre se logrará constituir una titularidad compartida de la explotación agraria –quizá por su carácter voluntario–, contempla como objetivo subsidiario de la Ley, en el artículo 1.2 de la Ley 35/2011, "*la regulación de los derechos económicos generales a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación agraria, como contraprestación por su actividad agraria, efectiva y*

*regular en la explotación*”, en la manera y los efectos previstos en el artículo 13 y siguientes del propio texto legal.

En suma, la finalidad de la Ley es promover y favorecer la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico derivado de su participación en la actividad agraria.

## II.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA

La figura de la “explotación agraria de titularidad compartida” se perfila, en el artículo 2.1 de la Ley, como una unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria.

Ha de diferenciarse entre la titularidad de la explotación agraria y la titularidad dominical de los bienes y derechos que la conforman (3), cuyo régimen jurídico civil no se ve afectado en ningún caso. Una cosa es la titularidad de la explotación –titularidad de ese conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente– como organización empresarial de esos bienes y derechos dirigidos al ejercicio de la actividad agraria, y otra cosa distinta es la titularidad dominical o en régimen de arrendamiento, o derechos de uso y disfrute de los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente, la vivienda con dependencias agrarias, las construcciones e instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma (4). El régimen jurídico civil de esta última titularidad, según el artículo 2.2 de la Ley 35/2011, no se ve afectado en ningún caso, como tampoco se ve afectado el régimen jurídico matrimonial –o los pactos patrimo-

---

(3) El artículo 2.2. de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, define la “explotación agraria” como el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica.

(4) Apartado 3 del artículo 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

niales de las parejas de hecho-, ni el régimen sucesorio, salvo en lo dispuesto en el artículo 13 y siguientes de ese mismo texto legal.

### II.3. REQUISITOS DE LAS PERSONAS TITULARES DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA

Las personas titulares de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida, según el artículo 3 de la Ley, deberán estar dadas de alta en la Seguridad Social, ejercer la actividad agraria y trabajar en la explotación agraria de modo directo y personal tal y como está definido en la Ley 19/1995, de 4 de julio, y por último, residir en el ámbito territorial rural en que radique la explotación.

Además, según se establece en el apartado 2 "in fine" del artículo 12 de la Ley 35/2011, adicionalmente a los tres requisitos previstos del susodicho artículo 3, para que la explotación agraria de titularidad compartida tenga la consideración de explotación agraria prioritaria a los efectos previstos en la Ley 19/1995, de 4 de julio, han de reunirse dos requisitos más. El primero es que la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación no supere en un 50 % el máximo de lo establecido en la legislación correspondiente para las explotaciones prioritarias. El segundo consiste en que uno de los titulares, el hombre o la mujer, ha de tener la consideración de agricultor profesional, esto es, siendo cotitular de la explotación agraria, al menos el 50 % de su renta total la obtiene de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria de su explotación no sea inferior al 25 % de su renta total y el volumen de empleo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una unidad de trabajo agrario (5).

Por último, no se mencionan dos requisitos más que han de cumplirse por ser los cotitulares de la explotación agraria personas físicas y exigirlo así el apartado 1, letras b) y c), del artículo 4 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias: el primero es haber cumplido dieciocho años y no haber cumplido sesenta y cinco años, y el segundo, poseer un nivel de capacitación

---

(5) Apartado 5 del artículo 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

agraria suficiente para cuya determinación se conjuran criterios de formación lectiva y experiencia profesional.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TITULARIDAD COMPARTIDA

#### III.1. ADMINISTRACIÓN, REPRESENTACIÓN Y RESPONSABILIDAD

*La administración* corresponde, si es compartida, conjuntamente a ambas personas cotitulares (6) de la explotación agraria (artículo 4.1).

*La representación* de la explotación agraria de titularidad compartida será solidaria, según el artículo 4.2 de la Ley. Estamos ante una forma organizativa de la pluralidad de la titularidad de la explotación agraria, representada por cualquiera de los titulares que actuando en su propio nombre, actúa en interés de la explotación agraria de titularidad compartida, gestionando su interés, teniendo fuerza en sí para producir la eficacia directa e inmediata de lo actuado en la esfera jurídica de la explotación de titularidad compartida (7). Sin embargo, el artículo 4.2, "in fine", establece como excepción a la representación solidaria los actos que supongan disposición, enajenación o gravamen de la explotación agraria compartida, en los que dicha representación será mancomunada. En tales supuestos la representación se ejercerá de modo conjunto, en un acto colectivo de ambos titulares, bajo el principio de actuación conjunta que respete el régimen jurídico de los bienes y derechos que conforman la explotación agraria de titularidad compartida.

Por último, en relación a *la responsabilidad*, según el artículo 4.3 de la Ley 35/2011, será directa, personal, solidaria e ilimitada de las dos personas titulares de la explotación agraria y por tanto –del mismo modo y manera que ya lo establece el artículo 2.4 de la Ley 4/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias–, corresponde a los titulares de la explotación agraria, quienes ejercen la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales, asumir, no solo

---

(6) Téngase presente la actuación conjunta de ambos titulares que ocurre en el artículo 1375 del Código Civil.

(7) La propia Ley dispone, en los artículos 6.2. F) y 7.2, que uno de los titulares será el representante ante la Administración.

los riesgos, sino también la responsabilidad civil, social y fiscal que pueda derivarse de la gestión de la explotación.

La responsabilidad la asumirán directamente y personalmente los dos titulares de la explotación agraria compartida, de manera solidaria, de modo que cualquiera de ellos responderá en su totalidad de la prestación por entero y de forma ilimitada, con todos sus bienes presentes y futuros (8).

### III.2. REPARTO DE RENDIMIENTOS

Los rendimientos generados por la explotación se repartirán al 50 % entre ambos titulares de la explotación agraria compartida. Ahora bien, una vez repartidos, estos rendimientos se registrarán, según el artículo 5 de la Ley 35/2011, por lo dispuesto en el régimen, económico matrimonial o por los pactos patrimoniales que, en su caso, haya suscrito la pareja de hecho. En definitiva, este precepto remite, respecto de los rendimientos de la explotación agraria de titularidad compartida, a lo dispuesto en el régimen económico matrimonial, que la Ley 35/2011 no modifica, o en su caso, a lo establecido en los pactos patrimoniales que haya suscrito la pareja de hecho.

### III.3. EXTINCIÓN

En cuanto a las causas de extinción de la titularidad compartida de la explotación agraria, en el artículo 8 de la Ley 35/2011 se establecen las siguientes: por nulidad, separación o disolución del matrimonio; por ruptura de la pareja de hecho, o por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros; por pérdida de la titularidad de la explotación agraria por cualquier causa legalmente establecida; por transmisión de la titularidad de la explotación a terceros; porque por alguna de las dos personas titulares dejen de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 3 de esta Ley; por acuerdo entre las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida manifestado mediante comparecencia personal o firma electrónica ante el registro de titularidad compartida regulado en el artículo 6 de esta Ley.

---

(8) Cfr. artículo 1911 del Código Civil.

#### **IV. MEDIDAS DE FOMENTO Y AYUDAS PÚBLICAS ADEMÁS DE LAS MEDIDAS FISCALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL**

La Ley prevé un régimen fiscal de la titularidad compartida, unas medidas en materia de Seguridad Social y un régimen de las ayudas agrarias (artículos 9, 10 y 11 de la Ley 35/2011). Precisamente, en este último precepto, señala que la subvenciones, ayudas directas y ayudas de desarrollo rural corresponderán por mitades iguales a favor de cada uno de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho titulares de las explotaciones de titularidad compartida, aun cuando la solicitud de las citadas ayudas se realizase en nombre de la entidad de titularidad compartida que constituye la explotación agraria de titularidad compartida, efectuándose el pago en la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida.

Más adelante, dada su importancia práctica, lo señalo expresamente, en el apartado segundo del artículo 11 se añade que: "Cada una de las personas titulares de la explotación de titularidad compartida tendrá la consideración de beneficiaria directa de las ayudas correspondientes al régimen de pago único de la Política Agrícola Común, quedando exenta de retención de derechos la cesión de los mismos que una de las personas titulares deba realizar a favor de la unidad económica".

Además, el artículo 12.2 otorga a estas explotaciones agrarias de titularidad compartida la condición de explotaciones agrarias prioritarias, conforme se regulan en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, de manera que gozarán de la ventaja de tener un orden preferente a la obtención de beneficios, ayudas y demás medidas de fomento impulsadas por las Administraciones Públicas siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente exigidos.

#### **V. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE COLABORACIÓN EFECTIVA EN LA EXPLOTACIÓN AGRARIA**

Además de la figura de la "titularidad compartida de la explotación agraria", la Ley regula otro mecanismo para el reconocimiento de los derechos económicos de las mujeres que, no habiendo constituido con su cónyuge o pareja de hecho una titularidad compartida

de la explotación agraria, realicen tareas en la explotación agraria, participando de manera efectiva y regular, sin recibir pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado. En tal caso, la mujer tendrá derecho a una compensación económica en los supuestos tanto de transmisión de la explotación como de la extinción del matrimonio o pareja de hecho, o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho.

Analizo seguidamente, de forma breve, únicamente la protección económica del cónyuge o pareja de hecho, frente al titular, y que consiste en reclamar una compensación económica por razón de su colaboración en la explotación agraria, con su actividad efectiva y regular, cuando no ha recibido pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado, ni existe el régimen de titularidad compartida.

## **VI. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA**

### **VI.1. CUÁNDO Y A QUIÉN SE PODRÁ EXIGIR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA**

En el apartado primero del artículo 13 se reconoce un derecho a una compensación económica a aquellas personas casadas o unidas por análoga relación de afectividad, que participen de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación y que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni se hayan acogido al régimen de titularidad compartida previsto en esta Ley.

Ahora bien, ¿cuándo y a quién se podrá exigir esa compensación? Esa compensación se podrá exigir –según establece el párrafo segundo del susodicho precepto– “en los casos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio por cualquiera de las causas previstas en el artículo 85 del Código Civil, o de la análoga relación de afectividad por separación, nulidad o muerte, o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho”. Tal compensación económica se podrá exigir al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos.



Si ponemos en relación este derecho a una compensación de la Ley 35/2011, con la compensación o pensión establecida en el artículo 97 del Código Civil desde la Ley 30/1981 –que debe su actual redacción a la Ley 15/2005, de 8 de julio–, observamos en primer lugar que mientras que en este precepto del Código Civil la compensación o pensión procede solo y exclusivamente en los supuestos de separación y divorcio –en el supuesto de nulidad cabe una indemnización, tal como expresa el artículo 98 del Código Civil–, en el artículo 13.2 de la Ley 35/2011 el derecho a exigir una compensación económica al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos, alcanza a los casos de nulidad o disolución del matrimonio por cualquiera de las causas previstas en el artículo 85 del Código Civil. Se olvida el artículo 13.2 de mencionar el supuesto de separación –que sí menciona el artículo 87 del Código Civil–, y que igualmente se contempla en los casos de análoga relación de afectividad, al mencionar, expresamente, la separación además de la nulidad o muerte. Por otra parte, como ya he señalado, el artículo 13 de la Ley 35/2011 añade a los casos mencionados que dan derecho a exigir compensación económica, los supuestos de transmisión de la explotación agraria, así como de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho.

a) Nulidad, separación y divorcio.

i) Separación y divorcio.

En los supuestos de separación y divorcio, la compensación o pensión es contemplada en el contenido mínimo del convenio regulador, al que se refiere el artículo 90, letra f), del Código Civil, si bien es luego preterida en el artículo 91 del mismo cuerpo legal (9). Concretamente el artículo 90 establece que entre los extremos que al menos debe contener el convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 del Código Civil, se encuentre la pensión que conforme al artículo 97 corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges en el supuesto de separación o de divorcio.

Conforme al artículo 97 de nuestro Código Civil, “el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico

---

(9) MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario artículos 90 y 91”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 194 y ss.

en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una porción única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia" (10). Por tanto, se establece claramente una regla según la cual para tener derecho a la susodicha compensación ha de producirse, como consecuencia de la separación o el divorcio, un desequilibrio económico en uno de los cónyuges respecto de la situación del otro, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

El fundamento de esta compensación se encuentra en la diferencia de nivel de vida de los cónyuges en relación al *status* matrimonial. Se trata de evitar desequilibrios al compensar al cónyuge que lo sufra. Por tanto, queda claro que el derecho a la compensación se genera como consecuencia de un desequilibrio económico interconyugal al empeorar la situación de uno de los cónyuges respecto de la situación matrimonial. Ese desequilibrio económico de un cónyuge puede corregirse bien fijando una pensión— ya sea esta de forma temporal o indefinida—, o mediante el pago de una única prestación.

Para fijar la citada compensación ha de existir previa petición de parte, al no poderse fijar de oficio por el juez. A falta de acuerdo de los cónyuges en la fijación de esa compensación en el correspondiente convenio regulador, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las circunstancias —criterios o módulos, datos establecidos *ad exemplum* que no son *numerus clausus*— que de forma casuística enuncia el propio artículo 97 del Código Civil, entre las que se encuentra "la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge". Por último, el mentado precepto dispone que en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

En los supuestos de separación y divorcio, el poder exigir una compensación económica, conforme al artículo 13 de la Ley 35/2011, equivale a tener presente nuevamente la circunstancia que ha servido

---

(10) MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario artículo 97", en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 207 y ss. PÉREZ MARTÍN, A. J., "Comentario al artículo 97 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 204 y ss.

para otorgar una compensación al cónyuge no titular de la explotación agraria, reconociendo y otorgando una segunda compensación, a añadir a la primera que se produjo en virtud de lo dispuesto en el artículo 90.f, que remite al artículo 97 del Código Civil, que prevé un derecho de compensación y para cuya determinación de su importe, tiene el juez ya en cuenta –a falta de acuerdo entre los cónyuges– la colaboración con el trabajo, del cónyuge que solicita la compensación, en las actividades “mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”. Por tanto, en tales supuestos de separación y divorcio se produciría un doble cómputo del trabajo realizado de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación. En primer lugar, para fijar la compensación del artículo 97 del Código Civil y en segundo lugar al reconocerse un derecho de compensación económica por razón de esa colaboración en la explotación agraria. En suma, se produce una doble compensación por un mismo concepto: el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria.

ii) Nulidad.

Para los supuestos de matrimonio putativo, el artículo 98 del Código Civil establece que “el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

La indemnización que el artículo 98 del Código Civil reconoce “no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de, en cierto sentido, una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no se ha consolidado en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización..., sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial...” (11).

---

(11) *Vide* la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, RJ 1002/2014. PÉREZ MARTÍN, A. J., “Comentario al artículo 98 del Código Ci-

La indemnización no es una pensión. La nulidad matrimonial, lejos de atribuir al cónyuge de buena fe un derecho a recibir una prestación periódica a cargo del cónyuge de mala fe, le otorga la facultad de recibir una cantidad a tanto alzado, atendiendo a las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código Civil, que suministran al juez una serie de criterios para fijar esa indemnización que solicite el cónyuge de buena fe.

Por otra parte, cabe que una vez que: a) se pida de forma expresa por uno de los cónyuges; b) que se declare la nulidad del matrimonio; c) que haya existido una efectiva convivencia conyugal entre los cónyuges después de celebrarse el matrimonio; d) probada la buena fe de uno de los cónyuges –ya que no procederá la indemnización si concurre buena fe de ambos– y, e) probado el desequilibrio entre los cónyuges, entonces, el cónyuge de buena fe que ha participado de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, puede solicitar al otro cónyuge de mala fe, titular de la explotación agraria, una indemnización.

Con esa indemnización –reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados–, con esa cantidad a tanto alzado ya se está compensando al cónyuge de buena fe por el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria de la explotación de titularidad del otro cónyuge. No hay que olvidar que entre los criterios que el propio juez ha tenido que utilizar para fijar la susodicha indemnización está, entre otras mencionadas en el artículo 97 del Código Civil, “la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”. Por tanto, en mi opinión, si al cónyuge de buena fe, además de la indemnización establecida en el artículo 98 del Código Civil, se le otorga otra compensación económica por parte del cónyuge titular de la explotación agraria o sus herederos, se le estaría compensando dos veces por el mismo concepto: a saber, colaboración con su trabajo en la explotación agraria del cónyuge de mala fe, esto es, el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria de la explotación agraria de su cónyuge de mala fe.

---

vil”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. Domínguez Luelmo, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 205 y ss.

b) Liquidación del régimen económico del matrimonio.

Analicemos seguidamente, en el caso de las personas casadas, los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio: sociedad de gananciales, separación y participación.

i) Liquidación de la sociedad de gananciales.

Pensemos en el supuesto de un matrimonio en régimen de gananciales, cuya explotación agraria figura a nombre del marido y en la que la mujer ha participado de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, sin recibir pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni se han acogido los cónyuges al régimen de titularidad compartida.

Son bienes gananciales, según el artículo 1347 de nuestro Código Civil (12): los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges y aun cuando uno solo de los cónyuges realice el trabajo o actividad que genera ingresos; vigente la sociedad de gananciales tendrán carácter ganancial los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales (13); los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, para uno solo de los esposos (14); los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando fueren con bienes privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho y por último, las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, teniendo presente que si a la formación de

---

(12) MORALEJO IMBERNÓN, N., "Comentario al artículo 1347 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1571 y ss. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., "Comentario al artículo 1347 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1488 y ss.

(13) No se ingresa en el haber común la totalidad de los frutos obtenidos, sino el rendimiento neto que queda tras deducir los gastos de la explotación.

(14) Téngase en cuenta que, conforme al artículo 1361 del Código Civil, los fondos empleados para la adquisición del bien se presumirán gananciales, salvo prueba en contrario. El artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario dispone para el caso de adquisición de inmuebles que, si no se acreditase que los fondos empleados para la adquisición eran privativos, el bien se inscribirá en el Registro a nombre del cónyuge o cónyuges adquirentes con carácter presuntamente ganancial.

la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 del Código Civil.

En el caso particular, único al que me refiero, de una explotación agraria establecida durante la vigencia de la sociedad de gananciales con fondos comunes, será ganancial, siendo indiferente que se funde por uno solo de los cónyuges o por ambos, teniendo la base económica de la explotación agraria carácter ganancial. Caso distinto, y al que no se refiere el precepto, es el de creación de una empresa con personalidad distinta de la de los socios, en cuyo caso "la aportación dará derecho a obtener las acciones o participaciones correspondientes, que tendrán naturaleza privativa o ganancial en función del carácter de la aportación, pero la sociedad creada no será en sí misma ni ganancial ni privativa" (15).

Según el artículo 1396 del Código Civil, disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará con un inventario del activo y pasivo de la sociedad. Precisamente, conforme al artículo 1398 del Código Civil, el pasivo está integrado, entre otras, por la partida de los derechos pendientes a cargo de la sociedad. Terminado el inventario se pagarán en primer lugar la deudas de la sociedad –artículo 1399 del Código Civil–. Pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros a cada cónyuge –artículo 1403– hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad. En suma, los pagos de los créditos que tengan los cónyuges frente al patrimonio común en concepto de indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento de la sociedad conyugal, se efectuarán después de que se hayan pagado las deudas y cargas de la sociedad a la que se refiere el artículo 1399 del Código Civil.

Hechas esas deducciones del caudal inventariado, pagadas las deudas y cargas de la sociedad, reembolsos e indemnizaciones a los patrimonios privativos, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá entre los cónyuges –artículo 1404 del Código Civil– división que se hará por mitad. Ahora bien, en el artículo 1406 del Código Civil se contempla un derecho de atri-

---

(15) Sentencia del Tribunal Supremo 18-9-1999, RJ 1999/6603. Sobre el artículo 1347 *vide* a MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Comentarios al Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1488 y ss.

bución preferente consistente en el derecho de cada cónyuge a que se incluya con preferencia en su haber, en principio y hasta donde este alcance, determinados bienes gananciales (16). Este derecho se justifica en no afectar gravemente, con una partición formalmente igualitaria, los intereses personales y así hacer posible la continuidad en la actividad profesional –que puede ser agraria– de los cónyuges. Precisamente entre los bienes susceptibles de atribución preferente señalados en los cuatro apartados del artículo 1406 se encuentra la explotación económica que se gestione efectivamente. Dentro de este supuesto se incluiría la explotación agraria, incluida en el artículo 1347.5 del Código Civil como bien ganancial y en cuya actividad organizativa y dirección participa el cónyuge. En el caso de que la explotación agraria sea gestionada por ambos cónyuges, en principio ninguno se vería favorecido por la atribución preferente.

Por otra parte, me parece criticable que solamente para los supuestos del artículo 1406, números tercero –local donde hubiese venido ejerciendo su profesión– y cuarto –en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual–, se permita que en el caso de que “el valor de los bienes o el derecho superara el del haber del cónyuge adjudicatario”, deba éste abonar la diferencia en dinero. Sería deseable que esta posibilidad se extendiese a todos los supuestos del artículo 1406, y por tanto también para el caso de la explotación agraria, de modo que el cónyuge pueda ejercitar el derecho de atribución sin límite cuantitativo, de forma que si sobrepasase el haber que le corresponde, pueda adjudicársele abonando la diferencia en dinero. En otro caso, de no ser así, se tendría que permitir pagar el suplemento en metálico si no admite la división material del objeto o explotación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 401, 821, 829, 1056.2 y 1062 del Código Civil.

En suma, si el cónyuge que participó con su trabajo, de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, ya participa por mitad en el haber de la sociedad de gananciales, esto es, en los beneficios de la explotación agraria, durante el tiempo de duración del régimen de gananciales, reconocerle un derecho a exigir la compensación en base al artículo 13 de la Ley 35/2011 supone

---

(16) MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., “Comentario al artículo 1406”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1549 y ss.

otra nueva compensación más, puesto que ya se le ha compensado al participar por mitad en el haber de la sociedad de gananciales. Acaso existe este derecho de nueva compensación para el otro cónyuge, para el titular de la explotación, el cual ha participado decisivamente y de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación y por cuyo trabajo no recibió más pago que la mitad del haber de la sociedad de gananciales.

Téngase presente además que, a efectos de la acreditación de ese trabajo efectivo, se presumirá en el caso de matrimonios cuyo régimen económico sea el de gananciales. Ante esta presunción *iuris tantum*, el cónyuge titular de la explotación que se oponga a la misma tendrá que probar que por parte del solicitante de la compensación no se ha participado de manera efectiva y regular en la actividad agraria en la explotación, o bien, que habiéndose producido esa participación se ha recibido un pago o contraprestación por el trabajo realizado.

ii) Liquidación del régimen de separación.

El régimen de separación de bienes es aquel en que cada cónyuge conserva la propiedad de todo lo suyo, pudiendo retener también la administración y el goce con absoluta independencia.

Nuestro Código Civil, al ocuparse del régimen de separación de bienes, dispone en el artículo 1438 que "los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos". Luego añade, "... el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación." El precepto se refiere a la contribución mediante recursos económicos, pero también es posible contribuir mediante el trabajo doméstico, al suponer menos gasto al matrimonio. En suma, el artículo 1438 de nuestro Código Civil está pensando en una compensación que representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que la mujer puede reclamar, haya o no obtenido el cónyuge ganancias durante el matrimonio, valoración de ese trabajo para la casa que debe ser hecha a tenor del sueldo que cobraría por prestarlo una tercera persona, si bien, se podría considerar el contravalor que representa el mantenimiento del cónyuge en el hogar.

El derecho a obtener una compensación –artículo 1438– trata de corregir compensando el exceso de contribución a las cargas



matrimoniales que uno de los cónyuges realiza mediante el trabajo doméstico, en relación con la aportación que ha realizado el otro cónyuge. Ese derecho a la compensación nace de la falta o insuficiencia de una remuneración de quien trabaja en el hogar y que motiva un enriquecimiento injusto que constituye el fundamento de la compensación –se produce un incremento patrimonial de uno derivado del defecto retributivo del otro.

Esta compensación es una norma de liquidación del régimen que procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos de ambos. Siendo la compensación una especial forma de liquidación del régimen de separación, en lo que se refiere a la contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio, no es incompatible con la pensión compensatoria correspondiente, si bien su abono debe tenerse presente a la hora de fijar esta compensación del artículo 1438 del Código Civil. Este precepto dispone que “los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. En suma, en relación con este derecho a percibir una compensación económica, el artículo representa una especie de corrector del régimen de separación de bienes que sirve para compensar el exceso de contribución a las cargas del matrimonio por parte del cónyuge que realiza el trabajo doméstico, en relación, claro está, con la contribución a las cargas del matrimonio que ha realizado el otro cónyuge. Para que nazca el derecho a obtener una compensación ha de existir una desigualdad patrimonial que resulte de la ausencia total o parcial de retribución del cónyuge que trabaja para la casa. Esta ausencia de retribución determina, en su caso, un enriquecimiento injusto que es la base de este derecho a obtener compensación (17). Pudiera parecer que en el precepto únicamente se contempla la dedicación del cónyuge a las labores del hogar, al cuidado de los hijos –artículo 103.3.<sup>a</sup> II del

---

(17) ARROYO I AMAYUELAS, E., “Comentario al artículo 1438 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1572 y ss.

Código Civil-. Sin embargo, por analogía, se puede entender incluido en ese apartado tercero del artículo 1438 el trabajo sin remunerar o insuficientemente remunerado de un cónyuge a la empresa (v. g. explotación agraria) del otro, puesto que de no ser así, habría que acudir a reclamar el enriquecimiento injusto (18).

En cuanto a la cuantía, constatada en el momento de la extinción del régimen, un desequilibrio patrimonial que implique enriquecimiento injusto debido al trabajo del otro cónyuge para la casa –o en su caso, v. g. para la explotación agraria de titularidad del otro cónyuge–, se debe tener en cuenta, en la determinación de la cuantía de la compensación, la duración e intensidad de la dedicación, en función de los años de convivencia y en el caso del trabajo doméstico, el que se haya cuidado hijos u otros familiares que convivan con los cónyuges.

En suma, los cónyuges en régimen de separación, que participan de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, que no reciben pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni se hayan acogido al régimen de titularidad compartida previsto en la Ley 35/2011, tendrán, según el artículo 13, derecho a una compensación económica. Se ha entendido el trabajo para la casa como el conjunto de actividades tales como ir a la compra, cocinar, limpiar, cuidado de los hijos..., por lo que no parecería estar incluido en el artículo 1438 del Código Civil el trabajo sin remunerar o con remuneración insuficiente de un cónyuge en la actividad empresarial o profesional del otro. Ahora bien, por analogía se debe entender incluida dicha hipótesis en el susodicho precepto. Por tanto, en el artículo 1438 comprendería, a efectos de determinación de la cuantía de la compensación, la participación de la mujer de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación agraria. Insiste nuevamente en ello el artículo 13 de la Ley 35/2011, que ve en el trabajo de la mujer no remunerado un supuesto análogo a la institución jurisprudencial francesa del "salario diferido", en la medida que ese trabajo excede del deber de asistencia entre cónyuges y del deber de contribución a las cargas del matrimonio que el artículo 1438 de nuestro Código Civil señala como deber de los cónyuges. Si la colaboración que realiza la mujer con su trabajo efectivo y regular en la ac-

---

(18) Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 17-3-2004, AC 2004/1382; sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 30-6-2005, JUR 2005/186060.

tividad agraria de la explotación agraria de titularidad de su marido, se considera al margen del deber de contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio, se realiza su compensación, ya antes de la Ley 35/2011, acudiendo al principio general de la prohibición del enriquecimiento injusto. Si ahora se realiza otra compensación, se habrá compensado nuevamente por una misma circunstancia a través de lo preceptuado en su artículo 13 y siguientes de la Ley 35/2011.

En cuanto al pago y la cuantía de esa compensación del artículo 1438 del Código Civil, aquel se efectuará en metálico, en bienes o con la constitución de un derecho real. Preferentemente la compensación tendrá lugar en un solo pago –pago único– inmediatamente exigible, si bien cabe que las partes puedan pactar sobre la cuantía, sobre la posibilidad de fraccionarlo en plazos, forma y cuantía de la compensación.

El derecho a la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil no cubre la necesidad del cónyuge, ya que para eso está la pensión compensatoria que le corresponda, en su caso, al cónyuge, si bien para la fijación de la pensión compensatoria tendremos que tener presente la cuantía de la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, ya que ambas son compatibles (19).

iii) Liquidación del régimen de participación.

El artículo 1411 del Código Civil (20) dispone que cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente. El importe del crédito de participación se fundamenta en la diferencia entre los patrimonios final e inicial de cada cónyuge. El importe del crédito de participación se hace líquido y a partir de entonces cuenta con un plazo de prescripción de 15 años –artículo 1964 del Código Civil–. Así, según el artículo 1427 de nuestro Código Civil, “el cónyuge cuyo patrimonio haya

---

(19) Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de noviembre de 1999, AC 1999/2379. Precisamente por no tener la compensación económica componente alimenticio, puede ser válida su renuncia que conste de manera explícita e inequívoca.

(20) Sobre este artículo y los siguientes *vide* a ÁLVAREZ OLAYA, P., “Comentario de los artículos 1411 a 1444 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2001, pp. 1634 y ss.

experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge". Más, si solo uno de los patrimonios arroja resultado positivo, el derecho de participación "consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento" –artículo 1428 del Código Civil–. Por tanto, la participación es solo en las ganancias, no en las pérdidas. Así, si el patrimonio de uno de los cónyuges presenta un saldo positivo y el del otro negativo, este último tendrá derecho a la mitad del incremento obtenido por el primero, o en su caso, al porcentaje que pactaren. Por último, si ningún patrimonio experimenta incremento, no existirá participación entre los cónyuges. Si el régimen se hubiere extinguido por nulidad, habiendo sido declarado cónyuge de mala fe el que ha experimentado un incremento menor, no podrá participar en las ganancias del consorte –artículos 95 y 1415 del Código Civil.

Además, los créditos que uno de los cónyuges tenga frente a otro –según el artículo 1426 del Código Civil– "por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor". Entre los créditos a incluir en uno y otro patrimonio se encuentra el crédito que puede surgir de la liquidación del deber de contribuir a las cargas del matrimonio para compensar el exceso de contribución a las mismas por parte del cónyuge que realiza el trabajo doméstico, en relación, claro está, con la contribución a las cargas del matrimonio que ha realizado el otro cónyuge. En el caso de que la contribución real no haya respetado la regla de la proporcionalidad, nacerá un derecho de crédito a favor del cónyuge que aportó más de lo debido. Para que nazca el derecho a obtener una compensación –a tenor de lo dispuesto en el artículo 1413 y 1438 del Código Civil– ha de existir una ausencia total o parcial de retribución del cónyuge que trabaja para la casa. Esta ausencia de retribución determina, en su caso, un enriquecimiento injusto que es la base de este derecho a obtener compensación (21). Pudiera parecer que en el precepto únicamente se contempla la dedicación del cónyuge a las labores del hogar, al

---

(21) ARROYO I AMAYUELAS, E., "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1572 y ss.

cuidado de los hijos –artículo 103.3.<sup>a</sup> II del Código Civil–. Sin embargo, por analogía, se puede entender incluido el trabajo sin remunerar o insuficientemente remunerado de un cónyuge a la empresa (v. g. explotación agraria) del otro, puesto que de no ser así, habría que acudir a reclamar el enriquecimiento injusto.

En suma, si la persona casada ha realizado trabajos participando de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, y no se le ha remunerado, ya participa, al liquidarse el régimen de participación, en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen ha estado vigente y puede obtener una compensación. No queda claro por qué hay que compensar económicamente, de manera reiterada, por razón de una colaboración que ha sido compensada participando ya en el incremento del patrimonio del otro cónyuge titular de la explotación durante el tiempo en que dicho régimen ha estado vigente mediante la oportuna compensación.

## VI.2. CUANTÍA Y PAGO DE LA COMPENSACIÓN

El párrafo primero del artículo 14 establece que “para el cálculo de la compensación se tendrá en cuenta el valor real de la explotación agraria, el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria y la valoración de la actividad en el mercado, extremos que se probarán con los medios de prueba admitidos en derecho”.

Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto legal añade que “la compensación será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge o miembro de la pareja de hecho”. Por tanto, el derecho a exigir y obtener la compensación económica al otro cónyuge titular de la explotación agraria o a sus herederos, es compatible con la compensación en los supuestos de separación y divorcio –indemnización en el caso de la nulidad matrimonial–, así como la participación, en caso de liquidación del régimen económico del matrimonio, en la sociedad de gananciales, la compensación en el régimen de separación y en el régimen de participación de las ganancias de su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente, lo que, en mi opinión, no deja de ser un doble cómputo o una doble vía compensatoria: la prevista en nuestro Código Civil en los supuestos aludidos y la del artículo 13 y siguientes de la Ley 35/2011.

Por último, señalar que el apartado tercero del artículo 14 señala que la compensación se satisfará preferentemente en un solo pago, sin perjuicio de lo que las partes puedan pactar sobre la cuantía, forma, plazos y garantía para el pago de la compensación. Se admite pues la autonomía de la voluntad, facultando a las partes para pactar de manera distinta a lo establecido en el precepto lo referido a la cuantía, forma, plazos y garantía para el pago de la compensación.

En este mismo sentido, cabe defender que el artículo 13 y siguientes de la Ley 35/2011 otorga el derecho a exigir una compensación –tendría que exigirse por el interesado sin que se pueda apreciar de oficio por el juez– por el tiempo efectivo y la real colaboración de la mujer en la actividad agraria de la explotación agraria de titularidad del otro cónyuge. Compensación que puede calcularse en base a un jornal, un sueldo que cobraría por prestar ese trabajo realizado por una tercera persona.

La Ley deja a los cónyuges autonomía para fijar la correspondiente compensación económica, siendo la intervención judicial subsidiaria –artículo 14 de la Ley 35/2011– y cuya percepción no se relaciona con ningún estado de necesidad, ni con la pérdida de ningún *status* económico en razón a la disolución del vínculo, ni con la posición social del obligado a abonarla.

### VI.3. PLAZO DE RECLAMACIÓN

La acción para reclamar el pago de la compensación –artículo 15 de la Ley 35/2011– prescribirá a los cinco años, contados desde el cumplimiento de los supuestos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio por cualquiera de las causas previstas en el artículo 85 del Código Civil o de análoga relación de afectividad por separación, nulidad o muerte, o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho.



# EL PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD EN LA SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

**José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Valencia

**Resumen:** En el presente trabajo se analiza la aplicación del principio de propinquidad en la sucesión de los títulos nobiliarios, delimitándose su alcance en relación con los distintos órdenes sucesorios, en particular, en el transversal, distinguiéndose, según se trate de colaterales que entronquen con el primer concesionario de la merced o, por el contrario, colaterales que no desciendan de él, en cuyo caso, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, excluyéndose el juego del derecho de representación. Se analizan también cuestiones relativas a la aplicación del principio de propinquidad en los expedientes administrativos de sucesión en títulos nobiliarios, como es la relativa a la prueba del mejor derecho a poseer del solicitante.

**Palabras clave:** Sucesión. Títulos nobiliarios. Línea colateral. Propinquidad. Derecho de representación.

**Abstract:** This paper presents an analysis of the application of the principle of propinquity in the succession of nobility titles, within the limits of the relationships between the different orders of succession, especially transverse succession, differentiating between collateral relative descendants of the first owner of the title and non-descendants, in which case the closest relative excludes the more distant relatives, thus excluding the right to representation. Questions relating to the application of the principle of propinquity in the administrative process of successions of nobility titles are also analyzed, for example the proof of the best right to succession.

**Key words:** Succession. Nobility titles. Collateral relatives. Propinquity. Right to representation.



## SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN
  1. Orden sucesorio descendiente
  2. Orden sucesorio ascendiente
  3. Orden sucesorio colateral
    - A) Colaterales del último poseedor, descendientes del primer concesionario
    - B) Colaterales del último poseedor, no descendientes del primer concesionario
- II. LA AMBIGÜEDAD DE LA LEGISLACIÓN
- III. LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL ART. 5 DEL DECRETO DE 4 DE JUNIO DE 1948
  1. La etapa de confusión
  2. La consolidación definitiva de la negación del derecho de representación en el orden colateral respecto de parientes no descendientes del primer concesionario
- IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD EN LA SUCESIÓN TRANSVERSAL
  1. Los colaterales deben serlo, no solo del último poseedor, sino también del primer concesionario
  2. El grado se computa respecto del último poseedor legal del título
  3. Para el cómputo del grado se tienen en cuenta los colaterales que vivieran al tiempo de la muerte del último poseedor, y no al tiempo del litigio
  4. El principio de representación juega en la sucesión de los descendientes del colateral más próximo al último poseedor
- V. EL PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD EN LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE SUCESIÓN EN TÍTULOS NOBILIARIOS

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN

En una primera aproximación, podemos decir que el principio de propinquidad significa que, en la sucesión de los títulos nobiliarios,

el pariente más próximo en grado excluye al pariente de grado más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea (1).

Así, por ejemplo, en el orden sucesorio descendiente, dentro de los parientes de la línea encabezada por el primogénito, el hijo (primer grado) es preferido al nieto (segundo grado); en el orden sucesorio ascendiente, el padre (primer grado) es preferido al abuelo (segundo grado); y en el orden sucesorio colateral, el tío (tercer grado) es preferido al primo hermano (cuarto grado).

Dicho principio se supedita a otros criterios de aplicación prevalente.

a) El principio de propincuidad se subordina, ante todo, al primer criterio prevalente en la transmisión "mortis causa" de los títulos nobiliarios, esto es, el de orden sucesorio, según el cual la sucesión se defiere, en primer lugar, a los descendientes; en su defecto, a los ascendientes; y, si tampoco los hubiere, a los colaterales (2).

b) Pero el principio de propincuidad también cede ante la aplicación del principio de representación, en virtud del cual ciertos parientes tienen derecho a ocupar en la sucesión del título nobiliario la posición que hubiera correspondido a un ascendiente, si este hubiera vivido al tiempo del fallecimiento del último poseedor de la merced, por lo que los pertenecientes a la línea anterior, encabezada por el primogénito, excluyen a los pertenecientes a la línea posterior, encabezada por el segundogénito.

Por lo tanto, antes de entrar en el estudio del principio de propincuidad, es necesario clarificar en qué supuestos se aplica el principio de representación, debiendo distinguirse, a estos efectos, entre cada uno de los órdenes sucesorios.

Huelga decir que, tras la Ley 33/2006, de 30 de octubre, se suprimió el principio de masculinidad, acabando, así, con el secular principio de primacía del varón sobre la mujer. Por lo tanto, el sexo no juega ya ningún papel en la sucesión de los títulos nobiliarios.

Así mismo, es claro que lo que aquí se expondrá se refiere a la sucesión regular, la cual tiene lugar cuando en el título de concesión de las mercedes nobiliarias no existieren previsiones sucesorias di-

---

(1) V., entre otras muchas, SSTS 8 abril 1972 (RJ 1972, 1664) y 20 junio 1987 (1987, 4540).

(2) V. así, respecto de este indiscutible criterio, entre otras muchas, SSTS 8 abril 1972 (RJ 1972, 1664) y 20 junio 1987 (1987, 4540); y en la jurisprudencia de instancia, SAP Madrid 1 septiembre 2000 (JUR 2002, 62053).

versas sobre el orden de suceder, pues, en este caso (sucesión irregular) se aplicaría lo determinado en dichas previsiones.

## 1. ORDEN SUCESORIO DESCENDIENTE

Es indiscutido que el principio de representación juega en el orden sucesorio descendiente (3), en combinación con el principio de primogenitura (4) o de preferencia de la línea encabezada por el hijo de mayor edad (5).

Así, si el último poseedor del título, "A", tuvo tres hijos, son llamados, en primer lugar, los parientes de la línea encabezada por el primogénito, "B" (primera línea); en segundo lugar, de no existir aquellos, los parientes de la línea del segundo hijo, "C" (segunda línea); y, en último lugar, si tampoco los hubiere, los parientes de la línea del tercer hijo, "D" (tercera línea).

Así, si "A" fallece después de su hijo "B", dejando este último, a su vez, un hijo, "E", este representa a su padre premuerto, por lo que es llamado a la sucesión de su abuelo con preferencia a sus tíos; y ello a pesar de que "C" y "D" (hijos supérstites de "A") sean parientes en primer grado, porque, aunque "E" (nieto) sea pariente en segundo grado, no obstante, pertenece a la línea anterior, encabezada por el hijo primogénito.

---

(3) El reconocimiento del derecho de representación en la línea recta descendente no ha suscitado ninguna controversia, siendo unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. V. en este sentido SSTs 8 marzo 1919 (JC 1919, 86), 8 abril 1972 (RJ 1972, 1664), 20 junio 1987 (1987, 4540), 13 octubre 1996 (RJ 1996, 7512) y 15 diciembre 2009 (RJ 2010, 289), como también en la jurisprudencia de instancia, SSAP Madrid 1 septiembre 2000 (JUR 2002, 62053) y 10 marzo 2009 (AC 2009, 898).

(4) V. así, entre otras muchas, STS 20 junio 1987 (1987, 4540) y 15 diciembre 2009 (RJ 2010, 289).

(5) A este respecto es clara la Ley II, Título XV, Partida II, que, al referirse al orden de suceder en la Corona (que, según veremos más adelante, la jurisprudencia actual considera aplicable en la sucesión de las dignidades nobiliarias), dice, entre otras cosas, lo siguiente: "Como el fijo mayor ha adelantamiento, e mayoría sobre los otros sus hermanos [...] que nascen después dél [...] los omes sabios e entendidos [...] touieron por derecho que el señorío del Reyno non lo ouiesse, si non el fijo mayor después de la muerte de su padre [...] si el fijo mayor [del soberano] muriesse antes que heredasse, se dexasse fijo, o fija, que oviesse [el reino], e non otro ninguno".

Por lo tanto, en el orden sucesorio descendiente el principio de propinquidad solo se aplica en relación a parientes de la misma línea. Pensemos que, al tiempo del fallecimiento de "A", "E" tuviera, a su vez, un hijo, "F". En este caso, es claro que, perteneciendo ambos a la línea encabezada por el primogénito, la preferencia correspondería a "E", por ser este el pariente más próximo de "A", es decir, su nieto (segundo grado), mientras que "F" sería su biznieto (tercer grado).

## 2. ORDEN SUCESORIO ASCENDIENTE

Es igualmente indiscutido que el principio de representación no juega en el orden sucesorio ascendiente, por lo que, en este caso, no limita la aplicación del principio de propinquidad (6).

Así, ya la STS 8 marzo 1919 (7) afirma que "el derecho de representación sólo da en la línea [en el sentido de orden sucesorio] recta descendente y en la transversal [colateral], pero no [...] en la ascendiente" (8).

En consecuencia, si el último poseedor del título, "A", muere dejando una madre, "C", y una abuela paterna, "D", el pariente más próximo excluye al más remoto, siendo indiferente que el padre premuerto "B" tuviera más edad que "C", pues, a diferencia de lo que acontece en el orden sucesorio descendiente, no existe aquí preferencia entre líneas por la razón de la edad de las personas que las encabezan.

## 3. ORDEN SUCESORIO COLATERAL

Cuando fallece el último poseedor del título nobiliario sin dejar descendientes (ni ascendientes), son llamados a suceder los parientes colaterales, en cuyo caso hay que distinguir, según que los mismos desciendan, o no, del primer concesionario o fundador de la merced.

---

(6) En este sentido, es de observar que, ni la Ley II, Título XV, Partida II, ni la Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615 (incluida como Ley IX, Título XVII, Libro X de la Novísima Recopilación) se refieren al derecho de representación en el orden sucesorio ascendiente, a diferencia de lo que acontece respecto al orden sucesorio descendiente y colateral.

(7) STS 8 marzo 1919 (JC 1919, 86).

(8) V. en el mismo sentido STS 10 abril 1928 (JC 1928, 17).

### **A) Colaterales descendientes del primer concesionario**

Si los parientes colaterales del último poseedor de la merced descienden del primer concesionario de la misma, es indiscutida la vigencia del principio de representación (9), al que se supedita la aplicación del principio de propinuidad (10).

Pensemos que el último poseedor del título nobiliario, "A", fallece sin descendientes y ascendientes, sobreviviéndole un sobrino, "D", hijo de un hermano premuerto, "B", y otro hermano, "C", más joven que "B".

"D" será llamado a suceder, por derecho de representación, en lugar de su padre, "B", porque, al ser este el hermano de mayor edad de "A", la línea encabezada por él es la preferente; y ello a pesar de que se trate de un pariente de grado tercero (sobrino), mientras que su tío, "C", está en segundo grado (hermano).

### **B) Colaterales no descendientes del primer concesionario**

La claridad desaparece cuando los parientes colaterales del último poseedor del título nobiliario no descienden del primer concesionario del mismo, porque aquel tampoco descendía de este, en cuyo caso se discute si el principio de representación condiciona la aplicación del principio de propinuidad.

Imaginemos un caso sencillo: el concesionario de la merced, "A", fallece sin descendencia, sucediéndole en el título (a falta de ascendientes) su tío, "B", que tiene dos hermanos, "C" y "D", siendo este menor que aquel.

En el momento de la muerte de "B" (último poseedor del título), sobreviven "E", hijo de "C" (el hermano mayor), y "D" (el hermano menor).

---

(9) V. en este sentido SSTS 8 marzo 1919 (JC 1919, 86) y 10 abril 1928 (JC 1928, 17), como también SAP Madrid 10 marzo 2009 (AC 2009, 898).

(10) A este respecto, es clara la Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615 (recogida como Ley IX, Título XVII, Libro X, de la Novísima recopilación), en la que se dice lo siguiente: "declaramos y mandamos que en la sucesión de los mayorazgos, vínculos, patronazgos y aniversarios de que aquí en adelante se hicieren, así por ascendiente como por transversales o extraños [...] se suceda por derecho de representación de los descendientes a los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas [...] si no es que el fundador hubiera dispuesto lo contrario".

a) Si se admite el principio de representación, "E" será preferido a "D", por pertenecer aquel a la línea encabezada por el hermano de mayor edad premuerto, "C".

b) Si, por el contrario, se excluye el principio de representación y, en consecuencia, se aplica, simplemente, el principio de propinquidad, "D" será llamado con preferencia, por ser el pariente más próximo, al ser hermano de "B" (segundo grado), mientras que "E" es el sobrino (tercer grado).

El objeto de este trabajo es explicar cómo resuelve dicha cuestión la jurisprudencia y determinar, por consiguiente, cómo aplica el principio de propinquidad.

## II. LA AMBIGÜEDAD DE LA LEGISLACIÓN

La falta de claridad en la cuestión que nos ocupa resulta de la ambigüedad de la legislación sobre la materia.

En efecto, el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, que desarrolla la Ley de 4 de mayo de 1948, sobre Grandezas y Títulos nobiliarios, afirma que "El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia".

El precepto plantea un problema interpretativo, consistente en precisar cuál es el orden de suceder "tradicionalmente [...] seguido en la materia" (11).

A este respecto, dos son las posiciones (defendidas ambas por autorizados sectores de la doctrina científica):

a) La primera posición es la que considera que el orden de suceder al que se refiere el precepto es el establecido en las Leyes de

---

(11) Lo constata la STS 13 octubre 1993 (RJ 1993, 7512), la cual observa que "El orden de suceder viene marcado por la Ley de 1948, que al restaurar las mercedes respetó la naturaleza de éstas así como el rango de primera norma a lo establecido por la voluntad del instituyente [...] y sólo en su defecto debe acudir para regular la sucesión al orden tradicional seguido en la materia. Aquí radica la cuestión medular del pleito: determinar cuál sea el orden tradicional en la materia, si el de la Corona recogido en las Partidas o el de los Mayorazgos establecido en las Leyes de Toro".

Toro para la sucesión regular en los mayorazgos (12), las cuales establecen el derecho de representación, "siempre", tanto en el orden descendiente como en el colateral o transversal, al que, por tanto, parece subordinarse, en todo caso, la aplicación del principio de propinquidad, con independencia de que los colaterales llamados a suceder sean o no descendientes del fundador.

Así, la Ley XL de Toro, tras establecer el principio de representación en el orden descendiente, añade: "lo cual no solamente mandamos que se guarde y platique en la sucesión del mayorazgo á los ascendientes, pero aún en la sucesión de los mayorazgos á los transversales; de manera que siempre el fijo y sus descendientes legítimos por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan sucedido en los dichos mayorazgos; salvo que otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyó [esto es, las reglas de la sucesión irregular]".

La Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615 (recogida como Ley IX, Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación) confirma la interpretación de la Ley XV de Toro, según la cual el principio de representación juega también en la sucesión de colaterales no descendientes del fundador del mayorazgo.

Se ordena, así, que en "la sucesión de los mayorazgos, [...] así por ascendientes como por transversales ó extraños [...] se suceda por representación [...] sino es que el fundador hubiere dispuesto lo contrario [...] lo qual se guarde sin distincion ni diferencia alguna, no solamente [...] y no solo en los transversales al ultimo poseedor, sino también en los que lo fueren del instituidor".

b) La segunda posición es la de entender que el orden a que se refiere el precepto es el determinado en Las Partidas para suceder

---

(12) V. en este sentido, por ejemplo, TABOADA ROCA, M.: *Estudios de Derecho nobiliario*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, p. 727, y VALTERRA FERNÁNDEZ, L.: *Derecho nobiliario español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pp. 140-142; más recientemente, LÓPEZ VILAS, R. y MARTELO DE LA MAZA, M.: *El nuevo Derecho nobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 72-80, que, con amplios argumentos, se pronuncian en favor de la tesis de la aplicación de la Ley 40 de Toro, si bien reconociendo ser otra la posición de la actual jurisprudencia.

en la Corona de Castilla (13), las cuales prevén que, extinguido el linaje del monarca, se llame a suceder al pariente más próximo del soberano fallecido, omitiendo, para tal supuesto, toda referencia al principio de representación, lo que se interpreta como una tácita exclusión del mismo (ya que sí existe una expresa referencia a dicho principio en el orden sucesorio descendiente).

Concretamente, en la Ley II, Título XV, Partida II, se dice lo siguiente: "per escusar muchos males [...] los omes sabios e entendidos [...] touieron por derecho que el señorío del Reyno non lo ouiesesen, si non el fijo mayor después de la muerte de su padre [...] si el fijo mayor [del soberano] muriesse antes que heredasse, se dexasse fijo, o fija, que oviesse [el reino] e non otro ninguno [reconocimiento, pues, del derecho de representación]. Pero si todos estos [es decir, hijos y respectivos descendientes] falleciesen deue heredar el Reyno el mas propinco pariente que ouiesse [principio de propinquidad]".

### III. LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL ART. 5 DEL DECRETO DE 4 DE JUNIO DE 1948

La jurisprudencia ha tenido una posición oscilante acerca de la interpretación del art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948.

#### 1. LA ETAPA DE CONFUSIÓN

Durante décadas, la jurisprudencia mantuvo una posición confusa, sosteniendo la mayoría de las veces la aplicación de Las Partidas (14), pero otras, la de las Leyes de Toro, con las consiguientes

---

(13) En este sentido la doctrina moderna, sin duda influida por la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, como, por ejemplo, PERALTA CARRASCO, M.: *La sucesión "mortis causa" de los títulos nobiliarios*, Comares, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 244 y ss.; y DE PRADA RODRÍGUEZ, M.: *Tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 131 y ss.

(14) En este sentido se orienta la antigua STS 8 marzo 1919 (JC 1919, 86), que afirma que "para explicar la representación de los ascendientes no hay por qué atender a la preferencia de línea –que en colateral [...] no establece ninguna ley positiva– ni mantener en ella, mientras no se extinga, derecho alguno dimanante de la misma, puesto que la circunstancia del



consecuencias, en orden al reconocimiento, o no, del derecho de representación en la sucesión de los parientes colaterales no descendientes del primer concesionario de la merced.

a) La STS 17 octubre 1984 (15), así, entre otras muchas, se inclinó por la aplicación de Las Partidas y del principio de propinquidad, excluyendo, pues, la aplicación del principio de representación (16).

Dice, así, que, "con arreglo a tal principio de propinquidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido la descendencia".

En consecuencia, "cuando se han extinguido las líneas directas de sucesión del concesionario y de los demás poseedores legales del título, sólo importa la relación consanguínea con aquél, que es la base del derecho, y la consanguinidad también con el último poseedor legal de la merced, cuya proximidad es la determinante del mejor derecho [...] pues si bien cuando se trata de sucesiones en línea descendente opera la calidad de la línea y la mejor desplaza a la peor, en cambio ese criterio de preferencia lineal desaparece cuando se han extinguido aquellas líneas descendentes y se trata de determinar el derecho al título entre parientes colaterales del último poseedor que a la vez lo sean del primero" (17).

Rechaza, por lo tanto, la aplicación de los "antecedentes de la legislación histórica referentes a los mayorazgos invocados de ordinario para postular la representación en la rama colateral, como son la

---

parentesco más próximo, no con el fundador, sino con la última poseedora, basta y es suficiente para que el vizcondado de Villandrado se transporte a línea secundaria en beneficio de parientes transversales [...] principio de propinquidad que prevé el último precepto de la Ley 2.<sup>a</sup>, tít. XV de la partida 2.<sup>a</sup> y único aplicable cuando se ha extinguido o no ha llegado a existir, como acontece en este caso, la descendiente".

(15) STS 17 octubre 1984 (RAJ 1984, 4895).

(16) V. así SSTS 16 noviembre 1961 (RJ 1961, 3656), 5 octubre 1962 (RJ 1962, 3601), 4 junio 1963 (RJ 1963, 2998), 31 diciembre 1965 (RJ 1965, 6007), 29 noviembre 1967 (RJ 1967, 4866) y 14 abril 1984 (RJ 1984, 1946).

(17) Se reproducen literalmente los considerandos de la STS 31 diciembre 1965 (RJ 1965, 6007).

Ley XL de Toro, que pasó a integrar la V, Título XVII de la Novísima Recopilación [...] y la Real Pragmática de cinco de abril de mil seiscientos quince”, afirmando constituir “doctrina legal que inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propincuo pariente del último poseedor”.

b) Por el contrario, la STS 20 junio 1987 (18), que parecía estar llamada a fijar la jurisprudencia sobre la materia, acogió la tesis de que el orden tradicional de suceder era el establecido para los mayorazgos en la Ley XV de Toro (19).

Dice, así, que el orden tradicional de suceder a que se refiere el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 “no es otro que el que rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de la Leyes de Toro (1505), que por primera vez reconocen y regulan esta institución (Leyes 27 y 40 a la 46) de forma distinta a como lo hicieron las Partidas para la sucesión a la Corona, supuesto que aquéllas permiten que el fundador establezca el orden sucesorio y las condiciones que tenga por conveniente, cuya voluntad será ‘ley en la materia’, y para el caso de no disponer nada al respecto al citado orden, se aplican los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales, perfilándose así un orden totalmente distinto al regulado en la Ley de Partidas”.

Más adelante añade: “El derecho de representación –que como cuestión de fondo plantea el recurso– opera, sin distinción ni salve-

---

(18) STS 20 junio 1987 (1987, 4540).

(19) La STS 5 julio 1960 (RJ 1960, 2620), aplicando la Ley 40 de Toro consideró “reiterada nuestra jurisprudencia, en el sentido de negar el derecho de representación en la línea recta ascendente, descendente, reservándolo, tan sólo, para la descendiente y colateral”.

La 8 abril 1972 (RJ 1972, 1664) consideró que el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 se refería a la Ley 40 de Toro. Afirma, así: “consiguientemente, si no existe o no se conoce un orden especial que venga impuesto por la Carta de sucesión, o por una vinculación irregular, la sucesión en el título de Conde de Barreto deberá seguir el orden establecido para los mayorazgos regulares en la Ley XL de Toro”. No obstante, si bien aplicó el derecho de representación, se trataba de un caso de sucesión en el que contendían parientes en línea recta descendente, reconociendo preferencia al demandante por pertenecer a la línea encabezada por su tercer abuelo, el cual tenía mayor edad que el tercer abuelo del que descendía el demandado (los terceros abuelos eran hermanos entre sí).

dad alguna, tanto en las líneas rectas descendientes del fundador o concesionario, como en las colaterales del mismo, por disponerlo así la Ley 40 de Toro, interpretada y aclarada por la Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615, incluida como la Ley 9-17-10 de la Novísima Recopilación, la cual ordena que 'en la sucesión de los mayorazgos... se suceda por representación de los descendientes a los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos..., lo cual se guarde sin distinción ni diferencia alguna, no solamente en la sucesión de los mayorazgos a los transversales, y no sólo a los transversales al último poseedor, sino también a los que fueren del instituidor'".

En consecuencia, el Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida, al haber negado esta la aplicación del derecho de representación en las líneas colaterales del concesionario de la merced, incurriendo, así, en violación de la Ley XL de Toro y de la Ley IX, Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación.

## 2. LA CONSOLIDACIÓN DEFINITIVA DE LA NEGACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN EN EL ORDEN COLATERAL RESPECTO DE PARIENTES NO DESCENDIENTES DEL PRIMER CONCESIONARIO

La STS 13 octubre 1993 (20) volvió a pronunciarse en favor de la tesis de que el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 se refería al orden de suceder en la Corona de Castilla establecido en Las Partidas y, en consecuencia, excluyó la aplicación del principio de representación en el orden colateral respecto de parientes que no estuviesen dentro de la descendencia del primer concesionario.

Así, retomando otros pronunciamientos judiciales anteriores, favorables a esta tesis, afirma que se "reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes"; y, más adelante, que "el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales 'sucederá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia' (Ley 2.ª del Título XV de la

---

(20) STS 13 octubre 1993 (RJ 1993, 7512).

Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al 'primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra' (Ley 5.<sup>a</sup>, Título I, Libro III)".

La sentencia rechaza que pueda excluirse el juego del principio de propinquidad, "por la aplicación del Código Civil que establece que la representación en línea colateral se da sólo en favor de los hijos de hermanos y que no hay sucesión legítima más allá del cuarto grado colateral, pues a los títulos nobiliarios no pueden aplicarse normas sucesorias del Código Civil".

Numerosas sentencias posteriores han seguido, de modo invariable, esta orientación, que, por lo tanto, ya ha de considerarse consolidada (21), por lo que puede afirmarse que en la sucesión transversal de colaterales del último poseedor, que, a su vez, lo fueren del primer concesionario de la merced, no rige el principio de representación, sino, exclusivamente, el de propinquidad, por lo

---

(21) Así, por ejemplo, la STS 16 noviembre 1994 (RJ 1994, 8839) revocó la sentencia recurrida, que, aplicando la Ley 40 de Toro, había reconocido el derecho de representación en la línea colateral (considerando preferente un pariente colateral que se hallaba en grado diecinueve, a otro de grado veinte).

Expone, así, que, salvo "la Sentencia de 20 junio 1987 que, en cuanto única, carece de idoneidad para formar jurisprudencia, es doctrina uniforme, reiterada y consolidada de esta Sala, que aquí se mantiene y ratifica, la de que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la 'propinquidad' y no por el de la representación".

La STS 2 octubre 1995 (RJ 1995, 8180) considera ser el criterio predominante en la jurisprudencia "que la propinquidad excluye la representación"; y añade: "Es evidente [...] que en la sucesión de la línea colateral rige el principio de la propinquidad en su sentido más puro o estricto. Se trata de determinar la proximidad de grado con el fundador, o el último poseedor legal [...] El mejor derecho al uso y disfrute del título nobiliario arranca del último poseedor legal de él, con preferente derecho cuando se le concedió, y la consanguinidad con el mismo de las personas que lo pretendan o discutan".

Posteriormente, la STS 7 mayo 1996 (RJ 1996, 3780) confirmó ser doctrina jurisprudencial que "inexistente o extinguida la línea descendente, cesa el principio de representación, con lo que la dignidad se defiende por propinquidad" (al pariente colateral más próximo en grado).

que será preferido el pariente de grado más próximo (y si hubiere varios, el de mayor edad) (22).

La STS 30 diciembre 2004 (23) afirma, así, que, "tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador o beneficiario, no opera en su beneficio la representación, sino la proximidad de grado"; en consecuencia, consideró que tenía mejor derecho el pariente más próximo al último poseedor legal, quien había adquirido el título por usucapión.

Más recientemente, las SSTS 19 noviembre 2009 (24) y 10 enero 2011 (24 bis) observan que "Agotada la línea regular de sucesión por no existir descendientes directos del fundador o concesionario, la jurisprudencia viene entendiendo que la sucesión de los títulos se rige por el principio de propinquidad, en virtud del cual el título se difiere al pariente del último poseedor más próximo en grado a él, sin tener en cuenta la preferencia de líneas ni el derecho de representación derivado de ella" (25).

La STS 15 diciembre 2009 (26) resolvió un litigio en el que el actor reclamaba contra su padre, que había renunciado al título, y

---

(22) V. también, en la jurisprudencia de instancia, SSAP Madrid 1 septiembre 2000 (JUR 2002, 62053), Sevilla 21 julio 2003 (JUR 2003, 219903), Madrid 13 junio 2005 (JUR 2005, 186908), Madrid 10 marzo 2009 (AC 2009, 898), Sevilla 12 abril 2010 (JUR 2010, 372694) y Murcia 3 noviembre 2011 (JUR 2011, 406967); y en la jurisprudencia contenciosa a propósito de expedientes administrativos de sucesión en títulos nobiliarios, SSAN 28 marzo 2000 (RJCA 2000, 962) y 31 octubre 2002 (JUR 2006, 282892).

La excepción viene dada por la SAP 6 abril 2009 (JUR 2010, 281127), que, extrañamente, en contra de la doctrina claramente sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que el orden regular de la sucesión en los títulos nobiliarios se contiene en las Leyes de Toro.

(23) STS 30 diciembre 2004 (RAJ 2005, 411).

(24) STS 19 noviembre 2009 (PROV 2010, 42810).

(24 bis) STS 10 enero 2011 (RJ 2012, 1777).

(25) La STS 22 octubre 2009 (RJ 2010, 82) expone que "es doctrina consolidada de esta Sala la de que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la propinquidad y no por el de la representación". V. en el mismo sentido SSTS 10 enero 2011 (RJ 2012, 1777) y 20 julio 2011 (RJ 2011, 6130).

(26) STS 15 diciembre 2009 (RJ 2010, 289).

contra su tío carnal, que era el pariente colateral más próximo al último poseedor legal indiscutido, fallecido sin descendencia.

La sentencia de primera instancia había estimado la demanda, argumentando, entre otras cosas, que el demandante procedía por línea directa del fundador de la merced, aplicando los principios de primogenitura y representación.

La sentencia de segunda instancia, en cambio, desestimó la demanda, afirmando, en síntesis, que, tanto el concesionario como el último poseedor legal de la merced habían fallecido sin tener descendencia, por lo que procedía aplicar el principio de propincuidad, excluyendo el de representación (el tío era evidentemente pariente colateral de grado más próximo que su sobrino).

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, argumentando que es "doctrina consolidada de esta Sala la de que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la propincuidad y no por el de la representación".

#### **IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD**

Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse, con total rotundidad, que, a pesar de la diversidad de opiniones doctrinales existentes, la jurisprudencia entiende que cuando se trate de colaterales del último poseedor, que, a su vez, lo son del primer concesionario de la merced (por no descender de él), procede la aplicación del principio de propincuidad, con exclusión del principio de representación, de modo que el pariente más próximo, cualquiera que sea la línea a la que pertenezca, excluye al más remoto [y, si hubiere varios, el de mayor edad excluye al de menor edad (27)].

Haré, a continuación, algunas precisiones.

---

(27) V. el caso resuelto por SAP Sevilla 21 julio 2003 (JUR 2003, 219903).

1. LOS COLATERALES DEBEN SERLO, NO SOLO DEL ÚLTIMO POSEEDOR, SINO TAMBIÉN DEL PRIMER CONCESIONARIO

Debe insistirse en que la exclusión del principio de representación supone que los parientes llamados a suceder son colaterales, no solo del último poseedor del título (que sucedió en él, por haberse extinguido o no haber llegado a existir el orden descendiente), sino también del primer concesionario del mismo, porque, en caso contrario, según ya se ha dicho, sí juega el derecho de representación, de modo que tendrían siempre preferencia los parientes pertenecientes a la línea encabezada por el colateral (del último poseedor del título) de mayor edad (y, dentro de ella, el más próximo excluiría al más remoto).

La STS 10 abril 1928 (28) casó, así, la sentencia recurrida, la cual había rechazado la aplicación del principio de representación en el orden sucesorio colateral, a pesar de tratarse de parientes que entroncaban con el primer concesionario de la merced.

Afirma que la sentencia de segunda instancia infringió la Ley II, Título XV, Partida II, y las Leyes V y IX, Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación, "toda vez que la primera [se refiere a las Partidas] dispone la representación del hijo mayor por el que éste deje, caso de fallecer, sin obtener el vínculo, y las otras dos [se refiere a la Novísima Recopilación] establecieron que, al faltar el hijo mayor durante la vida del tenedor del mayorazgo o de aquél a quien pertenecía, su sucesión corresponde al hijo, nieto o descendiente legítimo, prefiriéndolos al hijo segundo del tenedor, expresando literalmente la citada ley 5.<sup>a</sup>: 'Lo cual, no solamente mandamos que se guarde y platique en la sucesión de los mayorazgos a los ascendientes, pero aún en la sucesión de los mayorazgos a los transversales', doctrina legal manifiestamente reconocida por sentencia de 8 de Marzo de 1919, al consignar que de los tres órdenes de suceder, descendiente, ascendiente y colateral, sólo el segundo estaba fuera del derecho de representación, y se daba en el tercero, o sea, la colateral".

En el caso enjuiciado, consideró que el hijo de la hermana mayor del último poseedor del título tenía derecho a suceder, por representación, con preferencia a la hermana menor del anterior marqués, a pesar de ser esta una pariente más próxima (segundo grado, en vez del tercero de su sobrino).

---

(28) STS 10 abril 1928 (JC 1928, 17).

La SAP Madrid 10 marzo 2009 (29), recogiendo la doctrina jurisprudencial hoy consolidada, afirma que "Extinguida completamente la línea recta descendente del concesionario, por haberse agotado todas las estirpes de dicha línea, la sucesión corresponde [...] a los parientes colaterales del concesionario o fundador, con arreglo al Principio de Propincuidad –proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor–, cesando el Principio de Representación".

Ahora bien, la Audiencia no aplicó el principio de propincuidad, porque los litigantes, si bien eran colaterales del último poseedor del título (sobrino y sobrino nieto, respectivamente), sin embargo, al igual que este último, eran descendientes del primer concesionario (entroncando, pues, directamente con él), reconociendo la preferencia del demandado, por pertenecer este a una línea encabezada por un hermano (de la ascendiente del demandante) de mayor edad.

## 2. EL GRADO SE COMPUTA RESPECTO DEL ÚLTIMO POSEEDOR LEGAL DEL TÍTULO

La jurisprudencia ha declarado de manera reiterada que el cómputo del grado debe hacerse respecto del último poseedor legal del título, y no respecto del primer concesionario de la merced (30).

Así lo dice, por ejemplo, claramente, entre otras muchas, la STS 7 mayo 1996 (RJ 1996, 3780), conforme a la cual "el cómputo de transversales medido por la propincuidad se lleva a cabo respecto al último poseedor" (31).

(29) SAP Madrid 10 marzo 2009 (AC 2009, 898).

(30) V. en este sentido SSTS 8 marzo 1919 (JC 1919, 86), 5 julio 1960 (RJ 1960, 2620), 4 junio 1963 (RJ 1963, 2998), 30 diciembre 2004 (RAJ 2005, 411) y 20 julio 2011 (RJ 2011, 6130); en la jurisprudencia de instancia, SAP Sevilla 21 julio 2003 (JUR 2003, 219903) y Madrid 10 marzo 2009 (AC 2009, 898); y en la jurisprudencia contenciosa a propósito de expedientes administrativos de sucesión en títulos nobiliarios, SSAN 28 marzo 2000 (RJCA 2000, 962) y 31 octubre 2002 (JUR 2006, 282892).

(31) La STS 13 octubre 1993 (RJ 1993, 7512) dice, así, que "la propincuidad se mide con referencia al último poseedor y no con el fundador", si bien en el caso por ella enjuiciado, en el que se discutía la sucesión en el marquesado de Villar de Tajo, el pariente con derecho a suceder era el más próximo, tanto respecto del último poseedor legal del título, como respecto del primer marqués.



Hay que recordar que por poseedor legítimo se entiende aquel que, siéndolo por atribución administrativa, ostentaba también el mejor derecho, al no existir nadie que pudiera discutírselo (32).

3. PARA EL CÓMPUTO DEL GRADO SE TIENEN EN CUENTA  
LOS COLATERALES QUE VIVIERAN AL TIEMPO DE LA MUERTE  
DEL ÚLTIMO POSEEDOR, Y NO AL TIEMPO DEL LITIGIO

Parece evidente que, para el cómputo del grado, se tienen en cuenta los colaterales que vivieran al tiempo de la muerte del último poseedor de la merced, y no al tiempo del litigio.

Por lo tanto, es preferido el pariente colateral más próximo en grado en el momento del fallecimiento del último poseedor, el cual lo transmitirá, por derecho propio, a sus descendientes, a quienes, por lo tanto, no podrá discutir su mejor derecho otra persona que, aunque al tiempo de interponerse la demanda tuviera un grado de parentesco más próximo que ellos, no obstante, descienda de otro colateral del último poseedor (también vivo al tiempo de su muerte) que tuviese un grado más remoto que el de su ascendiente.

Así, si el último poseedor, "A", deja un hermano, "B" (segundo grado), y un jovencísimo tío carnal, "C" (tercer grado), el primero excluirá al segundo. Por lo tanto, "D", tataranieta de "B", tendrá mejor derecho que "E", longevo hijo de "C", con independencia de que, en el momento de interponerse la demanda (del juicio en el que se discuta el mejor derecho a poseer el título), "E" (cuarto grado) fuera un pariente más próximo de "A" que "D" (quinto grado).

En este sentido se orienta la SAP Sevilla 21 julio 2003 (33), la cual afirma que "La aplicación del principio de propincuidad, que excluye el de representación, determina que el punto final del cómputo haya de establecerse en relación con los parientes vivos en el momento en que se produce la sucesión del último poseedor de la merced [...] En el momento en que ésta falleció y se abrió su sucesión, nació el derecho de los parientes colaterales a ostentar la merced, que se transmitirá al más próximo pariente de la causante [la última poseedora] que estuviese vivo en el momento de deferirse la sucesión".

---

(32) V. en este sentido STS 29 mayo 2006 (RJ 2006, 3054) y SAP Madrid 10 marzo 2009 (AC 2009, 898).

(33) SAP Sevilla 21 julio 2003 (JUR 2003, 219903).

En este caso, los litigantes descendían de parientes colaterales (hermanos), que tenían el mismo grado, respecto del último poseedor, por lo que fue preferido el descendiente del hermano de mayor edad.

#### 4. EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN JUEGA EN LA SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES DEL COLATERAL MÁS PRÓXIMO AL ÚLTIMO POSEEDOR

Aunque sea algo obvio, me parece pertinente observar que, si el colateral llamado a suceder al último poseedor deja varios hijos, cada uno de ellos será cabeza de línea, siendo preferente la línea encabezada por el primogénito, por lo que los parientes pertenecientes a ella serán preferidos a los pertenecientes a la línea encabezada por el segundogénito (juega, pues, el principio de representación).

La jurisprudencia declara reiteradamente que la aplicación del principio de propincuidad (con exclusión del derecho de representación), una vez extinguida la descendencia del primer concesionario o fundador de la merced, solo tiene lugar cuando los llamados a suceder sean, a su vez, colaterales del último poseedor del título nobiliario.

Así, la STS 16 noviembre 1994 (34), por ejemplo, afirma que "es doctrina uniforme, reiterada y consolidada de esta Sala, que aquí se mantiene y ratifica, la de que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la propincuidad y no por el de la representación".

La STS 15 diciembre 2009 (35) expone también que "es doctrina consolidada de esta Sala la de que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la propincuidad y no por el de la representación" (35 bis).

---

(34) STS 16 noviembre 1994 (RJ 1994, 8839).

(35) STS 15 diciembre 2009 (RJ 2010, 289).

(35 bis) La STS 10 enero 2011 (RJ 2012, 1777) afirma que "El principio de propincuidad constituye un régimen de sucesión extraordinario para el caso de que se hayan agotado las líneas regulares de sucesión y no puede

En la jurisprudencia de instancia las SSAP Madrid 1 septiembre 2000 (36) y 13 de junio de 2005 (37) observan que "Para la aplicación del principio de propinquidad es necesario que se haya producido la extinción total de la línea directa. La preferencia lineal establecida en el principio de representación desaparece cuando se ha extinguido aquella línea descendente y se trata de determinar el preferente derecho al título entre colaterales del último poseedor [que, a su vez, lo son también del primero]".

Por lo tanto, si el último poseedor, "A", tiene dos hijos, "B" (primogénito) y "C" (segundogénito), y fallece sobreviviéndole un nieto "D", hijo de su primogénito "B", este es llamado con preferencia a "C", por el juego del principio de representación (aunque sea de grado más remoto que él).

## **V. EL PRINCIPIO DE PROPINQUIDAD EN LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE SUCESIÓN EN TÍTULOS NOBILIARIOS**

La jurisdicción contenciosa, al resolver recursos contra resoluciones del Ministerio de Justicia en expedientes administrativos de sucesión, ha asumido la posición actual de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, contraria a la aplicación del principio de representación en la sucesión de colaterales del último poseedor del título que no entronquen con el primer concesionario del mismo.

La SAN 28 marzo 2000 (38) dice, así, asumiéndolo como propio, que "la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce, la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas

---

decirse, en puridad, que, si se prueba la existencia de descendientes pertenecientes al orden regular de suceder vinculado al concesionario o al último poseedor conocido, las líneas regulares de sucesión se han agotado por el hecho de que el adquirente por usucapión o uno de sus sucesores directos, pertenecientes a la línea que goza de preferencia en virtud de la usucapión, carezca de descendencia directa."

(36) SAP Madrid 1 septiembre 2000 (JUR 2002, 62053).

(37) SAP Madrid 13 junio 2005 (JUR 2005, 186908).

(38) SAN 28 marzo 2000 (RJCA 2000, 962).

y representación de ascendientes, en que se aplica el principio de propinquidad" (39).

El problema que se ha planteado en este ámbito es el de si quien pretende la sucesión transversal en el título nobiliario debe demostrar, además de ser el pariente colateral más próximo en grado al último poseedor del mismo, la no existencia de parientes directos vivos del primer concesionario y la extinción completa de las líneas que nacieron de él.

La SAN 28 marzo 2000 (40), revocando la resolución recurrida, entendió que no era necesario demostrar ese requisito adicional.

Afirma que no basta "alegar la consanguinidad transversal en determinado grado, con el último poseedor del título, para obtener una resolución favorable a la pretensión, pues es necesario acreditar, enlace por enlace [...] ser el más próximo pariente en relación con el último poseedor del título".

Pero añade: "no existe precepto alguno [...] que imponga la exigencia de tal prueba adicional que, en la práctica, se convertiría en una 'probatio diabolica' dado el tiempo transcurrido desde la muerte del fundador, las múltiples líneas descendentes que pudieron nacer de aquél y la circunstancia de que probar la no existencia en la actualidad de personas vivas incluidas en las líneas descendentes del fundador comprendería teóricamente documentación relativa a personas ajenas a las líneas ascendentes que parten de la peticionaria y de las que probablemente desconoce su existencia".

Sin embargo, la SAN 31 octubre 2002 (41) sigue la tesis contraria.

Expone, así, que "el derecho a la sucesión ha de justificarse en relación con el fundador y con el último poseedor de la merced, y en consecuencia [...] la prueba para suceder por propinquidad, no siendo descendiente del fundador, debe abarcar el doble aspecto de: extinción de las líneas descendentes del fundador y del último poseedor y prueba del fallecimiento de los llamados con preferencia al solicitante".

Ahora bien, lo cierto es que la propia sentencia remarca que el supuesto de hecho no es el mismo que el resuelto por la anteriormente citada.

---

(39) V. en el mismo sentido SAN 31 octubre 2002 (JUR 2006, 282892).

(40) SAN 28 marzo 2000 (RJCA 2000, 962).

(41) V. en el mismo sentido SAN 31 octubre 2002 (JUR 2006, 282892).

Dice, así, que aun admitido el criterio del recurrente [...] ha de concluirse que el mismo se ha limitado a justificar su consanguinidad colateral con el fundador y el último poseedor, pero ninguna justificación [...] de su condición de más propincuo pariente, a diferencia de lo que se apreció en la sentencia de esta Sección invocada en la demanda [SAN 28 marzo 2000], evidenciando, además, la existencia de un expediente de rehabilitación "instado por una persona, que no figura en el árbol genealógico presentado por el recurrente, a pesar de que de sus apellidos puede deducirse su condición de hijo del último poseedor de la merced".

# **DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA**





## DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

**Víctor Manuel Garrido de Palma**

El dictamen planteado en el número anterior de la Revista contiene cinco supuestos. Todos ellos extraídos de supuestos de hecho de las correspondientes Resoluciones de la DGRN y en todos los dictámenes doy mi parecer, fundado en Derecho, a la vez que expongo el criterio de la Resolución respectiva. Pero en el presente caso no voy a hacerlo: pido encarecidamente que el dictaminante *busque* y encuentre las respectivas Resoluciones y *contraste* lo que ha escrito –su dictamen– con aquéllas.

Creo que además conviene dejar claro para siempre que el fin que persigo, acudiendo con frecuencia a supuestos de hecho de Sentencias y de Resoluciones, es hacer patente lo que la vida, en su fluir, los distintos intereses, y también los intereses convergentes pueden o no estar conformes con las normas jurídicas. Si me valgo de lo anterior es porque –a mi juicio– la doctrina que emana, el criterio y fundamentación jurídica, sobre todo, de las Resoluciones y, en su caso, de las Sentencias que tengo en cuenta me parece justo y adecuado al caso real concreto. Huyo, en consecuencia, de considerar a efectos de dictamen lo que se contiene en algunas Resoluciones que pueden calificarse, al menos, de *polémicas*.

Mi criterio persigue que el dictaminante tenga, en fin, una guía que le ayude a pensar jurídicamente, contrastando enfoques y haciéndole reaccionar. Progresar, en definitiva, en su conocimiento del Derecho privado.

Y ahora el nuevo DICTAMEN.

*Primero.* Por escritura pública de 7-julio-2012, por la representación de "Estudios Alfa, SL" se reconoce adeudar a "Golf Bahía, SLU" la cantidad de 150.000 euros. Le cede en pago de dicha deuda la



finca número 17955 de Chipiona, bajo condición suspensiva de que quedará sin efecto la cesión si llegada la fecha del 1-octubre-2012 se efectúa el pago de la deuda. Cuantía que se recibe, en concepto de préstamo, en dicha escritura pública.

Con posterioridad, el 1-octubre-2012, se requiere notarialmente de pago a "Estudios Alfa, SL", resultando del acta que no ha habido contestación ni existe constancia del pago o devolución de la cantidad prestada.

Copia autorizada del acta notarial se presenta, junto con la escritura de reconocimiento de deuda y cesión en pago bajo condición suspensiva, en el Registro. La registradora deniega la inscripción: "Por implicar pacto comisorio no admitido por el Código Civil (artículos 1859 y 1884), ni por la DGRN".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. En la escritura de modificación de los estatutos sociales de "Subido, SL" se establecen prestaciones accesorias consistentes en aportaciones suplementarias de dinero "con objeto de atender necesidades coyunturales de tesorería durante el plazo de diez años... y que no podrán exceder en conjunto... de la cuantía de treinta euros por participación... previa adopción del acuerdo de exigencia de aportación por la Junta general".

El registrador mercantil califica así: "existe falta de determinación de la cuantía y tiempo en que han de realizarse las aportaciones en metálico, pues salvo su límite máximo, que se fija en treinta euros por participación y diez años de duración de la obligación, se remite al acuerdo de la Junta, adoptado por la mayoría simple prevista en el artículo 198 LSC, la concreción de aquellos extremos. Además, según el artículo 108.3 y 4 LSC solo cabe impedir la transmisión y el derecho de separación por cinco años y esta cláusula supondría una vinculación, durante diez años, del socio con la sociedad, dada la necesidad de la autorización de ésta para transmitir las participaciones que llevan aneja la prestación".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercero. Por escritura pública los cónyuges José y Celia, sin previa disolución de la sociedad de gananciales, liquidan parcialmente la misma, adjudicando la finca 5.041 a la esposa, quien asume internamente el pago íntegro del préstamo hipotecario que la grava.

Se pacta expresamente que es voluntad de ambos la continuación de la sociedad de gananciales existente.

La registradora suspende la inscripción porque: "es necesario que previamente a la liquidación de la sociedad de gananciales se declare su disolución por cualquiera de las causas que determinan los artículos 1392 y 1393 CC. Solo una vez declarada disuelta aquélla se puede proceder a su liquidación como señala el artículo 1396 CC".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

*Quarto.* Vendida en escritura pública una finca rústica sita en Sóller y satisfecho el precio en su integridad, con posterioridad ambas partes resuelven el contrato, procediendo a la entrega y recuperación del dominio de dicha finca, con devolución de las cantidades satisfechas en la primera compraventa.

Para el otorgamiento de la escritura de resolución intervienen apoderados, por ambas partes, con facultades para "comprar, vender, retraer y permutar toda clase de bienes". El notario las califica de suficientes para la escritura de resolución de la compraventa del inmueble y la autoriza.

El registrador de la propiedad suspende la inscripción...: "por cuanto en las facultades que se relacionan de los apoderados respectivos no constan las de resolución de contrato de compraventa".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

*Quinto.* En los estatutos de la escritura de declaración de obra nueva de un edificio y constitución en régimen de propiedad horizontal, se establece en su artículo 2 lo siguiente: 2. El titular, actual o futuro, de cualquiera de los elementos privativos de la propiedad horizontal podrá, sin necesidad de consentimiento ni de dar conocimiento a los demás titulares y siempre que no quede afectada la seguridad del inmueble: agregarlos, agruparlos siempre que el elemento o elementos resultantes formen, al menos parcialmente, unidad horizontal o vertical, dividirlos incluso horizontalmente, segregarlos...

Podrá, asimismo, agruparlos a agregarlos a otra finca o unidad de edificio colindante o también a otro elemento de la propiedad, aunque cada uno de los elementos agrupados o agregados seguirá conservando su cuota y sus derechos y obligaciones en la propiedad horizontal originaria a que pertenece.

El registrador suspende la inscripción de determinados términos que constan en el artículo 2 de los estatutos, en base a los siguientes fundamentos: "la facultad de agrupar o agregar elementos en sentido *vertical* afecta a la estructura del inmueble, pudiendo comprometer su seguridad.

Y agruparlos o agregarlos *a otra* finca o unidad de edificios colindantes afecta al título constitutivo (elementos comunes), para lo que sería preciso sujetarse a las reglas de modificación del título".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Sexto. Don Pedro, sin herederos forzosos, otorgó testamento en el que instituyó herederos por cuartas partes iguales a sus hermanos Sabas, Petra, Leonardo y Palmira, con derecho de sustitución, casos de premoriencia o de incapacidad, a favor de sus respectivos descendientes y en su defecto con el de acrecer, y usando la facultad de hacer la partición del artículo 1056 CC, adjudicó sus bienes a cada uno de sus citados hermanos. Concretamente a Sabas el pleno dominio de la finca registral 17.332 de Puertollano, y así... con los demás herederos.

Posteriormente, Alfonso, José y Carlos, como sustitutos vulgares de su padre Sabas y sin que comparecieran los demás herederos instituidos, se adjudicaron por terceras partes indivisas la finca registral número 17.332 de Puertollano.

La registradora suspende la inscripción de la escritura pública de partición parcial de herencia porque: "existiendo en el testamento una institución de herederos previa a la partición, por cuartas partes iguales, da lugar a una comunidad hereditaria que es la que debe realizar la partición y ello concurriendo todos los llamados a la sucesión (artículos 1058 y 1059 CC).

El testamento contiene disposiciones concretas respecto a algunos bienes inmuebles, pero ello no supone que exista una partición testamentaria, solo que el testador ha dado «normas para la partición». La partición testamentaria exigiría un inventario y avalúo de todos los bienes que integran el activo y el pasivo del testador así como la liquidación y formación de lotes de la herencia en su totalidad.

En consecuencia, debe otorgarse la correspondiente escritura de partición de herencia por todos los herederos del testador".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS.

# ACTUALIDAD JURÍDICA





## **REVISIÓN CRÍTICA DE LA FIGURA DE LA NOVACIÓN**

Esther Muñiz Espada

Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España

Colección Cuadernos de Derecho Registral

Madrid, 2011

Un volumen de 313 páginas

**Por José María de la Cuesta Sáenz**

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

La monografía de que se trata viene precedida por una introducción de la propia autora en la que pondera la oportunidad de revisar la figura de la novación, en un momento en el que se proyectan reformas de Códigos Civiles, y entre ellos el español, en materia de obligaciones y contratos, y en el que existen y se manejan por los estudiosos distintas aproximaciones a la unificación del Derecho privado europeo de obligaciones y contratos, en las que la novación no se ha puesto en cuestión por lo general.

Ciertamente la oportunidad de reconsiderar la novación puede venir reforzada por las mencionadas circunstancias, pero hay que convenir en que se trata de un tema que reviste en sí mismo un alto interés para la aplicación del Derecho vigente, que ofrece, como es de sobra conocido, suficientes motivos de insatisfacción.

Prosigue la introducción explicando las razones de la superación de la teoría de la novación, para lo que parte de la revisión doctrinal ya realizada el pasado siglo y de la propuesta de sustituir la novación por el concepto de "alteración objetiva convencional de la relación obligacional", para, dando un paso más, proponer la eliminación de la distinción entre novación modificativa y novación extintiva, por ser del todo inútil en relación con la regulación del vigente Código Civil y para su aplicación, ya que multitud de supuestos merecerían sus propias calificaciones y sus propias consecuencias bajo otras denominaciones (cesión de créditos, cesión de contratos, delegación de deuda, expromisión y asunción de deuda).

Señala la autora que la crítica del instituto de la novación a lo largo del siglo xx no ha impedido que los proyectos de unificación del Derecho euro-

peo de obligaciones y contratos, y las propuestas de reforma de los Códigos Civiles francés y español sigan haciendo patente su declive, sin amenazar empero su subsistencia.

Tal situación no hace, a su juicio, sino agudizar la incomodidad que suscita la figura, por lo que la autora se propone demostrar en la segunda parte de su trabajo la conveniencia de prescindir de la teoría de la novación llamada objetiva. Acude para ello a enumerar y estudiar los institutos jurídicos que convierten en ociosa tal doctrina de la novación por cambio de objeto, comenzando por el reconocimiento de deuda, cuyo tratamiento legal y jurisprudencial sintetiza, y el mutuo disenso que al amparo de la autonomía privada sustituyen con ventaja la función que desempeña en muchas ocasiones la novación, sin olvidar que algunos tipos contractuales, como la transacción y la dación en pago, desempeñan a la perfección funciones análogas. También alguna figura de tintes excepcionales por opuestos a la autonomía privada, como es la revisión judicial de los contratos basada en la imprevisión, viene a cubrir necesidades cuya satisfacción hace innecesario, por redundante, el recurso a la doctrina de la novación por cambio de objeto.

La tercera parte se dedica a postular la prescindibilidad de la categoría de la novación subjetiva, pasando para ello revista a la cesión de contrato, a la cesión de crédito, a la subrogación, a la asunción de deudas, y a la delegación y la expromisión, como cauces aptos para la circulación del crédito unos y de la deuda otros, posible esta siempre que no se trate de relaciones personalísimas, que no contemplan, o incluso vedan el cambio de sujetos.

La autora, en materia de cesión de crédito, pone en duda la pertinencia de contraponerla a la novación por cambio de acreedor por intervenir dos sujetos en la primera y tres en la segunda, por tratarse de una apreciación inexacta en muchas ocasiones, y con respecto a la transmisión de las deudas a título particular, se muestra partidaria de admitir solo dos figuras, la conocida como expromisión y la conocida como asunción de deuda, de modo que no habría razón alguna para defender la autonomía de la novación subjetiva pasiva.

Por último, respecto de la cesión de contratos, propugna relativizar su contraposición a la cesión de créditos, puesto que al ser fruto de la autonomía de la voluntad sus efectos y especialmente la conservación de los accesorios, pueden ser modulados por la autonomía privada sin que la cesión de contratos sea siempre y únicamente un cambio de sujetos.

Como puede verse, se trata de un estudio en el que, partiendo de la insatisfacción que genera una figura por lo difuso y evanescente de algunos de sus elementos, se procede a un amplio examen de la regulación y de la construcción jurisprudencial de un amplio abanico de figuras diversas y de perfiles más nítidos, que en su conjunto son susceptibles de ocupar el lugar de la novación con la hipotética ventaja de simplificar el arsenal que predispone la ley.

Se trata, sin duda, como ya se anticipó, de un empeño teórico del máximo interés, llevado a cabo con rigor, pero en el que se puede echar de

menos una indagación acerca de cuándo y por qué surgió la teoría de la novación, o si se trata simplemente de un vano y superfluo intento sistematizador, como postula la autora, que hace añorar en materia de obligaciones la nitidez de la teorización existente sobre las vicisitudes que pueden afectar a los derechos reales. Puede que la novación sea un artefacto poco útil, pero, ¿basta la acumulación de *reductiones ad absurdum* para demostrarlo?, o por el contrario, ¿es imaginable algún reducto en el que pueda servir a la justicia? La indagación sobre los orígenes de la figura podría aclarar esa disyuntiva, y, tal vez, convertir en concluyente *de lege ferenda* esta profundización en la crítica de la novación que nos ha proporcionado la ágil pluma de la profesora MUÑIZ ESPADA.