

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2006



# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 59, julio-septiembre 2006

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

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



### **Consejo de Redacción:**

**Presidente:** D. Antonio Rodríguez Adrados

**Director:** D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

**Secretario:** D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

### **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

### **SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:**

Consejo General del Notariado

Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º

28010 MADRID

Tf. 913 087 232

Fax 913 087 053

[revistajuridica@notariado.org](mailto:revistajuridica@notariado.org)

## SUMARIO

| <b>ESTUDIOS DOCTRINALES</b>                                                                                                                        | <u>Pág.</u> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: "El concepto de domicilio en relación con los requerimientos y las notificaciones notariales: un estudio histórico" .....  | 9           |
| CERDÁ GIMENO, José: "De los precedentes de la prohibición de la sucesión contractual. II. De los precedentes mediatos (Derechos Medievales)" ..... | 91          |
| CERVILLA GARZÓN, María Dolores: "De nuevo sobre la sucesión en los títulos nobiliarios (¿El punto y final a una absurda polémica?)" .....          | 201         |
| ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: "Notas sobre la reforma de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003 por la Ley de 30 de noviembre de 2005" .....  | 223         |
| GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "La confianza y el Derecho Civil. ¿Cuándo el trust?" .....                                                        | 285         |
| RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005)" .....                                               | 295         |

## **PRÁCTICA NOTARIAL**

Pág.

|                                                                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos: “Cuestiones suscitadas por la aplicación de la Ley del IVA en operaciones inmobiliarias y financieras que son de interés en la práctica notarial” ..... | 327 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## **JURISPRUDENCIA**

### *Tribunal Supremo*

|                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| HORNERO MÉNDEZ, César: “Fundación y cláusula de reversión: parece que no todo está perdido para la familia (A propósito de la STS 4 mayo 2005)” ..... | 341 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

# **EL CONCEPTO DE DOMICILIO EN RELACIÓN CON LOS REQUERIMIENTOS Y LAS NOTIFICACIONES NOTARIALES: UN ESTUDIO HISTÓRICO (\*)**

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

*Doctora en Derecho.*

*Profesora ayudante de Derecho Civil.*

*Universidad de Valladolid*

**SUMARIO:** **I.** LOS REQUERIMIENTOS Y LAS NOTIFICACIONES NOTARIALES. LA IMPORTANCIA DEL DOMICILIO. **II.** EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DOMICILIO. **III.** EL DOMICILIO EN EL DERECHO ROMANO. **IV.** EL DOMICILIO EN EL DERECHO INTERMEDIO. **V.** PRECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. **VI.** LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. **1.** Proyecto de Código Civil de 1821. **2.** Proyecto de Código Civil de don Manuel María CAMBRONERO. **3.** Proyecto de Código Civil de 1836. **4.** Proyecto de Código Civil de don José María FERNÁNDEZ DE LA HOZ, del año 1843. **5.** Proyecto de Código Civil de 1851. **6.** Proyecto de Código Civil de 1869. **7.** Anteproyecto de Código Civil de 1882. **8.** Proyecto de Código Civil de 1895 de don Augusto COMAS. **9.** Otros intentos de reforma.

---

(\*) Estudio realizado gracias a la consulta de los fondos documentales de la Comisión General de Codificación. Por ello, mi más sincero agradecimiento al personal de la Comisión General de Codificación, en especial a don Andrés Azabarte Galindo, jefe del Servicio de Política Legislativa.

## **I. Los requerimientos y las notificaciones notariales. La importancia del domicilio**

El domicilio tiene una importancia trascendental en el Derecho notarial, sobre todo y por lo que aquí interesa a efectos de requerimientos y notificaciones. Su importancia se pone de manifiesto en los artículos 202 y concordantes del Reglamento Notarial. Conviene no obstante hacer un estudio de la evolución que ha tenido esta cuestión a lo largo de la Historia en los distintos reglamentos notariales, sin olvidar por supuesto toda la legislación anterior.

Hay vestigios de fedatarios antes de los textos medievales (en el Fuero Real - título VIII, libro I), en las Partidas (título XIX, partida III), y en los albores de la Edad Moderna en la Pragmática de Alcalá de Henares de 1503 (1).

La vigente Ley del Notariado es de 28 de mayo de 1862, aunque en ella no se hace ninguna alusión a los requerimientos y notificaciones que deben practicar los notarios. Hubo varios proyectos de Ley del Notariado (de 1848, 1855 y 1858), cuya tramitación parlamentaria se interrumpió en fase bastante avanzada. Esta Ley de 1862 sigue formalmente vigente, a pesar de lo lejano en el tiempo de su redacción, pero los sucesivos reglamentos se han ido apartando de ella. Por este motivo el TC tuvo que señalar en su sentencia de 11 de mayo de 1989 que la Ley del Notariado está vigente a pesar de las múltiples reformas reglamentarias que ha sufrido. Y es que la actual organización del notariado ha sufrido un constante y progresivo desenvolvimiento, desarrollándose por los sucesivos reglamentos.

El Reglamento Notarial actual es de 2 de junio de 1944 (2), aunque la redacción de los artículos 202 a 206, que son los que se ocupan de los requerimientos y notificaciones, proviene del RD 1209/1984, de 4 de junio, por el que se modifican determinados artículos del RN.

Varios reglamentos notariales preceden al actual. El primero se aprobó mediante RD de 30 de diciembre de 1862 (3). Se trataba del Regla-

---

(1) Cfr. PAU PEDRÓN, A.: *Legislación notarial*, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 13.

(2) Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (BOE de 7 de julio). Además de la ley y los reglamentos notariales, ha habido una profusa regulación de la demarcación notarial, por ejemplo, en virtud del RD de 18 de diciembre de 1866, la Orden de 20 de noviembre de 1874, el Decreto de 17 de abril de 1873, el RD de 20 de enero de 1881, Real Orden de 31 de marzo de 1884, RD de 26 de febrero de 1903, RD de 23 de agosto de 1908, Decreto de 13 de octubre de 1932, etc.

(3) Este reglamento se encuentra en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española*, tomo VII, 4.ª edición, Madrid, 1887, pp. 611 y ss.

mento para la ejecución de la Ley. Este reglamento para el cumplimiento de la Ley de 28 de mayo de 1862, sobre constitución del notariado, fue derogado por el siguiente, salvo lo establecido en los artículos 2, 3 y 5; el segundo es el Reglamento general para la organización y régimen del notariado, de 9 de noviembre de 1874 (4); el siguiente fue el Reglamento de 7 de abril de 1917 (5), aprobado por RD; el cuarto, el Reglamento para la organización y régimen del notariado de 12 de noviembre de 1921 (6), y el quinto el de 8 de agosto de 1935 (7), que era el Decreto aprobando con carácter provisional el Reglamento de la organización y régimen del notariado y sus cuatro anexos. Este último reglamento tuvo un largo período formativo, pues los trabajos para redactarlo comenzaron en 1930 (8).

El primer reglamento que trata de las notificaciones y requerimientos que deben practicar los notarios es el de 1921, en los artículos 290 a 299. En el artículo 290 se decía que “los Notarios pueden también dar fe, a instancia de parte, de toda clase de requerimientos de pago o entregas de dinero, de documentos y otros efectos de carácter extrajudicial y en general de toda clase de diligencias permitidas o prevenidas por leyes o disposiciones reglamentarias”. En cuanto a la forma de hacerse constar el requerimiento del interesado, en virtud del artículo 291 debía hacerse constar “por medio de acta que firmará el requirente, el Notario y éste acompañado de aquél practicará las diligencias interesadas en cuanto sea factible”. Por lo que respecta a las notificaciones, en virtud del artículo 292,

---

(4) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Diccionario...*, cit., pp. 627 y ss.

(5) Publicado en la *Gaceta de Madrid* los días 11, 12, 13, 14, 15 y 17 de abril de 1917. En la Exposición se decía que era necesaria la publicación del Reglamento, pues el anterior databa de más de cuarenta años. Además señalaba que “al deseo sentido y reiteradamente significado de dar unidad y armonía a esta diversidad de Decretos, Reales Órdenes y Resoluciones del Centro Directivo, y al de metodizar, convirtiendo en sistema con normas fijas este cúmulo heterogéneo de preceptos de modo que permita el conocimiento exacto de la regla aplicable en los diferentes y complicados servicios que constituyen su objeto, responde en primer término este trabajo”.

(6) Publicado en la *Gaceta de Madrid* los días 12, 13, 17 y 20 de noviembre y el 2 de diciembre de 1921.

(7) Publicado en la *Gaceta de Madrid* el 17 de agosto de 1935.

(8) En la Exposición se decía: “Una Comisión integrada por destacados elementos de todos los sectores del Notariado, de la Magistratura, de la Cátedra y de la Dirección General de los Registros trabajó en 1930 con incansable ardor y entusiasmo en la reforma del Reglamento del Notariado y elevó al Ministerio un proyecto que no obtuvo la aprobación y con ella la vigencia. Ese proyecto fue objeto de estudio en el año siguiente por distinguidos Notarios que dejaron huella de su pensamiento en relación con los problemas notariales. Ambos trabajos se han tenido a la vista para redactar la reforma del Reglamento que ahora se presenta. ... En la imposibilidad de momento de llegar a un Código del Notariado, aspiración suprema de cuantos sienten vivamente el deseo de perfeccionamiento y mejora de la institución notarial, la reforma de su legislación se concreta y limita al reglamento...”. Ni que decir tiene que con este Reglamento se consiguió una sistematización más perfecta.

“en el caso de no encontrarse la persona a quien vayan dirigidas en el domicilio o sitio designado por el requirente, se harán a cualquiera de las que encuentre el Notario en aquél, y si la persona con quien se entienda la diligencia no quisiere firmar la notificación, se negare a dar su nombre o indicar su estado, ocupación o su relación con el requerido, se hará constar así”. Además, de acuerdo con el artículo 293, “cuando por resistencia activa o pasiva del requerido o por no serle permitida la entrada en el sitio o domicilio designado, o no encontrar en él a nadie, no le fuere posible al Notario evacuar la diligencia, levantará de ello acta a los fines que al requirente convengan”.

Por tanto, se observa claramente que en este Reglamento de 1921 tan sólo se hace alusión al domicilio en caso de ausencia de su domicilio de la persona que debía ser notificada, no indicándose expresamente, como ocurre actualmente, que las notificaciones y requerimientos se practicarán en el domicilio o lugar donde la notificación o el requerimiento deba practicarse.

El Reglamento de 1935 regula las notificaciones y requerimientos en los artículos 199 a 207, pero las denomina genéricamente actas de presencia. En el artículo 199 se establece lo relativo a los requerimientos, y en cuanto a las notificaciones, al igual que el Reglamento de 1921, tan sólo se refiere al domicilio en el caso de que la persona que deba ser notificada no se encuentre en él, y el primer párrafo del artículo 200 del Reglamento establecía lo mismo que en el artículo 292 del Reglamento de 1921. Pero se añade un segundo párrafo al artículo 200 del Reglamento de 1935, en el que se dice que “las expresadas diligencias podrán efectuarse mediante cédulas. Para ello el Notario librará una o varias, en su caso, comprensivas de los extremos que hayan de ser notificados o avisados y, debidamente autorizadas, las entregará a la persona o personas con quien entendiere las diligencias, advirtiéndoles, caso de que no fuere el mismo interesado, la obligación legal de hacer llegar a poder de aquél el documento que las entrega. Consignará en la diligencia este hecho, la advertencia y la contestación que diere cada uno”.

Además, en el artículo 201 del Reglamento de 1935 se establecía lo mismo que en el artículo 293 del Reglamento de 1921 para el caso de que no fuera posible al notario evacuar la diligencia.

El Reglamento Notarial actual de 1944, Decreto por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado (9), en su redacción original regulaba las actas de notificación y requerimiento en los artículos 202 a 207. Lo relativo a la cuestión del domicilio se había mantenido constante desde que por primera vez se re-

---

(9) Publicado en el BOE de 7 de julio de 1944.

gularan las notificaciones y requerimientos que practican los notarios en el Reglamento Notarial de 1921, pues el artículo 202 y el 203 del Reglamento Notarial de 1944 en su redacción original expresaban lo mismo que los precedentes reglamentos notariales. En efecto, el artículo 203 tenía la misma redacción que el artículo 293 del Reglamento de 1921 y que el 201 del Reglamento de 1935. Y en cuanto al artículo 202 del Reglamento de 1944 en su redacción original, establecía lo mismo que el artículo 200 del Reglamento de 1935, aunque se añadió un tercer párrafo, relativo a las notificaciones que se pueden realizar por correo certificado con acuse de recibo, al establecer que “los Notarios, discrecionalmente y siempre que la ley no lo prohíba, podrán efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de cédula o copia remitida por correo certificado con acuse de recibo, y en este caso el plazo para la contestación comenzará a contarse desde el recibo de aquélla”.

Por tanto, a pesar de los constantes cambios que ha sufrido la legislación notarial por medio de sus reglamentos, pues la Ley, como hemos visto, sigue en vigor desde 1862, en principio, la cuestión relativa al domicilio, en relación con los requerimientos y notificaciones que realiza el notario, *no ha variado desde su primera regulación en el Reglamento Notarial en 1921.*

Lo que sucede es que los preceptos relativos a las actas de notificación y requerimiento fueron reformados en virtud del RD 1209/1984, de 8 de junio, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial (10). Fue una reforma global que pretendía actualizar la normativa notarial recogiendo las exigencias de los cambios legislativos que se habían ido produciendo. La redacción actual del artículo 202 del Reglamento Notarial da mayor importancia al domicilio, pues señala que el domicilio que se indique es el lugar donde se practicará el requerimiento o la notificación. Así, este precepto, tras señalar que “las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las del requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada actitud”, en su segundo párrafo determina que “a tal fin, el Notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deba practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia. En el caso de no hallar al destinatario, entenderá la diligencia con cualquier persona que allí se encuentre, y, en su defecto, podrá practicarla con el portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello”.

---

(10) Publicado en el BOE de 25 de junio de 1984.



No obstante, en virtud del párrafo quinto del artículo 202 del Reglamento en vigor, determina que, de forma discrecional, el notario puede, siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.

Según el párrafo séptimo del artículo 202, “la diligencia podrá practicarse en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el Notario”, por lo que no tiene por qué realizarse en su domicilio.

Pero en virtud del artículo 203 del Reglamento, “cuando por no encontrar el lugar, hallar cerrado el portal, no serle permitida la entrada en el domicilio o sitio designado, no encontrar en él a nadie o por resistencia activa o pasiva de la persona con quien haya de entenderse la diligencia, no le fuere posible al Notario entregar la cédula, copia o carta, lo hará constar así. No obstante, podrá el Notario, en tales supuestos y a instancia del interesado, utilizar el procedimiento de remisión por correo a que se refiere el artículo anterior, salvo que la resistencia procediere del mismo destinatario”.

Evidentemente, estas normas relativas a las notificaciones y requerimientos sólo se aplicarán en defecto de que exista una regulación diferente o específica en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias o cualesquiera otros, no siendo aplicables los artículos 202 y concordantes del RN, en virtud de lo señalado en el artículo 206 del Reglamento.

Vista la importancia del domicilio en el ámbito notarial, conviene a continuación realizar un análisis exhaustivo de la evolución histórica que ha tenido esta figura.

## **II. Evolución histórica del domicilio**

A lo largo de la Historia, en los diferentes ordenamientos jurídicos, el domicilio y la nacionalidad han tenido como función primordial la formación de las reglas de elección de la Ley aplicable, es decir, lo que comúnmente se viene conociendo como “ley personal” o el sistema jurídico que determina el estatus de las personas.

En un primer momento, los romanos consideraron que la Ley personal, esto es, la que regía el estado y capacidad de las personas, la determinaba no el domicilio, sino el origen. Como se verá más detalladamente a continuación en el epígrafe siguiente, en Roma se distinguía dentro de los habitantes de las ciudades entre *cives* e *incolae*, basándose la con-

dición de los primeros en el *origo*, que se tenía por nacimiento, mientras que la de *incolae* se fundaba en el domicilio, entendido como lugar de residencia efectiva y estable, teniéndose en cuenta, sobre todo, a efectos de determinar la competencia de los magistrados locales y la sujeción a las cargas públicas. En la época de la invasión de los bárbaros, a las personas se les aplicaba la Ley de la tribu a la cual pertenecían, tanto en las relaciones de carácter público como privado. Así las cosas, en la Edad Media, el estatuto personal lo determinaba el domicilio, es decir, las personas estaban sometidas a la Ley del domicilio. Y la doctrina de la Glosa exigió, para precisar el domicilio, además de un elemento material o real de la residencia, un elemento intencional, concretamente un *animus perpetuo habitandi*. Como indicios de esa voluntad, tanto para el cambio de domicilio como para su conservación, se atendía a la residencia prolongada en un lugar, a la situación de la mayor parte de los bienes o de la empresa comercial, a la localización de la familia, al ejercicio de la propia actividad, e incluso al ejercicio de funciones públicas. Se admitía la existencia de un domicilio de origen, que se correspondía con el del lugar en el cual se nacía o en el que tenía el domicilio el padre. Este domicilio de origen tenía mucha importancia, pues se consideraba que no desaparecía, y podía utilizarse para suplir la falta de voluntad de constituir el domicilio en otro lugar, porque se entendía que quien se separaba del domicilio de origen conservaba generalmente un *animus revertendi*, es decir, una intención de volver a aquel originario lugar cuando se había partido de él. Así sucedía en los casos en los que una persona se ausentaba de su domicilio por cualquier motivo, pero continuaba conservando el deseo de regresar a él cuando dicho motivo desapareciera.

Ese fue el significado jurídico principal que históricamente tuvo el domicilio, utilizándose como criterio o punto de conexión para determinar el ámbito de aplicación personal de las leyes. Esta cuestión es sumamente importante, ya que cuando nos encontramos ante un conflicto de leyes, la ley que se le aplica siempre a la persona es la de su estatus personal, a pesar de que se desplace en el espacio.

Por tanto, en estos primeros momentos el domicilio ocupa un papel predominante a la hora de determinar la ley que rige para el estatuto personal, por lo que la nacionalidad ni siquiera se manifiesta.

Además, en la época de los posglosadores, la cuestión de la preferencia entre el domicilio y la nacionalidad no se planteó, debido a que muy rara vez se producían conflictos entre las legislaciones de Estados diferentes, y también porque el concepto de nacionalidad era vago e indefinido, además de que la realidad de los Estados era que se encontraban

fraccionados en varios territorios, cada uno con su propia legislación (11).

Esta situación, en la que predominaba el domicilio sobre la nacionalidad, se mantuvo hasta el siglo XVIII, considerándose que el estado y capacidad de las personas dependía tan sólo de su domicilio habitual, de tal manera que, cuando la persona cambiase de domicilio, cambiaría también el estatuto personal relativo a su estado y capacidad. Pero esto cambió con la llegada de los Estados nacionales en el siglo XIX, ya que la función que hasta entonces venía desempeñando el domicilio comienza a cumplirla la nacionalidad, porque la nacionalidad es el vínculo que une a un individuo con un Estado, siendo miembro del mismo. En cambio, a diferencia de la nacionalidad, por la cual un individuo se encuentra ligado a un Estado, con el domicilio el ligamen de la persona es con un lugar concreto del Estado, por el hecho de encontrarse residiendo en un lugar determinado. Se trataría, en palabras de algún sector doctrinal, de una especie de “subnacionalidad” o, más exactamente, de una “vicenacionalidad” (12).

De esta manera, desde el siglo XIX, en nuestro Derecho el domicilio ha pasado a un segundo plano como lugar de localización jurídica de la persona, siendo la Ley nacional la encargada de determinar el estatuto personal, aunque conviene tener muy presente que en la época en la que se redactó el Código Civil español aún no estaban bien delimitados los conceptos de nacionalidad, domicilio y vecindad. Así, a pesar de que el domicilio ya no ocupa desde entonces el primer lugar en cuanto a la determinación del estatuto personal, del tenor literal del artículo 40 del CC se deduce que el domicilio sigue teniendo un papel relevante, aunque eso sí, subsidiario e indirecto para determinar dicho estatuto personal, pues cuando falte la nacionalidad se aplicará la Ley del domicilio (así se deduce de lo previsto en el art. 9, núms. 9 y 10 del CC). No obstante lo anterior, el domicilio tuvo gran importancia en la época de la posguerra de las dos grandes guerras mundiales, pues en virtud de una recomendación que se hizo a los Gobiernos de aplicar la Ley del domicilio o de la residencia en su defecto, se aplicó la Ley del domicilio a los refugiados rusos, armenios, polacos, alemanes, etc., los cuales se habían quedado sin nacionalidad. Esta recomendación se originó en la Convención de Ginebra de 1928, aplicándose a los apátridas el mismo criterio por el Protocolo de

---

(11) Sobre la evolución histórica del domicilio, *vid.* más ampliamente LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 4.<sup>a</sup> edición, 2000, pp. 185 y 186; ARJONA COLOMO, M.: “Domicilio”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, número VII, 1955, pp. 724 y 725, quien realiza un exhaustivo estudio del domicilio en el Derecho internacional privado; PARRA LUCÁN, M. A.: *Curso de Derecho civil, volumen I, derecho privado, derecho de la persona*, VVAA, coordinados por DE PABLO CONTRERAS, P.: Colex, Madrid, 1998, p. 313.

(12) Así lo ha entendido ARJONA COLOMO: “Domicilio”, *cit.*, pp. 725 y ss.

1930. Asimismo, en el artículo 12 del Convenio sobre el Estatuto de los apátridas, Instrumento de ratificación de 24 de abril de 1997, se establece que “el estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio, o a falta de domicilio por la ley del país de su residencia”.

Así las cosas, quizá por este segundo plano que pasó a ocupar el domicilio en beneficio de la nacionalidad, la doctrina civilista española no ha tratado esta cuestión con la importancia que merece, por lo que establecer el sentido jurídico que tiene el domicilio plantea notables dificultades, aunque considero que la Ley del domicilio en determinados supuestos continúa en nuestros días siendo preferente, en menoscabo de la Ley nacional. Y ello porque el domicilio es un hecho voluntario cuya comprobación resulta más fácil que la nacionalidad, resultando que el individuo se amolda mejor a las condiciones del país que ha elegido para fijar su domicilio que a su propia patria, puesto que lo convierte en centro de su vida jurídica. Además, conviene destacar que resulta insustituible la Ley del domicilio para ciertos Estados, sobre todo para los que no son uniformes y para los que reciben una gran inmigración.

En relación con esta cuestión existe un sector doctrinal partidario de la Ley del domicilio, y han esgrimido los siguientes argumentos en su favor: en primer lugar, que si por domicilio se entiende el de origen, éste resulta tan estable y seguro como lo es la nacionalidad; en segundo lugar, otro argumento es que facilita el comercio internacional; el tercer argumento utilizado es que el individuo se compenetra y se identifica con el lugar donde vive y trabaja; el cuarto argumento consiste en que el domicilio posibilita la incorporación de extensas masas de emigrantes, siendo más favorable a las relaciones familiares y de derecho sucesorio del extranjero que tiene una residencia estable; en quinto lugar consideran que al igual que puede existir un domicilio transitorio y efímero, lo mismo puede ocurrir con la nacionalidad, dándose supuestos de múltiple nacionalidad y de apatridia; y finalmente, el sexto argumento que emplean es que en la práctica en determinados países resulta muy difícil mantener el principio de la nacionalidad, puesto que en él confluyen multitud de personas de diferentes nacionalidades, lo que podría dar lugar a la paralización o a la falta de dinamismo de la administración de justicia, al tener que aplicar el juez diferentes ordenamientos jurídicos extranjeros. En cambio, también hay partidarios de la Ley de la nacionalidad en detrimento de la Ley del domicilio, los cuales argumentan que la nacionalidad resulta ser un vínculo más estable y seguro, además de ser más fácil de reconocer. También consideran que la nacionalidad resulta más apropiada a las necesidades y a los intereses de la persona. Asimismo, señalan que la nacionalidad constituye un elemento unitario para todas las rela-

ciones internacionales de los individuos, tanto las pertenecientes al Derecho Internacional Privado como al Público. En cuarto lugar argumentan que la patria es una noción más amplia y elevada que la del domicilio, además de ser un principio de libertad de una naturaleza superior, constituyendo un progreso frente a las concepciones antiguas y estiman que el domicilio nació en el régimen feudal, teniendo el gran defecto de rebajar al individuo y de materializarlo. En quinto lugar señalan que, si se mantuviese el criterio de la Ley del domicilio, se produciría una especie de abdicación del Estado, al renunciar a proceder a la regulación de la condición jurídica de los nacionales que emigraron. Y de forma inversa, el Estado del domicilio, esto es, el Estado de acogida de los emigrantes, cometería una violación de la soberanía del otro Estado cuando impusiese a las personas que tienen su domicilio en esa nación las leyes elaboradas para sus nacionales a personas que no lo son. Finalmente, en sexto y último lugar, señalan que con la nación se tiene un vínculo más estrecho que con el domicilio, que resulta cambiante, transitorio y contingente (13).

Vistos los argumentos esgrimidos por ambas corrientes, resulta evidente que para los países de fuerte emigración es aplicable la Ley de la nacionalidad, para evitar así la desvinculación radical de sus súbditos que habitan fuera del territorio nacional. En cambio, es lógico que los países que poseen una fuerte inmigración defiendan el criterio de la Ley del domicilio (14).

Así las cosas, tampoco han faltado propósitos de situaciones intermedias entre el domicilio y la nacionalidad, puesto que, por ejemplo, en el Proyecto de Código Europeo de Derecho Internacional Privado de 1950, de Frankenstein, en los artículos 56 a 81 se creó un concepto de domicilio equidistante entre el concepto tradicional de domicilio y el de la nacionalidad. Además, a pesar de las críticas mantenidas por los detractores del domicilio, éstos no pueden olvidar que, en los casos de doble o múltiple nacionalidad, el domicilio sirve para determinar la Ley aplicable a la persona, al igual que en los supuestos de apatridia o falta de nacionalidad, aunque el criterio utilizado como regla general en el resto de los casos sea el de la Ley nacional. En este sentido, sobre estos sistemas de la Ley del domicilio y la Ley de la nacionalidad, algún sector doctrinal ha considerado que sería necesario que se produjese una transacción entre ambos sistemas para poder llegar así a la armonía universal. Se basan en los postulados de JITTA en el Congreso de París de la "International

---

(13) A estos dos sectores doctrinales se refiere ARJONA COLOMO: "Domicilio", cit., pp. 724 y ss.

(14) Tal cosa sucede en la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, de 18 de diciembre de 1997.

Law Association”, de 1912, el cual propuso tres transacciones: la teoría del reenvío, un acercamiento entre ambos sistemas y el sistema de la bifurcación. En primer lugar, el reenvío consiste en que cuando un Estado H somete a sus propios ciudadanos en la vida internacional a la Ley del domicilio, las demás naciones que han adoptado el sistema de la Ley de la nacionalidad hacen una excepción para los extranjeros ciudadanos del Estado H y les aplican la Ley de su domicilio. En cuanto al acercamiento entre ambos sistemas, se trataría de hacer adquirir la nacionalidad del país al menos a efectos civiles, mediante un domicilio continuado en el tiempo. Y en tercer lugar, el sistema de la bifurcación consistiría en una elección excluyente, mediante la cual los Estados podrían elegir entre la aplicación del sistema de la Ley de la nacionalidad y el de la Ley del domicilio, acordando de común acuerdo reglas al objeto de proporcionar a los individuos la mayor seguridad posible (15).

De acuerdo con lo anterior, y con toda la polémica surgida entre la nacionalidad y el domicilio, no han faltado autores en nuestra doctrina que han considerado que para superar la tradicional controversia que existía entre los países seguidores del domicilio como Ley aplicable al estatuto personal y los que propugnaban para tal estatuto la Ley de la nacionalidad, ante el fracaso del Convenio internacional, que tenía por objeto resolver tales conflictos, la residencia habitual tendría la finalidad de expresar en términos fácticos el arraigo real existente entre una persona y su medio socio-jurídico. En este sentido, se puede considerar que se consagró la noción de la residencia habitual como punto de conexión en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, noción que fue progresivamente adoptada por los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado, resultando para este sector doctrinal absolutamente necesaria la sustitución en el Derecho Internacional Privado de la noción de “domicilio” por la de “residencia habitual” (16). No obstante, en nuestro Derecho Civil, a diferencia de lo que sucede en el de otros países, como Francia, tal sustitución carece de importancia, pues el artículo 40 del CC español, al definir el domicilio de las personas físicas, lo hace atendiendo a la residencia habitual de las mismas, por lo que ambas nociones vienen a coincidir (17).

---

(15) Vid. más extensamente, dentro de este sector doctrinal intermedio o ecléctico, ARJONA COLOMO: “Domicilio”, cit., pp. 725 y ss.

(16) Dentro de este sector doctrinal encontramos a ESPINAR VICENTE, J. M.: “Residencia habitual (Derecho Internacional Privado)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, VVAA, Civitas, Madrid, 1994, pp. 5876 y 5877, y la obra del mismo autor “El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado”, RDP, 1980, pp. 3 y 4.

(17) En efecto, el artículo 40 del CC español establece que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

VALVERDE también comparó domicilio y nacionalidad, y consideró que el domicilio es un medio de adquirir la nacionalidad, aunque ésta pueda obtenerse sin haber conseguido antes un domicilio, y por supuesto la nacionalidad tampoco es un medio necesario para la adquisición de aquél. Lo que sucede es que, en ocasiones, domicilio y nacionalidad son dos conceptos que van unidos, que nacen y se pierden a la vez (18).

En cambio, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, existen otros sistemas jurídicos en los que el domicilio es el criterio o punto de conexión para determinar el ámbito de aplicación personal de las leyes, resultando así que la trascendencia del domicilio es mayor que en nuestro Derecho, el cual, como he señalado, establece la nacionalidad como criterio de conexión para determinar el estatuto personal, mientras que en los conflictos legislativos *intra* nacionales se sustituye la nacionalidad por la vecindad civil del artículo 14 del CC. De esta manera, en nuestro Derecho Internacional Privado, el domicilio ya no sigue teniendo como antiguamente la importancia que tuvo para determinar el estatuto personal de cada individuo, cosa que sí sucede aún en otros derechos, como por ejemplo en el Derecho anglosajón. Destaca, por tanto, sobremanera que en los sistemas anglosajones la Ley del domicilio es la que rige a la hora de la determinación del estatuto personal de los individuos. Ello sucede, claro está, en Inglaterra y en Estados Unidos, donde debido a la dificultad que existía a la hora de aplicar la Ley a personas de distintas nacionalidades asentadas en su territorio, se consideró acertadamente que lo más conveniente era la aplicación de la Ley del domicilio de dichas personas. Pero sin lugar a dudas, y a pesar de no ocupar ya en el Derecho Internacional Privado español un papel tan predominante como anteriormente, el domicilio, a falta de nacionalidad, sirve como estatuto personal subsidiario (19).

Asimismo, una cuestión que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar esta materia es la del fraude de Ley que puede producirse en el Derecho Internacional Privado, cuando lo que se trata es de burlar la Ley obteniendo un cambio de domicilio, lo que llevará a unos resultados contrarios y falaces, es decir, se obtienen con ese fraude ciertos derechos o se oculta el cumplimiento de determinadas obligaciones. Es evidente que en los casos en los que se produzca un fraude de Ley en materia de domicilio, la solución más acertada será la siguiente: el tribunal que determina el establecimiento o el cambio de domicilio debe apreciar, según la

---

(18) Cfr. VALVERDE y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español, tomo I. Parte general*, Valladolid, 4.ª edición, 1935, p. 367, nota al pie 2.

(19) Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "El domicilio", ADC, 1972, p. 550; ARJONA COLOMO: "Domicilio", cit., p. 725.

Ley del Estado al cual pertenece, si dicho establecimiento o cambio es formal, o bien si es un mero pretexto que se invoca para evitar la ejecución de una obligación tanto legal como convencional, o la aplicación de una disposición, y si debe tomarse en consideración. Por ello, la *lex fori* se configura como una restricción lógica al arbitrio del juez (20).

En relación con el fraude de Ley en el Derecho interregional, y más concretamente con la alteración fraudulenta del punto de conexión, tuvo ocasión de pronunciarse el TS en la sentencia de 5 de abril de 1994 (21), y llegó a la conclusión de que la adquisición de la vecindad foral vizcaína se había realizado con la única y exclusiva finalidad de eludir la aplicación de la legislación civil común, es decir, del Código Civil, en materia sucesoria, a través del otorgamiento de testamento conforme a la legislación foral, con la finalidad de privar a los hijos de la participación en su herencia, implicando este hecho una desheredación sin causa. Es decir, los causantes trataban de acogerse a otro ordenamiento jurídico que les proporcionaba una situación más beneficiosa, pues los causantes habían otorgado un primer testamento conforme al Código Civil, en el que respetaban por ello las legítimas de sus hijos, pero con posterioridad, y amparándose en que habían adquirido la vecindad foral vizcaína otorgaron nuevos testamentos, en el que no instituían herederos a sus hijos, sino a sus nietos.

Se ha dicho al respecto que esta sentencia es punto de referencia obligado para el análisis de la figura del fraude de Ley en el Derecho Internacional Privado, sobre todo en su dimensión interna, es decir, lo que se conoce como Derecho interregional. Para que exista fraude de Ley es preciso que concurren dos elementos: el material y el intencional. El primero de ellos supone la existencia de una norma, llamada de cobertura, que es a la que se acoge la persona que intenta que el fraude se produzca, que es en este supuesto la norma del Derecho foral, y en segundo lugar la norma que se pretende eludir, que en este caso es el Código Civil. Más concretamente, y en palabras de TORRES GARCÍA, los presupuestos necesarios para la configuración del fraude de Ley son: “a) presencia o concurrencia de dos normas: la llamada de «cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, ... y la norma «eludida», legislación civil común en materia sucesoria y que a través de aquella y de manera fraudulenta se pretende soslayar... ; b) concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad –disposiciones testamentarias– violan el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan... al adquirir

---

(20) Cfr. ARJONA COLOMO: “Domicilio”, cit., p. 730.

(21) RJ 2933.



la vecindad foral vizcaína” (22). El segundo elemento es el subjetivo o intencional, cuya prueba será difícil, pues debe demostrarse que la intención de la aplicación de otro ordenamiento jurídico se hace para burlar los efectos del ordenamiento cuya inaplicabilidad se pretende.

De esta manera, con el fraude de Ley en el Derecho interregional español, se produce una alteración maliciosa de lo que se denomina en Derecho Internacional Privado “punto de conexión”, que es la vecindad civil en este caso. Esto es de suma importancia, pues la vecindad civil es el criterio que sujeta a las personas a los distintos ordenamientos civiles que existen en España, determinando la Ley personal.

El TS en este caso llegó a la conclusión de que el otorgamiento del testamento conforme a la Ley foral se realizó en fraude de Ley, sobre la base del artículo 6.4 del CC, lo que le llevó a declarar la nulidad de los testamentos otorgados de acuerdo con el Derecho civil foral vasco, a la vez que estimó la validez de los testamentos anteriores que se otorgaron conforme al Código Civil. Ello es así porque el TS estimó que estaba probado suficientemente que el cambio de vecindad tuvo como único fin otorgar testamento para así eludir los derechos que a los hijos les hubieran correspondido de acuerdo con lo previsto en el Código Civil.

Al respecto, considero plenamente acertada la decisión del TS, pero ha sido criticada por algún sector doctrinal. En efecto, ZABALO ESCUDERO entiende que el fraude de Ley en el Derecho interregional no es según lo dispuesto en el artículo 6.4 del CC, sino en el 12.4 del mismo texto legal, pues en este último precepto es donde se establecen los elementos constitutivos del fraude de Ley en el Derecho Internacional Privado e interregional. Asimismo, considera que la declaración de nulidad del testamento otorgado conforme al Derecho foral es una sanción extrema, pues la propia naturaleza del testamento, por ser un acto de última voluntad, de acuerdo con el principio *favor testamentii*, obliga a que debe ser respetado en aquellas disposiciones que no vulneren directamente la Ley, por lo que podrían haberse considerado como válidas y eficaces las disposiciones testamentarias pertenecientes al último testamento otorgado, es decir, al que se realizó de acuerdo con la legislación civil foral vasca, en lo relativo a la porción hereditaria de libre disposición, mientras que deberían respetarse tan sólo los derechos legitimarios, que de acuerdo con el Código Civil están sustraídos a la voluntad del testador. Es decir, lo único que los hijos podrían reclamar, según el Código Civil, sería su porción de legítima, pero no la nulidad del testamento, pues el espíritu del Código Civil es salvar la última voluntad del testador siempre y cuan-

---

(22) TORRES GARCÍA, T. F.: “Comentario a la STS de 5 de abril de 1994”, CCJC, abril-agosto 1994, número 35, p. 798.

do no perjudique la porción que la ley, de forma imperativa, adjudica a los herederos forzosos (23).

Fruto de estas diferencias existentes entre domicilio, nacionalidad y vecindad civil, mientras estas dos últimas constituyen estados civiles de la persona en nuestro Derecho, el domicilio, en cambio, no es un estado civil, porque puesto que no fija el ámbito de aplicación personal de las leyes, carece de trascendencia para determinar la capacidad de obrar de las personas. Es por ello por lo que el artículo 1 de la Ley del Registro Civil no preceptúa que el domicilio sea un hecho inscribible en el Registro Civil. En cambio, sí se recoge en el punto 7.º del citado precepto que la nacionalidad y la vecindad se inscribirán en el Registro Civil, por ser hechos concernientes al estado civil de las personas (24). Así, la nacionalidad es el vínculo que une a una persona con un Estado determinado, mientras que la vecindad civil es el vínculo de dependencia regional que lleva como consecuencia la sumisión a una u otra de las legislaciones vigentes dentro de un Estado.

### III. El domicilio en el Derecho romano

Los antecedentes del domicilio, según la doctrina más acreditada, los encontramos ya en el Derecho romano (25). Así, al Derecho romano, sin

---

(23) Cfr. ZABALO ESCUDERO, M. E.: "El fraude de Ley en el Derecho interregional. Comentario a la STS de 5 de abril de 1994", *Poder Judicial*, número 36, 1994, pp. 397 y ss.

(24) En efecto, entre otros destacados internacionalistas privados, PALAO MORENO considera que la vecindad civil es un verdadero estado civil de las personas, al igual que la nacionalidad. Cfr. al respecto PALAO MORENO, G.: *Nacionalidad y extranjería*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 22 y 31.

(25) Cfr. FALCÓN, M., y ROMERO y GIRÓN, V.: *Código Civil español, tomo primero. Notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios*: MODESTO FALCÓN; *estudio crítico del Código*: VICENTE ROMERO Y GIRÓN, Madrid, 1888, p. 73; VALVERDE y VALVERDE: *Tratado...*, cit., pp. 369 y 370, nota 2; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español, volumen I, Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 4.ª edición, 1974, pp. 276 y 280; SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J.: *El Derecho Civil español*, Madrid, 1871, pp. 10 y 11; GARCÍA COYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, tomo I, Madrid, 1852, p. 48; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Estudios de Derecho Civil español*, tomo primero, Madrid, 1862, pp. 204 y 205; FERNÁNDEZ ELÍAS, C.: *Novísimo Tratado Histórico Filosófico del Derecho Civil español*, Madrid, 1873, pp. 182 y ss.; HERRERO, S.: *El Código Civil español. Recopilación metódica*, Valladolid, 1872, pp. 19 y ss. Asimismo, sobre el Derecho romano, vid. más ampliamente SALGADO, J.: "Contribución al estudio del *domicilium* en el derecho romano", RDP, 1980, tomo I, pp. 495 y ss.; BURDESE, A.: "Domicilio (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Dis - Dopp, Giuffrè Editore, 1964, pp. 837 y 838; TEDESCHI, V.: *Del domicilio*, CEDAM, Italia, 1936, pp. 1 y ss. y del mismo autor "Contributo allo studio del domicilio in diritto romano", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, volumen VII, fascículo I, Roma, 1932, pp. 214 y ss.; ORLANDI, G.: "Domicilio, residenza e dimora", *Digesto Italiano*, volumen IX, Torino, Italia, 1923, pp. 654 y 655.

lugar a dudas, debemos la descripción de los hechos y de las circunstancias que constituyen el domicilio, y ello a pesar de que en Derecho romano no se encuentra aún una teoría general del *domicilium*, pues los juristas romanos no creaban teorías ni en ésta ni en otras materias. Para el Derecho romano, el domicilio de una persona era el lugar donde tenía su residencia habitual, la cual había elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas, y donde tenía sus derechos y sus obligaciones. Por ello, el domicilio era diferente de la simple residencia (26).

Pero en el Derecho romano el concepto del domicilio no fue siempre el mismo, pues se observa una evolución en dicho concepto, hasta llegar a configurarse junto al *origo* como institución reguladora del Estado y de la capacidad de las personas. En este sentido, los romanos acabaron determinando al final de esta evolución, a través del *origo* y del *domicilium*, la Ley personal, es decir, la Ley que regía el estado y la capacidad de las personas. Del origen derivaba la ciudadanía, y del domicilio en un determinado lugar nacía la figura del *incolatus* (27).

---

(26) En el mismo sentido que en el Derecho romano se regula el domicilio en el artículo 102 del CC francés, que establece que el domicilio de una persona para el ejercicio de los derechos civiles es el lugar donde tiene su principal establecimiento.

(27) En Derecho romano solamente existía una forma de adquirir la vecindad, que era la vecindad de origen, es decir, el recibimiento formal del ciudadano o munícipe. Y es que en virtud de la Ley 1, título 1, libro 50 del Digesto, a pesar de que el origen daba la vecindad o ciudadanía (al menos por lo que respecta a los cargos y honores), también la daba al recibimiento formal de ciudadano o munícipe. Pero a los demás, aunque hubiesen fijado su domicilio, y los derechos y obligaciones tuvieran sus consecuencias en ese domicilio, se les conocía como habitantes, moradores o como *incolae*. Los *incolae*, en virtud de la Ley 2, título 39, libro 10 del Código, podían ser considerados como ciudadanos, en cuanto a los cargos y honores, si permanecían residiendo en un lugar por un tiempo de diez años. Y en otra colección legal romana (Ley 7.<sup>a</sup> del Código de Incol) se define con perfección el domicilio en el derecho: “*est locus in quo quis sedem ponit, laremque et summam rerum suarum*”. Ya la clásica doctrina francesa, que tiene como uno de sus máximos exponentes a POTHIER (POTHIER: *Euvres de Pothier. Annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, par M. BUGNET, tome premier*, Videcoq, París, 1845, p. 3), consideraba que la definición del domicilio se encuentra en la Ley 7 del Código de Incol: *ubi quis larem rerumque ac fortunarum summam constituit; undè non sit discessurus si nil avocet; undè quum profectus est, peregrinari videtur...* Dicho lo cual se observa que en el Derecho romano se había producido una conexión entre los conceptos de vecindad y de domicilio, pues se consideraba que el domiciliado estaba sujeto al príncipe o señor del lugar y que la domiciliación durante cierto tiempo (normalmente diez años) atribuía la vecindad. Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, volumen I, cit., pp. 50 y ss. A esta expresión del Código de Incol se refiere también ESCRICHE, J.: “Domicilio”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Edición notablemente corregida y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho americano por Juan B. GUIM*, tomo II, C-H, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1977, p. 359, pero este autor varía un poco la frase, pues señala que “*domicilium est locus in quo quis sedem posuit laremque, et summam rerum suarum*”. También se ha dicho que el domicilio está en el lugar en que uno vive e intencionalmente estableció el conjunto de sus cosas con ánimo de permanecer allí (“*domicilium est,*

En cambio, TEDESCHI discrepó de la doctrina mayoritaria, pues entendía que en el Derecho romano no existía una cierta evolución en la configuración jurídica del concepto del *domicilium*, y más concretamente señalaba que no existía una verdadera y propia evolución, pues a su juicio las definiciones del domicilio a lo largo del Derecho romano permanecían inalterables (28).

No obstante, a mi modo de ver, en el Derecho romano se produce una clara evolución en el concepto de domicilio, pues entiendo que dicho concepto va evolucionando al mismo tiempo que se va desarrollando la civilización romana. En efecto, el concepto originario del domicilio en el Derecho romano era simplemente el de la residencia actual de la persona. Así, tal y como ha señalado algún sector doctrinal (29), el origen del domicilio está en el momento en que el hombre abandona la vida nómada, convirtiendo en vivienda estable la precaria cabaña que utilizó en principio de forma accidental para resguardarse de la intemperie. Es decir, el domicilio surge como consecuencia del sedentarismo, en el momento en que el hombre, cansado de la vida nómada, decide afincarse en un lugar con su familia, de forma permanente y estable. En estos primeros momentos el domicilio se identificaba con el hecho material de la habitación y más concretamente con el término *domus*, que englobaba tanto la casa en la que uno habitaba como al mismo tiempo su sede jurídica, pero poco a poco irá distanciándose de él, pues empezará a adquirir un significado más amplio y abstracto, a la vez que más jurídico, que el primitivo concepto de *domus*. Dicho lo cual, haciendo un análisis más exhaustivo sobre esta evolución que sufrió a lo largo del Derecho romano el concepto *domicilium*, durante la época republicana no tenía un significado técnico, sino que equivalía a la casa donde se habitaba bien de forma temporal, bien de forma estable. Más adelante, en las fuentes romanas se ve que el término *domicilium* aparece equiparado al de *domus*, siendo usados ambos de forma indistinta y con el significado de domicilio. Por tanto, habrá que esperar a la época clásica para que en el lenguaje jurídico aparezca el concepto de *domicilium* entendido ya en sentido técnico. Es decir, la configuración jurídica del domicilio se puede establecer en la época clásica, a partir del siglo II y principios del siglo III d. C., en lo que se ha denominado “Edad de Oro del Imperio Romano”. Y en este orden de cosas parece que el legislador más importante en materia de domicilio

---

*ubi quis degit rerumque suarum summam constituit eo consilio, ut ubi maneat*”), de acuerdo con el Codex, Ley 7, título 39, libro 10. Vid. en este sentido MORALES GUILLÉN, C.: *Código Civil concordado y anotado*, tomo I, Gisbert, La Paz – Bolivia, 4.ª edición, 1994, p. 113.

(28) Cfr. TEDESCHI: “Contributo...”, cit., pp. 219 y ss.

(29) Vid. en este sentido ORLANDI: “Domicilio...”, cit., pp. 654 y 655.

fue Adriano, pues en una constitución de Diocleciano, que está contenida en el Código de Justiniano, se hace referencia a un edicto de Adriano (30). Así las cosas, resulta que en la última época imperial la legislación sobre el domicilio fue muy abundante, destacando de entre todos los legisladores no sólo Diocleciano, sino también Constantino, del cual se conservan bastantes disposiciones en el Código Teodosiano.

Sentado lo anterior, la primitiva situación del domicilio cambió cuando aumentaron las relaciones sociales, produciéndose la evolución en el concepto del domicilio a la que he hecho referencia, pues empezó a necesitarse la presencia de un nuevo elemento: la estabilidad en la residencia. Pero esa estabilidad no se deducía de la simple presencia física de la persona en un lugar como hasta entonces había sucedido, sino de la intención. Es decir, para considerar que una persona tenía su domicilio en un determinado lugar no bastaba con que fijase su residencia en él, sino que además debía ir acompañada de un elemento espiritual, que era la intención de fijar en ese lugar su domicilio. Es por ello por lo que en aquel momento empezó ya a diferenciarse claramente los conceptos de domicilio y de simple residencia, pues la residencia tan sólo integraba el domicilio cuando iba acompañada de la intención de permanencia y además si se prolongaba en el tiempo. De esta manera, surge el elemento espiritual, denominado *animus*, que fue poco a poco siendo el fundamental porque era el que prevalecía, relegando a la *habitatio* o *corpus* (es decir, el hecho mismo de la habitación, el hecho material de la vivienda o casa) a un segundo plano. Hasta tal punto llega a prevalecer el *animus* sobre el *corpus*, que incluso en algunos casos se prescinde de este último para la constitución del domicilio. Esto sucedía, por ejemplo, en el supuesto del domicilio de los senadores.

A esta doctrina del *corpus* y el *animus* se la conoce hasta nuestros días con el nombre de “doctrina romanista”, elaborada por los juristas romanos, con leves variaciones que en este estudio carecen de interés, constando de dos elementos: uno material, el *corpus* (denominado

---

(30) Esta Constitución de Diocleciano contenida en el Código de Justiniano (C. 10.39.7) establecía que “*Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio, incolas vero, sicut et divus Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit dicessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediit peregrinari iam destitit*”. En este texto se observa claramente el concepto y significado del domicilio de las personas físicas en el Derecho romano, que no era otro que el lugar donde tenía su residencia habitual elegida libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas. Pero no sólo en el Código de Justiniano, sino también en el de Teodosiano, se encuentran varias Constituciones Imperiales que tratan el domicilio en sentido técnico-jurídico. SALGADO: “Contribución...”, cit., 1980, p. 501; TEDESCHI: “Contributo...”, cit., p. 214, y *Del domicilio*, cit., p. 1; ORLANDI: “Domicilio...”, cit., p. 655.

también por algún autor *facto*) y uno espiritual: el *animus*. Por ello, no bastaba para la constitución del domicilio con la sola declaración o *animus* de tenerlo en ese lugar, ni tampoco la sola posesión de bienes inmuebles que pudieran constituir domicilio, sino que era preciso que concurrieran los dos elementos, tanto el material como el espiritual. De este modo, ni la residencia sin el ánimo ni el ánimo sin la residencia bastaban para constituir el domicilio de una persona. En este sentido, por ejemplo, se establecía que los estudiantes no tenían su domicilio en el lugar donde cursaban sus estudios, porque a la residencia no se le acompañaba el requisito de la intención de tener allí su domicilio. Pero existía una excepción en este punto, pues ese *animus* de permanencia se presumía cuando la residencia duraba al menos diez años. Esta doctrina romanista fue perfeccionada en el Derecho intermedio y es defendida incluso en la actualidad por algún sector doctrinal (31).

En relación con lo anterior, existía en el Derecho romano el denominado *animus revertendi*, que implicaba el ánimo de volver a un lugar cuando se había partido de él, es decir, se consideraba que existía este *animus* cuando la persona se ausentaba de su domicilio de forma temporal por cualquier causa, pero continuaba conservando el deseo de regresar a él cuando dicha causa desapareciera. Este *animus revertendi* marcó un punto decisivo en la evolución del concepto del domicilio en el Derecho romano, sin olvidar que tiene una gran importancia aún en el Derecho inglés (32).

Así las cosas, el domicilio, tras la formulación de la doctrina romanista, se configuraba en el Derecho romano como el lugar donde cada persona realizaba sus propios negocios y donde tenía sus correspondientes derechos y obligaciones. Además estaba marcado por un carácter familiar y religioso, pues constituía el lugar donde el hombre practicaba el culto de su religión vinculado con los muertos. Consecuencia de este carácter religioso y familiar que tenía la casa romana, en las leyes romanas imperaba el principio de la santidad y de la inviolabilidad de la misma, resultando que el pueblo romano respetaba y veneraba la casa de cada ciudadano, por lo que nadie podía ser sacado de su casa, salvo que hubiese prestado su consentimiento y fuera conveniente considerar a la casa como lugar público. Por ello, el carácter religioso que tenía el domicilio en aquel momento implicó que tuviera el carácter de inviolable, pues se consideraba que dicha inviolabilidad era fruto de la libertad del hombre y del derecho que tenía a que se le respetase su vida íntima y familiar,

---

(31) Vid. sobre esta cuestión mi trabajo *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 206 y ss.

(32) Así lo ha señalado SALGADO: "Contribución...", cit., p. 502.

idea consagrada en los diferentes ordenamientos jurídicos actuales en mayor o menor grado. Además, la *Lex Cornelia* se encargó de crear la acción para vengar la ofensa de la violación del domicilio, que podía ejercitarse no sólo cuando en el hecho concurriera violencia, sino también por el hecho de la simple entrada ilegal.

En Roma se tenía libertad a la hora de fijar o constituir el domicilio. En efecto, en la Ley 32, título 1, libro 50 del Digesto, se establecía que cualquiera podía establecer su domicilio donde quisiera, a no ser que le estuviese prohibido. Esto era así porque en el Derecho romano se consideraba que la libertad en materia de domicilio era esencial, no pudiendo restringirse por una disposición de derecho privado, aunque, no obstante lo anterior, en derecho público romano existía más de una clase de restricciones, en los casos de los domicilios necesarios, pues todo empleado público debía tener un domicilio necesario, al igual que sucedía con los senadores, que tenían de manera imperativa su domicilio en Roma.

Una cuestión a tener en cuenta es que el Derecho romano admitía la pluralidad de domicilios, lo cual conllevó no pocos problemas, pues para el Derecho romano el fuero o domicilio de origen era necesario e irrenunciable, a pesar de que se adquiriese domicilio en otra patria. En este sentido, algún jurisconsulto romano consideró que no era posible la pluralidad de domicilios, entendiéndolo incluso que el que tenía su actividad por igual en varios lugares no tenía su domicilio en ninguno de ellos, pero a través de varias alternativas (entre ellas la existencia del domicilio de origen), lo cierto es que se acabó admitiendo esa pluralidad incluso ya en la época del Derecho clásico. De este modo, según las Leyes 5 y 6, párrafo 2, y 27, párrafo 2, título 1, libro 50 del Digesto, se admitía que una persona pudiera tener domicilio en dos lugares diferentes (33).

Además, en el Derecho romano, el domicilio experimentó su evolución máxima en el momento en el que los jurisconsultos romanos admi-

---

(33) Decía textualmente: "*licet difficile est si pluribus locis ex aequo negotietur: si utrobique ita sit instructus, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videtur: si quis instructus sit duobus locis equaliter, neque hic, quam illic, minus frequenter commoretur*". GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, volumen I, cit., p. 53. Por lo que respecta al domicilio de origen, con posterioridad al Derecho romano, la Escuela de Bolonia admitió la existencia de un "domicilio natural" o también denominado "domicilio de origen", tratándose del domicilio que se adquiría en el momento del nacimiento, siendo el lugar donde efectivamente se nacía o bien el lugar donde tenía su domicilio el padre, tal y como sucedía en el Derecho romano. Asimismo, debido a esta equiparación que se tenía entre domicilio y origen, las Escuelas francesa y holandesa utilizaron el domicilio como determinante del estatuto personal, cumpliendo las mismas funciones que cumple la nacionalidad en el actual derecho español. Además, actualmente en el Derecho inglés el domicilio sigue siendo el criterio utilizado a la hora de determinar el estatuto personal, por la importancia que tiene el domicilio de origen (Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, vol. I, cit., pp. 50, 51 y 54; ARJONA COLOMO: "Domicilio", cit., p. 714).

tieron la posibilidad de la pluralidad de domicilios. Por el contrario, resultaba difícil considerar que una persona no tuviera domicilio, a pesar de que algún jurisconsulto consideró que en determinados supuestos muy raros podría darse esa situación. Una de esas situaciones era, por ejemplo, cuando una persona abandonaba su domicilio y se iba de viaje, ya fuera por mar, ya fuera por tierra, buscando un lugar donde instalarse, mientras no encontrase ese lugar. Pero lo normal en la práctica era que al abandono de un domicilio le siguiera la adopción de uno nuevo, por lo que en las fuentes romanas ese cambio se conocía con el nombre de traslación de domicilio (34). Lógicamente, la pérdida del domicilio, al igual que su constitución, se verificaba por un acto libre de voluntad, no bastando la simple declaración, sino que era necesario que el cambio de domicilio fuese real y efectivo.

También en Derecho romano, como sucede en el Derecho español, existieron supuestos de domicilio legal o necesario, pues el Derecho público en Roma, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho privado, sí establecía límites a la libertad de constituir el domicilio, pues los empleados públicos tenían un domicilio necesario. Tal era el caso de los militares, los cuales tenían su domicilio en el lugar donde estaban prestando su servicio. Pero, en cambio, no tenían ese domicilio cuando poseyeran bienes en su patria (35).

Otro supuesto de domicilio legal o necesario en Derecho romano era el de los senadores, los cuales tenían su domicilio en Roma (también denominada "*Sacratissima Urbe*"), pues tenían la obligatoriedad de establecer su domicilio en la capital del Imperio, por razón de su dignidad, debido a que allí sus funciones eran vitalicias y continuas, aunque además podían tener otro domicilio voluntario donde ellos quisieran. Pasó el tiempo, y los senadores romanos conservaron ese domicilio como simple *domicilium dignitatis*, ya que tenían la posibilidad de conservar el anterior a su designación como senador o bien adquirir otro domicilio donde realmente residieran habitualmente.

El domicilio también era necesario en el caso de los desterrados (también llamados "relegados" en el Derecho romano) y el de los manumitidos (denominados también "libertinos"). En efecto, el domicilio del desterrado también era necesario, pues tenía su domicilio en el lugar donde

---

(34) También la doctrina ha hecho referencia a la traslación de la residencia habitual, que implica a su vez el cambio de domicilio. Vid. en este sentido TEDESCHI, V.: "Comentario a la sentencia de la Corte di Appello di Firenze, 26 febbraio 1935", *Rivista di Diritto Privato*, volumen V, parte seconda, CEDAM, Padova, Italia, 1935, pp. 252 y ss.

(35) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, volumen I, cit., pp. 50 y ss.; SALGADO: "Contribución...", cit., p. 503; TEDESCHI: "Contributo...", cit., p. 231; TEDESCHI: *Del domicilio*, cit., pp. 7 y 8.



estaba desterrado durante todo el tiempo que duraba dicha pena, o lo que es lo mismo, en el lugar donde cumplían su condena, y los manumitidos, al igual que sus descendientes, tenían el domicilio de sus patronos, aunque posteriormente tuvieron la posibilidad de elegir libremente domicilio donde quisieran. Pero bien es cierto que, a pesar de la anterior afirmación, el domicilio del liberto en los textos de Derecho romano tiene una regulación ciertamente contradictoria. En efecto, por un lado se considera que los libertos tienen el domicilio de sus patronos, al igual que sus descendientes. Pero, por otro lado, se añade en algún texto que los libertos tienen la obligación de desempeñar el cargo en el lugar de donde fue su patrón y donde ellos mismos tuviesen su domicilio. Finalmente, en otro texto que trata de los manumitidos, se establece que el manumitido es munícipe de la ciudad de la persona que lo manumitió, no siguiendo al domicilio, sino a la patria de éste, y si tuviera patrono que fuera munícipe a la vez de dos ciudades, por la manumisión sería munícipe de ambas ciudades (36).

Continuando con el domicilio necesario en Roma, la mujer casada tenía el domicilio de su marido, quedando exenta de las cargas personales de su domicilio de origen, pero no de las que afectaban a sus bienes en el lugar donde estuviesen situados éstos. Asimismo, la viuda tenía el domicilio de su difunto marido, pero siempre y cuando no contrajera nuevas nupcias, y la mujer que contrajo matrimonio no legítimo no podía desempeñar cargos en el lugar de donde eran sus maridos, sino tan sólo en el lugar de donde ellas mismas eran oriundas. Finalmente, otro caso de domicilio legal sería el de los hijos, que tenían el domicilio del padre mientras viviesen juntos. En este sentido, algún autor ha considerado que, en el caso de la mujer casada y de los hijos, realmente no estamos ante un supuesto de domicilio necesario, sino más bien de domicilio relativo, pues se establecen sobre la base de las relaciones existentes entre dos personas, determinando el domicilio de una el de la otra (37).

A pesar de que el hijo seguía ostentando el origen o fuero originario del padre desde el momento de su nacimiento, podía también tener distinto domicilio y elegir otro, y ello porque para los romanos la patria potestad no se extinguía ni por matrimonio ni por la mayor edad. Esto se establecía en las Leyes 3, 4 y 6, párrafo 1, y 17, párrafo 11, título 1, libro 50 del Digesto. En el caso de los hijos emancipados, si había cambiado de

---

(36) En este sentido, D. 50.1.22.pr., D. 50.1.22.2, D. 50.1.37.1, D. 50.1.27.pr., a los que hace referencia SALGADO: "Contribución...", cit., pp. 504 y 505; TEDESCHI: "Contributo...", cit., p. 230.

(37) Cfr. en este sentido sobre los domicilios legales en el Derecho romano ARJONA COLOMO: "Domicilio", cit., p. 716, y SALGADO: "Contribución...", cit., pp. 503 y ss., sobre los domicilios legales y los que él considera como relativos.

domicilio, correspondía a éste la prueba de dicho cambio, en virtud de la Ley 3, título 38, libro 10 del Código y 17, párrafo 11, título 1, libro 50 del Digesto. Asimismo, los hijos podían ser compelidos a las cargas u honores en el domicilio de origen del padre, pero no en el de la madre aunque hubiesen nacido en el lugar del domicilio de la madre, siempre y cuando no estuvieran retenidos en ese domicilio. Y también de los textos latinos se deduce que el domicilio del padre no obligaba al hijo que habitaba en otros municipios a los cargos civiles de una ciudad ajena, pues se consideraba que, en relación con el padre, era temporal la razón del domicilio (38).

Recapitulando todo lo anterior, el domicilio en el Derecho romano podía clasificarse, atendiendo al hecho del cual se derivaba, según el origen, la elección y la Ley. En primer lugar, en cuanto al origen, o lo que es lo mismo, a la ciudadanía, se establecía el domicilio necesario o de origen, por el cual los que nacían en una ciudad conservaban siempre su domicilio en ella, puesto que no podían renunciar a él, para que así no pudieran eximirse de las cargas que tal domicilio llevaba consigo. En cambio, había una excepción a este domicilio, puesto que los senadores y sus descendientes tan sólo conservaban el domicilio de origen "*quantum ad honorum, no quantum ad munera*" (39). En segundo lugar, además del domicilio de origen, en virtud de elección existía el domicilio voluntario, ya que el sujeto podía domiciliarse y trasladar su domicilio donde quisiera. La determinación de este domicilio voluntario se producía por el hecho de la residencia habitual, no accidental, ya que, en este último caso, la persona que tuviese una residencia accidental era considerada forastera. La residencia habitual se establecía donde estaba situada la sede principal de los negocios, y en caso de que se tuvieran establecimientos en diferentes lugares, residiéndose en ambos indistintamente, se consideraba que ese individuo tenía dos domicilios. Y en tercer lugar existían los domicilios necesarios, a los que acabo de hacer referencia.

Por lo que respecta a los efectos que tenía el domicilio en el Derecho romano, en la época republicana el domicilio no planteaba ningún problema, pues los derechos y deberes de los ciudadanos romanos les seguían a todas las partes, alcanzándoles la competencia de los magistrados de Roma a todos los lugares donde se encontrasen. En esta época se consideró que tan sólo podría hablarse del comienzo de un "domicilio político" al dividirse las tribus en urbanas y rústicas. Además el origen era el que determinaba la cualidad de ciudadano romano o de provincias, pero

---

(38) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo II, cit., p. 270; TEDESCHI: "Contributo...", cit., p. 233; SALGADO: "Contribución...", cit., p. 504.

(39) La "munera" era la obligación de participar en las cargas de la ciudad.

no se tenía en cuenta a estos efectos el domicilio. En este período se utilizan indistintamente los términos *domicilium* y *domus*, con la consecuencia de que todavía el *domicilium* no está dotado de un significado propiamente técnico-jurídico, sino que hace referencia al hecho material y concreto de *domus*. Habrá que esperar a la época clásica para que el domicilio se configure jurídicamente al lado del *origo* como un instituto regulador del estado y de la capacidad de la persona, entendiéndose que es el lugar donde la persona tiene su residencia habitual y el centro de sus principales negocios y donde además disfruta de derechos y tiene obligaciones. De esta manera, hasta el año 212 d. C., el domicilio no adquirió una importancia jurídica considerable, pues en ese año Caracalla concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio romano. Así, el Imperio se organizó en provincias, con igualdad de derechos en todas ellas, teniendo además cada una de ellas sus propios magistrados, por lo que, al pasar Roma a ser considerada como una provincia más, el domicilio determinaba desde entonces de qué provincia y de qué municipio cada persona era habitante, al mismo tiempo que establecía la competencia de los magistrados. Esta situación provoca que la mayoría de los ciudadanos de Roma tuviesen dos patrias: la de su nacimiento y Roma. Es a partir de este momento cuando empieza a no diferenciarse con claridad el origen y el domicilio, resultando que este último será el que determinará la provincia a la que pertenece cada persona. De esta manera, a partir de entonces, el domicilio empezó a desplegar los mismos efectos que el *origo*, pasando a regular el estado y la capacidad de las personas, es decir, la obligación de participar en las cargas de la ciudad (esta obligación alcanzaba a todos los que pertenecían a la ciudad, ya fuera como ciudadanos o como domiciliados), la obediencia a los magistrados municipales y el derecho especial de una ciudad que le era aplicable como atributo de su persona. Finalmente, el fuero en todos los procesos era el del domicilio del demandado, no el del demandante, tal y como sucede en nuestro Derecho actual, a salvo, claro está, los casos de sumisión expresa o tática y los fueros legales (40).

#### IV. El domicilio en el Derecho intermedio (41)

Hemos visto que el Derecho romano configura la teoría romanista del domicilio, según la cual el domicilio se compone de dos elementos, uno

---

(40) Cfr. SALGADO: "Contribución...", cit., pp. 506 y ss.

(41) Sobre el domicilio en el Derecho intermedio, *vid.* más ampliamente TEDESCHI: *Del domicilio*, cit., pp. 9 y ss.; BARATTA, V.: "Domicilio, residenza e dimora", *Nuovo Digesto Italia-*

material, denominado *corpus* (en el Derecho intermedio también designado como *habitatío*) y otro espiritual, denominado *animus*. En el Derecho intermedio esta doctrina romanista se perfecciona, llegando incluso a entender que el domicilio se conserva única y exclusivamente en virtud del *animus* o la intención. Asimismo, de acuerdo con el Derecho intermedio, se admitía por regla general la pluralidad de domicilios. En cuanto a la ausencia de domicilio, en el Derecho romano no se concebía que una persona no tuviera domicilio, acentuándose en el Derecho intermedio, pues se consideraba que por el simple hecho de que una persona hubiera nacido no podía entenderse que no tuviera domicilio. Pero, a pesar de ello, el Derecho intermedio se vio obligado a reconocer que ciertas personas carecían de domicilio, denominándolas por ello vagabundos. También en el Derecho intermedio existían supuestos de domicilios legales, destacando el del menor, que tenía el domicilio de sus padres, y la mujer casada, que tenía el domicilio del marido ya desde el Derecho romano prácticamente hasta nuestros días, debido a la obligación que tenía la mujer casada de cohabitar con su marido (42).

El Derecho canónico en el Derecho intermedio tuvo una importancia fundamental, aunque bien es cierto que, al igual que en el Derecho común en general de aquella época, por lo que respecta a la materia del domicilio, no presenta diferencias sustanciales con el Derecho civil.

## V. Precedentes en la legislación española

Analizado ya el Derecho romano, el cual considero sin lugar a dudas como el precedente de la concepción del domicilio en nuestro Derecho, en nuestra legislación encontramos pocos precedentes en esta materia. Aún así destacan los siguientes:

En las **Partidas**, la Ley 2.<sup>a</sup>, título XXIV de la Partida IV, señala “*que produce naturaleza, moranza de diez años que faga en la tierra, magüer sea natural de otra*”. Y sobre las cuestiones de competencia, la Ley 32, título II de la Partida III, establece que “*si oviere seydo morador en aquella tierra diez años en que la facen la demanda*”. Esta Ley de la Partida III se refiere, al igual que el Derecho romano, al fuero de origen o naturaleza, pero para GARCÍA GOYENA nunca debió estar en uso (43).

---

no, V, 1938, p. 175 y ORLANDI: “Domicilio...”, cit., p. 655; GROSSI, P.: “Domicilio (Diritto Intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto, XIII, Dis - Dopp*, Giuffrè Editore, 1964, pp. 838 y ss.

(42) Esta situación cambió con la Ley de 2 de mayo de 1975, de reforma del Código Civil, inspirada en el principio de igualdad de los cónyuges, y con esa Ley, el anterior artículo 58 del CC comenzó a establecer que los cónyuges fijarían desde entonces de mutuo acuerdo su lugar de residencia.

(43) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., p. 48.

En la Ley 32, título 2, Partida 3, se regulaba un supuesto de domicilio electivo, al igual que en la Ley 21, título 7, libro 44 del Digesto. Y en los títulos 14 y 15 de la Partida 6 se hacía referencia a la competencia del juez que debía conocer de la partición de la herencia y de todos sus incidentes, pero sin hacer ninguna alusión a cuál de todos los jueces debía ser el competente para conocer de esos asuntos (44).

La Ley 2.<sup>a</sup>, t. 26, I, 7.<sup>a</sup> del suplemento de la **Novísima Recopilación** de 1805, establecía que los militares dedicados al servicio de la Corona y a la defensa de la patria en el extranjero tenían el derecho de vecindad en los pueblos donde últimamente la tenían. Y la Ley 6.<sup>a</sup>, título IV, libro VII de la Novísima Recopilación, a propósito de las personas en quienes podían recaer los cargos municipales, señalaba lo siguiente: *"tanto que sean vecinos y moradores de los tales oficios y naturales de ellas, ó que hayan sido vecinos de ellas diez años"*.

Pero tanto en estas Leyes de las Partidas como en las de la Novísima Recopilación de 1805, en las que se consideraba que la vecindad provenía del domicilio, ambos conceptos, la vecindad y el domicilio, significaban residencia prolongada en un punto y con ánimo de permanecer en él. Y es que en estos cuerpos legales se distinguía entre vecinos o moradores de un pueblo y no vecinos o transeúntes. Así, era vecino o se entendía que tenía vecindad cualquier residente en el lugar, aunque se tratase de una residencia temporal. De esta manera, se consideraba en sentido impropio que un sujeto era vecino de un lugar aunque residiera temporalmente en él. Tal era el caso, por ejemplo, de los menstrales, los estudiantes y los mozos de soldada, los cuales podían ser testigos en los testamentos nuncupativos, según lo establecido en la Novísima Recopilación 7, 5, 1, ya que exigía el requisito de la vecindad para las personas que fueran a ser testigos. En cambio, en un sentido más estricto y jurídico, vecino era aquel que tenía establecido en un lugar determinado su habitación o domicilio con ánimo de permanecer en él. Se presumía que existía ese ánimo cuando hubiesen transcurrido diez años, según la Partida 4, 24, 2 y la Novísima Recopilación 7, 4, 6. En cambio, diferenciándose de los vecinos o moradores, los transeúntes eran las personas que vivían o se hallaban en algún lugar sin ser vecinos del mismo (45).

---

(44) En la Ley 32, título 2 de la Partida 3, se señalaba textualmente que *"la sesta es, quando el demandado, ó otro cuyo heredero el fuesse, oviesse puesto algun pleito, ó prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra, donde fuesse juez, aquel ante quien le fazen la demanda, ó lo oviesse fecho ó prometido en otra, poniendo de lo cumplir alli"*. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 55 y 270.

(45) Cfr. PUIG FERRIOL, L.: *Fundamentos de Derecho Civil, tomo I, volumen I, Primera parte. Parte General: Sujeto y Objeto del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, de PUIG BRUTAU, pp. 126 y 127; PUIG FERRIOL, L.: "Cuestiones en torno al domicilio civil de las personas", RDP,

En el **Real Decreto de 17 de noviembre de 1852** se encuentra un precedente muy claro del domicilio actual, cuando se refiere a los extranjeros domiciliados. En efecto, en el artículo 3 del RD se consideraba que los extranjeros que residieran en España y que no fueran tenidos por españoles porque no hubieran adquirido carta de naturaleza ni ganado vecindad, se podrían clasificar en extranjeros domiciliados o transeúntes. Y, según el artículo 4 del RD, se entendía que eran extranjeros domiciliados, para los efectos legales, aquellos que se hallaban establecidos con casa abierta o residencia fija o prolongada por tres años y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en territorio de la Monarquía con el permiso de la autoridad superior civil de la provincia. En cambio, eran extranjeros transeúntes, según el artículo 5 del RD, los extranjeros que no tuvieran su residencia fija en el reino del modo que expresaba el artículo 4. Es decir, ya en este Real Decreto se consideraba que un extranjero estaba domiciliado en un lugar cuando tenía residencia fija o prolongada en él, por lo que puede considerarse como un claro precedente del actual artículo 40 del CC, que preceptúa que el domicilio de las personas naturales es el lugar donde tienen establecida su residencia habitual.

Además, en el artículo 12 del RD de 1852 se establecía que no tenían derecho a ser considerados como extranjeros en ningún concepto legal aquellos que no se hallasen inscritos en la clase de transeúntes o domiciliados en las matrículas de los gobiernos de las provincias y de los cónsules respectivos de sus naciones. En este sentido, las inscripciones debían renovarse en el caso de pasar el extranjero de la clase de transeúntes a la de domiciliados. Asimismo, en relación con este particular, la Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870, en su artículo 3, establecía que los jueces municipales (de paz, municipales y comarcales) tenían la obligación de inscribir en los libros a ellos encomendados las justificaciones que hiciesen los extranjeros manifestando su intención de querer fijar su domicilio en el territorio español.

El artículo 17 del RD de 17 de noviembre de 1852 preceptuaba que todos los extranjeros, tanto los avecindados como los transeúntes, tenían derecho de entrar y salir libremente de los puertos y poblaciones de España y de transitar con igual libertad en su territorio, pero, eso sí, sujetándose a las reglas establecidas por las leyes para los españoles, así como a los reglamentos de puertos y policía. Además, de igual manera que para los españoles, el artículo 19 del RD señalaba que los extranjeros domiciliados podían ejercer el comercio al por mayor y al por menor, bajo las condiciones que para los españoles se establecían en las leyes y en los re-

---

1978, pp. 235; VÁZQUEZ BOTE, E.: "Concepto del domicilio en Derecho portorriqueño. Dictamen", RCDI, 1990, pp. 157 y 158.

glamentos, y tenían derecho también de disfrutar de todos los aprovechamientos comunes del pueblo en donde tuvieran su domicilio. En este sentido, y por lo que a los extranjeros transeúntes se refería, el artículo 20 del RD determinaba que podían hacer el comercio al por mayor con sujeción a las leyes y disposiciones que regían en el reino. Y según el artículo 21 del RD, tanto los extranjeros domiciliados como los transeúntes estaban obligados al pago de los impuestos y contribuciones de toda clase que correspondieran a los bienes raíces de su propiedad y al comercio o industria que ejercieran, con arreglo a las disposiciones y leyes generales del reino. Según el artículo 22 del RD, los extranjeros domiciliados estaban sujetos al pago de los préstamos, donativos y toda clase de contribución extraordinaria o personal, de las que estaban exentos los extranjeros transeúntes, así como a los impuestos municipales, vecinales y provinciales. En este sentido, según el artículo 23 del RD, tanto los extranjeros domiciliados como los transeúntes estaban exentos de las cargas concejiles personales, pero los domiciliados que tuvieran casa abierta por sí estaban sujetos a las cargas de alojamiento y bagajes. Pero el artículo 25 de la Constitución de 1869 eliminó la diferencia que establecía el RD de 1852 entre extranjeros domiciliados y transeúntes.

Por lo que respecta al servicio militar, el artículo 24 del RD de 17 de noviembre de 1852 establecía que tanto los extranjeros domiciliados como los transeúntes y sus hijos, cuando no hubiesen optado por la nacionalidad española, estaban exentos del servicio militar. En cambio, esta excepción no alcanzaba a los nietos cuando sus padres hubieran nacido ya en territorio español, aunque conservasen aún la nacionalidad extranjera. Según el artículo 27 del RD, el extranjero que se encontrase inscrito en la clase de extranjero domiciliado podía ejercer los derechos municipales en las elecciones para los Ayuntamientos y obtener cargos municipales o empleo en las diversas carreras del Estado, pero siempre y cuando renunciase expresamente por sí y por sus hijos a la exención del servicio militar y a toda protección extraña en lo relativo al servicio de sus cargos.

En cuanto a los abintestatos de los extranjeros domiciliados y transeúntes en España, el artículo 28 del RD establecía que la autoridad local, de acuerdo con el cónsul de la nación del finado, debía formar el inventario de los bienes y efectos, y también debía adoptar las disposiciones convenientes para que estuviesen en segura custodia hasta que se presentase el heredero legítimo o la persona que legalmente le representase.

Por lo que se refiere a la competencia de los tribunales españoles, el artículo 29 del RD determinaba que los extranjeros domiciliados y transeúntes estaban sujetos a las leyes de España y a los tribunales españoles por los delitos que cometieran en el territorio español, y para el cumplimiento de las obligaciones que contrajeran en España, o fuera de ella,

pero siempre que fueran a favor de súbditos españoles. Y el artículo 32 del RD preceptuaba que los extranjeros domiciliados y transeúntes tenían derecho a que los tribunales españoles les administrasen justicia con arreglo a las leyes, en las demandas que entablasen para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en España, o que debían cumplirse en territorio español, o cuando versasen sobre bienes sitos en territorio español (46).

En esa época se consideraba que las circunstancias que debían concurrir en los extranjeros para considerarse vecinos de alguno de los reinos de España eran las siguientes: todo extranjero que obtuviera privilegio de naturaleza se entendía que era vecino. También el que naciera en España, el que en España se convirtiera a la Fe Católica y el que viviendo sobre sí estableciera su domicilio (47).

También eran circunstancias que determinaban la vecindad de los extranjeros el que pidiesen y obtuviesen la vecindad en algún pueblo, o el que se casasen con mujer natural de España y habitasen domiciliados en el reino. En el caso de que la mujer extranjera se casase con español, como se hacía del fuero y domicilio de su marido, se consideraba también que era vecina. Incluso era vecino el que se arraigaba comprando y adquiriendo bienes raíces y posesiones, y el que siendo oficial viniese a morar y ejercer su oficio. Pero la STS de 23 de julio de 1868 (48) estableció que el ejercicio de un oficio o industria por un extranjero en una población durante cierto número de años no suponía por sí solo vecindad, sino domicilio. También se consideraba vecino el que morase y ejerciera oficios mecánicos, o tuviese tienda en la que vendiese al por menor, e incluso el que tuviera oficios de Concejo públicos, honoríficos o cargos de cualquier género que sólo pudieran usar los naturales. Por esta razón, la STS de 16 de julio de 1860 (49) determinó que aunque los hijos de un extranjero, nacidos en España, mientras estuvieran bajo la patria potes-

---

(46) En torno a esta cuestión, el TS, en la sentencia de 24 de agosto de 1865 (CJC, t. XII, núm. 291), y de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del RD de 17 de noviembre de 1852, consideró que, puesto que resultaba acreditado que el interesado estaba matriculado en el Gobierno civil y en el Consulado francés como súbdito de esta nación, gozaba del fuero de extranjería, por lo que, de acuerdo con el citado artículo 30, era juez competente para conocer de los pleitos que contra el mismo se promoviesen el juzgado de extranjería de la plaza de Málaga.

(47) De esta manera, la jurisprudencia llegó a considerar que era prueba suficiente de que un extranjero vivía sobre sí y había establecido su domicilio en España, por el hecho de ser contratista de obras públicas y haber solicitado y obtenido del Ayuntamiento de un pueblo que se le considerase como vecino para el aprovechamiento de los disfrutes que tenían sus vecinos, en razón de lo que establecía el artículo 20 de la Ley de 14 de noviembre de 1855, sin que para ese efecto obstase la inscripción en los registros extranjeros.

(48) CJC, tomo XVIII, número 211.

(49) CJC, tomo V, número 241.



tad, debían seguir la condición de su padre, perdían después la cualidad de extranjeros y adquirían la de españoles si optaban por algún empleo o cargo público que los eximía de la tutela de su padre, y ello porque en España sólo los españoles podían obtener los cargos o empleos públicos. Además, de acuerdo con esta sentencia, una vez adquirida la cualidad de ciudadano español, no se podía perder por la sola voluntad del interesado, hallándose en España, no siendo suficiente tampoco para adquirir el fuero de extranjería el hecho de inscribirse en la matrícula de un consulado extranjero y del Gobierno Civil de la provincia, puesto que para perder la condición de español no bastaba el simple deseo o voluntad de perderlo del interesado, sino que lógicamente se perdía por alguno de los motivos que la Constitución y las leyes establecían (50). Asimismo, en relación con esta cuestión, se consideraba también que los extranjeros eran vecinos cuando gozasen de los pastos y comodidades que eran propios de los vecinos, los que morasen diez años con casa poblada en España, y lo mismo en todos los demás casos en que, conforme al derecho común, reales órdenes y leyes, el extranjero adquiriese naturaleza o vecindad, y que según ellas estuviese obligado a las mismas cargas que los españoles (51).

Continuando con la legislación española en materia de domicilio, en la **Ley municipal de 20 de agosto de 1870** se consideraba que los habitantes de un término municipal se dividían en residentes y transeúntes. Los residentes se subdividían a su vez en vecinos y domiciliados (art. 10 de esta Ley de 1870). Era vecino todo español emancipado que residiera habitualmente en el término municipal y se hallase inscrito con tal carácter en el padrón del pueblo. Por el contrario, se estimaba que era domiciliado todo español que sin estar emancipado residiera habitualmente en el término, formando parte de la casa o familia de un vecino. Y transeúnte era todo aquel que, no estando comprendido en ninguno de los conceptos anteriores, se encontrase en el término accidentalmente (art. 11 de la Ley de 1870). Asimismo, todo español debía estar empadronado como vecino o domiciliado en algún municipio, y el que tuviera residencia alternativa en varios tenía que optar por la vecindad en uno de ellos. Por ello, del artículo 12 de la Ley de 20 de agosto de 1870, en consonancia con lo que se establecía en el artículo 37 del Proyecto de Código Civil de 1869 (como se verá más adelante), donde se establecía que nadie podía ser vecino de más de un pueblo, resultaba que si alguna persona se hallaba ins-

---

(50) Y en el caso que se enjuiciaba no había ninguna duda de que la persona en cuestión no era extranjera, puesto que si bien lo fue su padre, él había adquirido vecindad en España, viviendo en territorio español más de veinte años desarrollando la carrera militar.

(51) Cfr. HERRERO: *El Código...*, cit., pp. 24 y 25.

crita en el padrón de dos o más pueblos, debía considerarse como válida la vecindad últimamente declarada, quedando desde entonces anuladas las anteriores.

Según el artículo 13 de la Ley de 1870, la cualidad de vecino se declaraba de oficio o a instancia de parte por el Ayuntamiento respectivo, y según el artículo 14, el Ayuntamiento debía declarar de oficio vecino a todo español emancipado que en la época de formarse o rectificarse el padrón llevase dos años de residencia fija en el término municipal. También debía hacer igual declaración respecto a los que en las mismas épocas ejerciesen cargos públicos que exigiesen la residencia fija en el término, aun cuando no hubiesen completado los dos años. Y según el artículo 15 de la Ley de 1870, el Ayuntamiento, en cualquier época del año, debía declarar como vecino a todo el que lo solicitase, sin que por ello quedara exento de satisfacer las cargas municipales que le correspondieran hasta aquella fecha en el pueblo de su anterior residencia. Pero eso sí, el solicitante debía probar que llevaba en el término una residencia efectiva continuada por espacio de seis meses como mínimo. Y ello porque resultaba necesario que las leyes administrativas explicasen el sentido de las palabras vecindad y domicilio, las cuales habían sido utilizadas en las leyes antiguas, pero no habían sido bien definidas y delimitadas, quizá porque se partía de la idea de que el domicilio era la primera condición de vecindad, dando lugar a esa oscuridad que se observaba en las leyes con estos términos. Sobre esta cuestión, algún autor (52) en el año 1862 consideraba que la vecindad englobaba en todos los casos el domicilio, pero estimaba que el domicilio podía existir, y de hecho existía, antes de haber nacido la vecindad.

**La Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870**, en el título V, artículos 96 a 102, señalaba que tanto la fijación de residencia de un extranjero en España como los cambios de domicilio que hacía el que ya residía, se anotaban en el registro o registros correspondientes. Así, de acuerdo con el artículo 110 de la LRC de 1870, los extranjeros que quisieran fijar su residencia o domicilio en territorio español debían declararlo así ante el juez municipal del pueblo en el que pensaban residir, el cual procedería en el acto a la correspondiente inscripción en el registro de ciudadanía. Además, el interesado debía declarar, y se expresaba en la inscripción, el objeto que se proponía al fijar su domicilio en España, tanto si era el de ejercer el oficio o profesión que hubiera declarado como el de arraigarse y vivir de sus rentas, o cualquier otro motivo. El artículo 111 continuaba señalando, con referencia al cambio de domicilio, que

---

(52) Vid. en este sentido GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Estudios...*, cit., p. 204.

también debían inscribirse en el registro de ciudadanía los cambios de domicilio que hicieran los extranjeros de un término municipal a otro. Esa inscripción se debía hacer primeramente en el registro del distrito que se abandonaba, y con presencia de certificación auténtica de ella debía repetirse en el registro del distrito del domicilio nuevamente elegido. Así se evitaba la dualidad de inscripciones en los registros de distintas localidades. En circunstancias similares, y por lo que respecta a las cartas de naturaleza que concedía el Gobierno español a un extranjero, no producían ningún efecto hasta que estuviesen inscritas en el registro civil del domicilio elegido por el interesado, o en el de la Dirección General si no fuera a fijar su residencia en España. En este sentido, según el artículo 102, los extranjeros que hubieran conseguido la vecindad en un pueblo español gozaban de la consideración y de los derechos de españoles desde el instante en que se hiciera la correspondiente inscripción en el registro civil. Al efecto, era obligatorio que presentasen ante el juez municipal de su domicilio justificación bastante, practicada con citación del ministerio público, de los hechos en virtud de los cuales se ganaba dicha vecindad, renunciando en el acto a la nacionalidad que antes tenían (53).

La **Ley Municipal de 2 de octubre de 1877** dividía en el artículo 11 a los habitantes de un término municipal en residentes y transeúntes, subdividiéndose a su vez los residentes en vecinos y domiciliados, fijando la condición de domiciliado sólo a los efectos del Derecho administrativo. En el artículo 12 se establecía que era vecino todo español emancipado que residiese habitualmente en un término municipal y que se hallase inscrito con tal carácter en el padrón del pueblo. Por el contrario, se entendía que era domiciliado “todo español que, sin estar emancipado, reside habitualmente en el término, formando parte de la casa de familia de un vecino”. Y finalmente se consideraba que transeúnte era todo aquel que, no estando comprendido en los apartados anteriores, se encontrase en el término de forma accidental. De esta manera, al igual que sucedía en el Proyecto de Código Civil de 1851 (como se verá posteriormente), hay una distinción nítida que no se había producido hasta entonces entre domicilio y vecindad, y se consideraba que la condición que distinguía legalmente a los vecinos de los domiciliados era la de estar o no emancipados, ya que el concepto de “domicilio” equivalía al lugar donde una persona se hallaba establecida o avecinada junto a su familia, de lo cual se deducía que una persona podía ser únicamente domiciliado, por no reunir los requisitos para ser vecino, y que el vecino tenía domicilio por

---

(53) Cfr. FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo Tratado...*, cit., pp. 182 y 183; HERRERO: *El Código...*, cit., pp. 25 y 26.

que éste significaba residencia habitual, que era uno de los requisitos integrantes de la vecindad (54).

Pero las Constituciones españolas también han recogido las cuestiones relativas al domicilio. Así, la **Constitución de 1869**, en su artículo 6, hacía referencia al cambio de domicilio, al preceptuar que ningún español podía ser compelido a mudar de domicilio o de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria. Asimismo, en el artículo 5 hacía referencia a la inviolabilidad del domicilio, estableciendo que nadie podía entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima que “procediese de adentro”, o para auxiliar a la persona que desde allí pidiera socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, solamente podría decretarse por el juez competente, debiendo efectuarse obligatoriamente ese registro de día. Asimismo, el registro de los papeles y efectos tenía que tener siempre lugar en presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, en los casos en los que un delincuente fuese hallado *in fraganti* y perseguido por la autoridad o sus agentes, y se refugiase en su domicilio, era lícita la entrada en este, pero sólo para el acto de la aprehensión. En el caso de que se refugiase en un domicilio ajeno debía preceder el requerimiento al dueño de este domicilio ajeno antes de proceder a la entrada en el mismo.

Además, según el artículo 31 de la Constitución de 1869, las garantías contenidas en los artículos 5 y 6 de la misma, referidas a la inviolabilidad y al cambio de domicilio, no podían suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley cuando así lo exigiese la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Una vez promulgada esa ley, el territorio en el que se aplicase regiría, durante la suspensión, la ley de orden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podían suspender más garantías que las consignadas en el párrafo primero de ese artículo (es decir, las relativas a que ningún español ni extranjero podía ser detenido ni preso sino por causa de delito y las relativas a la inviolabilidad y al cambio de domicilio), no pudiendo deportarse a los españoles ni desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio.

Asimismo, el artículo 8 de la Constitución de 1869 determinaba que todo auto de prisión, registro de morada o de detención de la correspon-

---

(54) Cfr. PUIG FERRIOL: *Fundamentos...*, cit., p. 129.

dencia escrita o telegráfica debía ser motivado. De esta manera, en los casos en que el auto careciese de esta motivación, o cuando los motivos en que se hubiesen fundado se declarasen en juicio como ilegítimos o notoriamente insuficientes, la persona cuyo domicilio hubiere sido allanado tendría derecho a reclamar del juez que hubiese dictado el auto una indemnización proporcionada al daño causado, pero nunca inferior a quinientas pesetas. Además, los agentes de la autoridad pública estaban sujetos a la indemnización que regulase el juez cuando recibiesen en prisión a cualquier persona sin mandamiento en que se insertase el auto motivado al que he hecho referencia anteriormente, o cuando le retuviesen sin que dicho auto hubiera sido ratificado dentro del término legal. Del mismo modo, según el artículo 8 de la Constitución de 1869, la autoridad gubernativa que infringiera lo que prescribía el artículo 5 podía incurrir, según los casos, en delito de allanamiento de morada, quedando además sujeta a la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 8.

Igualmente, en el artículo 26 de la Constitución de 1869 se hacía referencia a la libertad de circulación y de residencia, al preceptuar que a ningún español que estuviese en el pleno goce de sus derechos civiles se le podía impedir que saliera libremente del territorio español, ni que pudiera trasladar su residencia y haberes a un país extranjero, a salvo de cumplir con las obligaciones de contribuir al servicio militar o al mantenimiento de las cargas públicas.

En cuanto al **Código político de 1876**, en su artículo 9, establecía que “ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o residencia sino en virtud de mandato de autoridad competente y en los casos previstos por las leyes”. Es claro por tanto que en este precepto los términos residencia y domicilio se consideran como sinónimos. Así las cosas, las personas gozaban del derecho a la libertad de residencia, el cual estaba limitado por determinadas penas, tales como el destierro, la relegación, el extrañamiento o expulsión del territorio nacional y el confinamiento. Igualmente, la autoridad civil gubernativa, en virtud de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, cuando se encontrasen en suspenso las garantías constitucionales, podían compeler a mudar de residencia o de domicilio a las personas que considerase peligrosas, o contra las que existiesen racionales sospechas de participación en los delitos contra la Constitución, la seguridad interior y exterior del Estado y contra el orden público, pero siempre y cuando el cambio de domicilio no se decretase a más de 150 kilómetros de distancia del pueblo de la persona que era compelida al cambio. Igualmente, la autoridad civil gubernativa podía desterrar a los individuos que considerase que fuesen merecedores de tal

castigo, aunque dicho destierro no podía exceder de 250 kilómetros (55).

Finalmente, para terminar con esta cuestión, se puede considerar como un precedente del actual artículo 40 del CC a la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**, la cual regulaba en sus artículos 64 a 68 los diversos supuestos de domicilio legal que aparecían a su vez en los Proyectos de Código Civil de 1821 y 1851. En este sentido, encuentro una explicación lógica al hecho de que en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-88 no se hiciese una regulación exhaustiva sobre esta materia, pues entiendo que sus redactores pudieron considerar que esa materia había sido regulada recientemente con gran acierto por la Ley procesal, y no era lógico reproducir lo que ya se decía en la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo, el Anteproyecto, en su artículo 27, al igual que el definitivo artículo 40 del CC, recogía simplemente que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas era el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determinase la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo, se produjo ya desde entonces la distinción de la vecindad y del domicilio en el ámbito del Derecho civil, pese a que, aún en la actualidad, el Código Civil aluda a la adquisición de la nacionalidad española por residencia en el territorio español en los artículos 21 y 22.

## VI. Los proyectos de Código Civil español

En primer lugar, es conveniente señalar que, al igual que sucedía en el resto de Europa, en España, aunque de forma tardía, se hizo necesaria la promulgación de un Código (56), a pesar de lo cual los primeros intentos de codificación, durante la última época de la Monarquía absoluta, se frustraron siempre. Así las cosas, se puede considerar que comienzan los intentos serios de codificación del Derecho civil español a partir del 9 de diciembre de 1810, cuando el diputado catalán **ESPIGA Y GADEA** pidió que se formaran diferentes comisiones para reformar la legislación, y ello porque, a pesar de que tuviéramos a su juicio “leyes admirables”, era necesario reformarlas por ser antiguas y confusas. Pero en esta época no se logró ningún resultado codificador. Hubo que esperar a que el 19 de agos-

---

(55) Cfr. DEL CASTILLO ALONSO, G.: *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo vigésimo séptimo, VVAA, Francisco Seix Editor, Barcelona, p. 392.

(56) Prusia promulgó su Código Civil prusiano en 1794, que estuvo vigente hasta que entró en vigor el Código Civil alemán de 1900 (el “*Bürgerliches Gesetzbuch*” o BGB). Austria promulgó su Código Civil (el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) en 1811. Pero el Código que realmente tuvo una enorme influencia en los códigos posteriores, tanto de Europa continental como de América fue el Código Civil francés de Napoleón de 1804.

to de 1843 se creara por primera vez la Comisión General de Codificación (en adelante, CGC) (57).

En este punto es conveniente no olvidar que en los textos legales anteriores a la promulgación de nuestro Código Civil, el concepto de domicilio no estaba nada claro, y ello porque normalmente se le regulaba contraponiéndolo al concepto de vecindad, que tenía una trascendencia más bien pública o administrativa que privada, puesto que en el ámbito meramente privado terminaron desapareciendo todas las diferencias importantes que hasta entonces habían existido entre vecindad y domicilio. Es por ello quizá por lo que se incluyó la regulación de la vecindad en los proyectos de Código Civil, e incluso en el texto definitivo de nuestro Código, al regular la materia relativa a la nacionalidad, ya que, a juicio de algún sector doctrinal, en el que destaca PUIG FERRIOL, cuando se admitió que una de las formas de adquisición de la nacionalidad española era la denominada “naturalización por vecindad”, la cual se caracterizaba por la residencia en el territorio español durante un determinado número de años, se lograba con ello formular como distintos los conceptos de domicilio y vecindad (58).

Y por lo que respecta ya más en concreto a los Proyectos de Código Civil, debo señalar, por orden cronológico en cuanto a la regulación del domicilio, lo siguiente:

### 1. Proyecto de Código Civil de 1821.

Tal y como se decía en el Discurso Preliminar de este Proyecto de Código Civil (59), la Comisión a la cual habían encargado la dura tarea de elaborar y presentar a las Cortes un Proyecto de Código Civil, casi siempre había quedado en planes no realizados, o bien se había hecho, pero de forma muy imperfecta (60). No obstante, era evidente a todas luces que la elaboración de un Código Civil resultaba muy necesaria, debido a que durante cinco siglos de legislación se había llegado al extre-

---

(57) Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 4.ª edición, 1983, 8.ª reimpresión, 1997, pp. 483 y ss. En la actualidad, la CGC, dependiente del Ministerio de Justicia, tiene su sede en Madrid, en la calle San Bernardo, 62.

(58) Cfr. PUIG FERRIOL: *Fundamentos...*, cit., p. 126.

(59) Cfr. LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación Civil*, volumen II, Ministerio de Justicia, CGC, Madrid, 1970, pp. 7, 11, 14, 17 y 18. *Vid.* también el *volumen I* de esta obra para tener una visión general de la génesis y de la historia del Código.

(60) En el Proyecto de Código Civil de 1836, obrante en la CGC, legajo 1, carpeta 1.ª, documento 1.º, se dice que ese Proyecto de 1836 lo presenta la Comisión Especial de las Cortes nombrada el 22 de agosto de 1820, formando parte de esta Comisión los señores Antonio Cano Manuel, Pedro de Silves, Martín Hinojosa, Antonio de la Cuesta y Torre, Juan Nepomuceno Fernández San Miguel, Felipe Benicio Navarro y Nicolás Garellly.

mo de que no se sabía con certeza cuáles eran las leyes que regían en el orden civil. Asimismo, para la Comisión, el distintivo de un Código Civil era fijar los derechos y las obligaciones generales y permanentes.

En los artículos 25 a 28 de este Proyecto (61), dentro del capítulo IV del título preeliminar, referido a la observancia de las leyes, se establecía que las leyes que prescribían las obligaciones de los españoles en cuanto a su estado civil, religioso y político, obligaban a todo español, salvo que la Ley dispusiera lo contrario, aunque residiese en un país extranjero. Y a los extranjeros que residían en España se les aplicaba las leyes que regulaban los contratos y la adquisición, conservación, aprovechamiento y transmisión de la propiedad territorial, así como las leyes que establecían la policía de seguridad, comodidad y salubridad. En cuanto a los extranjeros que pertenecían al Cuerpo diplomático y que residían como tales en España, gozaban de la protección y preeminencias estipuladas en los respectivos tratados y, en su defecto, las que se dispensaban a los diplomáticos españoles por la otra nación. Esta regulación se completaba con el artículo 53, que señalaba que para el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que concedía o imponía la Ley bastaba la calidad de español o la de extranjero. Además, en el artículo 55 se preceptuaba que la mujer seguía la condición del marido mientras durase el matrimonio. Y es que en estos preceptos se trataba de fijar los requisitos de edad, sexo o condición, que eran exigidos por la Ley para el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Esta cuestión era sumamente importante, ya que la Constitución de Cádiz de 1812 negaba al simple español todos los derechos que atribuía al ciudadano, y los artículos 24 y 25 del Texto Constitucional señalaban que los derechos ya adquiridos por el ciudadano podían perderse o suspenderse. De esta manera, por regularse ya en el texto constitucional, el Código Civil debía limitarse a regular algunos pormenores de esta cuestión, bien explicando el verdadero sentido del articulado constitucional, o bien haciendo aplicaciones a los derechos civiles para su preservación, suspensión o pérdida.

Otra cuestión relacionada con el domicilio se regulaba en el título VI del libro primero del Proyecto de Código Civil (arts. 173 a 191) (62). Me refiero al lugar donde se hacían efectivos los derechos y las obligaciones. En el comentario que se realizaba sobre este título en el Discurso Preliminar del Proyecto se destacaba que la sociedad tenía un interés directo en que se determinara por la Ley con claridad el lugar donde debían ha-

---

(61) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 17 y 30 y ss.

(62) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 18, 43 y 44; PUIG FERRIOL: *Fundamentos...*, cit., pp. 127 y 128; VÁZQUEZ BOTE: "Concepto del domicilio...", cit., p. 157.



cerse efectivos los derechos y las obligaciones establecidos por la Ley y ello porque la regulación anterior al respecto era bastante defectuosa. De esta manera, en el artículo 173 se preceptuaba que los derechos y las obligaciones se debían hacer efectivos en el lugar del domicilio o vecindad de la persona o personas obligados, salvo que la Ley estableciera expresamente lo contrario. Nótese que de la regulación de este artículo parece desprenderse que el Proyecto de Código Civil hacía una equiparación entre el domicilio y la vecindad.

Continuando con el articulado del Proyecto, resulta que en el artículo 174, de acuerdo con el Código Civil francés, se establecía la libre elección de domicilio o vecindad (equiparando ambos conceptos), y se entendía elegida como domicilio la localidad donde se residía, con industria o modo de vivir. Además, los viajes o ausencias pasajeras no hacían perder el domicilio. Se consideraba que era pasajera la ausencia cuando se dejaba casa abierta y poblada y la persona no tenía otro domicilio. Y en el artículo 176 se establecía la prohibición de disfrutar simultáneamente de derechos de domicilio o vecindad en dos lugares, considerándose, en los casos dudosos, que una persona gozaba de la vecindad en el lugar donde residiera la mitad del año y un día más.

En cuanto a la prueba del domicilio o la vecindad, el artículo 175 del Proyecto determinaba que se probaba por el registro en la matrícula civil que exigía la Ley, en los casos en que se fuera a reclamar derechos de vecindad. En cambio, en los supuestos en que se quisiera exclusivamente cumplir las obligaciones inherentes a la vecindad, bastaría con que se acreditase la residencia habitual. Y en el segundo párrafo de este precepto se establecía que las obligaciones que emanaban de las leyes de policía debían cumplirse en el lugar donde de hecho se residiera en cada momento.

En este título además se regulaban una serie de domicilios legales, por lo que se observa ya en este primer Proyecto de Código Civil la tendencia del legislador español de establecer en determinados casos domicilios legales. En efecto, en el artículo 177 del Proyecto se preceptuaba que los empleados públicos, civiles, eclesiásticos o militares, aunque fueran amovibles por la naturaleza de sus destinos, tenían su domicilio en la localidad donde ejercían su cargo. En los casos en que sirvieran en comisión o interinidad, subsistiría el domicilio anterior, salvo que el empleado se hubiera trasladado con su familia al lugar donde ejercía el cargo. Según el artículo 178 del Proyecto, el domicilio de la mujer casada era el de su marido, mientras no recayese declaración de divorcio, o decreto de habilitación para administrar las cosas del matrimonio, en los casos de incapacidad física o moral o ausencia del marido. En este supuesto, se consideraba que tendría domicilio propio según las reglas generales. Asimismo,

según el artículo 179 del Proyecto, los que se hallaban bajo la potestad de sus padres, tutores o curadores tenían el domicilio de éstos, y los sirvientes domésticos el de la persona a quien servían. En el supuesto de los militares sin residencia fija para el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron, en virtud del artículo 189 del Proyecto, se consideraba que tenía su domicilio en el lugar en donde se hallaren al tiempo de ser reconvenidos. Pero en los casos en que tuvieran que responder sobre propiedad o posesión de cosas inmuebles, o sobre inventario y partición de herencia o satisfacción de legados, debían hacerlo en el lugar que se señalaba expresamente en los artículos 180 y 188 del Proyecto (63). Y según el segundo párrafo de este precepto, en los delitos no militares debían ser reconvenidos en el lugar que se señalaba en el artículo 185 (64). También el artículo 184 se refería al domicilio de los militares y establecía que la traslación de domicilio, posterior a la publicación en la capital de la provincia de un alistamiento militar para el reemplazo del Ejército permanente, no variaba el domicilio anterior para las resultas del reemplazo.

En otro orden de cosas, en el artículo 180 del Proyecto se establecía que el juicio de testamentaría correspondía al domicilio del finado para la actuación del inventario de las cosas que le pertenecían y para hacer efectivos los derechos que dedujesen los interesados en su herencia por testamento o abintestato. En cambio, el inventario y custodia de cosas que estuvieran sitas en otros puntos podía practicarse donde existieran, pero con sujeción a las providencias que se acordasen en el lugar donde debía realizarse el juicio. Y a continuación, el artículo 181 regulaba el supuesto en que los coherederos, los consocios, los deudores de una misma cantidad y los acreedores de un concurso, cuando reclamasen sus deudas o hiciesen efectivas sus obligaciones, debían hacerlo en el lugar donde se

---

(63) Preceptuaba lo siguiente el artículo 180: "El juicio de testamentaría corresponde al domicilio del finado para la actuación del inventario de las cosas que le pertenecían y para hacer efectivos los derechos que deduzcan los interesados en su herencia por testamento o abintestato. Sin embargo, el inventario y custodia de cosas sitas en otros puntos puede practicarse donde existan, con sujeción a las providencias que se acordaron en el lugar donde debe radicarse el juicio".

Y el 188 decía así: "La reclamación de propiedad o posesión de una cosa mueble o inmueble puede hacerse en el lugar en donde se halla; salvo si hubo convenio en contrario según el artículo 186".

(64) El artículo 185 señalaba lo siguiente: "El reo de cualquier delito puede ser compelido a la obligación que por él contrajo en el lugar donde lo perpetró, si fuese aprehendido allí.

También debe ser compelido en dicho lugar, aunque se le aprehenda fuera de él, si el delito ofende la causa pública por su naturaleza, o por su publicidad, o por el escándalo o alarma que causó.

Si el agravio fue individual, sin complicación de escándalo o alarma, ni presentar cuerpo visible de delito, como robo oculto u otro hecho semejante, podrá el interesado deducir su acción en el lugar del domicilio, o en el del delito, o donde pudiese ser habido el reo".

radicó la división hereditaria, la rendición de cuentas de compañía y el pago o la cobranza de las deudas.

Por lo que respecta a la vecindad y a la residencia, el artículo 183 del Proyecto, en consonancia con los artículos 35 y 45 de la Constitución de 1812, establecía que la vecindad y residencia a que se refiere el Texto Constitucional en estos preceptos citados, para “la voz activa y pasiva”, es decir, para lo que hoy conocemos como sufragio activo y pasivo, se entendía “dentro de la localidad de la respectiva parroquia y en casa donde se moraba de asiento, ocho días a lo menos antes de la elección”, lo cual debía resultar del registro en la matrícula civil.

Asimismo, el reo de cualquier delito, en virtud del artículo 185 del Proyecto, podía ser compelido a la obligación que por él contraído en el lugar donde lo hubiera perpetrado, en el caso de que fuese aprehendido allí. En el segundo párrafo de este precepto se establecía que también podía ser compelido en dicho lugar, aunque hubiera sido aprehendido fuera de él, cuando el delito ofendiese la causa pública por su naturaleza, publicidad, escándalo o alarma social que se causara. Y en el tercer y último párrafo este precepto del Proyecto señalaba que si el agravio había sido individual, como robo oculto u otro hecho semejante, podría el interesado deducir su acción en el lugar del domicilio, si se hallaba en él la persona obligada, o si tenía bienes en el mismo lugar con que hacer efectivo el cumplimiento.

Para el artículo 187 del Proyecto, todos los incidentes del concurso de un deudor quebrado radicaban en su domicilio y, según lo establecido en el artículo 190, el que demandaba a otro por derecho propio en un domicilio podía ser reconvenido en ese mismo domicilio, bajo las reglas que se prescribían en el Código de procedimientos. Y finalmente, el último artículo (el 191) de este título VI del Proyecto, relativo al lugar donde se hacían efectivos los derechos y las obligaciones, establecía, en relación con los extranjeros, que la Ley no les reconocía ningún fuero especial ni en lo contencioso, ni en lo civil, ni en lo criminal, ni en lo gubernativo.

Así las cosas, es digno de mención que ya en este Proyecto de Código Civil, en el artículo 186, se establecía la posibilidad de fijar un domicilio a los solos efectos del cumplimiento de un contrato. Este precepto señalaba que, si por la libre convención de las personas contratantes se había acordado fijar una localidad para el cumplimiento de un contrato, podía reclamarse en ese lugar contra la persona que se había obligado y sus sucesores. Y en general, cuando nada se había pactado, se podía hacer efectiva la obligación derivada de un contrato en el lugar donde había quedado concluido, pero siempre y cuando se hallase allí la persona obligada, o bien tuviese bienes en el mismo lugar con los cuales poder hacer efectivo el cumplimiento. En relación con este precepto, el artículo 188

del Proyecto señalaba que la reclamación de propiedad o posesión de una cosa mueble o inmueble podía hacerse en el lugar en donde se hallaba, salvo si habían realizado las partes un convenio en contrario, en el sentido de lo previsto en el artículo 186.

No obstante, en este Proyecto, y como crítica al mismo, observo que la regulación que se hacía del domicilio excedía con mucho el ámbito estrictamente civil, ya que en los artículos 182 a 184 se regulaban una serie de domicilios especiales, tales como el domicilio fiscal, el policial, el político e incluso el domicilio a efectos militares de un alistamiento. Además se establecía una cuestión más propia del Derecho fiscal, ya que se decía que la obligación al pago de contribuciones territoriales, tanto generales como municipales, según el artículo 182 del Proyecto, debía hacerse efectiva en el lugar donde estaban sitas las cosas inmuebles afectas a la contribución. Y en este supuesto, se consideraba en el párrafo segundo de este precepto que los mismos efectos producía un establecimiento fabril, comercial o de cualquier género de industria.

Pero puesto que este Proyecto de Código Civil fracasó, para las cuestiones relativas al domicilio y a la vecindad, se hizo necesaria la interpretación de las disposiciones sobre el domicilio que se encontraron en las Partidas y en la Novísima Recopilación, a través de disposiciones administrativas, tales como las Reales Órdenes de 20 de agosto de 1849 y de 30 de agosto de 1853. Estas Reales Órdenes se publicaron con motivo de una consulta efectuada al Consejo Real sobre la cuestión. Pero se consideró que tenían valor exclusivamente administrativo, pues el TS, en las sentencias de 6 de febrero de 1866 y 17 de enero de 1868 (65), señaló que no eran de aplicación en el ámbito civil (66).

## 2. Proyecto de Código Civil de don Manuel María CAMBRONERO.

En la CGC existen unos trabajos sobre el Código Civil anteriores al Proyecto de 15 de septiembre de 1836, pertenecientes al señor CAMBRONERO. El original manuscrito existente en el Archivo de la CGC, legajo 2, carpeta 1.<sup>a</sup>, documento 1.<sup>o</sup>, contiene unas Bases para la formación de un Código Civil, y en el legajo 2, carpeta 1.<sup>a</sup>, documento 2.<sup>o</sup>, se contiene la

---

(65) CJC, tomo XIII, número 53 y tomo XVII, número 16, respectivamente.

(66) En efecto, el TS entendió en la primera de estas sentencias que la vecindad exigida por la RO de 20 de agosto de 1849 era para el caso que “ésta marca, y no para que se considere de esta clase la vecindad exigida por las leyes, como requisito de los testigos para los testamentos”. Y en la segunda de estas sentencias, el TS estableció que “la vecindad que exige la RO de 20 de agosto de 1849 es para el caso que en la misma se determina, y de ningún modo es aplicable a la que se exige para los testigos de los testamentos, porque su objeto no se extendió a definir las condiciones de la vecindad exigida por las leyes a los testigos testamentarios”.

testamentaria de CAMBRONERO, en la que encontraron, entre los papeles pertenecientes al difunto don Manuel María CAMBRONERO, en su casa mortuoria, los trabajos del proyecto de Código Civil que tenía hechos en cumplimiento del encargo recibido, pero tan sólo regulaba lo relativo a la tutela y curatela, a la ausencia y a las personas morales, no haciendo ninguna referencia al domicilio (67).

### 3. Proyecto de Código Civil de 1836.

El legajo 1, carpeta 1.<sup>a</sup>, documento 1.º de la CGC recoge un Proyecto de Código Civil de 1836, elaborado por la Comisión Especial de las Cortes nombrada el 22 de agosto de 1820, que contiene 476 artículos estructurados en dos libros dentro de la primera parte del Código, que versa sobre los derechos y las obligaciones individuales. El libro primero atiende a los derechos y obligaciones de los españoles en general, y el libro segundo, de los derechos y las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas, señalándose expresamente, por parte de la Comisión, que el libro tercero de la primera parte del Código se publicaría en cuaderno separado. En el Discurso preliminar, al referirse al título VI del libro primero, relativo al lugar donde se hacen efectivos los derechos y las obligaciones, se dice que “la sociedad y todos sus individuos tienen un interés directo en que se marque muy circunstanciadamente por la ley el lugar donde deben hacerse efectivos los derechos y las obligaciones que la misma ha creado”. Además, la propia Comisión reconoce que “nuestra legislación anterior era en esta parte defectuosísima”.

Pues bien, lo relativo al lugar donde se hacen efectivos los derechos y las obligaciones se regulaba en los artículos 173 a 191 del Proyecto. En primer lugar, en el artículo 173 se decía que “los derechos y las obligaciones se hacen efectivos en el lugar del domicilio ó vecindad de la persona ó personas obligadas, menos en los casos que determina otra cosa la ley”. Asimismo, en el artículo 174 se señalaba que el domicilio o vecindad es de libre elección, y se entendería elegido para domicilio la localidad donde se residiese, con industria o modo de vivir. Sin embargo, los viajes o ausencias pasajeras no implicaban la pérdida del domicilio, resultando pasajera la ausencia cuando se dejaba la casa abierta y poblada, y no constaba otro domicilio. En cuanto a la prueba del domicilio, según el artículo 175, el domicilio o vecindad “se prueba por el registro en la matrícula civil que exige la ley, si se trata de reclamar derechos de vecindad. Para cumplir las obligaciones inherentes á ella basta que se acredite la residencia habitual. El cumplimiento de las obligaciones que emanan de

---

(67) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 73 y ss.

las leyes de policía se hace efectivo en el lugar donde de hecho se reside en el momento”. Pero este Proyecto no reconocía la pluralidad de domicilios, pues el artículo 176 determinaba que “la vecindad prohíbe disfrutar simultáneamente derechos de domicilio ó vecindad en dos partes. En los casos dudosos se entiende que cada uno goza de la vecindad donde residió la mitad del año, y un día más”.

También se recogían en este Proyecto más concretamente una serie de domicilios donde se hacían efectivos los derechos y las obligaciones. En efecto, en el artículo 177 se decía que “los empleados públicos, civiles, eclesiásticos ó militares, aunque sean amovibles por la naturaleza de sus destinos tienen domicilio en la localidad donde ejercen su cargo. Si éste se sirve en comisión ó interinidad, subsiste el domicilio anterior; salvo si el empleado se trasladó con su familia al lugar donde ejerce el cargo”. Además, en este Proyecto, en relación con la mujer casada, se establecía en el artículo 178 que “la muger casada tiene por domicilio el de su marido, mientras que no recaiga declaración de divorcio, ó decreto de habilitación para administrar las cosas del matrimonio, por ausencia, ó incapacidad física ó moral del marido. En este caso tiene domicilio propio según las reglas generales”. Y de acuerdo con el artículo 179 del Proyecto, “los que se hallan bajo la potestad de sus padres, tutores ó curadores tienen el domicilio de éstos. Los sirvientes domésticos tienen el domicilio de la persona á quien sirven”. También el Proyecto se ocupaba del domicilio del quebrado, estando, de acuerdo con el artículo 187, en el lugar donde radicasen todos los incidentes del concurso.

El artículo 189 del Proyecto se ocupaba del domicilio de los militares sin residencia fija para el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron, estableciendo que era el del lugar en donde se hallaren al tiempo de ser reconvenidos. Pero esta regla tenía excepciones, pues para responder sobre la propiedad o posesión de cosas inmuebles o sobre el inventario y partición de herencia o la satisfacción de legados, debían hacerlo en el lugar que señalaban los artículos 180 y 188 del Proyecto. Y además, en los delitos no militares podían ser demandados en el lugar establecido en el artículo 185 del Proyecto.

En cuanto al domicilio militar a los efectos del reemplazo, de acuerdo con el artículo 184 del Proyecto, el cambio del mismo, posterior a la publicación en la capital de la provincia de un alistamiento militar para el reemplazo del Ejército permanente, no varía el domicilio anterior.

El artículo 180 del Proyecto se ocupaba del juicio de testamentaría, que se debía realizar en el domicilio del finado, así como todos los actos que se derivasen del mismo. Y en el artículo 181 se alude al lugar donde se reclaman los derechos o se hacen efectivas las obligaciones en el caso de coherederos, consocios y deudores de una misma cantidad, sien-

do tal lugar aquel donde radicó la división hereditaria, la rendición de cuentas de compañía, el pago o la cobranza de deudas. En cuanto al lugar de pago de contribuciones territoriales, generales y municipales, de acuerdo con el artículo 182 del Proyecto, debían hacerse efectivas en el lugar donde estén sitas los bienes inmuebles afectos a la contribución. Además, los mismos efectos producía un establecimiento fabril, comercial o de cualquier género de industria.

El artículo 183 del Proyecto aludía a la vecindad y residencia que requieren los artículos 35 y 45 de la Constitución para el sufragio activo y pasivo (el proyecto se refiere a la voz activa y pasiva), entendiéndose dentro de la localidad de la respectiva parroquia, “y en casa donde se mora de asiento, ocho días á lo menos antes de la elección, lo cual debe resultar del registro en la matrícula civil”.

Asimismo, el artículo 185 del Proyecto determinaba que el reo de cualquier delito sería compelido a la obligación que se derivase de él en el lugar donde le perpetró si es aprehendido allí, y también aunque se le aprehendiese fuera de él, si el delito ofendiese la causa pública por su naturaleza, por su publicidad, por el escándalo o por la alarma social que causó. Por el contrario, si el agravio fue individual, sin escándalo o alarma, y sin presentar cuerpo visible de delito (por ejemplo, el robo oculto u otro hecho semejante), el interesado podría deducir su acción en tres lugares, a su elección: el lugar del domicilio, donde se cometió el delito o donde pudiese ser hallado el reo.

En cuanto al lugar del cumplimiento de las obligaciones, el artículo 186 del Proyecto establecía que si las partes habían fijado una localidad para el cumplimiento de un contrato, podría reclamarse en ese lugar contra el que se obligó y contra sus sucesores. Pero si nada se pactó, podía hacerse efectiva la obligación del contrato en el lugar donde se celebró, si se hallaba en él la persona obligada, o bien si tenía bienes en ese lugar con que hacer efectivo el cumplimiento. Y respecto a la reclamación de la propiedad o la posesión de una cosa mueble o inmueble, podía hacerse en el lugar en donde se hallaba, salvo que hubiera pacto en contrario, según el artículo 186 del Proyecto.

El artículo 190 del Proyecto se ocupaba de quién demanda a otro por derecho propio en un domicilio, que podría ser reconvenido en ese mismo domicilio, según las reglas que se establecían en el Código de procedimientos.

Y según el artículo 191 del Proyecto, la Ley no reconoce fuero alguno especial respecto de los extranjeros, ni en el ámbito civil, ni en el criminal, ni en lo contencioso, ni en lo gubernativo.

Por lo que respecta a la ausencia, en este Proyecto de 1836 del Código Civil, se dedicaba el capítulo segundo del título III del libro primero

a la preservación o pérdida de los derechos por ausencia, cuando faltase de su domicilio sin que constase su paradero (arts. 84 a 104 del Proyecto).

No obstante lo anterior, en la Exposición de Motivos de este Proyecto de Código Civil, comienza diciéndose que por RD de 29 de enero de 1834 se nombró una Comisión (68) para la elaboración de un proyecto de Código Civil, la cual se ocupó desde el principio de examinar los trabajos codificadores que habían sido elaborados con anterioridad, en especial el trabajo que compuso el señor CAMBRONERO, así como los trabajos que ya estaban hechos sobre algunas materias redactados por la Comisión que nombraron las Cortes en el año 1821 y que acabo de analizar. En este sentido, del Proyecto de 1821 solamente pudieron estudiar el libro primero por estar impreso, ya que no se conservaron los demás. Pero a la hora de elaborar este Proyecto, también se tuvieron en cuenta las leyes patrias y los fueros generales y particulares, así como varios Códigos extranjeros, especialmente el francés, del cual tomó varias disposiciones a falta de otras equivalentes en nuestra legislación, pero eso sí, siempre que fueran necesarias y compatibles con los usos y las costumbres españolas. Para salvar las críticas que se habían hecho a la Novísima Recopilación de 1805, por haber englobado tantas materias de la Administración Pública, que la hacían muy voluminosa y provocaba confusiones, la Comisión de Codificación pretendía crear un Código Civil que tuviera el menor volumen posible para que, según sus palabras, “andase en manos de todos”, pudiendo llegar a conocimiento de todas las clases los derechos y las obligaciones personales que prescribía, y regulando única y exclusivamente el Derecho privado, sin hacer alusión a materias pertenecientes a otros ámbitos del Derecho.

---

(68) Formaban esta Comisión don José Ayuso y Navarro, don Eugenio de Tapia y don Tomás María Vizmanos. *Vid.* al respecto LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 89 y ss. En el legajo 1, carpeta 1.ª, documentos 5.º y 6.º obrantes en la CGC, se contiene el documento que nombró la Comisión para la redacción del Proyecto de Código Civil. En el documento 5.º, con fecha 2 de mayo de 1833, se nombra a don Manuel María CAMBRONERO para formular un proyecto de Código Civil. Asimismo, en el legajo 1, carpeta 1.ª, documento 2.º, se contiene la RO de 30 de mayo de 1829 confiando a don Pedro Sáinz de Andino la redacción del Código Civil, pues era el deseo del Rey “el arreglo general de la legislación civil de la Monarquía, como base primitiva y la más esencial de su prosperidad, poder y engrandecimiento, y del bienestar individual de todos sus amados vasallos; pero no ocultándose á la penetración de S. M., cuán grave, arduo y difícil sea esta empresa, quiere que se prepare con todo el detenimiento y acierto que corresponden á su importancia; y a este fin es su soberana voluntad poner al cuidado de V. S. bajo la inmediata dependencia del Ministerio de mi cargo, la instrucción de todos los antecedentes y trabajos preparatorios, sobre que se ha de arreglar y formar el nuevo Código civil general del Reino, para que reunidos por V. S. y coordinados todos cuantos documentos relativos á esta materia existen en los archivos, tribunales y cualquiera otro establecimiento que tenga relación con la administración de justicia, y meditando V. S. las adiciones y mejoras que su ilustración le sugiera, proponga á S. M. las bases y el plan que deberá servir de fundamento al espresado Código civil”.



Por lo que aquí interesa, la Comisión estableció en la Exposición de Motivos puntos tan importantes como la domiciliación, la vecindad y la ausencia, que no estaban bien determinados por las leyes anteriores, y ya por fin en este Proyecto se les dedicó la atención que se merecían. Y es que, acerca de la vecindad, no había una ley clara y terminante, y puesto que no había registro público ni padrones, no se podía acreditar de un modo seguro el derecho de vecindad. Por ello, en el capítulo V (arts. 601 a 603 del Proyecto), relativo al padrón de los vecinos y domiciliados, dentro del título XVI del libro I, referido a los padrones o asientos concernientes al estado civil de las personas, se regulaban estas cuestiones con mayor detalle. Así, en el artículo 601 del Proyecto se establecía que el padrón o lista de vecinos y de los domiciliados formaba en cada pueblo un cuaderno o libro, y en él se debían expresar, además de cuestiones tales como el nombre, apellidos, edad, estado y profesión de cada individuo, el día en que cada uno de los habitantes se hubiese domiciliado o hubiese adquirido vecindad en ese lugar. Los asientos que contenían esa información los realizaban los secretarios de Ayuntamiento, sin exigir por ello retribución alguna de los vecinos o domiciliados (art. 602 del Proyecto). Y tal y como señalaba el artículo 603 del Proyecto, los Ayuntamientos, al final de cada año, tenían la obligación de remitir a las respectivas Diputaciones provinciales un resumen del número de vecinos y domiciliados que hubiese en cada pueblo.

En este orden de cosas, en este Proyecto el domicilio era importante para poder adquirir la nacionalidad española, ya que el artículo 24 del mismo (69) determinaba que los hijos menores de edad, mientras ésta durase, de padre extranjero no naturalizado, o de padre español que hubiese perdido los derechos correspondientes, no se considerarían españoles, pero al alcanzar la mayoría de edad podrían reclamar los derechos de españoles, siempre y cuando hubiesen establecido su domicilio en cualquier punto del territorio español y verificando además el acto de sumisión al Rey y a las leyes. Asimismo, cumpliendo determinados requisitos y años de residencia en España, establecidos en el artículo 34 del Proyecto, los

---

(69) Los artículos que estudiaré a continuación de este Proyecto se encuentran en las pp. 132 y ss. de LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit. En el legajo 2, carpeta 4.ª, documento 2.º de la CGC, se encuentra copia manuscrita de los artículos 1 a 175 del Proyecto de Código Civil de 1836; en el Legajo 2, carpeta 4.ª, documento 3.º, hay una copia manuscrita de los artículos 52 a 177 del Proyecto de 1836 del Código Civil, y en el legajo 2, carpeta 4.ª, documento 4, copia manuscrita de los artículos 865 a 2200 del mismo Proyecto de Código Civil. Asimismo, en el legajo 3, carpeta 1.ª, documento 2.º, se encuentra el texto íntegro del Proyecto de Código Civil de 1836 mecanografiado (texto presentado al Gobierno el 15 de septiembre de 1836), que fue copiado del original manuscrito en un tomo encuadernado que se conserva en el archivo de la Comisión en Madrid el 10 de octubre de 1974.

extranjeros podían llegar a conseguir la nacionalidad española. Y en virtud del artículo 38, una persona dejaría de ser español cuando estableciera su domicilio en país extranjero, con ánimo de no volver a residir en España. Finalmente, en el artículo 42 del Proyecto se preceptuaba que como la mujer seguía la condición del marido, si ésta se casaba con un extranjero y abandonaba con él España, perdería sus derechos de española, pero los recuperaría en el momento en que enviudase y fijase su domicilio en un pueblo español.

En el título III del libro I del Proyecto se hacía referencia en el capítulo primero a los domiciliados (arts. 52 a 63), y en el capítulo segundo a los vecinos (arts. 64 a 68). El domiciliado, de acuerdo con el artículo 52, era el que tenía establecida su residencia en un lugar con casa abierta. Se admitía la posibilidad de cambiar de domicilio en el artículo 53, pero siempre y cuando al establecerse en la nueva residencia lo manifestase en el Ayuntamiento del pueblo para que lo empadronase como tal domiciliado. Por ello, a pesar de que la Constitución de Cádiz se refería a los “avecindados” y a los que tenían “vecindad”, como requisitos para ser ciudadanos españoles, no se les puede dar el significado que tienen en la actualidad, por lo que habrá que esperar al Proyecto de Código Civil de 1836 para encontrar realmente una definición de la vecindad como la actual.

En este Proyecto de Código también existen algunos supuestos de domicilios legales. En efecto, en el artículo 54 se establecía que el domicilio común de cuantos residían en la Corte, aunque fuera momentáneamente, era la propia Corte y, según el artículo 55, la persona que viviese en alguna alquería o casa de campo tendría por domicilio el del pueblo a cuyo territorio jurisdiccional correspondiese su morada. En el caso de la mujer casada, en virtud del artículo 56, ostentaba el domicilio de su marido y además lo conservaba si enviudaba, pero siempre que no mudase a otro lugar su residencia permanente. Pero en este supuesto de cambio, la mujer debía declarar ante el Ayuntamiento el cambio de residencia, para los efectos correspondientes. Asimismo, el hijo no emancipado tenía como domicilio el del padre, pero cuando la patria potestad hubiese recaído sobre la madre, según el artículo 57 del Proyecto, el hijo tendría el domicilio de la madre. En el caso de los menores huérfanos de padre y madre que no tuvieran domicilio propio, tenían el de su tutor o curador. Se consideraba, en el artículo 59, que el criado doméstico tenía el domicilio de su amo, y el que trabajase o morase en casa de un fabricante o menestral tendría el domicilio respectivo de éstos, y el comensal el de aquel con quien vivía. El artículo 60 señalaba que el militar tendría su domicilio donde prestare su servicio, y el que ejercía cualquier cargo público, en el

pueblo donde lo ejerciera (nótese que lo mismo se establecía respecto a estos domicilios legales en el Proyecto de Código Civil de 1821). Además, el artículo 61 del Proyecto preceptuaba que el desterrado tenía su domicilio interinamente en el lugar de su confinamiento, o donde estableciese su morada a consecuencia de la condena. Pero no perdía su anterior domicilio, salvo que se le hubiese impuesto la pena de muerte civil. Finalmente, en el caso del heredero, y a los solos efectos del cumplimiento de sus responsabilidades como tal, en virtud del artículo 58 del Proyecto, tenía su domicilio en el lugar donde el finado había causado su derecho hereditario.

En cuanto a los derechos que ostentaban los domiciliados, según el artículo 63 del Proyecto, podían ejercer en el lugar de su domicilio los derechos que les correspondiesen según las leyes civiles, y sólo en ese lugar podía ser demandado por las obligaciones que hubiera contraído, salvo que existiese una estipulación o pacto que admitiese la posibilidad de reclamarle su cumplimiento en otro lugar distinto. Y en virtud del artículo 62, el domiciliado que no tuviera vecindad, no podía participar de los derechos municipales ni de las demás franquicias que se concedieran a los vecinos. Pero en consonancia con esto, tampoco estaban sujetos a las cargas concejiles, aunque sí debían efectuar el pago de las contribuciones.

Por lo que a los vecinos se refiere, en el artículo 64 del Proyecto se consideraba que era vecino el que, además de tener casa abierta en un pueblo por espacio de tres años, estuviese incorporado en el padrón correspondiente. Es decir, para ser vecino no se precisaba tan sólo el dato de la residencia efectiva, sino que era necesario además que se residiera en ese lugar con casa abierta. Pero llama poderosamente la atención que en este Proyecto de Código Civil se diferenciaba claramente el concepto de domiciliado del de vecino, pues como ya he puesto de manifiesto, el artículo 52 señalaba que era domiciliado el que tenía establecida su residencia en un lugar con casa abierta, mientras que para ser vecino se requería además de la residencia con casa abierta una determinada duración temporal, cual era la de tres años. Además, otra diferencia es que se exigía la incorporación al padrón correspondiente, como modo de acreditar la vecindad. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en la Exposición de Motivos que redactó la Comisión encargada de elaborar este Proyecto de Código Civil se hacía hincapié en este aspecto, pues se decía que: "Háblase enseguida de los domiciliados y vecinos, y después de los ausentes. Estos puntos tan importantes no estaban bien determinados por nuestras leyes anteriores. Acerca de la vecindad no había ley clara y terminante, y faltando además el registro público o los padrones que ahora se establecen, no podía acreditarse de un modo seguro el derecho de vecin-

dad..." (70). De esta manera se establecía la libertad que tenía todo español de establecer y trasladar su vecindad a cualquier pueblo de España (art. 65 del Proyecto). Pero tal y como señalaba el artículo 66, ningún vecino podía tener dos vecindades al mismo tiempo, a pesar de que sí estaba permitido que una persona tuviese bienes raíces y casa con casero o administrador en otro pueblo diferente de aquel en el que estuviese empadronado. En estos casos, el administrador o casero podía tener vecindad en el pueblo donde tuviera la administración.

En los casos en que un vecino de un pueblo quisiera trasladar su vecindad a otro, en consonancia con lo que preceptuaba el artículo 67 del Proyecto, debía presentar certificación del acto de despedida del primer pueblo, para así poder ser empadronado en el de su nueva residencia. Si faltasen estos dos requisitos, estaba sujeto a las cargas vecinales de ambos pueblos, pero sin gozar de los derechos de vecindad, pues solamente los tendría en el lugar donde estuviese empadronado. En cuanto a los derechos civiles y municipales de los vecinos, según el artículo 68 del Proyecto, los gozaban en el lugar donde tuviesen su vecindad, además de tener allí que abonar las cargas concejiles. Es decir, este artículo determinaba cuál era el alcance de la cualidad de vecino. Y como ha quedado dicho anteriormente, este goce de los derechos municipales era exclusivo de los vecinos, pues el artículo 62 del Proyecto establecía que "el domiciliado sin vecindad no participa de los derechos municipales, no de las demás franquicias concedidas a los vecinos; Pero tampoco está sujeto a las cargas concejiles, aunque sí al pago de las contribuciones".

Por tanto, en este Proyecto de Código Civil existe una regulación más perfecta del domicilio y de sus figuras afines, aunque bien es cierto que todavía se trata de una regulación muy vetusta (71).

#### 4. Proyecto de Código Civil de don José María FERNÁNDEZ DE LA HOZ, del año 1843.

El libro primero (de las personas), capítulo II (del estado de las personas con relación al ejercicio de los derechos civiles) de este Proyecto de Código Civil debería haber tratado las cuestiones relativas al domicilio, pero omite toda referencia a ello, regulando simplemente, en el ar-

---

(70) Cfr. COCA PAYERAS, M.: "Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal", RJC, enero-marzo 1981, p. 136.

(71) En el legajo 1, carpeta 1, documento 14, de la CGC se declaran concluidos los trabajos de elaboración del Proyecto de Código Civil. Y en el legajo 6, carpeta 6.ª, documento 1.º, existen unas observaciones realizadas por el señor Pimentel relativas a la posesión y administración de los bienes de los ausentes, y las funda en algunos artículos del Código Civil de Napoleón.

título 26, que los hombres, con relación al ejercicio de los derechos civiles, son o españoles o extranjeros, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución de 1837, y en el artículo 27 establecía los que eran españoles, pero como acabo de señalar sin fijar un concepto de domicilio, ni siquiera se hace una simple alusión al mismo.

En el artículo 443 del Proyecto, en materia de sucesiones, se recogía algo similar a lo previsto en el artículo 681 del texto definitivo del Código Civil de 1889, aludiendo a la vecindad, preceptuándose que “es válido el testamento nuncupativo o abierto cuando se otorga de cualquiera de los modos siguientes:

1.º Cuando se otorga ante escribano y en presencia de tres testigos vecinos del pueblo donde se verifica el otorgamiento.

2.º Cuando se hace sin intervención de escribano, pero con asistencia de cinco testigos de la misma vecindad.

3.º Cuando se hace ante tres testigos si en el pueblo no hubiere cinco ni escribano.

4.º Cuando se hace en presencia de siete testigos, aunque no sean vecinos ni intervenga escribano”. Y ello de acuerdo además con lo preceptuado por la Ley I, título 18, libro 10, de la Novísima Recopilación de 1805 (72).

Asimismo, constan en la CGC (73) unas Bases del Código Civil aprobadas por la Comisión General fechadas en marzo de 1844 y firmadas por don Juan Bravo Murillo, que contiene 53 bases, pero en ninguna de ellas se hace alusión a la materia del domicilio (74).

## 5. Proyecto de Código Civil de 1851.

Por todos es sabido que este Proyecto también es conocido como Proyecto de GARCÍA GOYENA, por ser el miembro de la Comisión encargada de redactarlo que más influyó en su redacción. Junto a GARCÍA GOYENA componían esta Comisión Juan Bravo Murillo, Claudio Antón de Luzuriaga y José María Sánchez Puy. Es sin lugar a dudas el precedente más claro de nuestro Código Civil actual. Por lo que respecta a la materia del domicilio y sus figuras afines, en primer lugar debo señalar que en

---

(72) Cfr. FERNÁNDEZ DE LA HOZ, J. M.: *Código Civil, redactado con arreglo a la legislación vigente*, Imprenta y Fundición de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1843, pp. 9, 10 y 78.

(73) Legajo 7, carpeta 1.ª, documento 3.

(74) Lo mismo sucede en las Bases Generales de los Códigos Civil, Penal y de Procedimiento tanto Civil como Penal, aprobadas por la Comisión General (legajo 7, carpeta 1.ª, documento 4).

el título preliminar (75), que hacía referencia a los efectos y a las reglas generales de aplicación de las leyes, en el artículo 6 se decía que las leyes penales y las de policía obligaban a todos los que habitasen en el territorio del Estado. En los comentarios que realiza GARCÍA GOYENA sobre este precepto (76), señala que en el Derecho romano se establecía en la Ley 3, título 14, libro 1, del Código simplemente que “*leges ut generales, ab omnibus aequabiliter in posterum observentur*”, de donde GARCÍA GOYENA deducía que “*omnibus*” podía englobar también a los extranjeros. Además, en la Ley 15, título 1, de la Partida 1, se establecía lo mismo que en este artículo 6 del Proyecto, aunque con mayor amplitud. Y en la Ley última, título 9, libro 50 del Digesto, se preceptuaba, al igual que en la Ley 15, título 14, Partida 3, que los contratos de extranjeros se debían juzgar por las leyes de la tierra donde fueron celebrados, y así debía observarse a falta de pacto en contrario, cuestión ésta que se regulaba de igual manera en los artículos 9 del Código holandés y en el 5 del napolitano.

También en el título preliminar, en el artículo 7, se establecía que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligaban a los españoles, aunque residiesen en el extranjero, y es que, como ponía de manifiesto GARCÍA GOYENA, lo mismo se determinaba en el artículo 3 del Código Civil francés (77). En cambio, en Derecho romano y en nuestro Derecho anterior no se encontraba ninguna regulación al respecto, y ello porque en el Derecho romano todas las personas estaban sujetas a un mismo legislador, y en nuestro derecho se consideraba que era un principio existente sin lugar a dudas, puesto que las leyes personales no podían por menos que seguir al ciudadano, donde quiera que se encontrase. En virtud del artículo 9, los derechos y obligaciones relativas a bienes muebles se regían por las leyes del país donde su dueño estuviese domiciliado, mientras que en el caso de que los bienes fueran inmuebles, y aunque estuvieran poseídos por extranjeros, se regirían por las leyes españolas, de acuerdo con el artículo 8 del Proyecto.

Lo más importante es que, por fin, en este Proyecto de Código Civil aparece una nítida distinción entre los conceptos de domicilio y vecindad que no se encontraba hasta entonces. Bien es cierto que en el antecedente de este Proyecto, es decir, en el Proyecto de Código Civil de 1836 se hacía una clara diferenciación entre domiciliados y vecinos, pero la RO de 20 de agosto de 1849 supuso un retroceso en esta materia, pues volvió a equiparar la vecindad y el domicilio, al señalar que “la vecindad o domicilio de todo español, es el pueblo en que ha nacido y reside, contri-

---

(75) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 321 y ss.

(76) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 18 y 19.

(77) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 19 y ss.

buyendo como vecino a todas las cargas y gozando de todas las ventajas”, señalándose además que “es igualmente domicilio aquel a que se traslada libre y voluntariamente el vecino de otro pueblo, declarando expresamente su voluntad de avecindarse al alcalde de su nueva residencia”. De este modo, habrá que esperar, como digo, al Proyecto de Código Civil de 1851 para encontrar nuevamente la clara dicotomía vecindad-domicilio, pues en las Concordancias se trataba de establecer la diferencia entre ambos conceptos, debido a que se consideró que la vecindad llevaba siempre aparejada el concepto de domicilio, pero que éste, en cambio, podía existir, y de hecho existía con frecuencia, antes de haberse ganado la vecindad. En efecto, en este Proyecto de Código Civil se hacía referencia, al igual que en el Proyecto de 1836, a la vecindad detenidamente, y también al domicilio, en los artículos 35 al 46, pero en el texto definitivo del Código Civil de 1889 no sucedía esto, ya que se consideró, con buen criterio, que la vecindad (claro está la administrativa, no la civil) era una materia más propia de la ley administrativa que de la civil.

En cambio, en la explicación que ofrece GARCÍA GOYENA al tratar de la vecindad, en el título II del libro primero (78), entendía necesaria la regulación de esta materia dentro del Código Civil, puesto que consideraba que la vecindad daba naturaleza y envolvía siempre al domicilio, y ello por lo establecido en el número 4 del artículo 18 de su Proyecto de Código Civil, donde se preceptuaba que eran españoles los que, sin tener vecindad, la hubiesen ganado en cualquier pueblo de la monarquía, con arreglo al artículo 36. Pero incluso GARCÍA GOYENA dudaba sobre si debía regularse la vecindad en el Código, al decir textualmente “podría por lo tanto parecer que sobra aquí el artículo 35, y que sólo debería hablarse de la vecindad, por la que los extranjeros ganan naturaleza”. Pero a renglón seguido justifica su inclusión en el Código porque la vecindad producía “diversidad” en los derechos y obligaciones de las personas. Y concluía su argumentación señalando que, puesto que para algunos actos del Código Civil se requería que la persona tuviese la circunstancia de la vecindad, el lugar más oportuno para consignar los modos de constituirse era el Código Civil, dejando a las leyes políticas y administrativas la regulación de sus efectos y de los derechos y obligaciones que producía.

En efecto, en el título II del libro primero de este Proyecto de Código Civil se regulaba la vecindad y el domicilio (79). En cuanto a la vecindad, en el capítulo primero de este título (arts. 35 a 37), destaca la noción

---

(78) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., p. 45.

(79) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 45 y ss. y tomo IV, pp. 479; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 323 y 324; PUIG FERRIOL: *Fundamentos...*, cit., pp. 128 y 129.

que se da de la misma, pues se consideraba que interesaba sobre todo a efectos de la naturalización de extranjeros por vecindad, a la vez que se regulaba con carácter general, puesto que de la vecindad se derivaban al mismo tiempo determinadas obligaciones y derechos, además de resultar imprescindible para la realización de ciertos actos, no exclusivamente civiles, ostentar la cualidad de vecino.

Más en concreto, en el artículo 35 del Proyecto se señalaba que eran vecinos de un pueblo los españoles cabezas de familia que, residiendo en él con casa abierta, reuniesen, además, alguna de las siguientes circunstancias: que estuviesen inscritos en el padrón del vecindario o bien que llevasen dos años de residencia en él, ejerciendo su profesión o industria. Por tanto, al igual que en el Proyecto de Código Civil de 1836, aparecen en el de 1851 de nuevo los dos elementos o datos configuradores de la vecindad, cuales eran el elemento material de la residencia, que se cualificaba temporalmente, esta vez en dos años, y el jurídico de la inscripción en el padrón de vecinos. Pero se observa una disparidad entre ambos proyectos de Código Civil, pues a diferencia de lo que sucedía en el artículo 64 del Proyecto de 1836, en el artículo 35 del de 1851 la concurrencia del elemento material y el jurídico no se exigen acumulativamente, sino indistintamente, pues se señala expresamente “alguna de las circunstancias siguientes”. Por ello, puesto que el elemento fundamental lo constituye la inscripción en el padrón de vecinos, cuando ésta no se produzca, se refuerza la exigencia de la residencia, que deberá ser durante el espacio temporal de dos años y además debe ser ejerciendo su profesión o industria. Tal y como señalaba GARCÍA GOYENA en el comentario de este artículo 35 del Proyecto, se reduce el tiempo necesario para que una persona sea vecino de un lugar, ya que en la Ley 2, título 24, Partida 4, y 6 recopilada, título 4, libro 7, eran necesarios diez años de residencia o de morada para ganar vecindad, y en la Ley 32, título 2, Partida 3, se hacía referencia a “la setena” (siete años). Para GARCÍA GOYENA los diez años que se requerían para poder adoptar la vecindad de un determinado lugar era un tiempo excesivo para que un padre o cabeza de familia quedase excluido de las ventajas de la vecindad, o bien para que declinase de forma maliciosa la contribución al mantenimiento de las cargas vecinales. Es por ello por lo que reduce el tiempo necesario a dos años. Estas Leyes de las Partidas se referían al “domicilio” y a la “naturaleza”, pero venían a significar lo mismo que el término “vecindad” del Proyecto de Código de 1851. Asimismo, GARCÍA GOYENA entendía que puesto que los intérpretes de las Leyes de Partidas habían considerado que la residencia o la morada de diez años era uno de los medios, no era el único para obtener y probar la vecindad, dando lugar con ello a confusión, por lo



que resultaba necesario fijar con claridad las concretas circunstancias por las que se ganaba la vecindad en un lugar.

En el caso del extranjero que, sin haber obtenido carta de naturaleza para conseguir la nacionalidad española (puesto que de haberlo conseguido tendría vecindad como todo español en virtud del art. 35), quisiera obtener la vecindad en un pueblo de España, según lo previsto en el artículo 36, debía residir en dicho lugar por espacio de tres años (pero al igual que en el artículo anterior, era necesario que esa residencia fuese con casa abierta y siendo cabeza de familia, puesto que el extranjero no podía tener mejor situación que el español), renunciando además ante el alcalde de esa localidad a la protección del pabellón de su país, y probando alguna de las siguientes circunstancias: haber entrado al servicio del Estado, estar o haber estado casado con española, haber ejercido por espacio de cinco años en el Reino una profesión útil, establecer una industria que requiera su residencia habitual en el país, o bien, en último lugar, haberse arraigado en el Reino, adquiriendo en él bienes inmuebles. Hasta este momento, la norma que regía en la materia era la Ley recopilada 3, título 11, libro 6, siendo más liberal que este artículo del Proyecto de Código Civil, a pesar de que señalase que la obtenía “el que mora diez años con casa poblada en estos reinos”, puesto que había otros supuestos que no exigían tan larga morada. Y en la Ley recopilada tampoco se exigía que se residiera el período de tiempo que se requería en este artículo del Proyecto de Código. Pero además de esta regulación del Proyecto de Código Civil, para GARCÍA GOYENA continuaban vigentes otras disposiciones del Derecho público, tales como las Leyes recopiladas 8 y 9 del título 11, la Ley 2, título 4, y la Ley 2, título 5, libro 7, que imponían restricciones o prohibiciones a los extranjeros para ejercer oficios mecánicos, artes liberales, ser criados o dependientes de españoles, mercaderes y vendedores al por menor.

Concluyendo con la regulación de la vecindad, el artículo 37 determinaba que ninguna persona podía ser al mismo tiempo vecino de dos pueblos. Y es que para GARCÍA GOYENA, puesto que la vecindad requería la residencia, físicamente era imposible que una persona residiera o estuviese al mismo tiempo en dos lugares diferentes. Pero tal y como destacaba en el comentario a este artículo, existían excepciones de esta realidad, a su juicio “monstruosas”, en Navarra y en Extremadura. En Navarra se establecían vecindades foráneas a favor de los “hijosdalgo”, los cuales, sin estar obligados a residir, gozaban en los aprovechamientos comunes de doble porción que los labradores, que eran verdaderos vecinos y residentes. Aunque en este caso los más justos serían los que se denominaban “hidalgos de gotera”, los cuales únicamente en un pueblo gozaban de los privilegios de su hidalguía, de tal manera que los perdían al mudar su do-

micilio. Y en Extremadura, CAMPOMANES señalaba que existían vecindades mañeras.

El capítulo II de este título II del libro primero del Proyecto de Código Civil de 1851 regulaba el domicilio (80). Se consideraba en el artículo 38 del Proyecto que el lugar donde una persona tenía la vecindad también tenía su domicilio. Pero no puedo dejar de hacer alusión a la primera redacción de este precepto, que señalaba textualmente que “el lugar en que un español tiene su habitual residencia es el de su domicilio, aunque no reúna las circunstancias necesarias para ser vecino”, señalando al respecto el propio GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias* que dicha redacción se abandonó para señalar el *animus* de la doctrina romanista como requisito normal exigible para el domicilio.

Completaba este artículo 38 en su redacción definitiva el artículo 39, en el que se establecía que el lugar donde un español tenía su habitual residencia era el de su domicilio, aunque no reuniese las circunstancias necesarias para ser vecino de aquel lugar. Ya en este momento se hacía referencia a la residencia habitual como configuradora del domicilio de las personas, por lo que se observa aquí un claro precedente de nuestro actual artículo 40 del CC. Para GARCÍA GOYENA, de modo similar, el artículo 102 del CC francés establece que el domicilio de todo francés en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles está en el lugar donde él tiene su principal establecimiento, aunque a mi modo de ver residencia habitual y principal establecimiento no son términos sinónimos. El Derecho francés considera que el lugar en el que una persona goza de sus derechos, allí establece su morada e incluso el centro de sus negocios, y si de allí se desplaza es con la esperanza de volver cuanto antes, en cuanto finalice la causa que motivó su ausencia. Y es que en este punto, como en otros muchos, el Derecho francés toma su inspiración en el Derecho romano. GARCÍA GOYENA sigue la concepción romanista del domicilio, según la cual, el hecho de la simple residencia es insuficiente por sí solo para constituir el domicilio, siendo necesario además de este hecho material el espiritual, es decir, el ánimo o la intención de ganar el domicilio. Ello lo fundamenta en las Leyes 17, párrafo 3, 20 y 27, párrafo 2, título 1, libro 50 del Digesto, al igual que en el artículo 103 del CC francés, según los cuales ni la residencia sin el ánimo de residir, ni éste sin aquella bastaban para constituir el domicilio.

Pero para YZQUIERDO TOLSADA esta redacción del artículo 39 del Proyecto de GARCÍA GOYENA no es muy afortunada. En este precepto se

---

(80) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 324; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 48 y ss. y tomo IV, p. 399; VÁZQUEZ BOTE: “Concepto del domicilio...”, cit., pp. 158 y 159.

establecía expresamente, como he dicho, que “el lugar en que un español tiene su habitual residencia es el de su domicilio, *aunque* no reúna las circunstancias necesarias para ser vecino de él”. Para YZQUIERDO, la concepción *aunque* debería entenderse como una adversativa *si*, tal y como lo había dispuesto el artículo 74 del CC holandés, al cual hacía expresa alusión GARCÍA GOYENA, que establecía que “a falta de domicilio, la residencia ocupará su lugar” (81).

De todo lo anterior resulta clara la diferencia entre los conceptos de vecindad y domicilio dentro del articulado del Proyecto, pues en el artículo 38 se establece que “el lugar en que una persona tiene su vecindad, es también el de su domicilio”, es decir, que quien tiene vecindad (residencia e inscripción en el padrón) también tiene domicilio (residencia). Y aunque GARCÍA GOYENA define al domicilio como la mera residencia habitual con ánimo o intención de ganar el domicilio, fijando en el lugar de la nueva habitación su principal establecimiento, en el artículo 39 del Proyecto realmente lo describe más escuetamente, al definirlo como el lugar en el que un español tiene su habitual residencia, a pesar de no reunir las circunstancias necesarias para ser vecino de él. Es por ello por lo que se vuelve a apreciar en este Proyecto de Código Civil, al igual que sucedía en el de 1836, la clara dicotomía entre domicilio y vecindad.

Este capítulo del Proyecto también recogía supuestos de domicilio legal o necesario, en los artículos 40 y siguientes (82). En cambio, el domicilio que se regulaba en los artículos 38 y 39 era el voluntario, puesto que podían constituirle en el lugar donde quisieran, a no ser que les estuviese prohibido. En efecto, por lo que respecta a los domicilios legales, en el artículo 40 del Proyecto se señalaba que el domicilio de los empleados públicos era el lugar donde desempeñasen su destino, pero los que se encontrasen accidentalmente en un pueblo en comisión del Gobierno, conservarían el domicilio que antes tuviesen. GARCÍA GOYENA en este punto se basa en el Derecho francés y en el sardo, pues en el artículo 106 del CC francés se establece que el ciudadano llamado a una función pública, ya sea temporal o revocable, conservará su domicilio anterior siempre que no haya manifestado lo contrario. Y a continuación, el artículo 107

---

(81) Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario del artículo 40 del CC”, en *Comentarios al Código Civil*, II, volumen 1.º, libro primero (títulos I a IV), VVAA, coordinados por RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M. (coordinadora adjunta), José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 442, y también en la obra del mismo autor “Domicilio, residencia y función pública”, RGLJ, 1999, número 2, p. 201.

(82) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 324; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 50 y ss.

del CC francés señala que la aceptación de funciones vitalicias implicará la traslación del domicilio del funcionario al lugar en que se ejercen sus funciones. En cambio, el artículo 70 del Código sardo establecía que el súbdito llamado a un empleo público conservaba su primer domicilio, salvo que hubiese manifestado lo contrario. En este punto, por tanto, el precepto de GARCÍA GOYENA, a pesar de ser diferente del Derecho francés y del sardo, se asemeja más a este último, siendo necesario establecer esta diferencia en cuanto al domicilio entre el de los empleados públicos titulares y el de los que se hallan en comisión de servicios. Además, resultaba necesario en el Derecho español que los empleados públicos cambiasen su domicilio al lugar donde desempeñaban sus funciones, para evitar molestias y fraudes que sí se ocasionaban en el Derecho francés y sardo, puesto que los acreedores tendrían que localizar al empleado público en el domicilio primitivo, que podía encontrarse a larga distancia, además de que para el empleado también era un inconveniente, porque podría defenderse mejor en el lugar donde ejercía su empleo que donde tenía su domicilio primitivo. Así las cosas, para GARCÍA GOYENA el término “empleado público” no englobaba a los senadores y diputados, los cuales tenían el domicilio que se preceptuaba en el Derecho común, es decir, un domicilio voluntario, no necesario. En cambio, en este punto GARCÍA GOYENA se aparta de lo previsto en el Derecho romano, pues en el Derecho romano los senadores conservaban el domicilio de su origen, pero adquirían uno nuevo en Roma por razón de su dignidad. Pero esto estaba justificado en Roma, porque sus funciones eran continuas, vitalicias, mientras que en nuestro Derecho solamente las ejercen en una legislatura, y alguna más si son reelegidos, pero sus funciones nunca adquieren el carácter de vitalicias.

Continuando con otros tipos de domicilios legales o necesarios, en virtud del artículo 41 del Proyecto, se consideraba que los militares en activo servicio tenían su domicilio en el lugar donde se hallasen prestándolo. Lo mismo se establecía en la Ley 23, párrafo 1, título 1, libro 50 del Digesto. Lo que sucedía en Derecho romano es que en el orden civil el militar no gozaba de ningún fuero privilegiado, en cambio sí en el criminal. En este sentido, GARCÍA GOYENA consideraba que si algún día llegaba a abolirse el fuero militar en el ámbito civil, debido a la ambulancia de los militares, lo lógico sería que se les permitiera conservar el domicilio que tenían cuando entraron en el servicio, porque si no, tendrían multitud de inconvenientes, pues podría suceder que tuvieran tantos jueces como pleitos.

Asimismo, los mayores de edad que sirvieran habitualmente a una persona y habitasen en su casa, se consideraba en el artículo 42 del Pro-

yecto que tendrían el domicilio de sus amos, y también los menores de edad, por las obligaciones que contrajesen durante este servicio. Se trata de los empleados domésticos. El equivalente a esta cuestión en el Código Civil francés la encontramos en los artículos 108 y 109, con la diferencia de que los menores sirvientes siguen manteniendo el domicilio de sus padres o tutores, lo cual no tiene ningún sentido, puesto que dichos menores pueden servir a largas distancias del domicilio de sus padres o tutores, y debe presumirse que éstos consienten el cambio de domicilio por el mero hecho de desprenderse de los menores. Pero los intérpretes de la Ley 6, título 1, libro 50 del Digesto y de la Ley 5, título 13, libro 4 del Código, han considerado que en nuestro Derecho esa diferencia que se observa en el Derecho francés entre los criados domésticos menores y mayores de edad no se producía en estas Leyes antiguas, por lo que en el Proyecto de Código de 1851 no tendría ningún sentido realizar esta distinción. Para GARCÍA GOYENA todos los supuestos regulados en este artículo 42, a excepción de las personas que sirven habitualmente, tenían una razón sin réplica.

De acuerdo con la regulación del artículo 42 del Proyecto, en el caso de los hijos de familia no emancipados, tenían el domicilio del padre o madre a cuya potestad se hallasen sujetos, y cuando faltaban ambos, el domicilio que tenían era el de su tutor. Asimismo, en virtud de este artículo, el domicilio de las personas sujetas a curaduría era el de su curador (83). En este sentido, tal y como he señalado con anterioridad, en el Derecho romano, en el caso de los hijos, según las Leyes 3, 4, y 6, párrafo 1, y 17, párrafo 11, título 1, libro 50 del Digesto, aunque el hijo seguía en todo caso el origen o fuero originario del padre, podía tener distinto domicilio, y ello porque en Roma ni la mayor edad ni el matrimonio extinguían la patria potestad. Una cuestión a tener en cuenta es que, cuando el artículo 42 del Proyecto alude al término “hijos”, según GARCÍA GOYENA, en él debíamos entender comprendidos tanto a los hijos adoptivos como a los ilegítimos reconocidos. Pero en la actualidad, en nuestro Derecho, esa diferencia entre hijos ya no existe, puesto que la Ley 2/1981, de 13 de mayo, consagró la igualdad de derechos de todos los hijos, al suprimir las diversas clases que existían (hijos legítimos, naturales, legitimados e ilegítimos) (84). Además, de acuerdo con el Proyecto de 1851,

---

(83) Vid. más ampliamente sobre lo previsto en los artículos 41 y 42 del Proyecto LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 324; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 51 y ss.

(84) Cfr. TORRES GARCÍA, T.: “Régimen económico matrimonial y uniones de hecho”, en *Matrimonio y uniones de hecho*, VVAA, coordinados por MARTÍNEZ GALLEGÓ, E. M., Águila-fuente, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 39.

los hijos debían no estar emancipados, porque si lo estaban, en virtud del artículo 277 del Proyecto, podían elegir un nuevo domicilio. Pero mientras no lo eligieran, se presumía que seguían teniendo el de su padre o madre, incumbiendo al emancipado la prueba de lo contrario (85).

En cuanto al domicilio de los hijos sometidos a tutela, en el caso de que el tutor muriese mientras duraba la tutela, a los efectos de la convocatoria del consejo de familia, no se atendía al domicilio del tutor, sino al anterior y natural del hijo huérfano, en virtud de lo establecido en los artículos 191 y 192 del Proyecto de Código de 1851 (86).

Por lo que respecta al domicilio de la mujer casada, en el artículo 42 se establecía que tenía el domicilio del marido, siempre y cuando no estuviese divorciada. En virtud del artículo 25 del Proyecto, si la mujer se casaba con un extranjero, seguía la condición del marido, aunque disuelto el matrimonio podría recobrar la nacionalidad española haciendo la renuncia que se preveía en el artículo 20 del Proyecto. En cambio, en el caso de que el marido fijara el domicilio donde lo tenía su mujer, conservaba ésta el que tenía, pues no lo perdía al no adoptar el del marido. En el caso de que la mujer enviudase, tenía la posibilidad de elegir otro domicilio, dejando el de su difunto marido. Conviene aclarar que este artículo 42 del Proyecto se refiere a la mujer casada no divorciada, porque el divorcio, en virtud del artículo 74 del Proyecto, suspendía la vida

---

(85) En virtud del artículo 170 del Proyecto de Código Civil de 1851, "los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre ó madre que les reconoce ó adopta; pero no tendrán estos el usufructo de sus bienes.

Tampoco tendrán su administración, si previamente no aseguran sus resultados con hipoteca á satisfaccion del Juez del domicilio del hijo reconocido, ó de las personas que deben concurrir á la adopcion, según se dispone en el artículo 138".

Asimismo, el artículo 277 del Proyecto disponía lo siguiente: "El mayor de edad dispondrá libremente de su persona y bienes con la limitacion contenida en los artículos 51 y 52.

Sin embargo, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinte y cinco años, no podran dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía se hallen, como no sea para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraido ulteriores bodas". GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 182 y 266; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 334, 342 y 343.

(86) En el artículo 191 del Proyecto se establecía lo siguiente: "Compondrán el consejo de familia el alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes mas allegados de este; dos de la linea paterna y dos de la materna, que estén avecindados en el mismo pueblo ó en otro que no diste mas de seis leguas.

Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor, mientras estas vivan".

En el artículo 192 se preceptuaba que "en igualdad de grados será preferido el pariente de mas edad al mas joven.

Los ascendientes varones de cualquier grado serán preferidos á las abuelas". GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 199 a 201; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 336.

común de los casados y la mutua cohabitación que se establecía en el artículo 57 (87).

En el caso de que la mujer casada sirviera habitualmente y habitase en la casa de otra persona, a pesar de que lo consintiera el marido, se entendía que conservaba el domicilio de éste, ya que el Proyecto de Código lo establecía como necesario en todos los casos, en palabras de GARCÍA GOYENA, “por cuestiones de decoro público y buen orden doméstico”.

El artículo 59 del Proyecto era muy similar al artículo 58 del texto definitivo aprobado del Código Civil de 1889, pues la mujer casada estaba obligada a seguir a su marido donde quiera que éste fijase su residencia, aunque los tribunales, con conocimiento de causa, podían eximirla de esta obligación, en los casos en que el marido trasladase su residencia a ultramar o a un país extranjero. Esta última previsión se realizaba porque no se consideraba lícito que se obligase a la mujer a seguir al marido con peligro de su vida, por ejemplo, embarcándose. Por ello, no se admitían memoriales de hombres casados que solicitasen plazas o destinos en América sin escritura formal de las mujeres otorgándoles licencia para esas solicitudes, obligándose a seguirles (88). Este artículo 59 del Proyecto era la consecuencia lógica de los artículos 57 y 58 del mismo, en los que se establecía la obligación del marido y de la mujer de vivir juntos, y la obligación de obediencia de la mujer con respecto a su marido. Asimismo, para GARCÍA GOYENA, en el comentario que realiza a este artículo 59 del Proyecto, la mujer debía seguir al marido también en los casos en los que el cambio de domicilio fuera necesario, por ejemplo, en el supuesto de relegación o destierro. Además, si los esposos habían realizado un pacto anterior y contrario a este artículo, se consideraría nulo, por ser inmoral y contrario a los fines y obligaciones del matrimonio.

En relación con esta cuestión, en sus orígenes, el artículo 214 del CC francés también recogía la obligación de la mujer de seguir a su marido al lugar donde fijase su residencia, pero este precepto ha sufrido modifi-

---

(87) En idéntico sentido se pronunciaba la Ley 1, título 10, partida 4, que señalaba que “el divorcio deposite la mujer del marido, é el marido de la mujer”. El artículo 74 del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía que “el divorcio no disuelve el Matrimonio; pero suspende la vida común de los casados”. En idéntico sentido se pronunciaba la Ley 2, título 2, libro 24 del Digesto, al señalar que “*divortium vel á diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium*”. Asimismo, el artículo 57 del Proyecto señalaba que “los cónyuges están obligados á vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. En idénticos términos se pronuncia el artículo 212 del CC francés. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 71 y 88; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 325 y 326.

(88) La exigencia de escritura formal de las mujeres se regulaba en el título 3, libro 7 de las Leyes de Indias. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 73 y 74; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 325 y 326.

caciones y actualmente no establece lo mismo. El Código Civil francés solamente hacía referencia a lo establecido en el primer párrafo del artículo 59 del Proyecto, pero, en cambio, no establecía ninguna excepción a él como la recogida en nuestro Proyecto, puesto que en el Derecho francés, al igual que en el resto de los ordenamientos de nuestro entorno, la mujer siempre tenía la obligación de seguir al marido al lugar donde fijase su residencia, incluso aunque la fijase en un país extranjero o en ultramar. Resultaba por tanto novedosa la regulación de este Proyecto de Código Civil español en relación con los países de nuestro entorno, puesto que admitía que los tribunales podían excusar a la mujer de seguir al marido cuando éste trasladase su residencia a ultramar o a un país extranjero. Pero los tribunales deberían ser muy cautelosos a la hora de aplicar esta facultad discrecional que les otorgaba el Proyecto de Código Civil.

El último supuesto que recogía el Proyecto de Código Civil de 1851, de domicilio legal o necesario, era el artículo 43 del Proyecto (89), relativo al domicilio de los que se hallasen extinguiendo alguna condena, que sería el lugar donde la extinguiesen. Sin embargo, los condenados a destierro seguían conservando su domicilio anterior. De esta manera, se exceptuaba al desterrado porque su pena no tenía lugar determinado para su extinción. El Proyecto de 1851 se refería solamente a los derechos civiles del desterrado, no a los políticos, ya que la suspensión de estos últimos se imponía al desterrado en virtud del artículo 58 del Código Penal.

Analizados ya los supuestos de domicilio legal o necesario, que se recogían en el Proyecto de Código Civil de 1851, analizaré a continuación otra cuestión relativa al domicilio. En el Derecho romano se admitía la pluralidad de domicilios, pero para GARCÍA GOYENA era imposible admitir en nuestro Derecho la pluralidad de domicilios, al igual que también resultaban imposibles dos vecindades en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del Proyecto. En cambio, a su juicio, lo que sí era admisible es que existiesen dudas sobre cuál era realmente el domicilio de una persona, pero a pesar de ello debía fijarse como domicilio solamente uno. Y en la hipótesis de que pudiera existir más de un domicilio, correspondería la elección al demandante o actor.

En cambio, y a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano, podría darse el caso de que una persona no tuviese residencia habitual, y por razones de justicia y de necesidad, se consideraría que tendría su domicilio en el lugar donde se hallase, y ello porque todo español debía tener algún lugar y juez para responder a las demandas que contra él se presentasen. En efecto, en el artículo 44 del Proyecto se establecía que el

---

(89) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 324; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., p. 53.



domicilio de una persona que no tuviese residencia habitual sería el lugar donde se hallase (90). Pero este inciso que se recogía en el artículo 44, que hacía alusión al lugar donde se halle, no pasó al definitivo Código Civil, tal vez por entender los codificadores que ya se regulaba de forma exactamente igual esta cuestión en el artículo 69 de la LEC de 1881, según el cual, cuando una persona carecía de domicilio, podía ser demandada en el lugar de su residencia o, en último extremo, en el lugar donde se hallase. Por tanto, resulta evidente a mi juicio que este artículo 44 del Proyecto de Código Civil de 1851 es un claro precedente del precepto aludido de la Ley procesal de 1881. Así lo ha reconocido la generalidad de la doctrina (91). En este sentido y a mayor abundamiento, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 establecía prácticamente lo mismo que el artículo 69 de la Ley procesal de 1881, pues señalaba en el párrafo tercero de su artículo 5 que “el que no tuviere domicilio fijo, podrá ser demandado, en el lugar en que se encuentre, o en el de su última residencia” (92).

Pero se concluía estableciendo en el artículo 46 del Proyecto de Código Civil de 1851 (93) que lo que se disponía en los artículos anteriores permanecía vigente mientras las partes no hubiesen convenido, o una de ellas hubiese designado, de acuerdo con la Ley, el lugar donde debían tenerse por domiciliadas para la ejecución de un acto determinado. Por tanto, se admitía ya la existencia de lo que posteriormente se ha denominado “domicilio electivo”, existente en el Derecho actual. De esta manera, así como el domicilio general sirve para localizar el lugar donde la persona ejercita sus derechos y cumple sus obligaciones civiles, el domicilio de elección se refiere únicamente a actos concretos, por lo que podría decirse que opera como un domicilio especial con relación a los actos para los que expresamente está previsto (94). De acuerdo con este artículo 46 del Proyecto, el domicilio o fuero de elección podía ser en virtud de convenio de las partes o bien porque la Ley lo exija así para determinados actos, como el del artículo 1.740 del Proyecto. En primer lugar, en el caso de que se estableciera el domicilio electivo por el libre convenio o acuerdo de las partes, al no contrariar las leyes ni las buenas costum-

---

(90) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., pp. 53 y 54; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 324.

(91) Por ejemplo, entre otros, PUIG FERRIOL: *Fundamentos...*, cit., pp. 135 y 136; VÁZQUEZ BOTE: “Concepto del domicilio...”, cit., p. 160.

(92) Cfr. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo primero, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856, p. 10.

(93) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 324; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., p. 55; PUIG FERRIOL: *Fundamentos...*, cit., p. 132.

(94) También está permitida la elección de domicilio en el artículo 111 del CC francés.

bres, debía respetarse. En cambio, cuando fuere impuesto a favor de una de las partes, podría ésta renunciarlo (95). En segundo lugar, en relación con este artículo 46 del Proyecto, el artículo 1.740 del mismo (96) hacía referencia al obligado a dar fiador, y se expresaba que dentro de los requisitos que debía reunir el fiador, además de la capacidad para obligarse y de tener bienes con los que responder, se requería que estuviese domiciliado o que escogiese como domicilio un lugar situado dentro del partido judicial donde debía darse la fianza. Lo mismo se establecía en los artículos 2.018 y 2.019 del CC francés, pero se hacía referencia al territorio de la Corte Real, lo que equivalía a las audiencias. Aunque a juicio de GARCÍA GOYENA, puesto que el territorio de nuestras audiencias debía ser muy extenso, resultaría muy incómodo para el acreedor tener que perseguir al fiador en un terreno tan amplio. Por ello optó por establecer, en vez de las audiencias, el partido judicial, pues resultaba mucho menos extenso.

Llegados a este punto, conviene destacar que en materia de Derecho sucesorio el domicilio jugaba un papel muy importante en este Proyecto, al cual aludían los artículos 564, 565 y 569 (97). El primero de estos artículos señalaba que para que el testamento ológrafo fuera válido, uno de los requisitos que debía reunir era el de expresar el lugar del otorgamiento del mismo, además de hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, y expresar el año, mes y día en que se otorgase. La novedad que presentó el Proyecto de Código Civil de 1851 en materia de sucesión testamentaria, tal y como ha señalado muy acertadamente TORRES GARCÍA, fue considerar al testamento ológrafo, influenciado por el Derecho francés, “como una forma común de testar”, junto con el testamento abierto y el cerrado, criterio que sigue aún vigente en el artículo 676 del CC español actual, pues después de clasificar el testamento en común o especial, señala que el testamento común puede ser ológrafo, abierto o cerrado (98).

---

(95) GARCÍA GOYENA pone el ejemplo según el cual un vecino de Madrid que contrata-se con otro de Cádiz podría exigirle al de Cádiz que eligiese un domicilio en Madrid, para que, en el caso de no cumplir, pudiera demandarle allí, evitándole molestias y dificultades. Pero el vecino de Madrid podría demandarle tanto en Madrid como en Cádiz, según más le conviniese, ya que podría renunciar al fuero de elección (Madrid) y demandarle en Cádiz, que era el fuero general. Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., p. 55.

(96) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo IV, cit., pp. 146 a 148; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, p. 468.

(97) Estos artículos se encontraban en la sección II, relativa a las solemnidades del testamento común, dentro del capítulo segundo, título primero, del libro III del Proyecto de Código Civil de 1851. Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo II, cit., pp. 18 y ss.; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, pp. 369 y 370.

(98) Sobre el testamento ológrafo en el Derecho histórico español, me remito al estudio de TORRES GARCÍA, T. F.: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 97 y ss., 113 y 114.

El artículo 565 del Proyecto determinaba que el testamento abierto debía otorgarse ante escribano público y ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, entre otros requisitos. Y es que en relación con este artículo, la Ley recopilada 1, título 18, libro 10, ya exigía a los testigos la calidad de vecinos, pero dejarlo como estaba podía dar lugar a dudas y a conflictos que podían desembocar en pleitos, por lo que se sustituyó en el texto del Proyecto la vecindad por el domicilio, al igual que en el número 2 del artículo 569 del Proyecto, puesto que así se aseguraba que los testigos conociesen al testador y que ellos mismos fueran conocidos. Además, en este sentido, la Ley 1, título 23, no exigió la calidad de vecinos a los testigos de los demás instrumentos. En ese número 2 del artículo 569 se determinaba que una de las formalidades que debía requerir el testamento cerrado para considerarlo válido era que el testador tenía que entregarlo al escribano en presencia de cinco testigos, que estuvieran domiciliados en el lugar del otorgamiento, de los cuales tres al menos debían poder firmar. Asimismo, otra cuestión de Derecho sucesorio relativa al domicilio era que el artículo 590 del Proyecto establecía que no podían ser testigos en los testamentos, entre otras personas, los que no tuvieran la calidad de domiciliados, cuando la Ley la requiriese expresamente (99).

Y para terminar con el Derecho sucesorio, tan sólo resta señalar que en el artículo 914 del Proyecto se establecía que el juez del último domicilio del difunto resultaba el competente para conocer de la partición de la herencia y de todos sus incidentes (100). El artículo 822 del CC francés establecía que era competente el tribunal del lugar en que se abriese la sucesión y, en virtud del artículo 110, se preceptuaba que el lugar para la apertura de la sucesión o herencia se determinaba por el domicilio del difunto. De esta manera, el Proyecto de Código Civil español, siguiendo al francés, evitaba una situación que podría producirse de no existir este precepto, puesto que ya no se podía abrir la sucesión o herencia de una persona en el lugar donde falleciese estando de paso. Pero esto no sólo sucedía en Derecho sucesorio, ya que, por ejemplo, en los artículos 174, 592 y 844 del Proyecto de Código Civil de 1851 se designaba como competente el alcalde o juez del domicilio del difunto (101). Pero la unifor-

---

(99) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 372; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Centenario de la Ley del Notariado, Sección Cuarta, Fuentes y Bibliografía, volumen I; El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, pp. 196 y 197; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo II, cit., pp. 43 y ss.

(100) Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo II, cit., p. 270; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 396.

(101) En efecto, el artículo 174 determinaba que "el alcalde del domicilio del huérfano proveerá al cuidado de su persona y bienes hasta que acuerde lo conveniente el consejo de

midad que se observaba en el Proyecto de Código español no se producía en el Derecho romano, pues unas veces se establecía la competencia en función del lugar donde estuviese sita la mayor parte de los bienes, mientras que otras por la casa mortuoria, o incluso por el domicilio del demandado. En cambio, en consonancia con el Derecho romano, en los títulos 14 y 15 de la Partida 6 no se expresaba quién debía ser de todos los jueces el competente.

Aquí no termina la incidencia del domicilio en el Proyecto de 1851. En efecto, por lo que al domicilio se refiere, en el artículo 1.091 del Proyecto se preceptuaba que el pago debía ejecutarse en el lugar que se hubiese designado en el contrato. Pero en el supuesto en que no se hubiese designado ningún lugar, si la obligación consistía en cosa determinada, el pago debía realizarse donde existía la cosa cuando se celebró el contrato. Y en cualquier otro caso, el lugar del pago se consideraba que sería el domicilio del deudor. A excepción de este último inciso del artículo, relativo a que en cualquier otro caso el lugar del pago se entendería que sería el domicilio del deudor, el artículo 1.247 del CC francés viene a coincidir con este precepto del Proyecto. Asimismo, GARCÍA GOYENA, en el comentario que realiza a este artículo, partiendo de que la Ley 13, título 11, de la Partida 5, disponía lo mismo que la primera parte del artículo del Proyecto, y que la Ley 32, título 2, de la Partida 3, otorgaba competencia de fuero en virtud del lugar del contrato, sin expresar que debiera encontrarse allí el obligado, entiende que en este punto resultaba conveniente apartarse en el último párrafo de este artículo 1.091 del Proyecto de nuestro Derecho anterior y del Derecho romano, realizando una excepción favorable al deudor. Además, justifica la inclusión de la expresión “designado en el contrato” en el primer párrafo del artículo por considerar que este domicilio rige la Ley de los contrayentes tanto para el lugar del pago como para todo lo demás. Y de acuerdo con el párrafo segun-

---

familia en su primera reunion”. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo I, cit., p. 189; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, p. 334.

El artículo 592 establecía que “el testamento ológrafo y el cerrado, antes de recibir ejecución, deben ser presentados al Juez del último domicilio del testador.

El Juez, antes de proceder á otro acto ulterior, se cerciorará por si, siendo posible, y en otro caso por la prueba que deben dar los interesados, de la muerte del testador”. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 372; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo II, cit., pp. 47 y 48.

Y en último lugar, el artículo 844 señalaba que “la manifestacion de que trata el artículo anterior, debe hacerse ante el alcalde del domicilio del difunto, por escrito en la forma prevenida en el Código de procedimientos civiles si el domicilio del heredero no distase mas de diez leguas.

Siendo mayor la distancia, podrá hacerse ante el alcalde del domicilio del heredero”. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 391; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo II, cit., p. 230.

do, GARCÍA GOYENA considera que se establece que cuando no se haya expresado otra cosa y tratándose de entregar cosa determinada, se efectuaría el pago en el lugar donde estuviera la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, porque se presume que esa habría sido la voluntad de las partes. Así, pone el ejemplo de que si él vende a una persona el vino de su cosecha, debería hacer la entrega en la bodega donde lo tuviese enceberrado. Y finalmente, justifica la inclusión del último párrafo, porque en caso de duda, y cuando los contrayentes no hubiesen expresado su voluntad, los contratos debían interpretarse a favor del deudor, según lo previsto en el artículo 1.021 del Proyecto (102).

Conviene señalar que un precepto que no llegó a ver la luz fue el inicial artículo 191 del Proyecto, que se suprimió, y que establecía que el alcalde del domicilio del huérfano debía proveer el cuidado de su persona y bienes hasta que acordase lo concerniente el Consejo de familia en su primera reunión (103).

Pero este Proyecto de Código Civil, que data de 30 de abril de 1851, no llegó a promulgarse nunca, entre otras razones, por la oposición de las denominadas regiones forales, que lo criticaban por tener un carácter rígidamente uniformista, pues consideraban que suprimía la vigencia de los Derechos civiles forales de las mismas. Por ello, habrá que esperar a la promulgación del vigente Código de 1889, que fue el único Código que contó con la aceptación de los denominados “foralistas”, al recibir la “cuestión foral” un tratamiento de compromiso válido para ellos (104). A pe-

---

(102) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., p. 372; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 411 y 412; GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo III, cit., pp. 121 y 122.

En el artículo 1.021 del Proyecto se decía textualmente que “en caso de duda, la interpretación de cualquier cláusula se hará contra la parte que, por su falta de explicación, hubiere ocasionado la oscuridad.

Cuando esta regla no tuviere aplicación, se interpretará del modo que produzca menos gravamen para el que por la cláusula resulte obligado”. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, tomo III, cit., p. 56; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 405.

(103) Se contiene la supresión de este artículo en el libro primero aprobado por la Comisión el 19 de mayo de 1845 (archivos de la CGC, legajo 7, carpeta 2.ª, documento 3.º). En cuanto al Proyecto del Código Civil de 1851, conviene examinar el legajo 7, carpeta 2.ª, documento 1.º (libro primero del Proyecto de 1851); legajo 7, carpeta 2.ª, documento 2.º (libro primero corregido); el ya citado legajo 7, carpeta 2.ª, documento 1.º (libro primero aprobado por la Comisión el 19 de mayo de 1845); legajo 7, carpeta 2.ª, documento 4.º (libro primero aprobado por la Comisión en 1846); legajo 8, carpeta 1.ª, documento 1.º (libro 2.º del Proyecto de 1851, relativo a los testamentos); legajo 8, carpeta 2.ª, documento 1.º (versa sobre las herencias); legajo 9, carpeta 1.ª, documentos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º (título de los contratos); legajo 9, carpeta 3.ª, documentos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º (sobre los contratos de compraventa, permuta y arrendamiento). La primera revisión del Proyecto de Código Civil se contiene en el legajo 11, carpeta 1.ª, documento 1.º, y el texto definitivo del Proyecto de Código Civil de 1851 en el legajo 12, carpeta 1.ª, documento 1.º, del archivo de la CGC.

(104) Cfr. TOMÁS y VALIENTE: *Manual de Historia...*, cit., pp. 490 y 491.

sar de ello, hay que hacer referencia a los restantes proyectos de Código Civil que se sucedieron antes del definitivo texto de 1889.

## 6. Proyecto de Código Civil de 1869.

Se trata de un Proyecto de Ley del libro primero del Código Civil, que presentó a las Cortes el ministro don Antonio Romero Ortiz el 19 de mayo de 1869 (105). Por lo que al domicilio se refiere, con relación a la nacionalidad y a los efectos de las leyes, se establecía en el artículo 10 del Proyecto que las leyes relativas al estado y capacidad de las personas obligaban a los españoles, aunque residieran en un país extranjero, y en el artículo 12 se señalaba que los derechos y obligaciones relativos a bienes muebles se regían por las leyes del país donde su dueño estuviese domiciliado. Concretando más, en cuanto a la capacidad civil que tenían los españoles en un país extranjero, se determinaba en el artículo 28 del Proyecto que los españoles que viajasen o residiesen en un país extranjero continuaban sujetos a las leyes españolas concernientes a su capacidad civil, a su estado y a su propiedad inmueble, situada en España, en cuanto a los actos que hubieran de producir sus efectos en territorio español. Por lo que respecta al lugar donde podía ser demandado todo español por las obligaciones contraídas fuera de España con un extranjero o bien con otro español, en el artículo 29 del Proyecto se establecía que podía ser demandado en España. Además, según el tenor literal del artículo 32 del Proyecto, el extranjero, a pesar de no residir en España, también podía ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que hubiese contraído con un español en España o que debieran tener en el territorio español su ejecución. Asimismo, cuando un extranjero se encontrase en España, por el artículo 33 podía ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que hubiese contraído en país extranjero con un español.

En el capítulo primero del título V del Proyecto se trataba la vecindad, y en el capítulo segundo del domicilio. En virtud del artículo 37 del Proyecto, era vecino de un pueblo todo español cabeza de familia que se hallase inscrito en el padrón de vecindad del distrito municipal, o bien el que llevando dos años de residencia en él, con casa abierta y ejerciendo su profesión o industria, o teniendo un modo de vida conocido, hubiese sido declarado vecino por el respectivo Ayuntamiento. Pero una persona solamente podía ser considerado vecino de un lugar, es decir, no se admitía una pluralidad de vecindades, ya que en el caso de que una persona tuviese casa abierta en varios puntos y la residencia alternativa, debía ele-

---

(105) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 497 y ss.

gir entre uno de ellos para ser vecino sólo de uno. Este artículo se completaba con el 39 del Proyecto, que establecía que ninguna persona podía ser al mismo tiempo vecino de dos pueblos. De este modo, si una persona se hallaba inscrita en el padrón de dos o más distritos municipales, tendría solamente la vecindad que se le hubiese declarado en último lugar.

En cuanto a los extranjeros, el que fuera cabeza de familia y quisiera avecindarse en un distrito municipal tenía la obligación de residir en él con casa abierta por espacio de tres años, además de renunciar ante el Ayuntamiento la protección del pabellón de su país y probar por lo menos alguna de las siguientes circunstancias: estar o haber estado casado con española, haber arraigado en el Reino, adquiriendo en él bienes inmuebles; haber ejercido por espacio de cinco años en el Reino una profesión útil, haber establecido o hallarse estableciendo una industria que requiera su residencia habitual en el país, o bien finalmente haberse hallado al servicio del Estado.

Por lo que al concepto de domicilio se refiere, en virtud del artículo 40 del Proyecto, se consideraba que una persona tenía su domicilio en el lugar donde a su vez tenía su vecindad. Además, el lugar en que un español tenía su habitual residencia era el de su domicilio, aunque no reuniera las circunstancias necesarias para ser vecino de él, según lo preceptuado en el artículo 41 del Proyecto.

En este Proyecto de Código Civil existían supuestos de domicilios legales, al igual que sucedía en algunos de los Proyectos anteriores. En efecto, en la tónica de los proyectos de Código anteriores, en el artículo 42 del Proyecto se establecía que el domicilio de los empleados públicos era el lugar en que desempeñasen su destino, pero los que accidentalmente se encontrasen en un pueblo en comisión de gobierno conservaban el domicilio que antes tenían. En cuanto al domicilio de los militares en servicio activo, en virtud del artículo 43 del Proyecto, se consideraba que lo tenían en el lugar donde prestaren servicios. Por el artículo 44 del Proyecto, el hijo de familia no emancipado tenía el domicilio del padre o madre a cuya potestad se hallase sujeto, y a falta de ambos, el de su tutor. Además, las personas mayores de edad sujetas a curaduría tenían el domicilio de su curador. Por lo que respecta a la mujer casada, se consideraba que tenía el domicilio de su marido, siempre y cuando no estuviese divorciada. En el caso de los mayores de edad que servían habitualmente a una persona y habitaban en su casa, tenían el domicilio de sus amos, y también los menores de edad por las obligaciones que contraían durante ese servicio. Y finalmente, el domicilio de los que se hallasen extinguiendo alguna condena, según el artículo 45 del Proyecto, era el lugar donde la extinguían. Pero los condenados a destierro mantenían el domicilio anterior. Por tanto, la regulación de estos domicilios legales en este

Proyecto coincide en los mismos términos con lo regulado en el Proyecto de Código Civil anterior.

También se establecía en este Proyecto, en relación con sus precedentes, que el domicilio de una persona que no tuviese residencia habitual era el lugar donde se hallaba (art. 46 del Proyecto). Y en virtud del artículo 48 del Proyecto, se admitía la posibilidad de que las partes conviniere o una de ellas designase, de conformidad con la Ley, un domicilio pactado, donde debía considerarse que estaban domiciliados para la ejecución de un determinado acto. Pero una vez más, este Proyecto tampoco prosperó.

## 7. Anteproyecto de Código Civil de 1882.

Este Anteproyecto de Código vino por fin a paliar la urgente necesidad de codificación de la legislación civil española, hasta entonces dispersa en multitud de cuerpos legales que pertenecían a épocas y civilizaciones muy diversas y distantes unas de otras (106). Debía crearse un cuerpo legal que reflejase los principios modernos, tomando como punto de partida y como máximo referente el Proyecto de 1851. También tuvieron influencia en la elaboración de este Proyecto la Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 (107), la Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870, y en materia de nacionalidad, la Constitución de 1876. Este Anteproyecto contenía únicamente los libros primero y segundo del Código, y se trata sin duda de uno de los antecedentes más importantes de nuestro Código Civil (108). El Anteproyecto de los libros III y IV (109) se elaboró entre los años 1885 y 1888. En cuanto al plan que tenía el Anteproyecto, es similar al del Código definitivo, pues poseía ya cuatro libros. En

---

(106) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., pp. 7 y ss. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS denominaba al Proyecto de Código Civil de 1882 Anteproyecto del Código Civil, y ello porque no se trataba en su conjunto de un trabajo oficialmente ultimado por uno de los órganos que de forma preceptiva debía intervenir en su redacción, sino que eran trabajos preliminares del Código que sirvieron a la Sección de lo civil para que, después de oír a todos los miembros de la Comisión de Códigos, elaborase el texto del Proyecto. Pero en realidad, el título preliminar y los dos primeros libros del Anteproyecto coincidían con los del Proyecto de 1882. Por tanto, adoptaré también esta denominación de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Este Anteproyecto se presentó a las Cortes el 24 de abril de 1882, por el ministro de Gracia y Justicia don Manuel Alonso Martínez.

(107) Esta Ley del Matrimonio Civil se encuentra en el legajo 17, carpeta 4.ª, documento 1.º, del archivo de la CGC.

(108) Legajo 17, carpeta 0, documento 1.º y legajo 17, carpeta 1.ª, documento 1.º del archivo de la CGC.

(109) Archivo de la CGC, legajo 17, carpeta 2.ª, documento 1.º; legajo 17, carpeta 3.ª, documento 1.º; legajo 18, carpeta 1.ª, documento 1.º; legajo 18, carpeta 2.ª, documento 1.º; legajo 18, carpeta 3.ª, documento 1.º, y legajo 18, carpeta 5.ª, documento 1.º



cambio, en materia sucesoria, se encuentra más similitud con el Proyecto de 1851, porque estaba dividida en tres grandes apartados.

Pero hay más diferencias entre el Anteproyecto y el texto definitivo del Código, pues el Anteproyecto era más extenso, ya que tenía en total 2.017 artículos (110). Y aunque en principio hay coincidencia de normas entre ambos textos, también hay diferencias importantes y reglas del Anteproyecto que no pasaron al Código definitivo. En general, la redacción del Código es más apretada y elaborada, y hay diferencias de colocación sistemática de las normas y de concepto. Pero a pesar de las diferencias, el Anteproyecto de 1882 resulta válido para la interpretación de los preceptos del texto del Código Civil definitivo, puesto que servirá para conocer las fuentes que inspiraron la redacción de cada precepto, representando un dato histórico muy importante a la hora de realizar una interpretación de los mismos (111).

Por lo que respecta a los preceptos del Anteproyecto de Código Civil de 1882, que regulan cuestiones relativas al domicilio, en el título preliminar (112), que versaba de los efectos y de las reglas generales para la aplicación de las Leyes, se contenía en el artículo 6 una norma imperativa, que señalaba que las Leyes penales, las de seguridad pública y las de policía obligaban a todos los que habitasen en el territorio español. Siguiendo con esta cuestión, el artículo 8 del Anteproyecto preceptuaba que las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, capacidad legal y condición de las personas, obligaban a los españoles, a pesar de que residiesen en un país extranjero. En virtud del artículo 9, los bienes inmuebles estaban sujetos a las Leyes españolas, aunque las poseyeran extranjeros. Y finalmente, el artículo 10 expresaba que los bienes muebles estaban sujetos a las Leyes del país donde se hallasen, pero su transmisión testada o intestada debía regirse por las Leyes de la nacionalidad de su dueño.

En cuanto a la regulación más concreta y específica del domicilio, hay que señalar que el artículo 40 de nuestro Código Civil vigente es análogo al artículo 27 del Anteproyecto de Código Civil de 1882. Así, en este Anteproyecto ya no se hace referencia a la vecindad, pues se parte del principio de que el domicilio surte los mismos efectos que la vecindad en el ámbito civil, y se deja a las Leyes administrativas la determinación de la vecindad. Desaparece, por tanto, de la regulación del Código Civil la

---

(110) El proyecto de Código Civil de 1882-1888 se encuentra en el Archivo General de Codificación, legajo 21, carpeta 2.<sup>a</sup>, documento 1.<sup>o</sup>

(111) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., pp. 36 y ss.

(112) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., p. 548; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., pp. 57 y ss.

distinción entre domicilio y vecindad, a diferencia de lo que había sucedido en los Proyectos de Código Civil anteriores. En este sentido, el artículo 27 del Anteproyecto señalaba que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determinase la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con este último inciso se omite en el Anteproyecto toda referencia a los domicilios legales, por haberse regulado éstos con anterioridad en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Es decir, se suprime en el texto del Anteproyecto esta regulación para no incurrir en reiteraciones innecesarias (113).

Por lo que respecta al Anteproyecto de los libros III y IV, que fueron elaborados como ya he señalado entre 1885 y 1888, también contiene manifestaciones importantes del domicilio, que luego se han recogido de forma muy similar en el texto definitivo del Código Civil. Así, en el libro III, título III, capítulo primero, que versaba sobre la sucesión testamentaria, dentro de la sección segunda, relativa a la forma de los testamentos, en el artículo 676 se hace una relación de las personas que no pueden ser testigos en los testamentos. Se consideraba que no podían las mujeres, los varones menores de edad, los ciegos y los totalmente sordos o mudos, los que no entendiesen el idioma del testador, los que no estuviesen en su sano juicio, los que hubieran sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos o privados y por el de falso testimonio, y los que estuvieran sufriendo penas de interdicción civil (114). Tampoco podían ser testigos los dependientes, amanuenses, criados o parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante. Y por lo que se refiere al domicilio, en el punto 3.º del artículo 676 se establecía que los que no tuvieran la calidad de domiciliados en el lugar del otorgamiento, tampoco podían ser testigos, salvo en los casos exceptuados por la Ley. Este artículo 676 del Anteproyecto encuentra su precedente en el artículo 590 del Proyecto de Código Civil de 1851 (115).

Y por último, en el libro IV, relativo a las obligaciones, el artículo 1.188 del texto elaborado entre 1885 y 1888, establecía, al igual que el artículo 1.091 del Proyecto de 1851, que el pago debía ejecutarse en el lugar

---

(113) Cfr. FALCÓN y ROMERO y GIRÓN: *Código Civil...*, cit., pp. 73 y 74; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 545 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., p. 63.

(114) Para BERNALDO DE QUIRÓS (*Centenario de la Ley...*, cit., pp. 47 y 48), el término interdicción no se refería únicamente a los que sufrieran la pena de interdicción, sino que tenía un significado más genérico, equivalente a la incapacitación.

(115) Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, cit., pp. 615 y 616; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., p. 196.

que hubiere designado la obligación. En el segundo párrafo se señalaba que, no habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, debería hacerse el pago donde la cosa existiera en el momento en que nació la obligación. Y en el tercer y último párrafo se preceptuaba que, en cualquier otro caso, el lugar del pago sería el domicilio del deudor (116).

#### 8. Proyecto de Código Civil de 1895 de don Augusto COMAS.

Este autor criticó, entre otras cuestiones, las deficiencias del Código Civil de 1889 (117) en torno a la vecindad y al domicilio, y propuso un Proyecto de Reforma del Código Civil español en 1895, en el cual reguló extensamente estas materias. Además, ya con anterioridad, durante la tramitación del Código Civil, cuando se terminó el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, se invitó por RO de 30 de abril de 1888 a todos los miembros de la Comisión de Códigos a que hicieran sus observaciones a dicho texto. Al respecto, mandaron observaciones casi todos los vocales. A modo de ejemplo, DANVILA contestó con más de quinientas notas (118), y el mismo COMAS mandó sus observaciones el 15 de junio, pero solamente a los libros I, II y III (119). FRANCO Y LÓPEZ escribió observaciones a los libros segundo y tercero (120). CÁRDENAS, FABIÉ, BRAVO, LÓPEZ LAGO, PESA PAJARES, RIPOLL Y PALAU hicieron observaciones al libro III (121). En cambio, otros vocales, como ROMERO GIRÓN y SILVELA no mandaron ninguna observación. No se conoce cuáles fueron los

---

(116) La alusión que realizó al libro III está en LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, volumen II, pp. 615 y 616; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., p. 196, mientras que lo referente al libro IV se encuentra en las mismas obras en las pp. 662 y 372, respectivamente. El Proyecto de Código Civil de 1882-1888 se recoge en el legajo 21, carpeta 2.ª, documento 1.º, y el Anteproyecto de Código Civil en el legajo 22, carpeta 0, documento 1.º

(117) Legajo 21, carpeta 1.ª, documento 1.º

(118) Legajo 19, carpeta 1.ª, documento 1.º; legajo 19, carpeta 2.ª, documento 2.º, y legajo 20, carpeta 1.ª, documento 1.º del archivo de la CGC.

(119) Legajo 19, carpeta 1.ª, documento 2.º (observaciones a los libros primero, segundo y tercero del Proyecto de 1888 de Código Civil). Observaciones de los vocales a los libros I y II se contienen en el legajo 20, carpeta 1.ª, documento 1.º

(120) Al libro segundo, se contienen en el legajo 19, carpeta 1.ª, documento 3.º, y las del libro tercero, en el legajo 19, carpeta 2.ª, documento 5. Existen unas observaciones junto con DANVILA al libro II en el legajo 20, carpeta 1.ª, documento 2.º

(121) Observaciones de CÁRDENAS: legajo 19, carpeta 2.ª, documento 1.º; observaciones de FABIÉ: legajo 19, carpeta 2.ª, documento 3.º; observaciones de Emilio BRAVO: legajo 19, carpeta 2.ª, documento 4.º; observaciones de Rafael LÓPEZ LAGO: legajo 19, carpeta 2.ª, documento 6.º; observaciones de PESA PAJARES: legajo 19, carpeta 2.ª, documento 7.º; observaciones de Pedro RIPOLL Y PALAU: legajo 19, carpeta 2.ª, documento 8.º También se encuentran estas observaciones al libro III en el legajo 20, carpeta 1.ª, documento 3.º

términos en que fueron atendidas tales observaciones efectuadas al Anteproyecto, pero lo que sí es cierto es que, tras la terminación del Anteproyecto, la sección de lo civil trabajó de forma intensiva.

Por lo que respecta al domicilio, la única observación que se hizo fue por el señor RIPOLL Y PALAU, concretamente al artículo 676.3.º del Proyecto de 1882-1888 de Código Civil, relativo a los testigos en los testamentos. Se ha visto anteriormente que este precepto señalaba que no podían ser testigos en los testamentos “los que no tengan la calidad de domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley”. Pues bien, para el señor RIPOLL Y PALAU debería decirse “vecinos ó domiciliados”, y no simplemente “domiciliados” (122). Pero recuérdese que señalé con anterioridad que la referencia exclusiva al domicilio se hizo por primera vez en este Proyecto, a diferencia de lo que sucedía con toda la tradición anterior, y el motivo fue que se dejó la regulación de la vecindad al campo del Derecho administrativo.

A pesar de las observaciones que se hicieron al Código Civil, a juicio de COMAS, quizá los vocales no trabajaron con demasiado acierto, por lo que optó por elaborar un Proyecto de Reforma del Código (123).

Para COMAS (124), el Código Civil adolecía de varios defectos, entre los cuales destacaba que, puesto que a la vecindad se hacía referencia en varios preceptos a lo largo del Código (125), lo más lógico habría sido calificar y regular en el orden civil la condición de vecino, para poder aplicar perfectamente todos los efectos civiles que derivaban de la vecindad. Tal regulación, aunque imperfecta y diminuta, se hace en el título III respecto al domicilio, aunque también COMAS consideró que esta regulación tan parca es una deficiencia del Código. En cambio, a mi entender, la ausencia de regulación civil de la vecindad es acertada, pues dicha regulación debe corresponder sin lugar a dudas al legislador administrativo, debiendo ocuparse el civil tan sólo de lo relativo al domicilio.

Por estas razones expuestas, para COMAS, el Derecho civil se remite en este particular a lo que acerca de la vecindad se halla dispuesto en el Derecho administrativo. Es decir, habría que acudir a la regulación administrativa a la hora de determinar los requisitos o circunstancias que se consideran necesarias para poder ostentar la calidad de vecino en el or-

---

(122) Legajo 19, carpeta 2.ª, documento 8.º, y legajo 20, carpeta 1.ª, documento 3.º

(123) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Centenario de la Ley...*, cit., p. 43.

(124) Cfr. COMAS, A.: *La revisión del Código Civil español*. Tomo 2, Madrid, 1895, pp. 125 y ss.

(125) Así, por ejemplo, en el libro primero, en los artículos 17 y 25, relativos a la nacionalidad; en el 302, que se ocupaba del Consejo de Familia; en el 326, que trataba del Registro Civil. Y también se hacía referencia a la vecindad en el libro III, en el artículo 681, al considerarla como requisito para ser testigo en los testamentos.

den civil. Pero si esto es así, según COMAS, lo más correcto habría sido que el Código lo hubiera señalado expresamente y con claridad, a semejanza de lo que hace al tratar del domicilio, cuando en el artículo 40 se remite a lo que sobre éste determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y es que del original artículo 15 del CC de 1889, parecía, a juicio de este autor, que se consignaba de un modo expreso que las condiciones que señalaba para ganar vecindad las exigía sólo para los efectos de dicho artículo, con lo cual daba a entender claramente que el propósito del legislador no era extender su aplicación a todas las disposiciones del Código en las que se hablaba de vecindad o de la calidad de vecino de un lugar, sino simplemente contraerlo y limitarlo exclusivamente a los efectos del artículo 15.

Además, la jurisprudencia del TS ya se había pronunciado con anterioridad a la publicación del Código Civil de 1889 sobre esta cuestión y había definido en cierto modo la vecindad a los efectos civiles, entre otras, en la sentencia de 29 de agosto de 1861 (126). En esta sentencia, sobre la base de lo dispuesto en la Ley 3.<sup>a</sup>, título 11, libro 6.<sup>o</sup>, de la Novísima Recopilación, el TS consideró que debían ser tenidos como avecindados en España los extranjeros que, viviendo sobre sí, establecían su domicilio en el país, sin que para ello fuese obstáculo la doble inscripción en los registros que preveía el RD de 17 de noviembre de 1852. El TS estimó que para acreditar la vecindad era prueba suficiente ser contratista de las obras de un ferrocarril, puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, caso segundo, de la Ley de 14 de noviembre de 1855, todos los empleados en las obras de los ferrocarriles se reputaban como vecinos o domiciliados de los pueblos en cuyo término jurisdiccional se ejecutasen. Y se tuvo en cuenta, como medios de prueba, además de la vecindad, que el interesado había comprado un terreno en aquel lugar y había edificado en él una casa, en la que habitaba, que ejercía el cargo de vocal de la Junta de aquella localidad para el censo de la población, que en un poder presentado en autos, otorgado por el interesado, se decía vecino de aquel lugar, y finalmente que en diversas ocasiones había reconocido la jurisdicción del juzgado de aquella localidad, acudiendo tanto como actor como demandado. Dicho lo cual, además de los anteriores elementos probatorios, el TS fundamentó su decisión en que, a pesar de que constase su inscripción como extranjero, tanto en la embajada francesa como en el gobierno civil de la provincia, de acuerdo con lo establecido en el RD de 17 de noviembre de 1852, debe reputársele como vecino, según lo establecido en la Ley 3.<sup>a</sup>, título 11, libro 6.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación, que enumeraba, entre los que debían ser tenidos como

---

(126) CJC, tomo VI, número 198.

extranjeros avecindados, los que viviendo sobre sí establecían su domicilio en el país.

Por tanto, COMAS, ante el silencio del Código Civil, se preguntaba si se aplicaría a todos los artículos del Código que hicieran referencia a la vecindad los efectos establecidos en el artículo 15, o si debía acudir a la jurisprudencia establecida por el TS, o si debía aplicarse lo dispuesto sobre esta cuestión en el Derecho administrativo. Por ello, y debido a esta confusión legal, para COMAS, el Código debería haber optado expresamente por no calificar la vecindad para todos los efectos civiles, tal y como estableció él expresamente en el artículo 149 de su Proyecto de Código de 1895, aun cuando sólo se propusiera extender a todos los supuestos lo establecido especialmente para el artículo 15 del CC. Así, en el artículo 149 del Proyecto establecía lo siguiente: “La vecindad, para los efectos civiles, se adquiere por el español mayor de edad ó emancipado que tenga su domicilio y casa abierta durante dos años consecutivos en el pueblo respectivo y resulte inscrito con las referidas circunstancias en el padrón municipal” (127).

Asimismo, por lo que al domicilio se refiere, COMAS consideraba que la regulación del artículo 40 del Código era deficiente y poco concreta, puesto que el Código no hacía especial referencia ni a la calificación de su tecnicismo legal, ni a las notas que distinguían al domicilio de la vecindad y de la simple residencia, ni trataba las distintas clases de domicilio, ni la variedad de situaciones que podían presentarse con motivo de cada una de ellas, ni de su utilidad jurídica en lo que afectaba al ejercicio de los derechos y de las acciones en juicio. Es decir, según COMAS, el Código no hacía referencia a ninguna de las esferas que constituyen la institución del domicilio, por lo que en los artículos 150 a 174 de su Proyecto de Reforma del Código Civil español hacía un desarrollo completo de todas estas cuestiones, como se verá a continuación.

Además, para COMAS, en este punto, el Código, como en otros muchos, producía una situación de confusión, indecisión y vaguedad, y parecía que desconfiaba y temía expresar con claridad el concepto y valor de sus preceptos, llevando consigo un grave perjuicio a la sociedad, puesto que al no precisar exactamente los límites exactos de cada disposición quedaría al criterio discrecional de los tribunales su determinación. Y ello porque a su juicio la utilización del término “residencia habitual” por el legislador del Código en el artículo 40 es incorrecta, puesto que admite el hecho de la residencia en vez de la formalización de la presencia legal, quedando la materia del domicilio en muchas ocasiones en manos del capricho o del azar, expuesta a las mudables contingencias de las probanzas y

---

(127) COMAS, A.: *Proyecto de Reforma del Código Civil español*, Madrid, 1895, p. 39.

presunciones, y reducida a hechos tan circunstanciales y fugaces como el de la residencia misma. Según COMAS, el término de residencia habitual es un concepto jurídico indeterminado, al no señalarse en ningún precepto las condiciones o requisitos que debe reunir una residencia para que sea considerada habitual, lo que ha provocado hasta nuestros días una pluralidad de opiniones a nivel tanto doctrinal como jurisprudencial.

COMAS concluye su crítica al Código de 1889 en esta materia señalando que la remisión que realiza el artículo 40 del CC a la Ley de Enjuiciamiento Civil no sirve para llenar las necesidades del movimiento ordinario y normal de las relaciones de Derecho. La razón es que la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene su aplicación para el ejercicio de las acciones civiles en los procedimientos judiciales. Pero para COMAS no es menos importante en el resto de las relaciones jurídicas extrajudiciales el concretar qué se entiende por residencia habitual, de ahí que considerase que en estos casos se requiere la misma precisión que la recogida para los supuestos en que se realicen reclamaciones en juicio. En mi opinión, a COMAS no le falta razón en señalar estas críticas a la regulación del domicilio en el Código Civil, pues también entiendo que no habría estado de más que el legislador se hubiera molestado en realizar una regulación más exhaustiva del domicilio, sin tener que acudir a otras disposiciones legales.

Por todas estas críticas realizadas, COMAS, en su Proyecto de Reforma del Código Civil español de 1895 (128), establecía como concepto de domicilio de las personas físicas, en su artículo 150, que “constituye el domicilio el lugar en que legalmente se considera que la persona está presente para todos los actos y efectos jurídicos que no se verifiquen ni hayan de verificarse necesariamente con su presencia”. Pero entiendo que esta alusión al “lugar en que legalmente se considera que la persona está presente” puede llevar a confusiones, pues podría pensarse que está refiriéndose al domicilio legal de las personas. Asimismo, en el artículo 151 del Proyecto señalaba que “el domicilio, lo mismo respecto a los españoles que a los extranjeros, determina el lugar donde corresponde el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles con arreglo á las disposiciones de este Código”. En cuanto a la calificación del domicilio, en el artículo 152 del Proyecto decía que “el domicilio puede ser voluntario, necesario ó presunto: es voluntario el fijado por la persona que libremente puede elegirlo; el necesario es el designado expresamente por la ley, y el presunto el que la ley igualmente determina para el caso en que el voluntario ó necesario no resulten conocidos”.

---

(128) Lo previsto en estos artículos del Proyecto de Comas que hacen referencia al domicilio se encuentra en COMAS: *Proyecto...*, cit., pp. 39 y ss.

En los artículos 153 a 159 del Proyecto realizó una regulación pormenorizada del domicilio voluntario. En el 153 determinaba que “el domicilio voluntario puede ser general ó especial. El general es aplicable á todos los efectos civiles. El especial sólo á los que derivan de un acto determinado, para el cual haya sido establecido”. En el artículo 154 establecía que “la persona individual que esté en el libre ejercicio de sus derechos civiles, puede fijar su domicilio en cualquier pueblo de la Nación española, mediante declaración expresa ante el respectivo Municipio”. Y por lo que respecta al cambio de domicilio, en el artículo 155 señalaba expresamente que “para cambiar el domicilio fijado con arreglo al artículo anterior, es necesario que la declaración á que se refiere tenga lugar lo mismo ante el Municipio que se abandone que ante el del nuevo domicilio”, pero conviene recordar que en el mismo sentido ya se habían pronunciado proyectos de Código Civil anteriores. Y en el segundo párrafo del citado artículo 155 determinaba que “en virtud de lo establecido en el párrafo anterior, el domicilio del español que se traslade á país extranjero, continuará siendo el último conocido que haya tenido en territorio español”. Además, en el artículo 156 señalaba que “cuando el domicilio no resulte fijado expresamente con arreglo á los dos artículos anteriores, la persona individual se reputará domiciliada en el lugar en que tenga su casa abierta; si la tuviere en distintos pueblos, en aquel en que ejerza su profesión ú oficio; y en el de su principal establecimiento, si también dicha circunstancia tuviere lugar en varias localidades”. En el segundo párrafo de este artículo se establecía que “á falta de las circunstancias referidas, el domicilio se determinará por el pueblo de la residencia habitual”.

También se refería COMAS en su Proyecto al domicilio electivo. Así, en el artículo 158 del Proyecto señalaba que “sólo en los contratos que se otorguen mediante escritura pública, y para los efectos que produzcan, pueden las personas elegir domicilio especial. Este es igualmente aplicable á los herederos, siempre que el contrato que lo señale no contenga declaración en contrario. En ningún caso puede dejarse la referida elección al arbitrio de un tercero”. Y en el segundo párrafo concretaba los efectos de este domicilio, al establecer que “el domicilio especial subsiste únicamente para los efectos que puedan conseguirse sin intervención de persona distinta de los contratantes”. Además, continuaba la regulación sobre esta cuestión en el artículo 159, al considerar que “no habiéndose elegido domicilio especial, lo será el pueblo de la celebración de un contrato para los efectos que éste produzca, cualquiera que sea la forma en que se haya otorgado, siempre que el acreedor, vencida la obligación, requiera para su cumplimiento al deudor en el mismo pueblo, judicialmente ó por Notario”.



En cuanto a la regulación del domicilio necesario, COMAS lo trataba extensamente en los artículos 160 a 170 del Proyecto, aunque esa regulación era en el mismo sentido que la de los Proyectos de Código anteriores. En primer lugar, en cuanto al domicilio de la mujer casada, en el artículo 160 señalaba que “la mujer casada tiene el domicilio del marido, mientras no esté separada de éste por sentencia firme de divorcio”. Sobre esta cuestión, por tanto, no dice nada nuevo. Por lo que respecta al domicilio del menor de edad, el artículo 161 del Proyecto establecía que “el menor de edad, hijo de familia, tiene el domicilio de su padre ó madre á cuya autoridad esté sujeto, y en defecto ó impedimento legal de aquéllos, el de su tutor”. Tampoco aquí se observa ninguna novedad, al igual que tampoco en cuanto al domicilio de los sometidos a tutela o curatela, pues el artículo 162 del Proyecto establecía que “los menores de edad y los incapacitados sujetos á tutela ó constituidos en curaduría, tienen el domicilio de su respectivo guardador”. El artículo 163 del Proyecto, que se refería a los empleados domésticos, señalaba que “sin perjuicio de lo establecido en los tres artículos anteriores, el que sirva ó trabaje habitualmente en casa de otro tiene el domicilio de su principal siempre que habite en la misma casa de éste”. Pero a pesar de que tradicionalmente se consideraba en los Proyectos de Código Civil que las personas dedicadas al servicio doméstico tenían como domicilio el del dueño donde prestaban sus servicios, siempre y cuando habitasen en la casa de éstos, se preceptuaba en muchos Códigos Civiles, como el francés, el portugués, el colombiano, el mejicano y el chileno. Pero, en cambio, en el Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil nunca se han referido al domicilio de los empleados domésticos ni tampoco al de los penados (129).

Por lo que se refiere a los empleados públicos, según el artículo 164 del Proyecto, “el empleado público que ejerza sus funciones en pueblo determinado, tiene en éste su domicilio”. En el segundo párrafo de este artículo se decía que “no ejerciéndose el cargo en pueblo determinado, se fijará su domicilio con arreglo á las disposiciones del voluntario ó presunto”. En cuanto al domicilio de los militares, el artículo 165 del Proyecto venía a señalar que “el militar en activo servicio tiene su domicilio en el pueblo en que se halle la plana mayor del cuerpo á que pertenezca”. Y en el segundo párrafo determinaba que “no estando comprendido en el párrafo anterior, el militar tiene su domicilio en el pueblo en que preste su servicio”. Asimismo, completando la regulación de este artículo, el 166 establecía que “las disposiciones del artículo anterior son igualmente aplicables á los marinos en activo servicio pertenecientes á la Armada nacio-

---

(129) Cfr. VALVERDE y VALVERDE: *Tratado...*, cit., p. 369. Pero en el Proyecto de COMAS el artículo 167 se refería al domicilio de los penados.

nal; y si por ellas no pudiera ser determinado su domicilio, lo tendrán en la capital del departamento marítimo en que estén matriculados". En último lugar, el artículo 167 del Proyecto regulaba el domicilio necesario de los penados, señalando que "el privado de libertad por detención ó pena, conservará su último domicilio durante todo el tiempo que permanezca en dicho estado, salvo lo establecido respecto al domicilio de las personas constituídas en familia y lo dispuesto en el artículo 162". En relación con esta cuestión, tradicionalmente se había venido considerando que el domicilio del confinado, es decir, de la persona que estaba condenada a vivir en una residencia obligatoria, era el punto de su confinamiento. Tal era el caso del penado, pues se establecía que su domicilio estaba en el establecimiento donde cumplía su condena, pero en este caso no se imponía este mismo domicilio a su mujer y a sus hijos. Sobre esta cuestión, el Derecho francés y el Código argentino estimaban que la prisión y el destierro no alteraban el domicilio del penado, pero en cambio las legislaciones inglesa y americana establecían que la prisión y el destierro, si eran perpetuos, llevaban consigo el cambio de domicilio (130). Y como disposición general a los preceptos señalados anteriormente, que hacían alusión al domicilio legal, el artículo 169 del Proyecto señalaba que "el domicilio necesario tendrá siempre carácter general, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158 de este Código". Concluye esta parte el artículo 170, en el que se expresaba que "el domicilio necesario cesa desde el momento en que concluye la circunstancia que lo motiva".

Para finalizar la regulación del domicilio en el Proyecto de Reforma del Código, COMAS se refiere al domicilio presunto en los artículos 171 a 174. Así, en primer lugar, en el artículo 171 del Proyecto señala que "se considera domiciliada, en el lugar donde se halle, la persona individual que no tenga residencia permanente". En el artículo 172 preceptúa que "toda persona que no resulte con domicilio en territorio español, se considerará domiciliada en el respectivo lugar en que haya celebrado algún contrato, para los efectos que del mismo se deriven. Es igualmente aplicable, en los casos á que este artículo se refiere, lo dispuesto acerca de los herederos en el artículo 158, así como lo establecido en el párrafo segundo del mismo artículo". Y finalmente en el artículo 174 del Proyecto se establece que "si la persona ficticia no tuviere domicilio voluntario ó éste no fuere conocido, se considerará domiciliada en el lugar en que deban cumplirse los fines que esté llamada á realizar; y en caso de duda, en donde además radique lo principal de sus inmuebles". Pero en el segundo párrafo concretaba lo anterior, al señalar que "siempre que, no

---

(130) Cfr. BONEL y SÁNCHEZ, L.: *Código Civil español*, tomo primero, Barcelona, 1890, p. 111; VALVERDE y VALVERDE: *Tratado...*, cit., p. 368.

obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no pueda determinarse el domicilio de la persona ficticia, será su domicilio el de la persona principalmente encargada de su administración”.

Así las cosas, a pesar de regular el domicilio y otras cuestiones con mayor detalle, esta reforma del Código Civil de COMAS nunca entró en vigor, quedándose tan sólo en lo que es, un Proyecto de Reforma del Código Civil de 1889 (131).

## 9. Otros intentos de reforma.

Pero no hubo sólo estos intentos de modificar el original texto del Código Civil español de 1889. Así, y por lo que al domicilio se refiere, conviene destacar que en el legajo 22, carpeta 2.<sup>a</sup>, documento 1, del archivo de la CGC se pretendía reformar el artículo 15, relativo a la vecindad. Se consideraba que, entendida la residencia en el sentido de continuidad en una misma sede, su concepto dependería del que se diera al domicilio. El domicilio se define en el artículo 40 del CC por la residencia. Y tanto el domicilio como la residencia pueden ser de hecho o de derecho. Por tanto, lo principal para las propuestas de reforma era fijar claramente en el artículo 40 del CC, o donde la CGC prefiriese, “los conceptos de domicilio (morada, casa abierta, establecimiento), residencia (continuidad de domicilio en una localidad o territorio), vecindad (residencia por determinado tiempo con ánimo expreso o presunto de ganar los derechos que por tal hecho declaren las leyes)”.

De esta manera, para las personas naturales habría domicilio legal: por voluntad propia, por dependencia de la autoridad familiar, por subordinación doméstica, por desempeño de cargo o servicio militar, por residir en el extranjero, por residir en el extranjero por razón del cargo (extraterritorialidad), por voluntad propia, el de corrigendos y penados (destierros, confinamiento, extrañamiento, relegación), el de enfermos aislados y el de incapaces. También habría que regular en el Código Civil si era posible la pluralidad de domicilios, el domicilio legal presunto en casos de duda, los cambios de domicilio (a efectos de terceros, familiares, subordinados, etc.), y la determinación del domicilio de origen. Por lo que respecta a la residencia (domicilio que le da origen), se pretendía que se fijase una residencia alternativa a efectos de la familia o de los negocios. En cuanto a la vecindad, debía determinarse en primer lugar el hecho: re-

---

(131) Sobre la Codificación Civil en España, es muy interesante la obra de don Manuel DE BOFARULL Y DE PALAU, de 1887, realizada en el Congreso Jurídico Español celebrado en Madrid a fines de 1886. Se puede consultar en el archivo de la CGC (legajo 21, carpeta 4.<sup>a</sup>, documento 3.<sup>o</sup>).

sidencia, arraigo, matrimonio, etc. En segundo lugar, la voluntad: expresa y tácita. Y en tercer lugar el tiempo: tiempo y renuncia.

Concretamente, las propuestas que se hacían eran las siguientes:

— Llevar al artículo 14 el siguiente párrafo: “la vecindad que tengan las personas conforme a lo preceptuado en el artículo 40 (o el que sea) las somete a la legislación civil de uno u otro territorio o provincia”. O añadir esta apostilla: “es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles que quedan sometidos por la vecindad a las diferentes legislaciones civiles de sus territorios o provincias en los casos que establece el artículo 40 (o el que sea). Suprimir el artículo 15 y establecer reglas para el domicilio, la residencia y la vecindad en el 40”.

— La segunda propuesta era suprimir los artículos 15 y 17, pues este último ya estaba en la Constitución.

— Y la tercera propuesta era llevar al título preliminar un artículo de aplicación general que regule “todo lo que se refiere al espacio o lugar en que se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones consignados en las leyes, definir el territorio nacional para el alcance de los preceptos y jurisdicciones, declarar la libertad de establecerse los españoles y los extranjeros (art. 2 de la Constitución) y derivar de ese derecho el domicilio, la residencia, la vecindad y todo lo demás expuesto”.

# DE LOS PRECEDENTES DE LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL.

## II. DE LOS PRECEDENTES MEDIATOS (DERECHOS MEDIEVALES) (\*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

*Notario*

**SUMARIO:** **I.** UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. **II.** EL NACIMIENTO DE LAS “ESCUELAS DE DERECHO” EN ITALIA. **1.** Descripción genérica. **2.** La “Escuela de Bolonia”. **3.** La Glosa. **A)** *En general.* **B)** *Método.* **C)** *Textos seleccionados:* – *PILIO DE LA MEDICINA.* – *AZÓN.* **4.** Los “COMENTARIOS”. **A)** *En general.* **B)** *Los autores.* **1.** *CINO DE SIGHIBULDI (“DE PISTOIA”).* **2.** *BARTOLO DE SASSOFERRATO.* **3.** *BALDO DE UBALDI.* **C)** *Los textos seleccionados.* – *BARTOLO.* **D)** *La técnica argumentativa (tópica).* – *J. L. VILLAR PALASÍ.* – *T. VIEHWEG.* **5.** Las profesiones jurídicas. **A)** *Perspectiva general.* **B)** *Perspectiva específica [la profesión notarial].* **III.** LA ELABORACIÓN DOCTRINAL DE LOS “BROCARDOS”. **1.** Noción. **2.** Clases. **3.** Distinción

---

(\*) La relación de autores españoles que figura en la nota 124 de este trabajo se refiere a las obras indicadas en la PARTE I (Derecho Romano) de este trabajo de investigación, publicada en esta REVISTA, número 58, pp. 81-127: en especial, nota 6, pp. 85 y ss.

de otras figuras jurídicas. 4. Análisis crítico-doctrinal. 5. La elaboración del brocardo “*viventis non datur hereditas*”. IV. LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS PRECEDENTES EN LA FORMACIÓN DE LOS “DOGMAS” EN LA CIENCIA DEL DERECHO. 1. Los glosadores y los “dogmata”. 2. La reconstrucción de la formación de los “dogmas” [E. BUSSI]. V. REFERENCIA A ESPAÑA Y AL DERECHO CASTELLANO EN EL MEDIEVO. 1. Proposición doctrinal generalizada (tópica). 2. Textos legislativos seleccionados. – *FUERO VIEJO DE CASTILLA*. – *LAS PARTIDAS*. – *LEYES DE TORO*. 3. Los comentaristas. – *JUAN LÓPEZ DE VIVERO* [“a” DE PALACIOS RUBIOS]. – *ANTONIO GÓMEZ*. – *GREGORIO LÓPEZ*. VI. LEGISLACIONES GERMÁNICAS [MEDIEVO]. • UNAS REFLEXIONES FINALES.

## I. Unas consideraciones previas

1. Una referencia a las técnicas de argumentación del discurso jurídico y al uso del canon hermenéutico *histórico* en toda materia de investigación parece en este lugar necesaria.

En otro lugar de esta REVISTA había efectuado esta referencia y me ocupé allí de *los antecedentes* de “la prohibición de la sucesión contractual”; en especial, en orden al Derecho Romano (1).

Resulta conveniente ahora la alusión a lo que cabe llamar un planteamiento ambiguo de esta materia de mi investigación: ambigüedad que puede ser o bien sistemática o bien institucional, y que encierra en sí una típica confusión entre los planos teóricos (abstractos) y los planos realistas (fundados en las instituciones y en la praxis social).

Esa ambigüedad, trasladada al aspecto o perfil *terminológico* de la materia analizada, oscila entre la expresión “sucesión contractual” y la expresión “pactos o contratos sucesorios”. A mi parecer, y al de otros autores, lo importante en este punto consiste en la determinación o concreción de la *justificación última* [la valoración del “**porqué**”] de la prohibición referida. Por mi parte, no parece dudosa la elección en este punto y el empleo de una u otra expresiones como sinónimas (2).

---

(1) V. en esta REVISTA, número 58, abril-junio 2006, pp. 81-127.

Me ocupé allí de los precedentes *remotos* de la referida prohibición y, en especial, de la evolución sufrida a través de los textos del Derecho Romano.

(2) V. SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos “post mortem”*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 4 y nota 4.

Sobre esa aplicación antes aludida del *argumento* o *canon histórico*, en la incidencia respecto del tema central de la investigación [la **prohibición** precitada], había sido efectuado por mi parte un tratamiento exhaustivo en su día **—ya en 1981—** y me había detenido en el examen de textos de autores italianos, de obligada consulta y referencia en esta materia. V. gr.: G. VISMARA, N. TAMASSIA, M. V. DE GIORGI (3).

2. Imprescindible parece, en mi opinión, el seguimiento del texto fundamental, de impecable técnica *historicista*, de G. VISMARA y la atenta lectura de su reflexión preliminar en el sentido siguiente:

“A quien quiera emprender una investigación histórica sobre los pactos sucesorios, para tratar de la delación contractual de la herencia *en los varios períodos* de la historia del derecho italiano, se le presenta *una grave dificultad* inmediatamente: *la de determinar el objeto mismo* de su propia investigación.

Sobre todo *se trata de definir qué debe entenderse por «pacto sucesorio»*; y éste no es un preliminar de escaso peso, ya que el éxito mismo de la investigación podría ser fácilmente *desviado* o directamente *dirigido* hacia una falsa o inexacta noción del pacto sucesorio” (4).

3. *La premisa básica* en la que se apoya la moderna historiografía italiana es la de que **el “medio evo”** [el milenio que va desde el siglo v a los fines del siglo xv] constituye

“... no ya el milenio que separa el mundo antiguo del nuestro, la inmensa vorágine donde por largo tiempo se creyó que el espíritu naufragase para más tarde renacer en aquella gran catarsis que fue precisamente llamada

---

(3) V. CERDÁ GIMENO, J.: “Comentarios a la Compilación de Baleares”, tomo XXXI, volumen 2.º [arts. 66 a 86], en la colección de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, Impr. de Selecciones Gráficas (Madrid), Ed. Ederasa (Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1981, pp. 222 y ss., 262 y ss., 299 y ss. y 500 y ss.

De una manera *específica*, en orden al **tema histórico (precedente)** de cada pacto o institución concreta, me ocupé de ello en la obra citada: pp. 232-234 y 273-282 [pactos *afirmativos* o positivos] y pp. 517-529 [pactos *negativos* o renunciativos].

Mis “comentarios” precitados, obra “sepultada” bajo el montón de análisis de la entonces “reciente” reforma del CC por las Leyes de 1981, habían sido objeto de atenta lectura y seguimiento fuera de España *por autores alemanes*, en especial del “Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte” en sus Secciones de Frankfurt am Main y Hamburgo: todo ello, como en otra parte aludí, motivo de una íntima gratificación personal.

(4) V. VISMARA, G.: *Storia dei patti successori*, Impr. de Tipografia Mori & C (Varese), Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986 (*ristampa anastática* de la misma obra, publicada en Milán en 1941): los ahora aquí subrayados enfáticamente son obra mía (J. C. G.).

**Obra fundamental**, a cuyo conocimiento accedí en 1979, gracias a los buenos oficios de amigos tan ilustres y excelentes como L. PUIG FERRIOL y J. VERGER GARAU.

Renacimiento; sino que es la «edad mediadora», que ha entregado a nuestra conciencia moderna los valores del mundo antiguo que salvó e hizo suyos.—” “Ésta, su función histórica, es la que justifica todavía hoy la expresión «medio evo». Pero no fue ella sola: y he aquí verdaderamente la revelación del «medio evo» que estamos viviendo. Aquel milenio fue también «edad creadora»: así rica y originariamente creadora, «*que no se puede hacer nada fundamental en la historia nueva mientras no se posea la medieval*, ya que nuestras cosas de hoy traen sus orígenes de aquellos tiempos bárbaros» [cita de Valentín Ernesto LÖSCHER].—...=” (5).

El concepto de “factor histórico” de un derecho postula lógicamente algo preexistente que ha contribuido a la formación del mismo. Tal calificación parece de difícil adaptación en cuanto al **derecho canónico** [derecho que tuvo su matriz en tierra italiana y su máximo centro de irradiación por casualidad en la fragua misma de la tradición latina], derecho que vive su época más intensamente creativa precisamente en los siglos XII al XIV, que señalaron la manifestación del derecho italiano [CALASSO] (6).

Respecto de esas *relaciones subyacentes* entre los distintos “factores” que intervienen en el devenir de todo derecho [relaciones evidentes entre “Derecho Italiano” *versus* “Derecho Canónico”, según se ha puesto de relieve, y que en nuestro tema —como se verá— son de particular interés e importancia], ha podido decir F. CALASSO que:

“Históricamente, el derecho italiano no es el «producto» de la combinación de «ingredientes» diversos, «derecho derivado y compuesto» a contraponer a los «derechos de stirpe», sino que más bien es el proceso de transformación interna del derecho romano cuando un espíritu nuevo ha insuflado dentro del mismo su vida, o, por salir de la metáfora, lo ha enlazado a la propia experiencia y plegado a sus propias solicitudes, reviviéndolo y exaltándolo como norma del propio actuar.”

“La transformación no podía ser más profunda. Era un derecho sustancialmente pagano...; era un derecho tendencialmente individualístico,...; era un derecho ligado a la economía del latifundio y esclavista, y el nuevo espíritu mercantil y supranacional... lo plegaba a ofrecer el canon del justo y del injusto a la sociedad nueva, creadora de relaciones y formas de vida jurídica libres y desenvueltas como sus necesidades y su cultura requerían, esparciendo las bases del mundo moderno” (7).

---

(5) V. CALASSO, Francesco: *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, Impr. de Soc. Tip. “Multa Paucis” (Varese), Ed. de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 16 [subrayado en el original por el autor; traducción, selección y notas, obra mía: J. C. G.].

(6) V. CALASSO, F.: *op. cit.*, p. 31 [“ha sido siempre y será un problema histórico, bajo algunos aspectos insoluble, el discernir lo que el derecho canónico ha dado a este derecho y lo que de él ha tomado”].

(7) V. CALASSO, F.: *op. cit.*, pp. 33-34.



Esa evolución del derecho surgido en la Italia posimperial, pasando por la Italia bizantina, la penetración del germanismo, la Iglesia como fuente de normas jurídicas, el tema del problema suscitado por la costumbre y su ligamen con la vitalidad de la tradición latina, la aparición de la “*utraque lex*”, el surgimiento de las escuelas y la iniciación de la Ciencia del Derecho... hasta desembocar en el problema histórico del “*renacimiento jurídico*” y de la creación del sistema del “*derecho común*” [siglos XII-XV], son un cúmulo de cuestiones estudiadas por la mejor doctrina italiana precitada, a la que aquí remito (8).

Sobre la *incidencia* de todas estas turbulencias respecto de nuestro tema de investigación [a recordar, la **prohibición de sucesión contractual**] han efectuado en síntesis un acertado diagnóstico de este oscuro período histórico los especialistas italianos. Así, se ha escrito por M. VITA DE GIORGI que:

“El pacto sucesorio, en sus varias formas, fue durante un largo período el único instrumento conocido para disponer de los propios bienes por causa de muerte. A estimular el fenómeno contribuyó la Iglesia, que se sirvió de estos institutos y los adaptó a la consecución de una *causa pia*, enseñando a los Longobardos, frescos por la conversión al catolicismo, la posibilidad de proveer a la salud del alma disponiendo del propio patrimonio.-...=”

“La disposición contractual, por su carácter de irrevocabilidad, era el instrumento más adecuado para garantizar la obtención del propósito, bien por posibles impugnaciones de los herederos bien por cambios de opinión del sujeto; se recurría también a fórmulas imprecatorias y a sanciones pecuniarías elevadas. La praxis de los pactos sucesorios subversiva, al mismo tiempo, de los principios del derecho romano, el cual desconocía la idea de la sucesión contractual, y de los del derecho germánico, que desconocía una voluntad privada capaz de operar después la muerte, reviste por tanto una *función mediadora* entre los dos mundos llevados a convivir” (9).

Hace una referencia similar Pietro RESCIGNO, en uno de los apartados de la “*introducción*” al volumen de M. VITA DE GIORGI, al manifestar descriptivamente:

“L'esaltazione dell'autonomia individuale avviene nell'area romanistica nel senso della libertà, di disporre e di mutare e di revocare, garantita sino al momento della morte: di qui il ritorno al testamento e il divieto dei patti, che avevano tra l'altro consentito alla Chiesa una interferenza pesante sulla libertà individuale, attraverso una *commistione di piani che nel destino dei beni*

---

(8) V. CALASSO, F.: *op. cit.*: v. pp. 37-51, 81-105, 161-181, 181 y ss., 215 y ss., 267 y ss., y, en especial pp. 345 y ss., 367 y ss., y 503 y ss.

(9) V. VITA DE GIORGI, M.: *I patti sulle successioni future*, Ed. Jovene, Napoli, 1976, pp. 24 y ss. [traducción, selección y notas, obra mía: J. C. G.].

considerava la salvezza dell'anima e l'iniquità del voto jurado e inadempnuto, o si richiamava al suggerimento di Agostino e dei primi padri della Chiesa, a chi disponeva a causa de muerte, de considerar Cristo como hijo, per attribuirgli almeno una porzione eguale a quelle assegnate ai descendentes.—...

Le rivendicazioni che nell'ambito della comunità familiare si fanno strada nell'età moderna —l'eguaglianza e la pari dignità dei componenti, nell'unità del grupo e nel perpetuarsi delle fortune patrimoniali— si riflettono anch'esse sul regime ereditario con risultati difformi. Dove prevale l'esigenza di superare le antiche discriminazioni consegnate al costume ed agli istituti giuridici (si pensi, esempio più noto, al fedecommesso), s'impone il divieto dei patti, e in particolare dei patti di rinuncia ad eredità future. Dove, al contrario, persistono motivazioni d'indole «comunitaria», la figura del contratto ereditario appare al legislatore idonea, o almeno gli crea l'illusione di aver trovato altri strumenti utili alla coesione del grupo ed alla conservazione dei beni, per evitare la dispersione di uomini e cose tenuti da un impegno solidale (il discorso vale soprattutto per il fondo agrario dell'economia contadina dell'Ottocento). Anche l'eguaglianza dei coniugi e dei figli, e dei figli nati da nozze diverse dello stesso genitore, trova nel contratto ereditario tedesco, nelle concrete applicazioni o nelle proposte, possibilità di realizzarsi più efficacemente, attraverso un assetto degli interessi e dei beni che nasce dalla convenzione concordata dagli interessati, piuttosto che dal «dettato» unilaterale destinato a valere dopo la morte» (10).

Inútil [*superfluo il recordare*, en palabras de M. VITA] la alusión a la obra de las escuelas de derecho que proponen de nuevo **el estudio y la glosa del Derecho Romano** como actividad fundamental del pensamiento (11): se procedió a *la extracción de los principios* normativos de la vida civil *de la ley romana*, sacra y venerable por antigüedad, forma y grandiosidad, que consentía variadas combinaciones y adaptaciones múltiples a los casos de la vida cotidiana (12).

4. Todas estas consideraciones precedentes sugieren una conveniente diferenciación del largo período histórico referido a «la prohibición...» precitada en una serie de fases o subperíodos, para una adecuada clarificación en la materia.

---

(10) V. RESCIGNO, Pietro: «Presentazione» a la obra de VITA DE GEORGI, M.: *op. cit.*, pp. XIII-XXIII; en especial p. XXI.

(11) Sobre este punto volveré seguidamente.

(12) Así, en VITA DE GEORGI, M.: *op. cit.*, pp. 24-25.

— Sobre este punto particular, v. la obra de CALASSO, F.: *Il negozio giuridico (Lezioni di storia del diritto italiano)*, segunda edición (ristampa), Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967, en especial, lección 17, parágrafo 7, número 7, pp. 323 y ss. Allí analiza los grandes esfuerzos de la doctrina para clasificar y regular las nuevas creaciones de la vida, esfuerzos destinados a transmutarse en otros tantos motivos de fractura entre las categorías tradicionales del *ius civile* y la mentalidad nueva que el jurista fatigosamente se iba haciendo en la búsqueda de soluciones que, sin desconocer la realidad de la vida, no contradijeren con su conciencia.

Básicamente, la diferenciación precitada, en la aplicación al **período medieval**, va a consistir en el examen del medievo en relación con las legislaciones germánicas, con Italia y con España (y el Derecho Castellano). Así se efectúa seguidamente.

## II. El nacimiento de las “Escuelas de Derecho” en Italia

### 1. Descripción genérica.

- *M. VITA DE GEORGI.*

Describe cómo la sociedad italiana del siglo XII era demasiado diversa de la sociedad romana, de manera que no se podía aplicar íntegramente las reglas de ésta a las nuevas necesidades de aquélla: disciplina de la propiedad, multiplicidad de derechos [Estatutos] sobre cada territorio, etc. La razón de la progresiva difusión de las disposiciones contractuales sobre las sucesiones proviene de su idoneidad para adaptarse a las nuevas necesidades de la organización feudal (13).

Sin embargo, sucede el hecho relevante de la reaparición del *testamento*, prototipo del acto unilateral y revocable por causa de muerte, precisamente en aquellos territorios en los que había caído en desuso: lo que ocurrirá es que ya no volverá a tener la función originaria y la importancia que tuvo en el derecho clásico (14).

A esa pérdida de valor del testamento —precisa M. VITA— contribuyó de modo relevante *la aportación de las doctrinas canonistas*, inspiradas en principios diversos del Derecho Romano e influyentes en el ambiente social. Para el derecho canónico, el contrato de institución hereditaria era admisible libremente (salvo *turpitud* del contratante) y también eran válidas las renunciaciones de las hijas a la herencia del padre siempre que el pacto fuere confirmado con juramento. Por otra parte, también se consentía al testador el uso de la llamada “cláusula derogatoria”, por medio de la cual se excluía cualquier posibilidad de revocación o modificación del acto.

Una tendencia doctrinal expresamente dirigida a la creación de una noción amplia y comprensiva del “**acto de última voluntad**” comenzaba

---

(13) Así, en VITA DE GEORGI, M.: *op. cit.*, p. 25.

(14) Sobre este punto, v. BUSSI, Emilio: “La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Contratti, Successioni, Diritti di Famiglia)”, volumen XXVII Bis (ristampa anastática) de la Colección *Studi di Diritto Privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*, Ed. Cedam, Padova, 1971, capítulo XXIII (pp. 153 y ss.) y capítulo XXIV (pp. 165 y ss.).

con un primer movimiento dirigido a hacer entrar en el concepto de testamento también el instituto del **codicilo** (15).

En un segundo momento se hicieron entrar –dentro de la categoría citada– las donaciones *mortis causa* y los variados supuestos de pactos sucesorios.

Posteriormente, cuando se admite que un “acto de última voluntad” pueda contener también sólo disposiciones particulares o incluso un contrato testamentario, se llega a la destrucción del mismo concepto romanístico de testamento, y, en particular, de su carácter esencial de “institución de heredero”.

Al lado de la sucesión legítima y de la sucesión testamentaria, desde el siglo XII en adelante la “sucesión contractual” viene a constituir una tercera forma de atribución de los bienes hereditarios. En los tiempos posteriores irán apareciendo otros tipos de pactos sucesorios, v. gr.: aquel en el que dos familias se constituyen recíprocamente herederos; pactos entre cónyuges, ya en el acto nupcial, ya en acto posterior; pactos de renunciaciones de todo derecho al patrimonio familiar de las hijas a favor de los hermanos o de otros varones de la familia, etc.

Hasta aquí, las referencias a M. VITA DE GIORGI (16).

- G. VISMARA.

Como consideraciones *conclusivas* de su magistral obra, considera, *en su afirmación inicial*, que:

“El pacto sucesorio, en el período entre el siglo XI<sup>o</sup> y el XII<sup>o</sup>, cuando el estudio del derecho romano renace a nueva vida y la Escuela ahora se va constituyendo, se presenta como un instituto vivo y radicado en la costumbre del entero territorio italiano”.

---

(15) **Sobre este concreto punto** es indispensable la consulta de la grandiosa –gigantesca– obra plena de erudición, dogmática e historia, de mi compañero, el ilustre notario don Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, titulada *Testamento y codicilos. La cláusula codicilar*, tres volúmenes, Ed. del Consejo General del Notariado, 2001, tomo I (2001), tomo II (2002) y tomo III (2003).

Después de un rápido examen de los *sumarios* de cada tomo, de los puntos allí analizados y de la espléndida disertación final dogmático-jurídica, uno se pregunta el **porqué y cómo** subsisten normas autonómicas (antaño, “forales”), manteniendo principios “romanos” obviamente obsoletos, lastrando la evolución natural del derecho sucesorio e impidiendo su adaptación a las nuevas necesidades vitales.

(16) V. VITA DE GIORGI, M.: *op. cit.*, pp. 25 y ss.: trasluce la crítica a la inferioridad de la mujer y la prevalencia de los varones en orden a la conservación de todo el patrimonio familiar en un único heredero, el primogénito.

En la trasposición al *ámbito cultural* de nuestros días, las referencias a novelas, teatro, cine, etcétera, serían innumerables. Valga, por muchas otras citas, la magistral exposición cinematográfica de B. BERTOLUCCI en su filme *Novecento* (primera parte).

“Otras figuras de pacto sucesorio, que en el Derecho Romano encontraban sus remotos orígenes, se habían efectivamente venido desenvolviendo durante el Medioevo, hasta los inicios del renacimiento jurídico, como institutos consuetudinarios, de los cuales, sólo excepcionalmente y por cuestiones particulares, el legislador se había debido ocupar.”

“También la doctrina más antigua [la *Lex romana curiensis*, la *Suma Perusina*, los *Scholia* a la *Epítome Juliani*], aunque incierta y fragmentaria, se había ocupado de ello desde un punto de vista exclusivamente práctico, modificando incluso los textos romanos —cuando ello hubiere parecido necesario— y adaptándolos a la *praxis* vigente. Todavía no había habido en ellos tentativa alguna de una sistematización lógica, ni se poseía una definición de cada uno de los pactos sucesorios; ni siquiera se pensaba en una categoría general.”

“El negocio más difundido generalmente, entre cuantos habrían podido servir para la transmisión *post obitum* de los bienes del de cuius a la persona por éste designada, estaba constituido por la *donatio post obitum*, de la cual ya se conocían los orígenes romanos, y la sucesiva penetración ejercida por los derechos bárbaricos sin sufrir influencias notables por parte de los derechos germánicos” (17).

Examina VISMARA las diferentes modalidades de pactos sucesorios existentes en este oscuro período histórico en los diferentes “territorios” —*sic*—, italianos, v. gr.: la *donatio post obitum*, los pactos sucesorios adquisitivos [*pactum de lucranda dote*, *pactum de lucranda propter nuptias donatione*, pacto recíproco, contrato de vitalicio, división entre hijos...], los pactos renunciativos, los pactos dispositivos [v. gr., la *oblatio*, la *donatio reservatu usufructu*], la *ordinatio* [punto intermedio entre la *donatio post obitum* y el testamento] y el testamento [ya desvinculado del principio clásico de la prioridad de la *heredis institutio*, y no como producto de la “Escuela” sino como efecto del revestimiento con formas romanas de la *ordinatio*, que ya se había desenvuelto en la *praxis*].

Tras la investigación de VISMARA pasando revista a los formularios de los diferentes “territorios” italianos, considera que en el siglo X tienden a desaparecer de los formularios las escasas particularidades que en ellos se habían introducido por influencia de los derechos bárbaricos o del derecho bizantino. Este movimiento hacia una más íntima y completa unificación se acrecienta y acelera continuamente durante los siglos X y XI, encontrando su máxima expresión en el mismo momento en el que el principio de la personalidad de la ley desaparece (18).

---

(17) V. VISMARA, G.: *Storia...*, *op. cit.*, “Conclusioni”, pp. 745 y ss.

Un excelente resumen de este período concreto y de las aportaciones de VISMARA, en MARÍN PADILLA, M.<sup>a</sup> L.: *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 81 a 149.

(18) Así, en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 753 y ss.

La unidad se manifiesta como consiguiente al hecho de que cada una de las figuras de pacto sucesorio que se practican en la costumbre de las diversas regiones provienen de una única fuente, siempre individualizable en un instituto de Derecho Romano, de modo que se ha inspirado originariamente en una única disciplina.

Otra fuente de unidad del desenvolvimiento histórico del instituto [pactos sucesorios] durante el Medioevo fue la Iglesia, la cual se había posesionado de estos institutos, subordinándolos a la consecución de una causa pía y que, precisamente por esta finalidad, los había también introducido en los derechos bárbaricos (19).

Por otra parte, afirma VISMARA que:

“no es posible estudiar históricamente un instituto considerándolo como desarraigado del contenido y del objeto que viene asumiendo en la praxis en función de la voluntad y de las intenciones del sujeto...”

Precisamente en el tema de los **pactos sucesorios**, alrededor de la historia de los mismos —dice VISMARA—, se ha ido desenvolviendo la historia de *otros institutos* que están íntimamente conectados con la **sucesión voluntaria**, tales como: los derechos y la posición del cónyuge supérstite, de las hijas, de los hijos naturales; la figura del ejecutor testamentario; los legados píos; las disposiciones para la sepultura o los funerales; la unión a fraternidades religiosas; las fundaciones de capillas u hospicios; las disposiciones en expiación de las culpas del de *cuius*; las segundas nupcias; la tutela; las varias formas de manumisión; las garantías de las obligaciones; la figura del *missus*; la teoría de la transmisión de la propiedad (de muebles o de inmuebles) (20).

Termina VISMARA sus reflexiones diciendo que:

“Al final del siglo XII prevalece en todo el territorio italiano el *acto unilateral* [testamento] por causa de muerte. Decayendo el pacto sucesorio [que en el Medio Evo alto era *el único* negocio *mortis causa*, o, como mínimo, el prevalente sobre cualquier otro, en la mayor parte del territorio italiano] y cediendo el paso de nuevo —con el Renacimiento jurídico— al testamento. Con lo cual *no se llega al final* de los pactos sucesorios, los cuales *también de nue-*

---

(19) Así, en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 755.

• Sobre este concreto punto, ineludible la referencia a CALASSO, F.: *Il problema storico del diritto comune*, pp. 509 y ss.; y *Medio Evo del Diritto*, *op. cit.*, pp. 354 y ss., y 391 y ss.

• Afirma VISMARA que: “En ninguna parte del derecho se ha sentido nunca de manera tan viva la influencia de los más diversos factores, desde el religioso [tema de la muerte] al familiar, del económico al social, como en el derecho hereditario, como en la sucesión voluntaria, en particular” (*op. cit.*, p. 758 y nota 1).

(20) Así, en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 758.

vo surgen bajo forma de *convenciones* que tienen por objeto la herencia futura de los contratantes y encuentran una larga aplicación. *Es entonces cuando la doctrina elabora por vez primera* una teoría general del pacto sucesorio y toda una compleja construcción dogmática que va apareciendo. **Cabría decir que precisamente desde este momento es cuando tienen comienzo los pactos sucesorios**" (21).

- Á. MARTÍNEZ SARRIÓN.

La monumental obra de este ilustre notario, aludida en páginas precedentes, ha de tomarse en consideración en este lugar. Parece que, *en lo sustancial y en lo que al tema de investigación se refiere*, es el punto de referencia obligado (22). En consecuencia, seguiremos aquí en líneas generales su exposición –referida *exclusivamente* a este concreto período histórico y al concreto territorio italiano–, que desenvuelve en torno a los *puntos* siguientes: La Escuela de Bolonia; La Glosa; Los Comentarios; Las profesiones jurídicas (los prácticos).

Todo ello en la forma resumida que sigue.

## 2. La "Escuela de Bolonia".

- Descripción.

Tomo de Á. MARTÍNEZ SARRIÓN esta cita:

"LA ESCUELA DE BOLONIA Y LOS GLOSADORES: LA APLICACIÓN DEL MÉTODO CIENTÍFICO

... la escuela de Bolonia, que ofrecía el aliciente, desde sus mismos inicios, de someter al *derecho romano renacido a un tratamiento científico*, significado en las glosas, al punto que Otto Gierke llegó a decir que «la Glosa es y continúa siendo el punto de arranque de la moderna ciencia del derecho» (*Die Glosse ist und bleibt der Ausgangspunkt der modernen Rechtswissenschaft*)".

.-...=

.-... se considera la tradición boloñesa basada en el relato de Odo-fredus, que atribuye a Irnerio la creación de la escuela boloñesa de glosadores, dejando a la luz de la historia su presencia, al par que mantiene un claroscuro a su predecesor Pepo:

.-...=

---

(21) Así, en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 759.

(22) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*: tomo I, pp. 414 a 422; y tomo III, p. 2214.

Sin embargo, la obra de Irnerio, más que de una fundación, se trataba de una transformación. En efecto, ya desde comienzos del siglo XI hasta el primer cuarto del siglo XII, muy presumiblemente, en el tiempo intermedio poseía una renombrada, incluso en el extranjero, y consultada escuela de las ciencias, cuya huella más antigua la brinda San Guido, obispo de Acqui, en las proximidades de Génova, que refiere cómo en torno al año 1000 los nacidos en las clases nobles se desplazaban para realizar sus estudios a Bolonia. Asimismo, con posterioridad, en un epistolario redactado en Bolonia se contiene las “*Rationes dictandi prosaice*” del canónigo boloñés Hugo, y que propiamente es un muestrario de cartas que prueban que también los escolares de entonces, incluso de edad madura, de otros lugares acudían a Bolonia para estudiar señaladamente el “*ars dictandi*” y la Filosofía y con lo cual poder concluir en una verdadera Escuela superior de las “*artes liberales*”, llevando a la práctica el trabajo científico consagrado.—...=

[El paso de la Escuela de “*artes liberales*” a la creación de la “*nutrix legum bononiensis*” por Irnerio.]

.-...=...=

Si Irnerius, Yrnerius, Warnerius o Guarnerius, ponía los cimientos del nuevo edificio para la enseñanza del Derecho Romano, como centro desligado del viejo baluarte que albergaba las “*artes liberales*” cuando ya éstas habían desplazado al “*trivium et quadrivium*”, recabando una metodología independiente para evitar el insensible paso de una disciplina a otra, y alcanzar a discernir que, si en verdad, Teología, Filosofía y Derecho estaban en mutua interacción, la complejidad de su materia obligaba a consagrarse a una concreta, sin menoscabar con ello su origen común. ... en realidad, el camino emprendido por Irnerius debía conducir a la continuada prosecución de una hasta aquel entonces desconocida profundidad y extensión de la ciencia del derecho, mediante su circunspección científica; si bien, a este respecto, la Escuela boloñesa muy pronto conseguía una desmesurada ventaja en cuanto a las otras Escuelas jurídicas de su tiempo. Cada vez más se delineaba la opinión general de que básicamente el conocimiento genuino y esmerado del Derecho Romano sólo en Bolonia sería alcanzado.—...=

[Su asentamiento y estabilidad por los “*quatuor legum doctorum dicuntur lilia*”:

“*Bulgarus es aureum, Martinus copia legum  
Mens legum est Ugo, Jacobus id quod ego.*”] (23).

---

(23) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 414 a 422.



### 3. La Glosa.

#### A) En general.

— A. MARTÍNEZ SARRIÓN se expresa como sigue:

“[La «Biblia del Derecho» y el magno triunvirato de los glosadores: Irnerio, Azón, Accursio.]

Advierte Adriano Cavanna [*Storia del diritto moderno in Europa. Le fondi e il pensiero giuridico*. Milano, 1979, p. 118] que, a los ojos de los juristas bolonienses, el «*Corpus iuris*», por su valor formal y su intrínseco contenido ético-jurídico, constituyó la autoridad por experiencia, verdad dogmática que no podía ser discutida, la intocable Biblia jurídica, «*domum Dei*», manifestada por «*ora principum*», pues, como decía Placentino, «*author iuris homo, iustitiae Deus*».

Con estos rígidos esquemas conceptuales se comprende que los glosadores sintieren un especial temor reverencial en relativizar los textos romanos, no por considerarlos «*ratio scripta*», como luego se dirá, sino más bien como preceptos emanados de una autoridad *quasi divina*, a la que hay que intentar clarificar, para poder llevar a la práctica de la vida sus postulados de la manera más cumplida.

Sin embargo, esta concentración en el argumento de autoridad, con un cierto desprecio y desdén desconfiado respecto a la razón, corría el riesgo de dejar reducido al glosador a un mero exégeta desprovisto de toda acción crítica, a manera de bibliotecario o catalogador de las normas, más confiadas a su memoria que a su inteligencia. El que este estancamiento no alcanzase a consolidarse y el que esta visión fragmentaria no llegase a dar óptimos frutos, se debió a la decisiva influencia ejercitada por la escolástica, que, como ha estudiado Piano Mortari, al concertar autoridad y razón, en la Teología, derrumbaba por el suelo los obstáculos y prevenciones a los glosadores, —...=» (24).

— Desde la perspectiva italiana [ya en el siglo xx].

Cabe hacer referencia a las consideraciones de los autores que siguen:

- Para Alessandro SACCHI.

“La *glossa* —la nota marginal o interlineal que el estudioso (enseñante o discípulo) hacía sobre el texto de la compilación justiniana— puede ser considerada bajo dos aspectos: o bien como un ejercicio escolástico sobre la palabra o sobre las expresiones gramaticalmente consideradas, o bien como estudio paciente para interpretar el pensamiento de los legisladores. En su

---

(24) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo III, p. 2214.

origen ligada íntimamente a la Universidad de Bolonia, nace en los principios del siglo XII y se prolonga hasta la segunda mitad del siglo XIII. Alude al primer glosador –Irnerio–, personaje legendario y del cual hasta el nombre parece incierto.

La contribución efectiva que la obra de los glosadores –objetivamente considerada– efectúa al desenvolvimiento del derecho romano la centra en la obra de ACCURSIO (*glossa magna*), que representa de manera completa el estado de los conocimientos en este período científico, transmitido de él a nosotros. *Es necesario hacer abstracción casi total* de los predecesores de ACCURSIO, como si en este nombre y en su época hubiese que concentrar todo el movimiento y la producción de las *glosas*. Sería difícil, sin una labor analítica gigantesca, seguir los varios progresos de la glosa de glosador a glosador, ya que para ello sería necesario examinar uno a uno los variados institutos jurídicos principales.

*Por todos se reconoce* que los glosadores carecían de cultura filológica, que desconocían el griego, que no intentaban las restituciones de los textos justinianeos a su genuina antigüedad clásica, que su obra les fuere ampliada por la ignorancia de los tiempos. Sin embargo, para aquellos tiempos, la *glossa magna* era todo un monumento de doctrina jurídica, y de allí el dicho «*quid non agnoscit glossa nec curia agnoscit*», adagio demostrativo de que las pretensiones de la glosa debían ser esencialmente prácticas. El inconveniente gravísimo de esta dirección práctica de los estudios fue el sustituir la glosa al texto, de manera que se llegó a abandonar el uso directo del texto. Hubo así dos fuentes del derecho: la fuente muerta y la fuente viva [la glosa], siendo ésta la que virtualmente absorbía al texto. Considera que este sustituir la glosa al texto no cabe entenderlo en sentido rigurosamente *material*, sino más bien en el sentido de que la parte dispositiva se buscaba, no en el texto, sino en la glosa: se partía del *preconcepto* de que todos los textos fuesen oscuros si no hubiesen sido iluminados por la resplandeciente luz de la glosa. Pero en la práctica podía suceder que se citase simplemente la glosa a una determinada ley, cuando en la misma glosa –sin citar las palabras de la ley– se encontrasen los elementos suficientes para decidir el caso.

A pesar de ello, entiende que tanto las unas como las otras –leyes y glosas– circulaban siempre en los mismos manuscritos, y no en manuscritos separados. Las leyes no glosadas no tuvieron valor alguno en la práctica. De donde que ese espíritu práctico y profesional, más que científico, propiciare que *una parte viva de esta producción* estuvo representada por las llamadas «*dissentiones dominorum*», o sea, las controversias entre los varios glosadores que animaron el producto escolástico y la elaboración jurisprudencial” (25).

---

(25) V. Alessandro SACCHI, voz “Glossatori”, en el *Nuovo Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1938, tomo VI, pp. 430-431 [tomada de *Il Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1899-1902, vol. IX. Parte terza, “Diritto romano”, pp. 167-169]: versión castellana y subrayados a cargo mío (J. C. G.).

• *Para Guido Rossi.*

Después de aludir a la noción de “glosa” y de “glosadores” y de su encuentro con los textos justinianeos, entiende que “con su actividad y su método de trabajo crearon una serie de nuevos géneros de literatura jurídica”.

*En la glosa irneriana* –nos dice– se pueden encontrar los gérmenes de lo que será el método desarrollado en la literatura sucesiva en su vertiente escolástica. Se leía en primer lugar el texto justiniano, exponiendo del mismo el *casus* y se lo resumía (*summa*) advirtiendo al mismo tiempo del mismo las *regulae* que eventualmente se pudieren de él obtener, para después aplicarlas al caso concreto [*la intentio* o la *conclusio*], resaltando del mismo las concordancias, las analogías y las antinomias con otros textos y tratando de explicarlo o incluso de dar razón del mismo, comentando o proponiendo casos prácticos que podían encontrar regla en el texto examinado [*quaestiones*], y, en fin, incluso resumiendo cuanto se había resaltado, discutido o referido dictando además la conclusión emergida y quizá intentando también la investigación sobre la *ratio legis*. No faltaron ciertamente las *disputationes* entre los *doctores* y, en fin, entre éstos y los *scholares*.

La intención principal de la glosa no era y no podía ser dirigida a estudiar, en cuanto tal, un complejo de normas antiguas y por ello muertas, sino a considerar más bien aquellas normas como la guía segura e insustituible que presidía el movimiento renovador de la vida jurídica contemporánea. Los glosadores, considerando –como lo había querido Justiniano– el *Corpus iuris* una unidad inescindible que había absorbido y adoptado todo el derecho precedente, vieron en él, no ya un monumento del pasado, sino solamente la *lex*, toda la *lex* en conclusión, viva y vigente, autónoma y destacada de las obras de las que originariamente derivaba; y no se pusieron por tanto frente a la compilación justiniana –como bastante más tarde los juristas del humanismo– en la actitud de quien mira con ojos de historiador, sino en la de aquel que es indiferente a cada sugestión que no proceda de la fe en la más viva actualidad del objeto al que mirar.

No cabe negar que el método de exégesis de los glosadores, su trabajo humanísimo de juristas, tuvo la capacidad de intuir, con extraordinaria sutileza de análisis, soluciones originales y duraderas que constituyeron el verdadero y propio espíritu animador de las sucesivas conquistas de las escuelas –y no solamente las italianas–. Así, no cabe desconocer que su fe en el dogma del derecho justiniano como *diritto* por antonomasia, aunque quizás ilusoria, no fue vana, ya que enteras generaciones de escolares, convertidos después en jueces, abogados, legisladores u hombres políticos, dieron cuerpo y aplicación –en Italia y fuera de ella– a las teorías escolásticas en el cotidiano ejercicio de su oficio.

El gran esfuerzo efectuado por la Escuela de la Glosa a lo largo de un siglo y medio llegaba a su coronación, y al propio tiempo se agota, en la «Glossa Accursiana» o «Glossa Magna» o también «Glosa Ordinaria», más brevemente «Glossa». En esta obra, verdaderamente colosal, ACCURSIO había recogido y asumido las glosas de sus predecesores además de sus interpretaciones, añadiéndoles sus propias opiniones personales; esto es, había reordenado un material imponente, resumiendo las conquistas de la escuela en

un vastísimo aparato destinado a devenir fundamental para los futuros estudiosos y también para las exigencias de la práctica. Por otra parte, esta evidente función práctica de la «Glossa accusiana» fue precisamente causa, no última, de la decadencia de la escuela. La especie de «absorción» del texto justiniano por parte de la Glosa significaba que ésta era más que suficiente para los prácticos para conocer cuanto servía para aclarar un caso determinado, a decidir una cierta causa, sin recurrir ya al *verba legis* con la antigua acribia. La compilación accursiana había procedido sustancialmente a hacer caer en el olvido a toda la literatura precedente. Incluso en el tiempo de ACCURSIO alguno de los Estatutos de las ciudades italianas subrayaron la gran autoridad de la «Glosa», ordenando a los jueces que, *deficientibus statutis*, debían juzgar según el dictado de la «Glosa» (26).

- *Francesco CALASSO.*

Además de las referencias contenidas en la precedente exposición de A. MARTÍNEZ SARRIÓN, quiero aquí aludir a un par de *sugerencias* derivadas de una atenta lectura de las dos obras básicas de F. CALASSO, fundamentales en este lugar, como sigue:

— “*Medio Evo del Diritto.*”

En primer lugar, *la ubicación del tema de los glosadores*, dentro de un epígrafe (II) del capítulo VII (Escuela y Ciencia del Derecho) de la parte II (El sistema del Derecho común. Siglos XII-XV) (27).

En segundo lugar, *el acento* que pone el Autor en el desesperado esfuerzo de los glosadores por dejar inalterado el texto justiniano y, al propio tiempo, desenvolviendo su propio pensamiento, erigiendo una construcción sistemática que era una exigencia vivamente sentida, pero que los textos romanísticos no ofrecían.

En tercer lugar, *las manifestaciones* de aquella exigencia sistemática se produjeron: bien en el cuidado acerca de las definiciones, bien en la búsqueda de la *regula iuris* [lo cual, en el fondo, era *un proceso lógico* no lejano al definitorio], bien en la elaboración de los *dogmata*, bien en la recopilación de las denominadas “*regulae generalia*” con el nombre, de oscuro origen, de “*brocarda*”, bien en una visión unitaria del sistema jurídico bajo la forma literaria de las llamadas “*Summae*”.

— “*Il negozio giuridico.*”

Fundamental aportación ésta de F. CALASSO acerca de la evolución histórica del concepto de “*negocio jurídico*” entre los europeos, inte-

(26) V. Guido Rossi, *voz* “*Glossatori*”, en el *Novissimo Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1961, tomo VII, pp. 1138-1142: versión castellana y subrayados míos (J. C. G.).

(27) V. CALASSO, Francesco: *Medio Evo del Diritto*, *op. cit.*, pp. 521-563, y, en especial, 521-555: v., *sobre todo*, pp. 529-538.

resa en este lugar *por su planteamiento inicial*, que enlaza su investigación en forma de **un paralelismo** con el desenvolvimiento por parte de los glosadores de la “teoría de la soberanía”: en suma, el paralelismo del *desenvolvimiento* entre el poder del ordenamiento y la autonomía de los particulares [el *sentimiento* de los glosadores de la unidad fundamental de la compilación justiniana frente al sentimiento de la unidad jurídica del género humano, la *prevalencia* o no del problema del ordenamiento jurídico frente al problema de la autonomía de los particulares...].

Desde el momento en que la moderna Pandectística alemana reconstruye el Derecho Romano y hereda su rico patrimonio, las *categorías generalísimas*, talladas por los pandectistas como hermosos cristales, ejercerán posteriormente fortísimas sugerencias sobre la nueva ciencia romanística y civilística. Esta imagen del cristal (*metáfora naturalística*, dice) le sirve para *cuestionar* “*cómo se puede olvidar* que la cristalización es un proceso lentísimo de transformación de elementos que, para hablar por un momento el lenguaje técnico de los naturalistas, precipitan, se solidifican, se subliman”. Y precisamente *en el momento genético* de la primera formación de los “gérmenes de cristales” es cuando se provoca la primera agrupación de átomos destinados a desarrollarse en cristal.

Crítica *cómo los historiadores del “derecho intermedio”* se echaron atrás ante la gigantesca *tarea* de descubrir los gérmenes en los siglos del alto medio evo y seguir la lentísima obra de solidificación de los mismos en el curso de un milenio y medio.

Considera que se trata del gran tema de la integración del conocimiento *lógico* con el conocimiento *jurídico*. Y dentro de éste, el problema de la *historicidad* de toda la rama del derecho que denominamos “privado”. Problema, a su juicio, pendiente de resolver. La solución solamente puede provenir de “nuestros concretos cimientos” –*sic*– (28).

— *Desde la perspectiva no italiana.*

Me refiero a los autores que siguen:

---

(28) V. CALASSO, F.: *Il negozio giuridico...*, op. cit., pp. 3 a 10 [versión castellana, resumen y subrayados míos: J. C. G.].

Insuperable *planteamiento metodológico historicista* respecto de las instituciones privadas que le hacen decir –prospectivamente– que “O io m’inganno, o è proprio in questa direzione che la storiografia giuridica dovrà incamminarsi”.

- CH. PERELMAN.

En su obra, al aludir *en sus consideraciones preliminares* al “razonamiento jurídico”, hace la siguiente observación:

“Constatamos, pues, en todo caso, tanto entre los juristas romanos como entre los talmudistas o entre los glosadores de la Escuela de Bolonia, que el Derecho se elabora a través de controversias y de opiniones dialécticas o de argumentaciones en sentido diverso. Era muy raro que el razonamiento jurídico pudiese conducir, como las demostraciones matemáticas, a una conclusión necesaria. Las razones presentadas tratan más bien, como en los diálogos platónicos, de colocar al adversario en mala postura y demostrar que los argumentos de los que se había servido eran irrelevantes, arbitrarios o inoportunos, y que la solución que preconizaba era injusta o por lo menos no razonable [cf. GIULIANI, A.: *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavía, 1966, pp. 75-76]. La controversia tenía por objeto, en primer lugar, *exclure* algunos argumentos, mostrando que no eran pertinentes, y en segundo lugar, eliminar algunas soluciones preconizadas por no ser razonables, sin imponer, sin embargo, necesariamente un determinado tipo de argumento o una única solución como necesaria.

Además, para llegar a la solución buscada, había que insertar el problema controvertido en una tradición atestiguada por una autoridad civil o religiosa, poner en evidencia la similitud del caso a juzgar con una decisión anterior reconocida o subsumirla en un texto legal que tratara de un caso de la misma especie. En virtud del argumento *a simili* o de la subsunción, se consideraba como justa una decisión que fuera conforme con la regla de justicia que exige un trato igual para casos esencialmente parecidos [cf. CH. PERELMAN: *La règle de justice. «Justice et Raison»*, Bruxelles, 1963, pp. 224-233, y *Cinq leçons sur la justice, «Droit, morale et philosophie»*, París, LGDJ, 1968, p. 15]” (29).

- José Luis VILLAR PALASÍ.

En su obra cabe señalar cómo procede a la *ubicación de este punto* [Glosadores] en el epígrafe V (los argumentos lógico-formales y los apotegmas lógico-decisionales), *en su punto 5* (El pensamiento aristotélico y las colecciones de “Regulae iuris” y de apotegmas jurídicos).

Considera —dentro de esta su peculiar *sistematización* y, dentro de ella, en el apartado dedicado a las “regulae iuris”— que:

“Los glosadores se centraron en las «regulae» como manifestación de una tendencia general de abstracción a la generalización. De este modo la

---

(29) V. PERELMAN, F.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Ed. Civitas SA, Impr. de Gráficas Carasa, Madrid, 1979, “Introducción”, número 7, p. 17.

glosa comienza a desvincular el sentido propio de las «regulae», su contenido específico, y a utilizarlas en forma de máximas. Tales máximas, a veces, llevaban el término de «brocardo», cuyo origen es oscuro.—...” (30).

• *Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.*

En su obra acerca del **brocardo** “venire contra factum proprium” analiza —dentro del período histórico que denomina “El Derecho Intermedio”— el papel y la técnica desempeñada por los glosadores. De su visión sintética de este punto, procedo, a mi vez, a un resumen de dicho resumen, en el sentido que sigue:

“Los medios de la exégesis son «las figuras gramaticales y lógicas adoptadas por las escuelas triviales».— Pero junto a esta actitud puramente exegética aparece ya en los glosadores una jurisprudencia constructiva. A la exégesis se unen operaciones de síntesis por las cuales de entre varios textos se trata de obtener una regla común o una «*ratio decidendi*»: se trata de obtener una razón general a todos los textos o a un conjunto de ellos. Para ello es necesario muchas veces agrupar textos armónicos entre sí y señalar su contraposición con otros que son contradictorios. La labor de síntesis va así acompañada de su fundamentación, textos y autoridades coincidentes, y de su contrafundamentación, textos y autoridades contrarios. A su vez, el intento de armonizar estos textos contradictorios conduce a sutiles y complicadas distinciones y subdistinciones [vid. SECKEL: «Distinctiones glossatorum», en *Studien zur Distinktionen— Literatur der romanistischen Glossatorenschule*, Berlín, 1911].”

“Como consecuencia de esta labor de síntesis y de generalización surgen las «summae» y los «Brocarda».—...” (31).

**B) Método.**

A. MARTÍNEZ SARRIÓN se refiere a este punto y dice así:

“Francesco Calasso, en su imprescindible e irremplazable libro *Medio evo del Diritto*, Milano, 1954 (parte segunda, cap. II, p. 368), que viene a completar los estudios de Savigny y de Wieacker, piensa que la época que paulatinamente se había ido gestando en los recovecos del alto medioevo y en los umbrales de una época nueva se expande en un maravilloso efluvio casi improvisadamente, que, sin embargo, muestra un punto de referencia,

---

(30) V. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Impr. de Selecciones Gráficas, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, pp. 156 y ss.

(31) V. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Impr. Clarasó, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963, p. 44.

que no es ni puede ser otro que el nacimiento de la escuela de Bolonia, en la que el pensamiento no constreñido por «*regulae*» confiado en la sola iniciativa individual, encuentra su expresión libre y espontánea. La Escuela de Bolonia nacía, como hemos visto, entre el declinar del siglo XI y el despuntar de la centuria siguiente, merced al esfuerzo de un simple maestro en las «*liberales artes*», Warnerius o Irneius, que como todo genio posee una gran intuición, que le induce a recabar una situación autónoma para la enseñanza del derecho, que hasta aquel entonces no se la había reconocido, posibilitando así su metodología propia, que permitía, sin quebrantar la enciclopedia del saber medieval, el estudio meditado de los textos genuinos y completos del derecho justiniano,—...=

—... casi repentinamente emerge la escuela de Irnerio y sus discípulos, centrada únicamente en el estudio del derecho romano, por medio de los llamados «*libri legales*» por excelencia, las Pandectas y el Códex.

—...=...=

Corría en los ambientes que por sí mismos se reputaban culturales la noticia de que los «*escolares boloneses*» corrían al estudio de la jurisprudencia, normas extraídas del Derecho romano para ser aplicadas a la solución de las cuestiones promovidas en su tiempo, sin preocupación alguna por la dialéctica y la retórica, porque con esta nueva fórmula podían adquirir poder y riqueza.—...=

—...=

... Pienso que en sus líneas generales juegan dos factores decisivos: El florecimiento y esplendor de las ciudades, en las que nobles y ciudadanos, que respiran el mismo aire de libertad (*die Luft der Stadt macht frei*), van reemplazando la dignidad de las armas por el honor de las letras, cual atesora en *Götz von Berlichingen* los versos de Goethe; y a ello se ha de unir la secularización paulatina de los escolares, que en la medida en que van replegándose los clérigos y en general los eclesiásticos, se van desplazando a la vez, por los laicos que, finalizados sus estudios, no experimentarán la necesidad de reintegrarse a sus Cabildos o Monasterios, como se desprende del estudio de Miret y Sans, sino que engrosarán con savia nueva el estamento de juristas" (32).

---

(32) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 422-425.

— En la doctrina italiana, el análisis de este método ha sido efectuado con especial sutileza por BRUGI, Biagio: "Il metodo dei glossatori bolognesi", artículo (basado en sus "Conferencias de Historia de la Jurisprudencia italiana" en el "Seminario jurídico de la Facultad de Jurisprudencia de la R. Universidad de Pisa, 1930-31) publicado en el libro *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, tomo I, Impr. y Ed. de Arti Grafiche G. Castiglia, Palermo, 1936, pp. 21-31.

Se refiere B. BRUGI al uso por los glosadores de la lógica del "trivium" y su distinción entre "genus" y "species", al lenguaje filosófico de su tiempo basado en la doctrina aristotélica de los "contrarium genera", cuyo procedimiento dialéctico de *distinciones* les lleva a la construcción de la Ciencia del Derecho.



- Instrumental.

Sigue diciendo A. MARTÍNEZ SARRIÓN:

“[El instrumental de enseñanza de que disponen los glosadores.]

....= En lo que atañe a los textos romanos, conocían y manejaban las Pandectas, el *Códex*, el viejo texto latino de las Novelas (*authenticum*) y el compendio efectuado por Juliano (*Novella*). A los que había que agregar la *Lombarda* o colección del derecho feudal lombardo, las leyes nuevas de los Emperadores, los estatutos correspondientes a la ciudad de que se trataba y los convenientes libros de Derecho canónico, que, aunque no se computaba entre las fuentes de los «*legistas*», tenía un curso especial, formando «*per se*» un cuerpo de doctrina.

Del texto de las Pandectas procede la división que efectuaron los glosadores y que será respetada por los *comentadores* o «*consiliatore*» en sus respectivas referencias y estudios:

1. *Digestum vetus*.– Del libro 1 al título 2 del libro 24 (*de divortiis*).
2. *Infortiatum*.– Del título 3, libro 24 (*solutio matrimonio*), al título 17 y último (*sive ingenua*) del libro 38.
3. *Digestum novum*.– Del título 1, libro 39 (*de operis novi nuntiatione*), al final, o sea, título 17 (*de diversis regulis iuris*) del libro 50” (33).

- Actividad docente.

De nuevo recojo aquí la cita de A. MARTÍNEZ SARRIÓN:

“[La actividad docente de los maestros bolonienses: El nuevo género literario introducido por las glosas.]

Los glosadores han tomado su nombre de su producción fundamental, las «*glossae*», que, sin embargo, ha venido a ser un concepto un tanto proteico, pues de significar originariamente para los viejos gramáticos una palabra extraña, incomprensible, para descifrar la cual surgieron los «*Abrogans*» y que con posterioridad se emplea por Isidoro de Sevilla, simplemente para explicación, aun cuando no se refiera a una palabra aislada de un texto, sino a su objeto. En este sentido amplio constituye la forma de interpretación de la glosa también respecto al entendimiento de los doctores bolonienses. Congruentemente, Calasso dice que se llamaron «*glosae*», como la misma palabra indica, las aclaraciones que los juristas comenzaron a poner al texto (*litera*), leyéndolo a los escolares (*de este término procede «lección», propiamente exposición oral*), y «*lecturae*» se llamaron los cursos que los maestros daban. Por eso, gustaba repetir Iacopone da Todi en el siglo XIII «*dov'e piana la lettera / Non fare oscura glosa*». Con todo, conviene no olvidar, como precisa Lange, que la forma de glosa, no es exclusiva de las prelecciones jurídicas, sino que se originan autónomamente en las obras literarias que las requie-

---

(33) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 426-428.

ren para la mejor composición del lector. Sin embargo, en lo que a nosotros concierne, integran las glosas el conjunto de aclaraciones sobre el texto de los *Libri legales*, que sin ellas no serían comprensibles. Por lo cual aparecen entre renglones (*interlineas*) o en el borde (*marginal*) cualquiera de ellas, no se orientan por criterios objetivos, sino que, según la extensión de la aclaración, se realizan en un lugar u otro.

*La «punctatio librorum».*

... se disgregan de la «lectura» las disputas solemnes de «*quaestiones*» particulares, «*ex facto emergentes*» y que el transcurso de las lecciones oficiales no deja tiempo suficiente para atenderlas. De resultas de esto, redundan tres formas didácticas de la enseñanza impartida: la «lectura» en su sentido tradicional reprimado, la «*quaestio publice disputata*» y la «*repetitio*».

La «*punctatio librorum*», o concisión en la lectura de los libros, aparece por primera vez en los Estatutos de la Escuela de Bolonia de 1252, introduciendo la novedad de que deban permanecer en silencio los escolares a lo largo de la exposición oral del profesor.—...

*La «quaestio publice disputata».*

—...=

En la «*quaestio disputata*» participan todos los estudiantes y sus prolegómenos consisten en que el profesor al que por turno corresponda, en el período que media del miércoles de Ceniza al domingo de Pentecostés, debe preparar una «*cédula*» en la que figure enunciado el tema cuestionado (*quid iuris?*) y entregarla al bedel general al menos ocho días antes de la disputa, el cual debe hacerla llegar a los «*rectores*» de las dos «*universitates scholarium*», según sea la «*quaestio*» de derecho civil o canónico.—...=

*La «repetitio».*

Aquellos textos que la explicación ordinaria del profesor no alcanza a poder investigar y articular todos los problemas que plantea solían asumirse independientemente como objeto de una actividad didáctica particular, la llamada repetición (*repetitio*) que se desarrollaba por la tarde de un solo día a la semana —normalmente, en Bolonia, los lunes— y en un período más reducido del curso académico, entre el día de San Lucas, 18 de octubre, hasta Navidad, y de la Pascua de Resurrección al primero de agosto. Cada profesor, empezando por el más joven, estaba obligado a efectuar al menos una *repetitio*, que recibe el nombre de «*necessaria*», pudiendo organizar las «*repetitiones voluntarie*» que gustase o creyese convenientes.

—...=

Asimismo, no era infrecuente que el profesor redactara posteriormente su discurso oral, limitándose a que constasen en el escrito los términos esenciales del mismo, que cuando, si lo escribía, se estaba en presencia de una «*repetitio redacta*», y si lo confiaba a alguno de sus alumnos, en base a sus apuntes revisados por el profesor, se distinguía de la anterior como «*repetitio reportata*», con lo cual la trama oral se reelaboraba y enriquecía en el momento de llevarla al pergamino y dotada de la perdurabilidad de lo escrito.

*Los «modi arguendi in iure».*

El antecedente más próximo de los «*modi arguendi in iure*» lo constituyen las «*quaestiones publice disputatae*», que precisamente tenían por motivación el intento de dar cumplida cuenta a un problema «*ex facto emergens*»,

demandado por la viva realidad diaria que, tanto en las «*lecturae*» como en las «*quaestiones publice disputatae*», se encaminaban a buscar una solución teórica inserta en la tendencia dominante en aquel momento en la escuela para servir las orientaciones académicas, sin pretender otra distinta trascendencia, mientras que mediante los «*modi arguendi in iure*» se aspiraba a situar la teoría a utilidad de la práctica, sin desentenderse o hacer oídos sordos de las exigencias de su tiempo, que, merced a la labor fecunda de los «*practici*», abre las puertas del saber a la sociedad coetánea, contribuyendo de manera eficiente a hermanar lo especulativo y lo práctico, en lo que se denominó dictámenes (*consilia*) constitutivos de la «*jurisprudencia practica*» que posibilitara el establecimiento de una vía láctea para dilatar el firmamento en que han de moverse en el Trecento los comentadores o «*consilia-tores*» (34).

- Las «*summae*».

Dice A. MARTÍNEZ SARRIÓN que:

“La «*Summa*» implica un resultado final de una serie de etapas intermedias que han contribuido de forma eficiente a hacer patente la pervivencia de las glosas, que, aparte de por su elevado número, presentaban la dificultad de hallarse desperdigadas, por cuanto a las escritas personalmente por el profesor (*glossae redactae*), reconocibles por estar finalizadas con una sigla, formada por una letra o más del nombre de su autor, así «*w*» por Irnerio; «*r*» o «*ro*» por Rogerio; «*m*» por Martinus, había que añadir las «*glossae reportatae*» que en sentido propio eran los apuntes escritos realizados por los escolares de las explicaciones o «*lecturae*» del profesor, por lo que se destacaba en ellas esta circunstancia, haciéndolo constar con la expresión «*secundum m* (Martinum)».

.-...=...=

En lo concerniente a la exposición, se produce una mezcla de formas, en cuanto que se acumulan elementos sistemáticos con analíticos unidos a comentarios exegéticos. En las «*Summae*» aparecen sistematizados de manera independiente, el análisis de las «*quaestiones*», el «*quare*» –por qué causa o razón–, las «*distinciones*» y las «*brocardica*».

Las «*quaestiones*».

El concepto de las cuestiones, dice Lange, es más bien polimorfo, porque en parte se inscribe en estas formas literarias, bien sea sustraída de la práctica jurídica o tomada de un supuesto de hecho estructurado para evocar la enseñanza, que contiene un problema jurídico, acerca del cual no proporcionan las fuentes una inequívoca resolución. Siguen, frecuentemente, en referencia bastantes fragmentos de textos, los argumentos en pro y en contra para las soluciones ideadas. Son los supuestos integrantes de las «*quaestio de facto*», que destaca Kantorowicz proceden de la vida real y que por ello prefiere llamar «*Quaestiones disputatae*», que opone a la «*quaestio legi-*

(34) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 429-436.

*tima*», en las que el autor no plantea caso alguno, sino que elige entre los preceptos jurídicos presunta o realmente contradictorios. Sobre todo en los primeros tiempos se presentan hasta cierto punto «*quaestiones*» abreviadas o sucintas, en las que falta la solución.

—...=

El «*quare*».

Las colecciones del «*quare*», de por qué razón o motivo, constituyen una forma especial de las «*quaestiones legitimae*», caracterizadas porque ante todo se plantea la pregunta de la causa de la antinomia entre dos disposiciones legales. La «*diversitas iuris*» se explica por medio de la indicación de la «*ratio diversitatis*».—...

Las «*distinciones Glossatorum*».

Seckel reputaba en una monografía aparecida en 1911 que las «*distinciones*» eran las elaboraciones literarias que operan con discernimiento, de acuerdo con las fuentes, en el interior de un «*concepto genérico*», que, para escindirse del mismo, se han tomado del ámbito de los hechos, o de las normas, o de las relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, en el resarcimiento de daños, el concepto de interés se fracciona en «*interesse circa*» e «*interesse extra rem*»; el de costumbre, en «*consuetudo generalis*» y «*consuetudo specialis*». En este sentido, afirma Placentino que «*quando magis res omnis distinguatur, tanto melius operatur*».

La procedencia del método de distinción, a juicio de Hermann Lange, obedece a un criterio tradicional que suministran las fuentes del «*Corpus iuris*», que contienen numerosas distinciones, y otro de *lógica escolar aristotélico-boeciana*, apreciable en las obras existentes que ponen de relieve su procedencia del «*Liber de divisione*» de Boecio.

La estructuración *Brocardica* o *Brocarda*.

Observa Lange que muchas glosas principian con la palabra «*nota*» o «*notandum est*» para que sea atraída la atención del lector o, en el ejercicio de la enseñanza, la del oyente a un determinado fragmento del texto; pero muy frecuentemente también a una frase de significado general. Además se trata por lo regular de una locución, que en verdad se escoge de las fuentes o bien se ha destacado, pero que como tal no se ha articulado. De esta manera se distinguen estas «*notabiles*» de las «*regulae iuris*» que se contienen en D.50.17. Las «*notabiles*» constituyen las raíces de las conocidas por «*generalia*» o «*brocardica*». Como «*brocardica*» se designa especialmente aquellas «*notabiles*» respecto a las que existe un precepto jurídico en contrariedad.

El origen del por primera vez emergido concepto de «*brocardice*», según el «*Libellus disputatorius*» de Pillius, es incierto. Tamassia le supone procedencia griega. Un reciente intento de aclaración lo ha utilizado unido al «*broccus, broccus, bronchus*» latino, que significa el que tiene los dientes muy salidos hacia fuera, con lo cual debe caracterizarse la controversia con palabras.

Por medio de «*brocardica*», en los pronunciamientos jurídicos en la escuela y en la práctica se servían de fuentes contradictorias sin consideración a los límites de sus respectivos ámbitos jurídicos y, en consecuencia, se evidenciaba la gravedad de los preceptos jurídicos abstractos. Como prevenía un apotegma de Cino de Pistoia, en la primera mitad del siglo xv, de este

peligro no permanecían incógnitos: «*ista quaestio cadit in vias brocardicas quae semper sunt plenae sensibus, et ideo evitandae per Doctores quantum possunt*» (35).

- Los autores.

Dice A. MARTÍNEZ SARRIÓN:

“El empleo de la «*Glossa ordinaria*», como apunta Savigny, imponía grandes inconvenientes, en razón a lo prolijo de su contenido, a los prácticos que para resolver las dudas, ya en vida de Accursio, idearon el procedimiento que describe Diplovatatus: Como regla general debería observarse que la última opinión referida en la «*Glossa*» debía atribuirse a Accursio, mas teniendo en cuenta ciertas excepciones respecto a las cuales se establecía un orden de prioridad en sus alegaciones:

Uno. Cuando la opinión precedente estuviese mejor fundamentada –prevalencia del argumento de razón sobre el de autoridad.

Dos. Cuando la última opinión se encaminase a la aplicación «*strictum iuris*» y la primera se orientase a criterios «*aequitatis*».

Tres. Cuando la última iba precedida por «*alii*» o «*quidam dicunt*», que sería como decir «*tamen quidam*», sin embargo, alguno.

Cuarto. Cuando la opinión anterior favorezca al matrimonio o a la Iglesia.

—...=

Con todo y con eso, continúa exponiendo Savigny, desde su consideración histórica encierra un enorme valor, significado en que mediante ella se han conservado la mayor parte de las fuentes que se han recogido y que, de no ser así, bien se habrían perdido o cuanto menos no publicadas por la imprenta. De tal suerte, en lo que a este extremo respecta, que, pese a todo, ha venido a cumplir análogo menester al del «*Corpus iuris*» para los tiempos sucesivos. Confirió durabilidad más viva a la memoria de los Glosadores y de sus escritos adunándolos juntamente y posibilitando la transmisión a las ciencias de una más adecuada cognición del alto medioevo y todo gracias a la obra accursiana que viene a ser como la argolla de la que penden la obra de los Glosadores y la labor de los «comentadores» o «*consiliatores*» (36).

### C) *Textos seleccionados.*

Una vez efectuada la exposición abreviada de A. MARTÍNEZ SARRIÓN y con las ineludibles referencias a F. CALASSO, parece pertinente en este lugar recoger alguna de **las manifestaciones de los glosadores más importantes** en lo que a nuestro tema de investigación se refiere. Para ello, nada

---

(35) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 437-441.

(36) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 449-450.

mejor que enfrentarse con la obra de AZÓN y de alguno de sus contemporáneos [PILIO DE LA MEDICINA], en relación con el tema de los “pactos sucesorios”.

Es evidente que no cabe aquí sino una brevísima exposición sumaria, sin apenas comentarios, sólo al alcance de los verdaderos especialistas en el autor, en su obra y en el concreto período histórico aludido (37).

Recojo en este lugar los textos concretos siguientes *en orden a nuestro tema* en cuestión (38):

- *PILIO DE LA MEDICINA* (39).

“67. AN PACTUM FACTUM INTER FRATRES quòd castrum ad masculos tantum perveniat includat sororem institutam nulla existente sobole.

---

(37) Una alusión a la práctica imposibilidad de un estudio exhaustivo de esta literatura jurídica, en términos similares, puede verse en Díez-Picazo, L.: *La doctrina...*, op. cit., p. 45.

Inevitable la cita de F. CALASSO en orden a la actividad *desenvuelta por* —y a la obra de— AZÓN: v. *Medio Evo del Diritto*, op. cit., pp. 542 y ss.

(38) Dificultosa tarea, facilitada por la inestimable y amable ayuda del profesor Dr. Pascual Marzal Rodríguez, de la Cátedra de Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho de Valencia.

— Respecto de la obra de ACCURSIO, he consultado la siguiente edición [rev. Egidio PERRINI]:

- DIGESTUM VETUS: “Digestorum seu pandectarum iuris civilis... TOMUS PRIMUS (Digestum Vetus Vulgo Vocant) [Libros I a XXIV], Lugduni, 1551.

- TOMUS SECUNDUS: quod INFORTIATUM vulgo appellant [Libros XXIV-T. III a XXXVIII-T. XVIII], Venetiis, 1565.

- TOMUS TERTIUS: “Pandectarum seu digestorum iuris civilis... TOMUS TERTIUS quod Digestum Novum Vulgo Appellant [Libros XXXIV a L] [Cum Accursii comentariis], Editio postrema, Venetiis, 1569.

- CODICIS IUSTINIANEI CONSTITUTIONES IMPERIALES COMPECTENTES [Libris X.PRIORES], cum Accursii comentariis, Editio postrema, Venetiis, 1569.

— Los textos consultados [CORPUS GLOSSATORUM IURIS CIVILIS] obran en la impresión fotostática, a cargo del “Iuris Italici Historiae Instituto Taurinensis Universitatis”, dirigido por Mario VIOLA, ediciones de la “Augustae Taurinorum - Ex Officina Erasiana”, 1966 y 1967.

— La edición de 1966 [CORPUS III] corresponde a estos textos:

- AZONIS, “Lectura super codicem”; “Ad singulas leges XIII Librorum Codicis Justiniani Comentarii...”.

- HUGOLINI, “Apparatus in tres libros”.

— Las ediciones de 1967 [CORPUS IV] son de estos textos:

- PILII MEDICINENSIS, “Quaestiones sabbatinae”.

- OTHONIS PAPIENSIS, “Ordo iudiciarum qui dicitur «OLIM»”.

- AZONIS, “Brocarda”.

De entre este ingente material he seleccionado las obras de AZÓN precitadas y la de PILIO DE LA MEDICINA. En mi transcripción al lenguaje actual he seguido las normas habituales de la *paleografía* en la versión castellana de MUÑOZ Y RIVERO, Jesús: *Manual de Paleografía Diplomática Española (de los siglos XII al XVII)*, Ed. Atlas, Madrid, 1970.

(39) V. PILII MEDICINENSIS: “Quaestiones sabbatinae”, op. cit.: en la “QUAESTIO LXVII”-67. AN PACTUM FACTUM INTER FRATRES...”, folio 122 y ss. En el Sumario —INDEX—, al folio XIX, bajo el título “Pactum de futura successione in castro maxime, an valeat factum inter fratres”.

Lucius et Titius cum hereditatem communem dividere vellent habentes castrum in hereditate, que toti dominabatur hereditatem in divisione, pactum fecerunt, ut istud castrum nunquam ad filias perveniret, sed ad filios tantum, semper deveniret: factum est autem, que dictum castrum ad Titum pervenit, qui relictum filium in omnibus heredem instituit: procedente vero tempore filius sine prole decedens sororem suam tam in hoc castro, que in omnibus aliis heredem instituit. Nunc eam patruus de castro convenire intendit, Queritur quid iuris sit, proponitur actio prescriptis verbis utilis in rem.”

Después de los argumentos a favor (*quod possit*) y en contra (*ex adverso*) acerca del pacto entre el tío paterno (*patruus*) y la sobrina y de la oportuna distinción [*distinctio*: “VIDETUR posse distinguere utrum pacto adiecta esset stipulatio, vel non ut si esset adiecta pareret, alioquin non ut ff.de relig.et sumpt. fun.l. que si locus”], presenta su *conclusión*:

“Solutio. MIHI videtur sine prejudicio melioris sententiae huiusmodi pactum non valere, tum quia videtur de futura successione, et cesset facultas inter dicens, tum quia posset ad inconvenientias et absurditatem tendere ut supra satis probandum est, unde pronuntio istam a patru petitione absolvendam.”

Las razones de la *prohibición* del pacto son las conocidas y heredadas: que parece (*quia fuisse videtur*) de futura sucesión, que “non posset ad iuris imposibilitatem tendere”, que es “absurdissimum, ergo repellendum”, que si valiere “aliud sequi potest inconueniens”, que “malignandi posset prebere occasionem”, que “iniquum est... et indecens esse videtur... circa ultimam dispositionem rerum suarum denegetur libera facultas...”

Como puede observarse, para nada aparece la famosa *proposición* [“*viventis...*”] aquí investigada.

- *AZÓN.*

— “LECTURA SUPER CODICEM” (40):  
LIBRO II. TÍT. III:

“L. 15. PACTUM (n. 28). *Quod dotali inst. comprehensum est. Inter patrem et filiam. Ex aequa portione. Et ita est de † futura successione. quod non valet: ut not. j. eo. l. ult.*”

---

(40) V. AZÓNIS: “Lectura super Codicem”, *op. cit.*: IN LIB. II CODICIS, TIT. III, L.15 y L.19 [en folio 72] y L.30 [en folio 76]; IN LIB. VI CODICIS, TIT. XX, L.3 [en folio 472]; IN LIB. VI CODICIS, TIT. XX, L.2 y L.3 [en folio 472]; IN LIB. VIII, CODICIS, TIT. VII, L.I [en folio 623].

“Ad singulas leges XIII Librorum Codicis Justiniani Commentarii et magnus apparatus nunquam antea in lucem heritus, París, 1577: IN LIB. V (De concubinis naturalibus liberis et matribus eorum ex quibus cau. TIT. XXVII, L.1 [en folio 414]; IN LIB. VI (Ad Senatusconsultum Trebellianum), TIT. XLVIII, L.1 [en folio 528].

“L. 19 (n. 33-34). LICET INTER PRIVATOS. Nec donationis mortis et c. quia in donatione † causa mortis obligatio intervenit, sed hic voluerunt se obligare, cum ita dicerent dum irent ad bellum. Ille nostrum qui supererit, rebus alterius potiatur. Tale pactum est de futura successione † et valet inter milites, ut hic secus in privatis, ut j. de pac. conven. tam super do. hereditas.”

“L. 30 (n. 70 a 77). DE QUAESTIONE (70). Aliena spes, et c. Ergo non loquitur in hereditate patris quae filius debetur, et non est eis aliena. imò quodammodò domini sunt, ut inst. de her. quali. ff. fui. et ideò non videtur bona glossa quam antiqui posuerunt hic: quia l. voluerunt presumere quod liberi sperarent in necem parentum. sed Macedonianum † factum est, ne filii insidiantur vitae parentum: ut ff. ad Maced. l. 1 et ibi praesumit. l. q. insidiaretur, et ista idem erit in extraneis et liberis non admissa illa glossa.— *Certos modos.*—...= (71) Praeterea certo modo, quia de tertia et sive sit de dando, sive de faciendo, non valet: sive † de futura successione, sive de successione futura: ut j. de inu. stip. l. ex eo. P. distinxit utrum siat (72) pactum de successione futura, quod prohibitum est: an de futura successione, quod † non est prohibitum, et movebatur tali simili: quia cum dicitur Petrus magister, significantur quidam magister lignorum, si dicam, magister Petrus, significatur mag. in gramatica. Sed hac distinctione non admittimus, quia reprobatum hic, et faciebat questione ista dubia advocatis de Cesaria, quia pactum de futura successione non valet: et ideo illud videretur reprobaturum, sed ipsi apponebant illas duas condiciones: quia dicebant, si mortuus fuerit ille cognatus noster, et praeterea si hereditas add eos perveniat. Unde per istas duas condiciones videbatur valere, et propter hoc multum dubitabant illi advocati de pacto sic facto pro successione viventis. (73) Sed Imperatur dicit, talia † pacta odiosa esse, et plena tristissimi eventus (74), ita est, cum paciscitur de hereditate alicuius certi hominis, nam de incerto † valeret: ut ff. pro socio. l. 3. et ad hanc similitudinem dixerunt Decretistae, quod investitura de futura praebenda vacante bene valet. Aliud si investiatur de prebenda Titii vacante. Et assignatur contra. ff. de act. emp. si quis servum. Solve ut ibi notavit dominus meus. *Quidam pacisc. conve.* Sic ut S dixit, nam aliter de re viventis valet pactum: ut ff. de cont. emp. rem alienam. *Voluntatem suam eis accom.* Potest ergo aliis paciscentibus consentire, sed ipse de futura successione pacisci non potest: ut j. de pact. conv. tamm super dote, haereditas, j. Tit. I. cum donatio.—...= (76) item scias quod de futura † successione licet alicui pacisci sic, si promittat alicui bona sua post mortem suam, ut ita sit donatio causa mortis: vel etiam si det ei inter vivos, et dicat quòd eum velit habere post mortem suam: quia actiones † ab haeredibus et contra incipiunt.—...”



“LIB. ... TIT. XXVII. L.1 n.2.– *Pacto vel iureiurando exclusi*. Notandum est quod dicit, quod nolunt agere propter pactum interpositum, et facit ad hoc quod si aliquis habeat filios naturales, et cognatos vel agnatos, et faciant pactum cum agnatis vel † cognatis ne inquietent eos in his quae donabit eis vel relinquet pater, quod non possent eos inquietare. Sed et si in vita sit, videtur de successione pacisci cum eis deferetur haereditas si decederet pater. et ita non valet: ut S. de pactis. l. ultim. si autem postea, valet.–...”

“LIB. VI. TIT. XX. L.3 (n. 1-2). *PACTUM quod dotali improbatur*. Quia est † de successione futura, idem si de non succedendo: ut S. de pact. l. ult. et j. de inuti. stip. ex eo. Sed videtur contra ff. si à parente quis. l. ult. ff. si parens. dic ibi quod loquitur in parentibus, hic autem in liberis, qui non ita facile repelluntur sicut parentes: ut ff. unde liberi. scripto ff. ult. vel ibi loquitur quando habebat legitimam: hic autem minime. vel dic quod aliud est quando pactum sit de tabulis non rumpendis. tunc enim obstat doli exceptio, ut ibi. aliud autem est quando pactum sit ne regressum habeat ad bona, ut hic. si tamen ita pacisceretur, quicquid mihi obveniret ex bonis illius, et ille de cuius haereditate pacti sunt, accomodaverit assensum et voluntatem suam usque ad mortem valebit: ut S. de pac. l. ult. et videtur l. ista arg. ad hoc quod fecit quidam scholaris cum pater nollet sibi mittere pecuniam fortem instigatione fratrum seu novercae, recessit. et aliqua summa accepta de bonis patris, convenit ne aliquid peteret de haereditate paterna. reversus est ad studium, et studuit diligenter: mortuus est pater ab intestato. vult filius venire ad successionem eius non obte illo pacto improbato. et videtur quod possit per l. istam. et ad hoc facit supra, de inoff. testa. si quando. ff. illud. Sed an teneatur conferre quod accepit queritur. et videtur quod non, arg. ff. fam. ERC. quae pater ac s. fam. ERC. sed videtur contra. S. de inoff. test. omnium ff. ult. sed ibi loquitur in militia quae vendi poterat: ac ideo quod ex ea consecutus est, conferitur.–...”

“LIB. ... TIT. XLIII. L.I. (n.3).– *LEX SENATUSCONSULTO. Trebelliano*.–...= *Contra rogatus*.–= (3) ac de hoc praestat cautionem: quod non videtur: quia ut Iulianus ait, improprium † est de hereditate viventis sollicitum esse. Sed hic dicit contra: ut j. ut in poss. lega. cum Artemidoram. *Quod si contingat eam*. Olim distinguebatur utrum faciat animo intervertendi fideicommissum an non primo casu tenebatur, alioquin contra: ut ff. ad Trebell. Titius. sed hodie rogatus quis ut si sine liberis ac quartam debet restituere, ac praestare cautionem, ut hic dicit. *Aut ea deficiente*. Simile infra de pigno. act. sed si debitor. ut enim ibi dicitur, prius pervenitur ad principalem debitorem quam ad possessionem rerum.–”

“LIB. VIII. TIT. VII. L. I (n.2).— [DE TABULIS EXHIBENDIS]. SI IN POTESTATE *patris fuerunt impuberes*.—...= *Illis decentibus*. ideo dicit quia si essent vivi, ac agere de tabulis exhibendis, non possem, quia illud interdictum locum habet in his qui relinquerunt non in vivis: ut ff. co.l.j.ff.ult. considerandum est ergo, vivat an mortuus sit ille de cuius hereditate agitur. (2) ac videtur consonare cum eo quod dicit Iulianus improbum esse † litigare de hereditate viventis. ff. de vulgari subst. l. ij. *Interdicto uti possid.* Quidam dicunt quod proponi debet actio in factum loco interdicto. Dominus meus non curat quodcumque dicatur: ut instit. de interd. ff. ult. competit ergo hoc interdictum si habeas tabulas, vel si dolo neget se habere. Si confiteatur ac praetendat causam, similiter habet locati: ut ff. co. l.ij. si non pretendat ac confiteatur, locum habet interdictum, quemad. testa. aper. ut ff. quemadmo.test.ap.l.j.ac ij.”

— BROCARDA (41).

**“PACTUM DE FUTURA SUC-CESSIONE valet.**

C. De pact. licet. ac l.ult.  
 ff. de haere. vel act. vend. l.4 ff.ult.  
 ff. De act. emp. l. si quis servum.  
 ff. Pro soc. l.3. ac l. quibus casibus.  
 ff. Ad trebell. l.ex facto.  
 ff. De here. inst. l. quidam.

Contra.

C. De pact. l. ult. Alias.l.si fratres.  
 ff. Pro soc. l.cum duobus. ff. idem respondit.  
 ff. De suis ac legit.l. pri. ac fin.

C. De inut. stipulat. l.ex eo.  
 C. De inoff. testa.l. si quando. ff. pri.  
 C. De pacto conven. l. herditas.  
 C. De donat. inter. vir. ac uxo. l.si ex voluntate.  
 ff. De donat. inter vir. ac uxo. l.liquidam ff. pri.l. si pater.  
 ff. Ad.l. falcid. l.q. de bonis.

**Pactum de futura successi. et cetera.** Pactum de futura successione improbatur ob improbabile votum captandae mortis alterius, ut. C. de

---

(41) V. AZONIS: “Brocarda”, *op. cit.*: DE PACTIONIBUS R. [RUBRICA] XIII, Pactum de futura successione valet [folios 41-42]; DE HAEREDITATIBUS ET DEFUNCTI HAEREDIBUS. RUBRICA XXV [folio 73-74]; DE FEUDIS BENICIIS ET CAUSIS. RUBRICA XXXI [folios 87-88].

inutil. stip. l. ex eo. excipitur nisi ille consentiat ac cuius successione agitur. C. de pact. l. ult. est aut. pactum de futura successione qñ qs. de sua haereditate tota vel quota eius portione, vel duo de haereditate alterius pure vel sub conditione paciscuntur ut succedant, vel non succedant ut C. de inoff. testa. l. si qñ. ff. pri. ac C. de collat. l. pactum, ac est hoc notandum qua licet alii consentire post non: tamen ego ipse de mea hereditate paciscor ut C. de pact. dot. l. hereditas. secus si promicto me daturum cum moriar. ut. c. de act. ab. here. ac contra here. l. pri. quam non id agitur p. pactum ut mihi succedas, est tamen circa hoc distinguendum utrum de hōis certi haereditate duo paciscantur, an de incerti si de incerti tenet ut. ff. pro soc. l. 3 ff. de illo. si de certi, si quidem hoc agitur ut succedant ac non tenet ut dictum est si vero it agatur ut unus alteri q. ad se pervenerit restituat tenet, ut ff. de act. emp. l. si quis servum.”

“DE FEUDIS BENICIIS ET CAUSIS.— RUBRICA. XXXI.— ARGUMENTA IN CAUSIS feudorum.— *In Instit. de here. quae ab intesta. def. ff. cum autem.— Inc Auct. ut nulli iudicum ff. quoniam vero.—...= C. De inoff. testa. l. liberi. ff. ult.—... ff. De pact. l. ac heredi.—... Valet ad quaestionem qua quaeritur de domino, qui vassallo vasallit succedit, an teneatur fidelitatem praestare. Argumentum f. feudatarius per subrogatum feudo servire potest, ac quem voluit loco servi subrogare potest.”*

— De todas las citas de AZÓN cabe destacar que sigue la opinión mayoritaria tradicional en los comentarios al CODEX y que apunta ya sutiles distinciones (argumentos a favor y en contra) en el tema de la posible *validez* del pacto de futura sucesión. No cabe extenderme más en este punto.

— Del punto concreto en orden a los “brocarda” me ocuparé seguidamente.

#### 4. Los Comentarios.

##### A) *En general.*

— *Doctrina italiana.*

- Guido ROSSI.

Después de su análisis antes reseñado en orden a los “glosadores”, continúa diciendo que:

“... Con el siglo XIII se apaga la *Glossa*. La Escuela se dirige más a la práctica que al estudio teórico; se agota en su propio método, multiplicando las alegaciones de las opiniones ajenas y perdiendo de vista, con la antigua originalidad, el camino maestro del progreso científico.

Un jurista posaccursiano —DINO DAL MUGELLO (m. 1229)—, precursor del nuevo método inaugurado por los maestros del Estudio de Orleans, método dialéctico prestado por los esquemas lógicos de la filosofía escolástica, es quien nos anuncia ya la nueva Escuela de los «Commentatori». El método será introducido en Italia por CINO DA PISTOIA (m. 1336)” (42).

- Alessandro SACCHI.

Después de sus reflexiones en orden a los “glosadores”, entiende que:

“Es un deber de justicia que *la obra de los «comentaristas»* deba ser considerada más importante y más próxima al terreno científico. El «comentario» constituye ya algo orgánico que puede tener pretensiones de homogeneidad y de dogmática. El «glosador» nos da la regla; el «comentarista» nos presenta el dogma y nos lo demuestra incluso con medios diversos de los suministrados por los textos. El «comentarista», un poco cada vez, comienza a ver un poco más allá de la simple conciliación de los textos, porque debe mostrar y quizá también crear una teoría sobre los mismos textos. Ello no obstante, el «comentario» debería de todos modos considerarse como una transformación de la glosa, mientras se continúa considerándolo casi como una dirección distinta: pero los puntos de contacto entre la «glosa» y el «comentario» son quizá más de cuantos se creen.”

Analiza ante todo de *cuáles nuevos medios* se servían los «comentaristas» y *cuál es la nueva contribución* que aportaban a los estudios jurídicos. No es del todo exacto que apuntasen al texto sobre el que había sido explicada la obra de los glosadores, puesto que también estos últimos fueron la causa de la decadencia del texto, el cual vinieron sustituyendo por sus propias elaboraciones. Los «comentaristas» no cambiaron sustancialmente la dirección: solamente la glosa de la palabra, de la frase o del inciso los sustituyeron por el comentario organizado sistemáticamente. Por esta vía BARTOLO pone sólidos fundamentos a la exégesis, o sea, a aquel método que deduce de los textos enteras teorías de derechos, y no abusó por esto de los instrumentos de la dialéctica escolástica. *El abuso en el método «bartolista»* no consiste ya en el haber abandonado el texto, sino en el no haber casi nunca sabido dar una elaboración orgánica subordinada y paralela al texto, respecto de toda la literatura jurídica objeto de su examen y de sus estudios.

El *método exegetico de BARTOLO* tiene, sin embargo, *una particularidad bastante relevante*: tiende al dogma, a la fijación de la regla teórica. No cabe poner en duda que éstas fueron verdaderas pretensiones científicas, como

---

(42) V. Guido ROSSI, voz “Glossatori”, *op. cit.*, *epígrafe II*, p. 1142 [traducción, selección y subrayados míos: J. C. G.].

tampoco cabe poner en duda que no fuere ésta la intención de los glosadores con todo su estudio sobre el texto.

La vivacidad y aquel no se sabe qué de espontáneo que aletea en los glosadores parece haberse perdido bajo BARTOLO y sus continuadores: pero en compensación se observa que éstos dieron vida a un foro paisano y nacional, fundando las verdaderas tradiciones jurídicas, bien diversas del empirismo que derivaba de la glosa. Del «comentario» nace la filosofía del derecho positivo, como ya observó ROMAGNOSI [*cita*: «Indoli e fattori dell'incivilimento», p. 2, c.7]; del «comentario» surgieron el dogma y el tratado, sin los cuales las legislaciones modernas vanamente habrían podido proseguir la vía de la síntesis. Los sucesores de BARTOLO convirtieron, sin embargo, en una gran parte la minuciosa lógica aplicada a los negocios civiles en un probabilismo jurídico dominado por la *communis opinio*, obtenida a su vez de la pluralidad de las opiniones individuales.

La Escuela de los «bartolistas» duró en Italia casi cinco siglos...= En su última fase comenzó a encontrarse en viva contienda con la *Escuela superviviente de los juristas literatos o cultos*... que tachaban de barbarismo un método jurídico que, por su desenvolvimiento durante el medio evo, ciertamente no habría podido no adolecer de los defectos del tiempo” (43).

- FRANCISCO CALASSO.

En este lugar de nuevo debo remitir a su obra fundamental ya referida, y de la que aquí tan sólo ofrezco un par de *ideas* relevantes (44):

En *primer lugar*, su advertencia previa de que fue la reaparición de los textos de ARISTÓTELES la que incidió en la renovación del mundo del pensamiento y de la metodología jurídica. En *segundo lugar*, tal pensamiento aristotélico —la más alta y madura expresión lógica de la civilización clásica— condujo al repensamiento cristiano [el “*corrigantur et expurgentur*” en la carta de Gregorio IX, en 1231, a los maestros de París] y a la prohibición del mismo. En *tercer lugar*, el conjunto de instrumentos lógicos por medio de los cuales se ejecutó la exigencia sentida en orden a la concordancia entre la *auctoritas* [Padres de la Iglesia] con la *ratio*, o, en otros términos, la contraposición entre la tradición y el pensamiento (la libertad creadora).

*De donde deriva* el nuevo método de las Escuelas, fundamentado en la *dialéctica*: la intrínseca exigencia racionalista que lo anima le hizo deve-

---

(43) V. Alessandro SACCHI, voz “Glossatori”, *op. cit.*, pp. 431-432 [en versión, selección y subrayados míos: J. C. G.].

(44) V. CALASSO, Francesco: *Medio Evo del Diritto*, *op. cit.* Parte segunda (El sistema del Derecho Común. Siglos XII-XV), capítulo VII (Escuela y Ciencia del Derecho), *epígrafe III* (Los comentaristas), pp. 563 a 596.

Una excelente versión, resumen y comentario, en la monumental obra de mi compañero A. MARTÍNEZ SARRIÓN, *precitada*.

nir rápidamente en el método de las escuelas teológico-filosóficas, y de allí se propagó a la ciencia jurídica.

Las primeras manifestaciones del nuevo método son las de la “lectura *super Codicem*”, de CINO DA PISTOIA. Su programa metodológico consiste en esto:

“*Circa cuius lecturam tenebo hunc ordinem: quia primo dividam, secundum ponam casum, tertio colligam, quarto opponam, quinto quaeram.*”

De esta manera, a propósito de una ley, a la *lectio litterae*, esto es, a la lectura del texto legislativo —entiende CINO— debía seguir ante todo la *divisio legis*, después la *expositio*, después la *positio causam*, la *collectio notabilium*, las *oppositiones* y, en fin, las *quaestiones* o problemas controvertidos que pudieran nacer de dicha ley.

Todo ese trabajo dialéctico tenía el propósito de desentrañar el sentido más recóndito del texto legislativo, esto es, la *ratio legis*.

La antipatía de CINO, frente a las frases hechas y lugares comunes de los glosadores y frente a los “brocarda”, solía decir: “*via est brocardica et ideo semper dubia*” [cita de CALASSO: CYNUS, *Lect. super Cod.*, IV, 35 *mandati*, l. *ad comparandas* [16]: “ista quaestio cadit in vias brocardicas quae semper sunt plenae sensibus, et ideo vitandae per Doctores quantum possunt”].

La valoración de conjunto de la obra de los “comentaristas”, efectuada por CALASSO, comienza por una referencia al método, típico de la dialéctica escolástica, más frío y menos vivo que el de los glosadores: puesto que el método de interpretación, fraccionado obligadamente, estaba desprovisto de vida y de originalidad. A ello se añadió posteriormente una tendencia completamente negativa, esto es, la de aceptar sin ningún control la opinión de Bartolo por el solo hecho de que era de Bartolo, lo que se transformó en una aquiescencia pasiva y acrítica, reproduciendo así el mismo defecto de los últimos glosadores. Por otra parte, a diferencia y como contrapunto a los glosadores, cuya grandeza consistió en la *exégesis*, los “comentaristas” han sido juzgados como *dogmáticos*, esto es, constructores del sistema, a través del proceso de abstracción que, enucleados en las leyes los principios e individualizada la *ratio* fundamental de dichas leyes, los acomoda todos en un organismo lógico y armónico. Finalmente, considera CALASSO que la *innovación metodológica* de los “comentaristas” nació, no de la reacción contra la Glosa *accursiana*, no del influjo de la lógica aristotélica, sino más bien del nuevo modo con el cual el jurista contempla el derecho común y concibe las relaciones entre éste y el *ius proprium*.

- L. Díez-PICAZO.

Se refiere a los que denomina “posglosadores” que, si de una parte, continuaron la obra de la Escuela de la Glosa, por otra parte señalaron un nuevo rumbo a la Ciencia europea del Derecho. Dice expresivamente que:

“Siguiendo en la misma línea de exégesis de los textos clásicos, realizan, sin embargo, adiciones a las glosas ya existentes y, además, inician una jurisprudencia constructiva y tratan de aplicar el resultado de sus investigaciones a la realidad práctica que les rodea” [cita a KOSCHAKER —*Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955, p. 144—: “Si los glosadores habían hasta estas fechas contribuido insuperablemente a aclarar el sentido de los preceptos jurídicos justinianeos, pronto debía de surgir la dificultad de aplicar estos preceptos a las necesidades de la práctica, dificultad debida principalmente a la circunstancia de regir a la sazón otros Derechos, como el estatutario de los municipios italiano, el longobardo y el canónico. Había que buscar una síntesis de todos estos dispares elementos, y esta síntesis, en forma de Derecho de los juristas, poderosa y fecunda, fue hallada por los posglosadores, quienes de este modo introdujeron en la práctica el Derecho romano”] (45).

- A. MARTÍNEZ SARRIÓN.

En su monumental obra ya precitada alude agudamente a la influencia de la literatura [*il dolce stil nuovo*] en el Derecho y, en particular, en los juristas de la Escuela de Bolonia en el siglo XIV. De sus interesantes reflexiones resumo aquí estas ideas:

“Puede encontrarse paradójico que lo ideado para la formación jurídica, el «*studium*» de Bolonia, al traer las inquietudes intelectuales para que el Derecho actuara de acicate a las actividades vocacionales de los escolares, posibilita se pueda contemplar el cuadro de que los grandes poetas italianos de la segunda y tercera centuria hayan forjado su formación cultural en las aulas boloñesas. Sin que tampoco nada tenga de extraño el hecho de que alcanzase a ser Bolonia el control de atracción de los notarios, puesto que junto con ambos derechos adquiriría una peculiar relevancia el «*ars dictandi*» con Boncompagno da Signa y con Guido Faba, que se proyectaba en una doble vertiente, en la oratoria y en la escritura.

En los aledaños del demediado «*duecento*», cuando tiene lugar la diversificación de dos culturas, una de ellas, que podría diferenciarse como tradicional y la otra innovadora, sin que el predominio de una suponga el replie-

---

(45) V. Díez-PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos...*, op. cit., p. 47 [y nota 22].

gue de la otra, que no corre con ello el peligro de desaparecer o de ser absorbida por la frescura de los aires nuevos, porque la impostación del problema no consiste en una superposición como medio de mantener su subsistencia, sino de una cuestión de convivencia entre el «*mondo mediolatino*» y el «*mondo volgare*», por cuanto los sentimientos experimentados se han generado antes y al margen de su expresión por el idioma.

Cierto que frente a la tradición oral en el derecho que veía a la retórica, una disciplina para desarrollar el razonamiento apodíctico de las oraciones forenses, se levantará en los finales del siglo XII la polémica contra Cicerón, inculpándolo de haber cercenado a la retórica, demarcada a regular «*el decir*», lo hablado, sin parar mientes en el «*dictare*», en el escribir. —...=

—...= la mayor novedad de la retórica medieval, que, desviándose de sus esquemas mentales de ascendencia platónica, se reviste de un sentido eminentemente práctico acorde con la orientación impresa a las enseñanzas jurídicas bolonenses, mediante los tratados de «*artes dictandi*» «*artes dictaminis*», que ejercerán una eficiente colaboración para la elaboración de las «*lecturas*» de los «*commentatores*» y más encarecidamente en los «*dictamina*» de los «*consiliatores*»; dado que en ellas se regula la composición de los textos escritos, pues la palabra «*dictare*» pasó a significar «*componer*» y «*dictatio*» se consolidó en «*dictatus, dictamen*», a modo de composición escrita, retóricamente elaborada, en prosa o en verso" (46).

"LOS DOCTORES TRATADISTAS Y «CONSILIADORES», INTRODUCTORES DEL «DOLCE STIL NUOVO» EN EL DERECHO: CINO DE PISTOLA, BARTOLO DE SASSOFERRATO Y BALDO DE UBALDIS.

—...=

Entretanto, la «*glossa ordinaria*», por su observancia en la práctica, paulatinamente ganaba terreno en la doctrina jurídica, lo que contribuye a afianzar la unión de doctrina y práctica, que preparaba a la vez desde el siglo XIV el paso de una nueva sintonización frente al «*Corpus iuris*» y un nuevo método en su tratamiento. Ambos caracterizan el período de los llamados posglosadores o «*Kommentatores*». En la historia se conoce esta nueva dirección con el nombre de «*mos italicus*», pues ha procedido de Italia. Ha alcanzado inmediatamente significación europea y devenía dominante en los países europeos, especialmente en Centroeuropa hasta el siglo XVIII, para la irrupción del derecho romano en la práctica con un significado mayormente desigual que al de los glosadores. Ciertamente, no existía entre éstos y el «*mos italicus*» ninguna profunda oposición, porque antes un tránsito inmediato, en un determinado grado, fue preparado por la escuela de Orleans en el siglo XVI. La actividad de los glosadores estaba encaminada, en principio, a hacer accesible el sentido del Código de Justiniano; el método para ello era exegético, que buscaba establecer el sentido de cada uno de los textos

---

(46) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: *Testamento y Codicilos. La cláusula codicilar*, tomo I, (Introducción histórico-documental. Elaboración romanista de la cláusula codicilar), parágrafo 3, pp. 460 y ss.: *en especial* pp. 461 a 463.



originales. Por otro lado, su interés en el «*Corpus iuris*» no era meramente teórico, ya que la ley de Justiniano constituía para ellos, directamente, derecho práctico; y, finalmente, se centra su actividad, ya en la época de la primera escolástica, porque aparecen también los vestigios para una acción sistemática de la materia jurídica.

Esta síntesis la han proyectado los «Comentadores» creadoramente como génesis del genuino derecho de juristas mediante la accesibilidad del derecho romano a la práctica. Los glosadores sólo conocían el derecho romano, lo que en verdad no dejaba de ser importante; si bien, integraba tan sólo un peldaño para la construcción de un sistema jurídico en el que se creía debían ensartarse y figurar las fuentes aborígenes, así como el derecho consuetudinario y de los Estatutos y un algo más distante el derecho canónico. Era para los juristas el Derecho romano «*ius commune*»; y como tal, derecho «*per eminentiam*», que pretendía alcanzar un valor absoluto, por lo que reservaban al derecho estatutario un espacio libre acoplado al «*ius commune*» en su ámbito, y se declaraban nulas las disposiciones estatutarias que infringiesen el «*ius commune*», acomodando la interpretación de los Estatutos a imagen y semejanza del mismo, cual recogía el adagio «*ubi cessat statutum, habet locum ius civile*».

Aquilata Koschaker que «la sistematización de la ciencia del derecho es una creación de la escolástica medieval, con la que, al igual que la teología, orgánicamente se une. Pues ambas trabajan con una materia que, desde una instancia autoritaria, se les confía como objeto de la fe, que buscan desarrollar y comprender en un sistema intelectual».

Pero esta hermenéutica es escolástica. Tres cosas, dice San Buenaventura, en la explicación de la Trinidad, serían esenciales para el método escolástico: «*Primo: contingit ipsam* (es decir, la Santísima Trinidad), *credere. Secundo: creditam, intelligere. Tertio: intellectam, dicere vel enuntiare.*

*Credere autem est per auctoritatem, intelligere per rationem, dicere per catholicam et rationabilem locutionem.*»

En la expresión literaria dominan los comentarios, siguiendo el ordenamiento legal de las partes singulares del «*Corpus iuris*», que no meramente ofrecen explicaciones de cada una de las instituciones, sino, asimismo, las controversias resumidas de materias concretas, en conexión con el título.

Con esto aprovechan las fuentes aborígenes con una rica casuística, que acrecienta la influencia de los comentadores en una práctica ubérrima de supuestos de hechos. Tomando soporte en ellos, proliferan las monografías jurídicas (*Tractatus*).

En los estudios académicos... conviene recordar que, por obra de Cino Sighibuldi de Pistoia, el jurista-poeta, se sustituye la lectura de la glosa, en base a la cual realizan sus comentarios, que con el específico nombre de «*quaestiones*» se recogen como apuntes por los escolares; los cuales, siguiendo una iniciada práctica, irán pasando de mano en mano, al igual que sucede en nuestros días, para efectuar copias de ellos y facilitar su difusión, cual muestran las notorias «*Supleciones*» de Guido de Suzzara, por lo que se apela «*commentum*», que dotan de un sentido orgánico a los textos de la «*Glossa Ordinaria*»: de suerte que dejan de requerir el cordón umbilical que los mantenga unidos a ella, para independizarlos «*per viam additionum*», en

la forma y configuración querida por su autor, y adquieren sustantividad propia, integrados en los «*libri legales*», que, aun su introductor, Cino de Pistoia, no se atreve a dejar de significarlos con el viejo apelativo de «*Lecturae*», empresa innovadora reservada a Bartolo, que los bautiza de «*Commentium, Commentarium*» y que servirán para que Koschaker popularice a sus autores como «*commentatori*» (47).

## B) Los autores.

En la referencia a los autores, cito aquí de nuevo a A. MARTÍNEZ SARRIÓN, resumidamente, como sigue:

### 1. CINO DE SIGHIBULDI («DE PISTOIA»).

“La «*opus magna*» de Cino: «*Lectura in codicem*».

El tratado, como se llamaría con toda propiedad a las «*lecturae*» por los «*Commentatores*» y del que Cino de Sighibuldi fue su creador, ilustrado con los comentarios, en este caso, por lo demás frecuentes, comprensivo de los nueve primeros libros del *Codex justiniano*; no obstante, quizá por humildad no tuvo la osadía de aplicarlo para distinguir a su obra, que en las más antiguas ediciones llegaba a superar las mil quinientas páginas en tamaño folio, en las que, junto a un riguroso tratamiento científico, se ocupa de los supuestos demandados o producidos por la práctica jurídica, presentando una síntesis sometida a un método crítico que facilita la valoración interpretativa de los juristas, que para conjurar las abstracciones y forzar a no desviar la vista de tierra, suele acompañar a los hechos de referencias, a manera de hitos o mojones, correspondiente a la vida e historia de su tiempo.

...=...=

... «el tratado de nuestro legista no fue una simple reunión o recogida de glosas o notas como la de Accursio, sino una obra de síntesis de talante crítico»; y siempre juzgando su materia a tenor de los paradigmas históricos. Así, cuando examina la concurrencia de múltiples Estatutos, con motivo de cierto problema que sembraba inquietud en la vida universitaria, se adentra a desentrañar las complejas relaciones entre la costumbre y entre los derechos civil y canónico, mostrándose decidido partidario de la prevalencia del Derecho romano frente a los ataques más viscerales e intelectuales canonistas y güelfos que proclamaban las excelencias del Canónico. En cuanto a los Estatutos, como leyes particulares deberían aplicarse por las respectivas ciudades, en tanto que las leyes romanas, por constituir el «*ius commune*», mantendría su vigencia potencial para todos.”

“La exégesis a instituciones y cuestiones particulares referidas a la enseñanza: *Tratatus e successionem ab intestato*.—...=...= *Additiones in codicem*.—...=...= *Glossae*.—...= *Quaestiones disputatae*.—...=...=

---

(47) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: *Testamento y Codicilos. La cláusula Codicilar*, tomo III (Conceptuación jurídica de la cláusula codicilar), capítulo quinto (La valoración jurídica de la cláusula codicilar), epígrafe II, pp. 2232 y ss.: en especial pp. 2234 a 2236.

*Las «Lecturae» incompletas al Digesto:*

*Lectura in digestum vetus.*

*Lecturae in infortiatum et in digestum novum.*

*La nueva temática de los «consilia» en la literatura jurídica: Cino y su intuición para la práctica.*

Si mérito indiscutible debe reconocerse a Cino Sighibuldi de Pistoia en la introducción de la nueva metodología jurídica para el estudio de los textos justinianeos, en la que se trata de parificar la teoría con la práctica, dada la ductibilidad que posibilita el Derecho romano para proporcionar acogimiento a las más variadas cuestiones que pueden originarse y que requieren se les dispense un tratamiento jurídico adecuado, y eso, sin condicionamientos a países o tiempos; circunstancia que acredita, sin tener que recurrir a abstracciones, su reconocimiento actual, y que, en épocas de crisis, en que se ponían a prueba los valores del espíritu, se pudiesen las gentes, encabezadas por sus juristas, cobijar en sus preceptos, como genuina «*ratio scripta*» (48).

## 2. BARTOLO DE SASSOFERRATO.

«*Nemo bonus iurista nisi Bartolista*»: Derecho romano y práctica jurídica, componentes del magisterio de Bartolo.

.-...=...=

Me complace recordar, antes de adentrarme en la figura de Bartolo, que, como escribe Gerhart Hussert (*Recht und Zeit*. Frankfurt a. Main, 1955, p. 10), «cada sistema jurídico representa una determinada fase en la historia de la humanidad. Los ordenamientos jurídicos tienen una historia y son por sí mismo historia. La norma jurídica siempre tiene las raíces de su existencia en una situación histórica definida. El momento de nacimiento de un proceso no es un 'hoy' cuyo antecedente se ha ensombrecido, como quien dice, al instante». Y concretando más su pensamiento, prosigue: «encuentro cosas con las que he entablado relación en el tiempo histórico. Las cosas genuinas se han dado al hombre en conexión con la totalidad del mundo, que es su mundo. Es un mundo histórico. Lo es porque el mundo, en el que vivimos y experimentamos, es uno edificado por el hombre y la existencia del mismo hombre tiene el sentido de la historicidad. Cada uno de nosotros vive en el mayor ritmo de existencia de la humanidad, que se inserta en una generación de hombres y que constituye una articulación en una cadena sin fin de hombres».

.-...=...=

Estos tiempos de inestabilidad, de desequilibrio de fuerzas, de confusión de gobiernos, de enconadas luchas, no siempre verbales e incruentas entre güelfos y gibelinos, entre familias de Blancos y Negros, de «Raspanti» y «Bergolini», o como quiera que en cada ciudad se llamasen los bandos, que penetraban en el santuario del hogar hasta el extremo de constituir un impedimento de hecho para el matrimonio, éste fue, según Calasso, el siglo de Bartolo, «un siglo que hemos referido sin nombre y que ahora podemos res-

---

(48) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 493-501.

ponder el porqué: No tuvo un nombre, porque hubo hombres de tal grandeza que no se plegaban a ninguna clasificación escolástica. Y cuando, aludiendo a estos hombres, hablamos de soles que brillan como astros de diversos sistemas siderales, no entendemos recurrir a una imagen retórica, sino que propiamente pensamos en sus peculiaridades, no confundibles y no repetibles, que la historia espiritual de este siglo presenta. Son todos ellos nombres de innovadores, de luchadores, de precursores: En el mundo de la poesía, Dante, Petrarca, Boccaccio; en el de las artes figurativas, Giotto, Nicola Pisano, Arnolfo de Cambio, el Orcagna; en el mundo del derecho, Cino de Pistoia, Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis».

“Bartolo, antes de exponerlas, redactaba por escrito sus conferencias, bien se tratase de «*lecturae*» como de las «*repetitiones*» o «*controversiae*». Paulo de Castro en C.2.21.4 refiere que una «*repetitio*» la había estado elaborando durante cinco años. Recogía normalmente las opiniones de numerosos juristas, de las obras de los cuales tenía un adecuado conocimiento, dando cabida a los que se pronunciaban en sentido contrario al suyo, argumentando tanto a favor como en los supuestos que entendía debía hacerlo en contra, aportando textos de los derechos romano o canónico o de determinados estatutos o costumbres.

Elaborado el plan, procedía, en primer lugar, a la lectura y explicación del texto. Seguidamente aducía aquellos otros que confirmaban, modificaban o rebatían el principio sustentado en la lectura. Finalmente analizaba la vigencia de su tesis, por no existir en contra o estar derogada por leyes imperiales recientes, por el derecho canónico, o estatutos ciudadanos, o costumbres locales no escritas. Así, mientras fue profesor en Pisa, en el curso de 1339-40 leccionaba el *Digestum vetus*; en el de 1340-41, el *Infortiatum*; en el de 1341-42, el *Digestum novum* y en el de 1342-43, el *Códex*.

.-...=...=

Quizá lo más destacable de la labor de Bartolo consista en su complemento de la práctica para ilustrar y enriquecer sus explicaciones teóricas. Por eso, sus «*lecturae*» no eran mera repetición de las anteriores, sino que gozaban de una enorme vitalidad, por recoger en ellas sus experiencias en la vida de su tiempo, que presentaba al derecho romano como algo propio, como una valiosa herencia no anquilosada, sino infundidora de espíritu a las normas, legales y consuetudinarias que, surgidas ocasionalmente, se acogían a recabar la paternidad legítima o cuando menos natural en el derecho romano.-...=

.-...=...=

En el orden científico, el método iniciado por Bartolo y seguido por su escuela ha consistido en compatibilizar la «*lex scripta in corpore iuris*», profesada por Irnerio, con el «*ars ratiotinandi*», que se desenvuelve en el «*Duecento*» a raíz del descubrimiento del *Aristóteles maior*, por los dos gigantes del pensamiento, San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, acoplados al neoplatonismo que habían inspirado las ideas de San Agustín. Ambos postulados, «*auctoritas*» y «*ratio*», preocuparon ya a Abelardo. Y es, merced a ellos, o si se quiere a esta nueva lógica, de los que se sirve Bartolo para hacer trascender la «*interpretatio*» de la «*lectio sacrae paginae*» en que se ago-

taba; y trasladarla, con perspicacia, a perquirir la verdad: Frente a una «*sacra pagina*», la «*lex scripta in corpore iuris*» se sustituye por un renovado «*ars ratiotinandi*» (49).

Helmut Coing [*Die Anwendung des Corpus iuris in den Consilien des Bartolus. En L'Europa e il Diritto romano. Studi in memoria di Paul Koschaker, vol. I. Milano, 1954, p. 73*] destaca la influencia que en el mundo del derecho ejercieron los «*Consilia*» de Bartolo, hasta el extremo de haber logrado relegar a un segundo plano las denominaciones de posglosadores, y comentadores, para consolidar la más genuina de «*consiliatores*», generalmente admitida y reconocida como factor determinante en la estructuración del «*ius commune*». De las dos colecciones de «*Consilia*» de Bartolo que conocemos, la primera de las cuales comprende 244 dictámenes y la segunda o «*perusina*», que permaneció manuscrita por largo tiempo, hasta que en 1521 la publicaba Diplovatatus, he tenido ocasión de ocuparme en la materia que atañe o guarda relación con este estudio en su lugar oportuno.

.-...=

Ha escrito admirablemente Francesco Calasso [*L'eredità di Bartolo. En Bartolo de Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario Università degli Studi di Perugia, tom. I. Milano, 1962, p. 20*] que «Bartolo ha sido el educador de innumerables generaciones de juristas en todos los países; esto es, la figura del jurista integral, civilista y canonista; igualmente sensible a los problemas del derecho público y del privado; que nace, sobre todo por su obra, en armonía con aquella concepción unitaria del fenómeno jurídico, que fue el postulado supremo de su obra de intérprete. Así, comentando la Constitución «*Omnem rei publicae*», se reafirmaba Bartolo en la expresión justiniana «*omnem rei publicae nostrae sanctionem*», que la «*glossa accursiana*» sutilizaba respecto a si «*omnem*» debería entenderse o no como equivalente a «*totus*»; superando la menudencia lexicográfica, observaba, simplemente, que el legislador no había producido algo irreal, sino de que «*tota civili sapientia, quae unica est*».

En este proceso histórico, apostilla Calasso, la obra de Bartolo se presenta a los contemporáneos y a los posteriores como una cima. El que no sabía ascender a esta cumbre no era digno del nombre de jurista, «*nullus bonus iurista, nisi bartolista*»; y también, en el ámbito de la enseñanza, se vuelve al paralelo con Dante, dado que el más alto honor de un «*grammaticus*» fue en el «*trecento*» ser reputado de dantista.

Ángelo Ormani [*Bartolo de Sassoferrato. Punti di vista. Labeo, 4 (1958), p. 57*] enjuicia la obra de Bartolo ante sus escolares como una prosecución a nivel académico de las enseñanzas de su maestro Cino Sighibuldi de Pistoia en el difícil arte del comentario, conducido y dirigido con arreglo a las normas de la filosofía aristotélica, de notoria influencia en la cultura del «*trecento*».

El haber hecho suyas estas reglas dialécticas le permite sistematizar a Bartolo, por medio de la abstracción, la realidad jurídica, en «*regulae*» y

---

(49) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 506-522.

«*principia*», de fundamento racional: «*definitio, genus et species, totum integrale, forma et substantia, cuasa efficiens et causa finalis*»; y, finalmente, el recurrir al «*argumentum a simili*», a los que con rigor casi matemático se pliegan sus explicaciones y resplandece en sus «*tractatus*» (50).

### 3. BALDO DE UBALDI.

“Para Nino Tamassia (*Baldo studiato nelle sue opere*. En *L'Opere cit.*, pág. 5), Baldo era un hijo de su siglo, por lo que recogía la ingenua dialéctica de los glosadores, que, si bien había sido eficaz, parecía haber llegado ya a su decadencia augurante de su fin; pero con mayor amaneramiento, aunque también más espiritualizada y recabando una total independencia de sus disciplinas afines, distanciándose de la filosofía que aumentaba su penetración con la teología, de la que se desgajaba el derecho canónico para ir desplegando una influencia cada vez más acusada sobre el civil, sobre todo en la exégesis de los textos. Lo que había contribuido a establecer una doctrina canonizada por la «*Glossa*», que se mostraba ramificada en una compleja serie de visiones o apreciaciones sostenidas por los doctores, que se requería dotarlas de la virtualidad en la práctica, dando vida a un derecho que unía a las leyes romanas con duras penas y sólo en virtud de argumentaciones artificiosas.

No obstante, la actividad del derecho romano se concentraba y concretaba en la «*Glossa*», para de su escueta consideración dar lugar a las «*communes opiniones*» que intentaban reconducir al derecho clásico toda la variedad y multiplicidad de formas jurídicas. Desde Accursio, la «*glossa*» constituía un cuerpo cerrado. De lo que sucede que un glosador se asemeje a otro; ya que el método, los casos, las distinciones, las soluciones, constituyen una manera de «*vestidura jurídica*», «*de uniforme que obstaculiza o amortigua los rasgos originales del jurista*». En este sentido hay que reconocer que tanto Bartolo como Baldo no experimentan la más mínima atracción sobre los textos de los glosadores, quizá porque extraños a ellos piensan que no vale la pena gastar fuerzas y tiempo en comprenderlos; máxime cuando se consideran encaminados vigorosamente a la creación de un derecho científico, sin relegar las costumbres, pero sin atribuirles función relevante, marginando sin desconocer las prácticas forenses para asentar firmemente los cauces por los que discurre su alveo de pensamiento original.

—...=...=

La acentuada crisis de la que Nino Tamassia (*Scritti di storia giuridica*. Vol. II. Padova, 1967, p. 485) ha llamado «*la doctrina canonizada de la 'Glossa'*» se había ramificado de manera dispersa en una multiplicidad de teorías, casi tantas como fueran los doctores que de ella se ocupaban y llevadas o cuanto menos pretendido aplicar a la práctica, dando vida a un deforme derecho que sólo conservaba del romano aquello que copiaba de él, difícil de

---

(50) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo III, cit., parágrafo 301, pp. 2238 y ss.: en especial pp. 2238 a 2240.

hacerse comprender, aunque para ello recurriese a los más artificiosos o incluso amañados argumentos. El método de que se valían era el de tamizar el derecho romano por el cedazo de la glosa, para que de ella desglosasen los doctores las «*communes opiniones*», que cualquiera fuese su valor científico, se proponían insertar en las nítidas figuras configuradas que el derecho clásico, en todas las variadas y heterogéneas formas jurídicas conocidas por la nueva edad, que más que como alojamiento que les preservase de la confusión generada en el alto medioevo, y que, superados los acontecimientos, pudiesen prestar su colaboración para cimentar sobre ellas la civilización prometida por la cultura incipiente.

... Se decía que «un glosador se parece a otro» (*un glosatore someglia ad un altro*) porque todos, como metodológicamente cortados por un mismo patrón, estructuraban las cuestiones en *casus, distinctiones et solutiones*, a manera de «*vestidura científica, de uniforme que desfigura y amortigua los rasgos originales del jurista*». Consecuencia de lo cual es que Bartolo y su discípulo predilecto no experimentan atracción alguna por aproximarse a los textos de los glosadores; o mejor expresado, no se quieren esforzar en comprenderlos, pues no encuentran para ello un «*para qué*», máxime cuando se incentivan con la misión de crear un derecho científico, superando las costumbres para que en la práctica forense se impusiese la exigencia de tener que recurrir a verificar la exactitud y originalidad del pensamiento del comentarista o dictaminador.

.-...=...=

Para Baldo, y en general para sus coetáneos, el derecho romano, con su greca de la glosa, del derecho canónico, feudal, estatutario, consuetudinario, con las opiniones y las doctrinas forenses debían, por virtud de la acción de los juristas, plegarse a los acuerdos, a las conciliaciones, para permitir que la solución aplicada a un caso particular no se encontrase en conflicto insubsanable con otros principios jurídicos. Por esta razón, todo el trabajo de los teóricos y de los prácticos consiste, en suma, en tratar de hallar la norma que convenga, que se adapte al más intrincado o extraño, al más inverosímil problema jurídico en los más anodinos casos.—...=» (51).

#### “EL «SUBSIDIUM» DE LA CLÁUSULA CODICILAR EN LOS «COMENTARIOS» DE BALDO DE UBALDIS.

La larga vida de Baldo (1327-1400), que ofrece amplio contraste con la breve existencia de su maestro Bartolo (1314-1357), no constituía inconveniente alguno para que gozase de la misma reputación que Bartolo. Sus lecciones de cátedra no tienen una significación en cuanto a su conjunto, ya que no se integran en un tratado concebido en un orden homogéneo. Sólo es muy importante por el contenido de su propia doctrina. Como escribe Woldemar Engelmann [*Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien, cit.*, p. 236], Baldo ha dispuesto la totalidad de su doctrina y ha superado, en su dilatada actividad académica en distintas escuelas, durante medio siglo, en

(51) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo I, pp. 532-541.

experiencia y madurez a la mayor parte de la doctrina de Bartolo, la cual, él con frecuencia, desde un principio, seguía. Así es, en efecto, pues Bartolo moría con cuarenta y cuatro años y apenas veinte enseñaba casi con exclusividad en Perugia; en tanto que Baldo llegaba a los setenta y tres años, de ellos cincuenta y seis dedicados a la enseñanza, de los cuales, uno o dos en Bolonia, uno en Pisa, treinta y tres en Perugia, seis en Florencia, cuatro en Padua y los últimos diez años en Pavía.

Para Calasso [*Medio evo del Diritto*, cit., p. 578], hay que destacar de Baldo la versatilidad de su ingenio y la amplitud de sus horizontes por su temperamento filosófico, «*filosofotatos*», dirá de él un jurisconsulto humanista, «se supo elevar a la razón de la norma con una fuerza de abstracción, en la que no tendría par entre los juristas, más bien desconfiando frente a los vuelos de la abstracción pura en materia de leyes. Y sobre todo maravilloso por la intensidad del pensamiento que exterioriza constantemente los signos de un trabajo interno nada común, lo que hacía que le reprobasen cambiar de parecer con facilidad, atribuyendo a ligereza de juicio aquello que era, por el contrario, el fruto de un fervor intelectual verdaderamente prodigioso».

Adquiría la fuerza de un adagio, las frases de Romanus (*Consilium* 480), «*de quibus legibus ad hoc faciunt virtutes nostri Bartolus et Baldus*» y Jason de Mayno (*Consilium* 146), «*quanta sit in consulendo et iudicando autoritas Bartoli et Baldi*» (52).

### C) Los textos seleccionados.

— BARTOLO.

Una exposición general de todos los textos comentados por BARTOLO DE SASSOFERRATO no cabe en este lugar. Me limito aquí a la remisión a mi obra precitada de *Comentarios de 1981*, en el punto concreto relativo a los *pactos renunciativos* o “*de non succedendo*”, donde recogía una parte de su ingente labor, con estas palabras:

“2. En el período posterior a Jaime I, es significativo el dato relativo a la práctica *inexistencia* de la definición en la *práctica catalana*. Quizá la temprana recepción del Derecho romano hizo que se recogiera finalmente la solución romana *contraria* a la figura, consagrada en la Ley SCIMUS, párrafo 1 (Codex, 3,28,35), anteriormente referida, o bien quizá la onda expansiva de la compilación justiniana y de los usos romano-vulgares llegó tan sólo a las islas y no al Principado.

Así las cosas, una temprana decisión de los canonistas en las *Decretales* in VI.1.18.2 (*Cap. «Quamvis pactum, 2, De Pactis»*) permitía un pacto *similar* al de la «definición» si mediaba juramento, referido, en principio, a las

---

(52) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo III, cit., parágrafo 302, pp. 2244, y ss.: *en especial* p. 2244.



hijas casadas «dote contenta». Posteriormente, la solución canónica, liberada del requisito del juramento, *se extendió* a cualquiera de los hijos, en general, que reciban alguna donación o ventaja, o a quienes se hagan entregas o asignaciones en concepto de legítima, dote, dotación, cantidad o bienes determinados [Así, en VALLET, *Las Legítimas*, cit., t. II, pp. 795 y 1148. En sentido similar, LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, cit., t. I, p. 753, nota 29].

Esta solución de los canonistas tuvo su *inmediata repercusión* entre los «comentaristas», especialmente BARTOLO, como paso a expresar.

3. Los *jurisconsultos medievales*, los prácticos del derecho preocupados con la *exégesis* de los textos romanos, acabaron sacrificando a ella la realidad económico-social de su tiempo. Esta fue la típica actitud de la GLOSA, anclada en los textos romanos y obsesionada con un método de interpretación esencialmente filológico en la búsqueda del significado exacto de la «letra».

Sin embargo, habíase producido ya una evidente fractura entre el «ius civile» y los derechos particulares, a la que antes me he referido. Además, fundado el Derecho civil en la sucesión voluntaria y en el testamento, chocaba con la praxis del pulular de pactos sucesorios (donación «post obitum», cláusulas renunciativas en contratos de matrimonio o pactos dotales, etc.) y con la misma estructura de una sociedad fundada en una concepción de la familia cuya unidad se realizaba en torno al patrimonio doméstico. Los pactos sucesorios concurrían así a la finalidad exclusiva de mantener íntegro el patrimonio familiar [vid. VISMARA, «L'unità della famiglia storia del diritto in Italia», en el vol. *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, cit., pp. 35 y ss., 43 y ss. y 47 y ss.].

La gran importancia de los *comentaristas* y la trascendencia de la obra de BARTOLO residen, de una parte, en su independencia frente a la GLOSA y en la actitud crítica hacia sus maestros, y de otra parte, en la consciencia de lo que demandaba la realidad social de su tiempo, en la que fundamenta toda su interpretación del derecho. Es esta actitud distante de la GLOSA y del Texto romano, respetuosa con las soluciones de los canonistas, superadora de la tradición altomedieval, consciente de las necesidades de la época y de la incesante transformación de la sociedad, preocupada por la búsqueda de la verdad, reconocedora de la prevalencia del derecho «particular» sobre el derecho común (incluso bajo la forma de *costumbres locales* que derogan el derecho común), la que delimita las *características* del pensamiento de BARTOLO [así, en VISMARA, «I patti successori nella dottrina di Bartolo», estudio inserto en el vol. *Bartolo de Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario*, Milano, 1962, t. II, pp. 755 y ss., esp. 777 y ss.]. Me detengo aquí precisamente porque tales características le permitieron una notable *revisión* de la doctrina recibida acerca de los pactos «renunciativos», lo que, a su vez, nos religa con el tema de la «definición» y sus precedentes próximos, aquí examinados.

Es muy significativa a tal efecto la actitud de BARTOLO ante los pactos «renunciativos», v. gr.: el pacto por el que la hija satisfecha con la dote no suceda, el pacto mediante el cual la mujer se obliga respecto del marido a que no le sucedan los hijos nacidos de ambos, el pacto por el que la hija que

se casa renuncia a la futura herencia paterna, el pacto concluido entre hermanos en el acto de partición por el que en presencia de sus descendientes varones no sucedan las hembras [*vid.* BARTOLO: ad Dig. 45, de verborum obligationibus, l.61 stipulatio hoc modo concepta, nota 7: capítulo 2, de pactis, libro VI; ad Dig. 29, de acquirenda vel ommittenda haereditate, l.93 qui superstitis, nota 1; ad Co. 2 de pactis, l.30 de quaestione, nota 8; ad Cod. 6, de collationibus, l.3 pactum, nota 1; consilium I, 72 Ex facto, nota 1 (citadas de VISMARA, «I patti successori nella dottina di Bartolo», cit., pp. 766 y ss., notas 38 y ss.).

Abandona BARTOLO la opinión de la GLOSA acerca de los pactos «renunciativos» y sigue los preceptos del derecho canónico, que es vinculante («cui in hoc est standum») y que admite la validez de un pacto renunciativo cuando es confirmado con juramento. En un pacto tal el jurista medieval ve un medio de defensa del orden social, y *no* una desigualdad o una disparidad de derecho entre varones y hembras (o entre los hijos varones a favor de uno solo de ellos): el sacrificio de los más débiles y la conservación de un estado de desigualdad parecían indispensables para la vida de una sociedad fundada en una estructura jerárquica. A los ojos del jurista medieval la *legitimación* de tales desigualdades y sacrificios venía derivada de la misma consideración de la realidad social.

El pacto sucesorio «renunciativo» es válido «de iure» para el jurista medieval *si simplemente excluye* que determinados bienes vayan destinados a un cierto género de personas (las hijas). No está excluida por el pacto la herencia, sino una cierta parte del patrimonio, en la cual no suceden las hijas.

Esta condición de inferioridad de las hijas de familia contrastaba con los *principios formalmente vigentes* del derecho romano-cristiano-justiniano, por lo que los juristas prácticos buscan soluciones para mantener la validez de las renunciaciones citadas a través de varios cauces (cautelae, derecho de subingresso, etc.).

Como *resumen* de este período del llamado «derecho común», y *por lo que a la legítima respecta*, se ha escrito autorizadamente que: «Al no consistir la legítima en la delación legal de una cuota hereditaria, sino en el derecho a percibir un 'quantum' de un determinado 'quale', protegido de diversas maneras y por varias acciones, podía ocurrir que *la renuncia expresa* (o consecuente de una aceptación) a ejercitar el 'ius discendi nullum' o la 'querella' *no implicara de por sí ni la renuncia a ejercitar la 'actio ad supplementum'* para reclamar el 'quantum' por cubrir, *ni tampoco la aceptación de gravámenes en el 'quale'* (que deberían entenderse por no puestos y que requerían una renuncia específica y expresa, bien fuera literalmente o por hechos concluyentes que la implicaran)» [así, en VALLET, *Las Legítimas...*, cit., t. II, p. 797 (subrayados y paréntesis míos: J. C. G.)].

—...=...=

— A modo de *recapitulación* de la investigación en orden a los precedentes históricos del «finiquito» de legítima, cabe señalar:

1.º.—...=

2.º.—...=

3.º.—...=

4.º Que la solución canonista de los decretales, a través de la difusión efectuada por BARTOLO y de la gran autoridad de éste, se implantó en las Baleares con fuerza enorme, deviniendo práctica consuetudinaria uniforme y general en todas las islas” (53).

El tratamiento *genérico* de la gigantesca tarea de BARTOLO ha sido ya presentado precedentemente.

Respecto del tema *específico* de los “**pactos sucesorios**”, aquel resumen por mí efectuado en 1981 de la aportación de G. VISMARA en este concreto tema se ceñía al texto que entonces me fue facilitado, texto que he visto posteriormente publicado en otro lugar (54) y que nuevamente ha sido objeto de mis reflexiones y ha sugerido nuevas ideas.

En cuanto al *contenido* de esta ineludible referencia y cita de VISMARA, cabe resumirlo globalmente y efectuar en él algunos cortes que nos faciliten la exposición. De esta manera, el pensamiento de VISMARA quedaría, en síntesis, como sigue (55):

- I. Ideas de los juristas medievales.
- I. Principio de libertad de testar y pactos adquisitivos.
- II. Renuncia a la sucesión de una persona viva.
- III. Pacto conservativo.
- IV. Pacto dispositivo.
- V. Clasificación de los pactos sucesorios en BARTOLO.
- VI. Característica del pensamiento de BARTOLO.
- Conclusión.

Sobre el que he titulado ahora *epígrafe II* me había ocupado hace algún tiempo, en mi libro de 1981, aquí reproducido. En cuanto a algunas de las *consideraciones generales* presentadas por G. VISMARA en este estudio, también han sido reflejadas en páginas precedentes.

Hay una *nota distintiva* fundamental en BARTOLO, que VISMARA no comparte, consistente en la *diferenciación* entre el verdadero y propio pacto sucesorio y la obligación de instituir heredero. Otra argumentación de

---

(53) V. CERDÁ GIMENO, José: *Comentarios a la Compilación de Baleares...*, op. cit., 1.ª edición de 1981, pp. 524 a 528.

(54) V. VISMARA, Giulio: “I patti successori nella dottrina di Bartolo”: mis fuentes eran con la indicación de tratarse de un estudio inserto en el volumen *Bartolo de Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario*, Milano, 1962, tomo II, pp. 755 a 783.

Posteriormente aparecía publicado el mismo estudio, con idénticos título y contenido, en el libro *Sutid in onore di Emilio Betti*, volume quarto, Ed. A. Giuffrè, Milano, 1962, pp. 465 a 492. En esta publicación figura una *nota inicial* que dice ser: “Comunicazione letta durante il Convegno Commemorativo per il VI Centenario di Bartolo da Sassoferrato, Perugia, 1-5 Abril 1959”.

(55) Puntuación y numeración míos: J. C. G.

BARTOLO, que VISMARA pone entre reservas, es la de si el *pacto dispositivo* [*"pactum de eo, quod acquiruntur per successionem, certo modo disponendo"*] debiera o no considerarse verdaderamente un pacto sucesorio.

Intuye VISMARA la acribia crítica *-sic-* y la originalidad de las ideas e independencia de BARTOLO tanto frente a la Glosa como frente a los Doctores que le han precedido. Reafirma que *la clasificación* de los pactos sucesorios propuesta por BARTOLO [pacto adquisitivo, pacto renunciativo, pacto conservativo, pacto dispositivo] (56) deriva de la necesidad que advirtió, partiendo de *una única categoría* de *"pactum de futura successione"*, diferenciando en ella las varias especies posibles y examinando en cada una de las especies los problemas que se presentan acerca de los requisitos de cada figura y de su validez.

Tan importante y dominante era *la función* del pacto sucesorio, que *venía a constituir la forma principal de llamamiento a la sucesión por voluntad del "de cuius"*, que toda esta materia presentaba enormes problemas a los juristas medievales, obsesionados con la preocupación exegética de los textos romanos. Existía una *fractura* entre el *derecho civil*, de una parte, y los *derechos particulares* (estatutarios), de otra parte; aquél, fundamentado en la sucesión testamentaria; éstos, fundamentados en los pactos sucesorios. Además, *la estructura de la sociedad contemporánea de BARTOLO* estaba basada sobre una concepción de la familia cuya unidad se realizaba en torno al patrimonio doméstico, lo cual exigía y favorecía un pulular de pactos sucesorios de diverso contenido, todos ellos concurriendo al único propósito de mantener íntegro aquel patrimonio familiar (57).

*Una cuestión clave* plantea VISMARA al comienzo de su investigación y es acerca de cuál fuera la actitud de BARTOLO ante el contraste indicado entre *"ius commune"* y *"ius proprium"*: ¿había devenido un continuador más de la escuela exegética (glosa) o había innovado profundamente el método tradicional con un replanteamiento de armonía entre el derecho y la vida?

A los ojos de VISMARA, parece que la respuesta sólo puede ser la segunda de las opciones citadas. De la presentación de VISMARA he seleccionado algunos pasajes, en el sentido que sigue:

---

(56) V. BARTOLO, ad Dig. 45, de *verborum obligationibus*, l.61 *stipulatio hoc modo concepta*, n. 7: "aut factum <practum> pro iure successionis servando, aut pro iure successionis amittendo seu perdendo, aut pro iure successionis acquirendo aut de eo, quod acquireretur per successionem, certo modo disponendo".

(57) Con detalle, en VISMARA, G.: "I patti successori nella...", *op. cit.*, pp. 757 y 767 y ss.

— V. también *la obra citada por mi parte en 1981*, también de G. VISMARA, sobre este punto particular: "L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia", en el volumen *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Roma, 1970, pp. 35 y ss., 43 y ss. y 47 y ss.

- *En orden a los pactos adquisitivos:*

Frente a los argumentos de los canonistas (decretalistas), que afirmaban que el pacto era válido si estaba confirmado con juramento, y frente a DINO DEL MUGELLO, BARTOLO considera que tal pacto no vale y es “*contra bonos mores*” y lo fundamenta en su comentario al DIG.46.1.56 [*de fideiussoribus et mandatoribus*, 1.58 *si quis pro eo*], n.6; trata allí del juramento “*confirmatorium contractus invalidi*” y argumenta: ex C.2.3.30; D.45.1.61; c. reg.58, VI, *de regulis iuris*. La misma opinión acerca de que tal pacto es inválido, en sus “*Consilia*”: *Consilium*, I.212. n.1.

- *En orden a los pactos renunciativos:*

Curiosamente, aquí BARTOLO admite la validez de tales pactos si están confirmados por juramento, lo cual admitía el derecho canónico –cuyos preceptos obedece [dice, “*cui in hoc est standum*”]–, y las normas canónicas son vinculantes y no las de la Glosa [arg. com. al C.2.VI.I.18].

- *En orden a los pactos conservativos:*

Son de una enorme sutileza y finura las *distinciones* conceptuales efectuadas por BARTOLO:

- Principio general: el pacto es válido [arg. 45.1.61.n.7: conforme con Instituta 3,2,8 y con C.2.3.30.n.2].

- Casos posibles en los que distingue: según exista delito, o se pretenda la exclusión de los efectos de un futuro eventual acto de ingratitud, o sea derivado de un “*rigor iuris*”.

- Disposiciones de los Estatutos: presenta diferentes supuestos de exclusiones [de una hija de la sucesión “*ab intestato*” con presencia de hermanos varones, de la mujer casada extranjera a la sucesión del marido, de los hijos cuando entran en un monasterio]. En cada supuesto, los argumentos y los efectos son distintos (58).

---

(58) V. en VISMARA, G.: “*I patti successori nella...*”, *op. cit.*, pp. 771 y ss. Sutilísima la distinción en orden al último supuesto citado: si la norma del Estatuto dispone que sea privado del derecho de sucesión **aquel que entra** en un monasterio, el pacto es válido [arg. D.40,4,18 y C.2,3,30, n.6]; si, por el contrario, el Estatuto dispone que pierda el derecho sucesorio **aquel que ha entrado** en el monasterio, el pacto no vale [porque va contra la libertad de la Iglesia y porque no cabe privar a un clérigo de su derecho].

• *En orden a los pactos dispositivos:*

- Principio general: no es válido a menos que el “de cuius” lo consienta [arg. C.2,3,30,n.1, y Consilium, I,8,n.2].
- Distinciones:
  - Sin consentimiento del “de cuius”: nulo.
  - De hija con los hermanos a favor de éstos: válido [arg. D.45,1,61,n.4 y C.2,3,15].
  - “Hereditas hominis incerti”: válido [arg. C.2,3,30,n.17, y D. 17,2,3,2].
  - “Hereditas hominis certi”: depende de:
    - Si deriva necesariamente de un precedente contrato lícito: válido [D.19,1,23].
    - Si deriva “sub quadam universitate”: válido [D.18,4,2,2].
    - Si existe “per se principaliter”: válido [D.2,14,21,4].
  - Si es convalidado con juramento: válido para las normas canónicas, entiende BARTOLO que es dudoso que el juramento pueda convalidar tal convención [Consilium, I,8, *Factum Tale proponitur*, n.2].

Resultan dignas de admiración, señala en sus reflexiones finales G. VIS-MARA, algunas de las características del pensamiento de BARTOLO. Así, v. gr.:

1.º Su independencia frente a su propio maestro CINO, y sus enfrentamientos con la praxis forense.

2.º BARTOLO es consciente de la realidad social de su época, conciencia que es el motivo de su rechazo de la Glosa, lo cual es evidente en el tema de los *pactos renunciativos*.

3.º También es relevante su actitud verdaderamente crítica frente a los canonistas, pero sometiéndose a la disciplina y autoridad de la Iglesia en materia de fe y de cánones.

4.º En esta materia de los “pactos sucesorios” revela BARTOLO su enorme capacidad sistemática.

5.º Aun admitiendo en algunos supuestos la validez de pactos sucesorios, BARTOLO conserva firme el principio general de que *no* constituye título de llamamiento a la herencia [sólo puede ser reducido a entrar en el ámbito de las relaciones obligatorias]. Con lo cual queda superada toda la tradición medieval, que consideraba al pacto sucesorio como el único acto idóneo para realizar una sucesión *voluntaria* “mortis causa”, junto al sistema prevalente de la sucesión *legítima*.

6.º BARTOLO tiene el sentimiento de vivir una nueva época de la historia y del pensamiento: la exégesis de los textos jurídicos ha cedido el paso a la problemática, a las “*cuestiones*”, el contraste entre el derecho

antiguo con el derecho actual (Estatutos y Derecho canónico) revela un nuevo sistema de derecho inherente a la tremenda realidad dinámica social; la obra de BARTOLO es esencialmente una búsqueda de la verdad de las cosas; aplica el método escolástico, unido a los mandatos de la autoridad y a los argumentos de la ciencia.

La *pregunta final* de VISMARA ante el sacrificio de los más débiles [hijas, menores] en favor del único heredero del patrimonio familiar, que parecía legitimado por BARTOLO, es la de si no resultó ser necesaria para la tutela de los débiles aquella conservación del patrimonio familiar (59).

#### D) La técnica argumentativa (tópica).

##### • J. L. VILLAR PALASÍ.

1. En la brillante exposición de J. L. VILLAR PALASÍ acerca de los *apotelesmas lógico-decisionales* y su relación con los *argumentos lógico-formales*, después del examen del origen de los argumentos *tópicos* y de los *apotelesmas lógicos*, de la descripción de la TÓPICA, la LÓGICA y la RETÓRICA, de la evolución de las “*regulae iuris*” y de la configuración de la analogía, se detiene en el análisis de la analogía *stricto sensu*.

2. Dentro del apartado de la analogía *stricto sensu*, que considera “era un cuerpo espurio en el propio Derecho Romano”, se expresa VILLAR PALASÍ en los términos que siguen, que aquí resumo:

“Los términos «*ratio legis*» —o «*causa legis*»— y «*ratio iuris*» aparecen por primera vez en el tiempo en la Glosa, con IRNERIO [Glosa «*visum est*», al Dig. 1,4,2 de *constitutionibus principum*, *Lin rebus*]. Los términos de «*causa*» y de «*ratio*» convergieron rápidamente, no solamente por el influjo de la escolástica medieval, sino también en cuanto que ambos apuntaban a la idea de la *rationabilitas*, esto es, a la lógica y a la razón. Una realidad objetiva, esto es, la *causa*, y una subjetiva, la *ratio*, vinieron a unificarse, olvidando su posición dialéctica inicial.

Posteriormente, con BARTOLO, los términos «*ratio*» y «*causa*» eran ambivalentes, anfibológicos, aun cuando pareciera que la «*causa*» miraba *ad futurum*, mientras que la «*ratio*» se refería *de praeterito*. Los comentaristas van subjetivando la *causa* a los negocios jurídicos, en tanto que la *ratio* la van ligando progresivamente a la ley y, aún más, al Derecho. Hablan así, por ejemplo, de la *rationabilis lex*, en un sentido totalmente distinto a la vieja expresión de Constantino.

---

(59) Esta gran cuestión sigue latiendo en el día de hoy. La observación de VISMARA es interesante, pero quizá insuficiente: “la conservación de un estado de desigualdad era indispensable para la vida de una sociedad fundada sobre una estructura jerárquica” [*op. cit.*, p. 783].

Se llega así, en la evolución dicha, a la *ratio* como justificación de la aplicabilidad de la norma [*ratio pro lege habetur*]: la *rationabilitas* es el criterio mismo de aplicación o de corrupción de la ley.

Así aparecen en el temprano medievo –finaliza VILLAR PALASÍ– los modernos conceptos de equidad, de analogía extensiva y de la «*ratio legis*» (60).

3. Después de las precedentes consideraciones, se plantea VILLAR PALASÍ el examen acerca del **principio “ubi est eadem ratio”** y de los dos condicionantes del denominado *círculo de semejanza* (entre la norma y la laguna legal), estudia y analiza el famoso *argumentum a simile* y la que denomina “*extensio a similia*”, en definitiva, **la identidad de razón** como técnica argumentativa. Así, muy expresiva y brillantemente, indica que:

“*El argumentum a simile y la extensio a similia.*”

Si hay una identidad de *ratio* para supuestos diferentes tiene que haber una misma disciplina normativa, es decir, la ley debe aplicarse no solamente a los casos previstos por la misma, sino también a aquellos otros que tengan idéntica razón legal, estén o no previstos en la ley, y ello aparte de la interpretación extensiva. Los comentaristas llegarán a decir que una ley es tanto como un mandato general y que, por tanto, debe comprender, si no *in actu*, al menos sí *in aptitudine*, todos los casos que deban tener idéntica eficacia y una misma disciplina normativa.

En todos los supuestos los glosadores se apoyarán en fuentes romanas interpoladas o no, pero en todo caso sin parar mientes en que el operador jurídico fundamental en el Derecho romano era el poder público, mientras que en el medioevo era el viejo Derecho, y, por tanto, había quebrado ya el monopolio de creación jurídica.

Al Príncipe seguía correspondiendo el monopolio de creación del Derecho; de ahí el auge de la analogía, que hacía pasar larvadamente al jurista la normación. Azzo dirá que «*cum dubitatio contingit in super aliquo negotio novo, aut super lege aliqua: si super negotio Dominus Imperatur est consulendus, si tamen praesens est et ejus sit copia... Si autem non sit ejus copia procedendum est de similibus ad similia.*» La analogía produjo el juicio de árbitros y la fuerza de los juristas en el contexto político. La regla ciceroniana que claramente era un reproche a la incapacidad de los juristas romanos para una construcción sistemática del Derecho aparece como concluyente: *in paribus causis debet habere paria iura* a virtud de su naturaleza de *rerum convenientia*. *Eadem qualitas* a través de la *ratio legis* pasó a ser *identitas rationis*. La *similitudo de facto* provocaba la *identitas de iure*.

La analogía deviene así un procedimiento interpretativo, basado en la semejanza de los supuestos jurídicos; reposa implícitamente en el postulado de la plenitud hermética del Derecho, cuyo espíritu racional hacía posible la expansión lógica por parte del intérprete. La *similitudo* del supuesto de hecho equivale a la *identitas rationis*. Para los comentaristas es un caso espe-

---

(60) V. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apotegmas...*, op. cit., pp. 176-177.



cial de regulación de un supuesto a través de normas que no lo habían previsto de modo expreso: el árbitro-comentador tiene en su mano el mismo poder que el juez. Así se pudo aplicar las reglas analógicas al feudo, de la enfiteusis: en ambos casos se trataba de cesión perpetua de tierras (*De feudo ad emphyteusi valet argumentum*) *quando non reperitur casus aliter decisis in feudis*. La trascendencia social de este modo de argumentar era y fue evidente; en cuanto al intérprete, no le cabía otra función que aplicar el Derecho y no crearlo, pues hasta la equidad necesitaba apoyatura de remisión legal. De ahí que se fundamentasen en *praesumptio ex naturali aequitate* [cfr. BALDO, Consilia IV, cons. 235, núm. 1: «Quaestiones tacitorum voluntatum testatoris determinat legislatio praesumendo ex naturali aequitate». M. D. CHENU, «Grammaire et théologie aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles», en *Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen-Age*, 1935, p. 5; PRADISI, *L'uso del metodo dialettico nei glossatori*, sec. XIII, en el Congrès d'Accure, Bologna, octubre 1963]. Encontrando en el Corpus Juris expresiones lo bastante ambiguas, los comentaristas crearon el argumento analógico o *a simili*: de *similibus ad similia* allí donde había *similitudo*. El propio Digesto había confesado la incoherencia de las normas (D.1,3,12): «Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia aequum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet.» Los comentaristas extraerán hasta la última consecuencia: «si occurrit dubitatio... super facto a lege non decisso, procedendum est de similibus ad similia vel ercurrendum ad principem». Así la analogía respondía cabalmente al principio de legalidad que constituía el fondo de su ordenamiento positivo. La creación del Derecho —ante el caos normativo— recaía más sobre el trabajo interpretativo de los juristas que sobre los casuísticos rescriptos del Príncipe. El *argumentum a simile* era una inapreciable herramienta para la integración lógico-política del ordenamiento jurídico.

- *El argumentum a pari y la fictio ex aequitate.*

En AZZO aparece el argumento en forma del apotegma de *argumentum a pari*: *idem in simili, nam de similibus a similia est procedendum et ubi eadem ratio idem ius*. La sustancia de equivalencia de estas reglas intercambiables entre los glosadores, y a veces utilizadas conjuntamente, dio lugar, sin embargo, a algunas precisiones que no acotaron la fuerza singular del razonamiento expuesto; así, Rogelio hablaba de cuando faltaba el *ius civile* había que acudir a la *actio utilis*. Y Placentino hablaba que la regla no era sino una *fictio ex aequitate*.—...= De todos modos, la distinción entre la interpretación extensiva, la analógica y la propia analogía *iuris* no estuvo nunca clara. Inconscientemente la glosa pretenderá siempre llegar al término positivo, la analogía *stricto sensu*, y por ello se comprende la afirmación de BARTOLO, según el cual la *extensio*, para ser tal, debía ir mucho más allá de la ley y no limitarse estrictamente a declarar *sub mens* porque *illud quod est ex sententia legis non est ex lege*. Si de un lado confundió los términos, por otro se apuntaba ya agudamente a algo que en nuestros días recobrará vigencia: la semiología jurídica, es decir, todos los problemas ligados al lenguaje del Derecho.

.-...=

La analogía surge así, al principio, como una interpretación tomada de textos, interpolados o no, pero en todo caso desprovistos de su sentido originario del Derecho romano. Sigue por la concepción de la acción actual cuando la ley no atribuye acción directa y concluye con la afirmación de Placentino de que *inter directas tamen et utile non est differentia*. El ciclo de la analogía *legis* y de la analogía *iuris* había quedado ya completo con esta identificación. El principio *ubi eadem ratio ibi idem ius* había aparecido ya para permanecer todavía en la argumentación de los apotegmas utilizados corrientemente en nuestro Tribunal Supremo. Había pasado a ser ya un apotegma” (61).

- T. VIEHWEG.

En orden a *la técnica argumentativa* de los posglosadores o comentaristas, ha efectuado una luminosa descripción Theodor VIEHWEG con estas palabras:

“La usualmente llamada forma escolástica lleva con fines escolares el estilo de reflexión de búsqueda de premisas a una fórmula, es decir, ofrece un esquema tópico.

En particular, los esquemas utilizados presentan pequeñas variantes, que no son nunca profundas. Citaremos sólo la forma clásica de TOMÁS DE AQUINO:

- (1) *utrum...* (fijación del problema).
- (2) *videtur quod...* (puntos de vista próximos).
- (3) *sed contra...* (puntos de vista contrarios).
- (4) *respondeo dicendum...* (solución).

Se añaden (5), en forma algo más libre, las objeciones que se dirigen o pueden dirigirse contra esta solución.

Casi idéntico es el esquema que utiliza BARTOLO en sus *Consilia*:

- (1) *quaeritur an...* (fijación del problema).
- (2) *et videtur quod...* (puntos de vista próximos).
- (3) *in contrarium facit* (puntos de vista contrarios).
- (4) *ad solutionem quaestionis* (solución).

o de un modo parecido en la mayor parte de los casos [HELMUT COING, *Die Anwenddung des Corpus iuris in den Consilien des Bartolus*. Conferencia en la Reunión de Historiadores del Derecho, de Gmund, 1951].

No es ésa una peculiaridad de los *Consilia*. Este mismo estilo de pensar se encuentra sustancialmente en los grandes comentarios de BARTOLO.

Examinaremos los *Comentaria in primam Digesti Novi partem* (se utiliza la edic. de 1555) [Título completo: *Bartoli Commentaria in primam digesti novi partem doctiss. viri Do. Petri Pauli Parisii Cardinalis ad modum reverendi non paucis additionibus super illustrata accurategue castigata*, Lugduni, MDLV.]. En el título se emplea la tripartición del Digesto establecida en la alta Edad Media (*Dig. Vetus* 1-24, 2; *Infortiatum*, 24, 3-38; *Dig. Novus*, 39-50);

---

(61) V. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y...*, op. cit., pp. 180-186, y, en especial, 187-191.

es decir, la primera parte del Comentario nos coloca ante Dig. 39-50. La lectura, a causa de las numerosas abreviaturas, es imposible sin los adecuados medios auxiliares [estos medios auxiliares son: *Modus legendi abbreviaturas in utroque iure* (siglos xv y xvi) y la pequeña *Paläographie der juristischen Handschriften des 12. bis 15. und der juristischen Drucke des 15. u. 16. Jahrhunderts*, de Emil Seckel, 1925]. La utilización del Comentario, sin embargo, se facilita mucho, porque cada capítulo está precedido por un resumen en letra cursiva. Al principio de cada título comentado no se encuentra su número, sino su rúbrica. P. ej., p. 65, *De donationibus* (Dig. 39,5); p. 86, *De adquirenda possessione* (-Dig. 41,2). Las rúbricas, sin embargo, no siempre se citan correctamente [por ej., Dig. 41,2]. Bajo ellas se inserta una serie de respuestas, cuya numeración remite, a través de números marginales en el texto del comentario, a los pasajes en que las respuestas aparecen. Resúmenes parecidos se encuentran también antes de los comentarios a las *leges* o a los párrafos y, cuando existen, antes de las demás subdivisiones. En nuestra edición, además, bajo las letras *a*, *b*, *c*, etc., se encuentran también las adiciones, más o menos extensas, de los adaptadores de la obra, que, por lo general, consisten en simples remisiones.

El texto de BARTOLO se enlaza, por lo general, con el de las *leges* y párrafos, que no se citan nunca por su número, sino por su *initium*, indicado de un modo más o menos preciso y siempre muy comprimido. Ejemplos de cita de *leges*: *Initium: donationes* (-Dig. 39, 5: *Donationes complures sunt*); *initium: Possessio* (-Dig. 41, 2: *Possessio appellata est ut Labeo ait...*). Ejemplos de cita de párrafos (que se llaman también *responsum*): *initium: si vero pater dona* (-Dig. 39, 5, 2, párrafo 1): *si vero pater donaturus...*.

Los debates comienzan frecuentemente con una observación ilustrada de tipo general; p. ej., p. 65 (Donaciones): *ista es subtilis lex et etiam subtilis titulus*. La mayor parte de las veces se enumeran (*primo, secundo, tertio*, etc.) los puntos que van a ser tratados después. Estas frases de introducción contienen, pues, una *divisio* [cfr. sobre ello, p. ej., BOETHIUS, *De divisione*]. Ofrecen, además, una óptima posibilidad de formación de una teoría, según un método deductivo; sin embargo, como hemos visto, no han sido utilizados con este fin.

El comentarista progresa con arreglo a la *divisio*, mientras se le oye hablar, por decirlo así, casi continuamente. El estilo es cualquier cosa menos impersonal. Por el contrario, predomina el uso de la primera persona no sólo en las preguntas, sino también en las contestaciones y en las afirmaciones. El *quaero* se encuentra constantemente, hasta el punto de que se podría hablar de un «estilo del quaero». Las transiciones progresivas, conforme al criterio de la *divisio*, dicen la mayor parte de las veces *venio ad*; por ej., *venio ad secundam partem, venio ad tertiam partem*, etc. La contestación reza *respondeo* y en abreviatura *Rñdeo*, o aún más brevemente, *Rñd*. Modos de expresión dignos de mencionarse son también *ego sic dico* o *dico ergo*. La respuesta, o bien se da inmediatamente con la ayuda de una alegación, o bien, lo que es más frecuente, se da después de una serie de consideraciones previas, a las que preceden a menudo expresiones como *videtur, et videtur*, u otras parecidas, que están, por lo demás, siempre unidas a alguna alegación. Las alegaciones comienzan la mayor parte de las veces con *ut, arg* (-argu-

mento) o *facit*, y se refieren a las *leges*, es decir, a las fuentes justinianeas; se refieren también a la glosa ordinaria con giros como *dicitur in gl.*, *et glo. dicit*, *dicit glo.*, *ita vult glo.*, etc. [Sobre todo, BARTOLO, *op. cit.*, espec. pp. 65 y ss., 86, 191 y ss.]” (62).

## 5. Las profesiones jurídicas.

### A) *Perspectiva general.*

1. Plantea F. CALASSO, en orden a la penetración del germanismo y al choque de las dos civilizaciones (romana-germánica) y con motivo de la aguda *cuestión* de la legislación Edictal y el sistema de la personalidad del derecho, el *tema* de la aparición de las “*professiones iuris*” (63). Todo ello como sigue:

- Pone de relieve cómo *lo normal* en el mundo germánico era la actuación del **principio de la personalidad del derecho** al cual los llamados “pueblos bárbaricos” se atuvieron siempre fieles, de tal manera que la población sojuzgada seguía rigiéndose por sus propias leyes. Conforme a este principio, en un mismo ordenamiento político-jurídico los sujetos del mismo podían vivir y regularse conforme a leyes diversas en sus relaciones privadas: leyes que eran las de la *natio* a la que cada sujeto pertenecía, y que consigo, como pegado a su persona, llevaba dentro de él el ordenamiento mismo.

En esta nueva época de “la penetración del germanismo”, con el complicadísimo entrelazamiento de derechos diversos, que se renovaba en la vida cotidiana cada vez que en la ejecución de un negocio jurídico participaban personas de nacionalidad diversa, se hacía sentir la necesidad de la *fijación* de los derechos mismos. Ello se tradujo en el uso de las denominadas “*professiones iuris*”, esto es, los sujetos que, al ejecutar el negocio, declaraban la ley según la cual vivían y con la cual se obligaban y vendrían a ser juzgados en caso de controversias.

Esta aparición de las “*professiones iuris*” viene a ser el primer síntoma de la decadencia del propio sistema de la personalidad del derecho.

- La mezcla –ya apuntada– de leyes diversas, desligadas posteriormente del concepto de “*natio*”, creaba el terreno propicio para la aparición de las costumbres. Sobre este terreno vienen a chocar nuevamente

---

(62) V. VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia* (traducción de L. Díez-Picazo y prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Ed. Taurus Ediciones, Madrid, 1964, pp. 96-97-98.

(63) V. CALASSO, F.: *Medio Evo del Derecho*, *op. cit.*, pp. 105 y ss., en especial 117-118; 181 y ss., en especial 185-186, y 235 y ss., en especial 259-260.

la tradición latina y la costumbre germánica. Comenzaba a admitirse la posibilidad del alejamiento o extrañamiento de la propia ley y de seguir otra ley en el acto de perfeccionar el negocio. El legislador longobardo [LIUTPR, cap. 91 *de scribis*] (a. 727) admite esta praxis que hería mortalmente el puro principio germánico de la personalidad de la ley, pero pone el límite de que sean ambas partes las que consientan en la mutación de la ley y que lo hagan de espontánea voluntad. En el fondo, la práctica misma de las “*professiones iuris*” venía en buena parte provocada por el nuevo estado de cosas.

- Con el nacimiento de los “derechos romances” comienza –dice CALASSO– el retorno al sistema de la territorialidad del derecho. Con el extraordinario crecimiento del **valor jurídico del documento** pronto se hizo sentir la exigencia de que la redacción del mismo fuere confiada a personas expertas: se comienza a hablar de “scribae” o “notarii”, expertos en la redacción del documento *como arte*.

**El documento, los formularios notariales**, contienen los verdaderos gérmenes de una Ciencia del Derecho y en ellos viene a depositarse la primitiva obra de reflexión científica. Todos los formularios en circulación tenían un origen romano más o menos reconocible y, en gran mayoría, eran de manipulación eclesiástica (*sic*). Era fatal que la tendencia unificadora –derivada de los enormes cambios sociales, transmigraciones, etc.– se decantase decididamente a favor de la ley romana.

2. Hace resaltar, por su parte, G. VISMARA, en su espléndido tratamiento *de los actos privados en el alto medioevo* (64), los siguientes temas:

- La existencia contemporánea y paralela de los cánones de la Iglesia y de leyes del Imperio cristiano había desembocado finalmente en una *unión* entre “canones” y “leges”, ya obtenida previamente en la compilación de JUSTINIANO. Todo ello queda evidenciado en las colecciones canónicas italianas de los siglos IX y X.

- Posteriormente, ya en el siglo XI, comienza a detectarse la penetración de *los formularios de origen provenzal* en los actos privados cumplimentados en el territorio de GAETA.

- Muy importante la valiente, por lo insólita –a mi juicio– argumentación en orden a que **con anterioridad a la Escuela de Bolonia [y la consiguiente proposición o lugar común doctrinal]** de que dicha Escuela es la

---

(64) V. VISMARA, G.: “La vita del diritto negli alti privati medievali”, en *el volumen Scritti di Storia Giuridica*, Ed. A. Giuffrè, Milano, 1987: v. *capitolo I* [“«Legis» e «canones» negli atti privati dell'alto medioevo: influssi provenzali in Italia”], pp. 1 y ss., y, *en especial*, pp. 42 y ss.

que procedió en el Medievo a la difusión más allá de los Alpes del estudio del Derecho Romano]:

“Antes de entonces [Escuela de Bolonia], desde el tiempo del renacimiento cultural carolingio, una corriente inversa había llegado desde el Mediodía hacia Italia, con notables repercusiones también en el campo del derecho. A tal influjo se debe que si la idea de la integración del ordenamiento canónico con el romano ha dado vida en el territorio Lombardo a una fórmula que representaba la aplicación de aquella idea [integración] en el contrato de permuta, al mismo tiempo en el territorio de Gaeta había transferido a los actos privados notariales una fórmula ya usada en la Provenza y en el Monasterio de Cluny.

**A la misma corriente cultural se debe ... también la introducción en Italia de colecciones de leyes del reino visigodo.**

La supervivencia de una cultura jurídica, aunque elemental y barbarizada en la Galia Meridional, favoreció, de un lado, la expansión hacia tierras italianas todavía más barbarizadas y, de otro lado, mantuvo abierta la vía a la futura recepción de la cultura jurídica boloñesa.

La constatación de la permanencia de relaciones culturales también en el campo del derecho entre reinos diversos durante el Alto Medievo atrae la atención del historiador sobre la **existencia de una unidad del derecho en Europa en aquel tiempo**” (65).

- La observación relativa a la supervivencia de la cultura jurídica en Portugal recoge el testimonio aportado por F. DE ARVIZU Y GALARRAGA de un documento fechado en Coimbra en 1060 (66). En aquel tiempo, PORTUGAL estaba sometido a la dominación musulmana y los antiguos habitantes –los llamados “mozárabes”, a los que pertenece el documento en cuestión– habían conservado, junto con la religión cristiana, también sus propias leyes y continuaban viviendo conforme al derecho del antiguo reino visigodo. El documento confirma que, tanto una administración de justicia como una enseñanza destinada a preparar a los prácticos del derecho, habían continuado subsistiendo en el territorio dominado por los musulmanes y conforme a la perdurante ley visigoda.

Del documento de COIMBRA citado deduce VISMARA una **constatación**:

---

(65) V. VISMARA, G.: “La vita del diritto...”, *op. cit.*, pp. 42-43. V. allí la cita de la **nota 133**, donde expresamente se refiere a que: “En aquel mismo tiempo los influjos culturales del monasterio de Cluny habían atravesado también los Pirineos y se habían difundido en la Castilla de Alfonso VI (1072-1110) y, en general, en las regiones septentrionales y centrales de la Península ibérica” [con una referencia a GIBERT, R.: “Enseñanza del derecho en Hispania durante los siglos VI a XI”, en IRMAe 5 b cc., Mediolani, 1967, pp. 44 y ss.].

(66) V. DE ARVIZU Y GALARRAGA, F.: *La disposición mortis causa en el derecho español de la alta Edad Media*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1977: V. apéndice número 6 (a. 1060) –PMH DC. núm. 425, pp. 266 y ss. y 368-369.

“En las vísperas del renacimiento del estudio del derecho justiniano en la Escuela de Bolonia, **existía todavía en la región más occidental de Europa** (no obstante hubiere estado sujeta a larga dominación musulmana) una actividad de estudio de las leyes visigodas derivadas en gran parte del derecho romano vulgar y sentidas como una ley romana. En el mismo tiempo **en la Galia meridional** no se había apagado la tradición del derecho romano recogido en el Breviario de Alarico y en sus «Epitomes.—...».

Por pobre que fuere la cultura jurídica durante el alto medioevo en la Península Ibérica y en las tierras meridionales de Francia, la misma presentaba todavía notables elementos comunes, de manera que se puede aún hablar de unidad del derecho en las regiones que habían hecho parte del Imperio romano de Occidente” (67).

- *La práctica notarial de la Península ibérica prueba que la unidad jurídica del mundo antiguo se había conservado no solamente en los reinos cristianos, sino también entre las poblaciones sujetas a dominación musulmana.*

- La unidad del derecho en la Europa medieval [la cuestión de dicha unidad ha permanecido extraña –dice VISMARA– a los historiadores del derecho] puede ser individualizada a través de *la práctica consuetudinaria* que, trayendo su *origen* del derecho vulgar, se manifiesta con particular inmediatitud; la misma puede ser confrontada sobre todo con los actos privados coherentes con la efectiva realidad (68).

- La *evidencia* de que la historia del derecho no puede ser constreñida dentro del reducido ámbito de fronteras nacionales que, además, son de reciente creación (69).

- El *fenómeno* [idéntico en la Galia Meridional y en la Península ibérica] consistente en que el Derecho Romano se había adaptado a una sociedad que había sufrido una profunda transformación, ya por la propia evolución interna, ya por la llegada violenta de pueblos bárbaros que se habían aposentado en su territorio tras la desaparición del Imperio Romano de Occidente.

Cabe individualizar a *los artífices de tal conservación del Derecho Romano*: en la Galia Meridional, las familias de la nobleza senatoria galo-

---

(67) V. VISMARA, G.: “La vita del diritto...”, *op. cit.*, p. 44.

Este testimonio de VISMARA es tremendamente revelador: la cultura jurídica de la *Península ibérica* mantenía un vigor notable, lo que permitiría el florecimiento posterior derivado de la eclosión de la legislación de Partidas bajo Alfonso X de Castilla, cuyo sustrato básico era romano.

(68) V. VISMARA, G.: “La vita del diritto...”, *op. cit.*, p. 46.

Intencionadamente, pero sugerente, es la observación del autor en orden a *esa vía de la unidad jurídica en el alto medioevo*, lo cual –dice– “**no implica una disminución de la función tradicionalmente reconocida a Italia** en la enseñanza del derecho romano y en la creación del sistema del derecho común” (*op. et loc. cit.*).

(69) V. VISMARA, G.: “La vita...”, *op. cit.*, p. 46.

romana [conservando las tradiciones romanas] y la Iglesia y los clérigos [con la transmisión de textos]; en la Península Ibérica, la monarquía visigoda y la Iglesia han colaborado en la conservación de las tradiciones jurídicas y en la creación de un derecho nuevo que desde ellas se desarrollaba.

Los fines de la práctica habían, desde hacía tiempo, tomado la delantera sobre la doctrina del derecho.

- Los *formularios notariales* –*así como las ideas y las compilaciones legislativas*– pudieron difundirse **desde dichas regiones de Europa hacia Italia** debido a la superioridad del nivel de la cultura existente en la Galia y en la Hispania. En todo caso, el derecho vulgar se había adaptado a la vida de una sociedad barbarizada.

### **B) Perspectiva específica [la profesión notarial].**

Desde la *específica* perspectiva de **la profesión notarial**, G. VISMARA, en el capítulo titulado “Leyes y doctrina en la praxis notarial italiana en el alto medioevo” (70), ha analizado con rigor la *actuación de los notarios* en el citado período y, en especial, la estrecha relación existente entre los actos notariales y la realidad histórica en el alto medioevo.

La *actuación notarial* forma una parte importante de la cultura del alto medioevo. Precisa con rotundidad G. VISMARA que:

1. “El notario aparece como el instrumento inconsciente de unidad del derecho entre las gentes de Europa; repite y conserva fórmulas, actos y negocios, que traen sus orígenes de la época lejana, cuando un solo imperio y un solo derecho gobernaban un universo, que se había después disuelto en aglomerados locales. El mismo notario acoge y difunde también fórmulas, actos y negocios de origen reciente y de proveniencia variada cuando esto le parece necesario o útil” (71).

2. “No obstante lo expuesto –entiende VISMARA– existieron algunos *límites* de la cultura jurídica de los notarios medievales y que en algunos documentos altomedievales italianos –**punto éste que aquí interesa a nuestro tema**– se producía una cierta *confusión* de negocios y de institutos diversos. De entre tales documentos –entre otros supuestos– señala el de la difícil distinción entre la «*donationes usufructuariae*» y las «*donationes post obitum*», o la confusión entre revocabilidad e impugnación de un negocio.” Entiende, por otra parte, que

“... es necesario reconocer la capacidad de los notarios de traducir en el acto la voluntad de los sujetos del negocio; mientras que el esquema del acto

---

(70) V. VISMARA, G.: “La vita...”, *op. cit.*, capítulo 2.º, pp. 51 y ss., en especial pp. 61 y ss. y 77 y ss.

(71) V. VISMARA, G.: “La vita...”, *op. cit.*, capítulo 1.º, p. 45.



es inmutable, persistente a través de los siglos, las infinitas formas de la vida, las situaciones reales extremadamente mutables caso por caso, los supuestos de hecho concretos se manifiestan en toda su variedad gracias a la habilidad del notario, que los toma y los fija reconduciéndolos bajo la disciplina de la norma jurídica" (72).

3. Reflexiona VISMARA sobre las diferentes manifestaciones del *arte notarial* durante el medioevo, manifestaciones que son diversas en la forma y según los tiempos y lugares. Sin embargo, aparece constante *la capacidad del notario de adaptarse a la realidad* individualizando la norma entre las que tenía a su disposición, bien romanas bien bárbaras. El notario conserva los institutos del Derecho Romano, transmite los textos de los edictos longobardos y de los capitularios francos insertos en los actos, mantiene en vida algunos elementos de la ciencia jurídica del mundo antiguo, adapta los actos a las ideas políticas y a las convicciones religiosas de su tiempo. Todo lo cual no puede ser generalizado, pero tampoco excluido u olvidado, finaliza VISMARA.

Toda la *diseminación de formularios notariales*, junto con las ideas religiosas y políticas que en ellos habían penetrado había sido obra de los grandes monasterios, en nuestro caso el de CLUNY. Transmisión de región a región, de reino a reino.

Considera VISMARA que este modesto saber profesional del *ars notarii* había sido objeto de transmisión en las escuelas jurídicas. Detalla con exactitud *el método de trabajo* del notario alto medieval, diciendo que:

"La preparación del notario se manifiesta en la identificación terminológica de los institutos, en la llamada genérica al derecho vigente, pero sobre todo en la *paráfrasis de la norma y, excepcionalmente, en la cita textual.*"

"El notario, como exige su clientela, es sensible a la sustancia de las cosas más que a las formas; su atención está toda dirigida al acto humano que debe consagrar en el documento y no se preocupa de la conformidad de los negocios ni de fórmulas con teorías jurídicas. Para él, la certeza del derecho que las partes persiguen será más bien el resultado de la exactitud y de la claridad con las cuales habrá recogido la voluntad de los clientes, que no el fruto de una ciencia jurídica, que posee en la modesta medida consentida por los tiempos" (73).

— La *impresión final resultante* es que la intervención de las diversas "profesiones jurídicas" en el alto medioevo fue realmente decisiva e importante, pero fue sobre todo la *actuación de los notarios* la que posibilitó la transmisión de los conocimientos de aquella época y, con ellos, la ciencia

---

(72) V. VISMARA, G.: "La vita...", *op. cit.*, capítulo 2.º, pp. 62-63.

(73) V. VISMARA, G.: "La vita...", *op. cit.*, capítulo 2.º, p. 77.

jurídica en ciernes de ellos derivada. Un buen ejemplo de cuanto digo puede observarse en las acertadas consideraciones que efectúa Á. MARTÍNEZ SARRIÓN [en su obra, precitada].

### III. La elaboración doctrinal de los “brocardos”

- *Ideas generales.*

Una oscura terminología ofrecida por la palabra “brocarda” le hace tener *un significado técnico* muy amplio, equivalente a reglas, aforismos, adagios o proverbios jurídicos (74). Parece, por tanto, conveniente delimitar previamente *la doble faz* que presentan: de un lado, el aspecto histórico; de otro lado, el aspecto jurídico-positivo (75). En el sentido indicado presento un breve resumen del origen, evolución y significado y contenido de este concreto punto, como sigue:

#### 1) Noción.

Algunos hacen derivar la palabra “brocarda” del nombre del jurista BURCHARD (obispo de Worms en el siglo XI), otros del término griego “*protarchica*”, esto es, *prima principia*. Los antiguos doctores lo usan como sinónimo de reglas o aforismos jurídicos. En el siglo XII ya lo utilizó el glosador PILLIO DA MEDICINA y el célebre AZÓN hizo una recolección de ellos con el nombre de “Brocardica” (76).

Muy descriptiva y agudamente ha escrito G. CORNU que:

“Como la medicina, la moral o la filosofía [... los «*Adages*» de Erasmo], el derecho tiene sus máximas...= Sin embargo, es típico que al elegir hablar ante todo de adagios, de axiomas o de aforismos, los amantes de este género literario hacen brillar las facetas del mismo: precepto, sentencia, brocardo, incluso reglas de derecho (*De regulis iuris*), apotegmas, dichos, proverbios, por donde se podría llegar hasta divisa, refrán, epigrama o «vodevil». = Todas las agudezas de la mente están muy lejos de ser equivalentes. Son muy di-

---

(74) Sobre la *terminología* y su oscuridad, v. RICCOBONO, Salvatore, voz “Brocardica”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1958, tomo II, pp. 583-584; VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas...*, *op. cit.*, p. 156 y nota 1.

(75) Sobre el tema de *los adagios del derecho*, desde el punto de vista *lingüístico*, v. CORNU, Gérard: *Linguistique juridique*, Ed. Montchrestien, EJA, 2.<sup>a</sup> edición, París, 2000, *capítulo 3* [Le discours coutumier (Les maximes et adages du droit)], pp. 359 y ss.

(76) Así, en RICCOBONO, S.: *op. cit.*, p. 583.

De la colección de AZÓN me he ocupado –en su incidencia sobre nuestro tema de investigación– en páginas anteriores.

versos en su origen, en su contenido y en su tono. Se podría admitir que *dichos y proverbios* son «enseñanzas» de la sabiduría popular [por haber venido de ella o por haber entrado en ella], **adagios populares**, mientras que, no sin matices, *sentencias, aforismos y apotegmas* son «verdades» salidas de la boca de sabios, **adagios sabios**. Pero como, por su parte, la *máxima* es una gran sentencia portadora de una verdad superior o de un precepto moral, y el *axioma* una verdad primera que su evidencia impone sin que sea necesario demostrarla, deviene claro que todas estas variantes, que son, en resumen, todas «verdades», tienen en común demasiadas características esenciales por su forma y por su fin, para que sea razonable excluir de ellas *a priori* una tal especie. **Se admitirá que el adagio es un género en el seno del cual florecen muchas especies y que en este sentido genérico todo adagio es una palabra memorable**” (77).

Entender que el **adagio jurídico** tiene un sentido *genérico* que puede englobar diversas especies de ellos no impide reconocer que, en un sentido *estricto*, el verdadero adagio jurídico es más específicamente aquel que enuncia una regla de derecho (78).

## 2) Clases.

S. RICCOBONO (Sr.) distingue varias *categorías* dentro de este conjunto:

- Una primera deriva del *Corpus Iuris Civilis* y especialmente del lib. 50, tit. 17, *de regulis iuris antiqui*.
- Una segunda categoría tiene origen en la praxis judicial, la cual produjo un número considerable de ellas [v. gr., *contra non valentem agere non currit praescriptio*].
- Una tercera tiene origen popular, de muy variado contenido, donde se encuentran *proverbios* que aconsejan prudencia, moderación en los negocios o bien agudezas de entonación sarcástica...= (79).

## 3) Distinción de otras figuras jurídicas.

De lo hasta aquí relacionado parece desprenderse una *nota fundamental*: la necesidad de diferenciación, en cuanto al **ámbito jurídico**, de varios

---

(77) V. CORNU, G.: *Linguistique juridique*, op. cit., pp. 359-360 [Los subrayados y distinguos son del autor citado].

(78) V. CORNU, G.: op. cit., p. 360 y nota 8.

En sentido prácticamente coincidente: RICCOBONO, S.: op. cit., p. 583; VILLAR PALASÍ, J. L.: op. cit., p. 156 y ss.

(79) V. RICCOBONO, S.: op. cit., p. 583 [omito los proverbios en italiano, que en lengua castellana tienen idéntica –pero distinta formulación– significación].

De la categoría *primera* se hicieron colecciones desde los glosadores en adelante: cita a AZÓN, GOTHOFREDO y otros.

**conceptos** dentro de esa amplia categoría nombrada como “brocardos”.

En consecuencia, procedo a la distinción entre las categorías siguientes en cotejo con la noción de “brocardos”: los adagios (o proverbios) jurídicos, las “reglas de derecho” (*regulae iuris*) y las máximas de derecho.

- ADAGIOS (PROVERBIOS) JURÍDICOS:

De este concreto punto se ha ocupado con agudeza y rigor la doctrina francesa, adonde aquí remito (80).

Considera CORNU que es absolutamente necesario explicar *el porqué* un adagio se incorpora al derecho, lo que hace merecer que un adagio sea recordado como “adagio de derecho”, es decir, aquello en lo que un adagio constituye un discurso jurídico. Esa búsqueda consiste en experimentar no sólo el valor jurídico del adagio, sino, en su raíz, *su juridicidad*. Esta calificación jurídica abre la vía al estudio lingüístico, que tiene por objeto el enunciado mismo del adagio (81).

El *fondo latino* de los adagios es el más rico y el más antiguo. La *marca* del adagio encuentra en el Derecho Romano sus *modelos*: la concisión, el balanceo, la generalidad, la lógica, la evidencia, el buen sentido. Sin embargo, su *característica común* más profunda es la de tener **un origen sabio** (82).

- REGLAS DE DERECHO [“REGULAE IURIS”].

Sobre este punto concreto existe una numerosa bibliografía. Remito aquí a la presentación efectuada por los dos Salvatore RICCOBONO [Sr. y Jr.] (83), y entre nosotros a la magistral exposición de J. L. VILLAR PALASÍ (84).

•• Entiende S. RICCOBONO (Sr.) que las *regulae iuris* provienen en su mayor parte del fin de la República en Roma y que señalan el inicio de la elaboración científica del derecho. Derivadas de la experiencia

---

(80) V. CORNU, G.: *op. cit.*, pp. 360 y ss., y allí la cita de los autores especializados en la materia: DAGUIN, A.: *Axiones, Aphorismes et brocards français de Droit*, París, 1926; LAINGUI, A.: “L’adage, vertige de la poésie du droit”, en *Mélanges Jean IMBERT (Histoire du droit social)*, PUF, París, 1989, pp. 345 y ss.

Una numerosísima bibliografía en francés y en alemán, en *op. cit.*, pp. 362 y ss.

(81) Así, en CORNU, G.: *op. cit.*, p. 360. Se trata, por tanto, de examinar los adagios en un doble aspecto: como discurso jurídico y como enunciado lingüístico.

(82) Así, en CARBONNIER, J.: “Droit Civil. Introducción”, número 139 [citado por CORNU, G.: *op. cit.*, p. 364 y nota 23].

(83) V. RICCOBONO, Salvatore (Sr.): “Regulae iuris”, en el *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, tomo XI, pp. 360-361: luego reproducido [con Apéndice de Salvatore RICCOBONO, jr.] en el *Novissimo Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1968, tomo XV, pp. 360-361.

(84) V. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apotegmas...*, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

secular de la práctica jurídica, fueron transmitidas y consideradas siempre como principios fundamentales del *ius civile* y, como tales, inderogables. Como esenciales para la construcción sistemática del derecho, QUINTO MUCIO hizo una recolección bajo el título griego de *óroi*. En el Dig. 50.17. 1.16 *ad Plautium*, PAULO los define así:

“Regula est, quam rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.”

Con el tiempo, el desarrollo del Derecho hizo que fueran superadas, al prevalecer cada día más el *ius honorarium*, el *ius gentium* y el derecho imperial, todos ellos penetrados por el principio de la equidad, en contraposición al viejo formalismo del *ius civile*.

Como el conjunto de tales reglas era imponente, se producían obstáculos en la práctica del derecho. La jurisprudencia se encontró en la situación de tener que o bien limitar o bien superar los límites de aquellas *regulae* formuladas bajo el imperio del viejo *ius quiritium*.

El problema acerca del *valor y naturaleza* de las “*regulae iuris*” es el que más abundantemente ha ocupado a los autores. El tema principal es el de la *inter-relación o conexión* entre las “*regulae iuris*” y las “*definitiones*”, consideradas una y otra expresión como proposiciones de síntesis lógicas, instrumentos esenciales para el tratamiento sistemático. La opinión tradicional, basada en la obra de SAVIGNY, coloca en idéntico plano una y otra expresión. El problema —ya detectado en su día por los glosadores, como observa S. RICCOBONO (jr.) (85)— ha sido replanteado y puntualizado por CARCATERRA, quien analiza las diferencias existentes ya en el período clásico entre *regulae* y *definitiones*, tanto etimológica como estructuralmente. La *regula* es una norma de conducta deducida por experiencia y obtenida por vía de síntesis. La *definitio*, por el contrario, es “una proposición que establece una ecuación semántica entre un término *definiendum* y uno o más *definientes*”. De lo cual deriva que, estructuralmente, la *definitio* consta de dos series de términos reversibles y conmutables, ligados por un predicado de identidad, expresado mediante un verbo (v. gr., *est*, *accipitur*, *significat*, *constat*, etc.) (86).

---

(85) V. RICCOBONO, S. (jr.): *Apéndice... op. cit.*, p. 361.

(86) Remite RICCOBONO, S. (jr.) a CARCATERRA [*Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, 1966, pp. 23 y ss. y 195 y ss.] y a MARTINI [*Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 83 y ss.].

Aquí debo mencionar la referencia ineludible a TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Ed. Dott. A. Guiffre, Milano, 1980.

De los escritos de la jurisprudencia romana emergen hoy en día con evidencia el empleo por los juristas romanos del método dialéctico, la técnica definitoria y clasificatoria, el uso de los *topoi* y de las categorías tópicas (v. gr., las *coniectura*).

•• Biagio BRUGI. Considera este autor el cotejo de los “*brocardas*” y las “*regulae iuris*” y añade que:

“Los *brocarda* de nuestros doctores del medio evo fueron consecuencia de aquel proceso lógico [de abstracción] apresurado de manera que muchas de las *regulae* brocárdicas son contrarias, como se verá, a la enseñanza del jurisconsulto PAULO con la que comienza el título del Digesto de *regulis*.—...= La historia del Derecho romano... es ante todo una historia de las fuentes y de los institutos...= Pero, así como en la edad del medio los *brocarda* devinieron pronto reglas discutidas y contradichas hasta por opuestas reglas, y *materia brocardica* quiere decir materia controvertida, así algo similar había ya sucedido en Roma.—...” (87).

El autor citado considera que la tiranía de las *regulae* y su aplicación ciega [llamadas “*brocarda*” o “*communes opiniones*”] fueron siempre el carácter principal de los períodos de decadencia del Derecho.

Por otra parte, indica BRUGI que el formular nuevas reglas es consecuencia inevitable de la abstracción, típica labor del jurista tanto teórico como práctico. Por una usual actitud mental, ante un caso concreto, hablamos de *regla* y de *excepciones*: pero en verdad lo que ocurre es que tales excepciones son frecuentemente *reglas nuevas* que se oponen a las antiguas (88).

Todo ello el autor lo refiere a la *jurisprudencia*, que, como ciencia de aplicación del derecho, no puede prescindir de *reglas* sin por ello el jurista hacerse esclavo de ellas, sino criticarlas, cambiarlas, combinarlas... eso es lo que hicieron los romanos.

---

(87) V. BRUGI, B.: “Le «*regulae iuris*» dei giureconsulti romani”, artículo en el Libro-Homenaje titulado *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV Anno di insegnamento (1904-1929)*, Ed. Società Tipografica Modenese, Modena, 1930-VIII, volume I, pp. 38-42; v. p. 39, y allí la referencia a las “*fallentiae*” de la famosa *regula catoniana*.

De la antigua literatura jurídica recuerda algunas palabras de CUIACIO [Ad l.1 D. de R.I,50,17 (Op. ed. Prat., 1838), VI c. 1645-47], al parangonar las *regulae iuris* y los *brocardica*.

En sentido aparentemente coincidente, v. CALASSO: *Medio Evo*, op. cit., pp. 532-533.

(88) V. BRUGI, B.: op. cit., pp. 40-41 y allí *nota 1*, con la referencia a la relación entre *regula* et *exceptio* planteada por los doctores del Medio Evo [v. gr., DECIUS: *De reg. iur.* ad l.1 n.20].

V. también en CALASSO, F.: op. cit., p. 533.

•• F. STELLA MARANCA.

En un examen cuidadoso de las fuentes y de los textos clásicos deduce el equívoco entre “*brevis rerum narratio*” y la “*causa coniectio*” en el pasaje de PAULO precitado, que conduce a PAULO a indicar el *breviter enarrare* como la esencia de la *regula iuris*, de donde deriva el *error* de transportar a las *regulae iuris* el *periculum* que hacía nacer en el procedimiento *in iure* el procedimiento de las *actiones legis*. Esta confusión entre el texto famoso de JAVOLENO [que se refiere a la “*causae coniectio*”] con el de PAULO [que extrae, de las palabras de SABINO sobre el tema de esta “*causae coniectio*”, la definición de la *regula iuris*] es la que ha conducido a los autores y a la doctrina en general a la *identificación* entre *regulae iuris* y la “*definitio in iure civili*”. Identificación que el autor niega, considerando debe tenerse siempre presente la *diferencia* entre uno y otro concepto (89), no existiendo en el derecho clásico la pretendida identidad entre ambos términos derivada de los textos griegos.

•• J. L. VILLAR PALASÍ.

Una completísima exposición es la efectuada por este ilustre maestro que, desde el ámbito *iuspublicista*, ha sabido iluminar todo este conjunto de los *apotelesmas jurídico-lógicos* en torno a la interpretación. A su excelente resumen del tema de las “*regulae iuris*” remito en este lugar y presento aquí un breve extracto, como sigue:

“LA NATURALEZA ESPECÍFICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: LA DISTINCIÓN CON LAS MÁXIMAS JURÍDICAS Y LOS APOTEGMAS LÓGICOS Y DEFINICIONALES.

...=...=

“Toda esta larga precisión es oportuna en este lugar, por cuanto en casi todas las recopilaciones de reglas de Derecho, desde Justiniano hasta hoy, se vienen mezclando tres tipos de aforismos: el aforismo que simplifica una regla parcial de Derecho...= Insisto en llamar la atención sobre los tres tipos de aforismos o apotelesmas, pues si los primeros, es decir, aquellos que resumen simplemente reglas concretas de Derecho positivo, también de forma concreta, son simple embellecimiento u ornamentación de las decisiones judiciales, los principios generales del Derecho son, por el contrario, informadores de todo el ordenamiento jurídico al que dan sentido y cuyos valores

---

(89) V. STELLA MARANCA, F.: “Le «*Regulae iuris*» y la «*Definitio in iure*» civili”, artículo para el libro-homenaje titulado *Récueil d'Études sur “Les sources du Droit” en l'honneur de François Géný*, Ed. de Librairie du Recueil Sirey, París, 1930, tome II (“Les sources générales des systèmes juridiques actuels”), pp. 91-111: v. pp. 96 y ss., y 101 y ss., sobre todo la nota 59 y las ss.

aceptados ponen de relieve. Los principios o apotegmas lógicos o pseudológicos de interpretación tienen una naturaleza radicalmente distinta, pero la misma utilidad que los principios generales del Derecho, pues permiten una actuación racional y lógica en las interpretaciones operativas de las leyes. Todo intento de la lógica moderna consiste en quitar el carácter tópico a estas reglas interpretativas, delimitando con claridad su campo legítimo de aplicación y evitando esa naturaleza tópica reversible y, en definitiva, arbitraria en que tradicionalmente han sido formados durante siglos. Para la analogía —expresamente admitida en nuestro Código Civil— y sus argumentos conexos (a pari, a simili, a maiore, a minore, etc.)...= Ello es una labor ineludible para el jurista.—...=

La pretensión de racionalizar el Derecho es casi connatural al mismo desde Grecia. Las vicisitudes de este proceso de racionalización lógica han sido, sin embargo, muy variadas.”

#### “EL PENSAMIENTO ARISTOTÉLICO Y LAS COLECCIONES DE *REGULAE JURIS* Y DE APOTEGMAS JURÍDICOS.

a) Las reglas de Derecho, las *regulae juris*, aparecen con la emergencia de los juristas en el Derecho romano, pero con un sentido radicalmente diferente de la lógica de Aristóteles: P. Mucio Scaevola, M. Junius Brutus y Manilius, al discutir el significado de los términos de la Ley Atilia, a mediados del siglo II antes de Cristo, fueron los que comenzaron a establecer las primeras reglas, y a ellos atribuye Pomponio (D. 1, 2, 2, 39) la construcción del Derecho civil, al decir que ellos fueron *qui fundaverunt jus civile*.

Fue ya después de Catón el Joven cuando se generalizan las llamadas *regulae*, escindiéndose así, según afirma Paul Joersen, 1885, la jurisprudencia científica que comenzó con las *regulae juris* (Die Regularjurisprudenz), diferenciándolas de la jurisprudencia de opiniones referentes a casos particulares (Die cautelarjurisprudenz), basándose fundamentalmente en un fragmento de Cato (D. 45, 1, 4, 1).

b) La adopción de las técnicas, tanto retóricas como lógicas, griegas fue verificada por los gramáticos, pero no llegó al auténtico Derecho vivo, aunque sea ésta una afirmación todavía discutible. Se encuentra, sin embargo, en Cicerón, en el cual se halla también una traducción bastante exacta de los términos griegos (así la *definitio*, la *divisio in genera*, *topica*, *loci*, *inductio*, etc.);—...= En el Derecho romano clásico no aparecen más que muy excepcionalmente las *regulae* (siglo I y medio antes de Cristo). El desarrollo de las *regulae juris* corresponde al período posclásico y al bizantinismo, que parecía mostrar un insaciable apetito en la confección de *regulae*.

c) La *regula* significa cualquier cosa recta. En la construcción, por ejemplo, una pieza de madera o de hierro recta era una *regula*. Por restricciones sucesivas, el significado de la *regula* pasó a ser el de medida casi como una traducción de la palabra griega *canon* (κανών). Cicerón la utiliza en Lucullus, la *regula* es también la medida para distinguir lo justo de lo injusto. En la dialéctica ciceroniana, la *regula* era la medida para distinguir los argumentos verdaderos de los falsos.—...=

d) El hecho de que Sabino y Plautius hubieran discutido la naturaleza de la *regula* demuestra que la noción era conocida de los juristas del primer



siglo después de Cristo. Pero pasó a ser un término común sólo en los ámbitos de los juristas del siglo segundo. Neratius publicó la primera colección de *regulae*, y Juliano, contemporáneo suyo, utilizó como algo usual el término de *regula*. Las *regulae* estaban destinadas para la gente que conocía algo el Derecho, pero que no estaban interesadas en argumentos y razones, es decir, con pretensión de simplificar el contenido del Derecho, si se quiere, las *regulae* tienen una finalidad más bien didáctica. Las últimas colecciones de *regulae* fueron las de Licinius, Rufinus, Marciano y Modestinus, escritas al parecer bajo el mandato de Caracalla.

e) Cuando toma carácter oficial la colección de *regulae juris* es en el Digesto, en la compilación de las existentes hasta el momento. En la constitución Tanta, Justiniano se refiere a la necesidad de rellenar las lagunas de la ley citando como apoyo las opiniones de Juliano y Adriano: en efecto, los juristas habían declarado que tales lagunas habían de ser integradas por constituciones imperiales. Desde entonces, la expresión de *regula* pasa a ser parte aceptada del vocabulario de los juristas. La diferencia entre máximas y *regulae* comienza justamente cuando estas últimas son ya admitidas. En el último período clásico del Derecho romano, la *regula* es aplicable a proposiciones de diferente naturaleza, en tanto que las máximas son tan exactas que no tienen conexión ni relación discernible con una situación concreta. La máxima es un principio amplio atinente a normas de la Ley. Tiene una abstracción muchísimo mayor, tiene una finalidad más popular, pero no determina una solución para un caso concreto de forma tan clara como la *regula*.

Desde la mitad del siglo III en adelante, los escritos de los juristas cesaron de tener validez como fuente de Ley. La única fuente se derivaba de las leyes en el sentido de las constituciones imperiales. Sin perjuicio de ello siguieron las colecciones de material legal, como la *collatio legum mosaicarum et romanarum* y los *fragmenta vaticana*.

f) En la baja Edad Media se insertan las *regulae* en la legislación del momento. En la *lex romana brugundionum* se comienza con la frase siguiente: *incipiunt capitula legis romanae*, continuándose reiteradas veces la expresión de *regula*. Igual sucede con la *Ley romana Visigotorum*, del siglo VI, o la *lex romana canonicae compta*, del siglo IX.

El nivel de la cultura legal comienza elevarse en el siglo XI, extendiéndose incluso a países donde el Digesto no había tenido aplicación, así en la *Collectio* británica. El apoyo del Derecho canónico desde el siglo XI, y sobre todo la influencia de la dialéctica imperante a partir del siglo XII (como muestra el conocido *sic et non* de Pedro Abelardo de 1120), contribuyeron al mantenimiento y evolución de las colecciones de reglas jurídicas.

g) Los glosadores se centraron en las *regulae* como manifestación de una tendencia general de abstracción a la generalización. De este modo, la glosa comienza a desvincular el sentido propio de las *regulae*, su contenido específico, y a utilizarlas en forma de máximas. Tales máximas, a veces llevaban el término de **brocardo**, cuyo origen es oscuro.—... Las primeras discusiones de los glosadores sobre la *regula* fueron contemporáneas de Gratiano y de la *concordia discordantium canonum*. La segunda generación de glosadores, alumnos de Irnerio, siguieron con las colecciones de *regulis*. Bulgarus, considerado como boca de oro, fue el más influyente de la escuela bo-

lonesa. Placentinus y Juan Basianus escribieron comentarios suplementarios al *apparatus de regulis* de Bulgarus. La *summa de regulis iuris*, atribuida a Bassianus dudosamente, contribuye a la difusión y consolidación de las colecciones de reglas. El *apparatus maior de regulis* de Azzo aparece hacia los fines del siglo XII. Toda una serie de glosadores siguieron su ejemplo, mezclando reglas y brocardos, definidos ya como *brocarda sunt loci generales quibus argumenta ad causa de facto ac notamus*. La distinción radicaba, según la glosa, en que la *regula* tenía respaldo en el Digesto y el *brocardo* era una simple construcción general.

En el siglo XIII aparecen también las colecciones canónicas de *regulae*. Bonifacio VIII ordenó publicar una colección de *regulae*, definida ya en la *regula* por Dinus, como formada a partir de un número de decisiones que tienen la misma *ratio determinationis*. Los comentadores siguieron con la tesis de Dinus a partir de Bartolo (1314-1457, en su comentario al Digesto 50,17,1). Pero los comentaristas fueron precisando las limitaciones de las *regulae* y por ello dieron preponderancia a aquéllas que se relacionaban con la interpretación y con el procedimiento, como útiles instrumentos auxiliares para la argumentación. Por el contrario, desconfiaron de los brocardos. Cinus, maestro de Bartolo, había advertido ya *haec via est brocardica et ideo semper dubia*.

Sin embargo, los juristas prácticos y la vida real del Derecho acogieron con entusiasmo todas estas colecciones de reglas, que llegaron incluso al Derecho inglés, utilizando, sin embargo, los términos de *máxima*, *adagia* y *regula* como términos equivalentes.

h) El término de *máxima* es una abreviación de *maxima propositio*, una idea que se remonta a la antigüedad. En su comentario a la tópica ciceroniana, Boethius indicó que Aristóteles había postulado ciertas proposiciones universales que eran evidentes en sí mismas y no necesitaban demostración, a las cuales denomina *loci*. Fue el comienzo de una tradición típica que llegará hasta nuestros días. Lo importante es que las máximas lógicas y tópicas se fueron diferenciando de las *regulae* que contenían proposiciones sustantivas.—...=

—...= El último de los comentaristas, Filipus Decius (1454-1535), escribió un comentario detallado del título del Digesto, en el que compiló todo el trabajo de sus predecesores, de modo paralelo al modo en que Dinus había compilado el trabajo de los glosadores dos siglos antes.

i) En la práctica forense, la popularidad de las *regulae* fue enorme en esta época, desde Justiniano hasta el siglo XVI, en que los humanistas volvieron a recapacitar sobre la validez, sobre todo en materia de lógica, de las compilaciones de *regulae*. La práctica de mezclar reglas de Derecho civil y canónico, el carácter reversible de las reglas interpretativas, llegó a considerarse, en el siglo XVI, como un escándalo jurídico. La práctica jurídica fue caricaturizada por Rabelais al describir el juicio celebrado ante un juez que decidía sus casos mediante una tirada de dados.—...= Rabelais aquí, aparte de realizar una caricatura, se hacía eco de todo el enorme criticismo que el Renacimiento trajo prácticamente hacia todo y, desde luego, hacia el Derecho.

Un ejemplo es el libro de Lorenzo Valla, *Elegantiae linguae latinae*, donde se dedicó a analizar el lenguaje del Digesto y a atacar sistemáticamente

a Justiniano, del cual dijo sarcásticamente que con toda seguridad no sabía nada de Derecho, con toda probabilidad tampoco sabía latín.

En el mismo camino de condición se incluía toda la obra de Acursio, Bartolo y todos sus contemporáneos, fundamentalmente por su mal latín. Su punto de vista era que nadie puede ser un buen abogado si ni siquiera era capaz de hablar bien, y sí, por el contrario, era capaz de perpetrar tales barbaridades con el idioma.—...=

Esto fue sólo el comienzo de la crisis de las *regulae*, crisis constructiva al caer en manos de los llamados humanistas la revisión, sobre todo de las reglas argumentativas. Quizá el primero fuera Jacobo Cujacio, quien subrayó que la rúbrica era *de diversis regulis juris antiqui* y no *de omnibus regulis juris*. Se reunieron así en el Renacimiento el análisis lingüístico, el histórico de reconstrucción de los textos del Derecho romano y, sobre todo, la lógica, con toda la doctrina de los *loci argumenti*. Por de pronto, se reordenaron, según una técnica sistemática, las *regulae* del Digesto en la obra anónima *Enchiridium titulorum aliquod iuris*, publicada en Lyon en 1558, sobre todo en lo que hacía al título *de verborum significatione*. Comenzaba así lo que los propios humanistas denominaron el *thesaurus* semántico o de significación de las palabras para el Derecho y la prevalencia de la dialéctica [Pedro HISPANO la define así: «Dialectica est ars artium scientiae scientiarum ad omnium methodorum Principia viam habens»]. El mismo término *Thesaurus* servirá hoy para designar la indexación para las técnicas más avanzadas de cálculo de normas. Toda la discusión acerca del *mos gallicus* (humanismo legal) frente al *mos italicus* (derecho pragmático de los glosadores) comenzará y se acrecentará con el humanismo, con pequeños intentos de sincretismo, esto es, de recoger la validez de uno y otro método por los juristas neerlandeses (Julius a Beyma, Everhardo, Bronchorst).

Todo este acervo metodológico lingüístico, histórico y, sobre todo, lógico será recogido en una abundantísima selva de autores, de los que unos se dedicarán a las reglas de Derecho material (Gothofredus) y otros (Everardo, Gamarus, Alciato, Oldendorp, Wesenbeck, Hopper, Corasius, Vultejo, Tolosano, Ottomano, Cantiuncula) al argumento lógico. Paralelamente, Francis Bacon (1561-1626) publicaba sus *Maxims of the law*. Comprendiendo veinticinco máximas para compendiar todo lo más importante de las reglas jurídicas.

Todavía Grocio proclama que así como los matemáticos tratan sus figuras abstraídas de los cuerpos naturales, así al tratar la ley hay que preparar la mente separándola de los hechos particulares.

En los *Humanistas*, el Humanismo, los *apotelesmas* tomaron el doble sentido didáctico y lógico, intentando resumir las reglas del razonamiento jurídico en unas máximas rotundas, breves y fáciles de captar, y los *topoi*, argumentos con apariencia de silogismos lógicos, considerando y valorando la lógica como la *demostración irrefutable* recordando al Estagirita. Los *Topoi* son literalmente traducidos por *loci*, o más claramente como *loci argumenti*.—...= Lo tópico, instrumental, retórico y aun arbitrario (por la posible inversión de argumentos), no es paradójicamente sacado a la luz como tal, en ningún caso, salvo en algún fragmento aislado de Petrus HISPANUS o Pablo DE CASTRO. Los *Humanistas* seguirán proclamando, reiterativamente, aburri-

damente podría decirse sin exageración, que los *loci* son parte de la lógica. ALCIATO llegará a decir: «Argumentum est ratio quae rei dubiae facit fidem», con una contundencia de probanza incompatible con lo tópico y atinente al silogismo de la lógica formal, aunque a veces se escinda el *argumentum* del *locus* definido siempre como *argumenti sedes*, en una relativamente buena traducción de la Tópica aristotélica.

.-...=

Todo ello llevará a una racionalización progresiva del Derecho, a una *Verwissenschaftlichung* (WOLF) [N. HORN, «Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des geelhrten Rechts», en el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1973, pp. 261 a 364]. RAMUS hablará del «methodus seu dispositio qua de multis enunciatis... ad universalia progreditus».

.-...= Y no sólo en la época de la glosa, sino hasta la actualidad, se siguen mezclando los tres tipos de aforismos o apotegmas antes separados. *Las máximas o aforismos* que vienen simplemente a decir en latín lo que una ley positiva dice para un caso positivo, teniendo en la expresión latina exactamente el mismo sentido que el término legal, constituye lo que antes se ha denominado técnica ornamental, y a veces embrolladora, que no contribuye a la claridad, sino todo lo contrario. En segundo lugar, los *aforismos* que se refieren a *principios generales de Derecho*, claramente distintos en cuanto constituyen, según la nueva redacción del Código Civil, fuente de Derecho y son además informadores de la totalidad del ordenamiento; y, por último, los *aforismos o apotegmas lógicos o pseudológicos* que encuentran su enclave en la lógica, auxiliares de la interpretación operativa. A estos últimos es a los que se refieren, concretamente, los denominados *apotegmas lógico-decisionales*, -...=...=» (90).

- MÁXIMAS DE DERECHO.

Una coincidencia reveladora parece producirse acerca de este punto en las consideraciones de los grandes maestros del Derecho, de uno u otro sector jurídico, en el sentido de configurar los “brocados” o “regulae iuris” (si se les identifica con ellas o no) como *máximas jurídicas*. Así, en la obra de los siguientes autores: Josef ESSER, Ch. PERELMAN, Karl LARENZ, J. L. VILLAR PALASÍ, L. DíEZ-PICAZO y G. CORNU.

#### 4) Análisis crítico-doctrinal.

En una breve panorámica, la doctrina más autorizada ha efectuado modernamente una revisión acerca del amplísimo mundo de *las máximas o aforismos de derecho*, y a las voces más representativas en este punto remito aquí, como sigue:

---

(90) V. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación...*, op. cit., pp. 143 a 145 y 154 a 163.

- Josef ESSER (91).

Considera que el concepto de *regulae iuris* o *regulae veterum*, transmitido en D.50.17, contiene **máximas autorizativas** que, sin embargo, carecen de valor deductivo sistemático como axiomas. Son más bien *normas en el sentido de la dialéctica aristotélica*, “que son admitidas por todos, o por los más, o por los mejores”. Las antiguas *regulae* ocupan un lugar de honor en el *mos italicus* en calidad de *loci communes*, pues constituyen el punto de partida del pensamiento tópico.

La *máxima* [“formulación concisa de una verdad fundamental o principio”, en cita de Donald J. KISER] la define como expresión de una verdad jurídica, no vertida en conceptos técnicos, de un postulado de justicia que vale por sí mismo más allá de la dogmática y la teoría: sin que ello sea obstáculo para conferirle una formulación teórica de la mayor concisión posible. En tal aspecto, se opone diametralmente al “concepto” dogmático, como la más amplia tecnificación de un postulado semejante.

Las máximas, aun careciendo de *auctoritas* dogmática o judicial, en muchas épocas han dirigido y determinado la jurisprudencia. Sin embargo, con el desarrollo de la Ciencia del Derecho, al ahondarse y refinarse el utillaje conceptual dogmático, estas máximas se hacen superfluas. Conservan sólo distritos estrechamente acotados dentro del ámbito de la institución dogmáticamente asegurada. Finalmente, entiende que las máximas poseen un valor permanente como puntos de partida de nuevos desarrollos, libres aún de incrustaciones dogmáticas. Pueden incluso pasar por prototipos de la formulación de principios universales del derecho. Hasta en sus acuñaciones específicamente nacionales emerge pronto la ubicuidad de los principios que las subyacen.

- CH. PERELMAN (92).

Al referirse a la argumentación y al razonamiento judicial modernos, se refiere a *las máximas*, con estas consideraciones siguientes:

“No todas las reglas recogidas en el Título 50 del *Digesto* (*De diversis regulis iuris antiqui*) enuncian principios generales del derecho. Algunas de ellas formulan simples máximas [Cf. B. JOUANNEAU, *Recueil des maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire*, 1952; DAGUIN, *Axiomes, aphorismes et brocards français du droit*, 1926; ROUAST, *Cours de doctorat*, París, 1951].

---

(91) V. ESSER, Josef: “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, *op. cit.*, pp. 127 y ss., 138 y ss., 144 y ss. y 402 y ss.

(92) V. PERELMAN, Ch.: “La lógica jurídica y la nueva retórica”, *op. cit.*, pp. 117 a 119, y 127 a 129.

GANSHOF las describe así: «Las máximas jurídicas, a las que se denomina también adagios o brocardos, son los proverbios del derecho, escribe H. DE PAGE. Las más antiguas se encuentran en el *Corpus Juris*. Son fórmulas concisas y breves, síntesis que resultan de la experiencia y de la tradición y que encuentran su crédito en su antigüedad y en su forma lapidaria. Desde el punto de vista de la forma, son fórmulas concisas, brillantes, chocantes y generalmente en latín. Desde el punto de vista del fondo, son verdades de orden general, que no tiene en cuenta excepciones y que ignoran la evolución del derecho. Muchas de estas máximas son, pues, incompletas, generalmente inciertas, inexactas y a veces incluso contrarias a la ley. El profesor CARBONNIER las califica como 'doctrina anónima e inmemorial'. Y, en cuanto tales, son extrañas al derecho positivo» [W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, pp. 51-52].

Aunque diferentes por naturaleza de los principios generales del derecho, las máximas representan puntos de vista que la tradición jurídica ha tenido siempre en cuenta y que proporcionan argumentos que la nueva metodología no puede descuidar si quiere conciliar la fidelidad al sistema con el carácter razonable y aceptable de la decisión.

Esta metodología ha contribuido a volver a poner de moda los *Tópicos jurídicos*, que habían sido olvidados, pero que hasta mediados del siglo XVIII designaban las obras consagradas al razonamiento específico de los juristas.—...=

Los tópicos jurídicos se refieren a los lugares *específicos* de Aristóteles, que son los que conciernen a materias particulares y se oponen a los lugares *comunes*, que se utilizan en el discurso persuasivo en general. Aristóteles trató de unos y de otros en su obra sobre *Los Tópicos*. De pasada señalaremos para demostrar la actualidad de este tema, muy ligado por lo demás con el renacimiento del interés por la retórica y la dialéctica, el interés que le consagró el Tercer Simposio aristotélico que tuvo lugar en Oxford en 1968 [Cf. *Aristotle on Dialectics, Proceedings of the third Symposium Aristotelicum*, publicado por GEL OWEN, Oxford, 1968].

La importancia de los lugares específicos del derecho, es decir, de los tópicos jurídicos, consiste en que suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*.

Un esfuerzo meritorio, que subraya el papel y la importancia de los tópicos jurídicos, ha sido recientemente realizado por Gerhard STRUCK, que, en su estudio *topische Jurisprudenz* [Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, 118 pp.], ha puesto de relieve el papel de los tópicos jurídicos en la legislación y en la jurisprudencia alemanas actuales y ha construido un catálogo de lugares específicos utilizados en derecho.

STRUCK utiliza como subtítulo de su libro «Argumento y lugar común en el trabajo jurídico» (*Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*), y lo hace para evidenciar el doble aspecto de estos lugares, que se presentan como argumentos o como puntos de vista, cuya toma en consideración dará lugar a argumentos.”

“Al lado de estos adagios y principios, STRUCK formula un cierto número de lugares jurídicos. Es decir, de puntos de vista que tanto el legislador como el juez deben tener en cuenta en la elaboración y en la aplicación del derecho.

Esos puntos de vista conciernen: [13] a la compensación; [20] a la responsabilidad y a la iniciativa; [21] a la prioridad (el primer venido es el primer servido); [22] a la igualdad; [26] a la autonomía de la voluntad; [36] a los *standards* o criterios usuales; [37] a la protección de los comportamientos habituales; [42] a la proporcionalidad; [48] a lo practicable; [56] al peligro de abuso; [57] a la finalidad; [58] al interés; [59] al interés general; [60] a la protección social; [61] al interés económico; [62] al principio de orden; [63] a la seguridad jurídica; [64] a la posibilidad de abreviar los procedimientos en los casos evidentes.

La principal crítica dirigida a los partidarios de los tópicos jurídicos por los adeptos de una concepción más dogmática y más sistemática del derecho consiste en la vaguedad de estos lugares y en el hecho de que en un conflicto es raro que las partes no puedan invocar uno u otro a su favor.

A esta objeción responde STRUCK que si algunos *loci* son objeto de un *consensus* general es porque se prestan a interpretaciones diferentes, de manera que un acuerdo sobre un *locus* puede no constituir otra cosa que un acuerdo sobre una fórmula vacía, en cuyo caso la discusión, del mismo modo que cuando hay conflictos entre dos *loci* diferentes, debe conducir a una interpretación o a una opción que parezca suministrar la solución más razonable en la situación litigiosa.

Mas su refutación fundamental, desde el punto de vista dogmático, resulta de la comprobación de que ninguna regla de derecho y ningún valor son absolutos y que hay siempre situaciones en que una regla, cualquiera que sea, debe quedar limitada, y un valor, cualquiera que sea su importancia, ha de ceder ante consideraciones que en esa ocasión le sobrepasan [STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, p. 47].

.-...=

El recurso a los tópicos jurídicos no se contrapone en ningún modo a la idea de un sistema de derecho, sino a la aplicación rígida e inflexible de las reglas. Por el contrario, permite el desarrollo de argumentos y de controversias, de modo que se pueda tomar una decisión reflexiva y satisfactoria después de haber evocado todos los puntos de vista. Como uno de los valores centrales en derecho es la seguridad jurídica, que contribuye al respeto de las reglas de derecho, precedentes, costumbres y hábitos sociales, los partidarios de los tópicos jurídicos no pueden perder de vista nunca los inconvenientes de la incertidumbre en materia de derecho. Del mismo modo, puesto que una comunidad regida por reglas de derecho es al mismo tiempo una comunidad lingüística, hay que suponer que los términos utilizados en los textos legales deben ser comprendidos en el sentido comúnmente aceptado, a menos que existan razones especiales que justifiquen que se descarte tal sentido y que haya que adoptar otro.”

- Karl LARENZ (93).

En orden a *la formación y el enjuiciamiento jurídico del hecho base* al que luego aplicar la norma jurídica, considera K. LARENZ que:

“No siempre, ciertamente, el juez tiene que hacer la apreciación en el caso particular; con frecuencia aquélla le está diseñada en las denominadas «máximas generales de experiencias».—...= El juez halla tales máximas de experiencia en base a su propia experiencia social y, a menudo, en los libros jurídicos de comentarios. Ellas le sirven como medio auxiliar del enjuiciamiento jurídico, y, aseguran, hasta un cierto punto, la regularidad en la aplicación de la ley.—...= En cuanto ayudan a asegurar la regularidad y continuidad de la jurisprudencia de los tribunales, tales máximas cumplen una función similar a la de las normas jurídicas. Sin embargo, ellas no son «normas jurídicas», porque les falta la vinculabilidad normativa y su rectitud, en cuanto máximas de experiencia, depende de que en adelante puedan hacerse las experiencias correspondientes. En tanto esto sea dudoso, al juez ya no le es lícito abandonarse a ellas, sino que ha de apreciar nuevamente los hechos que les sirven de base bajo el punto de vista de la valoración legal.”

*Sobre la formación del concepto y del sistema en la jurisprudencia*, al referirse a *la importancia del tipo en la Ciencia del Derecho*, alude K. LARENZ a los “standards”, y dice en cuanto a su significado que:

“... [son] «pautas normales de comportamiento social concreto, aceptadas en la realidad social». Tales «standards» no son, como observa acertadamente STRACHE, reglas conceptualmente configuradas, bajo las cuales pudiera sencillamente efectuarse la subsunción por el procedimiento silogístico, sino pautas «moviles», que tienen que ser inferidas de la conducta reconocida como «típica» y que continuamente tienen que ser concretizadas al aplicarlas al caso enjuiciable. El «standard» es, según STRACHE, «por cierto, un tipo real; pero, al propio tiempo, es siempre un tipo ideal axiológico». Esto ciertamente, no en el sentido de un tipo de la totalidad o tipo-figura, sino del tipo-frecuencia o tipo medio, que es elevado a norma. El tipo medio o tipo-frecuencia juega, además, un gran papel en la denominada prueba-prima-facie. Se trata aquí de que se estimará que se ha comprobado un desarrollo causal cuando un tal desarrollo causal corresponde, según las circunstancias constatadas, al «desarrollo típico del suceso»...= El «desarrollo típico del suceso» lo deduce el tribunal de «máximas de experiencia», que, por su parte, pueden ser obtenidas de la «experiencia general de la vida». Tales máximas de experiencia únicamente pueden fundamentar un grado más o menos alto de probabilidad, puesto que, al elaborarlas, nunca pueden ser tenidas en

---

(93) V. LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción y revisión de M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel SA, Barcelona, 1994, pp. 283, 302 y 455 y ss.



cuenta todas las circunstancias que pueden jugar un papel en el caso particular. Por ello, la prueba de que, precisamente en el caso concreto, puede haber ocurrido de otra manera, tiene que quedar en suspenso. Pero, si en el caso concreto ninguna circunstancia habla en favor de un desarrollo distinto del acostumbrado, se aceptará que, en tal caso, el desarrollo real fue el esperado de acuerdo con el desarrollo «típico».”

- S. RICCOBONO (Sr.) (94).

En la valoración dada por este ilustre profesor italiano a los “*brocarda*”, considera que reflejan costumbres, principios, usos, modos de ver, correspondientes a una época ya pasada y que no deben nunca ser tomados al pie de la letra. Venían a ser formulaciones breves, ágiles y vivas de verdades jurídicas, que citan *experiencias* de los grandes juristas romanos.

En la actualidad perdieron su importancia –tanto en la teoría como en la práctica– y el contenido de verdad que tuvieron en su origen, dado el desarrollo incesante del derecho en orden a sus principios fundamentales.

Después del medio evo, y a lo largo del “derecho común” en Europa, se produjo un número considerable de colecciones de “brocardica”. Apunta el autor –con cita de CHIAPPELLI– que el propio CINO DA PISTOIA [en su “*Lectura super Codicem*”, IV, 35 *mandati, l. ad comparandas* (16)] se había pronunciado contra el uso de los “brocardica”, a los que juzgó –según ya vimos– como un gran impedimento al progreso del derecho: “*via est brocardica et ideo est semper dubia*”.

- J. L. VILLAR PALASÍ (95).

Como vimos anteriormente, nuestro ilustre profesor expuso magistralmente la evolución histórica de las *regulae iuris* y, dentro de ella, las diferenció de las *máximas* [abreviatura de *maxima propositio*, proveniente de la lógica de ARISTÓTELES].

Posteriormente censuró cómo en la actualidad se siguen mezclando los tres tipos de (máximas), aforismos y apotegmas, que el Autor había deslindado: proverbios, aforismos jurídicos (principios generales de Derecho) y apotegmas lógicos.

---

(94) V. S. RICCOBONO (Sr.), voz “Brocardica”, *op. cit.*, p. 584.

(95) V. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apotegmas...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss., en especial pp. 158 y 162.

- L. Díez-PICAZO (96).

En la brillante descripción fenomenológica de *las experiencias jurídicas* que el autor nos propone, se refiere, en especial, a la “*regulae iuris*” y a las *máximas jurídicas*.

El autor *identifica* ambos tipos de proposiciones y entiende que:

“... bajo esta rúbrica se comprendieron trozos de textos de antiguos doctores, fragmentos de decisiones judiciales o fórmulas doctrinales. [Considera que] no existe una terminología *definida* para referirse a este tipo de proposiciones, que a diferencia de las reglas implantadas o formuladas, no han sido “promulgadas” por la autoridad del Estado.

La *única nota rigurosamente común* a todas estas “máximas” es la de su formulación concisa y fácil de retener.

Su *valor jurídico* es el de constituir recursos lingüísticos o mnemotécnicos y de argumentos (tópicos) del razonamiento jurídico y, por lo tanto, de *carácter dialéctico*: procede de la adhesión o aceptación que conciten.”

- Gérard CORNU (97).

En la descripción del autor acerca de los “**adages de droit**” en **sentido estricto**, diferencia el “*adage*” como “*enunciado lingüístico*” [el “*adage*” como un tipo de enunciado, como un modo de hablar, con sus marcas estilísticas esenciales y sus marcas principales complementarias –de normatividad, de valor–] y el “*adage*” como “*discurso jurídico*” [su ubicación variable en el conjunto del derecho, sus caracteres esenciales como discurso] (98).

No cabe aquí recoger todas las sugerencias del autor respecto de nuestro tema de investigación, por lo cual me voy a limitar a una brevísima descripción de los enunciados de su exposición, sobre todo en cuanto a lo que denomina “**discurso jurídico**”.

Dentro del apartado [Section 1] dedicado al “*adage*” como “*discurso jurídico*”, plantea tres tipos de *cuestiones* –“referencias” las llama– a resolver, en estos mismos términos:

“En quoi un adage appartient-il au droit? C’est la question première de sa juridicité. S’il est juridique, de quelle valeur est-il doté en droit positif (français)? Plus spécialement encore, quel rapport entretient-il, dans ce droit, avec la loi écrite qui en est la source formelle principale? Ce sont trois références à éclairer.”

---

(96) V. Díez-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª edición, corregida y puesta al día, Ed. Ariel SA, Barcelona, 1993, pp. 28 a 30.

(97) V. CORNU, Gérard: *Linguistique juridique*, op. cit., pp. 370 y ss.

(98) V. CORNU, G.: op. cit., pp. 389-408 y 370-389, respectivamente, en orden a la diferenciación aludida.

Dentro del apartado destinado a *la cuestión de la juridicidad* del adagio diferencia estos puntos: el adagio y el derecho (grado de juridicidad), el adagio y el derecho positivo (valor jurídico en el derecho positivo francés), el adagio y la ley (cotejo con el texto legal escrito).

A su vez, dentro del *primer grupo* de problemas, diferencia estos puntos, que recojo por su interés:

a) *Adagios que enuncian el derecho [adagios jurídicos stricto sensu]*: Son **los portadores de una norma de derecho**. El abanico de normas de este tipo es amplísimo, y su catalogación o clasificación puede hacerse de maneras bien diversas. El autor propone la de *la finalidad* de los adagios en el sistema jurídico, según fueren portadores de:

1. Reglas técnicas (“De diversis regulis..”).
2. Principios generales (**máximas**).  
Son preceptos superiores: *máximas*. Son **máximas de derecho**.
3. Directivas de interpretación (otras máximas o sentencias).  
Son principios jurídicos de interpretación.
4. Propositiones explicativas (sentencias).  
Son explicaciones de derecho **de origen doctrinal**, pero son opiniones consagradas, cuyo carácter sabio y autoridad les hacen ser merecedoras del nombre de **sentencias**.

b) *Adagios que sostienen el derecho*.

Se trata de **adagios para, meta o supra-jurídicos**: no enuncian el derecho, pero, sin embargo, *son luces para el derecho, hacen del derecho una sabiduría*. Aquí vuelven formas más *específicas* de adagios: aforismo, apotegma, axioma, etc.

Distingue el autor *dentro de este grupo* los siguientes tipos de adagios:

1. Los preceptos superiores (máximas): de equidad, portadores de una determinada concepción del derecho.
2. Los consejos prácticos: dichos, apotegmas.
3. Las máximas de sagacidad (aforismos).
4. Las evidencias lógicas (axiomas).
5. Las notas de valor:  
Los compara a las cotizaciones bursátiles.  
Por otro lado, pueden enunciar, bien una comparación entre valores, bien un predominio (superioridad) de un valor sobre otro. *Muchos* de los adagios de este conjunto *son específicamente jurídicos*: revelan una función esencial del derecho regulador de

la vida social, regulación fundada en escalas de valor, siendo *la jerarquía de valores* establecida previamente por el derecho en aras de *la composición de los intereses* en juego.

##### 5) La elaboración del brocardo “**viventis non datur hereditas**”.

Examinada con especial atención toda esta época medieval en ITALIA, resumidos con algún detalle los procedimientos técnicos y metodología de los glosadores y de los comentaristas, seleccionados un buen conjunto de textos de unos y otros y presentada panorámicamente la elaboración doctrinal de los “brocarda”, nos resta en este lugar dedicar algunas palabras al *brocardo-base* que motivó esta investigación.

Resulta paladinamente claro respecto del brocardo “**viventis non datur hereditas**” que:

- 1.º El “brocardo” no aparece en ninguno de los textos clásicos, según ya vimos anteriormente.
- 2.º El “brocardo” tampoco aparece en las colecciones de “brocardica” de la glosa de AZÓN [pero sí en ACCURSIO, si bien de pasada y sin generalización].
- 3.º El “brocardo” ni siquiera es mencionado en los numerosos distingos y sutil argumentación efectuados por BARTOLO DE SASSO-FERRATO.
- 4.º El “brocardo” viene a ser, por lo tanto, un “*non-nato*” cuando llega el Renacimiento y, con él, el Humanismo.

— Es asumible plenamente por mi parte cuanto en su día escribía L. DíEZ-PICAZO en torno a *la necesidad de reelaboración y de revisión de determinados dogmas* [en su caso, en orden a “la doctrina de los propios actos”]:

“Una «revisión crítica» es siempre necesaria frente a estos dogmas, recibidos como verdades inconcusas, sin reflexionar siquiera sobre su validez, sobre su fundamento, sobre su certeza. Al revisarlos, muchas veces nos damos cuenta de que allí no hay sino **un cúmulo de tópicos o de lugares comunes** faltos de valor y sólo vigentes merced a un fenómeno de inercia mental. Otras, en cambio, nos apercibimos de que existe, también allí, un filón riquísimo que había pasado inadvertido” (99).

Lo entonces escrito por L. DíEZ-PICAZO tiene —respecto de nuestro tema de investigación—, a mi juicio, una vigente y actualísima aplicación.

---

(99) V. DíEZ-PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos...*, op. cit., pp. 14-15 (subrayado mío: J. C. G.).

#### IV. La aplicación de las técnicas precedentes en la formación de los “dogmas” en la ciencia del Derecho

##### 1) Los glosadores y los “dogmata”.

• Una actividad típica de los glosadores, imbuidos –según vimos– de la metodología escolástica y de la argumentación dialéctica, era la de proceder a la definición de los *dogmata* (100) [tomada la palabra de la terminología teológica]. Venían a decir, como expresivamente escribiera AZÓN –y nos recuerda F. CALASSO (101)–, que se trata de unos principios superiores en cualquier ciencia:

“principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum”, y respecto del derecho “ad notitiam legum habendam, quae constringit vitas hominum” (102).

##### 2) La reconstrucción de la formación de los dogmas (E. BUSSI).

En la elaboración de los conceptos que se va efectuando por la actividad de los juristas posteriores confluyen –ha escrito Emilio BUSSI– dos movimientos: ante todo, el de los propios juristas, dirigido a forzar la letra y el espíritu de la ley romana para encontrar nuevos medios de solución a nuevas necesidades; en segundo lugar, el de los canonistas, los cuales, frecuentando vías nuevas e independientes y partiendo de la idea de la supremacía de la ley de la Iglesia sobre la de Roma, entrarán en conflicto abierto y directo con los legistas, hasta que éstos habrán aceptado, aunque sea en parte, las ideas de aquéllos (103).

---

(100) El término “dogma” [del griego δόγμα] tiene un distinto sentido en filosofía y en religión. Religiosamente tomado, es una proposición perteneciente a la palabra de Dios y propuesta por la Iglesia, que es considerada como verdad. Filosóficamente, el vocablo significó primitivamente [en griego] “opinión”, esto es, una opinión filosófica, esto es, de algo que se refería a los principios: una opinión “relativa a una doctrina” o “fundada en principios”.

Aun limitado el término “dogma” a la filosofía, el sentido del término no es simple. Así, J. FERRATER MORA, a quien seguimos en este punto, al referirlo a KANT, nos dice: por un lado, rechaza “una metafísica dogmática” y propone, en cambio, “una crítica de la razón”; por otro lado, divide todas las proposiciones apodícticas (**Apodíctico**: lo que vale de un modo necesario e incondicionado) [tanto si son demostrables como si son inmediatamente evidentes] en *dogmata* y *mathemata*: un *dogma* es, según ello, una proposición sintética derivada directamente de conceptos, mientras que un *mathema* es una proposición sintética obtenida mediante construcción de conceptos [v. J. FERRATER MORA, voz “DOGMA”, “DOGMÁTICO” = “DOGMATISMO”, en *Diccionario de Filosofía*, tomo I, volumen 3 (K-P), Alianza Editorial, 5.ª edición, Impr. Printer Industria Gráfica, Madrid, 1986, pp. 856 y ss.].

(101) V. CALASSO, F.: *Medio evo del Diritto*, op. cit., p. 533.

(102) V. AZÓN: “Summa Instit.”, proem., § 2 [citado en CALASSO: op. et loc. cit., nota 50].

(103) V. BUSSI, Emilio: “La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune”, vol. XXVII de la colección *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*,

Resulta evidente –entiende E. BUSSI– la importancia de la influencia ejercitada por el derecho canónico y sus doctores en cada una de las relaciones jurídicas, y sin cuyo conocimiento permanecería oscura una buena parte del proceso histórico correspondiente a cada institución.

• Considera E. BUSSI que es lícito preguntarse si la importancia del conflicto que ofrece *la historia del derecho hereditario*, traducido en la lucha entre los derechos germánico y romano, deba centrarse *entre esos dos límites*. Entiende que la mayoritaria tendencia doctrinal peca de una evidente unilateralidad. **Se olvida a menudo un tercer factor interviniente en ese proceso histórico: el derecho canónico.** Sus palabras exactas dicen así:

“No es ya –repetimos– que el derecho canónico haya sido olvidado, esto no; sino que ni siquiera ha sido tomado en debida cuenta. Sin embargo, un más profundo conocimiento del derecho de la Iglesia durante la Edad Media habría permitido fijar como el definitivo triunfo del sistema romano sobre el germánico ha sido debido, en una medida nada despreciable, precisamente a la influencia de los presupuestos desde los que se movía el derecho canónico, que son, además, los presupuestos mismos de la Iglesia; el respeto más absoluto a la personalidad humana en toda su más amplia manifestación y la afirmación abstracta de la libertad de querer en cualquier sujeto humano.

Como puede verse, se trata de conceptos, los cuales, aplicados a la materia de las sucesiones, llevan, en la práctica, a las mismas consecuencias a las que llegaba la ley de Roma, esto es, a la prevalencia de la sucesión testamentaria sobre la así llamada legítima. Pero es bien distinto el contenido y el alcance de la misma, dado que la libertad de querer va respetada –según la Iglesia– también en las personas de humilde condición, en el *filius familias* y en el siervo” (104).

*El influjo del derecho canónico ejercitado sobre la materia de las sucesiones* no es diferente del modo operado por dicho derecho sobre las demás relaciones jurídicas: precisamente *en vía general*, gracias a la fuerza de atracción de los principios fundamentales y de carácter universal en que tal derecho se inspiraba, y *en vía específica*, gracias a la influencia de las normas particulares que el mismo dictaba en orden a la sucesión.

---

Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1937-XV, tomo I (Diritti reali e diritti di obbligazione), pp. 217-218.

(104) V. BUSSI, Emilio: “La formazione dei dogmi...”, *op. cit.*, vol. XXVII, bis, tomo II, (Contratti, Successioni, Diritto di Famiglia), ristampa anastatica, Ed. Cedam, 1971, pp. 113 y ss., en especial p. 114 (selección, traducción y notas mías: J. C. G.).

Presenta E. BUSSI los presupuestos mismos de la doctrina canonista. Citando al OSTIENSE (105), dice que la "*scientia canonica*" es "*scientia scientiarum*", la cual, más allá de la teología, abraza la "*scientia civilis*" y es idónea para gobernar las relaciones humanas tanto "*in spiritualibus*" como "*in temporalibus*". Qué podía significar, según el punto de vista de la Iglesia, esta evidente soberanía del "*ius canonicum*" sobre todos los otros derechos lo habían ya declarado INOCENCIO IV [Bula de Excomunión del Emperador Federico I] y el canonista JUAN ANDREA: el Papa es el "*praecipuus princeps secularis*" y todos los otros hombres están subordinados a la Iglesia. Por lo tanto, era lógico que BONIFACIO VIII afirmase que el Pontífice "*omnia iura in scrinio pectoris sui habere*" y, como supremo legislador y como cabeza de la Iglesia, a la Iglesia le reivindica el "*praecipuum magistratum totius orbis*". Si bien esto era "*dogma veritatis*", sin embargo, también era cierto que la administración del poder terrenal no debía, según la voluntad divina, ser confiada a la Iglesia (106).

Como consecuencia, con todo ello se venía a reconocer la validez del Derecho Romano, ya que se llegaba a admitir que los Pontífices "*pro cursum temporalium tantummodo rerum imperialibus legibus utarentur*" (107).

Que el recurso al Derecho Romano fuera, sin embargo, permitido en los solos casos para los que los cánones no proveían expresamente, se ha dicho ya —dice E. BUSSI—: pero no carece de importancia el repetirlo, puesto que el Derecho Romano venía así reconocido por tal vía como derecho mundial aun por los curialistas, pero adquiriría un valor meramente subsidiario, ya que se considera que en tanto tuviere eficacia en cuanto hubiere obtenido la sanción expresa o tácita del Pontífice. Las consecuencias derivadas de la acogida de esta máxima son muchas y todas graves. Ante todo, porque se daba así al derecho canónico la más amplia potestad de derogar el Derecho Romano aun en materia no estrechamente ligada a la espiritual, como se tiene en el evidente ejemplo en los conocidos cánones cc. 16 y 18, X, 3, 26 [en DURANTE, *Speculum iuris*, Lugduni, 1556, II, § 5, porro., n. 4.]. En segundo lugar, porque se venía a considerar censurable la arrogancia de los legistas (108).

---

(105) V. OSTIENSE: "Summa aurea", I, n.3, proem, sub: *unde habuit*, n. 11 y 12 [cita en BUSSI: *op. cit.*, p. 115, n. 2].

(106) V. Gl. "casus" ad C. 6, in VI, 5,11; Gl. "festina" ad C. 19, C. 27, qu. 1 [citas: BUSSI: *op. et loc. cit.*, notas 6 y 7].

(107) V. C. 8, D. 10 y glosa al mismo; C. 3, C. 15, qu. 6; C. 10, D. 96; C. 12, D. 1 [citas en BUSSI: *op. cit.*, p. 116, n. 1].

(108) V. BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, pp. 116-117, y la cita de DURANTE.

•• *De manera específica.*

La fuerza de sugestión del derecho canónico derivaba del hecho de que las colecciones canónicas contenían específicas disposiciones reflejantes de la materia del derecho sucesorio, contenidas en títulos adecuados o en normas aisladas.

Ahora bien, si es cierto que estas normas reflejan en parte el derecho sucesorio en lo que respecta a la Iglesia y a sus bienes, o a su organización, o a las personas de los clérigos, también es cierto que muchísimas de tales disposiciones canónicas se aplican también a los seglares y vinieron recibidas pacíficamente por los civilistas.

Pero todo esto no basta. En efecto, ya que *una máxima de piedad y de religión* constantemente observada por siglos hace que "*moriens censetur magis quam vivens de animae salute cogitare*", de la que se deduce que la materia testamentaria se consideró como aferente a la salud del alma, de manera que la misma venía avocada por la Iglesia a los tribunales propios. La base teórica de esta afirmación se descubre ya en el *Decretum* [cc. 4, 9, 11, C, 13 qu. 2], cuyos cánones imponen la excomunión a quien no obedezca la voluntad del difunto en orden a los legados y a las oblações predispuestas a favor de la Iglesia (109).

• Como *consecuencia* de estas premisas expuestas, considera E. BUSSI que se puede decir que la tarea histórica que el derecho de la Iglesia ha cumplido ha sido triple, dado que su actividad se ha desenvuelto en un triple sentido. En efecto, como ya afirmó en el siglo XIX ROSSHIRT:

- a) el derecho canónico ha *conservado* el Derecho Romano;
- b) el derecho canónico ha *modificado* el Derecho Romano;
- c) el derecho canónico ha *suplido* al Derecho Romano (110).

La afirmación de ROSSHIRT continúa teniendo actualidad y vigencia, y cabe darse cuenta de la verdad en ella contenida:

*"das canonische Recht hatte im Mittelalter gerade dieselbe Stellung, wie das pratorische Recht bei den alten Römern"* (111).

---

(109) V. BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, pp. 117-118, y la cita de CICCAGLIONE, voz "Successione", en *Digesto Italiano*, volumen XII, parte 3.<sup>a</sup>, cap. IV, n. 110, pp. 329 y ss.

(110) V. BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, p. 118.

(111) V. ROSSHIRT: *Dogmengechichte des Civilrechts*, Heidelberg, 1853, pp. 436 y ss. [cita en BUSSI, E.: *op. cit.*, p. 118, n. 4 y 5].

Del mismo ROSSHIRT es la brillante afirmación "die Canonisten Waren die Pracktiker, die Legisten die Theoretiker" [*op. cit.*, p. 519].



- El *método* seguido por E. BUSSI es bien diferente del *método tradicional* [basado, bien en el estudio de las fuentes, bien en el encuadre sistemático según el CC], y el autor denuncia el grave error de cuantos estudiosos han entendido –falsa opinión, nos dice– que los grandes doctores del derecho común han sido únicamente los *comentaristas* del derecho de Roma y no ya los *creadores* de un derecho nuevo (112).

Precisamente *en tema de derecho hereditario* (y precisamente en relación al *testamento*) ha tenido ocasión de precisar E. BUSSI cuán compleja ha sido la elaboración de los doctores para poder desvincularse de los viejos principios romanos, cuya observancia, frente al más sutil, vivo y palpitante derecho de la Iglesia, representaba el obsequio a un sistema sobrepasado, que estorbaba, más que facilitarla, la evolución de la norma jurídica.

Hace observar BUSSI la abundancia de estudios en tema de *sucesión*, pero que ninguno de ellos ha conseguido descubrir lo que ha sido: el íntimo trabajo de la ciencia jurídica medieval a fin de dar forma legal a los nuevos conceptos que se habían hecho camino en la conciencia común; el fatigoso desenvolvimiento de las nuevas teorías, las cuales no se venían formando absolutamente por las vías que a nosotros nos parecerían lógicas, *porque las mismas, en su nacimiento, contradecían dogmas que para nosotros ya no existen o no tienen sentido*, de modo que se ingenian en encontrar reconocimiento a través de agudezas que a nosotros nos parecen tortuosas o superfluas; el tormento de los juristas conscientes de las nuevas exigencias, pero ligados todavía al pasado, esto es, a la legislación romana que sólo una ficción había creído poder resucitar (113).

Es justamente *por esto, para poner de relieve la formación interna de los nuevos principios y de las nuevas construcciones* que se han venido elaborando en el seno del derecho sucesorio, es como E. BUSSI procedió al examen de esta materia.

- En la aplicación específica a nuestro tema de investigación, tras analizar la evolución histórica del testamento como acto documental y examinar la evolución histórica del testamento como disposición de voluntad [y allí, los codicilos y la cláusula codicilar, los ejecutores testamentarios, la figura del heredero y la del ejecutor], prosigue BUSSI refiriendo-

---

(112) V. BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo I, § 47, pp. 217 y ss., y tomo II, § 78, pp. 4 y ss., y § 94, pp. 123-124.

El **grave error** denunciado por BUSSI hace que las investigaciones de los estudiosos del derecho basadas en la exposición de las fuentes romanas hayan desviado la dirección de la tarea y deformado su resultado, puesto que a sus autores se les ha escapado la verdadera "*sedes materiae*" de éste o aquel instituto del derecho común.

(113) V. BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, p. 124 (selección, traducción y subrayados a cargo mío: J. C. G.).

se a las donaciones por causa de muerte y a la relación entre el “contrato testamentario” y la “sucesión contractual” (114). En este último punto es donde pondremos la atención, por su directa relación con el tema de nuestra investigación. La distinción propuesta por BUSSI es ésta: de un lado, el contrato testamentario, de otro lado, la sucesión contractual.

a) *Contrato testamentario.*

Denomina así BUSSI a la especial figura jurídica de un testamento posterior con una cláusula de revocación especial que haga desaparecer la “cláusula derogatoria” cualificada de un primer testamento (115).

A propósito de esta cláusula de revocación especial, se planteó el interesante problema de si el legado de deuda dispuesto en presencia del legatario acreedor [que, entre otros, podía estar presente como testigo] podía perder su eficacia con la revocación (116).

También como hipótesis de verdadero y propio contrato se planteó el caso de un testador, “*me praesente et consentiente*”, legue una cosa mía a otros. BARTOLO [ex ll. 1 y 3, D. 17.1] consideró que en este caso surge una relación de mandato tácito –por tanto, contrato de mandato–, con sus efectos respecto del heredero y de los legatarios.

De donde trae su origen el principio que afirma “*contractus potest fieri in ultima voluntate*”, principio afirmado vigorosamente por toda la doctrina y recibido por la jurisprudencia, lo cual llevó a la ilación de que un mismo y único acto pudiese considerarse al mismo tiempo como contrato y como disposición de última voluntad (117). Con las consecuencias de que pudiese venir revocado en aquella parte que conservaba la naturaleza de última voluntad, permaneciendo en pie en la otra parte en que participaba de la naturaleza de acto *inter vivos*.

b) *Sucesión contractual.*

Considera E. BUSSI que bajo la denominación de “sucesión contractual” se comprende una cantidad de diversas figuras jurídicas, de las que las principales son: los pactos sucesorios, el nombramiento contractual del heredero [la “*Erbeinsetzung*” o “*Erbernennung*” de los alemanes] y la renuncia a la herencia. De los tres supuestos trata el autor, como sigue.

---

(114) V. BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, cap. XXIV, § 107 y ss., pp. 165 y ss.

(115) Así, en BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, p. 191, notas 1-2, y 192.

La cláusula de revocación especial expresa que el testador hubiese dicho “*se poeniuissse prioris voluntatis*”: cita Fr. 22, D. 32; Fr. 12 § 3, D. 30; Nov. 106, Cap. 2; *Additio a Gl. ad Reg. 21*, in VI, de regulis iuris.

(116) El autor considera la respuesta negativa al problema, con variadas argumentaciones en torno a ese “extraño” –sic– acto, con cita de estas fuentes: BARTOLO, ad l.37 § 5, D. 32; BARTOLO, ad l.21 § 3, D. 28.1; BALDO, ad h. 1, n. 5; JASON DEL MAINO, ad h. 1, n. 4-6.

(117) Entiendo fundamental este dato en orden a nuestra investigación. Puede verse, con detalle, en BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, p. 194 y notas 3 a 6. Citas del autor: CINO ad l.28, C. 6.23; BARTOLO, ad h. 1, n. 1 y ss.; BALDO, ad h. 1, n. 7; PAOLO DE CASTRO, ad h. 1, n. 5; BARTOLOMEO SALICETO, ad h. 1, n. 2 y ss.; *Sacri Mantuani Senatus Decisiones a Surdo collectae*, Placentiae, 1598, CXXVII, n. 14 y ss.; CXLIX, n. 5-8 y n. 13-17; CXLIX, n. 14; NATTA: “*Consilia seu Responsa*”, Venetiis, 1570, Cons. 645, n. 12.

El autor se ocupa del *problema dogmático* y censura la unilateralidad de los estudios que únicamente se han preocupado de las fuentes romanas, sin examinar la imponente aportación de las teorías canonísticas, las cuales, inspirándose en principios diferentes completamente de los romanos, ejercitaron su influencia en una triple dirección.

1. *El contrato de nombramiento del heredero.*

El derecho canónico, a diferencia del derecho romano, no considera este contrato como concluido *contra bonos mores*, de manera que puede siempre ser admitido, a menos que no sobresalga de modo especial la "turpitud" del pactante.

Por su parte, los contratos de nombramiento de heredero estipulados entre cónyuges son, por tanto, válidos, incluso en el contrato de matrimonio.

2. *La renuncia a la herencia como tal* [o sea, antes de ser deferida].

Conforme al derecho romano —ya lo hemos visto anteriormente—, no tenía significado alguno, *por falta de objeto*.

Diversas son, sin embargo, las ideas mantenidas por el derecho canónico, el cual declara válida la renuncia de la hija a la herencia del padre "*dote contenta*" [c. 2, in VI,1,18]. Este canon tiene una *importancia excepcional* y textualmente dice así:

**"Quamvis pactum patri factum filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet improbet lex civilis; si tamen iuramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem omnino servari debet; cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum."**

Lo que significaba que, no obstante lo que pueda decir la ley civil, esto es, la ley romana, el pacto por el cual la hija renuncia a la herencia es válido si está confirmado por juramento, ya que este juramento no tiene objeto ilícito.

Entiende BUSSI que es indudable que en este supuesto operaba la fuerza vinculante reconocida por el derecho de la Iglesia al juramento, y que también es indudable que el resultado al que se llega (la validez de la renuncia) contrasta netamente con los principios romanos.

La "*lex civilis*" en el supuesto aludida es la regla contenida en el **texto del C. 6,20,3** (118), a cuyos comentarios remite el autor que aquí seguimos (E. BUSSI), y de los que parece deducirse la atribución a PIETRO DI BELLAPERTICA una cierta forma en el modo de renunciar que hacía válida la renuncia independientemente del juramento.

El canon precitado de BONIFACIO VIII tiene una gran importancia, puesto que en la práctica se produjo una extensión del precepto a otros supuestos, v. gr., el de la denominada "*cautela di Maranta*", consistente en una fórmula en virtud de la cual la mujer renunciaba a la herencia, declarando obligados también a sus propios hijos a la observancia de la renuncia.

---

(118) V. el texto en mi exposición de casos del Derecho Romano [en esta Revista, núm. 58, pp. 81-127, en especial, p. 93 y nota 20].

— Sobre el mismo, alude E. BUSSI a los comentarios siguientes: CINO, ad. l.3, C. 6,20; PURPURATUS, *Consilia*, Venetiis, 1579, *Cons.* 100; TARTAGNA, *Consilia*, lib. 3, *Cons.* 39, y lib. 1, *Cons.* 42; JASON DEL MAINO, *Consilia*, vol. 4, *Cons.* 135.

### 3. Contrato con el fin de limitar la libertad de la disposición testamentaria.

Para el derecho canónico, un contrato de este tipo era válido. La máxima "*ultima voluntas ambulatoria est usque ad mortem*" no se aplica cuando al testamento le sea agregada la "*clausola derogatoria*", dado que los canonistas dijeron claramente que esta cláusula "*nullam habet turpitudinem*".

Para comprender mejor la diferencia entre la "sucesión contractual" y el "contrato testamentario" el autor remite al examen de las teorías desenvueltas acerca de la doctrina sobre la revocabilidad del testamento.

Con la citada "*clausola derogatoria*", los doctores querían referirse a aquella cláusula de aposición al testamento por virtud de la cual el testador quiere impedirse a sí mismo en cualquier forma el cambiarlo o el aportarle modificaciones.

No se trataba de los medios ingeniosos —denunciados por los doctores— por virtud de los cuales el testador trataba de hacer irrevocable el acto de última voluntad, v. gr.:

- o bien escribiendo que el testamento debiera valer como una "*iure donationis inter vivos*";
- o bien afirmando que el testador había vendido la herencia al heredero instituido, por un precio que confesaba haber recibido;
- o bien diciendo el testador en el segundo testamento que quiere revocar el precedente, pero siendo el segundo testamento inválido. Aquí la "cláusula derogatoria" precitada no tenía nada que hacer: se trataría de la aplicación pura y simple de los principios generales de la revocabilidad.

Otro caso distinto sería cuando al segundo testamento le hubiere sido añadida la "**cláusula codicilar**", por los especiales efectos que la misma producía (119).

La verdadera **cláusula derogatoria** existe cuando el testador "*dixit in testamento quod si faceret secundum non valeret*". En este caso se preguntaba si el testamento hecho sucesivamente quedaba invalidado por esta declaración. La respuesta afirmativa estaba influida por el principio contenido en la Reg. 21, in VI, de *regulis iuris*, cuyo canon disponía "*quod semel placuit amplius displicere non potuit*". Este principio, citado *in utroque foro*, era muy vigoroso y la misma GLOSA al Sesto introdujo numerosas excepciones. De entre tales excepciones hay una, precisamente referida al testamento, de la que anteriormente me he ocupado (120).

Precisa BUSSI que en este punto se produjo una gran variedad de casos y una dura competencia entre las "cláusulas derogatorias" cada vez más rigurosas y las "revocaciones" siempre más amplias, explícitas y firmes.

---

(119) Sobre el tema, *in extenso*, v. el mismo BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, § 109, pp. 173 y ss. La más importante consecuencia en este punto, es que —dogmáticamente hablando— nos hallamos frente a un ejemplo típico del fenómeno conocido en Derecho como "*conversión del negocio jurídico*".

Sobre este gran tema, en la interrelación "testamento-codicilo", v. la indispensable obra, precitada, de MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, en especial tomo III, capítulo 7.º, pp. 2515 y ss.

(120) Es el supuesto típico que BUSSI denomina "contrato testamentario", al que antes hicimos referencia. Remito a la nota 115, precedente.

Añade BUSSI que, a la “*cláusula derogatoria*” que llama *simple* [es la anteriormente expuesta], los testadores añadieron la prohibición de no arrepentirse, con lo cual se dio vida a una “*cláusula derogatoria*” que llama *cualificada*. Pero en este supuesto, arrepentidos de haber escrito el no poderse arrepentir, los mismos testadores reforzaron la revocación general, suficiente para la cláusula derogatoria simple, y la cambiaron en una revocación especial y específica (121).

Otro supuesto difícil que presenta BUSSI es el *del caso en que el testador hubiere jurado en el primer testamento no cambiar su voluntad*. Aquí devénia muy difícil la revocación, porque intervenía la eficacia vinculante del testamento, el cual, para el derecho canónico, siempre está respetado “*quando servari potest sine interitu salutis eterne*” (122).

- La *conclusión dogmática* de la evolución histórica del testamento como disposición de voluntad conduce a E. BUSSI a apreciar, *no* una tendencia a la ampliación del concepto de testamento, sino a detectar la creación de un nuevo concepto más amplio y comprensivo: *el acto de última voluntad*.

Este *acto* viene a constituir la *categoría*, que comprenderá, como *especies* suyas, las siguientes:

1. El verdadero y propio testamento.
2. El codicilo.
3. La donación “*mortis causa*”.
4. **El testamento contractual: esto es, las variadas especies de pactos sucesorios.**
5. El contrato testamentario (precitado) (123).

## V. Referencia a España y al Derecho castellano en el medievo

### 1. Proposición doctrinal generalizada (tópica).

Una *proposición* mayoritaria entre nuestros autores, en concordancia con la similar posición adoptada ante los textos clásicos romanos, consiste en la afirmación de que el derecho castellano mantuvo la tradición recibida del Derecho Romano de la absoluta prohibición de los pactos su-

---

(121) E. BUSSI recoge la fórmula revocatoria que nos dejó ROLANDINO, que cree merecedora de ser conocida: v. *op. cit.*, tomo II, p. 191, y *nota 1 en p. 192* [ROLANDINO: *De testamentis*, Rubr. XXXII, n.2].

(122) V. DURANTE: *Speculum iuris*, lib. II, § 12, n. 24, *gl. ad reg. 21*, in VI, *de regulis iuris*, *Additio* [cita en BUSSI: *op. cit.*, tomo II, pp. 191, notas 1-2, y 192, nota 3].

(123) Así, en BUSSI, E.: *op. cit.*, tomo II, p. 195 [subrayados míos: J. C. G.].  
En sentido similar: BRUGI: *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1914, p. 823.

cesorios. Proposición ésta que, con matices de uno u otro grado, es general entre nosotros. (124).

(124) Estado actual acerca de esta materia [medievo español] en nuestra doctrina:

• MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo: *Diccionario...*, op. cit., tomo III, 5.<sup>a</sup> edición, p. 486 y nota 1 [referencia a que “*El principio general que enuncia el artículo 1.271 del Código, le establecía, respecto de la compraventa, la ley 11, título V, Partida 5.<sup>a</sup> La prohibición relativa a la herencia futura está en la ley 13, que prohíbe su enajenación...*” (subrayados míos: J. C. G.)].

• REDACCIÓN DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA [Bol. T. 90, p. 435]: “... el pacto o convenio a que se refiere la consulta es nulo... y está comprendido en la prohibición de la ley 33, título 11, de la Partida 5.<sup>a</sup>...”.

• SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo cuarto (DERECHOS DE OBLIGACIONES. DERECHO DE LA CONTRATACIÓN), [op. cit., p. 208] donde cita las leyes de Partidas siguientes: L. 33, tít. 11, Part. VI –sic–; L. 1.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, Part. VI –sic–; L. 9.<sup>a</sup> tít. 10, Part. V –sic– [debiera añadir “*in fine*”]; tomo sexto. Volumen 1.<sup>o</sup> (DERECHO DE SUCESIÓN “MORTIS CAUSA”), op. cit., pp. 97-98, donde cita las leyes 16 y 19 del Ordenamiento de Alcalá de 1348, cuatro leyes –sic– del tít. 3.<sup>a</sup> lib. V del Fuero Juzgo; L. 6.<sup>a</sup>, tít. 12, lib. III del Fuero Real y Leyes 4.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, Part. V de las Partidas... pero expresivamente indica de todas ellas “relativas todas a las Donaciones *mortis causa*...”; tomo sexto, volumen 2.<sup>o</sup> [DERECHO DE SUCESIÓN (“MORTIS CAUSA”)], op. cit., pp. 938-939, donde cita la Ley 13.<sup>a</sup>, tít. 5, Part. V.

• CASTILLEJO Y DUARTE, José: “La forma contractual en el Derecho de Sucesiones”, op. cit., Madrid, 1902, epígrafe V, pp. 69 y ss.: donde cita la L. 33, tít. 11, Part. V (pacto de sucesión recíproca) y la L. 1.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, Part. VI (estipulaciones sobre herencia futura).

• GARCÍA HERREROS, Enrique: “La sucesión contractual”, op. cit., Madrid, 1902, capítulo VIII, pp. 123 y ss.: donde cita las donaciones “*mortis causa*”, reconocidas en el Fuero Juzgo [lib. V, tít. III], en el Fuero Real [lib. III, tít. XII, Ley VI] y en las Partidas [Part. V, tít. IV, Ley XI], y las excepciones a la prohibición tradicional de los pactos sucesorios contenidos en las Partidas [división *inter liberos*; pacto recíproco entre militares, Part. V, tít. XI, Ley XXXIII; *societas omnium bonorum*, Part. V, tít. X, Ley IX].

• DÍAZ COBEÑA, Luis: “Dictámenes”, op. cit., Madrid, 1919, pp. 126 y ss.: donde cita la Ley 69 de Toro (id. a L. 2.<sup>a</sup>, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilación); Part. 5.<sup>a</sup>, tít. V, Ley 13; y Part. 6.<sup>a</sup>, tít. VI, Ley 14.

• ISÁBAL, Marceliano: “Pacto de sucesión futura...”, op. cit., en *Enciclopedia...*, Seix, p. 188, donde cita de pasada al Fuero Juzgo y Fuero Real, y las leyes de Partidas siguientes: Part. 5.<sup>a</sup>, tít. XI, Ley 33; Part. 6.<sup>a</sup>, tít. II, Ley 1.<sup>a</sup>; Part. 5.<sup>a</sup>, tít. X, Ley 9.<sup>a</sup>; y la referencia a la división de herencia por el padre entre sus descendientes.

• VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil*, op. cit., Valladolid, 1921, p. 370: alusión simple a las Partidas y afirmaciones de que “la legislación patria se inspiró en el derecho romano, consagrando la prohibición de los pactos sucesorios” y que “El Código Civil nuestro, fiel al criterio prohibitivo del derecho derogado de Castilla y del romano...”.

• MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, op. cit., Madrid, 1923, pp. 226 y ss., y 231 y ss. donde cita: Fuero Real (lib. III, tít. XII, Ley VI), Partidas (Part. 5.<sup>a</sup>, tít. IV, Ley XI; Part. 3.<sup>a</sup>, tít. XVIII, Ley CV), por un lado; y, por otro lado, Leyes de Toro [Ley XXII].

• ALAS ARGÜELLES, Leopoldo: *Derecho Civil*, op. cit., Madrid, 1929, p. 529, donde cita: Part. 5.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, Ley 33, y Part. 6.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, Ley 1.<sup>a</sup>

• ALGUER, José: *Ensayos varios...*, op. cit., Barcelona, 1971, epígrafe VII, pp. 144 y ss., donde cita: alusión simple al Fuero Juzgo y al Fuero Real; afirma que “la influencia romana aparece de lleno en las Partidas [Part. 6.<sup>a</sup>, tít. II, Ley 33; Part. 5.<sup>a</sup>, tít. X, Ley 9.<sup>a</sup>]...”.

• ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup>: *La sucesión contractual...*, op. cit., Madrid, 1948, pp. 341 y ss., en especial pp. 344 y 346, en la alusión al “Derecho intermedio”.

• GAS, Francisco: *Pactos sucesorios*, op. cit., epígrafe III-e), Barcelona, 1953, p. 319, donde literalmente dice: “...= Nuestro derecho medieval, aun traduciendo en buena parte el espíritu

Entiendo, a mi juicio, difícilmente sostenible una aserción tan fundamental por parte de la doctrina civilista, cuando ni *los propios especialis-*

del romano, admite manifestaciones de los pactos sucesorios, por ejemplo, el pacto entre dos en Castilla para heredar el sobreviviente al premoriente y el pacto hecho por los que se creen objeto de alguna manda o institución en un testamento antes de llegar al caso de su aplicación sobre las mismas cosas ordenadas en su favor. Con todo, en las Partidas sigue la prohibición del pacto de sucesión mutua y el de herencia futura, si bien autorizando excepciones respecto a la sociedad de todos los bienes, aun de los futuros, procedentes de herencia y autorizando la adjudicación de la herencia por el padre entre los hijos”.

• MUCIUS SCAEVOLE, Quintus (revisión de Pascual MARÍN PÉREZ): *Código Civil*, op. cit., Madrid, 1958, en especial pp. 780 y ss., donde cita “los Códigos anteriores a las leyes de Partidas”, y *las leyes de Partidas* [“... recogieron y soldaron respecto de este punto las dos tendencias del Derecho romano”] que siguen: Part. 5.<sup>a</sup>, tít. V, Ley 13; Part. 5.<sup>a</sup>, tít. X, Ley 9.<sup>a</sup> Part. 6.<sup>a</sup>, tít. I, Ley 7.<sup>a</sup>; Part. 6.<sup>a</sup>, tít. XV, Ley 9.<sup>a</sup>; Part. 7.<sup>a</sup>, tít. XXXIV, Leyes 12 y 13.

• MANRESA Y NAVARRO, José M.<sup>a</sup> (revisión de Miguel MORENO MOCHOLI): *Comentarios al Código Civil Español*, op. cit., Madrid, 1967, en especial p. 605, donde cita expresamente las leyes de Partidas en relación con artículos concretos del CC: Part. 5.<sup>a</sup>, tít. 10, Ley 2.<sup>a</sup> (respecto del art. 1.674 CC); Part. 6.<sup>a</sup>, tít. 11, Ley 33 (no ha pasado al Código).

• PELAYO HORE, Santiago: “Los pactos sucesorios...”, op. cit., ADC, 1967, en especial pp. 831-832, donde cita sucintamente: Part. V, tít. IV, Ley 8.<sup>a</sup>, y Ley 69 de Toro.

• DíEZ-PICAZO, Luis: *La sucesión contractual*, op. cit., Madrid, 1967, en especial epígrafe 6), pp. 607 y ss., donde cita expresamente: Part. 5.<sup>a</sup>, tít. 11, Ley 33, y Leyes 17 y 22 de Toro.

• CASTÁN TOBEÑAS, José [revisión de José Luis DE LOS MOZOS]: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo sexto (Derecho de Sucesiones), volumen tercero..., op. cit., en especial pp. 257 y ss., donde se citan las Partidas (5.11.33; 5.4.4; 6.2.1) y se comentan manifestaciones del antiguo Derecho Castellano [Fuero Juzgo, 4.2.13-15; usos de tierras de Castilla la Vieja y León: Part. 4.<sup>a</sup> 8.15; Leyes 47 y 48 de Toro; Fuero de Zorita de los Canes, 10.10.4].

• LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Sucesiones. I. Parte General. Sucesión voluntaria*, op. cit., Barcelona, 1971, parágrafo 62, pp. 719 y ss., en especial pp. 721-722, donde citan las leyes de Partidas (5.5.13; 5.11.33; 5.4.4 y 11) y las leyes de Toro (17 y 22) y expresivamente señalan en este punto cómo “Los Derechos históricos españoles, hasta la recepción del Derecho romano o la romanización de las fuentes propias, no se habían preocupado propiamente de la sucesión contractual, ni para prohibirla, ni para regularla. En la práctica, las donaciones *post obitum* y con reserva de usufructo y en algunos territorios la adopción —que proporcionaba al adoptado inmediatamente derechos legitimarios— desempeñaban el papel del actual contrato sucesorio”.

• DE ARVIZU y GALARRAGA, Fernando: *La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Impr. de E. GÓMEZ SL (Pamplona), Ediciones Universidad de Navarra, SA, Pamplona, 1977: obra fundamental respecto de la institución citada.

• VALLET DE GOYTISOLO, J. Bns.: *Panorama del Derecho de Sucesiones. I. Fundamentos*, op. cit., Madrid, 1982, capítulo III (Los contratos sucesorios), números 464, y ss., pp. 1023 y ss., en especial número 467, pp. 1029 y ss., donde cita y comenta las dos partes de la Ley de las Partidas (Part. 5.11.33) y las Leyes de Toro (17, 22 y 41).

• MARÍN PADILLA, María Luisa: *Historia de la sucesión contractual*, op. cit., capítulo II (La sucesión contractual en la Edad Media), pp. 89 y ss., en especial epígrafe VIII (la delación voluntaria y la legal en la Alta Edad Media), pp. 164 y ss., y epígrafe IX (La sucesión contractual en los textos castellanos), pp. 178 y ss. En este último epígrafe cita y comenta numerosos textos castellanos, v. gr.: Fuero de Coria, Fuero Juzgo (2.5.10 y 11, y 2.5.4), Fuero Real (3.6.1; 3.5.1.10; 4.23.2; 5.2.6), Partidas [6.1.7; 6.15.9; 6.13.1 y 3; 5.4.1. y 9; 5.11. 1 y 33], las “Ordenações Alfonsinas”, Leyes de Toro (44, 17, 22, 23, 27 y 69).

• ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La sucesión contractual en el Código Civil*, op. cit., capítulo primero, epígrafe II.3, pp. 42 y ss., donde hay alusiones —en nota— al Fuero Juzgo y al

tas –los así llamados “historiadores del derecho”– no lo tienen nada claro. Ha podido afirmar, *como conclusión* de un apasionante estudio, el maestro A. GARCÍA GALLO que

“... esta etapa de **la historia de la sucesión voluntaria española** permanece aún sin estudiar en su conjunto” (125).

Resulta, por tanto, de inexcusable recordatorio el conjunto de reflexiones del propio A. GARCÍA GALLO acerca de este oscuro período alto-medieval en España [el propio A. GARCÍA GALLO ha señalado que este período es la época más olvidada y, sin embargo, la más decisiva, porque en ella se forjaron la mayor parte de las instituciones que han llegado a nosotros], en relación con determinados aspectos del *derecho sucesorio*, en este sentido:

“El Derecho medieval, como las lenguas romances, no nace de un nivel culto; éste, en aquél y en éstas, va desapareciendo progresivamente a partir del siglo v y sólo se restablece muchos siglos después, antes en el Derecho que en la lengua. El Derecho medieval nace a la vez en el nivel de aplicación efectiva y en el popular, y es en éstos donde ha de buscarse el origen de sus rasgos característicos. Aquí –y no en las *leges* y los *iura*– es donde, con toda probabilidad, el sistema de sucesión voluntaria romano ha experimentado en la época posclásica la profunda transformación que se percibe ya operada de un modo generalizado en los diferentes territorios europeos. Salvo en Cataluña, donde se mantiene el Derecho oficial del *Liber iudicum*, en las restantes regiones es el vulgar el que se abre paso e impone, sin que en este tiempo los reyes traten de encauzarlo o corregirlo.

La constatación de este hecho tropieza con la dificultad de conocer estos niveles de aplicación y popular del Derecho romano. Del Derecho oficial y del culto han llegado a nosotros textos que nos permiten llegar a conocerlos. Éstos, en cambio, son casi inexistentes respecto de aquéllos, no sólo porque se han perdido, sino también porque, probablemente, en una gran mayoría de casos, los actos jurídicos nunca llegaron a formalizarse por escrito.

—...=...=

La falta de escasez de textos coetáneos que reflejen el nivel de aplicación del Derecho romano posclásico no impide, sin embargo, de un modo

---

Fuero Real, y se citan las Leyes de Partidas [5.5.13; 5.10.9; 5.11.33] y las Leyes de Toro [17 y 22].

• SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: “Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos *post mortem*”, *op. cit.*, parte I, capítulo VI.1, pp. 33 y ss., en especial pp. 40-41, donde cita –en notas– las leyes de Partida (5.5.13; 6.1.7; 6.15.9; 5.11.33) y las leyes de Toro (17 y 22).

• GARCÍA MEDINA, José: “Panorama de la sucesión contractual *mortis causa*”, *op. cit.*, epígrafe 2, pp. 13-14, con idénticas referencias –abreviadas, con simple mención de ser tomadas de E. GARCÍA HERREROS– y sin aportar ningún dato nuevo.

(125) V. GARCÍA GALLO, Alfonso: “Del testamento romano al medieval (Las líneas de su evolución en España)”, en AHDE, Madrid, 1977, pp. 425-497 [subrayado mío: J. C. G.].



absoluto llegar a conocerlo. La coincidencia substancial de las instituciones sucesorias en tiempos tardíos y territorios muy distintos que tienen un pasado común, como partes que fueron del Imperio romano, sólo puede explicarse o por creación independiente en cada uno de ellos, o por difusión de las formadas en un determinado lugar, o como pervivencia en los diferentes países de las que en un tiempo pasado fueron comunes. Las dos primeras hipótesis tropiezan con graves dificultades. Es plenamente admisible que ante unas mismas situaciones un idéntico modo de pensar pueda dar lugar a la adopción de unas mismas soluciones o normas jurídicas en lo substancial; pero ya no que la coincidencia se dé también en lo puramente accidental o formal, como se da en este caso, máxime, como ocurre a partir del siglo v, cuando tras las invasiones germánicas la sociedad ya no ofrece la misma homogeneidad en su composición y forma de pensar. Que un código o una obra jurídica cualquiera se difunda ampliamente fuera del ámbito en que se forma es un hecho comprobado en esta misma época [es el caso, v. gr., del más antiguo código visigodo de Teodorico II (comúnmente atribuido a Eurico), que influye en las leyes de los burgundios, salios y bávaros; también, del Breviario de Alarico y del *Liber iudicum*. Véase GARCÍA-GALLO, *Consideración crítica*, 459-64]. Pero no es concebible la difusión por todas partes y hasta los más apartados rincones —en un medio esencialmente rural, en un tiempo en que, tras la caída del Imperio romano, se acentúa el aislamiento de los distintos países—, no ya de un texto escrito, sino de prácticas consuetudinarias que en la mayor parte de los casos no han sido plasmadas documentalmente. La formación de una costumbre o práctica, inicialmente con cierta simultaneidad y con independencia en cada lugar o región, aunque luego resulte común en tan extenso ámbito geográfico, sólo ha podido operarse en un tiempo en que la misma situación se planteó en todas partes, en que la actitud mental de quienes se enfrentaron con ella era la misma y en el que los recursos jurídicos de que pudieron valerse eran también los mismos; lo que nos lleva al siglo iv o principios del v.

La coincidencia substancial del sistema de sucesión voluntaria en España, Francia e Italia en los primeros siglos de la Edad Media presupone la existencia del mismo ya en los últimos tiempos del Imperio romano, aunque de él no hablen de modo expreso ni las *leges* ni los *iura*, estos últimos inspirados en un clasicismo decadente. El propósito de superar la práctica animada desde mediados del siglo vii a los reyes visigodos, que tratan de restaurar las disposiciones dictadas por los últimos emperadores romanos. Pero aunque los juristas y los legisladores han pretendido ignorar la existencia real de un sistema sucesorio, en sus obras o leyes se deslizan expresiones o referencias a situaciones que la revelan y que a nosotros nos sirven para constatar su vigencia efectiva.—...=

—...=...=

El largo proceso que lleva a afirmar la posibilidad de hacer efectiva la voluntad de una persona después de muerta, condicionada en cada caso por el uso de medios eficaces para ello, actúa a su vez sobre éstos y condiciona su naturaleza y ordenación. El testamento, el acto fideicomisario y la donación *mortis causa* experimentan a lo largo del tiempo cambios importantes como consecuencia de ello. Su aproximación, fusión o confusión, se produce

a medida que el mismo proceso se opera en la posibilidad de disponer para después de la muerte; y no por contaminación directa de las normas que regulan cada uno por las de los otros. La cuestión de la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad [en ello pone especial énfasis SAMPER, *La dispos. mortis causa* 94-96, y en consecuencia clasifica los actos de disposición sucesoria revocables (testamento, codicilo, donaciones imperfectas, *mortis causa*, de padres a hijos y de patrono a liberto) e irrevocables o pactos sucesorios (donaciones *reservato usufructo, post obitum, sponsalitiaie largitate* y universales)] no es, a mi juicio, la que determina su evolución, sino la de la posibilidad jurídica de disponer para después de la muerte de un modo efectivo.

—...= La recepción del Derecho romano justinianeo, que en parte recoge el Derecho oficial teodosiano y el culto anterior de los juristas clásicos, pero que también lo modifica, enfrenta un nuevo sistema al entonces vigente. Tanto o más que el influjo directo de la obra doctrinal de los juristas es la introducción del notariado público, con sus formularios basados en el Derecho romano justinianeo, el que logra poner fin al sistema tradicional, no sin tener que admitir la libertad de disponer para después de la muerte, aunque sea por vía de excepción y de diferente manera según las regiones, ante el párroco, en despoblado o en viaje mediante comisario, en fideicomisos y herencias de confianza, en pactos sucesorios de muy diverso carácter, etcétera” (126).

El *paralelismo* entre las figuras de pacto sucesorio bajo la forma de un testamento “contratado” y bajo la forma de donación, puesto de relieve por F. SAMPER POLO, lo he presentado en páginas precedentes de esta misma REVISTA al aludir al denominado “derecho romano-vulgar”, y allí remito (127).

Señala G. BRAGA DA CRUZ, acerca del probable *origen histórico* de la sucesión contractual, que:

“El origen histórico de la sucesión contractual,... es un problema que está muy lejos de ser o estar aclarado. Lo que sí puede afirmarse es que la institución contractual, independientemente de cualquier filiación concreta, se generalizó en base a dos fuerzas propulsoras fundamentales: en primer lugar, en la idea de que la sucesión se podía regular por contrato, idea fuertemente enraizada como consecuencia de la intensa divulgación, en los siglos anteriores, de las *adoptiones in hereditatem* y por las donaciones *post obitum*; y, en segundo lugar, por el favor dispensado en la época, a todas las instituciones jurídicas que tienden a mantener la integridad de los patrimonios familiares y a conservar los bienes en la familia, de generación en generación.

---

(126) V. GARCÍA GALLO, A.: “Del testamento romano...”, *op. cit.*, pp. 435, 437-438, 450-451 y 497, respectivamente.

(127) V. SAMPER POLO, F.: “La disposición *mortis causa*...”, *op. cit.*, pp. 163 y ss. [v. en esta revista, núm. 58, pp. 81-127, en especial, pp. 121 y ss. y notas 57 y ss.].

La sucesión contractual es así producto de un ambiente social concreto; el mismo ambiente social que permitió, tanto en Francia, Italia, Portugal y España, que proliferaran las instituciones jurídicas que tendían a evitar la disgregación del patrimonio familiar, como el *laudatio parentum*, los retratos gentilicios o de abolorio, las reservas hereditarias, la regla *paterna paterni, materna materni* o derecho de troncalidad. Lo mismo puede decirse... de los pactos sucesorios renunciativos acogidos, con mayor o menor simpatía, por todas las costumbres de la Europa Occidental del s. XII y, sobre todo, a partir del s. XIII, en donde fue generalizada su aceptación.—...=” (128).

Hace constar M. L. MARÍN PADILLA —siguiendo a A. PERTILE— que:

“... En la Edad Media, en las leyes bárbaras y en la práctica, toda disposición de última voluntad era una donación irrevocable *inter vivos*. Constituye así el pacto sucesorio otro título de vocación hereditaria, junto al testamento y la ley, participando, en cierta manera, de la naturaleza del testamento, pero es, a la vez, un verdadero contrato que requiere, necesariamente, de dos contratantes y la capacidad de obligarse y hacer testamento; así la sucesión en los feudos, tanto en Inglaterra, Francia y Alemania, que se conservaban en una sola mano y se transmitían por orden de primogenitura, como en los fideicomisos” (129).

Ilustrando el *análisis histórico* de la sucesión contractual en los textos castellanos, con interesantes reflexiones y comentarios a los mismos, concluye M. L. MARÍN PADILLA que:

“La validez de los pactos sucesorios en Castilla no la cuestiona ninguno de los juristas que los estudian y ni siquiera entran en la polémica que sobre su validez o invalidez se estaba produciendo en Europa. Suelen decir los juristas españoles que los juristas del Derecho Común ignoraban nuestras leyes.

—...=...=

El dicho tan reiterado, que ha pasado a ser casi regla, de que el Derecho romano y el Derecho de Castilla prohibieron los pactos sucesorios no puede ser más falso, como intento demostrar en este libro;—...=

En conclusión, en Castilla no sólo se podía nombrar heredero al primogénito por pactos sucesorios, así como disponer del tercio de mejora y del quinto libre disposición por contrato o última voluntad, sino que se podía disponer por donación universal de todos los bienes, reservándose el donante algo con lo que disponer por testamento o última voluntad o por contra-

---

(128) V. BRAGA DA CRUZ, G.: “Os pactos sucessorios na História do Direito português”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, año LX (1965), pp. 101 y ss. [cita en: MARÍN PADILLA, María Luisa: *Historia de la Sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 176-177].

(129) V. MARÍN PADILLA, M. L.: *Historia...*, op. cit., pp. 177-178.

to entre vivos. Las dos formas de delación voluntaria, la testamentaria y la contractual, están recogidas en estas leyes castellanas en pie de igualdad, respondiendo esta última a la tradición visigoda y de la época de la Reconquista" (130).

Toda esta exposición, desde una perspectiva *genérica* y desde el perfil *específico* del denominado "ius commune" (131) en España, entiendo debe complementarse con el recuerdo especial de *la valoración dada a la legislación castellana* [a la que en seguida me refiero] por el magisterio de don Federico DE CASTRO y BRAVO, en estos términos literales:

"No puede hablarse de una verdadera recepción del Derecho romano ni de la glosa italiana; hay más bien una españolización de disposiciones y doctrinas y un reconocimiento –en parte excesivo– de la superioridad de la técnica romanista. El *ius commune* logra crear un Derecho, con aspiraciones a convertirse en el de la Cristiandad, al servicio del Imperio y basado en la *auctoritas* doble de Roma y de los libros justinianeos; la obra de don Alfonso levanta una nueva idea imperial, basada en la fe y en la razón, como comunidad de hombres ligados por vínculo mutuo de lealtad. **Así, España crea su versión independiente de *ius commune*.** En la mente del Rey Sabio se unía, de modo bien español, la preocupación nacional con sus aspiraciones universales; en *las Partidas*, el sentido católico y las alusiones imperiales están en estrecha conjunción con un hondo carácter hispánico.

Su eficacia –aunque a la larga– se desenvolverá en aquella doble dirección. En la Península será instrumento poderoso de *unificación*; se traduce por dos veces al portugués; en el siglo XIII, al gallego; en el siglo XIV, al catalán, y en todas las regiones españolas se aplica, por juristas y Tribunales, como Derecho supletorio. Sus mismas pretensiones de universalidad también tuvieron cierta realidad; el italiano cardenal DE LUCA cuenta que cuando ocurre alguna duda sobre el *Jus civile*, los jurisconsultos de Italia acudían a *Las Partidas* [*Disc. II. De Servitutibus*], y todavía hoy continúan siendo la base del Derecho de los pueblos de la Hispanidad (de América, Filipinas y España)" (132) (133).

---

(130) V. MARÍN PADILLA, M. L.: *Historia...*, *op. cit.*, pp. 185 y 187.

(131) Sobre lo inapropiado del término, para su aplicabilidad en España, habría mucho que apuntar. En cuanto al nombre y en cuanto al asimismo extendido uso del método llamado "*mos italicus*", parece, en mi opinión, que es muy discutible y por mi parte no los comparto.

(132) V. DE CASTRO y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España. Parte General. I*, Ed. del "Instituto de Estudios Políticos", impr. de Gráficas González, Madrid, 1955, pp. 158-159 [el subrayado especial es obra mía: J. C. G.].

(133) El magisterio que se deriva de estas palabras de don Federico DE CASTRO y BRAVO, que comparto plenamente, hace que no pueda dar mi asentimiento a lo manifestado enfáticamente y sin pruebas por CALASSO, F.: en *Medio Evo del Diritto*, *op. cit.*, capítulo VIII (El derecho común en Europa), § 4, pp. 614-616. Es dudosa la afirmación del autor de que "*la cultura jurídica española está fuertemente embebida por la doctrina italiana*" y, al mismo tiempo, nos dice que *no ocurre lo mismo en el mundo de la praxis*. El mismo CALASSO reconoce, por otra

Ahora es —a mi juicio— cuando podemos proceder al examen *literal* de los **textos legislativos castellanos**.

## 2. Textos legislativos seleccionados.

### • FUERO VIEJO DE CASTILLA (134):

#### **Fuero Viejo de Castiella. Título I, Ley XI.**

Ningund ome non aya poder de vender, nin enagenar, nin de empeñar, nin de dar erencia de padre, nin de madre, nin de otro pariente alguno fasta que lo erede, e el que lo comprare, noi vala.

### • LAS PARTIDAS (135):

#### **Partida 5.<sup>a</sup>, título 4, Ley 4.**

*Ley IIII en que manera puede ser fecha la donacion.*

Fazer se puede la donaciô en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, quando aquel que la da, pone condiçió en el donadio. La tercera, quádo son presentes en algúd logar el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Cca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir, señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenuto es de complirla aquel que la faze, o sus herederos. Pero esto se deue entender desta guisa, que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, qaya de lo q le fincare, tâto de lo suyo que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenuto en todas guisas, de la dar cûplida mête. Mas si por auîtura nô le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de complir la donacion.

#### **Partida 5.<sup>a</sup>, título 4, Ley 11.**

*Ley XI. de las donaciones q fazen los omes seyendo enfermos: quales deue valer, e quales non.*

A las vegas fazê los omes donaciones, estâdo cuytados en enfermedades, o teniêdo otros peligros de q nô cuydauan estorcer: e porende queremos aqui fablar de las tales donaciones, E dezimos, q la donacion q ome faze de su voluntad, estâdo enfermo, temiêdo se de la muerte, o de otro peligro q

---

parte, que “el particularismo jurídico fuertemente acentuado, derivado de las costumbres locales, está en antítesis con el derecho común”: *che cosa dire?*, esto es, ¿en qué quedamos?

(134) V. en *El Fuero Viejo de Castilla*, por don Ignacio JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, y don Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Madrid, 1781, Impr. de don Joachin Ibarra, en *reimpr.* de Editorial Lex Nova, Valladolid, 1975: v. en p. 106.

(135) He utilizado indistintamente las siguientes ediciones: la de la Real Academia de la Historia, tres tomos, Impr. de la Imprenta Real, Madrid, 1807, en *reimpr.* de Ediciones Atlas, Madrid, 1972; y la de ANDREA DE PORTONARIIS, con glosas de GREGORIO LÓPEZ, Salamanca, 1555, en *reimpr.* del BOE, y conforme a la **nota final de la edición** que indica: “Esta obra reallizada en los talleres del BO del E., se terminó de imprimir el día 26 de diciembre de 1985” (subrayado mío: J. C. G.).

vale. Pero tal donacion como esta, puede ser reuocada, en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquel a quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo guaresce de aquella enfermedad o estuerce de aquel peligro, por que se mouia a fazer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante q muera:ca tal donaciô como esta, puede ser fecha por todo ome que ha poder de fazer testamento:e deue se fazer delante cinco testigos a lo menos. E maguer diximos en el titulo de los testametos, que el fijo que esta en poder del padre:non puede fazer testamento: con todo esso bien puede fazer tal donacion como esta, con otorgamiento de su padre:e sera valedera, E sobre todo dezimos, que si el ome fiziessse donacion, por premia que le fiziessen.o por miedo q ouiesse, que le matarian, que tal donacion como esta, que non valdria.

**Partida 5.ª, título 5, Ley 13.**

*Ley XIII. Como puede ome vender el derecha que espera auer en los bienes de otri.*

Esperança ha los omes a las vegadas, de heredar los vnos, los bienes de los otros. E esta esperança puede ser en dos maneras. La vna es, quâdo algnoha fiuzia de heredar los bienes de algun su pariente:seyêdo tâ propinco, que aya de heredar le:si acaesciere q fine sin testamêto, todo lo suyo. La otra es quando han fuzia q le establecera algo por heredero. E por que y ha algunos omes que qere vender tal esperança como esta sobre dicha, o derecho que atiêdê auer:dezimos que lo non pueden fazer, si nôbrassen las personas de aquellos que hâ fuzia de heredar. Fuera ende, si fuere la vendida con otorgamiento, e complazer dellos mismos, e que durê toda via en este plazer fasta que mueran. Mas si non los nôbrassen, poder lo yan vender en esta manera:diziendo assi, q todas las ganancias, o derechos, que les han de venir, por razon de heredamiento, onde quier q les vengán, que las venden:e a quien, e por quanto. E por esta razô defendemos q non vala tal vendida, en q fuessen nôbradas las personas de aqllos q ouiesse fiuzia de heredar. Porque los compradores de tal esperança, o de tal derecho, como de suso es dicho, nô ayâ razô de se trabajar de muerte de aquellos, cuyos son los bienes, por cobdicia de los auer.

**Partida 5.ª, título 10, Ley 9.**

*Ley IX. Quáles pleytos son valederos ó non, que los compañeros ponen entre sí por razon de bienes que atienden heredar de otri.*

Firmando ó faciendo algunos compañía so tal pleyto que los bienes que atendiesen heredar de algunt home que nombrasen señaladamente, que fuesen comunales entrellos, quier los heredasen por seer establecidos por herederos ó de otra guisa, decimos que tal pleyto non vale, pues que señala la persona de aquel cuyos son los bienes, fueras ende si fuese fecho con su plazer et que durase en esta voluntad fasta su fin, porque podrie acaescer que algunos dellos se trabajarien de muerte deste atal por cobdicia de partir los bienes suyos entre si. Et por ende pleyto de que podrie nacer tan grant mal como este, defendemos que non vala: mas si quando firmasen el pleyto de la compañía lo feciesen desta guisa, diciendo que todas las ganancias que les veniesen de qual parte quier pro heredamiento que atendiesen heredar, non nombrando de quien, ó de otra manera, que fuesen comunales á todos; entonces valdrie el pleyto et habrie cada uno su parte de tal ganancia.

**Partida 5.ª, título 11, Ley 33.**

*Ley XXXIII. Cómo la promision et el pleyto que facen los homes entre sí que hereden unos los bienes de los otros, non vale, fueras ende en casos señalados.*

*Pleyto ó promision faciendo dos homes entre sí que qualquier dellos que primero moriese, que el otro que fincase heredase todo lo suyo, tal pleyto nin tal promision decimos que non debe valer, porque ninguno dellos non haya ocasion de se trabajar de muerte del otro, por razon de heredar lo suyo. Pero si tal pleyto ó tal promision feciesen dos caballeros entre sí, queriendo entrar en alguna batalla ó en hacienda, si alguno dellos moriese en aquel lugar, el otro que fincase heredarie lo suyo si non dexase el muertoijos legítimos. Et si por aventura non moriese hi ninguno, et despues que ende saliesen se le camiasse la voluntad á alguno dellos et quisiese revocar el pleyto ó la promision, bien lo podrie facer; mas si lo non revocase et lo hobiese por firme fasta la muerte de alguno dellos, el otro que fincase heredarie los bienes del muerto asi como sobredicho es (\*).*

**Partida 6.ª, título 1, Ley 7.**

*Ley VII. Cómo vale el testamento que el padre face entre susijos, maguer non sea fecho acabadamente.*

Acabado testamento es aquel que es fecho en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, et si de otra guisa lo feciesen non serie valedero. Pero si el padre ficiese testamento en que establesbiese por herederos losijos et los nietos que descendiesen dél ó partiese lo suyo entreellos, maguer en tal testamento non fuesen escriptos mas de dos testigos, valdrie bien asi como si fuese fecho acabadamente ante siete testigos que posiesen hi sus seellos. Eso mesmo serie quando desta manera el padre ó el abuelo partiese ó ordenase lo suyo por palabra tan solamente entre susijos et sus nietos, faciéndolo ante dos testigos rogados et llamados para esto. Otrosi decimos que si en tal testamento como este fuese ayuntada otra persona extraña á quien heredase el padre en uno con susijos, que quanto tañe en la persona del extraño non valdrie el testamento, como quier que en todas las otras cosas que fuesen hi escriptas ó dichas serie valedero. Et aun decimos que si el padre quisiese facer testamento en escripto non guardando todas las cosas que diximos que deben hi seer guardadas, poderlo hie facer en dos maneras. La primera es que despues quel testamento sea escripto, debe sobrescribir el padre diciendo asi: este testamento que fice quiero que sea guardado: otrosi deben decir et sobrescribir losijos; este testamento que fizo nuestro padre otorgámoslo. La segunda manera es que si el padre sopiere escrebir que lo pueda facer de su mano, diciendo en él los nombres de todos susijos et todo su testamento en qué manera lo face, et como lo ordena, et sobre todo debe asi escrebir; todo quanto en este testamento escrebi quiero que sea guardado. Et en el testamento que fuese fecho en alguna destas dos maneras puede mandar el padre algo á home extraño si se quisiere, et puede franquear sus siervos; pero ha meester que quando franqueare sus siervos que tal testamento sea fecho ante dos testigos á lo menos rogados et llamados para esto.

---

(\*) Se destaca en letra cursiva por ser la Ley de Partidas más citada.

## **Partida 6.ª, título 2, Ley 1.**

*Titulo. II. De como deuen ser abiertos los testamentos que son fechos en escrito en poridad.*

Escriuen algunos omes sus testamêtos en poridad, de guisa que los testigos, que escriuen y sus nomes, non saben que es lo que esta escrito en ellos. Onde pues que en el titulo ante deste mostramos las maneras de como se deuen fazer: queremos aqui dezir de como deue ser abiertos despues que fueren assi fechos, porque los omes a quien fuere mâdada alguna cosa en ellos sepan ciertamete quanto es. E otro si, que las poridades que son en ellos puestas, se, mejor guardadas. E mostraremos quiê puede mâdar q se abra el testamento. E ante quien E quâdo puede pedir que lo abran. E en que manera deue ser abierto, e mostrado. E ante quales.

*Ley I. Quien puede demandar ante el juez que abran el testamento que es escrito en poridad.*

En poridad, e con escritura seyendo fecho el testamêto, puedê aqllos a quiê es mâdado algo<sup>a</sup> en el demandar ante el juez, ql abrâ, seyendo muerto<sup>b</sup> el que fizo el testamento. Pero el que esto demanda, deue jurar<sup>c</sup> primero, q lo nô faze maliciosamête, mas por cuydar q en aquel testamêto yaze alguna cosa, q le fue mâdada a el, o a aquel por quien lo demanda. Esto es por quel testamento non pertenece tan solamente a vn ome solo, maguer sea heredero, mas a todos aquellos a quiê es mandada alguna cosa en el. Eporende pleyto, nin composicion, que fiziessen entre si, aquellos que cuydassen auer alguna cosa en el testamento, non deue valer, fasta que sea abierto ante el juez. Ca non podria ser sabida la verdad ciertamente, de lo que es escrito e mandado en el testamento, a menos de ser abierto. E porende podria acaescer, que rescibirian algunos engaño en la compoficion que fiziessen ante.

## **Partida 6.ª, título 6, Ley 14.**

*Ley XIV. Cómo debe seer cierto el heredero de la muerte de aquel quel estableció ante que entre la heredit, et otrosi si es tal home que gela podie dexar.*

Cierto debe seer el que es establescido por heredero ó ha derecho de heredar los bienes de otro por parentesco, de la muerte de aquel á quien quiere heredar; ca demientre que dubdase si es vivo ó muerto non puede entrar nin ganar la heredit dél, nin la puede renunciar maguer quiera. Otro-si el que fuese establescido por heredero so alguna condicion non puede entrar la heredit nin desampararla fasta que la condicion sea complida; et aun decimos que todo home á quien establescen por heredero debe seer cierto de la persona daquel que lo estableció si es home que pueda facer testamento ó non; ca si tal home fuere á quien defienden las leyes deste nuestro libro que non pueda facer testamento, non puede el heredero entrar la herencia de tal home; et como quier que la entre, non gana derecho ninguno en ella. Mas si el heredero dubdase de la condicion por sí mesmo, si por sí segunt derecho podrie ganar la heredit ó non, tal dubda nol empesce; et esto serie como si dubdase si era salido de poder de su padre ó non, ó si era siervo ó forro; ca maguer dubdase en alguna destas maneras ó en otra semejante dellas, non se le embarga por ende que non pueda entrar et ganar la heredit, pues que cierto es que el testamento vale, et que lo hizo aquel que habie poder de lo facer.



• **LEYES DE TORO (136):**

***Ley de Toro 17.***

Quando el padre o la madre mejorar a alguno de sus hijos o descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento o en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre bivos, ora el fijo esté en poder del padre que fizo la dicha mejoría, o no, fasta la / ora de su muerte, la pueda revocar quando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre bivos, oviere entregado la possession de la cosa o cosas, en el dicho tercio contenidas, a la persona a quien la fiziere, o a quien su poder oviere o le oviere entregado ante escrivano la escritura dello; o el dicho contrato se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento o por otra cosa semejante; que en estos casos, manda/mos que el dicho tercio no se pueda revocar si no reservasse el que lo fizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, o por alguna causa que segun leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas e con derecho fechas, se pueden revocar.

***Ley de Toro 22.***

Si el padre o la madre, o alguno de los ascendientes prometio por contrato entre bivos de no mejorar a alguno de sus hijos o descendientes, y passó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hazer la dicha mejoría de tercio ni de quinto y si la feziere que no vala. E / assi mismo mandamos que si prometio el padre o la madre, o alguno de los ascendientes de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes en el dicho tercio e quinto, por via de casamiento o por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir e hazer, e si no lo fizieren, que passados los dias de su vida, la dicha mejoría o mejoras de tercio o quinto sean avidas por fechas.

***Ley de Toro 23.***

Quando el padre o la madre pro contrato entre bivos o en otra postrimera voluntad fiziere alguno de sus hijos o descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría aya consideracion a lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte e no al tiempo que se fizo la dicha mejoría.

***Ley de Toro 27.***

Mandamos, que quando el padre o la madre mejoraren a alguno de sus hijos o descendientes legitimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra qualquier ultima voluntad, o por contrato entre bivos, que le pueda poner el gravamen que quisiere, assi de / restitution como de fideicommis-

---

(136) He utilizado indistintamente las siguientes ediciones: la del Ministerio de Educación y Ciencia, Edic. del Servicio de Publicaciones, Impr. de Gdez, SA, Madrid, SF; la de Pedro NOLASCO DE LLANO [*Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las Ochenta y tres Leyes de Toro*], Impr. de Joseph Delgado, Madrid, 1785, en reimpr. de Editorial Lex Nova, Valladolid, 1981; y la de SANCHO DE LLAMAS Y MOLINA [*Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*], segunda edición, Impr. de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino a cargo de F. Sánchez, Madrid, 1852, en reimpr. de Banchs Editor, Barcelona, 1974.

so, y fazer en el dicho tercio los vinculos y submissiones e substitutiones que quisieren, con tanto que lo fagan entre sus descendientes legitimos; e a falta dellos, que lo puedan fazer entre sus descendientes y legitimos que ayan derecho de les poder heredar; y a falta de los dichos descendientes que lo puedan hazer entre sus ascendientes; e a falta de los susodichos puedan hazer las dichas submissiones entre sus pa/rientes; e a falta de parientes entre los estraños; e que de otra manera no puedan poner gravamen alguno ni condicion en el dicho tercio. Los quales dichos vinculos e submissiones, ora se fagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valan para siempre o por el tiempo que el testador declarare, sin fazer diferencia de quarta ni de quinta generacion.

**Ley de Toro 44.**

El que hiciere segundo mayorazgo aunque sea con autoridad nuestra, ú de los Reyes que de nos venieren, ora por via de contrato, hora en qualquier ultima voluntad despues de hecho pueda lo revocar á su voluntad, salvo si el que lo hiciere por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de las cosas ó cosa contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo hiciere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escriptura dello ante Escribano, ó si el dicho contrato de mayorazgo se oviere echo por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ó por otra causa semejante: que en estos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió estoviese clausula, para que despues de echo lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo hizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura que hizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos que despues de hecho lo pueda revocar.

**Ley de Toro 69.**

Ninguno pueda hazer donacion de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes.

### 3. Los comentaristas.

- JUAN LÓPEZ DE VIVERO [*"a" DE PALACIOS RUBIOS*] (137).

De sus comentarios a las diversas clases de *pactos* interesan aquí los siguientes:

— Pactum factum inter sorores cum consensu maritorum, quod altera eorum sine filiis decedente, dos ad adulteram perveniat, vel ad eius filios iure primogenitura, an valeat.

---

(137) V. la nota a él dedicada en DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España...*, op. cit., p. 163 y n. 3.

— V. aquí, en las *Adiciones* de J. BERNAL DÍAZ DE LUGO y J. BARAHONA, su obra titulada *Opera varia*, Impr. de Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1616, en las pp. 124.b, 137.a, 138.a, 137.a y 252.b, respectivamente.

— Pactum etiam iuramento vallatum de re communi seu societate inita non dividenda, non tenet.

— Pacto inito inter duos etiam sine iuramento, ad tertii utilitatem, in eius praeiudicium paciscensibus non est fas à pacto discedere.

— Pactum etiam iuratum, de non succedendo ex testamento, non praeiudicat paciscenti.

— Pactum factum per uxorem quod maritus non teneatur praestare eam diligentiam in dotalibus quam in suis rebus praestat, non valet.

— Pactum per quod dotis conditio sit deterior, ad praeiudicium uxoris, vel mariti, non valet.

En todos estos supuestos la solución dada *es idéntica* a la de los comentaristas [BARTOLO, BALDO, ...].

- ÁNTONIO GÓMEZ (138).

— En sus varias “resoluciones” trata los mismos supuestos que los clásicos comentaristas (BARTOLO) con soluciones prácticamente idénticas. Así, v. gr.:

- Nada impide que alguien pueda vender todos sus bienes, tanto presentes como futuros, porque ninguna razón ni causa lo impiden.
- No vale la donación de todos los bienes presentes y futuros, porque limita la libre facultad de testar.
- También alguien puede vender una herencia universal a él deferida por testamento o abintestato: con la transmisión de acciones útiles *activas* al comprador, pero *no* las *pasivas*.

---

(138) V. en DE CASTRO, F.: *op. cit.*, p. 163 y n. 4.

— De la extensa obra de A. GÓMEZ interesa aquí la titulada *Variae Resolutiones juris civilis, communis, et regii, tomis tribus Distinctae*, con *Anotationes* de M. SOAREZ A RIBEIRA y J. DE AYLLÓN LAYNEZ, Impr. de Viuda e hijos de Pedro Marín, Madrid, 1794, *Editio Novissima*, capítulo II, n. 4 (p. 434) y n. 5 (p. 435).

— En el denominado Tomus Secundus [De Contractibus] de esa citada obra *Variarum Resolutionum*, v.:

- [Donatio *causa mortis*]: pp. 554 y 562 y ss., n. 16]: pregunta si puede ser equiparada a los contratos o a las últimas voluntades.
- Cap. XI (De *Qualitatibus contractum*), n. 11 [pp. 678 y 688 y ss.]: Se pregunta si el padre mejora al hijo o a la hija, no con una cualidad expresa, sino diciendo simplemente “Melior filium”, si vale la mejora.
- Cap. XIV (De *Restitutione Minorum*), n. 24 [pp. 793 y 807 y ss., y 832 y ss. en “Additiones”]: pregunta si cuando el contrato es nulo o inválido puede ser confirmado por juramento.

— De sus extensos comentarios a las LEYES DE TORO me ocuparé más adelante, en las versiones *posteriores* de su obra, con adiciones o anotaciones de otros autores.

•• Se pregunta si vale una venta de herencia: dice que debe tratarse de una herencia de alguien difunto.

Sin embargo, por contra, se pregunta si puede venderse la herencia de una persona viva, porque la venta era de escasa importancia y *contra bonos mores*.—...= Mayormente, aquel que vende la herencia de un viviente, posteriormente será privado de su sucesión, si llegare a ella.— Nada obsta la ley [del Digesto: § *Pro socio, in leg. societatem universalem*] donde se dice que los socios pueden bien convenir una sociedad, de modo que se dividan las herencias que vengan a ellos en el modo y forma convenidos en el contrato: porque debe entenderse que cuando se convino la sociedad era acerca de herencias inciertas a ellos vinientes: no, sin embargo, en las herencias de algunos ciertos vivientes y determinadas personas.

— En el tomo SEGUNDO [“DE CONTRACTIBUS”] de sus “Variarum Resolutionum” presenta los siguientes supuestos de interés especial en este punto:

•• Respecto de la Donación *mortis causa*; entiende [“breve et resolute dico”] que, en cuanto a la forma contratos, solemnidades, y ordenaciones, se equipara a los contratos. De donde deduce que esta donación requiere presencia de las partes, y, por tanto, estipulación o tradición. En cuanto a la confirmación y a los efectos, se equipara a las últimas voluntades, porque se confirma por la muerte del donante, y antes éste puede lícitamente revocarla.

•• Respecto de las *cualidades de los contratos*, en orden a la mejora efectuada “*simpliciter*” [“*Melioro filium*”], pregunta si por razón de la incertidumbre vale la mejora o está viciada. Defiende la validez, tanto en el quinto como en el tercio.

•• Respecto de la “*restitutione minorum*”, pregunta si, cuando el contrato es nulo o inválido, puede ser confirmado por juramento, y *en uno de los incisos* se refiere explícitamente al “**pactum de succedendo**” [en las “Additiones”, al que llama “**De pacto super haereditate viventis**”]. Parte del *principio básico* de que el contrato nulo es anulado porque va *contra bonos mores* y por tanto no puede ser confirmado por juramento. De lo que deduce que el pacto “de succedendo” no puede ser confirmado por juramento, porque induce el *votum captandae mortis* [arg. *ex in leg. fin. Cod. de Pact.*]. Lo confirma en las “Adiciones” [con citas de GOMEZIUS (él mismo), COVARRUB, GUTIER, MORLA, CANCER], ni siquiera por el favor de pía causa, ni por disposición de estatuto o costumbre, ni por un juicio, ni por ejecución de otro pacto.

- GREGORIO LÓPEZ (139).

- *Glosa* a Partida 5.<sup>a</sup>, Tít. X, Ley 9: alude a la “occassio captande mortis alterus”, y a la *excepción* a la prohibición, esto es, “nisi de consensu persone de cuius hereditate agitur” [con su plazer].

- *Glosa* a Partida 5.<sup>a</sup>, Tít. XI, Ley 33: alude al conocido supuesto clásico de la *sucesión recíproca* y el excepcional caso de los *militares*. De las varias glosas resalto aquí *la sub-b*), relativa a “non deve valer”, con la conocida argumentación tomada de los comentaristas (BARTOLO) de “quia non valet” a no ser que “tale pactum non firmatur iuramento” (140).

- *Glosa* a Partida 6.<sup>a</sup>, Tít. I, Ley 3: prevención en la redacción del testamento para que la intervención de “extraños” no lo convierta en un contrato o donación entre vivos.

- *Glosa* a Partida 6.<sup>a</sup>, Tít. I, Ley 7: el supuesto clásico de un testamento “inter liberos” y las condiciones formales para su validez (141).

- *Glosa* a Partida 6.<sup>a</sup>, Tít. VI, Ley 14 [“Como deve ser cierto el heredero de la muerte de aquel quel estableció...”]: en la glosa *inicial* dice “dubitans testatorem mortuum esse: vel an potuit condere testamentum: non potest adire eius haereditatem...” En la glosa *siguiente* [(i) De la muerte] indica que “concuerta con la ley [Digesto] qui haereditatem et l. neminem et l. haeres institutus...” y cita a BALDO [in cap. 1, § 1, colu.sina. quo tempore miles, et dicitur haeres esse de hoc certus...”].

## VI. Legislaciones germánicas [medievo]

### 1. Evolución en el medievo.

Una excelente exposición compendiada es la de H. BRUNNER y CL. VON SCHWERIN, que, al referirse en su conocida obra al llamado “dere-

---

(139) V. en DE CASTRO, F.: *op. cit.*, p. 164 (notas 2 a 7) y 165 (notas 1-2).

— De los interesantes comentarios y glosas a *Las Partidas* por parte de GREGORIO LÓPEZ han hecho referencia todos los autores que se han ocupado de este tema.

Aquí se recogen solamente *algunas glosas*, que estimo de especial aplicación a nuestra investigación:

— Glosa a Partida 5.<sup>a</sup>, Tít. X, Ley 9: T. III, p. 58.

— Glosa a Partida 5.<sup>a</sup>, Tít. XI, Ley 33: T. III, p. 70.

— Glosa a Partida 6.<sup>a</sup>, Tít. I, Ley 3: T. III, p. 3-b).

— Glosa a Partida 6.<sup>a</sup>, Tít. I, Ley 7: p. 4 y 4.b)

— Glosa a Partida 6.<sup>a</sup>, Tít. VI, Ley 14: p. 41.41 b).

(140) V. el comentario de MARÍN PADILLA, M. L.: *op. cit.*, pp. 183 y ss.

(141) V. el comentario de MARÍN PADILLA, M. L.: *op. cit.*, p. 181.

cho de expectativa hereditaria y a la donación *mortis causa*”, entre otras cosas, dicen:

“Desde muy antiguo se permitió que el causante cediera en vida su hacienda a los herederos más próximos con la carga vitalicia de su manutención y de un entierro conveniente, o bien con reserva vitalicia de una parte de su fortuna. Este negocio se encuentra ya en una colección de fórmulas francas del siglo VII y desde el siglo XIII es comprobable bajo la denominación de *evelganc* [*Evel* = malo, alechigado, enfermo. Cf. NOORDEWIER, *Regtsbudheden*, 205; GRIMM, *DRA.*<sup>4</sup>, I, 674 S.; II, 97. FOCKEMA-ANDREAE, *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht*, 1906, II 263 ss. SERING, *Erbrecht u. Agrarverfassung in Schleswig-Holstein*, 1908, 10. En Frans VAN MIERIS, *Groot Charterboek der graaven van Holland en Zeeland*, I (1753), 167 del año 1216 a los menestrales del claustro Egmont sólo se les permitía el *evelgang* con asentimiento del abad.] en lugares francos y frisios. Como cesión de la hacienda contra reserva de una porción, se practica todavía hoy sobre cortijos rústicos en una gran parte de Alemania.

Donde los principios jurídicos expuestos sobre la precedencia del tronco masculino, sobre la casa solariega y sobre el derecho de expectativa —que favorecían la conservación de los bienes raíces en el tronco masculino— no alcanzaron vigor o le perdieron o fueron insuficientes, podíanse adoptar actos de disposición en cuya virtud ciertos bienes permanecían de modo duradero en el tronco masculino. Entre los anglosajones se encuentran ya a partir del siglo VIII cesiones de inmuebles con la determinación de que debían permanecer en el tronco masculino en calidad de inalienables. Sólo más tarde aparecen en Alemania negocios con tendencia análoga. Para ella se utiliza la cesión en mano común con exclusión de los sucesores hereditarios cognados. Ofrece una de las muestras más tempranas un documento bávaro de 1075 [Graf Hundt en las *Abhandlungen der bayr. Akademie*, histor. Klasse, XIV, 2, 78]. La relación constituida entre los mancomuneros, en la que por lo regular estaban excluidas la división y la enajenación, se llamó muchas veces *ganerbinatio* [La relación de *ganerbinatio* podía crearse también contractualmente, entre personas no emparentadas]. Los negocios jurídicos tendientes a su producción se llamaron paces del burgo [denominaciones procedentes de la forma del negocio jurídico que también encuentra otras aplicaciones (En la asamblea judicial pública (*thinx*) el causante ofrecía al heredero adoptivo por mano de un tercero, del «fiador de la lanza», una lanza (*ger*) y de aquí el nombre de *gairerthinx*, *thingatio*. Cfs. Ed. Rothari, 172)], vinculaciones troncales, uniones de herederos, y forman el precedente de las ulteriores instituciones fideicomisarias. En esta materia se encuentran también desde el siglo XIV establecimientos de una determinada sucesión individual.

Al principio estuvieron prohibidas las donaciones con ocasión de la muerte, porque según la concepción de la época el causante al hacerlas no tomaba de sí la cosa donada, sino que privaba de ella a los herederos. Sin embargo, el antiguo derecho conoció la posibilidad de que un causante sin descendencia hiciera atribución de su patrimonio a una persona para el caso de muerte si mediante adopción le hacía heredero. Este negocio se llamó en

los longobardos *thinx*, *gairethinx* [*Burgfrieden*, la expresión alude al tipo de paz especialmente fortalecida que debía gobernar las relaciones de los coherederos. DRW., II, 617, in fine.], en los francos *adfatumus*. La Lex Salica, con desvanecimiento de su carácter de derecho de familia, le puso al servicio de la transmisión del patrimonio producida de modo que la hacienda se transmitía en primer lugar a un intermediario (*salmann*, hombre que media en la sala, § 47), que después de año y día hace la transmisión al destinatario. La Lex Ribuaría permitió para el *adfatumus* la entrega de un documento. Desde los siglos VII y VIII fueron permitidas y usuales con carácter general, sobre todo a favor de la Iglesia, las donaciones *post obitum*, negocios jurídicos realizados por *traditio cartae*, en cuya virtud la propiedad sobre el objeto donado debía pertenecer al donatario después de la muerte del donante que en vida se reservaba la *propietas* inalienable [Es así cómo la *donatio post obitum* se diferencia de la *donatio reservato usufructu*, transmisión incondicionada con reserva de usufructo para el donante. Otra opinión, SCHOENFELD, *op. cit.*, en la bibliogr. (El problema es de interés para la interpretación de los lugares pertinentes de la Lex Visg. vide J. A. RUBIO, AHDE., 9, 9 ss.)]. Eran negocios del derecho de cosas para el supuesto de muerte. Únicamente ya en la baja Edad Media se desarrollaron, primero en Alemania meridional, en conexión con la donación por causa de muerte, los contratos hereditarios, contratos en forma jurídica que reservaban al causante la disposición *inter vivos* sobre su hacienda, pero que concedían al favorecido un derecho hereditario inatacable y, por ello, eran contratos de derecho hereditario.

La Iglesia puso bajo su protección las disposiciones de última voluntad, exigió la jurisdicción en materia testamentaria y reclamó el cumplimiento de la última voluntad como un deber moral. En el derecho secular las disposiciones de última voluntad se llamaron «negocios» o «mandas», al principio para la parte del alma, luego reconocidas con fuerza de vinculación jurídica para otros supuestos. Pero no contenían instituciones de heredero en el sentido romano, sino sólo legados singulares. Para independizar su ejecución de la buena voluntad del heredero se hizo uso [Como ya se hiciera en las *donationes post obitum*. (Sobre la posición de tales intermediarios (*elemosinarii* o *manumissores*, *mansesores*, *advocati*, *fiadores*, *spondalarii*, *spondarii*, *coavezalarii*, *caveçaleros*, *capitales*, *guadiatores*) en el Derecho histórico español, MAYER. El antiguo derecho de oblig. 224-241, además de los textos que aquí se citan es fundamental para la naturaleza jurídica de la institución el § 124 del Libro de los fueros de Castiella)] de ciertas personas intermediarias, fiduciarios, *erogadores*, ejecutores, a quien se confiaba la liquidación de la sucesión, institución de que toman origen los ejecutores testamentarios. Remóntanse éstos a la tendencia de procurar al muerto un representante para la ejecución de la última voluntad. Originariamente el ejecutor testamentario debía cuidar por la salud del alma y acondicionar el aderezo del alma como lo pensara su dador, el propio muerto. Sólo desde la recepción de los derechos extranjeros se practicaron en Alemania los testamentos en el sentido romano, con necesaria *heredis institutio*" (142).

---

(142) V. BRUNNER, Heinrich y VON SCHWERIN, Claudius: *Historia del Derecho germánico* [traducción y notas de José Luis ÁLVAREZ LÓPEZ], Impr. Talleres Tipográficos Galve (Barce-

## 2. Posición respecto del tema de la investigación.

Es evidente que, dada la muy temprana *admisión* en las legislaciones germánicas de toda clase de pactos y contratos sucesorios y su florecimiento en la época medieval, que ha perdurado hasta nuestros días, no parece se deba insistir más en este punto.

Resulta, por tanto, que el conjunto de estos “derechos”, algunos de ellos penetrando en los usos consuetudinarios de diversas regiones y zonas de la vieja Europa, parece *ajeno* totalmente a nuestro tema de investigación.

### • Unas reflexiones finales

• Una *perspectiva de conjunto* de este importante período histórico, en lo que a nuestro tema de investigación respecta, parece conveniente en este lugar.

En tal sentido, procedo a condensar las *reflexiones* aquí pertinentes en tres grandes grupos de *ideas*: una, la de la visión resumida o de conjunto de este período; otra, la de la incidencia notable de la actuación notarial en el derecho histórico español; y otra, la de la elaboración del proverbio jurídico condensado en la regla “**viventis non datur hereditas**”. Todo ello en la forma que sigue:

### 1. Perspectiva general.

La evolución histórica del Derecho Medieval, a través de los respectivos territorios aquí examinados [ITALIA, ESPAÑA, LEGISLACIONES GERMÁNICAS], nos ha permitido detectar: el nacimiento de las Escuelas de

---

lona), Ed. Labor SA, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, en especial § 57, pp. 244 a 248.

— Una interesante exposición acerca de las donaciones *mortis causa* en el Derecho Germánico, en PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho Privado Germánico* [traducción de Carlos MELÓN INFANTE y Prólogo de Alfonso GARCÍA GALLO], Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1957, en especial Libro Sexto (Derecho Sucesorio), 1.<sup>a</sup> parte, sección II (Sucesión Hereditaria voluntaria), en los parágrafos § 98, pp. 363-367, y § 99 (Contratos sucesorios y testamento), pp. 367-369.

— La mejor presentación de conjunto, en la obra de BINDER, Julius: *Derecho de Sucesiones* [con traducción y notas de José Luis LACRUZ BERDEJO], impr. de Talleres Gráficos Mariano Galve (Barcelona), Editorial Labor SA, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1953, en especial el capítulo II (El contrato sucesorio), §§ 14 a 17, pp. 127 a 152.

— Para una resumida visión *de conjunto*, v. en MARÍN PADILLA, M. L.: *op. cit.*, pp. 178 y ss.



Derecho, la enorme floración de textos y de autores [glosadores, comentaristas], el análisis de la respectiva técnica argumentativa (tópica), la importancia de las profesiones jurídicas [**en especial la de los formularios notariales**], la elaboración doctrinal de los “*brocarda*” o apogemas jurídico-lógicos, y la aplicación de tales técnicas en la posterior formación de los “dogmas” en la Ciencia del Derecho [ésta, ya en el período histórico siguiente o “Derecho Intermedio”].

## 2. Perspectiva de la incidencia de la actuación notarial en el Derecho histórico español.

Una primera consideración debe hacer referencia a la notable labor investigadora en este ámbito específico, *desde el propio campo notarial*. Los nombres serían aquí muy numerosos y la relación larga. A la propia labor notarialista debería sumarse la *muy específica* referida a los pactos sucesorios [**en Heredamientos**, sobre todo: a ello he dedicado especial atención, en mi obra precitada] (143).

Una segunda consideración es la relativa a que buena parte de las ideas de G. VISMARA sobre el particular podrían sernos de aplicación o, en otro caso, de acicate a la investigación.

Una tercera reflexión es la derivada de *la específica situación* de determinadas partes del territorio hispánico ante esta gran aporía de los “pactos sucesorios” y ante la disyuntiva admisión-prohibición. De donde resulta que, *ante una concreta realidad social y unas agudas intervenciones notariales en este punto*, he optado por presentar las muy interesantes reflexiones de un compañero [J. M.<sup>a</sup> PUIG SALELLAS] ante la notoria evolución de su propio patrimonio familiar en una determinada comarca catalana (144).

## 3. Perspectiva de la formación del brocardo “**viventis non datur hereditas**”.

Presentada panorámicamente, según vimos, la elaboración doctrinal de los “*brocarda*”, puede observarse respecto del brocardo “**viventis non datur hereditas**”: que no aparece en las colecciones de “*brocardica*” de la glosa de AZÓN; que no es mencionado siquiera en las sutiles argumenta-

---

(143) V. CERDÁ GIMENO, José: “Comentarios...”, *op. cit.*, volumen 2.º B), Edersa, 2002, pp. 24 y ss. (*Bibliografía genérica*, referida a los “Pactos Sucesorios”) y 68 y ss. (Dimensión fáctica y evolución).

(144) V. **en mi libro precitado**, volumen 2.º B), pp. 80-81, y allí la perfecta descripción efectuada por el notario José M.<sup>a</sup> PUIG SALELLAS.

ciones de BARTOLO DE SASSEFERRATO; que es desconocido en los textos históricos del Derecho Castellano y por los autores clásicos españoles en este período; y que al llegar el Renacimiento [i.e., el Humanismo] es como un *non-nato*.

- Resumidamente expuestas aquí mis reflexiones finales acerca del interesante *período histórico medieval*, habrá que convenir conmigo en que la generalizada proposición doctrinal consistente en afirmar que “el derecho castellano mantuvo la tradición romana de la prohibición absoluta de los pactos sucesorios” no pasa de ser *otro lugar común* (tópico), merecedor de una completa revisión crítica como la aquí propuesta.

# **DE NUEVO SOBRE LA SUCESIÓN EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS (¿EL PUNTO Y FINAL A UNA ABSURDA POLÉMICA?)**

**MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN**

*Profesora Titular de Derecho Civil.  
Universidad de Cádiz*

**SUMARIO:** **I.** LA GÉNESIS: CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL SUPREMO. **II.** LA DESAFORTUNADA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **III.** LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN SUCESORIO DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS: VALORACIÓN. **IV.** DE NUEVO EL DEBATE: ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS. ANÁLISIS DEL DEBATE A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **1.** La disposición transitoria 12 CC y el artículo 14 de la Constitución. **2.** La prohibición de retroactividad de normas restrictivas de derechos individuales: la doctrina del Tribunal Constitucional. **3.** La imposibilidad de expropiar expectativas de derecho: la doctrina del Tribunal Constitucional. **V.** CONCLUSIÓN: SIEMPRE LOS ARTÍCULOS 10 Y 14 CE.

## I. La génesis: Constitución y Tribunal Supremo

Mis primeros trabajos de investigación y estudio tuvieron como eje el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1), en virtud de la cual se entendía derogada la normativa histórica (básicamente la comprendida en Las Partidas y Las Leyes de Toro) que, supletoriamente y a falta de disposición sucesoria del fundador en la Carta de Concesión, se aplicaba para establecer el orden sucesorio, y sólo en la medida en que esta normativa contenía el criterio de preferencia del varón sobre la mujer. En su momento, y por la trascendencia social del tema, se oyeron opiniones contrarias o “escandalizadas” por alterar un orden y una materia tradicionalmente consagrada bajo principios discriminatorios, de los que, hasta entonces, sólo había pervivido la discriminación de la mujer a la hora de suceder en el uso y disfrute de una merced nobiliaria; habida cuenta que los demás privilegios, que históricamente habían ido unidos al título, desaparecieron con la incardinación en la sociedad de otros valores, como son la igualdad y la participación democrática, de suyo incompatibles con la sociedad clasista y estamental en la que nacieron los títulos nobiliarios.

La argumentación que llevó en su día al Tribunal Supremo a tan acertado razonamiento procede de la aplicación básica y elemental del principio de jerarquía normativa en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico. La pirámide normativa de Kelsen, con nuestra Constitución en el vértice, no es más que la representación gráfica de una realidad, aceptada por todos y sin la que se desmoronaría el Estado de Derecho: la Constitución está por encima de la Ley, y ésta no puede contradecir a la primera, en cuyo caso quedaría, automáticamente, derogada por la entrada en vigor de la Constitución (la llamada inconstitucionalidad sobrevenida). La propia Constitución se encarga de recordarlo en la disposición derogatoria tercera: *Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*. Con estos mimbres sólo puede tejerse el fallo al que llegó nuestro Tribunal Supremo: leyes contrarias a la Constitución, al principio de igualdad, no pueden aplicarse tras la entrada en vigor de la Constitución, pues están derogadas, en virtud del principio de jerarquía normativa.

No estableció el Tribunal Supremo, porque, además, tampoco podía hacerlo, la imposición del principio de igualdad por encima de la volun-

---

(1) TS: 20 de junio de 1987 (RJ 1987/4540), 28 de abril de 1989 (RJ 1989/9886), 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8861), 22 de marzo de 1991 (1991/9889), 24 de enero de 1995 (1995/164), 13 de febrero de 1986 (1986/1251), 7 de mayo de 1996 (RJ 1996/ 3780), 25 de octubre de 1996 (1996/7479).

tad del fundador (tal y como sí pretende la Proposición de Ley 122/000162 actualmente en tramitación); que, en su libertad, pudo determinar el orden sucesorio que estimó pertinente, prefiriendo, si así fue su deseo, al varón sobre la mujer (2). Simplemente se limitó a declarar derogada una normativa que se aplicaba supletoriamente para definir el orden sucesorio, pero no en su totalidad (pues sigue aplicándose a la sucesión en los títulos la primogenitura y parentesco, tal y como viene recogido en Las Partidas y en las Leyes de Toro), sólo la norma que establece la preferencia del varón sobre la mujer, por contraria al artículo 14 de la Constitución.

Básicamente, la doctrina del Tribunal Supremo quedaba resumida sobre los siguientes parámetros (3):

1. La Constitución no suprime los títulos nobiliarios, aunque impide que de los mismos pueda derivarse consecuencia jurídica alguna, que no sea el mero uso (4). La condición nobiliaria no afecta, ni directa ni indirectamente, al ejercicio de ningún derecho o libertad pública.
2. Los títulos nobiliarios no son bienes patrimoniales que formen parte de la herencia del causante. El causante era sólo un poseedor del título cuya tenencia se transmite, a su muerte, a la persona designada en la carta de fundación, o supletoriamente al designado según los criterios contenidos en el llamado Derecho histórico (Las Partidas y las Leyes de Toro). No se aplica, pues, la normativa sucesoria contenida en el Código Civil: el sucesor recibe directamente el título del fundador y no de su anterior transmitente, que era un mero poseedor (5).
3. La ley fundamental de la sucesión de los títulos es la voluntad del fundador, que marcará como ley el orden sucesorio o de transmisión (6).

---

(2) También puede hacerlo el testador dentro de su ámbito de autonomía particular que le concede el Derecho privado; dejando su fortuna a sus sobrinos, en vez de a sus sobrinas, o mejorando a sus hijos en perjuicio de sus hijas.

(3) A mayor abundamiento, *vid.* mi obra *La sucesión en los títulos nobiliarios*, Madrid, 1993, donde se contiene un análisis detenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(4) *Su esencia o consistencia jurídica se agota en su existencia*, dice la STC de 24 de mayo de 1982 (BOE de 9 de junio de 1982).

(5) Así, por ejemplo, TS: 7 de julio de 1986 (RJ 1986/4414) y 10 de marzo de 1988 (RJ 1988/1811).

(6) TS: 28 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4676), 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6525), 25 de febrero de 1983 (1983/1073), 27 de septiembre de 1984 (RJ 1984/1946), 17 de octubre de 1984 (RJ 1984/4895), 7 de julio de 1986 (RJ 1986/4414), 20 de junio de 1987 (RJ 1987/4540), 27 de octubre de 1987 (RJ 1987/7468), 5 de marzo de 1992 (RJ 1992/2392), entre otras.

4. Supletoriamente, la sucesión nobiliaria se determina por las normas de Derecho histórico. Ellas contienen los tres criterios o principios en base a los que se articula la sucesión nobiliaria: primogenitura, masculinidad y representación (7). En este sentido, el TS entiende como constitucional el primero y tercero de los criterios, por gozar de “justificación objetiva y razonable” (8), circunstancia ésta que no concurre en el principio de masculinidad, en función del cual se prefiere al varón sobre la mujer, lo que da lugar a la derogación de este último por inconstitucionalidad sobrevenida (9). Y ello porque la desigualdad entre el hombre y la mujer contenida en la normativa histórica es una desigualdad producida *ope legis*, es decir, directamente de la Ley: una desigualdad de derecho, no de hecho (10).
5. La derogación del principio de masculinidad consagrado en la normativa histórica carece de eficacia retroactiva, y se aplicará sólo a las sucesiones nobiliarias posconstitucionales (11).
6. Por último, quizá para evitar “herir sensibilidades”, la jurisprudencia del TS suele acompañar a los pronunciamientos en los que se manifiesta sobre la constitucionalidad del principio de masculinidad, declaraciones sobre la diferente situación de la sucesión de la Corona, no afectada de inconstitucionalidad sobrevenida (por razones obvias que no voy a reproducir).

---

(7) ... en los títulos nobiliarios se sucede con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, conjugados con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes y el de éstos a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea; en cuarto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad prefiere y excluye al menor. Ni la proximidad de grado, ni la preferencia de sexo, ni la mayor edad operan más que cuando se trata de parientes consanguíneos de una misma línea, ya que, si pertenecen a líneas distintas, la anterior prefiere y excluye a cada una de las posteriores... TS 20 de junio de 1987 (RJ 1987/4540).

(8) TS 28 de abril de 1989 (RJ 1989/9886).

(9) ... Este Tribunal Supremo proclama y reitera, como ratio dicendi del presente recurso... la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del antiguo principio de masculinidad o preferencia del varón por discriminatorio y contrario a la Constitución y a la Convención de Nueva York, TS 28 de abril de 1989 (RJ 1989/9886).

(10) TS 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8861).

(11) Los motivos aducidos por el TS son dobles: de un lado, porque para que exista eficacia retroactiva es necesario la existencia de una ley que lo autorice; de otro, porque lo impediría el principio de seguridad jurídica de nuestra CE.

## II. La desafortunada actuación del Tribunal Constitucional

Este era el panorama jurídico cuando el TC dicta la sentencia de 3 de julio de 1997 (12), que irrumpe, de forma sorpresiva (y sorprendente), y que obliga, habida cuenta la alta instancia que la pronuncia, a readaptar la situación jurídica a los nuevos dictados del Tribunal.

No voy a repetir argumentos y razones que he expuesto sobradamente y que recogí por escrito en un trabajo publicado en 1999 (13). Tampoco los “calificativos” que dediqué a su contenido y la negativa valoración que me mereció la actuación del Tribunal Constitucional, “bendiciendo” la única discriminación a la mujer que, actualmente, existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, sí es necesario que, como premisa de estudio, deba reproducir de forma sintética el argumento del Tribunal Constitucional y las críticas que, desde el texto de la Constitución, y sin mucha dificultad, se le pueden hacer al endeble argumento sobre el que se sustenta la constitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer para ostentar honores nobiliarios.

En este sentido, la clave del razonamiento del TC se sitúa en la falta de consecuencias jurídicas que, hoy, se derivan del hecho de poseer un título nobiliario. Efectivamente, la pervivencia del título nobiliario tras la entrada en vigor de la Constitución sólo es posible si queda reducido a un *nomen honoris*, vacío de consecuencia jurídica alguna y sin que afecte en modo alguno al *status* social del sujeto que lo posee. Así, si su carácter es simbólico, si carece de valor alguno que no sea el que la sociedad quiera otorgarle sin consecuencia jurídica, no existe diferenciación jurídica real entre los sujetos que lo poseen y los que carezcan de dicha posesión. En otras palabras, no existe diferenciación jurídica, por lo que no es posible apreciar desigualdad material derivada de su posesión (14).

---

(12) 126/1997.

(13) “La constitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión nobiliaria (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997”, RGD, número 654, pp. 1757 y ss).

(14) FJ 15: *Pues bien, si los títulos de nobleza tienen hoy un carácter simbólico, como antes se ha dicho, la regla de preferencia establecida por el precepto cuestionado hoy es indudablemente, un elemento diferencial que no tiene cabida en nuestro ordenamiento respecto a aquellas situaciones que poseen una proyección general. De manera que sólo puede entrañar, al igual que los propios títulos nobiliarios, una referencia o una llamada histórica, desprovista hoy de todo contenido material. Dicho de otro modo: la diferenciación por razón de sexo que el mencionado precepto establece sólo posee hoy un valor meramente simbólico dado que el fundamento de la diferenciación que incorpora ya no se halla vigente en nuestro ordenamiento. Mientras que, por el contrario, los valores sociales y jurídicos contenidos en la Constitución y, por tanto, con plena vigencia en el momento actual, necesariamente han de proyectar sus efectos si estuviésemos ante una diferenciación legal que tuviera un contenido material. Sentencias posteriores del TS, y de acuerdo con la doctrina del TC, mantienen su carácter de nomen honoris.*

Claro que los títulos nobiliarios, en una sociedad democrática e igualitaria, no sirven a los fines discriminatorios, clasistas y estamentales que justificaron su nacimiento, y que, obligatoriamente, deben quedar (si es que el marco constitucional se lo permite) reducidos a distinciones honoríficas que no afectan al estado civil ni al ejercicio o la titularidad de derechos. Ello no impide que esta realidad pase, como todas las realidades, el filtro de la CE. O ¿sólo son dignos de protección los hechos de los que se deriven o puedan derivarse estrictas consecuencias jurídicas? Si ello fuera así, múltiples normas de nuestro ordenamiento jurídico no hubieran existido. Porque ¿qué consecuencia jurídica se deriva del hecho de que se impusiera el apellido paterno frente al materno? Y, aun así, se modificó la legislación permitiéndose alterar el orden de los apellidos (15). ¿Qué consecuencia jurídica se deriva de que un hijo lleve los apellidos de su padre maltratador? Aun así, la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género autoriza a la víctima de violencia de género a cambiar sus apellidos, modificando, para ello, el artículo 58.2 LRC (16). ¿Qué consecuencia jurídica tiene ser llamado Expósito de apellido? Y aun así el artículo 59.1 LRC autoriza, expresamente, el cambio de apellido Expósito (17). ¿Qué consecuencia jurídica tiene el cambio de nombre? Y aun así tanto la LRC como su Reglamento contienen una regulación específica para ejercitar el derecho del mayor de edad a variar su nombre y/o a alterar sus apellidos. Podríamos seguir enumerando una lista considerable de hechos sin consecuencia jurídica “aparente” alguna, pero que han sido considerados como dignos de protección por el legislador. ¿Por qué lo hace? ¿Ha errado el legislador? O ¿es que estamos hablando de otros valores, superiores, que inspiran nuestro ordenamiento jurídico y a los que el legislador y los operadores jurídicos (también el Tribunal Constitucional) deben plegarse?

---

(15) El artículo 109,2 CC, redactado conforme a la Ley de reforma del CC 40/1999, dice textualmente: *Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo apellido, antes de la inscripción registral.* Sobre el particular, véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ: “Régimen jurídico de los apellidos en Derecho español y su incidencia sobre el principio de no discriminación por razón de sexo”, RGD, números 646-647, pp. 88 y ss.

(16) DA 20: *El artículo 58 LRC, de 8 junio de 1957, queda redactado de la siguiente forma: 2. Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de la falta de requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por RD a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados en el Reglamento.*

(17) La LRC y su reglamento contienen múltiples referencias a la no imposición de nombres a los nacidos que determinen su filiación desconocida, tal y como era costumbre, hace años, de imponer a estos niños el apellido “Expósito”. Vid. artículo 169 *in fine* RRRC, por ejemplo.



El artículo 10 CE dispone como valor la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; ello quiere decir, lógicamente y en virtud del principio de jerarquía normativa al que ya nos hemos referido, que cualquier acto que ataque a la dignidad de la persona es inconstitucional. En otras palabras, el debate se traslada a analizar si ser apartado del derecho a suceder una merced nobiliaria por el mero hecho de ser mujer supone un ataque a la dignidad de la mujer, preterida de forma arbitraria y sin que exista una causa objetiva y razonable, lo que supondría constar la consecuencia jurídica que el Tribunal Constitucional dice no existir y que sitúa en la clave de su argumentación (ataque a la dignidad humana que está presente en la norma que autoriza a cambiar el nombre, alterar los apellidos, no ser llamado Expósito cuando el menor carece de filiación desconocida...).

Entiendo que el análisis cae por su propio peso, y que no debemos detenernos más en lo que, de suyo, es evidente. Máxime si tenemos en cuenta los antecedentes y paralelismos normativos, relativos a situaciones en las que el legislador ha intervenido en aras de la protección de la dignidad de la persona. Todas ellas, debo decirlo, de gran contenido sentimental, pero no todas discriminatorias (sí lo es la imposición anterior del apellido del padre antes del de la madre), como es la que nos ocupa.

Pero existe otra importante crítica al argumento del TC desde la propia Constitución. El artículo 14 CE, invocado por la doctrina del Tribunal Supremo, debe venir a colación para, desde sus postulados y la interpretación que del mismo hace el propio Tribunal Constitucional, constatar cómo contradice la doctrina consagrada en esta sentencia. Como ya expuse en su día (18), la prohibición discriminatoria por razón de sexo del artículo 14 goza de autonomía y supone una presunción de ilegitimidad de cualquier diferenciación por razón de sexo, que sólo puede destruirse si tiene como finalidad alcanzar una auténtica igualdad entre los sexos (discriminación positiva). Dicho lo cual poco hay que añadir, sino justificar lo injustificable: que la preferencia del varón sobre la mujer está legitimada por ser una medida cuya finalidad es alcanzar la igualdad entre los sexos (?).

Antes de finalizar con las críticas al principal argumento de la sentencia del Tribunal Constitucional, quisiera poner de manifiesto el valor moral y patrimonial de los títulos nobiliarios, que, necesariamente, añaden consecuencias jurídicas a la privación del uso del título si éste se hace en

---

(18) "La constitucionalidad de la preferencia...", cit. en las pp. 1764 a 1766, desarrolló la argumentación de la vulneración de la prohibición discriminatoria del artículo 14, con referencias en las citas 22, 23 y 24 a la propia doctrina del TC, así como a las opiniones de los autores sobre la materia.

base a criterios no objetivos y discriminatorios. Nadie puede poner en duda el valor sentimental que la posesión del título comporta para los sujetos que, dentro de una familia, son llamados a su uso, bien por respeto a la voluntad del fundador, bien por la aplicación supletoria de la normativa histórica. ¿No podemos hablar de daño moral para la mujer preterida por aplicación de una normativa contraria al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo del artículo 14? Pero hay más. En muchas ocasiones, la posesión de un título nobiliario puede reportar importantes beneficios económicos y facilitar a su poseedor, por el mero hecho de ostentar una merced nobiliaria, de importantes ingresos, que no tendría de no ostentarla (19). ¿Podemos, pues, hablar de daño económico, patrimonial, al generado por privar del uso del título a la mujer por su mera condición de fémina?

El segundo de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional es de menor calado y consistencia y poco nos dedicaremos a él. Así, entiende que el orden sucesorio es inherente al título, y que si éste se mantiene en una sociedad igualitaria, debe, necesariamente, hacerse con su propio orden sucesorio (20). En primer lugar, sólo se predica la inconstitucionalidad de uno de los criterios que marcan su sucesión, que no afecta a la totalidad de su particular régimen sucesorio: aquel que prefiere al varón frente a la mujer cuando ambos coinciden en grado. En segundo lugar, nada es inherente al título que no sea la propia merced nobiliaria. Si así fuera, no hubieran podido adaptarse y hubieran desaparecido. Desigualdad de las personas y desigualdad de los sexos, principios que han estado unidos a los títulos nobiliarios, sí que son conceptos inherentes e identificables. Si el título ha podido prescindir de la idea de estamento y desigualdad entre las personas para adaptarse al régimen constitucional, ¿en base a qué criterio no puede prescindir de la desigualdad entre los sexos?

La sentencia, pues, del Tribunal Constitucional deja el régimen sucesorio del título tal y como estaba antes de los pronunciamientos del Su-

---

(19) De todos es sabido que algunos títulos nobiliarios, por su trascendencia social o por la notoriedad que los rodea, tienen importantes repercusiones publicitarias. Ello, unido a un producto, puede actuar como marca publicitaria o como reclamo, de forma que el poseedor del título, por ceder sus derechos o prestar su nombre o imagen, puede percibir importantes ingresos.

(20) FJ 15 ... *los títulos nobiliarios se adquieren hoy por vía sucesoria tal y como son... el régimen legal de su transmisión post mortem ha constituido, a lo largo del tiempo, un elemento inherente al propio título de nobleza que se adquiere por vía sucesoria... Por lo que resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal y como es y ha sido históricamente según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones, sino al amparo de criterios distintos. Pues ello supondría tanto como proyectar valores y principios contenidos en la Constitución y que hoy poseen un contenido material en nuestro ordenamiento sobre lo que carece de ese contenido por su carácter simbólico.*

premo: se sucede por la voluntad del fundador y, en caso de que ésta no se manifestase, por la aplicación de los tres criterios extraídos de la normativa histórica (primogenitura, masculinidad y representación) (21).

### **III. La Proposición de Ley sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden sucesorio de los títulos nobiliarios: valoración**

*Sería deseable no volvernos a encontrar con pronunciamientos judiciales en este sentido y, habida cuenta que esta vez ha sido el Tribunal Constitucional, nuestro más alto órgano judicial, el autor del mismo, sólo nos queda pedir al legislador la modificación pertinente al respecto, para paliar esta grave situación de desigualdad* (22). Con estas palabras puse punto y final al que, creí, era mi último trabajo sobre la sucesión nobiliaria, publicado hace ya siete años. Quizá, en mi todavía inocencia, pensaba que el legislador no podría demorarse y que en no mucho tiempo daría una solución definitiva dictando una Ley de acuerdo con el mandato constitucional y cerrando, de una vez por todas, el debate. El 5 de septiembre de 2005 se publica en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados (23), una Proposición de Ley (24), no muy afortunada y breve, titulada *Igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, cuya intención es devolver al marco constitucional la sucesión nobiliaria.

El texto, todavía en tramitación parlamentaria, se compone de una exposición de motivos, dos artículos, una disposición derogatoria, otra transitoria y tres disposiciones finales.

El primero de los preceptos contiene una declaración sobre la igual-

---

(21) Por ejemplo, algunas sentencias del TS, posteriores a la sentencia del TC, en la que se reproducen los argumentos ya mencionados (incluidos, por supuesto, las referencias al principio de masculinidad como principio constitucional). El título se sucede en base a los criterios históricos de la llamada sucesión u orden regular (11-5-2000, RJ 2000/3408; 23-9-2002, RJ 2002/7839 y 15-9-2003, RJ 2003/6226); si existe carta de fundación, ésta es la que regula el orden sucesorio, llamado, también, sucesión irregular (9-2-1999, RJ 1999/535; 19-6-2000, RJ 2000/5292; 16-4-2002, RJ 2002/4253; 23-3-2004, RJ 2004/4047 y 5-7-2004, RJ 2004/4939); su naturaleza es la de un *nomen honoris* (21-7-2005, RJ 2005/6043), por lo que sus consecuencias jurídicas se agotan en la mera posesión (10-3-2004, RJ 2004/1820).

(22) "La constitucionalidad de la preferencia del varón...", cit., p. 1769.

(23) Número 198-1.

(24) Con el número 122/000162 (\*).

---

(\*) La citada Proposición de Ley fue debatida en la Comisión de Justicia del Congreso, ratificada la ponencia y aprobada con competencia legislativa plena, el día 29 de junio de 2006. Actualmente se encuentra en el Senado.

dad entre los sexos a la hora de ser llamados a la sucesión nobiliaria (25) y en el segundo se impone esta igualdad por encima de la voluntad del fundador (26). En otras palabras, la igualdad entre los sexos alcanzará tanto a la sucesión regular como a la irregular de los títulos.

Con independencia de que el legislador, como depositario de la soberanía popular, está legitimado para, dentro de los límites constitucionales, extender hasta donde considere oportuno su injerencia normativa en la realidad, soy de las partidarias de limitar las injerencias a las mínimas necesarias para atender a la finalidad perseguida, defendiendo posturas más respetuosas con la libertad del individuo. En este sentido, pues, no puedo menos que manifestar mi desagrado por el artículo 2 de esta Proposición de Ley, en la medida que impone el principio de igualdad [con una técnica jurídica poco ortodoxa (27)] a las sucesiones irregulares establecidas conforme a la libertad del fundador que, al otorgar el título, decidió establecer un orden sucesorio concreto. Si se observa la literalidad del precepto sólo considera nulas las previsiones en las que el fundador estableció la preferencia del varón sobre la mujer, y no otras posibles previsiones sucesorias que pudieran encerrar o contener consecuencias discriminatorias. Sabemos, porque la conocemos, que la normativa histórica que regula la sucesión nobiliaria y que se aplica en defecto de voluntad del fundador contenida en la carta de naturaleza, a excepción de la preferencia del varón sobre la mujer, es acorde con las exigencias constituciona-

---

(25) *El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de sexo en el orden regular de los llamamientos.*

(26) *Se considerarán nulas aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos, o que prefieran al varón en igualdad de línea y grado, o sólo de grado, o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder el hombre y la mujer.*

(27) La enmienda número 5 del grupo de Coalición Canaria (BOCG Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2005, núm. 198-7, p. 15) así lo pone de manifiesto, al solicitar la sustitución de “nulas” por inaceptables y la supresión de “o sólo de grado”. Hago mios los argumentos que justifican tal enmienda y que, a continuación, reproduzco: *La disposición de que “se consideran nulas” las previsiones de las Reales Cartas de Concesión que contradigan el igual derecho a suceder del hombre y la mujer permitiría interpretar que tales previsiones son radicalmente nulas ex tunc, es decir, desde el momento en el que se incluyeron en las Reales Cartas de Concesión, lo cual no puede ser en modo alguno cualquiera que fuese el alcance temporal de la proposición de ley y su régimen de derecho transitorio, deslegitimando a posteriori la propia historia nobiliaria. Lo correcto es considerar “inaplicable” tales previsiones como consecuencia del principio de igualdad contenido en la ley que se propone... Por lo que respecta a la expresión “o sólo de grado”, entendemos que debe suprimirse, ya que contradice el principio de la preferencia de la línea frente al grado, principio básico en la sucesión nobiliaria. Si no, una mujer de línea posterior, en igualdad de grado con un varón de línea anterior, tendría mejor derecho sucesorio que éste si hubiese nacido antes, con la consiguiente discriminación al varón de mejor línea. Esto podría dar lugar a múltiples litigios y a la alteración del orden de llamamientos generales.*

les, por lo que es suficiente que esta Ley se refiera sólo y únicamente a ésta. Aunque, repito, no soy partidaria de que el legislador se entrometa en esta parcela del individuo, debiendo respetar su autonomía y libertad, si lo hace para declarar nula una determinada previsión inconstitucional, deberá hacerlo, entiendo, declarando nula cualquier previsión discriminatoria que pueda contenerse en las cartas de naturaleza de los títulos, en orden a las disposiciones sucesorias que en ella se contienen (o que puedan contenerse en el futuro).

En el párrafo segundo de la disposición derogatoria de la norma, el legislador decide (desconozco los motivos y dejo constancia de su inoportunidad e inutilidad) rebajar al rango de reglamento toda la normativa histórica en la que, hasta ahora, se contenía el régimen sucesorio de los títulos nobiliarios (28). Inútil, también, la disposición final primera, que reproduce el mandato constitucional de exceptuar del régimen común los títulos de la Corona (29).

Pero son, quizá, las previsiones contenidas en la disposición transitoria única de la Ley las que han generado más alarma dentro de la comunidad nobiliaria. Efectivamente, el legislador (con intención o sin ella) ha puesto sobre la mesa el gran tema: la retroactividad. Que es contrario a la Constitución (y a la moral social) que la mujer sea preterida frente al varón para poseer y disfrutar dignidades nobiliarias es algo que hoy la sociedad acepta unánimemente sin cuestionarlo, y que los beneficiarios o posibles beneficiarios de dignidades y títulos nobiliarios, como miembros de la sociedad civil, sabían y esperaban (con mayor o menor ilusión) el cambio normativo de adecuación a las exigencias sociales y constitucionales. Pero, ¿hasta dónde se extiende el cambio? O, lo que es lo mismo, ¿a partir de cuándo se va a aplicar el nuevo orden sucesorio? Preguntas todas ellas claves para determinar los sujetos que van a verse afectados por el nuevo régimen y aquellos otros a los que el nuevo régimen sucesorio deja indiferentes. Teniendo en cuenta que el hecho de poseer un título nobiliario sí tiene consecuencias importantes (morales y económicas), el contenido de la Ley en orden a la retroactividad o no de la norma es una decisión de gran trascendencia del legislador.

En este sentido, el legislador ha optado por la aplicación retroactiva de la Ley optando por un “curioso” límite temporal: a los expedientes en litigio, y pendientes de resolución, al momento de la presentación del tex-

---

(28) *Las disposiciones de derecho histórico reguladoras del orden de suceder en los mayorazgos y dignidades nobiliarias que no se opongan a lo establecido en la presente Ley se entenderán con rango de reglamento en lo que aún pudieran mantenerse vigentes.*

(29) *Quedan exceptuados de las previsiones de esta Ley los títulos de la Corona, los títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona y los títulos de la Casa Real, que se regirán por su normativa propia.*

to de la Proposición de Ley, 27 de julio de 2005 (30). Esta fórmula abierta puede referirse e incluir aplicaciones retroactivas en grado medio (hasta los efectos no consumados, pero nacidos, de hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor), cuando el conflicto es la determinación del sucesor, y también a aplicaciones retroactivas en grado máximo (hechos acaecidos con anterioridad en cuanto a sus efectos ya consumados), cuando el litigio es la impugnación de derecho de un sujeto que es poseedor del título conforme a una determinada normativa. En este último caso será la nueva normativa la que decida si la impugnación debe o no prevalecer. Con independencia de la oportunidad de la decisión del legislador y los conflictos que pueda generar (31), el único límite es la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE, que el constituyente dirige al legislador y al que habremos de atenernos en el análisis de la norma. De ello me ocuparé más adelante en este trabajo.

#### **IV. De nuevo el debate: argumentos y contraargumentos. Análisis del debate a la luz de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional**

Por circunstancias profesionales vuelvo a tomar contacto con el tema de la sucesión en los títulos nobiliarios desde planteamientos basados en argumentos favorables al mantenimiento del *status quo* en orden a la discriminación de la mujer en la sucesión nobiliaria; esta vez los argumentos son más sutiles, algunos dotados de “aparente” constitucionalidad o legalidad, pero todos evitando el artículo 14 y el 10 CE (por razones “obvias”). Esta nueva-vieja polémica se suscita por el Proyecto de Ley analizado en el epígrafe anterior, cuya deficiente redacción y particular contenido ha dado pie a retomar el debate.

Los aludidos argumentos están sintetizados en este epígrafe y mi intención no es otra que someterlos a un análisis constitucional (el único permitido a un jurista) para constatar su adecuación o no al marco normativo superior, como referencia para ser o no “jurídicamente” atendidos.

---

(30) *Lo dispuesto por la presente Ley será de aplicación a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que, con fecha de 27 de julio de 2005, día de la presentación de la originaria proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, se encuentren pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso.*

(31) El grupo Parlamentario de Coalición Canaria Nueva Canarias realiza la enmienda 7, proponiendo dos párrafos nuevos a la DT con el siguiente texto: *La presente Ley sólo será aplicable a aquellas sucesiones que se originen a partir de la entrada en vigor de la misma y, por tanto, no será de aplicación para la determinación del mejor derecho genealógico respecto a los hechos y situaciones ya consolidadas. Igualmente y con carácter transitorio la legislación anterior será de aplicación a las sucesiones en dignidades nobiliarias en los casos de los hijos de sus inmediatos sucesores.* B OCD de 16 de diciembre de 2005, serie B, número 198-7, p. 16.

## 1. La disposición transitoria 12 CC y el artículo 14 de la Constitución.

La particular estructura sucesoria del título nobiliario [el sucesor recibe el título directamente del fundador y no del transmitente, que es un mero poseedor y que ni siquiera tiene capacidad para decidir el destino del título a su fallecimiento (32)], no sólo la excluye del régimen sucesorio común del CC, sino que también es posible que, acudiendo a la normativa transitoria de éste, en su calidad de Derecho común, pudiera generarse una interpretación, desde la Ley, favorable al mantenimiento de las normas de Derecho histórico para establecer su régimen sucesorio.

Efectivamente, la disposición transitoria 12 del CC contiene una norma en virtud de la cual se establece la “congelación” del ordenamiento jurídico al momento del fallecimiento del causante, a los efectos de determinar la normativa por la que se regirán los derechos a la herencia generados (33).

Con este argumento legal pudiera defenderse que la normativa que rige los derechos a la sucesión de los títulos nobiliarios es la que estaba en vigor al momento del fallecimiento del fundador, momento en el que se concreta la sucesión, habida cuenta que el poseedor recibe el título del fundador, que no del anterior tenedor, mero poseedor como él de la dignidad o merced. Esta normativa no es otra que la normativa histórica, en la que se consagra la preferencia del varón sobre la mujer que la Proposición de Ley quiere hacer desaparecer.

El citado argumento, por supuesto, no es válido para impedirle al legislador regular la sucesión nobiliaria, según los criterios o intereses imperantes y dignos de protección, en la sociedad de su época; en cualquier caso, no es invocable a los efectos de tachar como ilícita o ilegal la decisión del legislador actual manifestada en la Proposición de Ley.

Pero entiendo que tampoco es éste un argumento que impida la aplicación de la CE, aun en el caso de que la Proposición de Ley no vea la luz. La eficacia de la Constitución está por encima del CC, de forma que éste, si bien puede considerar aplicable normas ya derogadas, no puede hacerlo si éstas son contrarias a la CE; por lo que la disposición transitoria 12 aludida, después de la CE, debe interpretarse conforme a ésta,

---

(32) TS 7 de julio de 1986, RJ 1986/4414: *... los poseedores de los mismos tienen derecho de uso y disfrute, pero carecen del ius disponendi, tanto en las relaciones inter vivos como las mortis causa, ya que refiriéndose a esta especial sucesión, no por derecho hereditario, sino de sangre, el sucesor se considera que lo es del fundador y no del último tenedor...* En igual sentido, entre otras, de 10 de marzo de 1988, RJ 1988/1811.

(33) *Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior.*

impidiendo que, bajo su manto, se apliquen normas inconstitucionales (34).

Por tanto, la eficacia de la Constitución, la obligatoriedad de interpretar todo el ordenamiento conforme a sus principios y normas, impide que puedan aplicarse e invocarse normas contrarias a ella; ni siquiera para determinar los derechos hereditarios de un sujeto que falleció en el pasado, cuando las citadas normas estaban vigentes (35). Es posible, por obra de la disposición transitoria 12, retomar estas leyes, hoy inaplicables, y con su dictado determinar los derechos hereditarios si concurre el supuesto de hecho que la citada disposición transitoria 12 reproduce. Ahora bien, ni las viejas ni las nuevas leyes están exentas del filtro constitucional cuando su aplicación tiene lugar tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna.

El artículo 14 CE y el principio de igualdad y no discriminación, por razón de sexo en él contenido, son superiores, jerárquicamente, a la disposición transitoria 12 CC, por lo que impedirán que cualquier normativa preconstitucional que los infrinjan pueda tener vigencia en la actualidad.

**2. La prohibición de retroactividad de normas restrictivas de derechos individuales: la doctrina del Tribunal Constitucional.**

Es esta la crítica con mayor predicamento y que más encarecidamente sostienen quienes son contrarios a la conversión de la Proposición de Ley en Ley. Así han encontrado en la disposición transitoria del texto y su “particular” redacción un resquicio para predicar la inconstitucionalidad de la misma con el argumento de que es contraria al principio de irretroactividad de las leyes del artículo 9.3 CE.

Una afirmación de tal envergadura no puede (ni debe) verse tan alegremente, sin calibrar el alcance de dicha afirmación. El artículo 9.3 CE, interpretado por nuestro TC, tiene un contenido y un ámbito de actuación concreto y, en modo alguno, prohíbe cualquier aplicación retroactiva de normas legales. Pero pasemos, pues, a sintetizar, con la ayuda de la doctrina constitucional, el sentido del precepto.

---

(34) TC sentencia 19/1982, de 5 de mayo: *Al aplicar esta legislación anterior establece un régimen discriminatorio, por cuanto entiende que el hecho condicionante de la percepción se aplica a situaciones de las viudas que comenzaron con anterioridad a la nueva legislación, mientras que a las situaciones originadas después de ésta no se aplica. Con esta interpretación... se ha vulnerado el artículo 14 de ésta, provocando una desigualdad opuesta a los principios que la inspiran.*

(35) Entre otras, sentencias TC 9/81, de 31 de marzo (... *La naturaleza de la Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución...*) y la ya citada, 19/82, de 5 de mayo (... *A partir de la entrada en vigor de la Constitución, es un imperativo para todos los poderes públicos llamados a aplicar la ley interpretarla conforme a aquella...*).



Es de todos sabido que el constituyente decidió incluir un mandato al legislador, de forma que quedaba prohibida en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación retroactiva de las normas *sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*. Dicho mandato integraba, junto al artículo 2.3 CC (36), el esquema normativo dentro del cual juega o no la aplicación retroactiva de nuestras leyes. En este sentido [y con independencia de los excepcionales supuestos de retroactividad tácita de determinadas leyes (37)], se puede afirmar que el silencio del legislador sobre el alcance retroactivo de una norma legal tiene como consecuencia la irretroractividad de dicha norma (ya que el art. 2.3 CC va dirigido al juez o intérprete de las leyes). Y que el legislador posconstitucional carece de una libertad total para pronunciarse sobre la retroactividad de las leyes, ya que no podrá hacerlo sobre las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Así como es amplio el concepto de “retroactividad” del codificador (que incluye los llamados tres grados de retroactividad), el constituyente, cuando se refiere a la aplicación retroactiva, lo hace de una forma más restringida, dejando fuera del concepto la llamada retroactividad mínima (38). A los efectos, pues, del artículo 9.3 CE, es aplicación retroactiva sólo cuando la nueva Ley regula hechos o situaciones ya consumadas o efectos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, aunque éstos todavía no estén consumados (39).

---

(36) *Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.*

(37) Aceptada, también, por el TC al referirse a ella en la STC 27/1981, de 20 de julio.

(38) Aquella definida por la aplicación de la Ley a hechos acaecidos antes de su entrada en vigor, pero sólo en cuanto a los efectos que se producen bajo el imperio de la nueva Ley. Esta situación no es de aplicación retroactiva para el TC y no está, por tanto, prohibida por el artículo 9.3 CE.

(39) El TC adopta la tesis de ROUBIER, quien partía de la premisa de que *la nueva Ley debe respetar todos los efectos jurídicos producidos en el pasado, pero debe regular los futuros a partir del día de su promulgación*. A esta tesis se le llama también la del efecto inmediato. El TC recoge esta tesis, por primera vez, en su sentencia 6/1983, de 4 de febrero, donde los recurrentes tachaban de inconstitucional por vulneración del artículo 9.3 CE, una norma legal que se aplicaba a efectos futuros derivados de una situación anterior. Es decir, se planteaba si la retroactividad en grado mínimo es retroactividad a los efectos del artículo 9.3 CE. Transcribo, a continuación, el fragmento del FJ 3.º: *Puede, asimismo, afirmarse que la DT 2.ª b) del R. Decreto-Ley 11/79, de 20 de julio, no ha producido una eficacia retroactiva de carácter pleno sobre derechos o situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor. Los preceptos cuestionados regulan, en materia de VPO, los efectos de las situaciones tributarias que se producen con posterioridad al 1 de enero de 1980, es decir, con posterioridad a su entrada en vigor. No posee, por tanto, un efecto retroactivo pleno o de grado máximo ni tampoco la retroactividad en grado medio, que incide sobre efectos jurídicos ya producidos y todavía no agotados o consumados de las situaciones anteriores que pervivan el cambio legislativo. Por ello, no es posible apreciar vulneración de la norma formulada en el artículo 9.3 CE.* En igual sentido, y entre otras, 51/1983, de 14 de junio; 41/1984, de 18 de mayo; 42/1986, de 10 de abril.

Desde esta primera aproximación a la doctrina del TC están excluidas de la protección del artículo 9.3 CE, ya que no se considera aplicación retroactiva la aplicación de la Ley a las transmisiones *mortis causa* de títulos nobiliarios que tengan lugar con posterioridad a su entrada en vigor; por tener lugar el hecho causante, es decir, la muerte del transmitente después de la vigencia de la norma.

Siguiendo con el análisis del precepto constitucional, el artículo 9.3 se refiere a dos tipos de normas diferentes: las sancionadoras no favorables y las restrictivas de derechos individuales (40). Es unánime la interpretación del TC de los términos “sancionadoras no favorables” referidos, únicamente, a las normas sancionadoras sustantivas de Derecho penal y de Derecho administrativo sancionador (41). Ello impide la posible inclusión en esta categoría de la normativa sobre títulos nobiliarios, por lo que nuestro análisis debe orientarse a la interpretación del otro tipo de normas, cuya retroactividad está prohibida por mandato constitucional: las normas restrictivas de derechos individuales.

Los que defienden la inconstitucionalidad de la disposición transitoria de la Proposición de Ley, así como cualquier otra intervención del legislador en orden a la modificación de la normativa sucesoria de los títulos, que altere el orden histórico (preferencia del varón) a sucesiones ya consumadas, pero en litigio en una determinada fecha, o pendientes de determinar el sucesor, pero realizado el hecho causante (fallecimiento) antes de su entrada en vigor, en base a que restringen “derechos individuales”, y, por tanto, es alcanzada por la prohibición del artículo 9.3 CE, lo hacen desde la identificación de los términos “derechos individuales” con “derechos adquiridos”, tesis ampliamente superada por la doctrina del TC.

Efectivamente, en un primer momento existió una fuerte polémica doctrinal entre los partidarios de identificar e interpretar “derechos individuales” con el concepto “derechos adquiridos”, y los que abogaban por la equiparación con los derechos fundamentales y libertades públicas de

---

(40) Se cuestionó por la doctrina, en su día, si el constituyente en el artículo 9.3 hacía referencia a dos tipos de disposiciones: las sancionadoras no favorables y las restrictivas de los derechos individuales, o si, por el contrario, las disposiciones sancionadoras no favorables, además, deberían restringir derechos individuales para que le estuviese vedada su aplicación retroactiva ex artículo 9.3. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia constitucional, podemos afirmar, rotundamente, que el artículo 9.3 CE se refiere a dos tipos de normas, aunque ello no impida que una misma norma pudiera tener el doble efecto.

(41) El ilícito civil no está incluido dentro de la protección del artículo 9.3 y 25.1 CE. La interpretación de los conceptos “sancionadoras no favorables” se lleva a cabo, por primera vez, en las sentencias TC 35/1981, de 11 de noviembre; 73/1982, de 2 de diciembre, y 66/1983, de 21 de julio, aunque la doctrina en ellas contenida aparece en otras posteriores, como la 21/1993, de 18 de enero.

la CE (42), polémica que zanjó el TC sumándose a la tesis que los identificaba con los derechos fundamentales (43) y que, posteriormente, ha ratificado el propio TC en múltiples pronunciamientos (44).

El hecho, pues, de que el legislador decida aplicar retroactivamente la nueva normativa nobiliaria a los expedientes pendientes de resolver, en vía administrativa o jurisdiccional (incluso en vía de recurso) a la fecha de presentación del texto en el Congreso de los Diputados (pero no a los que, con posterioridad a la fecha, estén definitivamente resueltos), con independencia de lo “curioso” o “particular” del texto, no afecta, restringiéndolo, a derechos fundamentales o libertades públicas. Por tanto, la aplicación retroactiva prevista no es inconstitucional, pues el constituyente no la prohíbe en el artículo 9.3 CE.

Pero, ¿podría el legislador disponer la aplicación retroactiva de la Ley a todas las sucesiones ya consolidadas, siempre que la persona poseedora del título no hubiera fallecido, revisándola conforme al nuevo criterio?

---

(42) La discusión doctrinal se mantenía entre GARCÍA DE ENTERRÍA, defensor de la identificación con los derechos adquiridos, y LÓPEZ MENDUO. Este último, partiendo de un análisis clásico del término “derechos individuales” referidos a los conceptos “libertad-autonomía”, y ya que el constituyente sólo utiliza el concepto “derechos individuales” en el artículo 9.3 CE, por lo que no es posible buscar en el texto constitucional explícitamente su sentido, concluye identificándolos con los derechos que figuran en los artículos 15 a 29 de la CE, llamados, también, derechos fundamentales y libertades públicas. Y ello por entender que es en ese grupo de derechos donde se encuentra el componente liberal de la CE, de los que se predica la abstención estatal, así como por ser éste el sector de la CE más protegido, lo que justifica sumar a las demás garantías la garantía de la irretroactividad. Sobre el particular, *vid.* LÓPEZ MENDUO: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, y GAYA SICILIA: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987.

(43) El primer pronunciamiento del TC, haciendo suya la tesis del profesor LÓPEZ MENDUO, es la sentencia 27/1981, de 20 de julio.

(44) Por citar algunas sentencias TC, todas en el mismo sentido, 6/1983, de 4 de febrero (... *Este Tribunal, en su sentencia de 20 de julio de 1981, ha dicho ya que, cuando se trata de la defensa del ordenamiento jurídico constitucional, hemos de tener en cuenta que el artículo 9.3 CE alude a los derechos fundamentales del título I...*), 51/1983, de 14 de junio; 41/1984, de 18 de mayo; 42/1986, de 4 de abril; 108/1986, de 29 de julio; 129/1987, de 16 de julio; 70/1988, de 19 de abril; 100/1989, de 5 de junio; 173/1996, de 31 de octubre, y 131/2001, de 7 de junio [*la pretendida infracción del principio de irretroactividad recogido en el artículo 9.3 CE no puede prosperar “por cuanto el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión... a saber, que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona. Ello hace inviable la invocación de esta norma para afirmar el respeto debido a unas situaciones jurídicas que, si hubieran de identificarse como pretensiones tuteladas por la norma en cuestión, no tendría otros titulares que los entes públicos...*]. Sobre el particular, *vid.* mi trabajo *¿Se pueden modificar retroactivamente las pensiones?*, Madrid, 1995, pp. 11 y ss.

Desde el análisis del alcance del principio de irretroactividad, no estaría incluido dentro de lo “no permitido”, ya que una decisión de tal índole afecta a los derechos adquiridos, pero no a los derechos fundamentales con los que se identifican los términos “derechos individuales”. No obstante, el artículo 9.3 CE también garantiza el principio de seguridad jurídica que podría verse afectado y, cómo no, lesionado si una revisión de todas las sucesiones nobiliarias tuviera lugar. El concepto de seguridad jurídica está ligado a la confianza del ciudadano en cuál va a ser la actuación del poder legislativo, así como la certeza de que van a ser tutelados y no afectados los intereses jurídicamente protegibles (45). Sin lugar a dudas, el ciudadano confía en que las situaciones consumadas, de la índole de la descrita, así como los intereses que de ellas dimanar, no van a ser alterados como consecuencia de la aplicación retroactiva de normas legales, en la medida que tanto la situación como el interés son dignos de protección jurídica. La reflexión anterior debe ser tomada sólo *ad cautelam*, pues no figura (ni figurará, con toda seguridad) en el texto del proyecto.

### 3. La imposibilidad de expropiar expectativas de derecho: la doctrina del Tribunal Constitucional.

Otra crítica constitucional a la Proposición de Ley se hace desde una “particular” interpretación del artículo 33 CE. En este sentido, se mantiene que la inclusión del criterio de igualdad por alterar criterios tradicionales y consolidados, y cambiar el destino posesorio del título, no prefiriéndose la mujer frente al varón, tiene como consecuencia un efecto expropiatorio sin abono de justiprecio, lo que vulnera el artículo 33 CE.

Esta afirmación debe ser matizada y referida a los diferentes cambios previstos en el texto de la Proposición de Ley.

Es claro que los nuevos criterios afectarán a todas las transmisiones *mortis causa* que tengan lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. De este modo, las esperanzas de varones de disfrutar de la posesión de títulos nobiliarios, fundada en la normativa tradicional que durante siglos ha regulado la materia, queda truncada si existe una fémina en la familia con igual grado, pero de mayor edad. Ciertamente, la imposibilidad de poseer el título en el futuro va a privarles, no sólo del conteni-

---

(45) STC 83/2005, de 7 de abril: ... *La seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo).* En igual sentido su predecesora 104/2000, de 13 de abril.

do sentimental del mismo (pudiendo generarle un daño moral el hecho de verse privado de éste *pro futuro*), sino también del posible contenido patrimonial que algunos títulos, como “marca” con valor social, conllevan. Estos sujetos han sido desposeídos de un derecho que tenían desde su nacimiento, pues cuando éste tuvo lugar la normativa sucesoria lo hacía beneficiario a la posesión del título en cuestión. Argumentan que, dado el carácter expropiatorio de la normativa, sin abono de justiprecio, no es posible aplicarla a las sucesiones que tengan lugar a favor de sujetos nacidos bajo la anterior regulación (pues adolece de inconstitucionalidad por ser contraria al art. 33 CE), de tal forma que sólo podrá aplicarse a los beneficiarios nacidos con posterioridad a su entrada en vigor.

No obstante, el TC ha sido meridianamente claro en este punto: para que un derecho pueda ser expropiado es necesario que éste se encuentre dentro del patrimonio del sujeto. Y no lo están las expectativas de derecho, por lo que su posible alteración (o eliminación) por obra de la Ley carece del carácter expropiatorio del artículo 33 CE (46).

Pero la norma también extiende su ámbito de aplicación a los expedientes pendientes de resolver en vía administrativa o judicial; que, de no haber tenido lugar el texto legal, se hubieran resuelto de forma diferente a como, con toda seguridad, se resolverán conforme a los nuevos criterios, una vez se apruebe el texto y entre en vigor. Efectivamente, aquí no existen expectativas de derechos, pues se trataría de sucesiones no definidas o en litigio, pero cuyo sucesor se determinaría según la aplicación de unos criterios concretos y en vigor, cuando se impugnaron o se iniciaron los expedientes de solicitud del título. Incluso es posible constatar la existencia de auténticos derechos adquiridos en aquellos supuestos que, estando definida la sucesión, y disfrutando el sujeto de la posesión del título, ésta se impugna por otro que alega un mejor derecho (mejor derecho que, quizá, no pudiera apreciarse conforme a la legislación vigente en el momento de la impugnación, pero que sí es atendible según los criterios de la Proposición de Ley).

---

(46) TC 108/1986, de 29 de julio (... Pues bien, de acuerdo con esa legislación falta en el artículo 38 LOPJ un elemento indispensable para que pueda calificarse la reducción de la jubilación de medida expropiatoria, cual es que sólo son expropiables y, por tanto, indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos; pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros. En la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a jueces y magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria...), 99/1987, de 11 de junio; 66/1990, de 5 de abril, y 67/1990, de 5 de abril, entre otras muchas.

Entiendo que, tampoco, puede apreciarse en este supuesto una expropiación de derechos. Ni siquiera en el caso de derechos ya integrados en el patrimonio del sujeto y poseídos como tales, pero impugnados en vía judicial por alguien que alega un mejor derecho. Técnicamente a estos sujetos (si resultase que de la aplicación del nuevo criterio el fallo del órgano resolutorio fuera diferente al que hubiera sido al momento de la impugnación) no se les está privando de nada, simplemente se han alterado las reglas, y el que legítimamente las altera (el legislador) decide aplicarlas retroactivamente no sólo a los futuros litigios o expedientes de determinación del sucesor de un título, sino también a los asuntos pendientes de resolución administrativa o judicial, decisión que no infringe la prohibición contenida en el artículo 9.3 CE, por no restringir derechos fundamentales ni tratarse de una norma sancionadora no favorable. Tal y como hemos visto, es doctrina unánime del TC que no a toda norma desfavorable, por el simple hecho de serlo, le está vedada su aplicación retroactiva. Debe ser sancionadora (penales o administrativas sancionadoras) o restrictiva de derechos fundamentales o libertades públicas. Por tanto, el hecho de que el régimen impuesto por la nueva Ley sea claramente perjudicial para el sujeto que se verá privado del título nobiliario, al resolver el órgano competente conforme a la nueva normativa, aunque, ciertamente es desfavorable y se trata de una aplicación retroactiva, no supone vulneración del artículo 9.3 CE (47).

Si cada vez que el legislador decidiera aplicar retroactivamente la nueva normativa a los asuntos *sub iudice* o pendientes de resolver, se le imputara de “expropiador” de derechos, la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE quedaría vacía de contenido, al ampliarse su ámbito de aplicación a supuestos no expresamente incluidos en la misma. Igualmente, no podemos olvidar que así como hay que respetar ciertos límites a la retroactividad (los del art. 9.3 CE), ésta no puede tener como consecuencia la fosilización del ordenamiento jurídico, pues la retroactividad es, en muchos casos, deseable en aras a la modernidad y el progreso (48).

---

(47) TC 66/1983, de 21 de julio: *No es por fin admisible la alegada vulneración del artículo 25.1 CE por la sentencia recurrida en amparo, de constituir una condena al recurrente la aplicación retroactiva de una norma que no estaba en vigor en el momento que se sucedieron los hechos motivadores de tal sanción, ya que, en primer lugar, supone extender indebidamente el concepto de sanción asimilándolo a la simple consecuencia desfavorable...*

(48) TC 108/1986, de 29 de julio: *... Hay que advertir, por otro lado, que, según la doctrina de este Tribunal, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico...*

## V. Conclusión: siempre los artículos 10 y 14 CE

Después de veinte años de la primera sentencia del TS, adecuando la normativa sucesoria a los preceptos constitucionales y declarando ineficaz por contravenir a nuestra Carta Magna, bienvenida sea la Proposición de Ley actualmente en tramitación (a pesar de sus muchas incorrecciones), por la que se regula la sucesión nobiliaria, en base al principio de igualdad entre los sexos. Lástima que el tema no hubiese quedado, definitivamente, zanjado en su momento, sin que fuera precisa la intervención del legislador.

Por más vueltas “jurídicas” que quiera dársele a la cuestión, ni el artículo 9.3 CE, ni el 33 CE, ni, mucho menos, la DT 12 CC, pueden ofrecer apoyo y fundamento alguno para justificar lo injustificable: la CE impone la igualdad entre los sexos e impide cualquier actuación que afecte a la dignidad de la persona. Para ese viaje “no se necesitan alforjas”, aunque, lamentablemente, el mundo del Derecho tiene la virtud (¿defecto?) de convertir, muchas veces, lo sencillo, lo simple, en farragoso y complejo; sobre todo cuando existe una voluntad política de que ello sea así.

Dicho lo cual, y con independencia de que va a desaparecer la única discriminación legal existente en nuestras normas (lo que me congratula), el tema tiene más de anecdótico, de pintoresco (y, si se quiere, de absurdo) que de real y contundente: sólo afecta a 2.097 personas de toda la población española (49). Un número, francamente reducido y simbólico, y aunque el Derecho también es para las minorías, no es deseable *pro futuro* que nuestro legislador tenga que ocuparse de elaborar leyes para sectores tan minoritarios y para solventar cuestiones que se resuelven, con facilidad, aplicando la mecánica de funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico que se articula sobre la base del principio de jerarquía normativa.

Algún sector de la doctrina recomienda cautela en el cambio, como si la Proposición de Ley fuera fruto de la precipitación. Cautela que sólo puede demandarse de cambios profundos del ordenamiento jurídico, de la regulación de instituciones tradicionales o básicas para la convivencia de las personas, en definitiva, de normativas de trascendencia para la comunidad. Máxime cuando el único cambio contenido es la adecuación de uno de los criterios sucesorios discriminatorio a los dictados de la CE. ¿Es necesario que la sociedad siga meditando veinte años más para que la mujer pueda disfrutar, al igual que el varón y en su concurrencia, de dignidades nobiliarias?

---

(49) Los datos los he tomado de la intervención de la señora Couto Rivas, del grupo socialista, BOCG de 18 de octubre de 2005, número 120, p. 5978.

# **NOTAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 2003 POR LA LEY DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005 (\*)**

**MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA**

*Profesor Titular de Derecho Civil.  
Universidad de Sevilla*

**SUMARIO:** **I.** PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO. **II.** ACOTACIÓN PREVIA DEL ALCANCE DE LA REFORMA: SU CARÁCTER IRRETROACTIVO. **III.** LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. **1.** La condición de profesional de la agricultura: su significado en la reforma. **2.** Los límites legales relativos a la titularidad por el arrendatario de otras explotaciones agrarias. **IV.** LOS ELEMENTOS FORMALES: LA CONFIRMACIÓN POR LA LEY DE REFORMA DE 2005 DE LA INTERPRETACIÓN MÁS PROBABLE DE LA LAR 2003. **V.** RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO. **1.** Tiempo de duración del contrato. **2.** Renta. **3.** Gastos y mejoras. **A)** *Consideraciones generales: especial referencia al criterio de la LAR 2003 sobre la liquidación de las mejo-*

---

(\*) El presente trabajo se ha realizado dentro del Grupo de Investigación Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado IV (SEJ 2004 06995) financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, del que es investigador principal el profesor Antonio GORDILLO CAÑAS.



ras. **B)** *El incumplimiento por el arrendador de su deber de conservación de la finca.* **C)** *El cerramiento de las fincas objeto de arrendamiento y su posible supresión por el arrendatario.* **D)** *Obras de accesibilidad realizadas en la vivienda del arrendatario sita en la explotación.* **E)** *Liquidación del estado posesorio: las mejoras realizadas por el arrendatario.* 4. Cesión y subarriendo. 5. Sucesión en el arrendamiento. 6. Subrogación del adquirente en la posición jurídica de arrendador. 7. Derechos de adquisición preferente. 8. Resolución del arrendamiento a instancia del arrendador. **VI. EL CONTRATO DE APARCERÍA.** 1. El régimen normativo del contrato de aparcería: la aplicación al mismo de las normas relativas a la finalización del arrendamiento. 2. El acceso del aparcerero al arrendamiento de la finca. 3. La duración del contrato de aparcería. **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.**

## **I. Propósito de este trabajo**

El término “notas” con el que titulamos este trabajo tiene el deseo de describir su tono y pretensiones, aunque no ciertamente su extensión, pues tratamos en estas páginas de dar una cierta unidad y desarrollar por escrito lo que no fueron en su origen más que unas notas de clase elaboradas con cierta prisa para dar noticia a los alumnos de la asignatura *Derecho Agrario* de las novedades más importantes y trascendentes que la reciente Ley 26/2005, de 30 de noviembre (BOE del 1 de diciembre), introduce en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003.

No deben buscarse aquí, pues, unos comentarios detallados a los nuevos textos legales, ni menos aún una exégesis exhaustiva sobre el resultado que la reforma produce en el conjunto de la Ley de Arrendamientos Rústicos, sino una primera toma de postura muy personal, a vuela pluma y *docendi causa*, sobre los aspectos más salientes y llamativos que vienen a insertarse ahora en nuestro ordenamiento. A pesar de este modesto origen, y reconociendo que la Ley de reforma requiere en algunos de sus puntos una pausada labor de reflexión, pensamos que la publicación de estas notas puede ser útil para otras muchas personas, diferentes a sus destinatarios iniciales, que se ven obligadas al estudio y aplicación de esta reforma de 2005, cuando está aún tan reciente la entrada en vigor de la LAR 2003. Ni que decir tiene que las reflexiones que siguen, en razón del carácter de este escrito, se someten al parecer mejor fundado de otros

autores que más detenida y extensamente comenten el significado de las nuevas normas.

En la tarea de acercamiento a una nueva Ley habitualmente viene en auxilio del jurista el propósito manifestado por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley, no obstante lo cual tendremos ocasión de comprobar que la que acompaña a esta Ley de reforma tiene una redacción un tanto desdichada y presenta un contenido tan pobre que más que aclarar confunde, y, desde luego, impide hacerse cargo con exactitud de cuál ha sido el verdadero designio del legislador en muchas de las novedades introducidas; lo cual precisamente sucede con más frecuencia en aquellos puntos que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, tienen más calado, dificultad o importancia (1). En este sentido, opinamos que nos encontramos con una Exposición de Motivos que está bien lejos de haber cumplido la misión a la que esta parte de las Leyes debe aspirar.

Por citar algunos ejemplos de esta valoración negativa que nos merece la Exposición de Motivos, se puede hacer referencia al hecho de que la EM no destaque siquiera una de las más señaladas novedades de la reforma de 2005, como es la ampliación del plazo de duración mínimo del contrato, que de los tres años ha pasado a los cinco.

Asimismo, como otro dato que apoya esa personal valoración de la EM, se debe destacar el hecho de que la EM haga mucho hincapié en algunas novedades que, a la vista del contenido del texto legal, no son auténticas novedades, o, más bien, tienen un alcance real bastante limitado. El ejemplo más señalado de este último aserto lo encontramos en la pretendida obligatoriedad de ser profesional de la agricultura para ser arrendatario, cosa que la EM afirma ser propósito del legislador, pero que sólo muy matizadamente impone la nueva Ley a la hora de la verdad.

Por citar sólo un ejemplo más, sobre el que tendremos ocasión de volver también a lo largo del trabajo, se puede hacer alusión a la desafortunada descripción por parte de la EM de lo que suponen dogmáticamente los derechos de adquisición preferente. Es verdaderamente costoso admitir que esta parte de la EM haya sido redactada por un jurista medianamente informado.

Obviamente, esta valoración negativa que nos merece la EM en una visión de conjunto no impide que la misma nos ofrezca algunas pautas que pueden servir de guía a la hora de afrontar la tarea que nos hemos propuesto. Así, por ejemplo, la EM se abre con la importante consi-

---

(1) Algunas de esas materias merecerían un estudio detallado y monográfico. En esa circunstancia está el tema de las mejoras, la relación del arrendamiento rústico con el Registro de la Propiedad, las cuestiones relativas a la forma del contrato a la luz del nuevo contenido del artículo 11.1 LAR y el contrato de aparcería.

deración de que la Ley de 2003 requiere una modificación sustancial de manera que se facilite un equilibrio entre las partes contractuales: “La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, requiere una modificación sustancial con el fin de incidir en el ámbito agrario y en un armónico desarrollo rural, que tenga en cuenta todos los aspectos económicos, sociales y humanos, que se dan en las relaciones contractuales arrendaticias de manera que se facilite un equilibrio entre las partes, en el marco de los derechos y obligaciones que la propia Ley reconoce” (2).

Ello viene a significar, en román paladino, que, a juicio del legislador, la normativa que se viene a reformar no garantizaba de manera efectiva este equilibrio entre los contratantes; y esto explica, a nuestro juicio, que en el texto de 2005 vuelva a cobrar protagonismo en algunos casos la idea de la protección del arrendatario, criterio que había quedado bastante arrinconado por la Ley de 2003, concebida en unos términos de amplia liberalización, de forma que se había podido hablar de que dicha Ley había establecido una vuelta al Código Civil de la materia de los arrendamientos rústicos (3). Ahora el legislador de 2005, sin negar el mantenimiento en el régimen arrendaticio resultante de la reforma de ese designio fundamental de entregar el contenido del contrato a la autonomía de la voluntad de los contratantes (4), viene a consagrar un cierto retroceso en el reconocimiento de los márgenes en que esa libertad debe moverse, por cuanto en la nueva LAR ha crecido el número de casos en que las normas tienen carácter imperativo. Por citar un ejemplo, la reforma del artículo 3 consiste, exclusivamente, en la eliminación del carácter dispositi-

---

(2) A la vista del Proyecto de Ley de reforma que ahora ha entrado en vigor, NAVARRO FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Valencia, 2005, p. 457, había calificado de exagerada la calificación de sustancial que la EM da a la modificación de la LAR. Para PASQUAU LIAÑO, en *Ley de Arrendamientos rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004 (adenda), p. 11: “Las modificaciones, salvo en algún aspecto concreto que a continuación se destacará, son de matiz, dejando subsistente la estructura, muchas de las grandes opciones y el contenido de la mayoría de los artículos de la LAR 2003”. En general, estamos de acuerdo con estas apreciaciones, si bien hemos también de reconocer que algunos de los puntos modificados por la reciente reforma sí presentan importancia sustancial.

(3) Para entender la inspiración de la LAR 2003 resulta de mucho interés la lectura de las breves, pero sustanciosas, páginas, de LUNA SERRANO: “A propósito de la legislación de arrendamientos rústicos. Algunas propuestas de reforma”, en VVAA, *Operación Jovellanos. Propuestas de reforma para la agricultura española*, Madrid, 2000.

(4) Dice a este respecto la EM: “En todo caso, para que la Ley sea un instrumento eficaz debe dar la seguridad suficiente tanto a arrendadores como a arrendatarios y que resulte igualmente atractiva tanto para unos como para otros, debe favorecer la movilidad de la tierra y ser escrupulosamente respetuosa con la relación que libremente pacten ambos. Respecto de esta relación contractual, la Ley, salvo en los supuestos que ella recoge, la deja lo suficientemente abierta y flexible para que la casuística que pueda presentarse se pacte por las partes”.

vo de la norma, mediante la supresión del inciso *salvo pacto en contrario* (5). Asimismo han aumentado los supuestos en los que la Ley opta por la protección del arrendatario (aunque también se introduzca alguna norma que beneficia más bien al arrendador, como tendremos ocasión de ver).

Por todo ello, es obvio que la presente afirmación de la EM ayuda a interpretar que la *ratio* de las nuevas normas muchas veces consiste en lograr el reequilibrio entre la posición jurídica de las partes contractuales, que habría sido uno de los fines principales perseguidos por el legislador. De todos modos, la manifestación de este propósito legal de equilibrar la posición de las partes hubiera debido explicitarse en relación con cada norma modificada, pues afirmado genéricamente ayuda poco a la interpretación de los designios concretos del legislador en cada norma reformada, si es que la duda exegética se planteara precisamente en el punto relativo a la determinación de qué sujeto del contrato debe entenderse protegido por el nuevo criterio legal; o si consistiera, en realidad, en si la nueva norma no pretendiera atender al interés concreto de ninguno de los contratantes en detrimento del otro, sino que asumiera más bien propósitos de interés público (6).

En cualquier caso, es evidente que la voluntad legal que acabamos de recordar supone en la práctica la recuperación para el derecho vigente de algunos de los criterios imperantes en la Ley de 1980, lo cual no merecería especial consideración si no fuera porque termina planteando en la LAR 2003 ciertas dificultades de interpretación, motivadas por la necesidad de encajar entre sí algunos textos que son muy diversos en sus pre-

---

(5) Inciso que, pensamos, no estaba de más, por lo que estimamos criticable su supresión. En efecto, el precepto dice ahora: "Los derechos de producción agrícolas y otros derechos inherentes a las fincas o las explotaciones integrarán el contenido del contrato, tanto en los arrendamientos de fincas como en los de explotaciones", mientras que antes se decía que esta previsión legal permitía el pacto en contra. Es obvio que, en la redacción originaria, la autonomía privada estaría limitada en este punto por lo que las normas relativas a los derechos de producción dispusieran como imperativo, pero fuera de esos casos no se ve la razón de que la actual reforma quiera hacer imperativo lo que no viene contemplado así por dichas normas. *Vid.*, justificando la redacción originaria de la LAR 2003: DE LA CUESTA SÁENZ, en CABELLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos rústicos*, Madrid, 2004, pp. 59-60. Es más, teniendo en cuenta la redacción del artículo 1.2 LAR, que no ha sido modificado, y supuesto que la norma sobre derechos de producción permita su tráfico con independencia del de la tierra, la actual norma del artículo 3 podría no impedir el pacto en contra a su previsión, a pesar de que no parece que ello haya sido contemplado por el legislador.

(6) Por citar un ejemplo: el restablecimiento por la Ley de 2005 de los límites que afectan a los arrendatarios para poder contratar (profesionalidad agrícola y no superar una determinada superficie de fincas en explotación agraria), ¿obedece a un mero interés público o también a un deseo de proteger al arrendador? Como veremos luego, ni la Ley lo aclara con sus preceptos, ni la EM explica una *ratio* convincente y concluyente de esa reintroducción.

visiones y en su filosofía subyacente. Esta escasa concordancia en los fines y principios fundamentales de las normas procedentes del texto originario de 2003 y de las procedentes de la reforma de 2005, posiblemente planteará en el futuro otros problemas de interpretación y aplicación de las nuevas normas diferentes a los que aquí señalaremos, pero en las líneas que siguen intentaremos consignar, al menos, las cuestiones que nos plantean las mayores dificultades y apuntar las posibles soluciones que proponemos para resolverlas.

Por otra parte, la excesiva dependencia de la Reforma de 2005 respecto de la LAR 1980 nos suscita otra objeción de fondo, y es que la adopción como modelo de una norma previa a la adhesión de España a las Comunidades Europeas pone bastante en cuestión la pretendida (por la EM) necesidad de reforma de la LAR 2003 para adaptarla a las exigencias normativas propias de la Unión Europea, en particular de las consecuencias de la PAC. En realidad, pensamos que lo que se esconde a veces tras el uso indiscriminado de la retórica europea es un deseo del legislador de cubrir o difuminar su responsabilidad bajo el paraguas de instancias ajenas y más lejanas al ciudadano. En esta reforma, en concreto, no se llega a advertir la relación de la mayoría de los nuevos criterios legales con las normas de la Unión Europea; y, desde luego, no parece que ante la incertidumbre sobre el futuro en que la Política Agraria Común se encuentra, estos principios estén en condiciones de suministrar criterios estables para una norma con pretensiones de permanencia. Por todo ello, pensamos que sería más conveniente que el legislador asumiera personalmente los postulados de sus criterios de política legislativa, sin intentar escudarse en otras instancias.

Por último, nos interesa en este momento destacar también que algunas de las nuevas normas resultantes de la reforma han encontrado su inspiración en la LAU, lo cual, como veremos, también provoca difíciles problemas de coherencia en el texto de la LAR resultante, porque los criterios generales de la LAU no son idénticos a los de la LAR, y, en ocasiones, son bastante diferentes (7).

---

(7) Brilla, por ejemplo, con gran claridad esa inspiración en la LAU en el nuevo párrafo del artículo 21, sobre la realización de obras de accesibilidad para discapacitados o mayores de setenta años en la vivienda del arrendatario sita en la explotación agraria objeto del contrato. Pero el uso, prácticamente sin modificaciones, de una norma inserta en un sistema diferente produce fricciones con los principios propios sobre mejoras de la LAR, tal como comprobaremos luego.

## II. Acotación previa del alcance de la reforma: su carácter irretroactivo

Frente a lo que las palabras anteriormente subrayadas de la EM (necesidad de una reforma sustancial que facilite el equilibrio entre las partes del contrato) pudieran llevar a pensar, la nueva reforma no se presenta como retroactiva, siguiendo así una tradición de las últimas normas sobre arrendamientos, tanto rústicos como urbanos. De hecho, para encontrar en el ordenamiento un criterio contrario, es decir, una norma arrendaticia de carácter retroactivo, hay que remontarse a la LAR 1980, lo cual es lógico teniendo en cuenta el carácter marcadamente imperativo de esta última.

No obstante, quizá en este punto sea mucho más coherente con sus propios designios la LAR 1980 que la reforma de 2005 con los suyos, pues el propósito reequilibrador de las prestaciones y derechos de ambas partes contractuales que se proclama como inspirador de la actual reforma parece que hubiera requerido que el legislador actuara de forma retroactiva sobre los contratos ya vigentes, que, por hipótesis, presentarían unos desequilibrios importantes y urgentes de corregir. De hecho, si todas las normas que, a partir de 1980, han incidido sobre la materia de los arrendamientos sometidos a leyes especiales han podido ser irretroactivas, ello ha sido en razón de estar concebidas como normas liberalizadoras de un régimen preexistente más estricto, imperativo y protector del arrendatario que, sin embargo, no se deseaba desmontar en su totalidad para no afectar a los derechos y expectativas ya adquiridos por los contratantes de los contratos que estuvieran vigentes en el momento de aparecer la nueva legislación.

Ese es el criterio que se deduce también del artículo 2,3 CC y de la DT 1.<sup>a</sup> de la Ley de 2003, que es preferible en teoría para una Ley liberalizadora como ésta (8), pero que en realidad se adapta peor a una Ley de carácter más intervencionista y social como quiere ser la reforma que estamos comentando, que sin duda podía haber introducido entre sus previsiones algunas normas que establecieran el carácter retroactivo de al menos ciertos preceptos. Quizá el que esto no se haya hecho así revela cierta falta de seguridad del legislador de 2005 en sus propias convicciones y en la trascendencia e importancia real de las reformas introducidas en el régimen de los arrendamientos rústicos (y, desde luego, en esto último se

---

(8) NAVARRO FERNÁNDEZ: *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Valencia, 2005, p. 424, juzga acertado que la LAR 2003 carezca de efectos retroactivos. También es ese el parecer de TORRES GARCÍA, en GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 683.

equivocaría, al menos en relación con algunas de las modificaciones introducidas).

El efecto más criticable de la opción legal de no atender al derecho transitorio ni establecer la retroactividad de sus nuevas normas es que, a partir de la entrada en vigor de la Ley tenemos en nuestro ordenamiento contratos de arrendamientos rústicos regidos por cuatro normativas diferentes: por la Ley de 1980; por la LMEA de 1995, en lo que se refiere al plazo de duración del contrato; por la Ley de 2003, en su redacción originaria y por esta misma Ley en su redacción reformada en 2005 (9). Estimamos muy desafortunada esta situación, pues pensamos que las normas (al menos las del Derecho privado, como es el caso, pero quizá también las de otros sectores) deben tener una mayor estabilidad que la que los legisladores, en su afán reformador, le están deparando cada vez de forma más acusada. En particular es muy difícil, por no decir imposible, que, tras una vigencia tan reducida en el tiempo de la LAR 2003, pueda haberse decantado suficientemente una opinión contraria a los efectos de su aplicación real (10). Todo ello, en fin, sería más justificable si la nueva norma de 2005 presentara una calidad técnica extraordinaria, o viniera a corregir los defectos de ese mismo orden que presenta la Ley sobre la que se interviene, pero desgraciadamente nada de esto es así, puesto que ni se corrigen algunos defectos técnicos evidentes de la LAR 2003, que ya habían sido subrayados por la doctrina en el corto tiempo de vigencia de la Ley, ni la reforma de 2005 se libra de introducir nuevas normas poco afortunadas desde ese mismo punto de vista técnico. Por todo ello no sería nada extraño que, en un plazo no muy largo, la Ley hubiera de ser retocada de nuevo para poner en claro algunos de sus aspectos más defectuosos.

En las cuestiones particulares o concretas, la falta de criterio de derecho transitorio por parte de la reforma de 2005 puede también provocar conflictos de interpretación de no poca importancia. Pensamos, por ejemplo, en el importante cambio normativo que ha supuesto la Ley de 2005 en el régimen jurídico de las mejoras realizadas por el arrendatario, que viene a suponer un recorte importante de las posibilidades de que el arrendatario pueda solicitar ser indemnizado por la realización de las mismas. A nuestro juicio, en esta materia concreta hubiera merecido la pena que la Ley se hubiera pronunciado de modo expreso en el sentido de aplicar

---

(9) Cfr., para la situación anterior a la reforma de 2005: LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005, p. 41.

(10) Cfr. la muy explicable perplejidad de PASQUAU sobre la valoración que merecen las opciones normativas de la LAR 2003: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, pp. 17 y ss.

a todos los contratos vigentes, al menos a los concertados bajo la vigencia de la Ley de 2003, los nuevos criterios sobre mejoras, pues son mucho más razonables que los de esta última Ley y, sobre todo, resulta criticable que los contratos que se rigen por la versión originaria de la misma sigan sometidos a un sistema bastante incierto en su alcance.

Es decir, estimamos que no tiene sentido mantener el régimen originario de la LAR 2003 para las mejoras introducidas en las fincas sujetas a arrendamientos sometidas a ella, cuando esas mejoras se realicen bajo la vigencia de la reforma de 2005. En ese caso nos parece que se debería haber previsto la aplicación de ésta para todos los contratos que se rigen por la LAR 2003. Sin embargo, ésta no ha sido la solución escogida por el legislador. Obviamente, para paliar los efectos que propugnamos como más convenientes, ya que supone un cierto grado de retroactividad, hubiera sido también oportuno introducir una DT del estilo de la 5.<sup>a</sup> de la Ley arrendamientos de 1940: “Si las partes hubieran estipulado en el contrato la forma de indemnizarlas, se estará a lo pactado; en caso contrario, se liquidarán las mejoras según la legislación vigente en la época en que se realizaran”. ¿Hubiera sido mucho pedir que el legislador tomara en cuenta los antecedentes de las normas en las materias en las que pone sus manos, aunque fuera para apartarse de sus criterios, proponiendo otros? Nos parece que no, y que, en concreto en esta materia de las mejoras, si el legislador fuera mínimamente consciente de la importancia de la actual reforma (que nos parece que es mucha), hubiera debido pronunciarse sobre el Derecho Transitorio aplicable.

### **III. Los elementos subjetivos en el contrato de arrendamiento**

En esta materia, la Ley presenta dos novedades aparentemente muy señaladas, y por eso pomposamente ponderadas en la EM: el restablecimiento del criterio de la profesionalidad del arrendatario para poder ser sujeto del contrato de arrendamiento y la reintroducción de los topes cuantitativos máximos en lo que se refiere a la titularidad de explotaciones agrarias por parte del arrendatario. No obstante, se trata, a nuestro juicio, de dos reformas bastante desafortunadas por introducir previsiones absolutamente inútiles, como la práctica de la LAR de 1980 nos ha demostrado con creces (11); y porque la nueva Ley avanza aún más, si cabe,

---

(11) No era exageración la afirmación de la EM de la LAR 2003 en el sentido de que las previsiones legales no fueron eficaces en la práctica. Dice así el pasaje completo: “Destaca el cambio de orientación que representa la supresión del requisito de la «profesionalidad», exigido por la Ley de 1980, y del tope cuantitativo que ésta dejó establecido para evitar la acumulación de tierras. Puede decirse que la norma fracasó en su aplicación práctica, ya que la



en esa línea de privar de relevancia a la contravención de sus mandatos en esta materia.

Así enunciada la cuestión, quizá se tenga la tentación de glosarla describiendo cómo el legislador ha vuelto, tras un breve paréntesis representado por la LAR 2003 (12), a defender los perfiles más clásicos del Derecho agrario, justificado en razón de la defensa del profesional de la agricultura en detrimento, incluso, del propietario. Ahora bien, el significado de la reforma estaría lejos de ser entendido en su alcance real si nos quedáramos en afirmaciones tan vagas como éstas, pues en realidad resultan inexactas por diferentes razones que vamos a intentar desgarnar en los párrafos siguientes.

Los dos criterios de la nueva Ley se encuentran reflejados en el nuevo artículo 9 de la LAR, precepto de carácter más bien farragoso y, en ocasiones, descoyuntado en su propia formulación normativa. Valga, para comprobar esta última afirmación, la lectura pausada de dicho artículo, especialmente en su número 1, que presenta dos párrafos absolutamente desconectados entre sí en su contenido y significado (13); o, en esta mis-

---

misma Ley había desvirtuado su alcance al permitir que fueran arrendatarias las sociedades con requisitos mínimos, bien fáciles de constituir, amén de carecer de sanciones adecuadas el incumplimiento de tales normas. Fue una reforma sin paralelo en ningún otro Estado comunitario, con la que se pretendía proteger al «agricultor a título principal», personaje central en el edificio de las estructuras agrarias europeas, desde los Reglamentos socio-estructurales de 1972. Sin embargo, el criterio comunitario cambia en el importante Reglamento (CE) número 1257/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la Ayuda al Desarrollo Rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), por el que se modifican y derogan determinados reglamentos. Esta norma prescinde por completo de aquella figura del agricultor a título principal (ATP), aunque respete la normativa en la materia de cada Estado miembro, basando la nueva política estructural en el criterio de viabilidad de las explotaciones agrarias. La evolución reciente de la titularidad de las explotaciones en España muestra un notable descenso de las explotaciones individuales, en tanto que aquellas cuyo titular es una persona jurídica privada (así, las sociedades mercantiles o las cooperativas) están adquiriendo un papel muy destacado en la reestructuración de la agricultura española, sin que ello suponga desconocer el papel y la necesaria protección de la explotación familiar, imprescindible para garantizar un adecuado desarrollo social en el medio rural”.

(12) Cfr. sobre esta vuelta del contrato, desde la especialidad a la generalidad que realiza la LAR 2003, el estudio de TORRES GARCÍA: “Del contrato de arrendamiento de fincas rústicas al contrato de arrendamientos rústicos (De la especialidad a la generalidad)”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Madrid-Murcia, 2004, pp. 4823 y ss. También, DE LOS MOZOS, en la “Introducción”, del volumen CABALLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, pp. 27 y ss., y LASARTE ÁLVAREZ, en “Los derechos de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Rústicos”, en PÉREZ SAN FRANCISCO (director): *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, p. 22. Ahora se estaría en la coyuntura de afirmar que se ha vuelto a dar un paso en la dirección contraria, es decir, una nueva especialización del contrato.

(13) Así dice el artículo 9.1 LAR: “1. Podrán celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas o jurídicas.

Es agricultor profesional, a los efectos de esta Ley, quien obtenga unos ingresos brutos

ma línea, el número 3, que presenta un similar defecto de técnica legislativa, es decir, la ausencia de todo hilo conductor entre los preceptos insertados en los dos párrafos que lo componen (14).

**1. La condición de profesional de la agricultura: su significado en la reforma.**

Frente a lo que parece proclamar la EM, la profesionalidad agrícola del arrendatario no es, ni mucho menos, un requisito exigible para ser un arrendatario sometido a la nueva Ley. Desde luego, no lo es en ningún caso para el arrendatario que sea una persona física. En relación con ella, la única trascendencia que puede tener la condición de profesional es que esta condición le permite gozar de los derechos de adquisición preferente que la Ley reintroduce en nuestro ordenamiento tras la efímera supresión de los mismos por la LAR de 2003 (15); pero, sin duda alguna, la Ley no impide que exista una persona física como arrendatario que no sea profesional de la agricultura.

Siendo las cosas así, hubiera sido preferible que la Ley regulara el requisito de la profesionalidad, no con ocasión del tratamiento de los presupuestos personales de las partes contratantes en el arrendamiento rústico (cfr. art. 9.1, segunda parte LAR), pues dicha condición no se puede considerar realmente como un presupuesto para contratar, sino como presupuesto para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente. De ese modo, la ubicación normativa más correcta del actual segundo apartado del número 1 del nuevo artículo 9 hubiera sido el artículo 22. Su ac-

---

anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía, y cuya dedicación directa y personal a esas actividades suponga, al menos, el 25 por 100 de su tiempo de trabajo”.

(14) El artículo 9.3 LAR queda actualmente como sigue: “3. Para ser arrendatarias, las personas jurídicas, sean civiles, mercantiles o laborales, incluidas las sociedades agrarias de transformaciones (SAT), deberán tener, incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y, en su caso, de actividades complementarias a ésta dentro del ámbito rural, siempre que no excedan los límites establecidos en el apartado 6.

A estos efectos, se consideran actividades complementarias la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública, en Instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario, las de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación”.

(15) Cfr. en ese sentido PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, pp. 14-15.

tual situación provoca gran desconcierto, ya que, tras proclamarse que cualquier persona puede celebrar un contrato de arrendamiento, se pasa a definir quién se debe considerar como profesional de la agricultura.

Por todas estas razones nos resulta hueca y pretenciosa la explicación que da la EM de la introducción de este requisito de la profesionalidad como exigencia impuesta por la tecnificación de la actividad agraria y la necesidad de promover la formación de los que a ella se dedican. En realidad, si esa exigencia no existe para el propietario que explota la tierra, cabe dudar de la eficacia de exigírselo solamente al arrendatario; pero, por otra parte, si la Ley estuviera convencida de lo que dice debería haber exigido realmente que el arrendatario fuera profesional, pero ello no aparece en el texto normativo (16).

Ciertamente, el requisito de la profesionalidad podría asumir todo su significado en relación con las personas jurídicas que pretendan concertar el contrato de arrendamiento como arrendatarios, pues en ese caso es verdad que la Ley les exige ser profesionales para acceder al arrendamiento (17). Pero sucede que, respecto de ellas, no pueden jugar las explicaciones de la EM, pues la exigencia de una formación específica para llevar a cabo las actividades agrarias se puede predicar solamente de las personas físicas, no de las jurídicas, pues bien puede suceder que estas últimas, aun teniendo objeto social agrario (este requisito es el que acredita la profesionalidad de las mismas, según la Ley), efectúen las tareas agrícolas a través de personas sin formación agraria ninguna.

Concretando algo más el tratamiento legal del requisito de la profesionalidad agraria de las personas jurídicas que pretendan ser arrendatarias, se ha de destacar que el legislador, siguiendo el criterio de la Ley

---

(16) Dice así el párrafo de la EM que criticamos en el texto: "Con el fin de compatibilizar las legislaciones de los Estados con la legislación de la Unión Europea, no sólo en las transposiciones obligadas, sino también en los vectores esenciales que conforman el cuerpo legal comunitario, máxime cuando éste lo que hace es reflejar las necesidades a las que los avances tecnológicos obligan, la formación y el conocimiento de la actividad agraria se convierte en un elemento esencial, y de ahí se deriva que en la modificación propuesta se obligue a la profesionalidad agraria de los arrendatarios para acceder a ser titulares de un arrendamiento". Es obvia, también, la inexactitud que en esta materia supone invocar exigencias de armonización entre las distintas legislaciones nacionales y las normas europeas; cfr., por ejemplo, NAVARRO FERNÁNDEZ: *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Valencia, 2005, p. 411: "El derecho comunitario también abandona la figura del agricultor a título principal", y, con algunos matices diferentes, pp. 457-458. A nuestro juicio, era mucho más razonable la supresión del requisito de la profesionalidad que había hecho la LAR 2003: *vid.*, en este sentido, VIEIRA JIMÉNEZ ONTIVEROS: *Comentarios a la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos* (Normativa comentada con concordancias, jurisprudencia y formularios), Granada, 2004, pp. 132 y ss.

(17) PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 15.

de 1980, distingue entre formas societarias que incorporan a su tipicidad legal la finalidad agraria, caso en que no se requiere ningún requisito adicional para ser consideradas profesionales de la agricultura, y formas societarias que pudiéramos llamar incoloras, en el sentido de que de suyo pueden tener objetos sociales muy diferentes al agrario, pero también pudieran tener éste; en este último supuesto la Ley exige que el objeto social sea exclusivamente agrario para que esas sociedades puedan ser arrendatarias.

Por cierto que, con relación a este requisito, lo más complicado será determinar qué se debe entender por actividad agraria, pero ello no parece preocupar a la Ley, que lo único que aclara es el concepto de actividades complementarias, con una norma muy desafortunada en su formulación. En este sentido, llama la atención el contenido de la segunda parte del artículo 9.3 LAR, pues algunas de las actividades complementarias reseñadas resultan de imposible ejercicio para una persona jurídica (así la participación del titular en instituciones de carácter representativo, en organizaciones sindicales o profesionales mediante elección publica). La razón de estas disfunciones, que se pueden advertir en la norma, es que el párrafo en cuestión está literalmente copiado del artículo 2.5 LMEA, que se refiere a las condiciones personales que debe tener el titular (de ahí, también, que el art. 9.3 utilice el término de *el titular*, absolutamente desconectado del sujeto que este contexto requeriría) de una explotación agraria que sea una persona física para que la explotación pueda considerarse prioritaria. Sacada la norma de este contexto resulta en buena parte incomprensible (18).

La justificación de la medida de exigir la profesionalidad agraria exclusivamente a las personas jurídicas que pretendan ser arrendatarias no se alcanza a comprender fácilmente, entre otras cosas porque las sociedades que no sean típicamente agrarias no tienen reconocidos en la Ley los derechos de adquisición preferente, sean o no profesionales de la agricultura. Se produce, pues la paradoja de que la condición de profesional que justifica la existencia de los derechos de adquisición preferente en favor de las personas físicas no comporta el mismo efecto respecto a las personas jurídicas, por lo que la introducción de esta exigencia en ellas debe tener necesariamente otras razones. Para buscar cuáles puedan ser esas razones sería necesario, pues, averiguar qué sucede en el supuesto en que una persona jurídica haya accedido a un arrendamiento agrario sin ser profesional de la agricultura, único punto para el que puede tener interés

---

(18) Vemos aquí otra manifestación del defecto técnico, que subrayábamos en el apartado I de este trabajo, que comporta legislar adoptando normas que funcionan en un contexto o subsistema normativo a otros subsistemas diferentes en sus principios.

dicha condición y verdadera piedra de toque de la coherencia o incoherencia legal.

Respecto a la pregunta acabada de apuntar estamos en una posición infinitamente peor que la resultante de la Ley de 1980. En ésta quedaba claro cuál era el criterio del legislador, aunque no resultara muy convincente el sistema instaurado: recuérdese que el defecto originario o sobrevenido de la profesionalidad en el arrendatario no afectaba a la validez del contrato concertado por las partes, que en la práctica podía ser eficaz; el efecto de la falta de profesionalidad era que el arrendador tenía la posibilidad de resolver el contrato, y adicionalmente, en caso de que no estimara conveniente ejercer esta facultad, la administración agraria competente contaba con la posibilidad de acceder al arrendamiento forzoso de la finca, para cederla en arrendamiento a cualquier profesional de la agricultura. Ciertamente la Ley de 1980 pecaba de idealista en esta última previsión que quizá no se diera nunca en la práctica, pero, al menos, manifestaba cuál era su criterio.

El sistema actual, para reaccionar frente a la violación de la Ley, consistente en el pacto de arrendamiento concertado con un arrendatario no profesional, no mantiene, en cambio, criterio alguno. Aparentemente parecería necesario hoy reconducir el supuesto de contravención de la norma a lo dispuesto en el artículo 6.3 CC, con la consiguiente nulidad del contrato. En cierta manera apoyaría ese juicio el hecho de que, tras el establecimiento de este requisito de la profesionalidad, se debe ver un interés público, que es el que la EM intenta explicar sin mucha fortuna, porque hemos concluido que su explicación carece de toda fuerza de convencer para el caso de las personas jurídicas. Además, una solución de este tipo resultaría un tanto llamativa, porque implica algunas consecuencias a las que difícilmente se les puede encontrar justificación. Por una parte, considerar que el contrato es nulo de pleno derecho conlleva la posibilidad de que el arrendatario lo pueda impugnar, lo cual ampliaría las posibilidades de éste de desvincularse del contrato, que ya de suyo son bastante amplias en la Ley. No se ve clara la justificación de que ello pueda hacerse sin los límites del artículo 24 d), es decir, fuera del momento temporal ahí considerado, que es la finalización del año agrícola. Si ello se permitiera sería en claro perjuicio para el arrendador, y, ciertamente, otorgando un eventual beneficio al arrendatario, pero que introduciría una importante incoherencia en el sistema legal.

Por otra parte, resulta extraño que, en coherencia con el régimen propio de la nulidad, pudiera instar la ineficacia del contrato cualquier otra persona, cuando quizá la explotación de la finca se está realizando adecuadamente y a satisfacción tanto del arrendador como del arrendatario.

Por ello, también se podría pensar que la única sanción específica de

la falta de profesionalidad de la persona jurídica arrendataria sea la alegación de esa circunstancia por el arrendador, como mecanismo para desvincularse del contrato, tal como estaba contemplado en la LAR 1980. Ahora bien, el reconocimiento de esta facultad de desvinculación unilateral pugnaría con la existencia, lo quiera o no la Ley, de un auténtico acuerdo entre las partes, por lo que, a falta de la permisión expresa de una facultad resolutoria de este tipo, no se puede estimar existente por el simple hecho de que así lo estableciera una Ley que ha sido expresamente derogada y cuyo criterio no ha sido acogido en la actual norma. Por otra parte, tampoco esa posibilidad tendría excesivo sentido en una regulación que no reconoce las prórrogas forzosas, pues habitualmente al arrendador le resultará menos costoso y complejo esperar a la finalización del arrendamiento que iniciar un camino que puede implicar un litigio largo y difícil, que lo más probable es que se resuelva después de la finalización del plazo contractual.

En nuestra opinión, pues, lo único que puede significar actualmente este requisito de la profesionalidad, a la vista de la falta de una sanción específica por nuestro ordenamiento para el caso de su incumplimiento, es que el contrato concluido por un sujeto que no sea profesional de la agricultura sale del ámbito regulador de la Ley y entra en el del Código Civil; no otra cosa cabe deducir de la aplicación a este problema del artículo 1.2 LAR, relativo a la vigencia supletoria del Código Civil como fuente de la reglamentación contractual: si en este caso la LAR considera al contrato fuera de sus previsiones normativas, no cabe más que disciplinar el acuerdo efectivamente producido por las normas generales del Código.

En conclusión, pensamos que, a la vista de la escasa utilidad de los preceptos dedicados al requisito de la profesionalidad agrícola del arrendatario, hubiera hecho bien la reforma en no innovar nada sobre este punto, a menos que el legislador hubiera tenido un criterio más claro sobre la razón de esta exigencia. En todo caso, esta cuestión debería haber recibido su tratamiento normativo en el único lugar en que se produce un efecto específico anudado a la condición de profesional, que es en sede de derechos de adquisición preferente.

## **2. Los límites legales relativos a la titularidad por el arrendatario de otras explotaciones agrarias.**

La Ley de reforma de 2005 reintroduce asimismo en nuestro ordenamiento una exigencia adicional relativa al arrendatario de fincas rústicas que se encontraba también presente en la LAR 1980. Si el arrendatario es titular de otras explotaciones agrarias, y la superficie con la que cuenta supera unas determinadas dimensiones, que corresponde fijar a las Co-

munidades Autónomas, o en su defecto concreta la propia Ley, la norma del nuevo artículo 9.6 considera que cesa la razón de protección de ese sujeto y proclama que ese concreto sujeto no podrá ser arrendatario:

*“En todo caso, no podrán ser arrendatarios de fincas rústicas, las personas físicas que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares de una explotación agraria, o de varias, cuyas dimensiones y demás características serán fijadas en las distintas comarcas del país por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin que puedan exceder en total de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío.*

*Cuando se trate de finca para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo, el límite máximo será de 1.000 hectáreas.*

*En el caso de las cooperativas agrarias y las cooperativas creadas para la explotación comunitaria de la tierra, el límite anterior se multiplicará por el número de miembros que las compongan.*

*No será de aplicación la limitación a las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas.”*

A pesar de la relevancia que la EM otorga a esta medida (19), es necesario reprochar a la Ley que no establezca tampoco el tipo de sanción que corresponde al contratante que contraviene el tenor de la Ley, por lo que de nuevo la eficacia práctica de la previsión legal está en entredicho.

Realmente ya era criticable, y había sido suficientemente subrayado por la doctrina relativa a la LAR 1980, que los límites cuantitativos en ella establecidos no vinieran acompañados de un sistema funcional de sanciones (20). Se puede decir que el legislador de 2005 vuelve a tropezar en la misma piedra que el de 1980, aunque todavía el tropiezo sea más grave, porque en la LAR 1980 al menos estaba claro que la contravención del límite legal otorgaba al arrendador la facultad de instar la resolución del contrato, mientras que hoy ni esa exigua indicación nos ofrece la Ley.

Frente a la primera idea que podría venir a la cabeza de considerar la prohibición como de orden público, sujeta por tanto a un sistema de

---

(19) En concreto, se refiere a ello en el siguiente párrafo: “Igualmente, se restablecen los límites a la extensión del arrendamiento de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, con la única modificación del aumento de aquéllos en el caso de las cooperativas, como medio necesario para evitar la acumulación de grandes superficies de arrendamiento en manos de un solo arrendatario. Dicha acumulación iría en detrimento de la movilidad de tierras que se busca y de posibilitar que muchas explotaciones agrarias que no tengan aún la dimensión económica adecuada la alcancen”.

(20) Según VIEIRA JIMÉNEZ ONTIVEROS: *Comentarios a la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos* (Normativa comentada con concordancias, jurisprudencia y formularios), Granada, 2004, pp. 135 y ss., el sistema normativo de la LAR 1980 no se aplicaba en la práctica.

sanción que congruentemente debería ser el de la nulidad absoluta, se alzan los inconvenientes teóricos y prácticos de esta solución, que la hacen inviable, por las mismas razones que antes se han señalado en el caso de la no profesionalidad del arrendatario.

Por otra parte, las razones alegadas por la EM para la reintroducción de este criterio resultan bien poco convincentes, pues la limitación no parece que favorezca la movilidad de la tierra ni la formación de explotaciones de dimensiones adecuadas desde el punto de vista económico.

En cualquier caso, inexistente un sistema de sanciones adecuado, la previsión normativa sólo puede producir el efecto de expulsar los contratos que la contravengan del ámbito regulador de la Ley y remitirlos a la regulación del Código Civil (cfr. art. 1.2 LAR).

#### **IV. Los elementos formales: la confirmación por la Ley de reforma de 2005 de la interpretación más probable de la LAR 2003**

Quizá sin pretenderlo directamente, ya que la EM ni siquiera subraya la modificación legal que vamos a comentar, la reforma de 2005 viene a confirmar la interpretación más probable sobre el valor y la eficacia de los requisitos de forma establecidos en la LAR 2003. Como es sabido, esta norma había afirmado que el contrato de arrendamiento se debía formular por escrito, lo que había planteado la duda exegética de si dicha forma debía entenderse constitutiva o esencial para la existencia de contrato, es decir, si podía ser válido un contrato de arrendamiento formulado sólo verbalmente (cfr. art. 11 LAR).

La doctrina había entendido, con muy buenas razones, que la forma prescrita por la Ley no debía entenderse con ese valor constitutivo o esencial, sino con la eficacia que por lo general tiene la forma del contrato en nuestro Código Civil (21). Entendemos que, entre otras cosas, esta inter-

---

(21) Cfr., por ejemplo, en este sentido: POVEDA BERNAL en CABALLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, pp. 159 y ss.; RAMOS DE ARMAS: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, p. 109; LÓPEZ DÍAZ, en "Valoración de la nueva Ley de arrendamientos rústicos por el mundo agrario, con especial referencia a la forma y duración de los contratos", en PÉREZ SAN FRANCISCO (director): *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, p. 42; NAVARRO FERNÁNDEZ: *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Valencia, 2005, p. 429; LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005, pp. 97 y ss.; PEÑA LÓPEZ, en PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, pp. 379 y ss.; GARCÍA RUBIO, en GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, pp. 232 y ss.



pretación es la correcta, porque la LAR 2003 se remite a las normas del CC de forma expresa para todo lo no específicamente regulado en sus preceptos, y ya es tópico decir que el “deberán constar por escrito” del artículo 1.280 CC no significa dar a esa forma valor constitutivo.

Cabe, pues, pensar que una modificación de tanta trascendencia sobre el criterio general vigente en nuestro sistema, en relación con la forma de los contratos, hubiera exigido en el artículo 11 LAR una mayor claridad en la determinación de los efectos que la falta de forma escrita provocaba en cuanto a la existencia o no de contrato. La solución de seguir la regla general del Código, por otra parte, es la que más conviene a una norma, como la LAR 2003, que se muestra en un sentido liberalizador (22). Asimismo esta interpretación es la que tradicionalmente venía siendo aceptada por la doctrina unánime en la misma LAR 1980, en relación a una exigencia de forma en los contratos de arquería formulada en los mismos términos que ahora nos preocupan. Por otra parte, si la LAR 2003 hubiera querido apartarse de la regla general seguramente ello hubiera dejado su huella en una EM tan extensa y completa como la que la Ley 2003 contiene (la diferencia es notable a favor de esta EM si se compara con la EM de la Ley de reforma de 2005, si bien también presenta algunos defectos bastante burdos).

En cualquier caso, la reforma de 2005 repetimos que, probablemente sin pretenderlo directamente, viene a confirmar esta interpretación al insertar en el artículo 11.1 LAR un nuevo párrafo en el que se reconoce con toda claridad la posibilidad de que existan contratos de arrendamiento que no se encuentren formalizados por escrito, sino que sean simplemente verbales (23).

A nuestro juicio, esta confirmación de la interpretación más común viene a ser la utilidad fundamental de la nueva norma ahora introducida; norma que, por otra parte, resulta muy defectuosa desde el punto de vista técnico y de expresión. No obstante, todavía resulta confuso si la exigencia de forma hecha por el artículo 11 LAR solamente significa la concesión por la Ley a cualquiera de las partes de la facultad de compeler al otorgamiento del contrato por escrito (en la línea del art. 1.279 CC), o

---

(22) De hecho, RAMOS DE ARMAS: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, p. 109, critica la dicción del artículo 11 LAR 2003 por este motivo.

(23) Dice literalmente así: “A falta de pacto entre las partes y salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de arrendamiento siempre que el arrendatario esté en posesión de la finca, y si no constase el importe de la renta, ésta será equivalente a las de mercado en esa zona o comarca.

La escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si ésta se encuentra o no arrendada, como condición para su, inscripción en el Registro de la Propiedad”. (La coma tras “su” figura en la versión publicada en el BOE.)

bien hay algo más, como sería el que el contrato que no rellenara ciertas formas no pudiera ser eficaz frente a terceros. Sin pasar todavía a ese punto hemos de detenernos un momento en la dicción del nuevo segundo párrafo del artículo 11.1 LAR.

En concreto, hemos afirmado hace un momento que la nueva norma nos parece defectuosa desde el punto de vista técnico y de expresión (24). En este sentido pensamos que puede resultar contradictorio, y produce cierta perplejidad inicial, que se diga en la Ley que, a falta de pacto entre las partes, se presumirá la existencia de arrendamiento. En realidad, pensamos que si se presume la existencia de arrendamiento es precisamente porque se considera que existe un pacto entre las partes, con lo que no existe en realidad esa falta de pacto de la que habla la Ley, sino una presunción del mismo por parte de la norma, que es cosa muy diferente. Por tanto, lo que el precepto puede querer decir con tan criticable expresión es que, salvo que conste la existencia de otra forma de relación jurídica entre las partes (a eso aludiría la exigencia de la falta de pacto que perfectamente se podía haber suprimido puesto que la Ley ya aclara suficientemente que la presunción admite prueba en contrario), la existencia de posesión sobre una finca implica para la Ley que existe un previo contrato de arrendamiento entre las partes, es este contrato el que la Ley considera que se debe presumir (25).

Cabe pensar, además, que la presencia de la norma en esta ubicación sistemática obedece al hecho de estar planteada en la mente del legislador como un mecanismo que impulse a las partes a la formulación por escrito del arrendamiento, para evitar la aplicación de una norma tan insegura como ésta. Por ende, el precepto debe impulsar a que se formule por escrito el acuerdo, de cualquier naturaleza, que otorgue la posesión

---

(24) En ese juicio concuerda PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, pp. 19-20.

(25) Para PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 19, el precepto pretende recoger una presunción utilizada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1992 (RJ 1992/2010), pero, añadimos, lo hace con poca fortuna, puesto que esta sentencia se refería a un arrendamiento del que se tenía noticia al menos desde 1935, a pesar de que no existiera constancia escrita del mismo: **“En este tipo de arrendamientos antiguos, sujetos más bien a la tradición de cada región, el hecho cierto y probado de la cesión temporal del uso de los aprovechamientos de una finca en favor de un tercero, tiene que conducir racional y presuntivamente a la existencia de un arrendamiento, mereciendo la posible calificación contractual diferente el concepto de excepcional, y por tanto sujeta a la demostración de parte de quien la alega.**

Todas estas argumentaciones se hacen a mayor abundamiento, pues si, como ya se dijo antes, en la sentencia recurrida se dejan establecidos, como hechos no combatidos, que la señora demandante y sus antecesores vienen poseyendo la finca desde antes del año 1935, y que su condición de arrendataria está reconocida fuera y dentro del proceso, resulta bizantino entrar a discutir ahora la calificación jurídica del contrato que liga a las partes”.

sobre una finca, so pena de que pueda verse instaurada una relación arrendaticia que las partes no quisieron, con todas las graves consecuencias que ello conlleva.

En la interpretación de la norma hay dos cuestiones que nos resultan especialmente complejas. Se trata de la determinación de los requisitos que se deben exigir a la posesión que constituye la base objetiva de la presunción; y, en cuanto a los efectos del contrato presunto, la posible eficacia frente a terceros del mismo.

En cuanto a la primera cuestión, la relativa a la posesión, nos parece que la referencia a una figura tan compleja como ésta por parte de la norma resulta criticable, pues bien se podrían haber especificado legalmente un poco más las características del supuesto de hecho que permite el juego de la presunción (26). La dificultad está, a nuestro juicio, en que, desde el punto de vista de los requisitos objetivos de dicha posesión, no puede bastar la simple tenencia material de la finca por una persona ajena al titular para apreciar la existencia de un contrato de arrendamiento, sino que deberemos estar ante una posesión que se pueda calificar como de tipo arrendaticia a tenor de los elementos de calificación de dicho contrato que proporciona la misma Ley en el conjunto de sus preceptos. En ese sentido, externamente la misma apariencia posesoria puede generar un precarista, o un usufructuario, o un empleado por cuenta ajena, pero estas otras formas de *posesión* no parece lógico que puedan generar el desencadenamiento de la presunción prevista por la Ley.

A nuestro juicio, para que la presunción legal actúe deberá existir algo más que una simple situación posesoria; ese algo más no puede ser otra cosa que el ejercicio por parte del poseedor de las facultades posesorias, precisamente como *arrendatario* de una explotación agrícola, ganadera o forestal. En ese sentido, la posesión que se debería tener en cuenta es la que recaiga sobre aprovechamientos principales de la finca, siempre y cuando también se verifiquen los demás elementos posesorios propios del tipo contractual, y que se encuentran contenidos en los artículos 1 a 8 LAR. De estos preceptos cabe colegir, entre otras cosas, que, si se trata de reconstruir el contrato a través de estos indicios posesorios, debería demostrarse una posesión mantenida durante un tiempo superior al ciclo productivo [cfr. art. 6 a) LAR], pues si la posesión ha durado menos, podemos estar ante un contrato excluido del ámbito de aplicación de la Ley, por lo que mal cabe presumir la existencia de un arrendamiento rústico. Asimismo, la posesión debería ser exclusiva [cfr. art. 6 b) LAR]. Igualmente, el propietario tendría una fácil prueba de la inexistencia de un con-

---

(26) Así, PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 20.

trato de arrendamiento si logra acreditar que el poseedor sólo ha disfrutado parte de los productos de la finca por haber disfrutado él mismo otra parte de ellos (cfr. art. 5 LAR).

Asimismo, *a priori*, parece exigible que esa posesión desde el punto de vista subjetivo venga acompañada por parte de arrendador y arrendatario de una auténtica voluntad de estar concediendo y disfrutando la finca en virtud de una obligación jurídicamente exigible, pues en definitiva se trata de presumir la existencia de un contrato y no debe ser suficiente para acreditar su existencia una mera situación fáctica, aunque estuviera tolerada por el propietario (27). El problema estará, evidentemente, en que la presunción legal normalmente se puede pretender poner en juego precisamente en el momento en que el titular de la finca intente expulsar de la misma al poseedor, con lo que éste deberá demostrar, no sólo la previa tolerancia del titular, sino la efectiva concesión del derecho a poseer por parte de éste. Resulta difícil de imaginar que dicha prueba pueda realizarse de otro modo que mediante la acreditación del pago de la renta por parte del poseedor (28), pues resulta imposible presumir la existencia de un arrendamiento cuando falta un elemento constitutivo esencial del tipo contractual (cfr. art. 1.1 LAR 2003), a menos que se acredite la existencia de un pacto sobre el pago mediante mejoras (cfr. DA 1 LAR 2003), en cuyo caso realmente no estaríamos en la hipótesis de hecho de la norma, que parte de la falta de prueba del contrato.

Por esta necesaria prueba de la existencia de renta, resulta de difícil interpretación la segunda parte del precepto. Obviamente se puede entender que esa norma sea de aplicación al supuesto general que estamos describiendo cuando conste la existencia de renta, pero no su cuantía, pues, de hecho, la literalidad de la norma se refiere a la indeterminación del *importe de la renta*. Así, por ejemplo, el precepto sería aplicable cuando esté acreditado por testigos el pago de renta, pero no su importe (o no su importe completo, porque sólo conste la entrega de diversas cantidades a cuenta). En cualquier caso, lo que resultaría difícil, por las razones que hemos explicado antes, es que la simple tenencia de la finca, sin demostración alguna de que se posea mediante contraprestación, pueda llevar a presumir la existencia de un arrendamiento al que se le deba fijar la renta del modo señalado por la Ley.

No obstante, la regla sobre la renta habitual en la comarca que se ha introducido en la reforma de 2005 también puede tener otro funcionamiento independiente, como lo tenía en el artículo 22.2 LAR 1980, en ca-

---

(27) Y mucho menos si no lo está. Cfr., a todos estos efectos, el artículo 444 CC.

(28) PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 20.

sos en que no se plantee dificultad ninguna sobre la existencia del contrato de arrendamiento, pero sí sobre la cuantía de la renta pactada.

En orden al problema de la eficacia frente a terceros del contrato no formalizado por escrito, y que se revele a través de la presunción que estamos comentando, puede proyectar alguna luz el último párrafo que se introduce en el artículo 11.1 LAR con ocasión de la reforma de 2005. Ciertamente la norma se refiere a la forma, no del contrato de arrendamiento, sino de la posible enajenación de la finca por parte del arrendador, pero el precepto exige que en toda escritura de enajenación de finca rústica se mencione si la finca se encuentra o no arrendada, sin cuya constancia no será posible la inscripción del negocio dispositivo en el Registro de la Propiedad. La medida parece acertada, pues ya la doctrina había tenido ocasión de criticar la desaparición de nuestro ordenamiento por obra de la LAR 2003 de la previsión en ese sentido que se contenía en la LAR 1980; si bien resulta criticable la ubicación sistemática que se le ha dado dentro del capítulo que regula la forma del contrato, pues obviamente no estamos ante un requisito de forma del mismo, sino de un presupuesto para la inscripción en el Registro de los negocios dispositivos relativos a las fincas rústicas; en este sentido, su ubicación más adecuada hubiera sido, evidentemente, el artículo 22 LAR, que trata sobre los efectos de la enajenación de la finca.

Ahora bien, cabe pensar que la ubicación de la norma a continuación de las normas relativas a la forma puede tener el sentido de recordar a las partes que un arrendamiento rústico no formalizado por escrito, en el caso en que se produzca la enajenación de la finca, resulta poco menos que imposible de oponer al adquirente, pues se trataría de una situación arrendaticia de la que no constan sus términos, más que si el vendedor hace referencia a los mismos en la escritura de enajenación, por lo que el arrendatario queda absolutamente en manos de éste. Es más, la propia información de la escritura de enajenación, en el sentido de no existir sobre la finca ningún arrendamiento, constituiría una prueba suficiente, a falta de otros datos, de que el vendedor no se sentía vinculado jurídicamente por contrato de arrendamiento alguno, sino que lo único que existía era una situación posesoria meramente tolerada. De este modo, la presencia aquí de esta norma podría evocar una posible intención del legislador de conectar la exigencia de la forma en el contrato de arrendamiento con aquellas normas del Código que consideran la forma como requisito de eficacia del contrato frente a terceros (cfr., p. ej., art. 1.280-2.º CC), aunque hay que reconocer que, si el legislador tuvo esto en la cabeza, no lo supo desenvolver adecuadamente. De hecho, la oponibilidad a terceros del arrendamiento queda desvinculada en la Ley de los requisitos de forma, como veremos en el artículo 22, si bien cabe la excepción

en algún aspecto, en concreto cuando la duración del contrato es superior a la prevista imperativamente por la Ley como duración contractual mínima.

Finalmente, cabe destacar que la Ley de 2005 modifica el contenido de la DA 3.<sup>a</sup> de la LAR 2003, en el sentido de hacer obligatoria para el arrendador (o titular de la finca, dice la norma reformada) la comunicación de la celebración del contrato a la administración pública autonómica competente. Dicha comunicación parece consistir, según la DA citada, en la remisión de una copia del contrato al organismo de que se trate, ya que el órgano de la Comunidad Autónoma está obligado a su vez a remitir una copia de dicho contrato a un Registro general de arrendamientos rústicos de nueva creación que deberá adscribirse al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. La DA 3.<sup>a</sup>, no obstante, no establece ningún tipo de sanción para la infracción de este deber de comunicación, ni otorga tampoco ningún beneficio al arrendamiento inscrito en este Registro, por lo que, en la práctica, este tipo de Registro puede quedar inoperante (29).

## V. Régimen jurídico del contrato de arrendamiento rústico

### 1. Tiempo de duración del contrato.

Como hemos indicado anteriormente (30), la nueva Ley se pronuncia en el sentido de prolongar la duración mínima del contrato que en la LAR 2003 había quedado en sólo tres años. Curiosamente, a pesar de haber sido muy polémica en su día la reducción del plazo contractual realizada por la LAR 2003, la EM de la Ley de reforma de 2005 no se refiere a esta modificación, que cabe pensar que haya pesado bastante en la decisión del legislador de reformar la LAR (31).

En cualquier caso, ahora la duración mínima del contrato de arrendamiento rústico pasa a ser de cinco años, en lugar de tres, tal como dispone el nuevo artículo 12:

*“1. Los arrendamientos tendrán una duración mínima de cinco años. Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor.*

---

(29) PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 20, considera este Registro “perfectamente prescindible”.

(30) Cfr. *supra*, apartado I.

(31) Para PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 12, la medida sería *espectacular*.

2. *Salvo estipulación de las partes que establezca una duración mayor, el arrendamiento de fincas y de explotaciones se entenderá concertado por un plazo de cinco años, por lo que, cumplido el tiempo, a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa, al celebrar el contrato o en otro momento posterior, el arrendatario de fincas pondrá a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, si hubiera mediado la notificación a que se refiere el apartado siguiente.*

3. *El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se entenderá prorrogado por un período de cinco años. Tales prórrogas se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato."*

A diferencia del sistema del Código Civil, y como venía siendo habitual en el sistema arrendaticio rústico desde 1995, el cumplimiento del plazo no comporta la automática finalización del contrato. En cambio, en continuidad con lo que venía siendo regla desde 1995, y había aceptado también la LAR 2003, la cuestión del plazo se completa con un sistema de prórrogas no forzosas para el caso de que el arrendador no cumpla con la carga de preavisar al arrendatario con un año de anticipación a la finalización del plazo contractual de su propósito de recuperar la finca. Dichas prórrogas sucesivas serán, en la nueva LAR, de cinco años.

El sistema en su conjunto, como acabamos de decir, guarda un gran parecido con el vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1995, pues también en la LMEA se había fijado en cinco años la duración mínima de los arrendamientos; pero, a diferencia del régimen de esta última Ley (que en cuanto a las prórrogas había sido el acogido por la LAR 2003), la reforma de 2005 aumenta la duración de las prórrogas, que pasan a ser de tres a cinco años.

## 2. Renta.

Sobre este particular solamente hay que reseñar una novedad significativa en la reforma. Se trata de la hipótesis del arrendamiento presunto del artículo 11.1 LAR introducido en la reforma que ya hemos analizado, y que reproduce una norma similar de la LAR 1980 en el sentido de que, a falta de constancia expresa sobre la cuantía de la renta en un concreto arrendamiento, se presumirá que la renta es la acostumbrada en la comarca (cfr. art. 22.2 LAR 1980). Obviamente, el supuesto de hecho se producirá sobre todo en los casos en los que el arrendamiento no conste por escrito, aunque el precepto no reduce a ese caso la utilidad de la norma, porque bien puede suceder que exista contrato por escrito y en él no conste el precio, por las razones que sean.

Asimismo, pensamos que se puede tratar en esta sede sistemática, porque en el fondo estamos ante una cuestión relativa al pago de la renta, el criterio legal introducido expresamente respecto al pago de la renta en el procedimiento de desahucio.

En esta materia, la Ley de reforma introduce un nuevo criterio en el artículo 25 a) en el sentido de que se deben aplicar a los arrendamientos rústicos el régimen previsto para los arrendamientos urbanos, en materia de desahucio por falta de pago de la renta [cfr. art. 22.4 LEC (32)]. En consecuencia, pues, el arrendatario moroso podrá enervar mediante el pago el juicio de desahucio por impago de la renta, pero solamente lo podrá hacer en una ocasión, y no si reincide otra vez en el impago, de forma que se inicie un segundo procedimiento de desahucio contra él.

### 3. Gastos y mejoras.

**A)** *Consideraciones generales: especial referencia al criterio de la LAR 2003 sobre la liquidación de las mejoras.*

Constituye la reforma de este capítulo una de las cuestiones en las que la Ley de 2005 más acierta, al menos en algunos de sus aspectos, aunque sea difícil penetrar inicialmente en el diseño legal y vengan a producirse en el texto actualmente vigente algunas contradicciones legales complejas de explicar.

La crítica de fondo que pudiera venir inicialmente a la cabeza al estudiar el nuevo régimen es que, habiendo abogado la EM de la Ley de 2005 por la profesionalización y la tecnificación de las tareas agrarias, a la hora de concretar esos propósitos a la materia de las mejoras la Ley parecería moverse en la dirección opuesta a esos objetivos. En efecto, la consecución de una mayor tecnificación del medio rural y de las actividades agrarias parece que obliga, así se había entendido tradicionalmente, a facilitar la realización de mejoras en las fincas (33), sea por el arrendador sea, in-

---

(32) Dice este artículo 22.4 LEC: “Los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación”.

(33) Respecto a la LAR 1980 se podía decir que “tanto la técnica predispuesta en orden a la extinción del crédito derivado de las mejoras, cuanto los derechos enderezados a garanti-



cluso, por el arrendatario; pero la reforma no se mueve en esta dirección, porque indirectamente termina dificultando la práctica de mejoras como no sea mediante acuerdo de las partes. La EM, a pesar de la importancia de esta modificación, no explica directamente el porqué de sus opciones normativas, que, por otra parte, quizá sean muy razonables en contratos de tan breve duración legal como son los concertados en nuestro sistema desde 1995 (34).

En realidad, debe entenderse que en esta materia la reforma ha pretendido equilibrar las posiciones jurídicas de las partes, tal como explicaba en general la EM. En este caso se establece una medida que favorece indudablemente al arrendador; y, finalmente, se llega a un sistema que parece quedar más equilibrado y claro que el de la LAR 2003 (35), sobre todo porque el régimen anterior tenía mucho más sentido en la tradición agraria del siglo pasado, en tanto que los contratos se mantenían vigentes largos años y eran frecuentes las mejoras realizadas por el arrendatario (36); en cambio, puede resultar menos conveniente en una normativa que no hace de la estabilidad en el arrendamiento la meta de sus mandatos, por lo que resultaba un tanto incoherente que se hubiera mantenido en la LAR 2003 un sistema claramente favorecedor de la realización de mejoras por parte del arrendatario (37). La opción normativa actual nos pa-

---

zarlo, responden en el fondo, a una política de estímulo y de fomento de las mejoras”: así, VATTIER FUENZALIDA: “Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico”, ADC, 1984, p. 90. Hoy, obviamente, no se podría decir lo mismo sobre la Ley vigente como resultado de la reforma de 2005.

(34) No obstante lo cual, el legislador no debería olvidar que en la práctica sí que pueden existir los contratos de larga duración y que respecto de ellos un sistema rígido sobre mejoras es muy perjudicial para el fomento de las mismas.

(35) Califica el sistema de la Ley 2003 relativo a las mejoras como “confuso”: LLOMBART BOSCH: “Algunas consideraciones críticas a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 43, 2004, p. 19. NAVARRO FERNÁNDEZ: *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Valencia, 2005, p. 436, concreta su juicio algo más: “La Ley dedica el Capítulo VI a gastos y mejoras, con una estructura sencilla, aunque utilizando los conceptos de forma poco precisa”.

(36) Basta comprobar la importante cantidad de litigios que llegaban a las Audiencias Provinciales, relativos a la liquidación de las mejoras, la existencia de consentimiento por parte del arrendador, o, en general, el cumplimiento de los requisitos establecidos por el antiguo artículo 60 LAR 1980.

(37) No estamos de acuerdo con todas las afirmaciones de TORRELLES TORREA, en GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 349, quien refiriéndose al artículo 20 LAR 2003 dice que “La equiparación del arrendatario con el empresario agrario fomenta la realización de mejoras por parte del arrendatario. Éste podrá realizar todo tipo de mejoras e inversiones, sin embargo, si la intención del legislador es ésta, el fomento de inversiones, en este caso no lo conseguirá, puesto que si el arrendatario realiza mejoras e inversiones no se le faculta para disminuir la renta o poder pedir un desembolso de tales inversiones o su compensación (a no ser que las partes pacten lo contrario o la Ley lo establezca). El cambio, el arren-

rece que contribuirá de forma importante a evitar la tradicional litigiosidad que afectaba a estas cuestiones relativas a la liquidación de las mejoras, cosa que no se lograba con el sistema introducido en 2003.

En efecto, a nuestro juicio, en el sistema de la LAR 2003, el problema de las mejoras que puede o no realizar el arrendatario dependía en exceso de la interpretación que hubiera que dar a conceptos demasiado genéricos, lo que provocaba una grave inseguridad, pues al final ese dato podía determinar la procedencia o no de indemnización al arrendatario por parte del arrendador. Así, en efecto, el artículo 20 LAR 2003 disponía y sigue disponiendo que corresponde efectuar al arrendatario las reparaciones, mejoras e inversiones que sean propias del desempeño normal de la actividad empresarial agraria. Es evidente que este sistema resulta oscuro en la práctica, porque hacer depender la posibilidad de que lo realizara el arrendatario de la normalidad o no del gasto era demasiado inseguro por la dificultad de trazar fronteras claras entre lo que es ordinario y lo que no lo es.

Tampoco aclaraba mucho más, sino más bien confirmaba que el criterio legal se escondía tras términos poco claros en la práctica, la norma del artículo 8 LAR que imponía, y sigue imponiendo, el acuerdo entre las partes para la realización de las mejoras extraordinarias (38). Si a todo

---

dador, según el artículo 19 de la LAR, está facultado para solicitar un incremento de la renta por las mejoras o inversiones realizadas, siempre que supongan una transformación de la finca que redunde en un incremento de la producción.

La discriminación es evidente, a no ser que entendamos que las mejoras o inversiones realizadas por el arrendatario sean de poca entidad y no permanentes". A nuestro juicio, hablar aquí de discriminación no es correcto, porque la posición jurídica de las partes en relación con las mejoras es muy diferente. Está perfectamente justificado que el arrendatario que las realiza deba soportar su coste actual, ya que si realiza las mejoras es con el propósito de recuperar la inversión con mayores beneficios; mientras que su abono por el arrendador al terminar el arriendo obedece a impedir el enriquecimiento por parte de éste. En cambio, si las mejoras las realiza el arrendador es lógico que ello repercuta económicamente en el arrendatario, precisamente para evitar que obtenga mayores beneficios con la misma renta. En otras palabras, el incentivo del arrendatario para realizar mejoras no se debe centrar en su fácil reembolso actual, o la disminución de la renta (medidas que ni siquiera estableció la LAR 1980), salvo que ello sea fruto del acuerdo con el arrendador; si la Ley faculta al arrendatario para realizar mejoras unilateralmente, el mejor incentivo será la rentabilidad que las mismas le puedan producir a la vista de la duración contractual pactada. Obviamente, la escasa rentabilidad en el plazo contractual será el mejor modo de no incentivar al arrendatario para la realización de mejoras. Por otra parte, la Ley claramente establece, mediante la remisión al CC, que el arrendador no puede verse enriquecido a costa del arrendatario con las mejoras que permanecen al término del arrendamiento, por lo que debe abonarlas.

(38) El artículo 8 LAR 2003 ha sido también modificado por la Ley 2005. Hoy queda así: "1. El arrendatario de fincas rústicas tiene derecho a determinar el tipo de cultivo, sin perjuicio de devolverlas, al terminar el arriendo, en el estado en que las recibió y de lo dispuesto sobre mejoras en esta Ley. Serán nulos los pactos que impongan al arrendatario cualquier restricción sobre los cultivos o sobre el destino de los productos, salvo los que tengan por fin evi-

ello le unimos el hecho de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 LAR, procedía liquidar estas mejoras de acuerdo con el sistema del CC relativo a la posesión de buena fe (39) y que, por tanto, el arrendatario no soportaba definitivamente esos gastos, sino que los podía repercutir al término del arrendamiento sobre el arrendador, tenemos completado un sistema enormemente proclive a la controversia y al litigio.

No obstante, la aplicación de este sistema de liquidación del estado posesorio requiere previamente delimitar si las mejoras han sido realizadas por el arrendatario en el ámbito de sus facultades o se ha extralimitado al realizarlas, y para esto la LAR 2003 ofrecía escasos puntos de referencia. La cuestión se complicaba si se tiene en cuenta que la aplicación de las normas relativas a la liquidación del estado posesorio implicaba que el arrendatario podía retener la cosa hasta que se le abonaran los importes adeudados por las mejoras (40); si bien a su vez el derecho de retención del CC, aplicable a partir de la LAR 2003 a los arrendamientos, se presenta en este punto mucho menos claro en su contenido que el que establecía la LAR 1980, en la que el derecho de retención implicaba la continuación del arrendamiento en tanto no se pagaran las mejoras por el arrendador (41), mientras que en el derecho de retención reconocido por el artículo 453 CC en principio cesarían las facultades de uso de la finca por parte del arrendatario, lo que reduce, obviamente, la funcionalidad de esta garantía.

En materia de mejoras realizadas por el arrendatario, el texto de la Ley de 2005 contiene cuatro novedades, tres de las cuales no merecen más que un breve comentario, pero la otra sí que precisa una atención

---

tar que la tierra sea esquilhada o sean consecuencia de la normativa comunitaria y de disposiciones legales o reglamentarias.

2. Cuando la determinación del tipo o sistema de cultivo implique transformación del destino o suponga mejoras extraordinarias, sólo podrá hacerse mediante acuerdo expreso entre las partes y, en su caso, en cumplimiento de la normativa comunitaria y de las normas legales o reglamentarias pertinentes.

3. En el arrendamiento de explotación, el arrendatario goza igualmente de plena autonomía en el ejercicio de su actividad empresarial, y asume la obligación de conservar la unidad orgánica de la explotación y de efectuar, a la terminación del arriendo, su devolución al arrendador". No obstante, en el punto relativo a las mejoras, la modificación del precepto no ha supuesto un cambio respecto a la situación precedente.

(39) Según VIEIRA JIMÉNEZ ONTIVEROS: *Comentarios a la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos* (Normativa comentada con concordancias, jurisprudencia y formularios), Granada, 2004, p. 191, hay que remitirse para ello a los artículos 453 y 454 CC.

(40) Cfr., sobre el particular, el tratamiento de LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005, p. 130.

(41) Sobre el sistema de la LAR 1980: VATIER FUENZALIDA: "Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico", ADC, 1984, p. 99, quien ve en el artículo 62 LAR 1980 una garantía de tipo anticrético.

más detallada porque supone una importante clarificación del sistema relativo a las mejoras no directamente en cuanto a la legitimación del arrendatario para realizarlas, que se mantiene tal como estaba, sino en cuanto al requisito necesario para que el arrendatario pueda reclamar su abono al arrendador al liquidarse el estado posesorio, es decir, al término del arrendamiento.

**B) *El incumplimiento por el arrendador de su deber de conservación de la finca.***

Desde el punto de vista sistemático, la primera modificación en materia de gastos está representada por el nuevo párrafo segundo del artículo 18.2 LAR, que contempla las consecuencias del incumplimiento por parte del arrendador de su obligación de conservar la finca. A las posibilidades de actuación reguladas ya en la LAR 2003, la reforma añade que el arrendatario podrá reclamar del arrendador la indemnización por los daños y perjuicios causados por éste a causa del incumplimiento de dicho deber (42). La reforma nos parece que merece poco comentario, pues no supone verdaderamente una auténtica innovación, ya que, aunque no existiera una norma similar en la LAR 2003, se debía entender existente esa posibilidad de reclamar la reparación del daño causado, tal como la doctrina ya había reconocido (43).

**C) *El cerramiento de las fincas objeto de arrendamiento y su posible supresión por el arrendatario.***

En cuanto a la segunda de las reformas más concretas y circunscritas, hay que citar el cambio de criterio de la Ley de 2005 en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 LAR 2003, que, para la supresión de cerramientos que estén dentro de la unidad de explotación (cerramientos correspondientes a las diferentes fincas que formen parte de dicha explotación), limita ahora grandemente la facultad de iniciativa del arrendatario, de manera que, indirectamente, incentiva el acuerdo entre las partes, por el que se opta decididamente. Dice literalmente la nueva versión de esta norma:

---

(42) Dice literalmente la nueva norma que: "Asimismo, podrá reclamar los daños y perjuicios causados".

(43) Así también SÁNCHEZ HERNÁNDEZ en CABALLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, p. 218; TORRELLES TORREA, en GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 338, aunque esta autora estimaba conveniente que se hubiera incluido esta referencia en la redacción originaria de la LAR 2003.

*“El arrendatario no puede, salvo acuerdo expreso entre las partes, hacer desaparecer las paredes, vallas, setos vivos o muertos, zanjas y otras formas de cerramiento o cercado del predio arrendado, si separan dos o más fincas integradas en una misma unidad de explotación, salvo en los tramos necesarios para permitir el paso adecuado de tractores, maquinaria agrícola y cuando las labores de cultivo lo requieran, sin perjuicio de lo que establezca la legislación sobre protección del medio ambiente y protección del patrimonio histórico y de la obligación de devolver las cosas al término del arriendo tal como las recibió, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.561 del Código Civil.”*

Ciertamente, la materia nos parece un tanto intrascendente para merecer la atención por parte del legislador, pero, en cualquier caso, vemos también una incoherencia difícil de explicar en el hecho de que la norma resultante de la reforma siga manteniendo, a pesar del radical cambio de criterio, una consecuencia jurídica que sólo tiene sentido pleno en el sistema ahora abandonado. En concreto, nos referimos a la obligación del arrendatario de reponer las fincas al estado en que se encuentren al inicio del contrato, en los casos excepcionales en que la Ley le reconoce la facultad de modificar los cerramientos para permitir el paso de maquinaria. Esta obligación nos parece que podía tener sentido cuando la regla del precepto era la amplia legitimación del arrendatario para la supresión de todo tipo de cerramientos internos a la explotación, caso de la LAR 2003 en su redacción originaria y de la LAR 1980, pero no lo tiene cuando las facultades del arrendatario han quedado reducidas a la eliminación parcial de las barreras que impiden el adecuado cultivo de la finca, y sólo en esa estricta medida.

Es más, en el caso más frecuente de que todas las fincas implicadas pertenezcan al mismo arrendador, sin mucha dificultad se pueden calificar estas últimas obras de modificación de los cerramientos como aquellas a las que está obligado el propio arrendador, en virtud del artículo 18 LAR 2003, pues de la tipificación de estas obras por el nuevo artículo 20 de la LAR resulta que son necesarias para la realización de las tareas de cultivo. Por eso, la norma no debiera haber impuesto la reposición de los cerramientos al estado anterior, si es que vienen a ser gastos propios del arrendador.

En cualquier caso, la reforma de 2005 también se aparta en esta materia del criterio de la LAR 1980, cuyo artículo 50 establecía la facultad de suprimir los cerramientos incluso contra el consentimiento del arrendador, si es que, a falta de consentimiento del arrendador, recabara para ello informe favorable del IRYDA, informe que no debía cuestionarse la pertinencia o no de las obras, sino que debía versar exclusivamente sobre la suficiencia de las garantías prestadas por el arrendatario para la adecuada reposición de los cerramientos al término del arrendamiento (44).

---

(44) Para el tratamiento de esta materia en nuestra doctrina, *vid.* VATTIER FUENZALIDA: “Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico”, ADC, 1984, p. 88, allí otras referencias.

**D) Obras de accesibilidad realizadas en la vivienda del arrendatario sita en la explotación.**

La otra medida concreta introducida por la Ley se encuentra enunciada en un nuevo párrafo del artículo 21 LAR. La novedad consiste en facultar al arrendatario a la realización de obras que permitan la accesibilidad en la vivienda ubicada en la finca en cuanto ello pueda redundar en beneficio de personas mayores de setenta años o que padezcan alguna discapacidad. Los términos en que se pronuncia la Ley son los siguientes:

*“Asimismo, y previa notificación al arrendador, el arrendatario podrá realizar obras de accesibilidad en el interior de los edificios de la finca que le sirvan de vivienda, siempre que no provoquen una disminución de la estabilidad o seguridad del edificio y sean necesarias para que puedan ser utilizados de forma adecuada y acorde con la discapacidad o la edad superior a 70 años, tanto del arrendatario como de su cónyuge, de la persona que conviva con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual, de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad que conviva con alguno de ellos de forma permanente y de aquellas personas que trabajen, o presten servicios altruistas o voluntarios para cualquiera de las anteriores en la vivienda enclavada en la finca rústica. Al término del contrato, el arrendatario estará obligado a reposar la vivienda a su estado anterior, si así se lo exigiera el arrendador.”*

El sentido de la reforma nos parece bienintencionado y coherente con el mandato constitucional del artículo 49 CE (y, por remisión con el del art. 47 CE), si bien ha sido desenvuelto en la práctica con escaso acierto, pues nos parece que ese tipo de obras estaban ya al alcance del arrendatario en la versión legal anterior de la Ley de 2003, sin necesidad de comunicación alguna del arrendatario al arrendador, por lo que cabe pensar que la introducción del actual precepto es innecesaria, e, incluso, algún aspecto de su régimen francamente distorsionadora y, por eso, criticable.

La razón última de esta desarmonía sistemática del precepto se produce por haberse inspirado el legislador en una norma muy parecida en su formulación y contenido jurídico de la LAU (cfr. art. 24 LAU), sin advertir que el régimen relativo a las mejoras es completamente diferente en ambas leyes, pues en la LAR, a diferencia de lo que sucede en la LAU, el arrendatario sí que viene facultado por la Ley para la realización de mejoras, por lo que puede darse por cierto que la introducción del párrafo citado es completamente superflua. De ahí que en nuestro artículo llame precisamente la atención el requisito de la notificación al arrendador, que si en la LAU tiene el sentido de suponer una relajación de la regla normal y ordinaria de la exigencia del consentimiento del arrendador para la realización de obras por el arrendatario, en la LAR viene a suponer

una innecesaria dificultad para el mismo, pues la regla general es precisamente la contraria, esto es, la posibilidad de que el arrendatario realice las obras por su libre iniciativa.

Acusa esta desarmonía el propio legislador al explicar sus motivos, pues a la EM le traiciona el subconsciente y llega a declarar que, de no existir esta norma ahora introducida, las obras a las que se refiere no pueden ser realizadas unilateralmente por el arrendatario, lo cual es, a nuestro juicio, totalmente erróneo (45).

Por otra parte, nos parece revelador de la poca seguridad con que el legislador ha actuado en este punto el hecho de que la norma actualmente introducida no tenga eficacia retroactiva. En efecto, si al legislador le parece importante regular esta hipótesis por considerar que anteriormente no era posible que el arrendatario realizara estas obras de forma unilateral, resultaría obvio sostener que el problema debía abordarse y resolverse desde la Ley para todos los contratos en vigor y no sólo para los que se concierten en el futuro.

Hay que añadir que el establecimiento de la obligación legal a cargo del arrendatario de reponer, al término del arrendamiento, la vivienda al estado anterior a la realización de las obras de adaptación del inmueble a las necesidades del discapacitado nos parece excesivamente gravoso en el contexto del régimen aplicable a las obras y mejoras en la LAR 2003, pues supone dar a este tipo de obras un tratamiento incluso menos favorable que el que corresponde en el Código Civil a los gastos suntuarios de los artículos 454 y 455, precepto en el que el vencedor en la posesión no está facultado para exigir la retirada de las mejoras, sino que esta posibilidad constituye una facultad del poseedor vencido; en este punto, el legislador de 2005, al imitar acriticamente el precepto de la LAU, ha terminado por seguir el criterio de la LAR 1980, en lo relativo a las mejoras suntuarias (cfr. art. 69.2 LAR 1980), sin reflexionar en que no estamos ante mejoras suntuarias, y en que para el arrendatario puede suponer un gasto adicional importante la retirada de estas mejoras, sin beneficio apreciable para nadie. En efecto, ciertamente, en una vivienda la configuración

---

(45) La EM explica: "En todo caso, para que la Ley sea un instrumento eficaz debe dar la seguridad suficiente tanto a arrendadores como a arrendatarios y que resulte igualmente atractiva tanto para unos como para otros, debe favorecer la movilidad de la tierra y ser escrupulosamente respetuosa con la relación que libremente pacten ambos. Respecto de esta relación contractual, la Ley, salvo en los supuestos que ella recoge, la deja lo suficientemente abierta y flexible para que la casuística que pueda presentarse se pacte por las partes. No obstante, para atender las necesidades de las personas con discapacidad y mayores de 70 años, la realización de mejoras que consistan en la realización de obras de accesibilidad en los edificios sitos en la finca que sirvan de vivienda al arrendatario *no requiere el acuerdo de las partes*". (La cursiva es, evidentemente, nuestra.)

de la misma puede ser importante para el arrendador, por cuanto es el elemento principal que puede motivar su valor al darla en arrendamiento; en cambio, en el caso de la explotación agraria, cabe pensar que la configuración de la vivienda es un elemento claramente secundario en el valor que pueda darse al uso de la finca, por lo que el interés del arrendador en la reposición es mucho menor que en el otro caso.

También resulta posible preguntarse qué criterio habrá que seguir en el caso en que el arrendador no imponga la retirada de las mejoras, y, por tanto, pretenda quedárselas. A falta de acuerdo para la realización de esas mejoras, caso en el que habrá que estar a lo acordado, y al igual de lo que ha sostenido algún autor para el régimen de la norma paralela de la LAU (46), entendemos que el arrendador que las quiera hacer suyas deberá al arrendatario indemnización por ello, solución abonada también por las razones que, respecto del régimen general aplicable a las mejoras en la finca rústica, expondremos seguidamente (47).

Finalmente, también resulta discutible qué efectos tendrá la falta de notificación por el arrendatario al arrendador de su propósito de realizar las obras de adaptación a las que nos estamos refiriendo. El tema había sido discutido en la propia LAU, y lo podrá ser también en la LAR, aunque pensamos que en ésta procederá una solución específica, con independencia de lo que para aquélla se sostenga. En efecto, en la LAU es lógico que se pueda debatir sobre si la realización de estas obras es o no causa de resolución del contrato a instancia del arrendador (48), pues la norma relativa a la realización de estas mejoras no es más que un caso especial dentro del sistema general que viene a exigir siempre el consentimiento del arrendador; en cambio, en la LAR no tiene ningún sentido esta discusión por cuanto las obras a las que nos referimos deben calificarse sin duda como ordinarias y, por tanto, como aquellas para las que el arrendatario tiene reconocida legalmente la facultad de realizar sin con-

---

(46) Cfr. RODRÍGUEZ MORATA, en "Comentario al artículo 24", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, 2005, pp. 581-582, quien considera posible que el arrendatario reclame la indemnización si es que el arrendador no le exige la reposición del inmueble al estado anterior a la reforma. De otra opinión, HUALDE SÁNCHEZ, en "Comentario al artículo 24", en LASARTE ÁLVAREZ (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1996, p. 667.

(47) Cfr. *infra* apartado E.

(48) Para LEÓN-CASTRO y DE COSSÍO MARTÍNEZ: *Arrendamientos Urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Granada, 1995, p. 191, la omisión de la notificación al arrendador no puede ser causa de resolución del contrato. Opinan lo contrario: RODRÍGUEZ MORATA, en "Comentario al artículo 24", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, 2005, p. 579; HUALDE SÁNCHEZ, en "Comentario al artículo 24", en LASARTE ÁLVAREZ (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1996, p. 666.



sentimiento del arrendador, por lo que resultaría absurdo que la mera omisión de la notificación pudiera tener el grave efecto de ser causa de resolución del arrendamiento (49).

Asimismo, resulta llamativa la ubicación que el legislador otorga a la norma que estamos comentando, pues el artículo 21 LAR, más que referirse a las facultades que tienen las partes en relación a la realización de mejoras, está pensando en la liquidación del estado posesorio, lo que se puede demostrar por el hecho de que este artículo remita a las normas del CC relativas a la posesión de buena fe, que se refieren precisamente a esa cuestión, y no a la legitimación para realizar mejoras. En cambio, la perspectiva del legislador sobre este nuevo párrafo añadido al artículo 21 LAR parece ser otra diferente, en cuanto que se ocupa precisamente de la legitimación unilateral del arrendatario para realizar ciertas mejoras, por lo que debiera haberlo ubicado en el artículo 20. Pero, en realidad, diga lo que diga la EM, la única razón peculiar de la norma (una vez demostrada la inanidad de la exigencia de notificación al arrendador) radica precisamente en una cuestión relativa a la liquidación del estado posesorio: la posibilidad reconocida legalmente al arrendador para imponer la retirada de las mejoras y la restitución de la finca al estado originario; es por eso por lo que, finalmente, consideramos correcta la ubicación actual de la norma, aunque dicha ubicación deje en mal lugar al redactor de la EM.

Una crítica menor que cabe hacer a la reforma radica en haber introducido este nuevo párrafo del artículo 21 LAR, al que nos estamos refiriendo, sin darle numeración, como hubiera sido más conveniente desde el punto de vista formal, ya que el contenido de los dos párrafos integrantes de este precepto es absolutamente diverso.

**E) *Liquidación del estado posesorio: las mejoras realizadas por el arrendatario.***

Dejando ya de lado las reformas relativas a puntos concretos que acabamos de comentar brevemente, debemos ocuparnos de la modificación de más calado en materia de mejoras, a la que nos referimos al comienzo de este apartado. A nuestro juicio, a pesar de que el legislador no lo destaque en la EM más que tangencialmente, precisamente al explicar la excepción que acabamos de ver a la regla de la exigencia del consentimiento del arrendador para la realización de mejoras por parte del arren-

---

(49) Resulta notable comparar el tratamiento que la LAU otorga a las obras incontinentas como causa de resolución y la falta de toda previsión paralela en la LAR. Es obvio que ello obedece a una filosofía profundamente diversa de ambas normas sobre este concreto punto.

datario, la norma verdaderamente novedosa de la reforma de 2005 es la contenida en el nuevo párrafo 4 del artículo 20, referida a la liquidación del estado posesorio. Dice así:

*“Finalizado el contrato de arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a pedir una indemnización al arrendador por el aumento del valor de la finca arrendada por las mejoras realizadas, siempre que éstas se hayan efectuado con el consentimiento del arrendador.”*

Desde el punto de vista formal, a nuestro juicio, el legislador ubica mal la norma, pues como acabamos de decir el precepto que la Ley dedica a la liquidación del estado posesorio es el artículo 21, lugar en el que se debiera haber introducido el actual artículo 20.4 LAR, pues de esto exclusivamente se trata en esta norma y no, como parece pensar la EM, de un problema relativo a los requisitos que el arrendatario debe cumplir para realizar las mejoras; como si para ello necesitara el consentimiento del arrendador (50). Ciertamente que, en la práctica, la existencia de esta norma llevará consigo que lo habitual vaya a ser la solicitud de permiso al arrendador para la realización de mejoras (51); pero que ello vaya a ser lo habitual no quiere decir que dicho permiso sea jurídicamente exigible.

Para esta última norma, el derecho del arrendatario a solicitar el abono de las mejoras introducidas en la finca depende de que su realización se haya realizado con el consentimiento del arrendador. Evidentemente, la norma viene a proteger la posición de este último, sin detrimento de que se mantenga en beneficio del arrendatario el sistema de amplia legitimación para realizar mejoras a su criterio, sin necesidad de solicitar permiso ni de informar al arrendador (52), pero evitando que esa legitimación pueda llegar a comprometer la posición del arrendador, sorprendido por una inesperada factura por razón de las mejoras introducidas por el arrendatario que se le pretenda cobrar al término del arrendamiento. Indirectamente la Ley opta por un sistema encaminado a evitar los frecuen-

---

(50) La EM explica sobre la disciplina aplicable al contrato que: “La Ley, salvo en los supuestos que ella recoge, la deja lo suficientemente abierta y flexible para que la casuística que pueda presentarse se pacte por las partes. No obstante, para atender las necesidades de las personas con discapacidad y mayores de 70 años, la realización de mejoras que consistan en la realización de obras de accesibilidad en los edificios sitos en la finca que sirvan de vivienda al arrendatario no requiere el acuerdo de las partes”.

(51) Cabe pensar que el nuevo sistema no logrará evitar las dificultades de apreciación de cuándo existe consentimiento por parte del arrendador, materia que ya originó una diversidad de interpretaciones en las sentencias de las Audiencias Provinciales, relativas al significado del artículo 60 LAR 1980.

(52) Así lo establecía la LAR 2003: cfr., en ese sentido, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, en CABELLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, p. 210.

tes litigios que esta materia provocaba, y lo hace mediante la promoción del pacto previo entre las partes, relativo a la introducción de mejoras en la finca, único camino por el que el arrendatario se podrá asegurar de la percepción de la indemnización por mejoras.

Ahora bien, la nueva norma viene a romper con el criterio de la LAR 1980 en materia de mejora de fincas, al que expresamente se acogía la nueva LAR de 2003, pero no vuelve sin más al sistema del Código Civil, sino a algo que se parece mucho al sistema instaurado por la LAR de 1935. Es curioso que, recurriendo la reforma de 2005 de forma muy habitual al retorno a la LAR de 1980, en este punto las cosas sucedan de otro modo, pues es la LAR 2003 la que se mantuvo fiel al espíritu de la LAR 1980, incluso llegando algo más lejos que ella [cfr. arts. 60 y ss. LAR 1980, que establecía un sistema de comunicación previa al arrendador del propósito del arrendatario de realizar las mejoras, con posibilidad para el arrendador de oponerse a su realización (53)], y la reforma de 2005 la que lo rechaza.

Para entender mejor la novedad legal es preciso hacer un recorrido breve por los diferentes sistemas que se le presentaban al legislador como posibles. En esta materia relativa a las mejoras que puede realizar el arrendatario por sí, el artículo 1.573 CC asimilaba la posición del arrendatario a la del usufructuario, lo cual comportaba la existencia a favor del arrendatario de amplias facultades para realizarlas, pero no, en cambio, para recobrar su importe. De hecho, en virtud de esta remisión a las normas del usufructo, resultaba de aplicación al arrendatario el artículo 487 CC, que prescribe que la legitimación para realizar mejoras no implica la facultad de pedir una indemnización al nudo propietario al término del usufructo.

En cambio, en la LAR de 1935, ya un poco más preocupada por la mejora de las estructuras rurales, y atendiendo al hecho de la larga duración de los arrendamientos, pero sin querer incidir muy intensamente en el derecho de propiedad, atendía al problema con más detalle. En concreto, sin modificar la facultad de realizar mejoras unilateralmente por el

---

(53) Evidentemente, el sistema de la LAR 1980 establecía “una cautela para la protección del propietario originada en la preocupación de que la acción unilateral del arrendatario mejorante le obligue ha (*sic*) hacer frente a desembolsos que no pueda afrontar sino enajenando la finca que recupera”: así, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *Gastos y mejoras en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980*, Logroño, 1995, p. 230. En cambio, desde luego no se establecía un sistema que requiriera el consentimiento del arrendador, *vid.* VATTIER FUENZALIDA: “Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico”, ADC, 1984, p. 87: “Las mejoras no requieren ser consentidas por el arrendador, y menos concordadas con éste, ya que al arrendatario le basta con el mero conocimiento de las obras proyectadas; el consentimiento del arrendador es, pues, irrelevante y, en caso de oposición, se sustituye por el informe administrativo previo”.

arrendatario que ya reconocía el Código Civil, añadía la posibilidad de que el arrendatario reclamara una indemnización por su realización, aunque ello venía condicionado a la “fiscalización, conocimiento e intervención” de las obras y gastos por parte del arrendador. En efecto, el artículo 22.3 de esta última norma prescribía, con redacción farragosa, que:

*“Si la mejora útil se realizara por iniciativa del arrendatario y a sus expensas, no habrá lugar a aumento ni disminución de la renta estipulada; pero al cesar el arrendatario en el disfrute de la tierra, se le indemnizara por el propietario, abonándosele los gastos o desembolsos que hubiere invertido en la realización de la mejora, con deducción de la merma del valor que hubiere experimentado la cosa en que consista aquella por el transcurso del tiempo. Para esta indemnización será requisito indispensable que el carácter de mejora útil, para el mayor valor de la finca o para su mejor explotación, persista al extinguirse el arrendamiento, y que se haya, además, realizado con conocimiento e intervención del propietario para fiscalizar los gastos. La cantidad exigible al propietario al terminar el arrendamiento por las mejoras útiles realizadas por iniciativa y a costa del arrendatario, no podrá exceder de la sexta parte de la renta percibida durante toda la duración del arriendo.”*

Se puede seguir diciendo hoy en día que los problemas que el legislador debe atender en esta materia son lograr el equilibrio entre tres ideas o principios fundamentales. Así lo formulaba un comentarista de la legislación de 1935, cuya formulación sigue siendo actual: “Un principio elemental de justicia impone el derecho a favor del arrendatario para que se le indemnice de las mejoras que en determinadas condiciones haya realizado en el fundo (...) mas de otra parte una elemental defensa del derecho de propiedad aconseja la mayor prudencia en la regulación de este capítulo relativo a las mejoras, para evitar que la concesión de derechos al arrendatario en esta materia degenere en el abuso, imponiéndosele al arrendador cargas que resultaren demasiado pesadas (...) no puede ser indiferente para la economía nacional que en las explotaciones agrícolas del país se procure mejorar las fincas incrementando la riqueza territorial y aumentando la producción” (54).

Es obvio que la Ley de 2005 ha seguido las mismas ideas que la Ley de 1935, si bien en su EM no lo sepa explicar adecuadamente. El sistema, hoy, será por tanto el determinado por dos coordenadas: el arrendatario tiene legitimación para realizar las mejoras normales u ordinarias; sin embargo, no podrá recobrar su importe a menos que cuente con el consentimiento del arrendador. El equilibrio parece garantizado: el arren-

---

(54) RODRÍGUEZ JURADO: *Comentarios a la legislación de arrendamiento de fincas rústicas*, Madrid, 1942, pp. 412-413.

datario se autolimitará en sus afanes de mejora, pues sólo abordará por su cuenta las de escasa cuantía, ligadas muy directamente a la producción, mientras que las mejoras de la finca de carácter más permanente y costoso sólo las abordará con el consentimiento del arrendador, que será quien se beneficie de ellas definitivamente tras un plazo de tiempo corto (55).

Ciertamente que, en cuanto a la apreciación de la existencia o no de consentimiento por parte del arrendador, la aplicación de la norma puede llevarse a cabo más o menos estrictamente, como había demostrado la práctica de algunas Audiencias Provinciales sobre el modo de interpretar el requisito de la notificación por escrito al arrendador exigido al arrendatario por el artículo 60 LAR 1980.

Ahora bien, a pesar de que la Ley de 2005 deba juzgarse que ha actuado en este punto con relativo acierto, quedan todavía supuestos cuya solución no se aborda y que serán problemáticos. Nos referimos en concreto a la situación de las mejoras normales u ordinarias introducidas por el arrendatario en la finca sin el consentimiento del arrendador. Ciertamente, la LAR dice que dichas mejoras no serán abonadas por el arrendador, pero ¿podrán dichas mejoras ser retiradas por el arrendatario o deberá quedar éste abocado a perderlas? Es bien sabido que en esta materia el CC dice que las mejoras que no se abonan al poseedor vencido obedecen a la mala fe de éste, y el intérprete pudiera sentirse tentado de considerar que el arrendatario que no pide permiso para realizar las mejoras normales u ordinarias es un poseedor de mala fe, pues precisamente esta calificación es la que le parece convenir atendiendo al hecho de que la reforma de la LAR da a las mejoras realizadas en esas condiciones el tratamiento que el CC reserva a las realizadas por el poseedor de mala fe.

A nuestro juicio, sin embargo, en ese razonamiento hay quizá un problema y es que no tiene por qué ser equivalente el tratamiento de esas

---

(55) Es obvio que el sistema redundará en perjuicio de la mejora de las fincas por parte de los arrendatarios; sólo puede justificar este sistema el hecho de que los arrendamientos serán normalmente de corta duración. El problema puede venir representado si no se cumplen las previsiones del legislador sobre el plazo a causa de la tendencia a pactar arrendamientos de más larga duración que la legal. Asimismo puede ser problemático el supuesto de que en esos casos el arrendamiento termine anticipadamente por cualquier causa, con lo que el arrendatario puede verse en la dificultad financiera de no haber podido amortizar la mejora de acuerdo con sus previsiones. Ya había constatado la estrecha relación de la posibilidad de recuperar los desembolsos con la realización misma de mejoras por parte de los arrendatarios, GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, ed. Zaragoza, 1974, p. 790: "El interés del estado, más que en el cambio frecuente de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de canales, en la desecación de pantanos, en la formación de prados artificiales, y en el aumento de los rebaños: para esto son muy útiles los largos arriendos, y la seguridad de gozarlos, **porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja**". (Las negrillas son nuestras.)

mejoras por la LAR al que se depara a las realizadas por el poseedor de mala fe. En efecto, en el juego de los artículos 453 y 455 CC, que excluyen el abono de los gastos invertidos en mejora al poseedor de mala fe, cabe ver la idea justificadora de la norma en la sanción a la mala fe del poseedor que actúa a sabiendas del problema en su título posesorio; en cambio, en nuestra hipótesis no existe necesariamente esta justificación, pues resulta de la LAR que el arrendatario está legitimado para realizar este tipo de mejoras, normales u ordinarias; por tanto, en la hipótesis en que las mejoras entren en el ámbito de las facultades del arrendatario, pero no deban ser indemnizadas por el arrendador, por no haber contado con su consentimiento, podría existir para el arrendatario que las realizó la posibilidad de retirarlas si ello no conllevara un menoscabo de la finca. Ello supondría dar a dichas mejoras el tratamiento que el CC depara al usufructuario en el artículo 487 CC, que resulta aplicable a los arrendamientos en virtud de la remisión realizada por el artículo 1.573 CC (y que coincide con el tratamiento que el propio CC da a los gastos suntuarios en el caso de la liquidación de la posesión de buena fe).

En cambio, la sanción de la pérdida sí que puede producirse en el ámbito de la LAR si las mejoras se pueden calificar como extraordinarias y, por tanto, su realización unilateral se encuentra fuera de las facultades del arrendatario, en cuyo caso es razonable que se apliquen las normas del CC relativas a la liquidación de mejoras en la posesión de mala fe.

Por ello, subsistirá en la LAR vigente, siempre a nuestro juicio, la dificultad de calificación de las mejoras como ordinarias o normales y extraordinarias, característica de la LAR 2003, con la importante consecuencia para el arrendatario de que unas le serán abonables (o, al menos, contará con el *ius tollendi*) y otras no le serán abonables y sólo tendrá derecho a retirarlas si el arrendador no prefiere abonarlas (art. 455 CC, en su segunda parte). En concreto, lo que procede entender en esta materia es lo siguiente. Para las mejoras ordinarias o extraordinarias realizadas por el arrendatario y consentidas por el arrendador, el régimen resulta claro: se trata de mejoras abonables al término del arrendamiento. En cambio, las mejoras ordinarias realizadas por el arrendatario sin consentimiento del arrendador no resultan abonables como regla general, pero el arrendatario cuenta con el *ius tollendi*; asimismo, estas mejoras no suponen una violación de las facultades legalmente ostentadas por el arrendatario, por lo que la realización de las mismas no puede ser alegada como causa de resolución del contrato. Por último, si las mejoras se pueden calificar como extraordinarias y han sido realizadas por el arrendatario sin el consentimiento del arrendador, además de encontrarnos ante una extralimitación del arrendatario respecto de sus facultades, que podría dar lugar a la re-

solución, procede afirmar que las mejoras no serán abonables al arrendatario, aunque éste contará con el *ius tollendi* en el supuesto de que el arrendador no prefiera abonarlas.

Por último, recordamos nuestra opinión (56) relativa a la poca coherencia que tiene el hecho de que el legislador no se haya pronunciado de modo expreso en el sentido de aplicar a todos los contratos concertados bajo la vigencia de la Ley de 2003 los nuevos criterios sobre mejoras, pues, además de ser mucho más razonable que el sistema originario, evitaría la litigiosidad que generará el hecho de que el sistema de la LAR 2003 es bastante incierto en su significado y alcance; y, por tanto, bastante difícil de aplicar. Obviamente, si el legislador se hubiera pronunciado en ese sentido, también tendría que haber previsto que las mejoras ya realizadas o iniciadas antes de la entrada en vigor de la reforma de 2005, se debían haber liquidado con arreglo al sistema originario de la LAR de 2003.

#### 4. Cesión y subarriendo.

La reforma de la LAR se pronuncia, según nuestro parecer, con acierto al modificar la LAR en el sentido de permitir la cesión y el subarriendo a favor del cónyuge del arrendatario o de sus descendientes, sin necesidad de que entonces deba consentir el arrendador, como debe hacerlo en los demás supuestos de cesión o subarriendo, sino exigiendo solamente la notificación a éste, tal como disponía la LAR 1980. De hecho, de este modo se cumple mejor el designio del legislador de 2003, que, pretendiendo facilitar en general la cesión y el subarriendo, en cambio, con relación a las cesiones o subarriendos realizados a favor del cónyuge y de los descendientes del arrendatario, había obrado con criterio más estricto que la propia LAR 1980, lo cual no era en absoluto coherente (57).

En la redacción ahora vigente, el artículo 23 LAR añade un nuevo párrafo, que dice:

*“Dicho consentimiento no será necesario cuando la cesión o subarriendo se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario. No obstante, el subrogante y el subrogado notificarán fehacientemente al arrendador la cesión o el subarriendo, en el plazo de 60 días hábiles a partir de su celebración.”*

---

(56) Cfr. *supra* apartado II.

(57) Se muestra en contra de esta apreciación, pues él considera que ello era muy coherente “con la reducción del plazo legal a tres años y la posibilidad genérica de ceder o subarrendar con autorización del arrendador”, PASQUAU: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004 (adenda), p. 16.

Con la permisión de la cesión y el subarriendo a favor del cónyuge y de los descendientes se facilita, además, indirectamente la designación por parte del arrendatario del sucesor en el arrendamiento, pues se hace innecesario que dicho nombramiento tenga que constar en su testamento para evitar las dudas sobre el alcance de la referencia del artículo 24,e) LAR 2003 al “testador”.

En efecto, para este último precepto, que también ha sido modificado, aunque no en este punto, cuando fallece el arrendatario debe suceder en el arrendamiento la persona designada por el testador. La utilización de este último término podía apuntar a la exigencia de que la designación se realizara exactamente en testamento. Aunque la norma no se interpretara así, sino que se permitiera la designación extratestamentaria, ello siempre podía conllevar dificultades de constancia de la voluntad o posibles litigios entre los sucesores. Si para evitar esto el causante quisiera utilizar el contrato como mecanismo de designación cabría el problema de que se entendiera que con dicho contrato estaba realizando una cesión prohibida por la Ley. Por eso entendemos que la nueva posibilidad de la cesión *inter vivos* a favor del cónyuge y los descendientes facilita mucho las cosas, evitando la eventualidad de dolorosos litigios.

A nuestro juicio, el arrendatario tiene ahora las tres posibilidades siguientes para nombrar sucesor: hacerlo en testamento, realizar una cesión o subarriendo a favor de su cónyuge o de algún descendiente, notificándolo al arrendador, o, por último, otorgar un acto para surtir efectos tras de la muerte, pero sin efectos actuales (por lo que no sería necesaria la notificación actual al arrendador).

En nuestra opinión, este último tipo de acto tiene la ventaja de que no debe rellenar los requisitos de los anteriores, así, por ejemplo, no sería necesaria la forma testamentaria, ni tampoco la notificación actual al arrendador, con el consiguiente ahorro de gastos actuales que quizá sean inútiles si el arrendamiento se extingue antes de morir el arrendatario; y, por otra parte, garantiza al arrendatario que sucederá en el arrendamiento quien él ha elegido. No obstante, en nuestra opinión, sería aconsejable que para esta cesión con efectos *post mortem* se utilice una forma contractual, y que consientan en dicho contrato, no sólo el arrendatario y el cesionario, sino también los demás posibles sucesores; de este modo se evitarían los riesgos de un futuro litigio entre ellos.

Una importante duda que genera el nuevo régimen instaurado es si la falta de notificación al arrendador de la cesión realizada comporta la ineficacia de la misma y la posibilidad de resolver el arrendamiento por parte del arrendador. Ante la falta de previsión de la reforma sobre las consecuencias de la falta de notificación fehaciente en plazo, parece que sería aplicable el artículo 25 d), aunque quizá ello no sea muy lógico en la filosofía de la reforma.



## 5. Sucesión en el arrendamiento.

Aparte de las cuestiones ya señaladas en el apartado anterior, la norma relativa a la sucesión en el arrendamiento introduce algunas pequeñas variantes orientadas a facilitar la incorporación a la explotación de agricultores jóvenes.

En esa línea, el artículo 24 LAR 2003, que se refiere a las causas de finalización del arrendamiento, queda redactado actualmente del siguiente modo en su letra e):

*“e) Por muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador, en el plazo de un año desde el fallecimiento.”*

El criterio general y básico para la elección de sucesor será el mismo en la norma resultante de la reforma de 2005 que en la versión derogada: la voluntad del causante, esto es, del arrendatario; sin embargo, a falta de esa voluntad, la Ley va a preferir a aquel entre los sucesores del causante que tenga la condición de joven agricultor, y si existieren varios será preferente el más antiguo. Probablemente en esta ordenación juega el doble criterio expresado en la EM de permitir la incorporación al agro de personas jóvenes, pero garantizando también la más adecuada formación de los mismos. En este sentido, la Ley parece pensar que, en la tesitura de tener que elegir entre los varios jóvenes agricultores que suceden al causante, para suceder en el arrendamiento se debe preferir al más antiguo. Obviamente, parece que la antigüedad no viene aquí referida a la edad, sino a la condición de joven agricultor, es decir, será preferido aquel de los sucesores que se esté dedicando profesionalmente a la actividad agraria desde hace más tiempo. La razón de ello es, sin duda, que la Ley presume una mayor preparación profesional en la persona que lleva más tiempo dedicándose a las tareas agrarias.

En cualquier caso, para el concepto de joven agricultor hay que remitirse a la definición que de esta figura se hace en el artículo 2.7 LMEA.

## 6. Subrogación del adquirente en la posición jurídica de arrendador.

La reforma se pronuncia sobre este punto en el nuevo artículo 22.1 LAR, realizando una matización a la norma originaria de la LAR 2003

que puede llegar a ser importante si se generalizan en la práctica los contratos de arrendamiento con una duración pactada más larga que la establecida imperativamente por la Ley, lo cual resulta probable que suceda según el parecer de algunos autores (58).

Dice ahora el artículo 22.1 LAR:

*“El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada.”*

Para la norma precedente (la originaria de 2003), la subrogación del adquirente de la finca en el contrato de arrendamiento se producía en todos los casos en que un tercero adquiría la finca arrendada, pero desde el punto de vista de la duración del contrato sólo se producía la subrogación en la duración legal mínima del contrato, y no en cuanto a la duración pactada que fuera mayor. Por tanto, aunque el adquirente tuviera la condición de *tercero hipotecario* (en terminología, incorrecta, de la Ley de 2005) se producía el efecto subrogatorio señalado porque la Ley entendía que la estabilidad en el arrendamiento era un objetivo que se debía perseguir por encima, incluso, del interés del adquirente de la finca por gozar y disfrutar de la misma de forma directa (59).

Sin embargo, en la reforma de 2005 (60), se vienen a distinguir los

---

(58) LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005, pp. 110-111.

(59) Para una argumentación de esta conveniencia, puede verse ya GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, ed. Zaragoza, 1974, p. 790: “La Ley Romana se fundaba en sutilezas y ápices de derecho riguroso. El arrendatario no adquiere sino una acción personal contra el arrendador, no derecho alguno *real* en la cosa arrendada, cuya propiedad y posesión queda en el arrendador; si éste enajena la propiedad, nada tiene que ver el nuevo propietario con las acciones personales de un contrato en que no intervino: adquiere la propiedad libre y puede disponer libremente de ella. (...) Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de expulsar al arrendatario se prestaba favor a las ventas, y no se hizo más que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principios.

El interés del Estado, más que en el cambio frecuente de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de canales, en la desecación de pantanos, en la formación de prados artificiales, y en el aumento de los rebaños: para esto son muy útiles los largos arriendos, y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja”.

(60) Para PASQUAU: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004 (adenda), p. 21: “El artículo 22 recibe una redacción considerablemente mejorada, por cuanto, en primer lugar, deja claro que la subrogación del adquirente se produce no sólo con relación al plazo de duración, sino a la posición global de arrendador y, en se-

efectos de esa subrogación según el adquirente sea tercero protegido por el artículo 34 LH o no lo sea; caso este último en el que los efectos de la subrogación se amplían y refuerzan, si bien no se nos explican las razones que para ello pueda tener el legislador. Resulta así que el sistema actual sobre esta materia pasa a ser de una enorme complejidad, puesto que las normas son demasiado escuetas y el legislador no ha considerado conveniente explicar su contenido. Sin duda, estamos ante una de las materias de la nueva Ley que merecerían un análisis detenido por la doctrina, si bien quizá fuera difícil a pesar de ello llegar a conclusiones seguras.

Hay que tener en cuenta que la referencia legal al artículo 34 LH pensamos que está fuera de lugar, pues el problema al que la Ley se puede referir aquí es el de la oponibilidad del contrato o, más bien, de un concreto aspecto de éste como es la duración, y no el de la fe pública registral (61), si bien la referencia a este precepto puede tener el significado de que los requisitos que la ley exige al adquirente para que goce de protección son especialmente exigentes. En cualquier caso, en nuestra opinión, la actual norma gravita sobre la distinción entre contratos cuya duración coincida con la legalmente prevista como duración mínima y contratos con duración convencional superior a la legal, y no sobre la figura del tercero protegido por el artículo 34 LH, aunque también cuente este último dato.

En el primer caso que se puede producir, es decir, en el supuesto en que el contrato tenga la duración legal mínima, todo adquirente debe respetar la existencia del contrato, aunque pretendiera alegar su condición de *tercero hipotecario*, en el sentido de que adquirió el inmueble a título oneroso, de titular inscrito, sin tener noticia registral o extrarregistral de la existencia de un contrato de arrendamiento, y, finalmente, inscribiendo su derecho. En este punto, la norma queda tal como estaba en la Ley de 2003, salvo algunas modificaciones de redacción. En nuestra opinión, el criterio legal viene a fundamentarse en un propósito claro de protección del arrendamiento por todo el plazo legalmente establecido, sin que con-

---

gundo lugar, aclara también que la limitación de esa subrogación al plazo que reste hasta la duración legal mínima o la de la prórroga que esté en vigor lo es únicamente para el tercero hipotecario, pero no para el resto de los adquirentes. Sigue, no obstante, sin especificarse si el «tercero hipotecario» al que se refiere es exclusivamente el del artículo 34 LH, o si también incluye al inmatriculante a título oneroso y de buena fe, por la vía del artículo 32 LH”.

(61) Estamos de acuerdo con POVEDA BERNAL en CABALLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, p. 161, en que las referencias al artículo 34 LH son improcedentes, ya que el problema resuelto por el precepto no es de fe pública registral, sino de inoponibilidad u oponibilidad.

tra ese propósito legal pueda valer de nada la falta de publicidad del arrendamiento (62).

En cambio, si el contrato tenía una duración convencional superior a la legal las cosas ya no son tan sencillas. En efecto, si la duración pactada para el contrato de arrendamiento ha sido mayor, y el adquirente no tiene la condición de *tercero hipotecario*, éste quedará obligado a respetar la total duración pactada. En este segundo caso, es decir, cuando adquiera cualquier otro tipo de tercero, la ley señala con claridad que se producirá la subrogación en la totalidad de los efectos contractuales, y por tanto también en el eventual plazo de mayor duración al exigido por la Ley que haya sido pactado por las partes (63).

Por tanto, la novedad de la nueva versión del artículo 22.1 LAR radica precisamente en el tratamiento que se da a los contratos de duración pactada superior a la legal; este efecto es el que nos permite afirmar que la reforma ha profundizado o ampliado los efectos subrogatorios previstos en la versión legal de 2003, pues sólo excepcionalmente podrán evitarse estos efectos.

Es obvio también que la norma, tal como se encuentra actualmente redactada, se inspira más intensamente que su inmediata predecesora en la vigente legislación especial de arrendamientos urbanos, y que, por tanto, le son de aplicación también todos los reproches que a esta normativa ha dedicado la mejor doctrina. No obstante, debe permitírsenos hacer gracia del tratamiento de esa materia, que desbordaría ampliamente el tono que pretendemos dar a estas “Notas”.

También es evidente que la norma que estamos contemplando, en cuanto a los contratos en que se pacte una duración mayor que la establecida por la Ley como mínima, pretende incentivar su inscripción en el Registro de la Propiedad para evitar que la aparición de un tercero protegido por éste dé al traste con las expectativas que se ha creado el arrendatario (64). En este punto es necesario tener presente la aplicación a

---

(62) Valdría decir aquí, con PAU PEDRÓN: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Madrid, 1995, p. 55, que estamos ante un “Principio de continuidad legal por el plazo mínimo, cuando se trate de inmuebles inmatriculados y arrendamientos no inscritos”.

(63) Según PAU PEDRÓN: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Madrid, 1995, pp. 54-55, estaríamos ante dos principios diferentes: “el de continuidad legal, cuando se trate de inmuebles no inmatriculados”, y el de “continuidad a través de la publicidad registral, cuando se trate de inmuebles inmatriculados: del texto citado [se refiere al art. 14.2 LAU] se desprende que al tercero hipotecario —el tercero en que concurren los requisitos del art. 34— sólo le afectan los arrendamientos inscritos (como les afectan también a los demás terceros)”.

(64) Para la redacción originaria de la LAR 2003, y se puede seguir sosteniendo todavía, afirmaba GUILARTE GUTIÉRREZ: *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 375: “Es obvio que el nuevo entendimiento de las cosas por parte del legislador puede revitalizar la inscripción de los arren-

estos supuestos del artículo 1.549 CC, que hace oponibles a terceros los arrendamientos en cuanto se encuentren inscritos en el Registro de la Propiedad; esta inscripción será el mecanismo ordinario que el arrendatario de larga duración encuentra dispuesto por el ordenamiento para la protección de su derecho, como forma de lucrar para sí con toda seguridad los beneficios de la oponibilidad *erga omnes* de la que el arrendamiento carece naturalmente.

La dificultad principal que puede presentarse en la aplicación de la nueva norma de la LAR estriba en la delimitación de la frontera entre los terceros adquirentes a los que se refiere la Ley, y que de forma tan importante condicionan la pertinencia de una u otra consecuencia jurídica de la norma. En esta materia, la Ley parece mostrar una falta de criterio indudable, pues no es nada fácil descubrir en qué puede radicar la diferencia entre unos terceros u otros.

En efecto, si la reforma pretende propiciar o fomentar la inscripción de los arrendamientos que superen la duración legal mínima en el Registro de la Propiedad, no se entiende bien que al arrendatario que no acude al Registro se le pueda seguir premiando con la oponibilidad del arrendamiento frente a terceros, cuando éstos no reúnan los requisitos de protección del artículo 34 LH, pero, a pesar de todo, sean terceros de buena fe. ¿Cuál es la razón que explica que, siendo el arrendamiento naturalmente inoponible a terceros como situación obligacional que es, y propiciando la Ley su inscripción en el Registro de la Propiedad, pueda llegar a obtener la oponibilidad, en cuanto al plazo pactado, un arrendamiento no inscrito? (65).

En particular cabe preguntarse cuáles son los requisitos necesarios para hacer oponible el contrato de arrendamiento en su totalidad; por tanto, también en cuanto el mayor plazo de duración establecido convencional-

---

damientos rústicos, hasta ahora prácticamente en desuso. Será lógica tal inscripción cuando estemos a presencia de arrendamientos en los que el arrendatario haya realizado grandes inversiones, con una rentabilidad a largo plazo que se funda en la dilatada duración del contrato. En estos supuestos la única defensa del arrendatario frente a la enajenación de la finca arrendada va a venir proporcionada por el Registro de la Propiedad, que de esta manera recupera en este punto una de sus funciones básicas, como lo es la protección frente a terceros del titular inscrito”.

(65) La misma duda en relación con la redacción originaria de la norma se plantea GUILARTE GUTIÉRREZ: *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, pp. 375-376, con relación al arrendamiento no inscrito de duración superior a la legal y con relación a un adquirente no protegido por la fe pública registral. La solución que propone es la inoponibilidad de ese aspecto del contrato al adquirente para “evitar la incongruencia que derivaría de que recibiera el mismo trato protector el arrendatario inscrito que aquél que no hubiera inscrito su arrendamiento en el Registro”.

mente. Obviamente, la cuestión sólo se presentará en los casos de enajenación de fincas ya inmatriculadas y pertenecientes al transmitente, y no en los casos de fincas no inmatriculadas. Asimismo, tampoco habrá problema cuando el Registro otorgue publicidad a la existencia del arrendamiento y a su duración, pero a partir de ahí casi todas las posibilidades que se pueden venir a la mente son de dudosa solución, comenzando por la representada por el caso de publicidad registral del arrendamiento, pero sin referencia alguna en el Registro a la duración del mismo superior a la legalmente establecida. En ese contexto cabe preguntarse qué es, para la LAR, un tercer adquirente protegido contra el plazo contractual superior al legal.

La dificultad, como estamos viendo, viene a radicar sobre todo en el requisito de la buena fe, o más bien en el de su falta (66); es decir, el conocimiento por parte del tercero de la existencia del arrendamiento que se deba estimar suficiente para desvirtuar su buena fe, y que, en consecuencia, haga oponible frente a él el plazo arrendaticio convencionalmente introducido.

Las posibilidades de resolver esta duda teóricamente serían muy diversas, sin que el legislador haya dejado claro cuál es su criterio. Así se puede citar como primera solución que se requiriera la existencia de una adecuada noticia para el adquirente de la existencia y contenido del contrato de arrendamiento obtenida precisamente en la escritura de compraventa o adquisición (por tanto, también la noticia mediante ella del eventual plazo superior al legal). De este modo, la noticia de la existencia del arrendamiento que exige el nuevo artículo 11.3 LAR debería abarcar expresamente la cuestión del plazo.

Una segunda forma de solucionar el problema se conjugaría con la simple imposición en el nuevo artículo 11.3 LAR de la carga de mencionar en la escritura la existencia o no de arrendamiento sobre la finca enajenada, por lo que no sería preciso siquiera un conocimiento circunstanciado del contenido del contrato de arrendamiento por parte del adquirente, sino la simple hipotética posibilidad de conocer que deriva del hecho de que el vendedor haga referencia en la escritura a la existencia del contrato de arrendamiento.

O, incluso, cabe entender las cosas de otro modo, si se estima que la simple posibilidad de conocer por parte del adquirente que derivara de la situación posesoria arrendaticia pueda lograr el mismo efecto de hacerle oponible lo que ni siquiera conoce de forma completa, como será el

---

(66) Así, GUILARTE GUTIÉRREZ: *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 373, con relación a la redacción originaria de la LAR 2003.

régimen del arrendamiento que, obviamente, no se puede deducir simplemente de la situación posesoria de la finca (67).

En el extremo contrario estaría la opinión que vendría a exigir en todo caso la publicidad registral del contrato de arrendamiento para lograr su oponibilidad a los adquirentes, aunque no reúnan los requisitos de protección del artículo 34 LH, tesis que en sí misma es mucho más lógica y coherente con el resto del sistema, pero que encuentra obstáculos importantes en el texto legal (68).

A nuestro juicio, una cosa al menos debe tenerse clara: en la dicción del artículo 22.1 LAR, tal como se encuentra redactado en la actualidad, resulta que el efecto subrogatorio se produce siempre que alguien adquiere el inmueble arrendado; por eso, cuando el adquirente reúna la condición de *tercero hipotecario*, se viene a formular una única excepción, que es la inoponibilidad específica frente a él de la duración del contrato superior a la legalmente mínima. Por tanto, en coherencia con ese único efecto diferencial, entendemos que lo que debe ignorar el adquirente en el que concurren las demás condiciones de protección del artículo 34 LH, para que le resulte inoponible dicho plazo, no es la existencia del contrato o de la posesión arrendaticia en general, sino la existencia concreta de

---

(67) Muy atinadamente señala GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 374, que “es de subrayar que en materia de arrendamientos rústicos la situación se presenta mucho menos conflictivamente, pues frente a la evidente patentización posesoria que deriva de la ocupación arrendaticia de la vivienda familiar, dicha apariencia –en cuanto reveladora de una situación sin reflejo registral– es mucho más tenue en lo que se refiere a la posesión arrendaticia de las fincas rústicas, sin duda equívoca, impersonalizada y con un claro componente de discontinuidad en lo que a la presencia del poseedor se refiere. Ello hará, en principio, mucho más difícil de considerar que el adquirente conocía una realidad no publicada por el Registro”.

(68) Solución esta última que se ha propugnado para la interpretación del artículo 14 LAU, y que resulta más coherente, no sólo con el sentido general del CC y de la LH, sino con la propia normativa de ésta, pero que resulta de difícil encaje en la LAR, por la carencia que ésta presenta de datos normativos. *Vid.*, en cuanto a esta materia, GORDILLO CAÑAS: “Comentario al artículo 13”, en LASARTE ÁLVAREZ: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1996, p. 319: “Permitir en general la oponibilidad del arrendamiento al tercero que adquiere la finca arrendada, sin exigir para ello la ayuda de la publicidad registral y superando el plazo donde se impone la prórroga forzosa, no se aviene en forma alguna a la naturaleza personal del derecho del arrendatario ni a la eficacia relativa del contrato que lo constituye. ¿Cuál puede ser entonces su fundamento? Nosotros no llegamos a descubrirlo...”. Cfr., respecto a la situación en la LAR 2003, la tesis de GUILARTE GUTIÉRREZ: *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 374: “Entiendo que no cabe el encadenamiento axiomático entre buena fe del adquirente y ausencia de inscripción del arrendamiento. La tradicional falta de utilización de la institución registral en materia de arrendamientos rústicos propicia un tanto visceralmente dicha solución de forma que, a mi juicio, la diligencia que permite considerar su buena fe trasciende de la pura consulta de los libros registrales, debiendo relacionarse con las concretas circunstancias del caso en orden a llegar a advertir la discordancia entre el Registro y la realidad”.

un plazo mayor al legalmente establecido. De hecho, esta es la única explicación que permite justificar por qué pueda existir un tercero protegido por el Registro frente al plazo convencional. En efecto, si la oponibilidad del plazo a los adquirentes se fundamentara en una pretendida publicidad de la posesión arrendaticia, no sería lógicamente posible por hipótesis que apareciera nunca un tercero protegido. En cambio, si la protección al tercero se fundamenta en la cognoscibilidad o no del plazo, con toda normalidad pueden aparecer supuestos de terceros protegidos, por cuanto la cuestión del plazo no es susceptible de suyo de más publicidad que la registral o la obtenida por el adquirente del propio transmitente.

Por tanto, puesto que la buena fe registral se presume, lo que producirá la oponibilidad al adquirente a título oneroso, de titular inscrito y que inscribe su derecho del plazo contractual superior al legal, será la posibilidad de conocer concretamente, bien sea mediante el Registro o bien sea mediante otro medio (habitualmente la escritura de adquisición), la existencia del pacto relativo a la duración del contrato de arrendamiento que supera a la legalmente establecida (69).

Por otra parte, si bien hemos reconocido la inspiración de la norma en el artículo 14 LAU, no podemos tampoco dejar de señalar la ausencia en el nuevo precepto de la LAR de una referencia a una posibilidad expresamente regulada por la LAU. En concreto, cabe preguntarse si es posible que el arrendatario, cuyo contrato viene a ser anticipadamente extinguido a causa de la venta de la finca, solicite una indemnización al arrendador en razón de haber sido él el que origina dicha extinción. A pesar de la ausencia de norma que expresamente imponga esta consecuencia, es evidente que, si la conducta del arrendador lleva consigo la imposibilidad de que el arrendatario continúe en el uso y explotación de la finca por la totalidad del tiempo pactado, estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual del arrendador, indemnizable según las reglas generales, que en este caso viene representado por el último inciso del artículo 1.571 CC.

El problema no va a ser, por tanto, si cabe o no indemnización, sino que venimos a carecer de una norma muy útil para cuantificarla; en efecto, la LAU había introducido una norma de liquidación de los daños que era muy interesante para el arrendatario, pues los objetivaba y le ahorra la necesidad de probarlos. Por eso cabe lamentar que la reforma de 2005 no haya aprovechado la ocasión para introducir en los arrendamientos rústicos una norma tan conveniente (70).

---

(69) Para GUILARTE GUTIÉRREZ: *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, p. 375: “La referida oponibilidad alcanzará a dicho adquirente respecto de los extremos contractuales que fluyen del Registro”.

(70) Sobre esta cuestión, tal como se encuentra regulada en la LAU, *vid.* ALONSO PÉREZ,



## 7. Derechos de adquisición preferente.

En la reforma de 2005 se vuelve a una formulación similar de estos derechos a la que ya nos resulta conocida a través de la LAR 1980 (71); si bien desde el punto de vista formal, las extensas normas sobre la materia se incluyen ahora en un solo precepto, el artículo 22 LAR (72). Por otra parte, ya hemos tenido ocasión de hacer alusión a la incorrecta formulación de estos derechos por parte de la EM de la Ley (73). En efecto, nada tienen que ver con los derechos de tanteo y retracto las siguientes afirmaciones de la misma: “Para ser eficaz, la Ley tiene que posibilitar que, en igualdad de condiciones, determinados arrendatarios puedan incrementar su actividad económica, y para ello introduce los mecanismos de tanteo y retracto que le permiten acceder a arrendamientos de nuevas tierras”. Obviamente, el tanteo y el retracto ni *incrementan* la actividad económica del arrendatario, pues simplemente le permiten continuar con las mismas tierras, aunque a título de propietario; ni suponen el acceso al *arrendamiento* de tierras, sino a la propiedad de las mismas; ni se refieren a *nuevas* tierras, sino exactamente a las mismas que ya venía disfrutando. No puede ser, pues, más desacertada la explicación de la EM.

En cualquier caso, se refiere a esta cuestión el nuevo artículo 22, en sus apartados 2 y siguientes, que quedan redactados como sigue:

“2. En toda transmisión inter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto. Al efecto, el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que se considere justo, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 11 y tenien-

---

“Comentario al artículo 14”, en LASARTE ÁLVAREZ (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1996, pp. 408 y ss. Para PASQUAU LIAÑO: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, p. 566, la solución de la LAU sería aplicable analógicamente a los arrendamientos rústicos.

(71) Así, LASARTE ÁLVAREZ, en “Los derechos de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Rústicos”, en PÉREZ SAN FRANCISCO (director): *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, p. 23. También subraya esta semejanza PASQUAU LIAÑO: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 14.

(72) Para PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 14, la nueva regulación resulta desproporcionada por su extensión.

(73) Cfr. *supra* apartado I.

do en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de esta Ley.

El arrendatario tendrá un plazo de 60 días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, y lo notificará al enajenante de modo fehaciente. A falta de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

Si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador, se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo por las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas, por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

3. En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario, al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de 60 días hábiles a partir de la notificación.

4. Para inscribir en el Registro de la propiedad los títulos de adquisición inter vivos de fincas rústicas arrendadas, deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior.

5. No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes:

a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge.

b) En la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a 10 hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.

6. Los derechos establecidos en este artículo serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre éstos cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.

7. Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos concedidas a diferentes arrendatarios sobre la totalidad de la finca, el tanteo y retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal; si hubiera varios, al que tuviera la condición de agricultor joven, y, de haber más de uno con esta condición, al más antiguo en el arrendamiento.

8. Cuando sean varios los arrendatarios de partes diferentes de una misma finca o explotación, habrá que cumplir las obligaciones de notificación con cada uno de ellos, y el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada. Si alguno de ellos no quisiera ejercitar-

*lo, por su parte, podrá hacerlo cualquiera de los demás, y será preferente el que tuviera la condición de agricultor joven y, en su defecto, o en el caso de ser varios, el más antiguo.*

*9. En los casos de fincas de las que sólo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo, los derechos regulados en los apartados anteriores se entenderán limitados a la superficie arrendada. A tal efecto, el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar, en su caso, la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo."*

Con anterioridad hemos señalado que los titulares de estos derechos de adquisición preferente no son cualquier arrendatario; a ello alude, en esta ocasión con acierto, el pasaje acabado de citar de la EM, sino sólo la persona física que reúna la condición de profesional de la agricultura, y las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 9.2 LAR, es decir, aquellas que por exigencia de su tipo legal incorporan esencialmente a su objeto la actividad agraria. Quedan fuera, en todo caso, de la posibilidad de ejercitar un derecho de adquisición preferente las personas jurídicas que no estén tipificadas legalmente como de actividad agraria; por tanto, aunque tanto la sociedad civil como la mercantil puedan ser arrendatarias sujetas a la Ley en el caso en que su objeto social sea agrario, lo que nunca podrán hacer es ejercitar estos derechos de adquisición preferente.

Obviamente, no resulta necesario describir el sistema relativo a los derechos de adquisición preferente, puesto que el propósito de este trabajo no es explicar aquellas cuestiones que no resultan novedosas en nuestro ordenamiento, y ésta ya resulta suficientemente conocida en virtud de su dilatada vigencia a partir de la LAR 1980. No obstante, quizá sea oportuno recordar que el legislador ha obrado en esta materia con cierta ingenuidad, porque la aplicación de los derechos de adquisición preferente tiene muy poco sentido en un sistema de contratos de arrendamiento de duración breve, como la práctica desde la LMEA de 1995 se ha encargado de demostrar (74), por lo que quizá la reintroducción de estos derechos hubiera debido atender más que a la profesionalidad del arrendatario a la antigüedad en el cultivo de la misma finca.

Sobre el contenido concreto de la nueva regulación introducida, quizá sea bueno reseñar que la reforma de 2005, por haber seguido casi literalmente la redacción del artículo 94 LAR 1980, sigue olvidando hacer una referencia a la preferencia del retracto de colindantes regulado en el artículo 27 LMEA, sobre el derecho de adquisición preferente concedido al

---

(74) En sentido parecido, LASARTE ÁLVAREZ, en "Los derechos de adquisición preferente en la Ley de arrendamientos rústicos", en PÉREZ SAN FRANCISCO (director): *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, p. 23.

arrendatario, en el caso de concurrencia de ambos en el mismo supuesto. A nuestro juicio, ello no es más que otro ejemplo de la mala técnica y escasa reflexión que caracterizan a esta Ley de reforma: pero debe entenderse en cualquier caso que el retracto de la LMEA también es preferente al retracto arrendaticio, como se entendió generalizadamente desde la promulgación de la LMEA de 1995.

Otra novedad que nos parece significativa en la regulación de la materia se refiere al caso en que procedan estos derechos de adquisición preferente en negocios de enajenación diferentes a la compraventa y que no tengan precio (por ejemplo, en la donación). En este caso, el arrendador, al hacer la notificación al arrendatario prevista por la Ley respecto a su propósito de enajenar la finca, deberá hacer una estimación del precio que estime justo para el ejercicio del derecho de adquisición preferente (*vid.* art. 22.2).

Asimismo resulta novedoso el modo con el que se resuelve el concurso de arrendatarios de la misma finca que estén interesados en el ejercicio del mismo derecho de adquisición preferente (cfr. art. 22.7).

## 8. Resolución del arrendamiento a instancia del arrendador.

Una pequeña modificación introducida por la Ley 2005 se refiere a la supresión del contenido del artículo 7.1 c), que anteriormente disponía que no estaría sujeto a la Ley el arrendamiento de finca que tuviera “por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o en la zona a las de su misma calidad o cultivo”. La concurrencia de esta causa tenía, no obstante, más interés como posible causa de resolución a instancias del arrendador, tal como dispone el apartado 2 de este mismo precepto, por lo que hemos optado por incluirla bajo esta rúbrica.

En la práctica, esta causa tenía su operatividad principal en el caso de fincas próximas a los núcleos urbanos, aunque siguieran teniendo calificación de rústicas (75). El recurso a esta causa de resolución podía tener mucho más sentido en la LAR 1980 originaria, con los amplios plazos de duración del contrato que en ella se contemplaban, que bajo una legislación en que es más sencillo que el arrendador aguarde la finalización del arrendamiento que iniciar un litigio fundamentado en esta causa de reso-

---

(75) Sobre los antecedentes de la norma resulta de obligada consulta el tratamiento de DOMÍNGUEZ LUELMO, en GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, pp. 161 y ss., con especial tratamiento de la aplicación jurisprudencial de los preceptos legales precedentes al ahora derogado.

lución (76). En cualquier caso, la supresión de este párrafo parece obedecer a una superficial inquietud de evitar la especulación que ya se manifestó durante el debate parlamentario de la LAR 2003. Cabe reprochar, no obstante, a la reforma la escasa operatividad de la medida para conseguir estos fines, pues bastaría no arrendar, o aguardar a la finalización del arriendo para que la finca dejase de estar sujeta a la actividad agraria y pudiera especularse con ella libremente.

## VI. El contrato de aparcería

1. El régimen normativo del contrato de aparcería: la aplicación al mismo de las normas relativas a la finalización del arrendamiento.

El contrato de aparcería conoce dos modificaciones fundamentales en la Ley de 2005. La primera se refiere al artículo 29 LAR, en el que aparentemente la reforma parece ser insignificante, aunque en realidad no lo sea.

En este precepto de la LAR, la primera modificación ha consistido en añadir al bloque normativo aplicable a las aparcerías el capítulo VIII de la LAR, que con anterioridad no aparecía en la enumeración legal; además, en segundo lugar, se añade que la aplicación de las normas de los arrendamientos procede siempre que no resulte contraria a la naturaleza esencial (se pronuncia aquí la Ley con cierta redundancia) del contrato de aparcería. Literalmente, el precepto queda así:

*“En defecto de pacto expreso, de normas forales o de derecho especial y de costumbre, se aplicarán las disposiciones de este capítulo y, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en los capítulos II, III, VI y VIII, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza esencial del contrato de aparcería. No obstante, tratándose de las mejoras impuestas por ley o por resolución judicial o administrativa firmes o acuerdo firme de la comunidad de regantes correspondiente, deberán llevarse a cabo por las partes con arreglo a lo pactado entre ellas, y si faltara el pacto, podrá resolverse el contrato a instancia del cedente o del cesionario.”*

La novedosa regulación de las aparcerías por el contenido de dicho capítulo VIII de la LAR, relativo a las causas de terminación del arrendamiento, puede producir, a nuestro juicio, algunas dudas que el legislador debiera haber resuelto mostrando una actitud más diligente en la exacta

---

(76) Vid. en este mismo sentido CABALLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004, pp. 97 y ss.

determinación de los preceptos incluidos y exceptuados de su aplicación a la aparcería, comportamiento mucho más razonablemente exigible si la alternativa elegida por el legislador es la fijación de un criterio tan poco exacto para realizar esa tarea como la referencia a la naturaleza jurídica de la aparcería (77). Carácter difuso de la solución legal mucho más acentuado por el hecho de la falta de una regulación normativa medianamente extensa y detallada del contrato de aparcería por la LAR 2003 (78).

Ante ello, a nuestro juicio, asume una importancia principal tener muy presente la definición legal del contrato de aparcería que aparece en el artículo 28.1 LAR: “Por el contrato de aparcería, el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de algunos de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones”. Resulta así que el elemento fundamental de la definición de aparcería está constituido por el reparto de los frutos por partes alícuotas, que dependen del valor de las respectivas aportaciones del cedente y del aparcerero (79).

Los problemas más señalados que esta falta de claridad en el criterio legal relativo a esta materia nos parece que pueden ser: si en el contrato de aparcería se permite el desistimiento unilateral por parte del aparcerero, y si a la muerte del aparcerero tendrán derecho a continuar sus herederos en el uso de la finca (80).

---

(77) En cualquier caso, el criterio de la Ley de 2005 de evocar una “naturaleza esencial” del contrato de aparcería parece ignorar la existencia de una importante discusión sobre ese preciso punto, lo cual nos aboca a una segura proliferación de dudas interpretativas de demasiado alcance como para garantizar una adecuada aplicación de la Ley. Cfr. sobre ello las referencias que se pueden encontrar en LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005, pp. 181 y ss.

(78) Pues, claro está, la naturaleza jurídica de la aparcería no se puede determinar como no sea con referencia a un concreto régimen normativo: cfr., en ese sentido, GÓMEZ LAPLAZA: *La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Fuentes y concepto legal*, Madrid, 1988, pp. 74 y ss.

(79) Para GÓMEZ LAPLAZA: *La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Fuentes y concepto legal*, Madrid, 1988, p. 266, con relación al régimen de la LAR 1980, afirmaba que “parece exacta la afirmación de que la esencia del contrato de aparcería estriba en el reparto de productos entre cedente y aparcerero”.

(80) Para PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, adenda, p. 21: “Algunas de las causas de terminación allí reguladas deberán adaptarse cuando se trate de aparcería (por ejemplo, art. 25.a y 25.d) y en otros casos más bien parecen inaplicables: así, la causa del artículo 25.e (aparición sobrevenida de algunas de las circunstancias del art. 7.1) y la del artículo 24.e) (muerte del arrendatario); en este último caso, y dada la especial naturaleza de la aparcería como contrato basado en la confianza, no parece apropiado que pueda imponerse al propietario la persona del sucesor, sin, por lo menos, concederle la posibilidad de exigir la conversión en arrendamiento, que

Ante la duda que representan estas importantes cuestiones, desde luego lo más aconsejable en la práctica, para evitar posibles litigios, es que las partes pacten en el contrato de aparcería lo que estimen más conveniente a sus intereses. Es necesario recordar aquí que dicho pacto no encontrará como límite al propio sistema legal de los arrendamientos en cuanto se estime que es imperativo, puesto que el artículo 29 LAR considera que, en materia de régimen jurídico de la aparcería, cabe perfectamente el pacto entre las partes. Hay que entender, pues, que el pacto puede ir incluso contra las previsiones legales que para el contrato de arrendamiento tuvieran carácter imperativo; pues esas normas sólo rigen para las aparcerías en defecto de acuerdo.

El problema, obviamente, no podrá eludirse cuando las partes nada hayan pactado sobre el particular. A nuestro juicio, aquí asumirá su necesario papel la referencia legal a exclusión de la aplicación de las normas que contradigan la naturaleza del contrato de aparcería. En los dos casos dudosos a los que nos hemos referido hace un momento, entendemos que las normas de los arrendamientos no son aplicables a la aparcería, precisamente porque en la definición de aparcería existen aportaciones mutuas que conducen a un reparto proporcional de los frutos. A nuestro juicio, es por ese motivo por el que el Código Civil considera que la naturaleza de la aparcería es societaria (cfr. art. 1.579 CC) (81), y remite el régimen de las aparcerías a las normas propias del contrato de sociedad (82). Por esa misma razón vamos a ver que las normas del contrato de sociedad solucionan suficientemente las dudas que los casos planteados podían generar, en el sentido más razonable y lógico, teniendo en cuenta la naturaleza de la aparcería (83).

En cuanto a existencia o no de la posibilidad de desistimiento unilateral por parte del aparcero [vid. art. 24 d) LAR], estimamos mucho más segura la tesis de que no exista dicha facultad, sino que si el aparcero quie-

---

era la sabia solución del artículo 117.2 LAR 1980". Por nuestra parte, estamos de acuerdo con casi todas las palabras anteriores, pero no acabamos de entender por qué debe ser inaplicable a la aparcería la causa de resolución del artículo 25 e). Sobre otras cuestiones nos extendemos algo más en el texto.

(81) Y es que no se puede negar que en la aparcería existe lo que algún autor denomina "matiz asociativo": así, CLEMENTE MEORO, en PASQUAU LIAÑO: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, p. 759.

(82) No obstante, como es sabido, la remisión a estas reglas no es juzgada doctrinalmente con demasiada benevolencia: vid. LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005, pp. 184-185, pero quizá en la actualidad adquiera cierta utilidad ante la escasez de normativa especial sobre este contrato.

(83) Para GÓMEZ LAPLAZA: *La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Fuentes y concepto legal*, Madrid, 1988, p. 80, citando en este punto a IRTI, "tanto el cedente como el aparcero desean que la producción sea la mayor posible porque de ello dependen sus respectivas ganancias".

re renunciar al cultivo de la finca deberá negociar la extinción del contrato con el cedente, alegar judicialmente las razones que aconsejan o imponen la extinción del contrato, o abandonar sin más la finca, quedando entonces sujeto a que el contrato se ejecute a su costa o a la posible indemnización de daños y perjuicios.

Pensamos así porque esta facultad unilateral, que ya de suyo es excepcional en el ámbito contractual (84), es mucho más explicable en un contrato como el arrendamiento en el que el arrendatario asume en solitario el riesgo y beneficio del contrato, mientras que no lo es en la aparcería, pues en este contrato existe un entrelazamiento de los respectivos intereses de las partes, generadora de unas expectativas económicas que son las que justifican que las aportaciones se efectúen por ambas partes. Por tanto, no parece que el aparcerero pueda unilateralmente poner fin al contrato de forma libre y sin indemnización, por cuanto ello puede perjudicar al cedente de la tierra, que ha realizado también unos desembolsos para obtener unos beneficios que ahora pueden no producirse o ponerse innecesariamente en riesgo. En este sentido, el marcado carácter de contrato de participación en los beneficios que la aparcería comporta impondría en la aparcería consecuencias diferenciales respecto al arrendamiento. En este mismo sentido, cabría alegar el régimen legal del contrato de sociedad, operación perfectamente factible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.579 CC; así, en el contrato de sociedad, la facultad de separación del socio no existe en general cuando la sociedad es por tiempo determinado, y ello sólo es posible en los casos contemplados en los artículos 1.700-4, 1.705 y 1.707 CC, que son de difícil planteamiento en la aparcería, puesto que ésta es siempre un contrato de duración determinada (art. 31 LAR 2003), salvo que expresamente se hubiera pactado la indeterminación en la duración, cosa que cabe pensar que rara vez sucederá.

Por lo que se refiere a la posibilidad de sucesión en la posición de aparcerero, entendemos que parcialmente valen igualmente las anteriores razones. Al encontrarnos ante un contrato en el que cada parte arriesga en virtud de las expectativas que le genera el rendimiento futuro de la finca, no es posible imponer al cedente de la tierra la carga de arrostrar ese mismo riesgo si el aparcerero fallece, puesto que sus herederos pueden no contar con la misma cualificación profesional y no satisfacer las legítimas expectativas de ganancias para el cedente. En este sentido, pensamos que se puede aplicar perfectamente a este supuesto el artículo 1.700-3 CC, cuya identidad de razón parece perfectamente defendible, y que establece

---

(84) Cfr. las explicaciones sobre la razón de ser de esta posibilidad de desistimiento unilateral que da GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004, pp. 410-411.



la extinción del contrato de sociedad a la muerte de uno de los socios (85).

Resulta más claro, por el contrario, que, pese al tenor del artículo 25 d) LAR, que contempla el ejercicio ilegal de la cesión o el subarriendo como causa de resolución del arrendamiento, el aparcero no tiene la facultad de ceder el contrato a otra persona, puesto que el artículo 23 LAR que las permite no forma parte de las normas que son de aplicación a la aparcería y a las que se remite el artículo 29 LAR.

## 2. El acceso del aparcero al arrendamiento de la finca.

En lo que se refiere al contrato de aparcería, la segunda modificación importante que se debe valorar de forma claramente negativa a nuestro juicio, al menos por su desgraciado (o más bien inexistente) desenvolvimiento técnico, es la introducción de un párrafo tercero en el artículo 31, en el que se reconoce un derecho al aparcero a continuar en la finca si al término del contrato el titular de la misma pretende realizar con otra persona un contrato de arrendamiento.

Dice literalmente así:

*“A la finalización del contrato de aparcería (sic), si el titular de la finca pretende realizar un contrato de arrendamiento, el aparcero tendrá derecho preferente, en igualdad de condiciones, a suscribir el nuevo contrato de arrendamiento. Asimismo tendrá derecho a las prórrogas que en esta Ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparcería.”*

La norma parece inspirarse remotamente en la previsión existente en los artículos 109.4 y 119 LAR 1980, sobre la conversión de la aparcería en arrendamiento. Ahora bien, la inspiración es sólo remota porque, como es sabido, en la LAR 1980, la conversión en arrendamiento estaba contemplada como un derecho irrenunciable del aparcero a acceder al arrendamiento de forma forzosa, sin que el cedente pudiera oponerse a ello. En cambio, en la Ley de 2005 ha desaparecido ese carácter forzoso, sus-

---

(85) Esta era la solución normativa del artículo 47.2 LAR 1935 para el caso de muerte del aparcero: “La muerte del aparcero da derecho al propietario para rescindir el contrato, si no le conviniera la continuación del mismo por los herederos de aquél”. Se pronuncia dubitativamente CLEMENTE MEORO, en PASQUAU LIAÑO: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, p. 782: “No está claro que la muerte o invalidez del aparcero sea causa de extinción de la aparcería, pues no se establece ni la intransmisibilidad de su derecho (cfr. arts. 659, 661 y 1.112 CC) ni que el aparcero deba ser profesional de la agricultura o estar en condiciones de cultivar personalmente la finca. Todo ello salvo que se considere, como ha hecho cierta jurisprudencia respecto del arrendamiento y aún parece más justificado en relación con la aparcería, que la relación entre cedente y aparcero es personalísima y que, consecuentemente, la muerte del aparcero determina su extinción”.

tituido por una especie de derecho de acceso preferente al arrendamiento en el que la iniciativa se entrega al cedente, pues el derecho a continuar en la finca sólo existe en el caso de que éste pretenda realizar un contrato de arrendamiento sobre la finca, a la finalización del contrato de aparcería.

La norma resulta enormemente escueta y difícil de aplicar debido a la imprevisión por el legislador de muchas circunstancias que serían necesarias para entender su concreto alcance. Tampoco ayuda nada la ausencia de toda explicación de la norma por parte de la EM de cuáles pueden ser su significado e inspiración, lo cual hubiera sido más necesario por cuanto la presente previsión constituye una novedad bastante señalada en nuestro sistema arrendaticio.

La concesión del derecho de acceso al arrendamiento en favor del aparcero sólo opera en el caso de que el cedente pretenda pactar al término de la aparcería precisamente un contrato de arrendamiento sujeto a la Ley, y no existiría dicho derecho de acceso si el contrato previsto estuviera excluido de la misma, ni tampoco si el contrato, aun sometido a la LAR, se pudiera calificar como de aparcería o de aparcería asociativa.

Constituye un problema enorme la falta de la determinación por la ley de un plazo cierto en el que el nuevo contrato de arrendamiento pretenda concluirse por el arrendador, para que la facultad del aparcero pueda llegar a nacer: la limitación al titular de su libertad contractual hubiera exigido una mayor claridad por parte del legislador, señalando el tiempo durante el que dicha libertad se encuentra limitada. Ante la falta de determinación del legislador, el intérprete se encuentra en una difícil situación, puesto que tampoco existen supuestos similares en el ordenamiento con los que quepa buscar la analogía.

Puesto que el precepto parece estar pensando en que el nuevo contrato de arrendamiento se produce inmediatamente tras el término de la aparcería, podría estimarse que la facultad del aparcero de acceso al arrendamiento se refiere solamente a los contratos en los que se vaya a producir una continuidad absoluta entre el aparcero y el arrendatario, es decir, hipótesis como las contempladas en el artículo 27 LAR (precepto que, significativamente, se comienza a aplicar a las aparcerías con ocasión de esta reforma, en virtud de la remisión que hace el nuevo art. 29 LAR al cap. VIII de la Ley), en las que son los mismos poseedores de la finca, el saliente y el entrante, quienes organizan el traspaso posesorio. Claro está que, de entender la norma así, su efectiva aplicación quedaría aún más en las manos del cedente-arrendador, a quien le bastaría recibir la posesión de la finca del aparcero y, tras algunos días, hacer traspaso de la posesión al nuevo arrendatario.

Pero la solución no puede ser dejar indefinidamente viva la facultad del aparcero, pues entonces el precepto haría muy insegura la figura del contrato de aparcería, por la posibilidad de litigios planteados por el aparcero mucho tiempo después de la terminación del contrato. Todo lo más, para minimizar el impacto que pueda tener la nueva norma, cabe interpretar que, en el caso de las explotaciones que se encuentren ligadas al ciclo de cultivo o productivo, bastaría para romper la inmediatez del arrendamiento con la aparcería el hecho de que el cedente realice por sí algunas de las tareas agrícolas pertenecientes al siguiente ciclo productivo, pero no el hecho de que recupere la posesión de la finca al término de las labores agrícolas de un año para cederla al comienzo del siguiente año agrícola. Desde el punto de vista práctico, para asegurar aún más la cuestión, sería aconsejable que en las fincas con destino agrícola, supuesto que el arrendador no quiera asumir por sí mismo las tareas agrarias, utilice la modalidad del artículo 6 b) LAR para la campaña agrícola inmediatamente posterior a la extinción del contrato de aparcería, de modo que evite el nacimiento de la facultad de acceso al arrendamiento por parte del aparcero.

Otro problema no pequeño en relación con esta facultad de acceso del aparcero se refiere a las notificaciones exigibles en el caso en que el titular quiera arrendar la finca, modos y plazos de ejercicio de la facultad que concede la norma, etc. No obstante, en esta materia, pensamos que pueden venir en nuestro auxilio, de modo analógico, las normas vigentes que la LAR dedica a los derechos de adquisición preferente, con las que se aprecia una clara identidad de razón.

En el precepto también resulta un tanto peculiar la regulación de las prórrogas en el caso en que el aparcero llegue a ejercitar este peculiar derecho de acceso al arrendamiento. De la aplicación de dicha norma se deduce que las prórrogas que se establecen para el contrato de arrendamiento al que accede el aparcero pueden ser de duración inferior a la legal, o incluso no existir, puesto que al plazo legalmente previsto para ellas, que es de cinco años, se le debe restar el tiempo que efectivamente hubiera durado la aparcería. En el caso en que efectivamente no existan las prórrogas, por haberse mantenido la aparcería durante cinco o más años, para poner fin al contrato parece lógico que no sea exigible la notificación prevista por la Ley, que se encuentra unida a la existencia de la prórroga, sino que se aplicará el artículo 1.565 CC, que determina la automática conclusión del contrato, por lo que sólo será factible la continuidad del arrendatario mediante la tácita reconducción del artículo 1.566 CC.

### 3. La duración del contrato de aparcería.

Finalmente, en materia de aparcería existe también una pequeña modificación relacionada con la duración mínima del contrato en caso de que se haya pactado la aparcería para la realización de un cultivo determinado. Hasta ahora se decía en la LAR 2003 que la duración mínima de esos contratos no era la de un año agrícola, como se dice para los demás casos en el párrafo 1 del artículo 31, sino la duración necesaria en cada supuesto para completar un ciclo de cultivo (86).

La excepción introducida ahora se añade en el segundo párrafo del artículo 31 y se refiere al caso de la aparcería para el cultivo de plantas leñosas permanentes:

*“Si se hubiera convenido la aparcería para la realización de un cultivo determinado, con la excepción de los leñosos permanentes, y siempre que dicho cultivo tenga una duración superior a un año, el plazo mínimo de duración será el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo.”*

Por tanto, en aplicación de este precepto, habrá que entender que las aparcerías que estén en este caso de referirse a cultivos leñosos permanentes, se rigen por el párrafo primero del precepto, que establece la duración mínima de un año agrícola. No estamos nada seguros de que esta previsión legal constituya propiamente una novedad, sino que nos parece que supone simplemente la explicitación de una conclusión lógica que ya estaba implícita en el texto anterior, pues en relación a estos cultivos la idea de ciclo de cultivo no puede quedar referida a la completa vida de la planta (ello introduciría una cierta incoherencia con la filosofía general de la Ley de no alargar excesivamente la duración de los contratos que en ella se contemplan), sino más bien a las cosechas que periódicamente produzcan.

---

(86) Qué deba entenderse por ciclo de cultivo y por año agrícola no es cuestión tan fácil como pueda parecer inicialmente: cfr. CLEMENTE MEORO, en PASQUAU LIANO: *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004, pp. 794 y ss.

## Bibliografía utilizada (\*)

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, 2005.
- CABALLERO LOZANO (coordinador): *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, ed. Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ LAPLAZA: *La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Fuentes y concepto legal*, Madrid, 1988.
- GUILARTE GUTIÉRREZ (director): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinador, DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ (coordinador): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1996.
- LEÓN-CASTRO y DE COSSÍO MARTÍNEZ: *Arrendamientos Urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Granada, 1995.
- LETE DEL RÍO-ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Madrid, 2005.
- LLOMBART BOSCH: "Algunas consideraciones críticas a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 43, 2004, pp. 9 y ss.
- NAVARRO FERNÁNDEZ: *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Valencia, 2005.
- PASQUAU LIAÑO (director): *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios*, Pamplona, 2004.
- PAU PEDRÓN: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Madrid, 1995.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS: "La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Examen especial de la comunidad de bienes agrícola", *La Notaría*, 3, 2004, pp. 77 y ss.
- PÉREZ SAN FRANCISCO (director): *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005.
- RAMOS DE ARMAS: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ JURADO: *Comentarios a la legislación de arrendamiento de fincas rústicas*, Madrid, 1942.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *Gastos y mejoras en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980*, Logroño, 1995.
- TORRES GARCÍA: "Del contrato de arrendamiento de fincas rústicas al contrato de arrendamientos rústicos (De la especialidad a la generalidad)", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Madrid/Murcia, 2004, pp. 4823 y ss.
- VATTIER FUENZALIDA: "Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico", *ADC*, 1984, pp. 63 y ss.
- VIEIRA JIMÉNEZ ONTIVEROS: *Comentarios a la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos* (Normativa comentada con concordancias, jurisprudencia y formularios), Granada, 2004.
- VVAA: *Operación Jovellanos. Propuestas de reforma para la agricultura española*, Madrid, 2000.

---

(\*) El trabajo, y por tanto su bibliografía, se cerró en febrero de 2006. Con posterioridad han aparecido nuevas ediciones de dos de las obras citadas, que se deben inexcusablemente consultar. Nos referimos a los Comentarios dirigidos por CABALLERO LOZANO y PASQUAU LIAÑO.

# **LA CONFIANZA Y EL DERECHO CIVIL. ¿CUÁNDO EL TRUST?**

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

*Notario*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. CONFIANZA Y TRUST. **I.** EL NEGOCIO FIDUCIARIO. LA VENTA EN GARANTÍA. **1.** A lo concreto. **2.** ¿Cabe el negocio fiduciario? **3.** Lo que queda de él. **4.** La titularidad fiduciaria. **II.** EL ARTÍCULO 831. UN APUNTE. **III.** DISCAPACES Y PATRIMONIO PROTEGIDO. Introducción. A vueltas con el trust. **1.** La regulación legal de 2003. **2.** Patrimonio de destino. **3.** Quién puede constituirlo. **4.** Régimen jurídico. **5.** La aportación al patrimonio protegido. **6.** Extinción. Consecuencias. **7.** Régimen fiscal. **8.** Juicio crítico de la institución. **IV.** NO ESTÁ DICHO TODO: EL CÓDIGO CIVIL EN LA REFORMA DE 2003. **V.** CADA SISTEMA JURÍDICO SE APOYA EN SUS PRINCIPIOS BÁSICOS PARA PROTEGER LOS INTERESES MÁS NECESITADOS.

## Introducción. Confianza y trust

En 2006 ha escrito VIRGÓS SORIANO acerca del trust. Considera que: esta figura jurídica, propia del Derecho angloamericano, es desconocida en el Derecho español. Lo que no quiere decir –agrega– que muchas de sus funciones no puedan lograrse mediante otras figuras jurídicas: las sustituciones fideicomisarias, las fiducias sucesorias, las fundaciones de interés general, las disposiciones modales, a las que añade CÁMARA LAPUENTE el negocio fiduciario.

Los dos autores estudian el trust comparándolo con instituciones hispanas (lo que es encomiable y –como ha expuesto recientemente GARCÍA CANTERO– escasamente frecuente entre nuestros juristas), para abordar la problemática que suscita el trust al entrar en contacto con el sistema español: sea porque un *trustee* intente ejercitar sus facultades en España, sea porque los bienes del trust se localicen en España, sea porque un nacional utilice el trust para proteger bienes en el extranjero u organizar su sucesión. Dados los múltiples usos del trust, el estudio del primero se centra en el más característico, la planificación patrimonial en el tiempo, mientras que el segundo abarca panorámicamente operaciones fiduciarias en general.

A mi juicio, conviene exponer algunas ideas acerca de determinadas figuras jurídicas que en la *confianza* tienen su base.

Si Francis FUKUYAMA al tratar de LA CONFIANZA (TRUST), ha puesto el énfasis en que si se logra que muchos tengan propósitos comunes y valores firmes, es enorme el valor económico a conseguir, hemos de preguntarnos por el valor jurídico de la *confianza*: de la “seguridad puesta en alguien para...”.

Lo anterior, en sede específica de empresa familiar, me ha llevado a considerar: qué ante el empresario que prevé su incapacidad. ¿Y ante su previsible fallecimiento?

Caso de contar con cónyuge, hijos... y la empresa familiar no saber a ciencia cierta quién-quienes asumirán el testigo con acierto: ¿cabe confiar al cónyuge que lleve mientras tanto el timón; hasta dónde, con qué finalidad y alcance?

Legítimas, hijos, diversos problemas familiares y empresa: ¿qué acuerdos son factibles; cómo y de qué forma atribuir la empresa familiar; y las legítimas de los herederos forzosos?

Discapacidades físicas, psíquicas, necesidad de asegurar las necesidades de quienes más lo requieren: el Patrimonio Protegido de las personas con Discapacidad y su actual régimen.

Por último, el empresario que en el declinar de su vida, queriendo asegurar necesidades de todo tipo, confía en alguien al que le transmite bienes y derechos patrimoniales, a cambio de ser suficientemente atendido.

Estamos, en fin, ante necesidades a satisfacer y ante intereses no siempre armonizados: poderes; albaceas, profesionales y expertos colaboradores; cónyuge viudo, hijos y descendientes. Discapaces, sustituciones fideicomisarias; patrimonios especiales; contrato de alimentos *ad hoc*. De todo ello he tratado en 2005 en la ponencia desarrollada en el Congreso de Derecho Civil, de Tarragona: “Fiducias, Sustitución fideicomisaria y Empresa Familiar”. Ante el Código Civil y las regulaciones que dentro y fuera, pero al lado de él, tratan de atender a quienes más protección necesitan mediante instituciones que en *la confianza* se basan.

Basarse en la confianza –apunta GONZÁLEZ-MENESES– encierra un cierto primitivismo si de ella se quieren extraer efectos jurídicos. Ciertamente, si en aquélla se basan exclusivamente éstos, así es, pero no cabe negar que existen instituciones que parten de ese presupuesto íntimo. Aquí y ahora voy a repasar la figura del negocio fiduciario y apuntar algo –una vez más– de la fiducia sucesoria *ex* artículo 831 del Código Civil para terminar exponiendo ideas acerca del patrimonio protegido y los discapaces.

La motivación primera para lo que quiero tratar arranca del citado estudio de VIRGÓS SORIANO acerca del *trust*. Él me ha recordado un dictamen, ya añejo, sobre la virtualidad del *trust* en España; testamentos de nacionales estadounidenses, la obra acerca de esta figura anglosajona que –patrocinada por el Banco de Bilbao– trató acerca del Fideicomiso en México y su viabilidad en España (con estudios de GARRIGUES, SÁNCHEZ CALERO, SOLÍS VILLA y HUIDOBRO GASCÓN, entre otros), y *El negocio jurídico* de DE CASTRO. En él se arrumbó definitivamente la teoría del doble efecto pretendidamente de aplicación en un sistema causalista como el del Código Civil (así me lo reconocía J. B. JORDANO BAREA, defensor de la introducción en España de la tesis de REGELBERGER, mientras paseábamos por uno de los puentes que sobre el Guadalquivir se elevan, en una primavera sevillana de los ochenta).

## **I. El negocio fiduciario y la venta en garantía**

En los años sesenta escribía VALLET que existen verdaderas formas fiduciarias en Derecho moderno, citando la adjudicación para pago de deudas, el endoso de letras de cambio y otras cesiones plenas hechas con el solo fin de asegurar el cumplimiento de un crédito, así como la venta con pacto de retro como medio de garantizar un préstamo.

Dedicarle atención a la “venta en garantía” no carece de actualidad: SAPENA TOMÁS en su estudio acerca de la figura reconocía que lo ideal sería la supresión, la no utilización de la misma, pero –añadía– “mientras la hipoteca sea cara y mala”...



No sé si puede considerarse hoy por hoy que sea *cara* la hipoteca y en cuanto a que sea *mala*... La realidad es la que es: que levante la mano quien no viva con hipoteca a costas y... gracias: si no fuera por los tipos de interés a ver quién se compra una casa, que es en definitiva lo que –la inmensa mayoría– deja al morir. Pero la “venta en garantía” me permite decir algo sobre el negocio fiduciario en el Derecho español.

Primero. Hay que estudiar ante todo cada caso real concreto. Los autores que han profundizado en los supuestos fácticos tratados jurisprudencialmente muestran que tanto la simulación como la etiqueta fiduciaria han sido aplicadas cuando la venta en garantía aparece.

Segundo. No es confundible el negocio fiduciario con la simulación relativa, ni con el negocio indirecto, ni con el fraude de ley. Puede que el caso real presente incluso la mezcolanza. DE CASTRO así lo muestra y demuestra, pero de ahí a decir: –p. 408– “la compraventa, negocio simulado puede encubrir otro negocio, el disimulado, que es el de garantía”, y que: “al negocio fiduciario es aplicable lo que se diga de los procedimientos *indirectos* (su especialidad *se reduce* –p. 443– a su apoyo en la fiducia romana y a su justificación por la doctrina del doble efecto)”, supone prácticamente negar la figura como tal (siguiéndole, dirá literalmente ALBALADEJO: el negocio fiduciario simplemente es un negocio simulado relativamente).

Tercero. Recordando a GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, podría pensarse que el enfoque de DE CASTRO se debe a una “visión judicialista”. Lo que parece claro es que resulta demasiado radical (como lo fue su enfoque, sin matizaciones para la donación remuneratoria, acerca de la escritura de compraventa encubridora de donación de inmueble, *ex art.* 633). Lo pienso así ante la consideración –que se ha ido abriendo paso doctrinal y jurisprudencialmente– de que si bien el comprador no adquiere la propiedad, la titularidad fiduciaria tiene entidad y se concreta en la finalidad de garantía, lo que impide su apropiación, la adquisición por usucapión y posibilita que el transmitente-deudor pueda reinscribir a su favor consignando en plazo el precio estipulado para la retroventa (arts. 59 y 175,6 Reglamento Hipotecario). En este sentido, el estudio de 2004 de RODRÍGUEZ PRIETO resume el actual *status quaestionis*.

Cuarto. En la fiducia de garantía navarra (Ley 466) se transmite la propiedad al acreedor con efectos frente a terceros, aunque cumplida la obligación garantizada, el transmitente puede exigir del fiduciario la retransmisión (dominio revocable mientras tanto que no parece ortodoxo en puridad; de palmaria incongruencia lo califica PANTALEÓN PRIETO). En el régimen del Código Civil la titularidad fiduciaria tiene finalidad y función de garantía para el acreedor-comprador. Y desde luego –pienso

con F. GALGANO— que el negocio fiduciario, como figura jurídica, se distingue del simulado en que, a diferencia de éste, tiende a realizar efectos que son queridos por las partes. “¿Acaso es lógico, es racional pensar que *se quiere* transmitir la propiedad definitivamente con fin de garantía y proteger incluso al adquirente que esto sabe?”, se preguntaba DE CASTRO. No; esto no es lo que se quiere, y si se quiere —que humano es querer el prestamista *todo*— hay que hacerle ver y plasmar el querer lógico, racional y *ajustado al do ut des* (los notarios sabemos de la equivalencia de las prestaciones y cómo rebajar dosis de exigencia de los vendedores-constructores-promotores en las ventas con precio aplazado y cláusula penal respecto a la parte ya pagada; y también sabemos que deben equilibrarse las prestaciones ante posibles compradores que viven en el piso, no lo pagan y luego lo dejan, al resolverse la compra, hecho una pena).

## II. En sede de la fiducia sucesoria. Un apunte acerca del actual artículo 831 del Código Civil

Ciertamente he escrito sobre él en más ocasiones de las que en el protocolo notarial que custodio lo he aplicado. Pero también he de reconocer que se ha reavivado su aplicación real a partir de la última redacción del precepto (martirio de los opositores la extensa y prolija redacción legal).

A la memoria viene la primera vez que atención le presté (lo paradójico que me resultaba el que se considerara doctrinalmente la figura como la de *un albacea*), y como *al defender* mi postura básica en el Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid causó perplejidad, y como en redacciones legales sucesivas (1981, 1983, 2003) ha ganado en fuerza, en robustez, la posición del cónyuge fiduciario y... en complejidad, ya que en la familia española —en general— se ha debilitado la *autoritas*; de ahí que dado el supuesto de hecho, la labor del jurista debe ser la ajustada a la complejidad de las relaciones interpersonales y las circunstancias previsibles en el futuro. No es fácil de lograr.

Facultades basadas en la confianza matrimonial que sólo cesan —si otra cosa no dispone el fiduciario— por ulterior matrimonio..., pero no voy a alargarme más. En la aportación al Congreso de Derecho Civil de 2005 al que me refiero al principio del presente estudio, he retomado el estudio de la figura, a la que recientemente Luis RUEDA y Juan ROMERO-GIRÓN prestan profunda dedicación (por cierto, ¿pueden los hijos exigir la entrega *inmediata* de la legítima estricta?, se preguntan los citados autores; en mi último estudio doy mi opinión, coincidente con ESPEJO LERDO DE TEJADA y ahora con la de RODRÍGUEZ-YNYESO: ésta puede reclamarse desde ya a tenor del art. 813; y se puede respetar el art. 831 satisfaciéndola con bienes del cónyuge fiduciario).

Una vez expuestas las ideas que sugieren las figuras estudiadas, algo queda como seguro: para *sacar adelante* el negocio fiduciario –alguna aplicación práctica del mismo– el esfuerzo de catarsis de la figura resulta enorme, además del de su necesaria depuración (de interés resulta en este sentido la Resolución de 24 de agosto de 2006). Con qué facilidad se ve la potencialidad de los supuestos del 831 CC, problemas de acierto al caso concreto aparte.

### III. Acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad

#### Introducción.

El Código Civil, en la reforma de 11-XI-1987, ha hecho posible que los disponentes de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado –art. 227– puedan establecer las reglas de administración de lo dispuesto y designar la persona del administrador. Además, los padres pueden en testamento o documento público notarial –art. 223– “ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o los bienes de sus hijos menores o incapacitados”.

Aunque no son pocos los autores que han prestado atención a estas normas, interpretándolas con generosidad (concepto de administración; tensión con los derechos de los legitimarios...), la atmósfera doctrinal de los años noventa ha sido de insatisfacción por la parsimonia del legislador respecto a la adecuada protección de los discapaces.

En este sentido LEÑA FERNÁNDEZ ha abogado por la admisión de la llamada Fundación Familiar, considerando que la finalidad de atención específica a un incapaz concreto puede entenderse incluida en la exigencia legal del “interés general”, pero ello –señala– porque “no se admite la institución del trust inglés” (en esta línea DE PRADA GONZÁLEZ ha expuesto su experiencia relativa a que padres preocupados por el problema han terminado resolviéndolo acudiendo, dada la mayor movilidad de capitales que hoy es posible, a la constitución de trusts en Norteamérica, figurando como beneficiarios sus hijos disminuidos psíquicos).

Incluso después de la reforma de 2003 y la regulación por Ley del Patrimonio especialmente Protegido se ha podido decir que: una figura del tenor del *trust* sí que constituiría verdadera protección. Globalizar el Derecho –dice MUÑOZ ESPADA– significa dar a todos la posibilidad de utilizar las diferentes figuras ofrecidas por los Derechos nacionales (lo que en clave económica se defendía también en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre la Fiducia en Francia, de 20 de febrero de 1992: “por esta institución angloamericana el constituyente transmite la propie-

dad de bienes a un *trustee* para que los administre en interés del beneficiario; hoy con la apertura de las fronteras se teme que pueda ocurrir una deslocalización de las operaciones económicas hacia países más atractivos tanto desde un punto de vista fiscal como jurídico”).

No voy a profundizar en esta institución: constituir un *trust* tiene un problema inicial, el de su final (así, se pregunta MALAGUTI: si un italiano lo instituye en testamento conforme a la ley inglesa, ¿el juez italiano ignorará o no tal normativa, en su caso?); sin olvidar que, como ya señalé, en 1979 el fideicomiso regulado en México se estudió para tratar de su viabilidad en España (destacándose la falta de adaptación sustantiva y fiscal); y que en Congresos Internacionales del Notariado Latino se ha abordado la aplicabilidad de la figura (así, en el de París, 1979, se puso de manifiesto que por razones exclusivamente fiscales, hasta el mantenimiento de la figura del *trust* en Inglaterra está puesta en entredicho). Con todo el traído y llevado *trust* proseguirá siendo caldo de cultivo en congresos y reuniones jurídicas (el de Tarragona de 2005 o el de Barcelona de 2006 son clara muestra, cuando en puridad el contenido de las ponencias ha sido el de potenciales patrimonios separados de carácter fiduciario o en la confianza basados *in genere*; sobre ello, CÁMARA LAPUENTE).

Entrando ya en el estudio de la regulación legal del Patrimonio Protegido de los Discapaces, destaco algunos aspectos relevantes.

1. Es la persona discapaz la beneficiaria del Patrimonio Protegido (art. 2. 1.) El discapacitado, en suma.

Persona física afectada por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 o bien psíquica igual o superior al 33 por 100 (art. 2 de la Ley de 8 de noviembre de 2003). Se trata de un sujeto de derecho protegido *ad hoc*, con distinto régimen jurídico al del judicialmente declarado incapacitado que se rige por el Código Civil (las causas las explicita el art. 200); de modo que si se tratara de este último, necesita la acreditación administrativa que regula la Ley de 2003 para ser beneficiario del patrimonio protegido (con la consiguiente prueba de que se trata de persona con discapacidad a los efectos de dicha Ley).

2. Estamos ante un patrimonio de destino: la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares (arts. 1 y 5,4); patrimonio sin personalidad jurídica: el administrador —cuando no sea el propio beneficiario— tiene la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración y sin necesidad del concurso de los padres o tutor (art. 5,7); y se trata de un patrimonio separado, por su régimen jurídico, distinto al del patrimonio general del beneficiario (lo que no incluye, hay que adver-

tirlo, régimen de responsabilidad separada, por lo que es de aplicación el art. 1.911 Código Civil). Administrador que, si es persona jurídica, no puede tener finalidad lucrativa y entre sus fines ha de figurar la protección de menores e incapacitados (art. 242 CC; el fideicomiso bancario por de pronto queda por tanto prohibido).

**3.** La constitución podrá hacerse por quien va a ser el beneficiario, siempre que tenga para ello capacidad de obrar suficiente; y caso de no tenerla, por sus padres, tutores (o curadores *–sic–*), así como por el guardador de hecho de la persona con discapacidad psíquica, con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por el título hereditario... (art. 3; letras a, b y c).

Si del guardador de hecho se trata nos hallamos ante alguien que en la realidad está protegiendo y cuidando al discapacitado: éste es el título o concepto de su intervención *–fáctica–* al efecto de constituir el patrimonio protegido dentro de la delimitación que la Ley establece. Recordemos que a la figura alude el Código Civil para en el artículo 304 establecer: la no impugnabilidad de los actos realizados por él si redundan en utilidad del menor o presunto incapaz.

**4.** En la escritura pública de constitución (en la resolución judicial en su caso) se han de determinar las reglas de administración y los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrarlo (art. 3, 3, b). La Ley entiende el concepto de administración en un sentido económico-jurídico amplio, de modo que también comprende los actos de disposición; para exigir la autorización judicial en los mismos casos que el Código Civil lo hace respecto al tutor (si bien *–y es importante ponerlo de relieve–* cabe flexibilizar este sistema autorizativo si el juez así lo considera, a la vista del caso concreto; lo expone el art. 5, números 2 y 3). Por lo dicho, si el discapacitado quiere ser el constituyente ha de tener capacidad dispositiva (MARTOS CALABRÚS).

**5.** La aportación: ha de consistir en bienes y derechos de carácter patrimonial, además de frutos, productos y rentas de los mismos.

Puede hacer la aportación el titular-beneficiario o persona distinta con interés legítimo (en este caso, sólo a título gratuito). Y sin excepción deberán destinarse los bienes a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido (lo que revela el sentido dinámico que imprime la Ley; de ahí las facultades de administración-disposición; art. 4, en relación con el artículo 5 de la Ley).

## 6. Extinción del patrimonio protegido. Consecuencias.

Se produce por la muerte o la declaración de fallecimiento del beneficiario o por dejar de ser persona con discapacidad (los requisitos que el art. 2,2 exige).

En el último supuesto –dice el art. 6– el beneficiario seguirá siendo titular de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, pero sin perjuicio de que se dé a los mismos el destino prefijado por los aportantes al hacer la aportación, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes (así lo dispone el art. 4,3).

Si la extinción se produce por fallecimiento o por su declaración, el patrimonio protegido se entenderá comprendido en la herencia del beneficiario (art. 6,2).

## 7. Régimen fiscal.

En su fiscalidad no hay retención alguna ni ingreso a cuenta. Existe un límite individual, por cada aportante, de 8.000 euros anuales y el conjunto para todos los aportantes a un mismo patrimonio protegido de 24.250 euros anuales.

En el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados está exenta la aportación al patrimonio protegido.

Se exige, por último, la permanencia de los bienes de al menos cuatro años más el de la aportación; de lo contrario hay obligación de devolver los beneficios fiscales más los intereses de demora.

8. *El juicio crítico* a realizar es, en líneas generales, positivo: se ha tratado con la institución en estudio de asegurar patrimonialmente la asistencia de personas dependientes que sobreviven a sus padres o tutores, a la vez que atender las nuevas formas de discapacidad (lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, alzheimer y otras demencias asociadas mayoritariamente a la edad avanzada).

El cauce transmisivo, los distintos supuestos y posibilidades reales de existencia o no de personas *de confianza* y el control judicial han tratado de conjugar los principios básicos del Derecho del Código Civil con las necesidades vitales a proteger [no se obstaculiza en absoluto –todo lo contrario, se presupone– que el administrador se valga, por ejemplo, de expertos, profesionales..., para “mantener la productividad del patrimonio protegido”; es significativo en este sentido el ya citado apartado c) del art. 3 de la Ley]. Mantenimiento de la productividad que exige considerar acto de administración, y no dispositivo, la sustitución de *valores mobiliarios* (MARTÍN MUÑOZ).

El patrimonio protegido encuentra en el régimen fiscal *ad hoc* apoyo –desde luego, escasamente generoso– para impulsar su constitución en

pro de la existencia de medios económicos para atender las necesidades vitales de los beneficiarios (autosuficiencia).

#### **IV. ¿Y el Código Civil?**

Flexibiliza el principio legitimario y por la Ley 41/2003 introduce en su artículo 808 la posibilidad de que en testamento sea fiduciario (*seudo*) el hijo o descendiente judicialmente incapacitado respecto a la legítima estricta y fideicomisarios los coherederos forzosos (párrafo tercero). El disfrute, universal o no, puede así recaer, a mi juicio, en favor del discapacitado y sin que sea de aplicación la opción del 820,3.º, dada la *ratio* específica de la nueva norma.

Aparte de ello, los gastos para las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad no están ahora sujetos a colación (segundo párrafo del art. 1.041).

Usufructo y necesidades especiales que previsiblemente habrá que considerar si requieren *persona de confianza* para su efectividad real.

#### **V. Cada sistema jurídico se apoya en sus principios básicos para proteger los intereses más necesitados**

Lejos, en fin, de un “RAIN MAN” cinematográfico, un juvenil Dustin Hoffman encontraría en España, no un *trust*, sí el “Patrimonio Protegido de las personas con Discapacidad” (y su hermano en la ficción, Tom Cruise, protegiéndole en sus necesidades). Lo que –sea o no lógico– no satisface a quienes la aplicación del *trust* defienden: la crítica a las formalidades de constitución del patrimonio protegido al control judicial, a las limitaciones respecto a quien puede ser administrador... (MUÑIZ ESPADA), al compararlas con una regulación tipo de corte anglosajón, hace que “un sistema garantista”, como se etiqueta al del régimen español, se ponga en entredicho. ¿Será, en definitiva, oportuno acabar recordando la afirmación de GIERKE cuando dirigiéndose a los ingleses decía: “yo no entiendo nada de vuestro *trust*”? El respeto a pilares básicos de un sistema como el español debe mantenerse, conjugándolo con la necesaria flexibilización en pro de los “intereses más necesitados de protección”.

# **EL ANTEPROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

**(octubre 2005) (\*)**

**ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS**  
*Académico de Número de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación.  
Notario Honorario*

## **SUMARIO:**

**I. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES:** 1. Introducción. 2. La elaboración del Anteproyecto. 3. La regulación de la jurisdicción voluntaria en Ley específica. 4. Necesidad de la nueva Ley. 5. Sistemática del Anteproyecto. 6. Definición de la jurisdicción voluntaria. 7. Los expedientes de avenencia: conciliación y mediación. 8. Las competencias de los jueces y las de los secretarios judiciales. 9. La oposición al expediente. 10. Cuando la intervención judicial “se solicite”.

**II. ASPECTOS NOTARIALES:** 11. Deslinde y amojonamiento. 12. Consignación. 13. Subastas notariales. 14. Testamentos cerrados. 15. Inventario de los bienes de la herencia beneficiaria.

---

(\*) Comunicación leída en el Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 23 de enero de 2006.



**III. OTRAS INNOVACIONES:** 16. Testamentos otorgados en forma oral. 17. Testamentos ológrafos. 18. Declaración de herederos abintestato. 19. Cuestiones registrales.

*POST SCRIPTUM.*

## **I. Algunas cuestiones generales**

1. *Introducción.* El *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* ha publicado, en su número de octubre de 2005, el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, “al objeto [dice la Nota Editorial] de propiciar su conocimiento y libre discusión” por “la comunidad jurídica”. A facilitar este conocimiento, empezando por mi propio conocimiento, va dirigida esta Comunicación, pues se trata de un largo texto que, tras una Memoria y una Exposición de Motivos, contiene 306 artículos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición transitoria, otra disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales, que dejan sin contenido dos artículos del Código Civil y modifican nueve artículos de este Código y dos artículos de la Ley Hipotecaria. No pretendo, por tanto, en esta que pudiéramos llamar primera lectura, haber conseguido un conocimiento completo, y menos aún un conocimiento profundo de tan extenso texto prelegal; ni quiero, por ello, adelantar otras consideraciones críticas que las que ineludiblemente salgan al paso, y siempre bajo el signo de provisionalidad.

2. *La elaboración del Anteproyecto.* A diferencia de lo ocurrido con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, por Orden Ministerial de 20 de noviembre de 2002 se encomendó la elaboración de este Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria a una Ponencia constituida en la sección segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación (1); al no funcionar en ésta la sección quinta, de Derecho

---

(1) Véanse los trabajos más recientes de Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, miembro de la Ponencia redactora del Anteproyecto: “Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa; sanción constitucional y propuesta de racionalización del sistema”, *Actualidad Civil*, números 36 y 37, fechas 1-7 y 8-14 oct. 2001, pp. 1277-1306 y 1317-1341; “La Jurisdicción Voluntaria: Racionalización y redistribución de competencias, a propósito de su futura regulación por ley específica”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, 2002, II, pp. 1977-2036; “La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”, *La Ley*, número 6216, 23-3-2005, pp. 1-9.

Procesal, la Ponencia redactora pudiera haber sido mixta de las secciones primera, de Derecho Civil, y segunda, de Derecho Mercantil, como viene a indicar el texto del Anteproyecto, que dedica 186 artículos a los expedientes de jurisdicción voluntaria en el ámbito civil, y solamente 80 a los del ámbito mercantil; sin que esta observación sobre la sección empañe las alabanzas que merece el haber encomendado la redacción del Anteproyecto a la institución a ello dedicada, la Comisión General de Codificación, y a una Ponencia públicamente conocida.

**3. *La regulación de la jurisdicción voluntaria en Ley específica.*** La anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la de 1881, incluía, como es bien sabido, la regulación de la jurisdicción voluntaria. La formaban tres libros: I, Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria; II, De la jurisdicción contenciosa; y III, Jurisdicción voluntaria. La vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, se denomina también de Enjuiciamiento Civil, pero sólo comprende la jurisdicción contenciosa, por lo que deja en vigor el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (disposición derogatoria única, 1.<sup>a</sup>), y dispone que en el plazo de un año, a contar desde la fecha de su propia entrada en vigor, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (disposición adicional decimoctava), proyecto al que se encamina el Anteproyecto objeto de mi atención.

Estimo acertada esta exclusión que la Ley de Enjuiciamiento Civil hizo de la jurisdicción voluntaria, encomendando su regulación a una Ley distinta; y no sólo porque la excesiva extensión que tienen las anteriores Leyes de Enjuiciamiento había originado que el legislador, como tantas veces se ha dicho, llegara “cansado” a la jurisdicción voluntaria, lo que unido a su inferior importancia había producido unas regulaciones imperfectas; sino porque, a pesar de que se conserve su secular denominación, la jurisdicción voluntaria no es “jurisdicción”, no está comprendida en la “potestad jurisdiccional” que según el artículo 117.3 de la Constitución “corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”. No voy a argumentar esta afirmación, sobre la que existe una práctica unanimidad doctrinal, incluidos los procesalistas; baste decir que la postura contraria, a la que a veces parece aproximarse la Exposición de Motivos, posiblemente convertiría en inconstitucional buena parte del Anteproyecto.

Un inconveniente grave deriva, sin embargo, de esta regulación de la jurisdicción voluntaria en una Ley distinta de la de Enjuiciamiento Civil; en el libro I de la Ley de 1881 se contenían una serie de disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria que quedaron derogadas, y no sería posible, ni conveniente, reiterarlas o modificarlas en la

Ley específica; el artículo 3 del Anteproyecto resuelve acertadamente el problema: “En los expedientes de jurisdicción voluntaria se aplicará con carácter supletorio la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

**4. Necesidad de la nueva Ley.** Aparte del mandato legal, con plazo ampliamente sobrepasado, la promulgación de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria es ineludible. Las disposiciones que actualmente la rigen son, como hemos adelantado, muy imperfectas.

Tienen ante todo un grave defecto general de origen, del que derivan otros muchos defectos concretos: el ser anteriores a los preceptos sustantivos que en su mayor parte contemplan, el Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1889. En materia mercantil, la LEC de 1881 parte de los preceptos del Código de Comercio de 1829; y mucho peor es lo que ocurre en materia civil, pues el Derecho civil existente en 1881 no era fundamentalmente otro que el de las Partidas (segunda mitad del siglo XIII), salvo las innovaciones del Ordenamiento de Alcalá (1348), de las Leyes de Toro (1505) y en general del Derecho real, que recogió la Nueva Recopilación (1567) y que al promulgarse dicha LEC de 1881 mantenía la Novísima Recopilación (1805), con las adaptaciones derivadas de la caída del Antiguo Régimen. Apurando el argumento, podríamos añadir que tampoco las Partidas contenían el Derecho de su tiempo, sino que en pos del Derecho común seguían al Derecho Justiniano y muchas veces, a través del Digesto, a los juristas romanos clásicos. Por otra parte, y en lo que atañe a sus deslindes con el Notariado, la LEC de 1881 conservaba en buena parte la de 1855, anterior a la Ley del Notariado de 1862, cuando todavía estaban unidas la fe pública judicial y la extrajudicial; y en consecuencia incluyó en la jurisdicción voluntaria funciones de documentación que pertenecían a los escribanos de los Juzgados, pero sólo en razón de su fe pública extrajudicial, aunque los escribanos trataran con frecuencia de apoyarse en los jueces; éste ha sido otro de los curiosos caminos históricos de la excesiva acumulación en los jueces de atribuciones en materia de jurisdicción voluntaria; recordemos, por poner un ejemplo, la repudiación de la herencia sin proceso alguno, artículo 1.008 del Código Civil.

Por otra parte, el carácter incompleto que el texto legal ya tenía en su origen no ha hecho más que crecer a lo largo del tiempo; apenas publicada la LEC 1881, el Código de Comercio, en 1885, y el Código Civil, en 1889, introdujeron, según hemos adelantado, nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria, lo que la legislación ha venido haciendo ininterrumpidamente hasta nuestros días; porque frente a las declaraciones teóricas de que había que descongestionar la jurisdicción civil, en la práctica siempre se le han venido atribuyendo nuevas tareas; son muchos los expedien-

tes extravagantes, que vagan fuera del texto legal, unas veces con razón y otras sin ella.

El texto legal existente era, en fin, extremadamente deficiente desde su promulgación, por casuista y por anacrónico, hasta llegar a veces al arcaísmo. Y durante su vigencia, estas notas se han ido agravando, sufriendo un prematuro y generalizado envejecimiento. En materia civil, hay preceptos que han quedado sin contenido –Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal–, han sido expresamente derogados –Ley de Ausencia de 30-12-1939; LEC 1/2000–, han recibido nueva redacción –Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción; LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor–, o han quedado prácticamente inoperantes, como las informaciones para dispensa de ley (arts. 1.980 y ss.) con la desaparición de la filiación natural y de la legitimación por concesión real. Y en la materia de comercio, RAMOS MÉNDEZ ha podido afirmar que la materia está “plagada de procedimientos obsoletos”; que “existen disposiciones que son prácticamente letra muerta, o al menos están inéditas en los últimos años”; mientras que “otros artículos me atrevería a afirmar que están vírgenes desde su promulgación, y otros procedimientos han sido sustituidos, o mejor dicho, son suplidos con mucha mayor efectividad por otro tipo de actuaciones extrajudiciales” (2).

**5. Sistemática del Anteproyecto.** La Memoria que acompaña al Anteproyecto nos dice que la “multiplicidad de supuestos y la vetustez de la Ley de 1881 han hecho necesario un notable esfuerzo para introducir una sistemática en la materia, con objeto de conseguir una regulación coherente de la misma buscando una sistematización que haga fácil acudir a la jurisdicción voluntaria con cumplimiento de la elemental seguridad jurídica al hacerlo”.

La Ley de 1881 era, en efecto, muy deficiente también en su sistemática. Inspirándose en la LEC de 1855 (arts. 1.207-9; el art. 1.208 contenía catorce números), la vigente LEC de 1881 tiene unas “Disposiciones Generales” en el título I de la primera parte, dedicada al parecer, aunque no lo diga, a los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil (arts. 1.811-24); ese silencio permite su aplicación a los de materia mercantil, aunque con carácter supletorio, pues el título I de la segunda parte contiene otras “Disposiciones Generales” (arts. 2.109-18), expresamente dedicadas a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio. Estas últimas fueron una innovación de la LEC de 1881, a consecuencia de la Ley de Unifica-

---

(2) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “La Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio”, *Monografías Civitas*, 1978, p. 204; las palabras citadas en p. 33.

ción de Fueros de 6-12-1868; la LEC de 1855 no las comprendía, pero tampoco se encontraban en la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 24-7-1830, limitada a la jurisdicción contenciosa. Todas estas disposiciones generales son notoriamente insuficientes para completar la regulación de los supuestos especialmente contemplados y todavía más para atender a los numerosos supuestos que no lo están, siempre en aumento según hemos comentado.

El Anteproyecto ha renunciado, como es lógico, a regular singularmente cada uno de los actos o expedientes de jurisdicción voluntaria, lo que hubiera supuesto entrar a saco en los Códigos Civil y de Comercio, en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, en otros numerosos textos legales y en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que aun queriendo limitarse a la jurisdicción contenciosa, regula numerosos actos de jurisdicción voluntaria; como dice la Memoria, la Ley resultaría “interminable y muy repetitiva”, aparte de que sería vano intento pretender un elenco exhaustivo, que de lograrlo pronto dejaría de serlo. Tampoco ha diseñado un procedimiento único, que en muchas ocasiones resultaría insuficiente o contraproducente. Es, pues, un acierto el sistema mixto seguido por el Anteproyecto, que regula un número bastante importante de expedientes típicos, precedidos de unas normas generales, muy superiores a las de 1881, que dotan de sistema a esas regulaciones concretas y permiten encauzar aquellos otros expedientes que no tienen normativa propia o la tienen insuficiente.

**6. Definición de la jurisdicción voluntaria.** Estas disposiciones generales, bajo la rúbrica poco comprometida de “*Ámbito de aplicación de la presente Ley*”, comienzan dándonos en el artículo 1 lo que la Exposición de Motivos (apartado V) denomina “definición legal de jurisdicción voluntaria”: “Se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre partes conocidas y determinadas, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo regulado en esta Ley”.

Recordemos que el actual artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, literalmente tomado del artículo 1.207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, dice: “Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”.

Aparte de la adición de aquel inciso final sobre el supuesto de que se suscite “oposición” al expediente, que luego examinaremos, el Anteproyecto sigue literalmente a la Ley anterior, sustituyendo “actos” por “expe-

dientes” –en principio con acierto–; el “Juez” por un “tribunal”, expresión que en determinados supuestos puede, en efecto, resultar más correcta; y “cuestión” por “contienda”. En todo caso queda claro que “jurisdicción voluntaria” es para el Anteproyecto, como para la Ley vigente, solamente la “judicial”, y por ello las normas relativas a notarios y registradores no figuran en general en el texto del Anteproyecto, sino en sus disposiciones adicionales o finales. Para buena parte de la doctrina la jurisdicción voluntaria tiene unas dimensiones mucho más amplias, y cabe hablar, por ejemplo, de jurisdicción voluntaria “notarial”; y hasta ha habido un borrador sobre la misma.

7. *Los expedientes de avenencia: conciliación y mediación.* Me ocuparé ahora de los que suelen llamarse “actos de avenencia”, para regresar seguidamente al artículo 1 del Anteproyecto.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 exceptuó también de derogación “el Título I del Libro II, así como el artículo 11 [de la LEC de 1881] sobre la conciliación... que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria” (disposición derogatoria única, 1.2.<sup>a</sup>).

En el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que comentamos se incluye por tanto la *conciliación* (arts. 24-33), con el carácter voluntario que ya tenía desde la Ley 34/1984, que es lo que permite considerarla como acto de jurisdicción voluntaria, con su eficacia interruptora de la prescripción tanto adquisitiva como extintiva (art. 33), y con los efectos ejecutivos en caso de avenencia (art. 32).

El Anteproyecto introduce dos importantes innovaciones. El expediente no será, en principio, competencia del juez sino del secretario judicial (art. 5.º 1.1.º), aplicación de un criterio generalizado sobre el que luego volveremos, con la mayor atención que el cambio exige. Y no sólo se trata de una conciliación preventiva, como la que siempre ha existido entre nosotros, sino que la conciliación proyectada puede intentarse “antes del inicio del proceso declarativo, durante su sustanciación en cualquiera de sus instancias o recursos, o durante el proceso de ejecución” (art. 24.1). Ante el continuo aumento de la litigiosidad, según la Memoria que acompaña al Anteproyecto, el Consejo de Europa había acordado “recomendar, en los casos apropiados, la solución amigable de diferencias, sea fuera del orden judicial, sean antes o durante el procedimiento judicial” (Recomendación núm. R. (86) 12 del Comité de Ministros).

En la misma dirección, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito de los Derechos civil y mercantil de 19-04-2002, había destacado entre estas ADR (*Alternative Dispute Resolution*), la utilidad de la

*mediación* incluso en el marco de procedimientos judiciales (2.1.1); y esto es lo que hace nuestro Anteproyecto (arts. 34-40), con competencia aquí, quizá por la novedad, del Juzgado de primera instancia. La actuación de un mediador puede ser solicitada por las partes “en cualquier fase de los procedimientos judiciales”, con suspensión del curso del litigio; y también ordenada de oficio por el tribunal siempre que, después de las alegaciones iniciales de las partes, aprecie “en resolución motivada y oídas las partes, que todavía es posible y conveniente, a través de la actuación de un mediador, conseguir una solución negociada, teniendo particularmente en cuenta la naturaleza de la controversia, el interés público en ella ínsito o las consecuencias personales y sociales de la conflictividad en el ámbito en que se produzca” (art. 34), caso en que la suspensión del proceso tendrá lugar por un plazo máximo de tres meses (art. 35). La disposición adicional segunda establece que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, el Gobierno desarrollará mediante Real Decreto el estatuto jurídico del mediador y otras disposiciones.

En una Comunicación a este Pleno (3) estudié la *audiencia previa* al juicio regulada en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tendrá lugar con carácter obligatorio una vez contestada la demanda y en su caso la reconvencción, “para intentar –entre otras finalidades– un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso”; más un segundo intento de conciliación al final de la audiencia previa, con carácter facultativo para el tribunal, que “podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio” (art. 428).

Son, por tanto, tres los caminos ofrecidos para una misma finalidad; y repetidas las invitaciones para transitar por ellos, sin iniciar el pleito o abandonándolo. Se tiende, pues, a sustituir en buena medida la solución jurisdiccional de los conflictos por un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La sustitución total fue ya propuesta por BAUMBACH en 1938; pero como advirtió el que fuera nuestro vicepresidente don Leonardo PRIETO CASTRO, ello sólo puede hacerse “con mucha cautela”, cuando se pide “que el juez realice valoraciones extrajudiciales (de tipo económico, social y ético)”, “sobre todo si las garantías de la misma [de la jurisdicción voluntaria] se aumentan” (4). Pero ello no es posible cuando se ventilan derechos subjetivos de las partes; lo impide el derecho a la jurisdic-

---

(3) “La conciliación en la audiencia previa al juicio”, comunicación al Pleno de Académicos de Número de 27-1-2003, publicada en los *Anales de la Academia*, 33, pp. 57-113, y en la *Revista Jurídica del Notariado*, 49, enero-marzo 2004, pp. 147-86.

(4) PRIETO CASTRO, Leonardo: “Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria”, *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1956, pp. 114 y 115.

ción, a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales del artículo 24 de la Constitución. Los procedimientos cumulativamente arbitrados no conseguirán en muchos casos otro efecto que el alargamiento del pleito; lo contrario precisamente de lo que persiguen.

8. *Las competencias de los jueces y las de los secretarios judiciales.* Volviendo a la definición del artículo 1 del Anteproyecto, expedientes de jurisdicción voluntaria son aquellos en que, sin contienda, procede “la intervención de un tribunal”. Los tribunales —casi siempre los jueces de primera instancia— son, en efecto, competentes en bastantes casos, pero son más los supuestos en que lo que se llama competencia de los tribunales es en realidad competencia plena de los secretarios judiciales.

Son de competencia real de los tribunales los siguientes expedientes especialmente regulados en el Anteproyecto:

— Los de *mediación* (arts. 34-40);

— casi todos los regulados en materia de *personas*: reconocimiento de la filiación extramatrimonial (art. 42); habilitación y nombramiento de defensor judicial (art. 47); acogimiento de menores y adopción (art. 55); retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art. 69); tutela, curatela y guarda de hecho (art. 81); protección del patrimonio de personas con discapacidad (art. 95); derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o incapacitado (arts. 98-99); actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapacitados y de transacción acerca de sus derechos (art. 101);

— todos los regulados en materia de *familia*: intervención judicial en relación a la patria potestad (art. 121); medidas en cuanto a las relaciones de los menores con el padre o la madre que no ejerzan la patria potestad y con sus parientes y allegados (art. 125); medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o incapacitado (art. 129); intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal (art. 135); e intervención judicial en la administración de bienes gananciales (art. 138);

— en materia de *obligaciones*: en el expediente para la fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda (art. 163); y en la de *sucesiones* en expedientes relativos al albaceazgo (art. 209).

Hay también unos pocos supuestos, de los regulados especialmente, en que los jueces son competentes, pero sólo cuando se formula oposición: expedientes de dominio (art. 5.1.4.º) y de liberación de gravámenes (art. 5.1.5.º); expedientes relativos a contadores partidores (art. 5.1.12.º); solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios (art. 5.1.14.º) y protestas de mar y liquidación de averías (art. 5.1.21.º).



Y son realmente competentes los jueces y tribunales en los expedientes regulados en otras leyes distintas de la de jurisdicción voluntaria que tengan por objeto la condición o estado civil de la persona o asuntos de Derecho de familia; y todos los que afecten a derechos y libertades fundamentales o tengan por objeto materias sobre las que los interesados no puedan disponer libremente (art. 5.2, *a contrario*).

En todos los supuestos que preceden, en los que la resolución definitiva del expediente corresponde al juez, “el Secretario judicial llevará a cabo toda la tramitación, excepto la comparecencia y la admisión y práctica de pruebas” (art. 5.3).

Pero fuera de los supuestos enumerados, existen muchos expedientes, más numerosos, en que como dice el artículo 5.1, “el Secretario judicial tramitará y resolverá los expedientes de jurisdicción voluntaria”, y que de conformidad a los veintiocho números de este proyectado precepto son los siguientes, especialmente regulados:

- La *conciliación* (art. 5.1.1.º);

- en materia de *personas*: expedientes sobre declaración de ausencia y fallecimiento (art. 5.1.2.º);

- en materia de *derechos reales*, los expedientes sobre deslinde y amoniamiento (art. 5.1.3.º), y también los expedientes de dominio (art. 5.1.4.º) y de liberación de gravámenes (art. 5.1.5.º), salvo cuando se formule oposición a la solicitud, casos en que, como hemos visto, la competencia pasará al juez;

- en materia de *obligaciones* son competencia del secretario judicial la consignación judicial (art. 5.1.6.º) y las subastas judiciales no ejecutivas (art. 5.1.7.º);

- en materia de *sucesiones*, salvo los expedientes relativos al albaaceazgo (art. 209) que, como hemos visto, se atribuyen a la competencia judicial, todos los demás expedientes regulados en el Anteproyecto se atribuyen a la competencia del secretario judicial: declaración de herederos abintestato (art. 5.1.8.º); presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados (art. 5.1.9.º); presentación, adveración y protocolización de testamentos ológrafos (art. 5.1.10.º); adveración y protocolización de testamentos otorgados en forma oral (art. 5.1.11.º); y expedientes relativos a contadores partidores salvo, como dijimos, cuando se formule oposición (art. 5.1.12.º);

- los ocho expedientes que se regulan en materia *mercantil* se atribuyen todos a la competencia de los secretarios judiciales: exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad (art. 5.1.13.º); solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios, salvo, según vimos, cuando se formule oposición (art. 5.1.14.º); convocatoria de juntas y asambleas generales (art. 5.1.15.º); constitución y régimen interno del sindicato

de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas (art. 5.1.16.º); nombramiento de interventor o liquidador en los casos previstos legalmente (art. 5.1.17.º); robo, hurto, extravío o destrucción del título al portador y de letras de cambio, cheques o pagarés (art. 5.1.18.º); depósitos en materia mercantil y venta de los bienes o efectos depositados (art. 5.1.19.º); y nombramiento de perito en seguro de daños (art. 5.1.20.º);

— y los ocho expedientes especialmente regulados en materia de Derecho *marítimo*, que se atribuyen también a la competencia del secretario judicial: protestas de mar y liquidación de averías salvo, según dijimos, cuando se formule oposición (art. 5.1.21.º); apertura de escotillas (art. 5.1.22.º); enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados (art. 5.1.23.º); depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo (art. 5.1.24.º); autorización para la descarga del buque (art. 5.1.25.º); obligaciones derivadas del contrato de fletamento (art. 5.1.26.º); extravío, susstracción o destrucción del conocimiento de embarque (art. 5.1.27.º); y venta del buque (art. 5.1.28.º).

Nos quedan también los expedientes extravagantes al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuya competencia se atribuye como regla al secretario judicial: “Corresponderá también al Secretario Judicial —dispone el art. 5.2—, la tramitación y resolución definitiva, sin perjuicio de los recursos que procedan, en los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en otras leyes”, con las excepciones ya vistas de los que tengan por objeto la condición o estado civil de la persona o asuntos de Derecho de familia, y a los que afecten a derechos y libertades fundamentales o tengan por objeto materias sobre las que los interesados no puedan disponer libremente, que son de competencia judicial.

La Memoria comenta esta atribución a los secretarios judiciales de la competencia para “resolver” expedientes de jurisdicción voluntaria, con las siguientes palabras: “En el tema de los secretarios judiciales... la ponencia ha tenido facilitado su trabajo por lo establecido recientemente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que implica una autorización expresa a delegar en los secretarios judiciales con carácter pleno el ejercicio de determinadas funciones de jurisdicción voluntaria, criterio seguido en este borrador, siempre con la prudencia que ha presidido la redacción de sus preceptos y dentro de determinados límites”. En efecto, el artículo 456.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dispone: “Los secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencias en las siguientes materias: ... b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer”; y el párrafo 4 del precepto añade: “Se llamará decreto a la resolución que

dicte el secretario judicial con el fin de poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa”.

El Anteproyecto está, pues, autorizado desde el año 2003 por la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir a los secretarios judiciales competencia plena en asuntos de jurisdicción voluntaria, incluida la de resolverlos dictando el correspondiente decreto; lo que no sé si lo ha hecho con la “prudencia” que aduce la Memoria, porque podía haberse atribuido al secretario solamente “formular propuesta de resolución”, modalidad ya comprobada en la práctica y que sigue vigente, pues el artículo 246 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial que la reconoce no ha sido modificado por la Ley Orgánica 19/2003. Téngase también en cuenta que, según su Exposición de Motivos, ésta fue fundamentalmente dictada para conseguir los “ambiciosos objetivos” del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, de 28 de mayo de 2001, en el que sólo su número 10 afecta a nuestro tema: “Secretarios Judiciales. Se redefinirán las funciones de los Secretarios Judiciales. Constituirán un único Cuerpo Nacional de funcionarios técnicos superiores dependientes del Ministerio de Justicia. Se potenciará su papel aprovechando su capacidad y formación, procediendo en consecuencia a la reforma de su Estatuto. Se atribuirán nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, procediendo a la redefinición de la fe pública judicial que la haga compatible con la incorporación de las nuevas tecnologías. Se les atribuirá facultades plenas de impulso procesal para desarrollar los trámites en que no sea preceptiva la intervención del Juez. *Se potenciarán las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria.* Se le atribuirán funciones de dirección en la Oficina Judicial y en los servicios comunes creándose a tal efecto los puestos de Secretario de Gobierno y Secretario Coordinador”. Este “*se potenciarán las funciones de... jurisdicción voluntaria*”, no implica necesariamente la competencia plena que aquí se les concede en la mayor parte, quizá, de los expedientes de jurisdicción voluntaria. La alta formación jurídica de los secretarios judiciales es bien notoria; pero no tengo experiencia para aventurar cómo resultaría en la práctica el sistema del Anteproyecto, que disminuye el trabajo del juez, pero no el del Juzgado, y atribuye a los secretarios judiciales facultades que en algunos casos quizá sean excesivas, aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial diga que “ejercen sus funciones con el carácter de autoridad” (art. 440) (5).

---

(5) El carácter de autoridad del secretario judicial aparece por primera vez en el artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio. Sobre este “Desarrollo del

Otro aspecto de esta cuestión que creo preciso resaltar, el terminológico; el artículo 1.º del Anteproyecto lleva a la definición misma de los expedientes de jurisdicción voluntaria, según hemos visto, “la intervención de un tribunal”, y en el articulado continuamente se habla de “tribunal” o “tribunales”, de que será competente el Juzgado de primera instancia (arts. 142, deslinde y amojonamiento; 149, expediente de dominio; 155, expediente de liberación de cargas; art. 167, consignación etc., etc.); pero luego resulta que en virtud del artículo 5 es el secretario judicial quien realmente es competente, sin que alcance a justificar la terminología empleada el recurso que contra los decretos del secretario procede ante el juez titular del mismo Juzgado, sino que, al contrario, la confusión puede aumentar al disponerse que tal recurso “se sustanciará por los trámites y con los requisitos del recurso de reposición” (art. 19.2,2). La claridad exige, a mi manera de ver, que la definición misma del artículo 1 se refiera a “la intervención de un tribunal o de su secretario judicial”, y que sean retocados otros preceptos del Anteproyecto; por ejemplo, el artículo 18.1, “lo resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria no tendrá efectos de cosa juzgada material”, pues no cabe pensar que los tuviera una resolución del secretario judicial. Y desde luego que en la regulación concreta de los expedientes con competencia plena de los secretarios judiciales se hable siempre de ellos, y no se mencione para nada al tribunal, como continuamente se hace. No parece suficiente la observación de la Exposición de Motivos: “En sede judicial, pero atribuida su competencia a los Secretarios Judiciales” (IV, pr.).

9. *La oposición al expediente.* Examinemos ahora el último inciso de la definición del artículo 1 del Anteproyecto, añadido a la del artículo 1.811, todavía vigente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: “sin perjuicio de que en ellos –en los expedientes de jurisdicción voluntaria– pueda suscitarse oposición conforme a lo regulado en esta ley”.

En consonancia, el artículo 18.2 del Anteproyecto dispone: “Salvo que la Ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocada o modificada en proceso declarativo promovido por persona legitimada”. Se sienta

---

carácter de autoridad reconocido al Secretario en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Derechos y deberes derivados de dicho carácter”, presentaron ponencias en las “Segundas Jornadas sobre la fe pública judicial. Alicante, 7-9 de abril de 1986”, Ernesto PEDRAZ PENALVA (pp. 141-72), Adolfo CARRETERO PÉREZ (pp. 173-79), Ildefonso RODRÍGUEZ GARCÍA (pp. 181-86) y Valentín CARRASCOSA LÓPEZ (pp. 187-96); ponencias que aparecen recogidas en un volumen publicado por la Caja de Ahorros Provincial de Alicante.

así el principio contrario al del actual artículo 1.817: “Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según su cuantía”.

La contraposición entre ambos sistemas quizá no sea, sin embargo, tan absoluta como parece, si fueran correctamente interpretados. En el sistema actual no puede considerarse suficiente cualquier oposición para que se interrumpa o concluya el expediente de jurisdicción voluntaria —lo que pondría en entredicho la utilidad del expediente—, sino que, como propugna GIMENO GAMARRA, “la oposición a los negocios de jurisdicción voluntaria, sólo debe producir el efecto de que hayan de sobreseerse los mismos y declararse contenciosos, cuando se funde en que en el negocio de que se trate se formula, expresa o implícitamente, una pretensión frente o contra otra persona” (6); y nuestro compañero VÍCTOR FAIRÉN ha sostenido, por su parte, que para que se produzca la transformación del expediente en contencioso, el que se opone debe tener un “*interés* en la transformación”, que “debe ser el básico, el que fundamenta la pretensión procesal que intenta promover”, lo que supone “la preexistencia de capacidad para ser parte y procesal de quien solicita la transformación”, e “indica que la solicitud de transformación de la vía voluntaria en contenciosa, ha de ir fundamentada” (7). Y quizá en tales direcciones deba interpretarse el texto que ahora se propone, porque la jurisdicción voluntaria procede según el actual artículo 1.811 “sin estar empeñada, ni promoverse *cuestión* alguna”, y este sustantivo se sustituye por “*contienda* alguna” en el texto proyectado; y estamos, por tanto, autorizados para opinar que sólo si se formula una oposición que supone una “*contienda*”, el expediente debe transformarse en contencioso.

**10.** *Cuando la intervención judicial “se solicite”.* Una última observación sobre la definición legal del artículo 1 del Anteproyecto. Siguiendo a sus antecesores —el vigente art. 1.811 LEC 1881; el art. 1.207 LEC 1855— el precepto proyectado dispone que procede el expediente de jurisdicción voluntaria “cuando sea necesaria o se *solicite*” la intervención de un tribunal en asunto sin *contienda*. El mantenimiento de este inciso, “o

---

(6) GIMENO GAMARRA: “Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria”, *Anuario de Derecho Civil*, 1953, I, p. 54.

(7) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa (El artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1991, pp. 941-59; las palabras citadas en p. 953.

se solicite", convierte en ilimitado el ámbito de la jurisdicción voluntaria, que podría así concurrir con cualesquiera competencias extrajudiciales; además de parecer contradictorio con la finalidad de reducir el excesivo trabajo de los Juzgados, y aun con buena parte de la regulación ideada. Pongamos un par de ejemplos, las informaciones judiciales *ad perpetuam rei memoriam* y las subastas voluntarias judiciales.

Las **informaciones para perpetua memoria** de los artículos 2.002-2.010 del actual texto legal son unos actos de documentación que deben ser atribuidos a la competencia notarial; son en efecto ajenos a la jurisdicción voluntaria según la misma doctrina procesal –SÁEZ y LÓPEZ (8), SERRA (9), GONZÁLEZ POVEDA (10)– y han desaparecido de la práctica. En consonancia con todo ello, el Anteproyecto suprime, por vía de omisión, las informaciones judiciales *ad perpetuam*; pero a través del inciso que combatimos podrían presentarse perfectamente en el Juzgado.

En materia de **subastas voluntarias judiciales** el Anteproyecto va más allá, pues expresamente las admite, aunque la misma doctrina procesal las rechaza –SÁEZ y LÓPEZ (11), GONZÁLEZ POVEDA (12)–, y aunque ape-

---

(8) SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús, y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio: "Nos parece absurdo llevar a los estrados judiciales un pedimento para que se haga constar con optimistas aspiraciones de perpetuidad determinadas circunstancias. Para esto basta y sobra la actuación notarial, que es a la que de ordinario se acude cuando se quieren hacer constar determinadas circunstancias que fehacientemente interesa acreditar con previsiones de futuro", *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo III, volumen IV, Santillana, 1968, p. 428.

(9) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, al clasificar los actos de jurisdicción voluntaria en el *Derecho positivo español*: "(C) ACTOS DE MERA DOCUMENTACIÓN.—En estos actos la función del juez es plenamente fungible, pudiendo ser perfectamente sustituido por cualquier otro funcionario público. Simples motivos de oportunidad confiaron al juez tales facultades, sin que en la práctica haga demasiado uso de ellas, al ser su competencia concurrente con la de otros funcionarios. La intervención del juez sirve sólo para dar un mayor prestigio al acto, pero se realiza éste sin uso de los atributos de jurisdicción y potestad propios de la función judicial. Pueden incluirse en este grupo... las informaciones para perpetua memoria..."; "Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria", en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 634.

(10) GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido: "Por su finalidad documentadora es un acto de naturaleza notarial. Su atribución a los Jueces, tal y como está concebida, no tiene justificación", *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, Aranzadi, 1989, p. 163.

(11) SÁEZ JIMÉNEZ, y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA: "Convertir al Juez en subastador, pendiente en cierto modo de la voluntad del pretendido vendedor, nos parece rigurosamente inadmisibile; las garantías de publicidad, el buen orden y seriedad de la oferta y de la material subasta, contiene una serie de operaciones en las que prácticamente no hay ningún proceso, y en la que sería perfecta la intervención de los notarios, que con las máximas garantías llevan a cabo de ordinario estas operaciones"; *loc. cit.* en nota 8.

(12) GONZÁLEZ POVEDA: "Este acto no se atribuye ni podría atribuirse exclusivamente a la Jurisdicción. Pueden celebrarse estas subastas ante Notario y sólo ante éste debieran celebrarse, excluyendo el acto de la Jurisdicción voluntaria", *loc. cit.* en nota 10, p. 286.

SERRA DOMÍNGUEZ, por su parte, aunque no formula expresamente la misma opinión, señala otro grupo de actos de jurisdicción voluntaria: "(D) ACTOS DE SIMPLE PRESENCIA. En un

nas se usen. En efecto, al regular las subastas judiciales no ejecutivas (arts. 171-85), esto es, las que hayan de hacerse por expresa disposición legal, pero fuera del procedimiento de ejecución, el Anteproyecto dispone que esa subasta judicial “será igualmente aplicable cuando lo solicitare el interesado en realizar el acto de disposición de que se trate” (art. 171.2). Se trata aquí de compraventas puramente privadas, sin otra particularidad que el mecanismo de la subasta; la doctrina procesal así lo reconoce; pero el texto vigente de 1881 las regula y el Anteproyecto mantiene su posibilidad como expediente de jurisdicción voluntaria judicial.

## II. Aspectos notariales

Dedicaré la segunda parte de esta Comunicación a los supuestos de competencia notarial que aparecen en el Anteproyecto, aunque nada tengan que ver con la jurisdicción voluntaria, o hayan llegado a ella por la confusión entre fe pública judicial y extrajudicial anterior a la Ley del Notariado de 1862; el restablecimiento de la competencia notarial puede incluso deberse al deseo de dar una nueva vida a instituciones, como el testamento cerrado, o la aceptación a beneficio de inventario, que han desaparecido en la práctica fundamentalmente debido a su inclusión en la jurisdicción voluntaria.

**11. Deslinde y amojonamiento.** En materia de derechos reales, el artículo 141.2 dispone: “No obstante [el expediente de jurisdicción voluntaria que regulan los arts. 141-47 del Anteproyecto], por acuerdo de los interesados, podrá realizarse el deslinde y amojonamiento mediante escritura pública ante Notario competente, según la legislación notarial”. La intervención notarial que en este precepto se reconoce no es un acto de jurisdicción voluntaria; se trata de una escritura notarial declarativa o de transacción, con consentimiento de todas las partes, que antes, ahora y siempre puede otorgarse, sin que la Ley de Jurisdicción Voluntaria lo diga.

**12. Consignación.** En el ámbito de las obligaciones, la disposición final primera, 10.º, del Anteproyecto, proyecta un nuevo texto del artículo 1.178 del Código Civil para permitir la consignación notarial: “La consignación podrá efectuarse también ante Notario, que levantará acta a

---

último grupo se busca tan solo el prestigio inherente a la persona del juez para conseguir determinadas finalidades. Así ocurre en la subasta voluntaria judicial, regida íntegramente por la voluntad particular (arts. 2.050, 2.051 y 2.055)”; *op. cit.* en nota 9, pp. 634-35.

petición de quien intenta el pago. En dicha acta hará constar que se le han entregado en depósito las cosas que se consideren debidas y que se le han acreditado el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás; y que conforme a lo solicitado notifica el depósito y ofrece la entrega de lo depositado al acreedor designado; y que requiere a éste, si se negase a recibir el pago, para que quede enterado de la consignación realizada, sin perjuicio de recoger lo que manifestase como contestación al ofrecimiento y al requerimiento. Esta consignación deberá notificarse también a los interesados”. La disposición final tercera añade: “En el plazo de un año, el Gobierno regulará el régimen de las consignaciones de dinero y cheques que se consignen o depositen ante Notario”.

Tampoco aquí se encomienda al notario un expediente de jurisdicción voluntaria. Éste se regula en los artículos 166-70 del Anteproyecto como de competencia exclusiva del secretario judicial (art. 5.1.6.º), y mediante él se declara “por bien hecha” la consignación y, si se solicita, “el tribunal –el Secretario Judicial– declarará cancelada la obligación” (art. 170.5.º). Al notario sólo se le encomienda recibir un “depósito” –que sin esta disposición también puede recibir, así como practicar el ofrecimiento de pago y el anuncio de la consignación–, a la manera del artículo 43 de la Ley Cambiaria y del Cheque; y aunque no se nos dice con qué efectos, éstos no pueden extenderse, desde luego, a que el notario declare estar “bien hecha” la consignación, y mucho menos a que pueda “mandar cancelar la obligación” (CC, art. 1.180); lo que también cuesta trabajo atribuir al secretario judicial, como hace el Anteproyecto. Los efectos de esta consignación o depósito notarial parece que sólo servirán para acreditar la diligencia del deudor evitando su puesta en mora y sus consecuencias, en temas como indemnización de daños y perjuicios, artículo 1.101, resolución de obligaciones recíprocas, artículo 1.124, o pérdida de la cosa debida, artículo 1.182.

**13. Subastas notariales.** También dentro del Derecho de obligaciones, el artículo 171.3 del Anteproyecto, en materia de subastas judiciales no ejecutivas, dice: “Salvo que la Ley o el tribunal que la hayan ordenado expresamente dispongan lo contrario, los interesados podrán instar la enajenación en subasta notarial, inicialmente o en cualquier momento anterior al anuncio de la subasta. En tal caso, se sobreseerá el expediente judicial de subasta si se hubiere iniciado”. Todo ello, claro es, independientemente de las subastas voluntarias notariales, en las que, como es natural, el Anteproyecto no entra.

**14. Testamentos cerrados.** Frente al artículo 1.278 del Código Civil, relativo a los contratos, el 687 acoge para los testamentos el principio for-



malista. Todos los testamentos del Código y de los Derechos especiales son negocios solemnes, aunque las formalidades sean a veces mínimas a fin de facilitar su otorgamiento a todas las personas y en todas las circunstancias; pero esa disminución de formalidades debe en su caso compensarse después de la muerte del testador.

Así lo estableció el Derecho romano para todos los testamentos, excepto los públicos *Principi oblatum* y *apud acta conditum*, porque, como escribió ULPIANO (D,29.3.2,pr.): “El instrumento de las tablas de un testamento no pertenece a un solo hombre, esto es, al heredero, sino a todos a quienes allí se dejó alguna cosa; y por ello el testamento es más bien público” (13); a quienes se dejó alguna cosa y también a los otros interesados, como los acreedores. Esta publicación de los testamentos privados tenía que ser de competencia judicial –es “oficio del pretor” (D,29.3.4), del “juez competente” (CJ, 6.32.1), (14)–, porque en Roma no existía Notariado público. En la Edad Media, al aparecer el Notariado, el testamento por escritura de tabelión puede probarse, en efecto, por dicha escritura, según doctrina de Juan BASIANO de que nos da cuenta la glosa *Ostenditur* a CJ 6.42.32, sin necesidad de comparecencia de los testigos ante el juez, puesto que conforme a la Ley *In exercendis* (CJ, 4.21.15) la escritura tiene la misma fuerza probatoria que la deposición de los testigos (15). La publicación, de competencia judicial, no procedía pues en los testamentos notariales, que eran públicos desde su otorgamiento.

El testamento notarial abierto, en consecuencia, no necesita publica-

---

(13) D,29.3.2: “*Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est, heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius publicum est instrumentum*” (ULPIANO, lib. 50 ad Edictum).

(14) D,29.3.4: “*Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere*” (ULPIANO, lib. 50 ad Edictum). Cuando hayan de abrirse las tablas (del testamento) por primera vez, ello es oficio del pretor, para que obligue a los selladores a venir y reconocer sus sellos.

CJ,6.32.1: “*Ut testamentum, quod dicis factum, proferatur et publice recitetur, competens iudex iubebit*” (Emp. Alejandro, año 223). El juez competente mandará que se presente y se lea públicamente el testamento que dices se hizo.

(15) Glosa *Ostenditur* a CJ 6.42.32: “*Item si ea, quae fiunt in scriptis, probantur per scripturam vel testes... nam et ibi aequiparatur probatio scripturae quinque testibus, ergo e contra quae fiunt sine scriptis probantur per testes vel instrumentum, quia eadem est eorum autoritas, ut d. l. in exercendis, Et haec opi. lo. consuetudine approbatur generali*”. Lo mismo que aquellas cosas que se hacen *in scriptis* se prueban por la escritura o por testigos... dado que así se equipara la prueba de la escritura a cinco testigos, al contrario, en consecuencia, las que se hacen *sine scriptis* se prueban por testigos o por instrumento, puesto que su autoridad es la misma según la ley *In exercendis*. Y esta opinión de Juan [Basiano] es aprobada por costumbre general.

CJ, 4.21.15: “*In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*” (Constantino, sin indicación de año). En la sustanciación de los pleitos tienen la misma eficacia, tanto la fe de los instrumentos como las deposiciones de los testigos.

ción; basta la copia autorizada del testamento con las certificaciones de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad; sin ningún expediente de jurisdicción voluntaria. El Anteproyecto, por ello, no se ocupa ni tenía que ocuparse de él.

La misma solución dio el Derecho común al testamento notarial cerrado, según he estudiado en otro lugar (16). Y así ha venido entendiéndose en Cataluña, incluso en el vigente Código de Sucesiones, donde el artículo 114 dispone: “Acreditando el fallecimiento del testador, el Notario que tenga el testamento cerrado, a instancia de parte interesada procederá a abrir el sobre que lo contiene ante dos testigos idóneos, y a protocolizarlo, autorizando a este fin una nueva acta”.

La apertura y adveración judiciales se había exigido en el *Liber Iudiciorum*, 2.5.11, que inspiró al Fuero Real, 3.5.1; pero consumada la recepción, la apertura, adveración y protocolización notariales del testamento cerrado fue doctrina común de los juristas clásicos castellanos, como PALACIOS RUBIOS, Diego DEL CASTILLO, Gregorio LÓPEZ, Antonio GÓMEZ, SALÓN DE PAZ, MATIENZO o ACEBEDO, que llega a llamar “ignorantes” a quienes defienden la necesidad de la apertura judicial (17). Los prácticos, por el contrario, con la excepción al menos de Gabriel DE MONTERROSO (18), se acogían a la apertura judicial, pues estando unidas hasta la Ley del Notariado de 1862 la fe pública judicial y la extrajudicial, al escribano le era más cómodo y seguro hacer intervenir al juez, sin darse cuenta de que su propia competencia provenía de la fe pública extrajudicial y no de ser escribano del Juzgado.

En esta práctica se basó el artículo 714 del Código Civil: “Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, que sólo habla de la apertura

---

(16) Conf. mi trabajo “La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, pp. 5497-512 (tomo IV), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, y *Revista Jurídica del Notariado*, número 52 (octubre-diciembre 2004, pp. 211-30).

(17) Conf. “*Glosemata legum Tauri quas vulgus de Toro appellat... a Joanne LOPEZ DE PALACIOS RUUIOS*”, M.D.XLII, Ley 3.<sup>a</sup>, XIII, fol. IV; CASTILLO, Diego del: “Las leyes de Toro glosadas. *Utilis et Aurea Glosa*”. *Methymnae Campi*, M.D.LIII, Ley 3.<sup>a</sup>, fol. 33v, nota e); LÓPEZ, Gregorio: Glosa “Déveles mostrar”, a P, 6.2.3; “*D. Antonii GOMEZII... ad leges Tauri Commentarium absolutissimum*”, Venetiis, MDCCLIX, Ley 3.<sup>a</sup>, números 35-36, p. 16; “*DOCTORIS BURGUENSIS MARCI SALON DE PACE, ad leges Taurinas insignes commentarii*”, Pintiae, M.D.LX.VIII, número 1035, fol. 309v; “*Commentaria Ioannis MATIENZO... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*”, Mantuae Carpetanae, M.D.XCVII, glosa III a Nueva Recopilación 5.4.2, número 3, fol. 65; ACEBEDO, Alfonso: “*Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*”, Tomus Tertius, quintum librum Novae Recopilationis complectens, Comentario a Nueva Recopilación 5.4.2, número 16.

(18) MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de: “*Practica civil y criminal, y instrucción de escrivanos... Y de los contratos y escrituras públicas y judiciales*”, Madrid, 1563, fol. 168v.

judicial (arts. 1.956 y ss.). De esta manera se consagró la contraposición formulada por FALGUERA entre la “forma catalana” y el “método de Castilla” en la apertura de los testamentos cerrados (19).

El Anteproyecto, en su articulado, mantiene la competencia judicial en expediente de jurisdicción voluntaria, pero no ya con carácter exclusivo, sino en concurrencia con la del notario en cuya custodia esté el acta de otorgamiento. Así lo establece el artículo 192: “1. Se aplicará lo dispuesto en el presente capítulo para la presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados ante el tribunal competente. = 2. No obstante, la presentación en su caso, la adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados podrá verificarse ante el Notario en cuya custodia esté el acta del otorgamiento, con arreglo a la legislación civil y notarial”. Hay, pues, competencia judicial, del “Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiere otorgado el testamento” (art. 193), aunque, como hemos visto, la competencia real se atribuye al secretario judicial (art. 5.1.9.º). Y en concurrencia con ella, y por tanto con carácter facultativo (“podrá verificarse”), hay competencia notarial, pero no de cualquier notario ni tampoco, en paralelismo con la competencia judicial, de cualquiera de los notarios del lugar en que el testamento se hubiere otorgado, sino sólo del notario “en cuya custodia esté el acta de otorgamiento”; *rectius*, en cuya custodia esté la “copia autorizada del acta de otorgamiento” (CC, art. 710), pues el acta original se extiende “sobre la cubierta del testamento” (CC, art. 707.4.ª), que “el testador podrá conservar en su poder” (CC, art. 711); y este notario será competente aunque no tenga en su poder el testamento, con lo que el Anteproyecto se separa del Código de Sucesiones de Cataluña.

En consecuencia, el Anteproyecto, en su disposición adicional primera, 4.º y 5.º, se ve en el caso de modificar los artículos 712 y 714 del Código Civil, de los que aquí sólo interesan los párrafos primeros. Artículo 712.1: “El Notario en cuyo poder estuviese depositado el testamento cerrado, a instancia de parte interesada que le acredite el fallecimiento del testador, procederá a abrir la cubierta o sobre que lo contenga ante dos testigos idóneos, y a protocolizarlo, autorizando al efecto la correspondiente acta a la que unirá el testamento”. Artículo 714.2: “En el supuesto de que se presente al Notario [“un testamento cerrado”], éste levantará acta de la adveración de la cubierta, si procediere, y de la apertura del testamento que quedará unida [unido] a ésta”.

---

(19) Félix María FALGUERA y PUIGURIGUER fue el mayor defensor para Cataluña de la apertura notarial del testamento cerrado que no hubiera salido del poder del notario; así lo defendió en las tres ediciones de su *Formulario* (1836, pp. 170-72; 1862, pp. 266-69; y 1888, p. 387) y en sus notas a la tercera edición de la traducción castellana por Eugenio DE TAPIA, de la *Teórica del Arte de Notaría*, de Vicente GIBERT, Barcelona, 1875, nota “g”, pp. 205-9.

El problema surge al no haber la debida coherencia entre el proyectado artículo 192.2 del Anteproyecto, que sólo reconoce la competencia del notario “en cuya custodia esté el acta del otorgamiento”, y el artículo 712 del Código Civil, que parece dársela a todo “Notario en cuyo poder estuviese depositado el testamento cerrado”; pues el que custodia la copia del acta de otorgamiento, su notario autorizante, puede no tener depositado el testamento –como bien deduce el proyectado art. 714.2–, y el que lo tiene depositado puede ser distinto de aquél en cuya custodia está la copia del acta del otorgamiento, porque aunque el artículo 711.1 del Código Civil, que no se modifica, diga que el testador podrá “depositarlo –el testamento– en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo”, también dispone que “podrá encomendar su guarda a persona de su confianza”, y entre esas personas no se puede excluir a cualquier notario. En el Proyecto de Ley debería salvarse esta posible antinomia.

El argumento básico aducido por los partidarios de la competencia judicial exclusiva –BONEL (20)– consiste en que al tiempo del otorgamiento del testamento el notario desconoce el contenido del escrito testamentario, por lo que éste no puede quedar elevado a documento público; en contra se alega –por ejemplo, Alfonso de ACEBEDO– que el notario “dio fe e interpuso su autoridad *implícite*”, implícitamente, en el acto del otorgamiento (21), argumento de bien poca consistencia; la verdadera razón de la competencia notarial consiste en que las diligencias del expediente de adveración no recaen sobre ese escrito testamentario privado, sino que se refieren al acta de otorgamiento, a su identificación y estado, a través de la cual se identifica el escrito testamentario, y ese acta sí es documento público.

No resulta admisible, por tanto, que el Anteproyecto conserve algunas normas de la regulación anterior que desconocían el carácter público del acta de otorgamiento y de su copia: comparecidos el notario, y en su caso, los testigos, “se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen y declaren bajo juramento si reconocen como legítima la firma que con su nombre aparece en él”, y no compareciendo alguno de los citados “se preguntará a los demás si los vieron poner su firma y rúbrica y se acordará, si el tribunal lo considera necesario, el cotejo de letras y otras diligencias conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas de los no comparecidos” (art. 195,2 y 3). Nada de ello es preciso respecto de un documento público no impugnado.

---

(20) BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil español*, tomo tercero, libro III, Barcelona, 1890, pp. 272-73.

(21) ACEBEDO, *loc. cit.* en nota 17.

Este sistema de publicación de los testamentos notariales quizá llegue a verse afectado por el **certificado europeo de heredero** al que parece inclinarse el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos de la Comisión de las Comunidades Europeas de 1-3-2005; no creo que llegue a triunfar el modelo alemán que, posiblemente debido a la recepción tardía del Derecho común, requiere el certificado de heredero en todo caso, aunque existan testamento abierto notarial o contratos sucesorios; y menos aún que el certificado origine una protección del tráfico con eficacia de fe pública (BGB, 2356 y 2367).

**15.** *El inventario de los bienes de la herencia beneficiaria.* Dejando a un lado en este ámbito sucesorio los expedientes relativos al **albaceazgo** (arts. 208-11), en que es competente el juez, y los relativos a los **contadores-partidores** (arts. 212-26), competencia del secretario judicial salvo que se formule oposición, nos detendremos en el reconocimiento de la competencia notarial, concurriendo con la judicial, en la autorización del inventario de los bienes de la herencia que ha de realizar el llamado a ella para utilizar el beneficio de inventario, o el derecho de deliberar; así resulta de las modificaciones que se proyectan (disposición final primera, 4.º y 5.º) en los artículos 1.014 y 1.017 del Código Civil, modificaciones que resaltamos en letra cursiva:

**Artículo 1.014:** “El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá manifestarlo *al Juzgado competente en cuestiones hereditarias o al Notario donde el finado hubiese tenido su último domicilio en España o donde estuvieren la mayor parte de los bienes*, dentro de los diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiese fuera, el plazo será de treinta días. = En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniera”. **Artículo 1.017:** “El inventario de principiara, *bien por el Juzgado o bien por el Notario*, dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá en otros sesenta. = Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes esos sesenta días, *el Juzgado o el Notario* podrán prorrogar este término por el tiempo que estimen necesario, sin que pueda exceder de un año”.

La posibilidad del inventario notarial era ya admitida en el Código de Justiniano, “*sub presentia tabularium*” (6.30.22), y en las Partidas, “de algund Escribano público” (6.6.5; puede verse el formulario en P.3.18.100);

y también por nuestros prácticos (RIBERA, PALOMARES, FEBRERO) (22). Después del Código Civil, frente a la mayoría de los autores, que exigen el inventario judicial, la forma notarial se admitió, entre otros, por SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN (23) y más modernamente por VALLET, aunque en la legislación actual no considere prudente autorizarlo, y por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (24); y en Cataluña se admite en las cuartas trebeliánica (art. 230) y falcidia (art. 274). Esta posición es razonable, porque no se trata de garantizar la veracidad e integridad del inventario, que está fuera del alcance del notario y del juez; el inventario lo hace el heredero, es una declaración de verdad que la ley exige en garantía de los acreedores al heredero que quiera limitar su responsabilidad, imponiendo la forma pública, el documento público, por lo que en teoría debería ser siempre ante notario; aunque consideremos también preferible la fórmula optativa empleada. Es, por otra parte, la única manera de revitalizar el beneficio de inventario y el derecho de deliberar, desaparecidas en la práctica por los inconvenientes del carácter exclusivamente judicial del inventario, si no se quiere instaurar sin más la responsabilidad *intra vires*.

### III. Otras innovaciones

16. *Testamentos otorgados en forma oral.* Se trata de testamentos no notariales, pues los notariales tienen necesariamente forma escrita, incluso el abierto, que en el Código no es ya testamento “nuncupativo”, sino “*in scriptis*” (CC, art. 695). La adverbación y protocolización de estos testamentos —en el Código Civil los otorgados en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia (arts. 700 y 701)—, se lleva a cabo en el Anteproyecto mediante otro expediente (arts. 203-207), también ante el secretario judicial (art. 5.1.11.º), que fundamentalmente sigue las normas actualmente vigentes (arts. 1.943-55), mejorando su redacción y suprimiendo la extemporánea alusión al notario.

---

(22) DE RIBERA, Diego: *Primera parte de escrituras y orden de partición*, Madrid, 1617, fols. 14v y 15r; DE PALOMARES, Thomas: *Estilo nuevo de escrituras públicas*, Madrid, 1656, fol. 79r; FEBRERO, José: *Librería de Escribanos*, edición facsímil por el Consejo General del Notariado, 1990, parte segunda, libro I, capítulo 1.º, número 16 (p. 19).

(23) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, pp. 1824-25 y 1831; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª edición, Madrid, 1944, tomo IV, p. 178.

(24) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, Civitas, 1984, I, pp. 531-2; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *La herencia y las deudas del causante*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, número 224, pp. 310-12 y número 35, p. 49, nota 43.

**17. Testamentos ológrafos.** La presentación, averación y protocolización de los testamentos ológrafos está regulada en los artículos 198-202 del Anteproyecto, manteniendo la competencia de los Juzgados de Primera Instancia (art. 199), si bien la competencia se atribuye en realidad a sus secretarios judiciales (art. 5.1.10.º). Se introduce una norma de buen sentido en el artículo 200.2.º.2: “Si el presentante (del testamento ológrafo) hubiere actuado en cumplimiento del deber establecido en el Código Civil y manifestara no tener interés en la averación y protocolización del testamento, se hará saber a quienes pudieran tener interés en la herencia para que comparezcan en el Juzgado a promover el expediente, si les interesare”.

Como consecuencia de esta nueva regulación, “quedan sin contenido los artículos 691 y 692 del Código Civil” (disposición final primera, 2.º).

**18. Declaración de herederos abintestato.** Conforme a los artículos 979 y 980 LEC 1881 (redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril), no derogados por la Ley vigente, 1/2000, la competencia exclusiva en esta materia es notarial cuando los únicos herederos abintestato sean descendientes, ascendientes o cónyuge del difunto, y judicial en los demás supuestos. Se proyecta ahora introducir la concurrencia en todo caso de las competencias notarial y judicial: “Quienes se consideren con derecho a la herencia de una persona fallecida sin testamento podrán promover la declaración de herederos abintestato con arreglo a las disposiciones del presente capítulo o mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial...” (art. 186.1). Resultan, pues, dos modificaciones de interés; la competencia notarial se extiende a todos los supuestos, cualquiera que sea el grado de parentesco con el causante; pero la misma amplitud tendrá la competencia judicial, que se extenderá a los supuestos de descendientes, ascendientes y cónyuge; de manera que en todo caso el interesado podrá optar entre el expediente judicial de jurisdicción voluntaria (ante el secretario judicial, art. 5.1.8.º) y el acta notarial de notoriedad.

Ante esa concurrencia, se dictan normas de coordinación entre notarios y juzgados para evitar la duplicidad de declaraciones, artículo 186.2: “El Notario ante el que se instara la tramitación de acta de declaración de herederos, lo pondrá en conocimiento del Juzgado competente. Si ante el Juzgado se hubiere iniciado expediente de declaración de herederos el Juez lo comunicará al Notario, que sobreseerá el mismo”. Finalmente, se derogan las normas hasta ahora vigentes de la LEC de 1881 (disposición derogatoria única.1), y se dispone que “cuando el causante no hubiera tenido en ningún momento su domicilio en España, se podrá realizar la declaración de herederos mediante acta de notoriedad por el cónsul de su domicilio” (art. 186.3).

**19. Cuestiones registrales.** Para terminar, indicaremos la posición del Anteproyecto respecto de las materias registrales.

**Registro de la Propiedad.** Los numerosos actos de jurisdicción voluntaria contenidos en la Ley Hipotecaria y su Reglamento subsisten en esa ubicación con dos importantes excepciones: el expediente de dominio y el expediente de liberación de cargas son regulados en el Anteproyecto (arts. 148-53 y 154-61), con competencia de los secretarios judiciales salvo cuando se formule oposición (art. 5.1.4.º y 5.º). Por tanto, los artículos 201 y 210 de la Ley Hipotecaria quedan reducidos a remisiones a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (disposición final segunda). Advirtamos que subsiste el artículo 202 de la Ley Hipotecaria sobre inscripción de los expedientes de dominio y que en cuanto al expediente de liberación de cargas y gravámenes se dispone que “Será título bastante para obtener la cancelación de los asientos a que el expediente se refiera el testimonio literal de la resolución firme del Secretario Judicial o del Juez estimatoria de la solicitud” (art. 210.2 LH, redacción de la disposición final segunda del Anteproyecto).

**Registro Mercantil.** La disposición adicional tercera regula los “*Expedientes susceptibles de ser tramitados por el Registrador Mercantil*”.

Sin perjuicio de la competencia judicial, el Registrador Mercantil del domicilio social será competente para decidir las siguientes cuestiones:

a) La revocación del auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil en los casos de existencia de oposición por los interesados, así como, en su caso, el nombramiento de otro que lo sustituya.

b) La designación del liquidador en el supuesto del artículo 110.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) El nombramiento de experto independiente que valore las aportaciones no dinerarias realizadas por los padres a una sociedad limitada de la que formen parte también los hijos.

d) La designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación, a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.

e) La emisión de dictamen no vinculante referente al cumplimiento o no, por parte de la sociedad, de los derechos de información que legalmente correspondan al socio.

f) La designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, siempre que así se hubiera previsto en estatutos o decidido expresamente por las Juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades. La solicitud al Registrador Mercantil se efectuará en el plazo de un mes a contar desde la fecha de publicación del acuerdo de fusión o escisión en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y se sustanciará por las reglas establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil”.



## *Post scriptum*

En junio de 2006 el Ministerio de Justicia ha repartido un nuevo texto del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que contiene numerosas novedades respecto al Anteproyecto de octubre de 2005, sobre el que versa esta Comunicación, el originariamente redactado por la Ponencia constituida en la Sección Segunda de la Comisión de Códigos. Tales novedades a veces coinciden con criterios mantenidos en nuestro trabajo, por lo que éste conserva alguna actualidad. Pero se hace necesario tener siempre presente el nuevo texto, para lo que redactamos el presente *post scriptum*.

El artículo 1.2 del Anteproyecto de junio de 2006 nos da una nueva **definición de la jurisdicción voluntaria**: “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, Secretario judicial, Notario, Registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de Derecho civil y mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados”.

Desde el **aspecto subjetivo**, el anterior Anteproyecto, de octubre de 2005, conservaba la fórmula tradicional; seguía refiriéndose a la intervención de un “*tribunal*”, lo que originaba dos consecuencias:

La más chocante, denunciada en el texto de la precedente Comunicación, consistía en atribuir continuamente competencias al “Juzgado”, cuando la competencia no correspondía realmente al “Juez”, sino al “Secretario judicial”. Otra consecuencia consistía en que las competencias que se atribuían a notarios y registradores en materia de jurisdicción voluntaria no podían figurar en el texto del Anteproyecto de Ley, pues no son “tribunal”, por lo que se ubicaban en las “Disposiciones adicionales”.

El primero de esos defectos ha sido corregido en el Anteproyecto ministerial de junio de 2006. Ahora hay diversidad de “**administradores**” (art. 2) de los expedientes de jurisdicción voluntaria, cada uno con sus propias competencias: el juez, el secretario judicial, el notario, el registrador y, como medida de previsión, “otro funcionario designado para ello”. Dejando aparte la denominación de “administradores” que usa el Anteproyecto, quizá derivada de aquella dirección doctrinal que concebía la jurisdicción voluntaria como “Administración del Derecho privado”, el acierto del nuevo Anteproyecto es evidente, aunque sólo sea por razones de claridad; ahora cuando se dice que es competente el juez es que el competente es precisamente el mismo juez.

El segundo de los defectos también ha sido corregido, llevando al texto del Anteproyecto las principales actuaciones de notarios y registradores en materia de jurisdicción voluntaria. Pero sólo en buena parte, en la que se ha conservado la regulación de los expedientes típicos contenida en el Anteproyecto anterior; porque las competencias añadidas de notarios, registradores de la propiedad y registradores mercantiles se contienen, más bien se enumeran, en las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta, respectivamente.

Respecto del **ámbito objetivo**, la jurisdicción voluntaria se concreta a “**cuestiones de Derecho civil y mercantil**”, lo que hay que entender en el sentido am-

plio que utiliza el Anteproyecto cuando incluye materias hipotecarias; también hay que incluir, por tanto, las cuestiones notariales, como la subsanación de defectos o la reconstitución de protocolos, aunque al quedar atribuidas *de facto* a la competencia de los secretarios judiciales, se infrinja sonoramente la separación entre la fe pública judicial y la extrajudicial consagrada en la Ley del Notariado de 1862, sometiendo ésta a aquélla.

Otra novedad de la definición de jurisdicción voluntaria consiste en sustituir la tradicional expresión “sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre partes conocidas y determinadas” por la de cuando “**no exista contraposición entre los interesados**”. Aquí no parece, sin embargo, que exista verdadera innovación, sobre todo teniendo en cuenta el artículo 7 de este Anteproyecto: “Cuando durante la tramitación del expediente surja una *controversia* entre los interesados que impida su continuación, se procederá a su archivo, excepto los expedientes en que esté comprometido el interés de un menor o un incapaz, que continuarán su tramitación hasta su conclusión”.

Los **diversos administradores** de los actos de jurisdicción voluntaria tienen, dentro de su ámbito, iguales competencias; todos ellos, jueces, secretarios, notarios y registradores, son competentes “para conocer y resolver” sus respectivos expedientes (art. 2.1).

Sus actuaciones son equivalentes, de manera que “cuando se tramiten simultáneamente ante administradores de diferente naturaleza dos o más expedientes con idéntico objeto y sujetos, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes ulteriormente incoados” (art. 2.2.2).

Y sus resoluciones, aunque tienen distintos nombres, despliegan la misma eficacia: frente a ellas no cabe recurso alguno (art. 24.1) —excepto los de apelación y queja respecto a las resoluciones judiciales definitivas que afecten a los intereses de un menor o incapaz, art. 24.2—, con lo que se suprime el recurso que contra los decretos dictados por el secretario judicial establecía el texto anterior ante el juez titular del mismo Juzgado (art. 19.2). Ninguna de estas resoluciones, como es lógico, producen cosa juzgada material, de modo que “la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso judicial posterior con el mismo objeto” (art. 2.3); pero sí originan la cosa juzgada formal, pues “resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados” (art. 2.2.1).

Respecto a **todos los expedientes de jurisdicción voluntaria** se dictan unas breves disposiciones comunes (arts. 3-8) y unas normas de Derecho Internacional Privado (arts. 9-11).

Los **expedientes administrados por jueces y secretarios judiciales** son objeto, además, de un procedimiento común (arts. 15-24), “fundamentado en el juicio verbal” (E. de M.); les es de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 12); y, tratándose de expedientes típicos, se dictan detalladas normas de procedimiento, en que fundamentalmente se sigue, como hemos dicho, al Anteproyecto de la Ponencia de la Comisión de Códigos.

Los **expedientes administrados por notarios y registradores** no tienen, por el contrario, ni un procedimiento común ni unas normas procedimentales para sus expedientes, todos ellos típicos; únicamente se dice que “el procedimiento será el previsto en su legislación específica” (art. 28), y lo más frecuente es que tal legislación específica no exista actualmente, por lo que el Gobierno deberá llevar a cabo, en el plazo de seis meses, las modificaciones y desarrollos reglamentarios procedentes (disposición adicional sexta); tarea que a veces presenta grandes dificultades.

Hay otra diferencia fundamental entre secretarios judiciales por un lado, y notarios y registradores por otro; la competencia de los secretarios judiciales, salvo las que pertenecen a los jueces, es general, de manera que los expedientes regulados o mencionados en el Anteproyecto constituyen un *numerus apertus*; las de los notarios y registradores son específicas, constituyen un *numerus clausus*.

La calificación registral rompe la igualdad entre los administradores concurrentes con los registradores de la propiedad o mercantiles en una misma atribución, sean secretarios judiciales o notarios; el problema deberá ser abordado y el criterio a adoptar pudiera ser el seguido en materia de declaraciones notariales de herederos.

La **distribución concreta de competencias** entre los diversos administradores de la jurisdicción voluntaria puede resumirse así:

1. Competencia exclusiva de los **jueces, en general los de Primera Instancia**: los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia (art. 13.1).

2. Competencia de los **secretarios judiciales**: los expedientes regulados en la misma Ley en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones, en materia mercantil y de Derecho marítimo (art. 13.2), así como los regulados en otras leyes que no tengan por objeto la condición o estado civil de la persona, asuntos de Derecho de familia, menores e incapaces, que afecten a derechos y libertades fundamentales o tengan por objeto materias sobre las que los interesados no puedan disponer libremente (art. 13.3), excepciones que son de competencia judicial.

Únicamente **se exceptúan** de la competencia de los secretarios judiciales, como diremos, los expedientes de declaración de herederos abintestato en que los únicos herederos sean descendientes, ascendientes o cónyuge del *de cujus*, en que los notarios tienen la competencia exclusiva (art. 131).

Esta competencia de los secretarios judiciales es en general **concurrente** con la de notarios y registradores, según examinaremos a continuación; pero es **exclusiva** en la conciliación (art. 30), deslinde y amojonamiento (arts. 106 y ss.) y subastas judiciales no ejecutivas (arts. 124 y ss.).

La conciliación, según defendíamos, sólo podrá intentarse antes de la demanda o promoción del procedimiento (art. 29.1). Se suprime el expediente de mediación.

El deslinde y el amojonamiento podrán también verificarse por acuerdo de los interesados mediante escritura pública (art. 107). No existe aquí expediente de jurisdicción voluntaria, sino una escritura pública ordinaria, por lo que no debiera incluirse en el texto que la regula, pues originará problemas.

En las subastas judiciales no ejecutivas se ha suprimido la facultad de los interesados –admitida en el art. 171.3 del Anteproyecto precedente– de instar la enajenación en subasta notarial, salvo que la Ley o el tribunal que la hayan ordenado dispongan lo contrario.

Se han suprimido las subastas judiciales voluntarias, que conservaba el primer Anteproyecto.

3. Competencia concurrente de **secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad**: expedientes de dominio (art. 111) y de liberación de cargas (art. 116). Si conocieran de ellos los secretarios judiciales, los expedientes se regirán por los artículos 110 y 115 y siguientes, y si fueren los registradores de la propiedad, por la disposición final segunda, números 9.º y 11. Si el administrador fuera un notario, el acta de notoriedad regirá el artículo 203 de la Ley Hipotecaria con modificación de su número 7 (disposición adicional segunda, núm. 10).

Y además, según las disposiciones adicionales segunda (letras a y b) y tercera (letras b y c) son competencia concurrente de secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad los siguientes expedientes: nota marginal de doble inmatriculación prevista en el artículo 313.2.º del Reglamento Hipotecario y procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas previsto en el artículo 74 de la Ley Hipotecaria.

4. Competencia concurrente de **secretarios judiciales, notarios y registradores mercantiles**: exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad (art. 155); constitución y régimen interno del sindicato de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas (art. 166).

5. Competencia concurrente de **secretarios judiciales y notarios**: fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda (art. 120); consignación (art. 122); declaración de herederos abintestato a favor de personas que no sean descendientes, ascendientes o cónyuge del causante (art. 131); presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados (art. 135); presentación, adveración y protocolización de testamentos ológrafos (art. 141); presentación, adveración y protocolización de testamentos otorgados en forma oral (art. 146); y expedientes relativos al albaceazgo (art. 150) y a contadores-partidores (art. 152).

Cuando los únicos herederos intestados sean descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, la declaración de herederos abintestato es, según dijimos, de **competencia notarial exclusiva**, según el citado artículo 131: “Cuando los únicos herederos abintestato de la persona fallecida sean sus descendientes, ascendientes o su cónyuge, obtendrán la declaración de herederos abintestato mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por notario hábil para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa. = Los demás herederos abintestato habrán de obtener su declaración, a su elección, bien mediante acta de notoriedad tramitada conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, bien mediante expediente administrado por el Secretario Judicial con arreglo al presente Capítulo”.

En materia de apertura de testamentos cerrados la competencia notarial concurrente, que en el Anteproyecto de la Ponencia se atribuía al “Notario en cuya

custodia esté el acta de otorgamiento” del testamento (art. 192.2), en el Anteproyecto del Ministerio de Justicia se atribuye a cualquier “Notario distinto del que hubiera autorizado su otorgamiento” (art. 135), lo que consagra su deplorable regulación como comprobación de un documento público no impugnado por nadie.

Y además, conforme a la disposición adicional segunda, tienen competencia concurrente los secretarios judiciales y los notarios en los siguientes expedientes: c) anotación preventiva de legados prevista en los artículos 56 y 57 de la Ley Hipotecaria; d) notificación previa a la anotación del derecho hereditario prevista en el artículo 49 de la Ley Hipotecaria; e) anotación preventiva del derecho hereditario prevista en los artículos 46 y 57 de la Ley Hipotecaria; f) anotación preventiva de crédito refaccionario prevista en el artículo 61 de la Ley Hipotecaria; g) constitución de hipoteca y formación de inventario en garantía de bienes reservables prevista en el artículo 186 de la Ley Hipotecaria; h) expediente para la constancia de bienes reservables y su valor previsto en el artículo 189 de la Ley Hipotecaria; i) reconocimiento y depósito cautelar previsto en el artículo 367 del Código de Comercio; j) reconocimiento y depósito liberatorio de efectos mercantiles previsto en los artículos 327, 336 y 366 del Código de Comercio.

6. Competencia concurrente de **secretarios judiciales y registradores de la propiedad** según la disposición adicional tercera: a) inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas previstas en el artículo 7 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario; d) solución de dudas sobre la identidad de fincas prevista en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario.

7. Competencia concurrente de **secretarios judiciales y registradores mercantiles**: solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios (art. 159); convocatoria de Juntas o Asambleas Generales de entidades inscritas en el Registro Mercantil que no pudieran ser convocadas por carecer la entidad de administradores o liquidadores en su caso (art. 163); y nombramiento de liquidador o interventor en los casos previstos legalmente (art. 171).

Y además, conforme a la disposición adicional cuarta tienen competencia concurrente los secretarios judiciales y los registradores mercantiles en los siguientes expedientes: a) nombramiento de coadministrador en las compañías mercantiles previsto en el artículo 132 del Código de Comercio; b) actos de jurisdicción voluntaria relativos a la liquidación de sociedades; c) la designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación, a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social; d) la designación del liquidador en el supuesto del artículo 110.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y e) la revocación del auditor de cuentas designado por el registrador mercantil en los casos de existencia de oposición por los interesados, así como, en su caso, el nombramiento de otro que lo sustituya.

Las disposiciones finales contienen las modificaciones que se juzgan pertinentes en el Código Civil, la Ley Hipotecaria y el Código de Comercio y se da nueva redacción al **artículo 1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862** (disposición final 3.<sup>a</sup>).

A. R. A.

**CUESTIONES SUSCITADAS  
POR LA APLICACIÓN DE LA LEY  
DEL IVA EN OPERACIONES  
INMOBILIARIAS Y FINANCIERAS  
QUE SON DE INTERÉS  
EN LA PRÁCTICA NOTARIAL (\*)**

CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO

*Notario*

A continuación se circulan unas notas sobre lo tratado en la reunión del día 6 de marzo, por el mismo orden que la lista de cuestiones que se circuló previamente, salvo en lo que se refiere al artículo 20.1.18 de la Ley del IVA, que se ha dejado (al igual que en la reunión) para el final.

1) Delimitación del supuesto del concepto de “urbanizador de terrenos” del artículo 5.1.d de la Ley y del concepto de “autopromotor”.

Toda persona o entidad (no sólo sociedades mercantiles) que sea titular de una finca sujeta a un proceso urbanizador es por ese mero hecho

---

(\*) Circular número 22, de 20 de marzo de 2006, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

Notas realizadas con ocasión del seminario celebrado el día 6 de marzo de 2006 en dicho Colegio.

un “urbanizador”, aunque la urbanización no sea actividad empresarial de ese sujeto o sea un hecho completamente ocasional; y no influye el destino posterior de la parcela resultado de la urbanización; da igual si se la queda el sujeto pasivo o la transmite (por título oneroso). Es decir, si se la queda y pasado un tiempo (tras la finalización de la urbanización) la vende, esa entrega estará sujeta y no exenta de IVA. Esto no se aplica si el sujeto pasivo la dona o la parcela se transmite por herencia, pero la transmisión posterior por el donatario o heredero será una entrega sujeta y no exenta de IVA.

La excepción es el caso de que el solar sea para uso propio (es decir, no exista la finalidad de venta, adjudicación o cesión onerosa), por ejemplo, para que el titular de dicho solar se construya su propia vivienda (no si el destino iba a ser comercial o industrial, porque en este caso no podría hablarse de uso propio, pues la finca forma parte de un patrimonio empresarial). La entrega del solar que hiciera tal persona estaría no sujeta a IVA y sujeta a ITP.

Así, por ejemplo:

— El particular, cuya finca se ve afectada por un proceso de urbanización, si la transmite a título oneroso (salvo que la finca hubiera estado destinada para uso propio, como hemos dicho) durante la fase de urbanización, realiza una operación sujeta y no exenta de IVA. Lo mismo si la transmite (a título oneroso) una vez finalizada la urbanización. Por ello, no se plantea el problema de fijar en qué momento la urbanización ha sido acabada.

— Si ese particular fallece durante el proceso de urbanización, sus herederos, por el mero hecho de heredar, no han realizado operación alguna sujeta a IVA. Y lo mismo si heredan la finca una vez finalizado el proceso de urbanización. Pero si esos herederos transmiten el solar (en curso de urbanización o una vez acabada la urbanización) realizan una operación sujeta y no exenta de IVA. En este caso sólo será/n sujeto/s pasivo/s del IVA los herederos a quienes se haya adjudicado la finca objeto de urbanización (no los otros herederos).

— Si ese particular dona la finca, el adquirente pagará el impuesto de sucesiones, no el IVA (tanto si la donación se realiza durante las obras de urbanización como una vez concluidas). Estas operaciones no están sujetas al IVA, pues el artículo 4.1 de la Ley exige onerosidad. Pero si el donatario transmite el solar (en curso de urbanización o una vez acabada la urbanización) realiza una entrega sujeta y no exenta de IVA.

## Dos precisiones importantes:

— Es irrelevante el plazo de tiempo que transcurra entre la urbanización y la venta por el sujeto urbanizador (o el causahabiente por título gratuito de éste). No hay límite de tiempo en ningún caso.

— Para que la operación esté sujeta a IVA es imprescindible que las obras de urbanización hayan comenzado físicamente, no basta que los correspondientes planes y/o proyectos urbanísticos hayan sido aprobados por el Ayuntamiento o que la Junta de Compensación esté ya formalmente constituida. Las obras tienen que haber comenzado de hecho.

Respecto de quien realice la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones (o sea, ahora no nos referimos al urbanizador), la Ley lo considera sujeto pasivo de IVA, pero no siempre, ya que la edificación tiene que destinarse a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título (se entiende “título oneroso”, no gratuito). Por tanto, no es sujeto pasivo de IVA el promotor para uso propio que, una vez acabada la construcción, transmite a título oneroso la edificación. Y tampoco si la transmite en construcción. No obstante, hay casos en que es inevitable tener en cuenta el destino de la edificación: por ejemplo, si es para uso industrial o comercial no puede alegarse que no se devenga IVA porque era para uso propio; o sea, si uno construye una nave industrial (o un despacho, si pretende realizar una actividad profesional) para sí mismo y luego la vende (tanto en fase de construcción como ya acabada), esta venta está sujeta a IVA, pues se trata de la transmisión de un bien que integra el patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo (art. 4.2.b de la Ley).

En todo caso, hay que tener en cuenta que, en último extremo (o sea, a falta de cualquier otro hecho objetivo que permita calificar el supuesto de hecho), la declaración de que se trata de una promoción o construcción para uso propio es una manifestación del sujeto pasivo que éste realiza bajo su responsabilidad.

2) **Concepto de edificación del artículo 6 de la Ley:** ¿incluye las casas prefabricadas (para vivienda u otros usos)?

Está sujeta a IVA toda edificación, aunque sea de casas que se colocan en el suelo ya construidas en todo o en parte, ya sean de madera o de cualquier otro material, por mucho que este material haga pensar que se trata de construcciones provisionales o que van a poder trasladarse a otro lugar en un momento posterior.



3) La transmisión de la totalidad o parte del patrimonio empresarial (art. 7 de la Ley). En especial, a favor de herederos o legatarios (y el caso de desafección).

Está claro que la transmisión tiene que ser de la totalidad del patrimonio empresarial, no de una parte del mismo, por muy individualizada que esté (por ejemplo, un establecimiento con todas sus pertenencias). Esto es algo que sólo lo sabrá el sujeto pasivo, que deberá atenerse a las consecuencias de su declaración (aunque el notario deberá dejar claro que el transmitente declara que la transmisión objeto de la escritura se refiere a la totalidad del patrimonio empresarial o profesional). Por tanto, y por ejemplo, está sujeta la entrega de un establecimiento con todas sus pertenencias sito en Mahón si el transmitente tiene otro establecimiento en Sevilla. NO OBSTANTE, es posible que la transmisión de una rama de actividad pueda acogerse a los beneficios fiscales de la Ley 29/91, de 16 de diciembre (pero esto deberá solicitarse expresamente por el sujeto pasivo, y es conveniente, aunque no necesario, que tal solicitud conste en la propia escritura).

La transmisión tiene que ser a favor de un único adquirente (o sea, si adquieren dos, proindiviso, la operación está sujeta a IVA); en caso de disolución de una comunidad de bienes, todo el patrimonio tiene que ser adjudicado a un único comunero (para que la operación esté no sujeta), es decir, sí está sujeta la adjudicación a cada comunero según el valor de su cuota.

Y el adquirente tiene que continuar la misma (NO PARECIDA) actividad empresarial o profesional de su transmitente.

Si un inmueble forma parte de ese patrimonio empresarial o profesional, la transmisión de ese inmueble (aunque la operación está no sujeta a IVA) sí tributa por ITP.

Y la transmisión de ese inmueble no se considerará nunca, a efectos del IVA, primera entrega de edificación. Un ejemplo: A cede todo su patrimonio a B y en ese patrimonio va incluido un edificio que ha sido construido por A; esta cesión (con inmueble incluido) está no sujeta a IVA, aunque la entrega del inmueble tributará por ITP (y no se podrá renunciar a la exención, porque se trata de entrega no sujeta); si luego B vende, esta venta se considerará primera entrega y quedará sujeta y no exenta de IVA (art. 7.1 *in fine*, de la Ley).

No hay plazo señalado para la continuación por el adquirente de la misma actividad empresarial o profesional de su transmitente. Esto no quiere decir que tenga que continuarla indefinidamente y que cuando cese en tal actividad se devengue el impuesto. La Agencia Tributaria entiende cumplido el requisito cuando ha transcurrido un plazo que haga pre-

sumir que se quiere continuar la actividad. Esto es muy indeterminado, por lo que hay que ver cada tipo de actividad en concreto (por ejemplo, lo que dura la fase de producción de que se trate), pero no se entiende cumplido este requisito si la actividad cesa antes de un año, a contar desde la transmisión.

Está también claro que la adquisición *mortis causa* no está sujeta a IVA. Respecto del plazo, aquí no tiene sentido que la Ley exija que los herederos continúen la misma actividad de su causante. Tal adquisición estará siempre sujeta al impuesto de sucesiones y no a IVA. Lo que quiere decirse es que el IVA no se devenga mientras los bienes integrantes de tal patrimonio no se desafecten. Es decir, igual que el autoconsumo afecta al titular de la explotación, afecta también a sus herederos, de forma que si los herederos, tras haber adquirido, desafectan algún bien (o todos), tal desafectación será también autoconsumo y estará sujeta a IVA (y lo mismo si lo transmiten, salvo que la transmisión sea nuevamente de todo el patrimonio empresarial).

4) La sujeción de aportaciones no dinerarias a sociedades o comunidades de bienes o a cualquier otro tipo de entidades y las adjudicaciones en caso de liquidación (art. 8.2.2.º de la Ley y art. 4.2.b). En especial, en el caso de sociedades meramente patrimoniales (Ley 46/2002, de 18 de diciembre) y de sociedades inactivas (sobre esto último, Resolución del TEAC de 28 de septiembre de 2005) y la aportación de local de negocio arrendado (por el arrendatario), ¿debe mencionarse el pago del IVA en la escritura?

No hay duda de que tales aportaciones, así como las entregas en caso de liquidación o reducción de capital, están sujetas a IVA, si se dan los requisitos generales de sujeción (aunque en materia inmobiliaria serán aplicables las exenciones del art. 20.1.20-22), y ello con total independencia de que tales aportaciones y entregas tributan también por el impuesto de operaciones societarias. El IVA se devenga y debe ingresarse con independencia, por supuesto, de que se haya hecho constar en la escritura. No es que sea necesario hacerlo constar, pero el notario que suscribe es de la opinión que muchas veces será conveniente mencionarlo, sobre todo en caso de que la entrega en caso de liquidación o reducción de capital no afecte a todos los socios.

La Agencia Tributaria tiene claro que no influye para nada el hecho de que la sociedad sea una “sociedad meramente patrimonial” o una sociedad inactiva. En este sentido, no se comparte la doctrina del TEAC en la Resolución de 28 de septiembre de 2005, que entendió que en un caso de entregas por una sociedad que llevaba inactiva varios años no se de-

vengaba el IVA. La Ley del IVA no distingue: toda sociedad mercantil es sujeto pasivo de IVA (art. 5.1.b de la Ley) y se entenderán en todo caso realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por las sociedades mercantiles (art. 4.1.b).

La Agencia Tributaria también entiende sujetas al IVA las adjudicaciones a comuneros al liquidarse una comunidad de bienes, siempre que se cumplan los requisitos generales de sujeción (el TS parece que ha mantenido la doctrina contraria, si bien se trataba del caso especialísimo de adjudicaciones por una Cooperativa de viviendas a sus propios socios).

Respecto de la aportación de un arrendamiento de local de negocio por un socio, está claro que está sujeto a IVA (además de a OS), lo que ocurre es que no se calificará el supuesto de entrega de bienes, sino de prestación de servicios.

Si se aporta por un socio la nuda propiedad de un inmueble y por otro el usufructo (temporal o vitalicio) todo está sujeto a IVA (además de a OS). La desmembración del dominio no implica ninguna peculiaridad a efectos del IVA (lo mismo que en cualquier transmisión onerosa).

5) Las cesiones de bienes con pacto de reserva de dominio o bajo condición suspensiva (art. 8.2.4.º de la Ley), ¿pueden equipararse ambos supuestos? ¿Qué ocurre en caso de condición resolutoria por impago? (relación con la normativa del IPT). ¿Esta condición resolutoria está exenta? ¿Está sujeta la readquisición por resolución?

La operación está sujeta a IVA tanto si la condición suspensiva afecta sólo a la transmisión de la propiedad como si lo condicionado es la eficacia de todo el negocio. El IVA se devenga en el momento de formalizarse el negocio, no en el de cumplimiento de la condición, salvo que de la propia escritura resulte que no hay todavía entrega. Es decir, lo que hay que mirar es si hay o no entrega (o sea, puesta a disposición de los bienes). El IVA se devenga en ese momento.

Si hay pagos aplazados, el IVA se devenga (en su totalidad) igualmente al principio, o sea, en el momento de la entrega (puesta a disposición) de la cosa. Cosa distinta es el caso de pagos anticipados (a la entrega): el IVA se aplica sobre (y sólo) cada cantidad anticipada, pero en el momento de la entrega de la cosa se tiene que pagar el IVA por todo lo que falte, aunque queden cantidades aplazadas.

Si hay condición resolutoria en garantía de un pago aplazado, el hecho de pactar tal condición no está sujeto a IVA (aunque si la transmisión está sujeta a IVA tal condición resolutoria estará sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados); es decir, hay un único hecho imponi-

ble, que es la transmisión del bien, y una única base por el precio o valor de la transmisión.

La readquisición por resolución (por impago) no es operación sujeta a IVA y habrá derecho a solicitar la devolución de lo ingresado. No hay que confundir este supuesto con la celebración entre comprador y vendedor de un nuevo contrato de compraventa, en cuyo caso se estaría en presencia de una operación sujeta según las reglas generales.

En caso de opción de compra, la opción es un hecho imponible independiente de la compra. Al igual que en el ITP, lo ingresado por la opción no puede deducirse de lo que corresponde ingresar por la compraventa. Y no hay que olvidar que las opciones tributan siempre al 16 por 100, pues no se trata de entrega de bienes, sino de prestación de servicios (no cabe en ninguno de los supuestos que el art. 8 califica de entrega de bienes, y toda operación sujeta que no pueda calificarse de entrega de bienes es prestación de servicios, según el art. 11.1 de la Ley).

#### 6) Examen de las diversas entregas en caso de *leasing* inmobiliario.

Esto fue tratado brevemente, porque plantea menos problemas.

— La adquisición por la entidad financiadora está sujeta a IVA si se cumplen los requisitos generales de sujeción (y será posible la renuncia a la exención, en su caso). No deja de llamar la atención que en el IPT pueda haber una exención total (incluso por AJD), pero eso no es objeto de estas notas.

— Las cuotas por la cesión del bien están sujetas y no exentas de IVA, como prestación de servicios, siempre al tipo del 16 por 100.

— El ejercicio de la opción (valor residual) está también sujeto y no exento de IVA, al tipo del 16 por 100. NO es aplicable la exención del 20.1.22 (véase el párrafo final de este artículo).

Si hay un ejercicio anticipado de la opción, ello está igualmente sujeto y no exento. El TEAC ha resuelto lo contrario en una resolución reciente, que la AEAT no comparte.

#### 7) Problemática de los números 20, 21 y 22 del artículo 20.1 de la Ley.

El seminario no tenía por objeto comentar la Ley en esta materia (algo que todos sabemos), sino tratar algún supuesto dudoso. Y así, diremos:

- La calificación de rústico es la dada por la normativa urbanística.
- Si en el terreno rústico hay edificaciones (salvo que sean indispen-

sables para el desarrollo de una explotación agraria) y transmite un sujeto pasivo de IVA, la entrega del terreno rústico estará sujeta y exenta de IVA (art. 20.1.20) y la entrega de la edificación estará sujeta a IVA y exenta o no, según las reglas generales. El terreno sobre el que está construida la edificación sigue el régimen de ésta, no sigue el régimen del suelo rústico. Para delimitar cuánto suelo sigue el régimen de la edificación, la AEAT entiende aplicable el artículo 20.1.22 de la Ley en su párrafo 2.º: o sea, todos los terrenos en que se hayan realizado obras de urbanización accesorias a las edificaciones, pero tratándose de viviendas unifamiliares no puede superarse la medida de 5.000 metros cuadrados.

Un ejemplo: se vende una finca rústica de dos hectáreas con una vivienda unifamiliar construida por el vendedor, que es un sujeto pasivo de IVA y ha construido para vender. El precio total es un millón de euros. Hay que separar la parte de precio que corresponde a la casa y al suelo “accesorio” a la misma y la parte de precio que corresponde al resto del suelo. Por ejemplo, 900.000 euros a la casa, el suelo sobre el que está construida y el suelo accesorio a la misma, y 100.00 euros al suelo no accesorio, o rústico. Y entonces, y dado que es primera entrega de edificación, se devenga el IVA al 7 por 100 sobre 900.000 euros y se devenga el IPT sobre la base de 100.000 euros.

Si la casa se vende en construcción, el IVA se devenga al 16 por 100, no al 7 por 100.

Si la entrega del suelo rústico está exenta (aunque esté sujeta) es posible renunciar a la exención respecto del suelo rústico (si se dan los demás requisitos para poder renunciar a la exención).

Si en ese ejemplo vende un particular (autopromotor), la operación no estará sujeta a IVA, y estará sujeta en su totalidad a ITP, tanto si vende en construcción como si vende la casa ya terminada.

— El carácter de construcción paralizada, ruínosa o derruida es una circunstancia de hecho, que si tiene que aparecer en la escritura será manifestación responsable del transmitente.

— La exención no se aplica si el adquirente declara que adquiere la edificación (en segunda o posterior entrega sujeta, pero en principio exenta) para su inmediata rehabilitación o para su demolición y posterior nueva construcción. No hay que olvidar que no se puede llamar rehabilitación a cualquier obra, sino que tiene ser una obra de consolidación y/o tratamiento de estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas (si no se da este elemento cualitativo, la entrega estará exenta, aunque puede renunciarse a la exención si se dan los demás requisitos de la renuncia). Y

que el coste de la rehabilitación tiene que superar el 25 por 100 del precio de adquisición (si la adquisición se realizó en los dos años anteriores) o del valor de la edificación al empezar su rehabilitación (si la adquisición se realizó hace más de dos años). En ese 25 por 100 hay que incluir el precio del suelo.

Obsérvese además que basta la declaración del adquirente.

8) El arrendamiento con opción de compra de terrenos, viviendas y locales.

Está sujeto según las reglas generales. Tributa al 16 por 100, dado que es prestación de servicios y no entrega de bienes (art. 11.2 de la Ley). El arrendamiento de viviendas, no obstante, está exento de IVA.

Pero obsérvese que la compraventa en ejercicio de esta opción tributa al 7 por 100 o al 16 por 100 (según se trate de vivienda o no), pues es entrega de bienes.

9) La renuncia a la exención. Comentario de los requisitos, en especial del relativo a la deducción total del IVA soportado.

Tampoco era objeto del seminario estudiar los requisitos de la renuncia a la exención, ya que ello es materia conocida por todos, sino resolver algunas dudas:

— La renuncia no es posible si el adquirente no tiene derecho a la deducción total del IVA soportado. Esto es una manifestación del adquirente bajo su responsabilidad. Esta manifestación debe constar en la escritura (a efectos de no liquidar por IPT, no a efectos del IVA), pero su verdad intrínseca no es asunto del notario.

— La renuncia es posible en todos los casos de los números 20, 21 y 22 del artículo 20.1 de la Ley (lo dice el 20.2), pero obsérvese que tiene que tratarse siempre de operaciones sujetas; si la operación no está sujeta, no es posible la renuncia en ningún caso.

— La renuncia no puede ser posterior a la escritura. Ahora bien:

Si en la escritura se hace constar que se ha devengado el IVA por esa operación, aunque se trate de una entrega que en principio está sujeta y exenta de IVA, y no se dice nada de que se ha renunciado a la exención, la AEAT admite que en una escritura de rectificación posterior se explique que se repercutió el IVA precisamente porque se había renunciado a la exención (otra cosa es que eso lo admita la Administración que ges-

tiona el IPT, que en principio debería admitir, pero aquí se trata de saber el criterio de la AEAT).

Si en la escritura ni siquiera se ha dicho nada acerca del IVA, pero éste se ha repercutido efectivamente al comprador, la AEAT también admite que en una escritura de rectificación posterior se explique que se repercutió el IVA y que se repercutió precisamente porque se había renunciado a la exención (siempre que se pueda justificar por cualquier medio que el pago del IVA se produjo en realidad). Se reitera lo dicho respecto de la Consellería.

Fuera de estos supuestos, no cabe formalizar *a posteriori* una renuncia de la exención.

10) El devengo del impuesto en la cesión de bienes a cambio de obra futura.

La AEAT tiene claro que el IVA se devenga siempre en el momento inicial, tanto de la cesión del terreno (si es que está sujeta a IVA) como de la entrega de la edificación futura, pues (en este último caso) la contraprestación, que es la entrega del terreno, se realiza en este momento.

Esto es doctrina consolidada desde hace tiempo y no se va a admitir que la liquidación por la entrega futura queda aplazada hasta el momento de la entrega (no vale la pena insistir más sobre esto).

Hay que notar que la base por la entrega futura es el valor de lo que se entrega, pero en el momento de la entrega, por lo que si el valor en este momento es superior al valor que se declaró al formalizarse la entrega del terreno, procede una revisión.

Y como ya se liquidó al principio, la formalización de la entrega de los pisos o locales al cedente del terreno (o sea, la formalización de la entrega de la contraprestación del cedente) es acto no sujeto a IVA.

Si el cedente queda copropietario del terreno (en mayor o menor porcentaje), es decir, cede al promotor, no el 100 por 100, sino, por ejemplo, el 90 por 100, incluso aunque el valor de la entrega futura sea un 10 por 100 del valor del total del inmueble, se entiende que queda convertido en sujeto pasivo de IVA y pasa a tener la condición de promotor. Esto se aplica también en el caso de lo que se ha venido en llamar “comunidad valenciana”: todo cedente de terreno que se reserve un porcentaje de propiedad de dicho terreno se convierte en sujeto pasivo de IVA. Y la entrega al mismo (de lo edificado) está sujeta y no exenta, aunque sea por idéntico valor al del porcentaje de terreno que se quedó. No se puede calificar a este cedente de “autopromotor”.

11) Momento en que se determina la tributación al 7 por 100 (y no al 16 por 100) en el caso de entrega de viviendas vendidas por el promotor.

Hay que atenerse a la realidad, sin perjuicio de que hay casos en que no habrá duda: por ejemplo, si se aporta cédula de habitabilidad, certificado de final del obra del arquitecto, o certificado de final de obra municipal.

Si no se aporta nada de eso, la declaración de que la obra está totalmente acabada será una mera manifestación del vendedor (que, añade el notario que suscribe, no debe admitirse a la ligera), que la AEAT admitirá si es conforme con la realidad.

12) La exención en los “servicios y operaciones” relativos a acciones y participaciones en sociedades y la transmisión de éstas (art. 20.1.18 de la Ley, letras k, l, m, ñ). En concreto, los siguientes supuestos: las ventas y actos de gravamen sobre participaciones de SL, las escrituras que formalicen la mera emisión de obligaciones o títulos representativos de préstamos ya concedidos, los reconocimientos de deuda, las actas de protesto en caso de letras que hayan sido pagadas al notario, las actas de notificación a avalistas de letras impagadas, los requerimientos de pago por impago de préstamos, las actas de determinación de saldo en préstamos y créditos, las certificaciones de asientos en el libro-registro de pólizas, el acta de requerimiento al acreedor para cancelar una hipoteca unilateral; la adquisición de acciones propias para reducir el capital (distinguiendo si la reducción se formaliza en la misma escritura o en otra diferente).

En todos estos supuestos hay exención de IVA en la factura del notario, salvo en los requerimientos para pago de préstamos (no se formaliza un acto de gestión del préstamo), las actas de notificación a avalistas de letras impagadas siempre que no pueda considerarse un acta de protesto y las actas para cancelar una hipoteca unilateral, es decir, siempre que sea un acta de requerimiento normal.

Hasta aquí lo tratado en este seminario, que espero sea de utilidad para todos.



**FUNDACIÓN Y CLÁUSULA  
DE REVERSIÓN: PARECE QUE NO TODO  
ESTÁ PERDIDO PARA LA FAMILIA  
(A propósito de la STS 4 mayo 2005) (\*)**

**CÉSAR HORNERO MÉNDEZ**  
*Profesor asociado de Derecho Civil.*  
*Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

**Tribunal Supremo**  
**Sala Primera, de lo Civil**  
**Sentencia de 4 de mayo de 2005**  
**Ponente: don X. O. M.**

En la Villa de Madrid, a cuatro de mayo de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador don A. M.<sup>a</sup> Á.-B. B., en nombre y representación

---

(\*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC SEJ2004-08192: "El Derecho de familia ante el siglo XXI: perspectiva de cambio y evolución".

de Fundación "Asilo de Santa Laureana", representada por el Excmo. Sr. Rector de la Universidad de Oviedo, defendida por el Letrado don J. G. M.; siendo parte recurrida el Procurador don J. I. N. A., en nombre y representación de doña M.<sup>a</sup> Á. y otros, defendidos por el Letrado don J. M.<sup>a</sup> G. M.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** 1. La Procuradora doña N. G. V., en nombre y representación de doña M. Á., don D., doña C., don J. M.<sup>a</sup>, don C., don S., doña B., doña A. M.<sup>a</sup>, don C., doña V., don J. M., doña R., don D., doña N., doña M., doña I., doña F., doña F., doña E., doña C., don J. C., doña C., doña C., don J., doña C., doña C. y doña C. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra la Fundación "Asilo de Santa Laureana", el Rector de la Universidad de Oviedo y el Párroco de la Iglesia de San Pedro de Gijón y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia en la que se declare: la reversión de los bienes de la Fundación a los herederos de don J. por haberse cumplido la condición resolutoria y las causas de reversión señaladas y condene a los demandados a la realización de los actos precisos tendentes a la formación de inventario de los bienes de la Fundación y a la entrega y puesta en posesión de los mismos a sus legítimos propietarios; librando el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad de Gijón para que se proceda al cambio de titularidad de los bienes inmuebles reseñados en esta demanda a favor de los que resulten herederos de don J. y se condene en costas a los demandados.

2. El Procurador don J. J. C. E., en representación de Excmo. Sr. Rector de la Universidad de Oviedo, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia por la que acogiendo los hechos y excepciones de forma y fondo alegadas en esta contestación, se desestime íntegramente la demanda, con costas a la parte actora.

3. Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando las excepciones de falta de legitimación activa, inadecuación del procedimiento y de caducidad y estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. G. V. en nombre y representación de M. Á., D., C., J. M., C., S., B., A. M., C., V., J. M., R., D., N., M., I., F., doña E., C., J. C., C., M. L., L., C., don J., C. y C. contra la Fundación "Asilo de Santa Laureana", representada por el Procurador Sr. C. E., debo declarar y declaro la reversión de los bienes de la Fundación demandada a los herederos de don J. condenando al Patronato de la Fundación a realizar los actos necesarios para la formación del inventario de los mismos y a la entrega y puesta en posesión de los mismos a los herederos ante-

dichos. Se librará mandamiento al Registro de la Propiedad donde figuren inscritos para que se proceda al cambio de titularidad de los inmuebles. Se imponen las costas a la demandada.

**SEGUNDO.** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la Fundación “Asilo de Santa Laureana”, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha de 5 de octubre de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, en autos de juicio de menor cuantía 977/96, debemos confirmar y confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente alzada.

**TERCERO.** 1. El Procurador don A. M.<sup>a</sup> Á.-B. B., en nombre y representación de Fundación “Asilo de Santa Laureana”, representada por el Excmo. Sr. Rector de la Universidad de Oviedo, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO:

I. Por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber existido infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Entendemos infringidos, por inaplicación el artículo 658 del Código civil en relación con los artículos 979 y 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina de esta Sala.

II. Por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber existido infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Entendemos infringidos, por inaplicación el artículo 533.2.º, inciso 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina jurisprudencial de esta Sala.

2. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don J. I. N. A., en nombre y representación de doña M.<sup>a</sup> Á. y otros, presentó escrito de impugnación al mismo.

3. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de abril del 2005, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don X. O. M.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La cuestión jurídica que ha sido objeto del proceso es el cumplimiento de la condición resolutoria –como dice la disposición transitoria primera de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones– o de la cláusula de

reversión –como dice el artículo 31 de los Estatutos de la Fundación– que ha dado lugar al ejercicio de la acción de reversión de los bienes de la Fundación Asilo de Santa Laureana a los legítimos herederos del fundador.

La cuestión jurídica que ha sido planteada en casación se concreta exclusivamente a la excepción, opuesta desde la contestación a la demanda, de falta de legitimación activa de los demandantes. Éstos, desde la demanda se han presentado como descendientes, por vía colateral, del fundador y en el suplico de la misma interesado la reversión de los bienes de la Fundación a los herederos del fundador.

La Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de Gijón descarta brevemente la excepción en estos términos: “los actores instan un derecho propio y su parentesco con el fundador les legitima ya que no puede seguirse un principio tan formalista que vulnere los principios generales como el de defensa y el de economía procesal; la declaración del derecho de reversión, en su caso, beneficiará a los que acrediten su carácter de herederos, pero en los actores se aprecia interés legítimo por su relación con el causante”. En definitiva, estima la demanda.

La Audiencia Provincial, Sección 1.<sup>a</sup>, de Oviedo, en su sentencia de 5 de octubre de 1998, confirma la anterior, acepta expresamente sus fundamentos de derecho y amplía la argumentación del rechazo de la excepción al destacar que no se requiere, al haberse cumplido la condición resolutoria que da lugar a la reversión, la acreditación previa de la legitimación y que la documentación aportada sobre la genealogía familiar, “puede considerarse suficiente para declararles con interés legítimo”. Destaca también que sólo los herederos del fundador pueden ejercitar la acción de reversión; no se ha presentado la declaración de herederos, pero cada uno de los veintisiete demandantes, añade literalmente, “quedan relacionados con un conjunto de documentos, certificaciones de fallecimientos y constancia de filiaciones, que permiten, no con facilidad dado el transcurso de casi un siglo, seguir las líneas desde doña C., hermana que fue del fundador, hasta los veintiún biznietos y seis tataranietos, que son los demandantes. Puesto que la oposición de la parte demandada en este punto se limita a la impugnación genérica de los documentos, esta Sala entiende suficientemente acreditada la personalidad de los comparecientes, motivo por el cual debe declararse la legitimación causal de quienes ejercitan la acción”.

El recurso de casación, como se ha apuntado, reitera en los dos motivos que formula al amparo del núm. 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la falta de legitimación activa de los demandantes, al carecer de la cualidad de herederos.

**SEGUNDO.** La legitimación activa, como presupuesto de la acción que se ejercita, implica que el demandante o los demandantes se encuentren en una determinada relación jurídica, como titulares o con interés legítimo. Por tanto, la legitimación es atinente al fondo de la cuestión jurídica planteada, viniendo determinada por el Derecho material aplicable al derecho o interés discutido en el proceso y que faculta para obtener la tutela judicial efectiva –proclamada por el artículo 24 de la Constitución Española– al titular del derecho o del interés legítimo.

La sentencia de 16 de mayo de 2000, que cita numerosas sentencias anteriores y ha sido reiterada por la posterior de 23 de marzo de 2001, trata con mucho detalle la legitimación, en su aspecto relativo al fondo que se conoce como legítimo *ad causam* y mantiene que la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende; añade que dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación con la existencia del derecho discutido.

**TERCERO.** Los motivos primero y segundo del recurso de casación, ambos formulados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refieren a la cuestión única que, como se ha dicho, ha llegado a casación: la legitimación activa de los demandantes, para ejercitar la acción de reversión, descendientes de la hermana del fundador sin que conste que sean herederos testamentarios o *ab intestato*: alegan la infracción del artículo 658 del Código civil y 979 y 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la sucesión por testamento o intestada (motivo primero) y del artículo 533, excepción 2.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de acción, como falta de legitimación causal (motivo segundo). Ambos motivos deben tratarse conjuntamente, pues se refieren, como se ha apuntado, a lo mismo: al no constar que sean herederos, no tienen legitimación, no tienen acción para exigir la reversión de los bienes de la fundación a su favor, por haberse cumplido la condición resolutoria que impuso el fundador en los Estatutos, lo cual no se discute en casación.

En las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante, se sigue por la vocación a la herencia, como llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados y se llega a la delación, ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar a un derecho subjetivo, *ius delationis*, que facultan la adquisición por la aceptación. La vocación, pues, alcanza a toda persona que ha sido designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero abintestato; es decir, todo sucesor eventual o posible, que se concretará cuando conste quién es o quiénes son los llamados que tienen el derecho (derecho subjetivo, *ius delationis*) a aceptar y con la aceptación, adquirir la herencia. Los posibles herederos, con vocación, no tienen un derecho subjetivo, pero sí lo pueden tener; tienen una expectativa jurídica y, por ende, lo cual es importante, un interés legítimo.

De lo anterior se desprende que en el presente caso, los demandantes tienen legitimación activa. Han acreditado que son descendientes de la hermana del fundador, que carecía de hijos. De la exhaustiva documentación aportada se desprende, sin género de dudas, que son posibles herederos de aquél, con vocación a la herencia, que tienen una expectativa jurídica y, por ello, interés legítimo en el ejercicio de la acción de reversión. Lo cual significa que gozan de la legitimación activa, que se discute en este recurso.

Debe advertirse que la acción se ha ejercitado por quienes, como se dice en la demanda, "son descendientes, por vía colateral" del fundador y en el suplico de la misma se pide que "se declare la reversión de los bienes de la Fundación a los herederos" del fundador; lo que implica que quienes tienen interés legítimo han ejercitado la acción de reversión, porque se han cumplido objetivamente la condición resolutoria que da lugar a ella, pero la reclamación es para los sujetos que definitivamente tendrán la cualidad de herederos, cualidad que se obtiene por la aceptación que, como dice el artículo 988, es enteramente voluntaria y libre.

En consecuencia, no se ha infringido ninguno de los artículos mencionados en los motivos del recurso, los demandantes tienen legitimación activa, respecto a la acción que han ejercitado válidamente.

**CUARTO.** Al desestimarse los motivos de casación, procede no dar lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## **FALLAMOS**

Primero. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador don A. M.<sup>a</sup> Á.-B. B., en nombre y representación de Fundación "Asilo de Santa Laureana", respecto a la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en fecha de 5 de octubre de 1998, que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo. Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas de su recurso.

Tercero. Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Cuarto. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. X. O. M. - J. R. F. G. - J. A. N.

## COMENTARIO

1. Estamos ante otra sentencia de fundaciones o, para ser más precisos, ante otra sentencia que vuelve a poner de manifiesto la relación, no siempre fácil, entre una fundación y la familia de quien la ha constituido. Como ya tuvimos ocasión de señalar acerca de otra reciente resolución del Tribunal Supremo (“Avaricia sucesoria y fundación *mortis causa*. Comentario a la Sentencia del TS de 21 julio 2003 (RJ 2003, 5388)”, Rdp, año 2004-2, núm. 13, pp. 325-333), las relaciones entre una fundación y los familiares, coetáneos o no, más o menos cercanos, de quien decide o decidió crearla, no son necesariamente buenas. Dichos familiares pueden perfectamente albergar otras expectativas respecto del patrimonio del fundador, mucho menos altruistas que las de éste. Estas expectativas pueden ser coetáneas, como decimos, a la voluntad del fundador, o sostenerse y resucitar mucho más tarde. Algo así sucedía en la sentencia de 2003 y vuelve a ocurrir en ésta. En aquélla, en la que el objeto ambicionado era un importante inmueble situado en el centro de Sevilla, el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse sobre la pretensión de unos parientes de la fundadora dirigida a obtener la reversión hacia ellos de los bienes con que ésta había dotado a la fundación. En aquel supuesto, la Sala Primera concluyó, por diversas razones, que los bienes no debían pasar a los descendientes, principalmente por la falta de legitimación activa de éstos para reclamarlos. Dicho argumento —el mismo que se ha mantenido desde la primera instancia en el litigio que ahora nos ocupa—, sin embargo, no ha servido a la recurrente en casación en este caso para mantener los bienes en poder de la Fundación “Asilo de Santa Laureana”. El hecho de apoyarse sólo en este argumento —en la STS 21 julio 2003 (RJ 2003, 5388) se valieron también de otros— puede parecer propio de una posición poco trabajada. Cabe pensar —*mal pensar* más bien— que es lo que corresponde a algunos asesores jurídicos de entidades públicas —en este caso, la Universidad de Oviedo—, para los que la continuidad de sus servicios no depende de su diligencia profesional, ni del resultado que obtengan. Con todo, la diferencia entre aquel supuesto y el de esta sentencia es evidente. En la primera, son los descendientes los que deciden que la fundación creada por su antepasada no cumple la voluntad ni el fin para el que ésta la erigió y entienden, en consecuencia, que deben revertir hacia ellos los bienes con los que la dotó. En el caso que ahora comentamos es el propio fundador, en los estatutos de ésta, el que determina su posible extinción por medio de una condición resolutoria y la reversión, en dicho caso, de los bienes de la fundación a sus herederos. El respeto a la voluntad del fundador, que no siempre, como se aprecia en estos supuestos, ha de identificarse con la continuidad de la fundación, sirve de argumento principal

para que los demandantes obtengan aquello que pretenden: los bienes de la fundación.

La cláusula de reversión es lo más interesante que esta sentencia pone de manifiesto. Lo hace, no obstante, de manera indirecta, ya que no es lo que se discute principalmente. La pertinencia de la llamada cláusula de reversión (y del correspondiente, con fundamento en la misma, derecho de reversión) de los bienes de la dotación fundacional (o del patrimonio *total* de ésta: no tiene que ser lo mismo evidentemente) hacia el propio fundador, sus herederos u otro tercero distinto de éstos (todos ellos eventuales titulares de dicho derecho) ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina y algo menos en la jurisprudencia. Se trata de una cuestión que presenta interés por sí misma, como han dejado entrever bastantes de los autores –y son muchos– que se han ocupado específicamente de la admisibilidad de estas cláusulas, ya que serviría para plantear si la constitución de una fundación equivale o no a una destinación definitiva e inderogable de bienes del patrimonio del fundador al cumplimiento de fines de interés general, sin posibilidad de que puedan ser *devueltos* a éste, a sus herederos o a quien él determine. O lo que es lo mismo, planteado en otros términos: si en caso de extinción de la fundación, la dotación fundacional sólo podrá ser redestinada a otros fines de interés general (supuesto en el que resulta indiscutible, hay que pensar, que el fundador podrá decidir algo). Su admisibilidad o no, como luego se verá, ha sido objeto de una polémica fundamentalmente doctrinal, sin que las sucesivas leyes estatales de fundaciones de 1994 y 2002 la hayan zanjado de manera definitiva. En este sentido, frente a la negativa rotunda a su admisión con que se manifiestan comentaristas de la Ley estatal vigente [GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Pamplona, 2003, p. 263, o CAFFARENA LAPORTA, J.: “La extinción de la fundación (artículos 31, 32 y 33)”, en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 486 a 489], no faltan entre los autores que se han ocupado monográfica (y recientemente) de la cuestión algunos que sostienen una posición mucho más matizada (DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V.: *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Madrid, 2004, pp. 343 a 349, o antes ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J. J.: *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Madrid, 2003, pp. 577 a 603).

No debe confundirse cláusula de reversión con condición resolutoria. Una cosa es cómo se extingue la fundación (en la que una de las posibilidades es la condición resolutoria) y otra cómo se decide la liquidación del patrimonio fundacional, especialmente si cabe que el fundador decida sobre el destino de los bienes (que es donde aparece la cláusula de reversión). La confusión entre ambas quizá haya sido propiciada por las llama-



das fundaciones “a fe y conciencia”, en las que sí aparecían normalmente unidas la resolución y la reversión de los bienes fundacionales a favor de personas privadas, normalmente los herederos del fundador. Nuestra conclusión, la adelantamos, es que cabe la condición resolutoria establecida por el fundador, pero no es posible acompañarla de una cláusula de reversión de los bienes fundacionales a sujetos privados, esto es, dicho de otro modo, que cabrá la cláusula de reversión cuando el fundador prevea el destino de dichos bienes fundacionales para fines de interés general. En la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión existe bastante confusión entre condición resolutoria y cláusula de reversión. En el mérito de algunos autores que últimamente la han abordado está el haber hecho un esfuerzo para diferenciar con nitidez todos estos conceptos. En este sentido resultan especialmente clarificadores PIÑAR MAÑAS, J. L., y REAL PÉREZ, A. (*Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador. Estudio, desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Madrid, 2000, pp. 150 a 166), cuando diferencian “La voluntad del fundador y las causas de extinción de las fundaciones” de “La voluntad del fundador y el destino de los bienes de las fundaciones extintas” (véase igualmente ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL: *Fundación y empresa*, cit., pp. 564 y 565).

Además de este interés, indirecto, pero presente en la sentencia, ésta tiene una serie de implicaciones o ramificaciones relativas a otros elementos de la fundación (como es el fin) o a algunos aspectos relevantes de su régimen jurídico (como son la duración y la extinción de la fundación y la subsiguiente liquidación del patrimonio fundacional). Ello deriva sin duda de la especial relación que este tipo de cláusulas guardan con la fundación. Y es que las mismas operarían en el momento de la extinción y posterior liquidación del patrimonio fundacional, algo que conduce necesariamente, y con carácter previo, a la cuestión de la duración de las fundaciones. Por último, de forma aún más secundaria, pero por esta misma vía, también habría que poner en relación este tipo de cláusula con los fines fundacionales, uno de los elementos esenciales, por constitutivos, de toda fundación.

2. Antes de seguir adelante conviene reiterar los antecedentes de hecho de esta resolución. Veintisiete descendientes colaterales del fundador de la Fundación “Asilo de Santa Laureana” –los veintiún biznietos y seis tataranietos de la hermana de éste– interponen una demanda contra dicha fundación, el rector de la Universidad de Oviedo y el párroco de la iglesia de San Pedro de Gijón. En la demanda solicitan que se declare la reversión de los bienes de la Fundación a su favor, como herederos del

fundador, por haberse cumplido la condición resolutoria y las causas de reversión estipuladas por éste. Igualmente, solicitan la condena de los demandados a realizar la formación del inventario de los bienes de la Fundación, la entrega y puesta en posesión de los mismos a sus legítimos propietarios y que se libre mandamiento al Registro de la Propiedad correspondiente para que se proceda al cambio de titularidad de dichos bienes inmuebles, cambio de titularidad que deberá producirse a favor de los que resulten herederos del fundador. El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo dictó sentencia el 10 de noviembre de 1997 en la cual, tras desestimar las excepciones de falta de legitimación activa, inadecuación del procedimiento y de caducidad, accedió a lo solicitado en la demanda, declarando la reversión de los bienes de la fundación demandada a los herederos de su fundador y accediendo al resto de lo solicitado. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la fundación, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la sentencia de la primera instancia. No conforme, interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual resuelve declarando no haber lugar al mismo.

En estos hechos es muy fácil atisbar, de un lado, a todo un sindicato de parientes colaterales –los demandantes en primera instancia– que reclaman de la Fundación que constituyó el hermano de su bisabuela y su tatarabuela –la mayoría son bisnietos, pero hay varios tataranietos– un importante, previsiblemente, patrimonio inmobiliario. Se lo reclaman a la propia Fundación –“Asilo de Santa Laureana”– y a aquellas entidades –hay que deducirlo de la demanda– con las que ésta se encontraría vinculada: la Universidad de Oviedo –que es la que finalmente interpondrá el recurso de casación– y una parroquia de Gijón. De los pocos datos que se reseñan en los antecedentes de hecho de la sentencia, puede adivinarse que estas instituciones, especialmente la primera, se opusieron frontalmente a que los inmuebles pertenecientes a la Fundación fueran a parar a los herederos del fundador, sin que nadie discuta en ningún momento la condición resolutoria y la cláusula de reversión incluida por éste en los estatutos. En definitiva, esta sentencia nos permite asistir a un puro y duro conflicto jurídico-patrimonial, en el que la Universidad de Oviedo disputa el mejor derecho de la Fundación –a ella vinculada, imaginamos que de forma muy estrecha– a seguir ostentando la titularidad de unos bienes frente a unos lejanos, en el tiempo y en el parentesco, descendientes del fundador que los pretenden para sí. Que la Universidad de Oviedo haya mantenido en todas las instancias, desde la contestación a la demanda, una serie de excepciones, principalmente la de falta de legitimación activa de los demandantes, demuestra los pocos argumentos con que contaba para su oposición a la efectividad de la condición resolutoria y posterior reversión. Como débil y poco consistente creemos que debe considerarse este

argumento, por mucho que el Fundamento de Derecho segundo de la resolución insista acerca de la importancia de la legitimación como algo atinente al fondo de la cuestión jurídica planteada, en el sentido de que “la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende”, lo cual, añade, “dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión”, hace “que, en ocasiones, se confunda la legitimación con la existencia del derecho discutido”. Estamos convencidos de que lo único que justificaría material y suficientemente la pretensión de la universidad, recurrente finalmente en casación, sería su interés para que la fundación siguiese desempeñando los fines para los que fue creada. Este argumento no es puesto de manifiesto en ningún momento, seguramente por resultar insostenible e inútil frente a la claridad de la cláusula que contiene la condición resolutoria y que da lugar a la reversión. A pesar de todo, la actitud de la Universidad de Oviedo sólo puede entenderse, con los datos de los que disponemos, de una doble manera: o bien, como defensora de los intereses generales a los que sirve la Fundación, o bien, y no debe ser necesariamente incompatible con lo anterior, como sostenedora de la pretensión de seguir disfrutando del patrimonio inmobiliario perteneciente a ésta. Con uno u otro objetivo (o con los dos), su modo de proceder resulta un tanto desesperado y tiene bastante apariencia de *huida hacia delante* frente a la más que previsible claridad y rotundidad con la que debió expresarse el fundador en los estatutos estableciendo una condición resolutoria. Ello es lo que nos lleva a analizar, aunque no se haya hecho en la sentencia, la pertinencia y la admisibilidad de las cláusulas de reversión en nuestro ordenamiento jurídico.

Hay que aclarar, por último, que las consideraciones que van a realizarse se harán desconociendo la fecha de constitución de la Fundación objeto del pleito. No se trata de una cuestión menor dada la evolución legislativa existente en la materia, muy significativa por lo que se refiere a la admisión o no de las cláusulas de reversión. Es más, esta sentencia podría haber planteado, creemos, un supuesto interesante en torno a la aplicación de las disposiciones transitorias que exigían la adaptación de las fundaciones existentes en el momento de la entrada en vigor tanto de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (en adelante, LF 1994), como de la actualmente vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LF 2002). En el caso de la LF 1994, la disposición transitoria primera no era precisamente un dechado de claridad y precisión. Ésta se refiere en su rúbrica a las “Fundacio-

nes preexistentes”, cuando en realidad se ocupa sólo de las “fundaciones preexistentes de competencia estatal, constituidas a fe y conciencia”. De este rancio tipo de fundación, el legislador parece diferenciar –la disposición es todo menos clara– dos tipos: las fundaciones “a fe y conciencia” en las que el fundador haya dispuesto la extinción de la fundación por el cumplimiento de una condición resolutoria (el incumplimiento de la propia cláusula “a fe y conciencia”) y aquellas constituidas simplemente “a fe y conciencia”, sin ninguna condición resolutoria. A las primeras, hay que entenderlo así, se refiere el segundo apartado de la disposición (“Respecto de dichas fundaciones, el art. 31.2 sólo será de aplicación transcurridos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, quedando sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se le opongan”), que supone la aplicación del precepto que regula el destino de los bienes fundacionales, una vez extinguida la fundación, también a este tipo de fundaciones, una vez que hayan transcurrido dos años. En todo caso, en el supuesto de esta sentencia no queda patente en ningún momento que se trate de una condición resolutoria vinculada a una cláusula “a fe y conciencia” (sobre la disposición transitoria primera LF 1994 y sobre la polémica generada en cuanto a su interpretación, véase, por todos, LÓPEZ QUETGLAS, F.: “Incidencias de la Ley 30/94 sobre las fundaciones a fe y conciencia”, en REAL PÉREZ, A. [directora]: *Constitución y Extinción de fundaciones*, Valencia, 1999, esp. 56 a 69). En un momento dado, para la Fundación que nos ocupa podría haberse planteado la aplicación de la disposición transitoria segunda de la LF 1994, la otra disposición de este tipo prevista en la misma. Ésta, dedicada a la “Adaptación de Estatutos de Fundaciones y asociaciones de utilidad pública”, establecía un plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de la Ley, para que las fundaciones ya constituidas adaptasen sus Estatutos a lo dispuesto en ésta y los sometiesen al Registro de Fundaciones. Además de prever la posibilidad de que el Protectorado, excepcionalmente, pudiese ampliar el plazo por otros dos años, se refería, de un modo un tanto deficiente, a “las fundaciones preexistentes que no hubieran de adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en esta Ley”, sin dejar muy claro cuáles debían ser éstas, tal vez obviando o dando por supuestas las habituales prácticas consultivas y preevaluadoras con las que los gestores de las fundaciones suelen operar, demandando del Registro y del Protectorado que se les indique cómo deben proceder en cada caso. En el caso de la Fundación “Asilo de Santa Laureana” esta adaptación estatutaria parece que no se produjo.

Respecto de la LF 2002, que contiene cuatro disposiciones transitorias, la primera reproduce prácticamente la disposición transitoria segunda LF 1994, con la novedad de un apartado cuarto referido a las condiciones estatutarias contrarias a la presente Ley de las fundaciones constituidas

“a fe y conciencia”, las cuales, se establece, se tendrán por no puestas. Ello, en opinión de GONZÁLEZ CUETO (*Comentarios*, cit., p. 400), equivale, frente a la ambigüedad de la LF 1994, a que “a partir del 1 de enero de 2003 podemos estar seguros de que las fundaciones «a fe y conciencia» son historia”, lo que es tanto como decir que “no existirán fundaciones ajenas a la intervención del Protectorado que no deban rendir cuentas y cuyos bienes, en caso de extinción, se distribuyen libremente por los patronos sin ningún control salvo el de su propia ética (o conciencia)”. El traslado de este mismo razonamiento a otras fundaciones en las que se haya establecido una condición resolutoria, de otro tipo distinto a la de las fundaciones “a fe y conciencia”, y determinando la reversión de los bienes fundacionales a manos privadas nos parece perfectamente factible y colocaría a fundaciones como la de la sentencia que comentamos en una tesitura muy similar a éstas, a saber: con la ilegalidad sobrevenida de las cláusulas estatutarias que se opusiesen a la LF.

3. Como se ha señalado, una resolución como ésta –circunscrita a una cuestión adjetiva como es la legitimación activa de los demandantes– tiene el valor añadido de proyectarse a una serie de aspectos del régimen jurídico de las fundaciones. En concreto, éstos serían los que pueden contenerse en la secuencia: duración, extinción y liquidación de la fundación. De todos ellos, los dos últimos actuarían como presupuestos directos de la reversión, ya que para que ésta tenga lugar es necesaria la extinción de la fundación, la cual desencadena la liquidación de los bienes que integran el patrimonio de la misma. En puridad, la reversión debe contemplarse como una operación propia de esta última.

De forma mucho más forzada –por lo que dejaremos sólo reseña de ello–, la consideración de todos estos aspectos nos hace arribar también hasta uno de los elementos integrantes, de modo esencial, de las fundaciones, como son los fines para cuya prosecución éstas se constituyen. Su implicación en la duración de las fundaciones –su existencia puede vincularse directamente a éstos– y, por tanto, en su posible extinción, justifican una mínima referencia a los mismos cuando aparece una cláusula de reversión fundacional. En este sentido, para verificar esta relación basta constatar que la misma voluntad que constituye una fundación para unos determinados fines (siempre de interés general, cfr. art. 3.1 LF 2002), es la que puede fijar la duración y la extinción de ésta, vinculándola o no, como ahora veremos, al cumplimiento de los mismos. En todo caso, este dato es importante, ya que de lo que se trata es de determinar si esa misma voluntad puede decidir sobre el destino de los bienes de la fundación extinguida. A este respecto, debe adelantarse que ha existido toda una evolución, con varios hitos normativos, en los que la admisión de las cláu-

sulas de reversión ha contado con un más o menos claro respaldo legal, doctrinal y jurisprudencial, hoy, en nuestra opinión, cuando menos discutible.

Respecto de la primera proyección señalada, duración y extinción de las fundaciones, debemos comenzar por una afirmación, bastante obvia al menos para nosotros: las fundaciones no son *necesariamente* perpetuas. Pueden serlo *tendencialmente*, o puede incluso decirse que lo son, aunque suene un tanto extraño, desde un punto de vista *psicológico*. Y es que las fundaciones participan muchas veces, como siempre se ha dicho, del indisoluble afán por perpetuarse que puede albergar quien las crea. El fundador, *inter vivos* o *mortis causa*, directa o indirectamente, consigue que su nombre y su memoria queden vinculados a la consecución de un fin de interés general, más o menos encomiable. Ahora bien, en ningún sitio está dicho que este propósito haya de ser perpetuo, sino que puede ser temporal, largamente duradero, si se quiere estable y permanente, pero no obligatoriamente perpetuo. En este sentido, la actual LF 2002 las define en el artículo 2.1 como “las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”. Por si no fuera suficiente, debe añadirse que la cuestión de la temporalidad es bastante relativa. Como señala DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A. (“Para una posible interpretación funcional del art. 788 del CC”, en *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1962, p. 273), respecto de un tipo de vinculación, la del poco estudiado y hoy extravagante artículo 788 CC, que contemplaría lo que se denomina una fundación dependiente, fiduciaria o sin personalidad jurídica, la temporalidad es esencialmente relativa, ya que puede perfectamente constituirse una carga temporal con una duración de mil o dos mil años “tan perpetua como la que más”. Dicho todo lo anterior, por supuesto, nada impide que la fundación pueda establecerse con carácter perpetuo (sobre la cuestión, véase MORILLO GONZÁLEZ, F.: *La Fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001, pp. 60 a 64; antes, clarificadores, CAPILLA RONCERO, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ-ALABART, t. I, vol. 3.º, arts. 17 a 41 del Código Civil, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 903, y VALERO AGÚNDEZ, U.: *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pp. 32 a 34).

Constatada la temporalidad de la fundación, lo importante es saber en qué medida quien constituye una fundación puede predeterminar su tiempo de existencia, es decir, si la voluntad del fundador, como se señalaba, puede establecer su duración. A primera vista esta cuestión no está resuelta *directamente* en la vigente LF, por lo que es posible cierta elucubración dogmática. Dado que las fundaciones, como establece el artícu-

lo 2.2 LF 2002, se rigen en primer lugar por la voluntad del fundador (luego por sus estatutos y, en su caso, por la Ley), cabe concluir que éste puede establecer la duración de la fundación. Ello puede hacerse, en nuestra opinión, de una triple manera (y seguimos en este punto a LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “Apuntes patrimoniales en materia de fundaciones”, en Academia Sevillana del Notariado, t. VI, *Homenaje a Ángel Olavarria Téllez*, Madrid, 1992, pp. 249 a 261; en términos muy similares, sobre las que denominan “causas voluntarias de extinción de las fundaciones”, véase también PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ: *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, cit., pp. 150 a 155). En primer lugar, directamente, como sucedería en el supuesto de esta sentencia, previendo una condición resolutoria cuyo cumplimiento conlleva la extinción de la fundación. En segundo lugar, configurando unos fines *temporales*, es decir, con un plazo de caducidad preestablecido materialmente, o bien vinculando éstos a su posible realización definitiva. En tercer lugar, por último, cabría la llamada fundación *a plazo*, es decir, aquélla en la que el fundador directamente previene una duración determinada para ésta, una fecha concreta en la que la fundación ha de extinguirse obligatoriamente (cfr. art. 39 CC y ahora art. 31 LF 2002). Por supuesto, no debe olvidarse que prácticamente todo proceso fundacional de trascendencia está intervenido por el Protectorado, que será quien en definitiva deberá verificar tanto una como otra posibilidad (esto es algo que el Protectorado puede hacer desde el mismo momento de la constitución de la fundación, ya que en virtud del art. 11.2 LF 2002, “Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el correspondiente registro de fundaciones”; en concreto, sobre la intervención del Protectorado, con relación a la extinción y liquidación, cfr. arts. 38, 39 y 47 del reciente Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal).

El encaje de este planteamiento en las causas de extinción previstas en el vigente artículo 31 LF 2002 es perfectamente viable. En concreto, se determinan como tales las siguientes: “a) Cuando expire el plazo para el que fue constituida. b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional. c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley. d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior. e) Cuando concurre cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos. f) Cuando concorra cualquier otra causa establecida en las leyes” (sobre el “Procedimiento de extinción de la fundación”, cfr. el art. 38 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal). La fija-

ción de un plazo, la primera causa de extinción prevista, correspondería al fundador y operaría, como señala el artículo 32.1 LF 2002, de pleno derecho. Por su parte, la posibilidad de prever “cualquier otra causa” en el acto constitutivo o en los estatutos hace posible en principio que el fundador pueda incluir una condición resolutoria con su correspondiente efecto extintivo. En este caso, como señala el artículo 32.2 LF 2002, así como en aquel en que no sea posible la realización del fin fundacional, a no ser que tenga lugar una modificación de los estatutos (art. 29 LF 2002) o una fusión con otra fundación (art. 30 LF 2002), “la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado” (si no existiese acuerdo del Patronato o ratificación del Protectorado, se requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por uno o por otro). En definitiva, y como conclusión, entendemos que es perfectamente posible que la extinción tenga lugar por voluntad del fundador, incluida la condición resolutoria. Frente a los temores que expresan algunos autores (señaladamente se opone con rotundidad a la posibilidad de que sea el fundador el que determine la duración de la fundación, CARRANCHO HERRERO, M.<sup>a</sup> T.: “La extinción de las fundaciones”, en *Derecho privado y Constitución*, 1996, pp. 19 a 29; para una postura más matizada, que compartimos, en el sentido de que caben condiciones resolutorias de índole objetiva, es decir, cuando dependa de hechos como la existencia de otras fundaciones con el mismo fin, o que éste se asuma por el Estado u otras entidades públicas, véase VATTIER FUENZALIDA, C.: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, *La Ley*, 1998-3, p. 1458; también en el mismo sentido, PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ: *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, cit., pp. 154 y 155), esgrimiendo diversos argumentos –el principal, que compartimos, el de que la creación de una fundación supone la vinculación definitiva de los bienes de ésta al cumplimiento de fines de interés general, es decir, su salida irrevocable del patrimonio del fundador–, la posibilidad que existe, por tanto, de crear fundaciones necesariamente temporales por los fines para los que se constituyen. Ello no debe significar, obviamente, que la voluntad del fundador no sea absolutamente libre para determinar el destino de los bienes de la fundación extinguida, siempre que la redestinación de éstos se realice a favor de una entidad que desenvuelva sus actividades en el mismo ámbito.

Llegados a este punto, está claro que lo que interesa dilucidar es cuál es el papel del fundador en el proceso liquidatorio que sigue a la extinción. Hay que partir del hecho de que ésta da lugar –y esto nos aproxima directamente a la problemática de la reversión– a la liquidación del patrimonio fundacional. No es más que la versión fundacional del problema patrimonial que genera la desaparición de cualquier sujeto, en este caso



una fundación. Para *solucionar* este problema, la actual LF regula en el artículo 33 –y antes del mismo modo en el art. 31 LF 1994– la liquidación de la fundación. El precepto, con cuatro apartados, atribuye al Patronato, bajo el control del Protectorado, la realización del procedimiento de liquidación y, lo más importante por lo que aquí interesa, previene la atribución de los bienes y derechos resultantes de la liquidación a “las fundaciones o a las entidades no lucrativas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida”, o bien, en su defecto, “este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido”, o finalmente, la posibilidad de que las fundaciones puedan “prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general”. El modo en que se determina en la vigente LF –idéntico al de la LF 1994– deja, a primera vista, poco espacio para las cláusulas de reversión que prevean el retorno de los bienes al fundador, a sus herederos o a otros terceros, no contemplados entre los sujetos del artículo 33. Frente a opiniones contundentes sostenidas bajo la vigencia de la LF 1994 [la ya citada de CARRANCHO HERRERO, la de CAFFARENA LAPORTA, opinión reiterada, ya que la mantiene con anterioridad a 1994, frente a la claridad para muchos del art. 39 CC en este sentido –“Constitución, modificación y extinción de las fundaciones”, en *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, 1990, pp. 56 a 58, y luego en “El artículo 39 del Código Civil y la extinción de las fundaciones”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Madrid, 1991, pp. 371-391, y en su comentario al art. 39, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 250 a 251–, también la de LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales”, *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, 1993-4, esp. pp. 111 a 113, emitida todavía sobre el proyecto de LF 1994, y la de MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J.: “A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la persona fundadora o a la familia del fundador”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 28, 2001, esp. pp. 280 a 281], o ya con la LF 2002 (el referido GONZÁLEZ CUETO o de nuevo CAFFARENA LAPORTA), existe cierta doctrina que realiza una lectura distinta de este precepto, partiendo principalmente del ya mencionado artículo 2.2 LF 2002, que atribuye a la voluntad del fundador la primacía para establecer las reglas por las que han de regirse las fundaciones. Ello equivale a entender que las previsiones del

artículo 33 LF 2002 sólo se aplicarán si el fundador no ha dispuesto otra cosa, lo que es tanto como decir que este precepto no tiene carácter imperativo (en contra expresamente, véase CAFFARENA LAPORTA: “La extinción de la fundación”, cit., p. 486).

Entre los autores favorables a la admisión de las cláusulas de reversión particulares ocupan un lugar destacado PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ (*Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, cit., pp. 160 a 166), destacable por la sencilla razón de que habrían realizado, como expresamente reconocen, una revisión de su planteamiento anterior –mantenido en otros trabajos– respecto del artículo 31 LF 1994 (trasladable sin duda al art. 33 LF 2002). La *caída paulina* que estos autores han experimentado con relación a esta cuestión tiene el valor añadido de tratarse de verdaderos especialistas, con un amplio recorrido y una más que demostrada dedicación intelectual a esta materia. De forma resumida, sus argumentos principales serían dos. En primer lugar, la neutralidad del artículo 34 CE respecto de “la admisibilidad o inadmisibilidad de las llamadas cláusulas de reversión, de tal modo que su validez o invalidez dependerá de la decisión del legislador ordinario, pues no están constitucionalmente prohibidas” (en este sentido, vinculando también la cuestión al interés general al que alude el art. 34 CE, véase SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C.: “Fundaciones, interés general y títulos de aportación”, *La Ley*, 1998-1, pp. 1856 y 1857). En segundo lugar, al hilo de su argumento anterior, cuya consecuencia es que se deja la cuestión en manos del legislador ordinario, a pesar de reconocer la importante limitación que suponen los apartados 2 y 3 del artículo 31 LF 1994 para la voluntad del fundador “en orden al destino que deba darse al remanente de bienes de la fundación extinta”, construyen un razonamiento basado en el alcance y naturaleza del negocio fundacional, aquel en el que el fundador debe expresar su decisión sobre el destino de los bienes de la fundación extinta. En esta línea, añaden, al negocio constitutivo de la fundación, que supone la aportación por parte del fundador de bienes o derechos a título gratuito, le sería de aplicación “los principios que informan las atribuciones o liberalidades en el Código Civil”, entre ellas, señaladamente por lo que interesa a la fundación, “las reglas generales sobre donación o institución de heredero o legatario con cláusula de reversión”, contenidas en los artículos 641, 647 y 790 CC, en relación con el artículo 781 CC [en este punto es reconocible la influencia de VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Dictamen emitido a solicitud de la Fundación F, acerca de: a) Si la existencia de un pacto de reversión al Banco fundador puede hallarse afectada por las Leyes de 1994 estatal y vasca de fundaciones; y b) por cuál de estas leyes debe regirse”, RJN 1996, pp. 297-351; en la misma dirección y de forma muy ordenada, véase TRAPIELLA NIETO, I.: “Destino de los bienes de las

fundaciones extintas. Su posible reversión”, en REAL PÉREZ, A. (directora), *Constitución y Extinción de fundaciones*, Valencia, 1999, esp. pp. 297 a 299; específicamente sobre las implicaciones de estos preceptos respecto de posibles aportaciones a las fundaciones, véase SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones”, cit., pp. 1856 y 1857]. La conclusión a la que llegan por esta vía es clara: “Ciertamente que el fundador no podrá –como sí puede el donante– ordenar la reversión a su favor «para cualquier caso y circunstancias», pues ello sí vulneraría la propia esencia de las fundaciones, cuyo reconocimiento legal se justifica, como tantas veces hemos dicho, por perseguir necesariamente fines de interés general; y vulneraría la indisponibilidad de las mismas que la Ley 30/1994 veda al fundador, quien, como también hemos reiterado, no puede decidir la extinción de la fundación una vez creada. Pero, ¿por qué no podrá ordenar a su favor por las causas legales y, por ende, deje de cumplir esos fines de interés general?, o, ¿por qué no podrá hacerlo a favor de otras personas siempre que respete los límites legales de las vinculaciones?”.

En nuestra opinión, el primer argumento de estos autores nos parece bastante innecesario y poco decisivo. El modo en que el artículo 34 CE previene el derecho a constituir fundaciones no es determinante a los efectos de entender la admisibilidad o no de las cláusulas de reversión. Tal y como lo plantean PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, haciendo una interpretación literal del mismo, serviría para muchos otros aspectos del régimen jurídico de las fundaciones. El segundo argumento está elaborado y traído con bastante lógica, si bien adolece, a nuestro entender, de un pequeño fallo, como es olvidar o pasar por alto que la autonomía de la voluntad que se ejercita en el negocio jurídico fundacional está sometida a los límites previstos en el artículo 1.255 CC, es decir, la ley, la moral y el orden público. Ello significa que si la ley determina que no pueden establecerse cláusulas de reversión, por mucho que para otros supuestos (donación, institución de heredero y legado) sí sea posible, no lo es para el caso de la fundación (sobre “La autonomía de la voluntad del benefactor para ordenar la reversión y otras disposiciones similares”, véase ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL: *Fundación y empresa*, cit., pp. 559 y 560).

4. Todo lo anterior nos conduce a la cuestión principal sugerida –que no discutida– en esta sentencia: la eficacia de la llamada cláusula de reversión, o mejor, de una determinada modalidad de ésta: aquella en la que se establece por parte del fundador que los bienes vayan a parar *de vuelta* a su patrimonio, a sus herederos o a determinados terceros (nadie ha discutido nunca que el fundador pueda destinar los bienes a otras entidades siempre que sean de interés general; al respecto, véase GARCÍA-ANDRADE, J.: *La fundación: un estudio jurídico*, Madrid, 1997, pp. 284 y 285).

Se trata de una cuestión, por utilizar un término clásico y recurrente, relativamente *pacífica*. Ya se sabe que las cuestiones jurídicas, entendiendo por éstas estrictamente las que se suscitan en torno a las normas jurídicas, son pacíficas cuando existe acuerdo por parte de los intérpretes, la jurisprudencia y la doctrina, siempre en el caso de que dichas normas les dejen margen para actuar. Por lo que se refiere a las cláusulas de reversión, la existencia de este margen para opinar es precisamente lo que se ha discutido y se discute todavía.

Resulta evidente, por tanto, que la admisibilidad o no de las cláusulas de reversión es una cuestión esencialmente jurídica, consistente en comprobar si las normas que regulan las fundaciones las permiten o no. El hecho de hablar en plural de normas fundacionales tiene una doble explicación. De un lado, histórica, ya que la regulación de las fundaciones es rica en este sentido, debiendo remontarse, como ahora veremos, hasta el siglo XIX para encontrar las primeras referencias. De otro, existiría una pluralidad de normas en la medida en que son muchas las comunidades autónomas que cuentan con su propia ley de fundaciones, algunas de ellas bastante anteriores a la primera Ley estatal de 1994 –sobre éstas, respecto de las cláusulas de reversión, véase, de forma resumida, CAFFARENA LAPORTA: “La extinción de la fundación”, cit., p. 486, y SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E.: *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, pp. 266 a 278; el primero destaca la que debe considerarse única excepción en esta materia: el artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, declarado recientemente inconstitucional (*con matices*: no lo será siempre y cuando se aplique como la resolución determina en su fundamento jurídico 7) por la STC 341/2005, de 21 de diciembre de 2005; la última Ley autonómica de la que tengamos noticias, la innecesaria Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, regula de forma similar a la norma estatal la exclusión de las cláusulas de reversión privadas (cfr. art. 43.3 y 4)–. Nuestra referencia, necesariamente breve, debe centrarse en el tratamiento que se le ha dispensado en la legislación estatal. Esta evolución puede reconocerse en tres momentos fundamentales (sobre la misma, véase últimamente DE PRIEGO FERNÁNDEZ: *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, cit., pp. 332 a 342, y antes, SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones*, cit., pp. 251 a 266 y pp. 282 a 291).

En primer lugar, el artículo 16 de la Ley General de Beneficencia de 1849, que disponía que “la supresión de cualquier establecimiento de Beneficencia, público o particular, supone la incorporación de sus bienes, rentas o derechos en otro Establecimiento de Beneficencia”. De esta norma cabe decir *que no podía ser de otro modo*, por una doble razón. En pri-

mer lugar, una Ley reguladora de la Beneficencia tenía obligatoriamente que favorecer que los bienes destinados a ésta permanecieran en su ámbito bajo cualquier circunstancia: extraño hubiera sido lo contrario. En segundo lugar, la norma responde al planteamiento con que algunos de los posibles establecimientos de beneficencia, las fundaciones, son tolerados en el momento en el que se promulga la Ley. No debe olvidarse que se trata de vinculaciones que se permiten únicamente por su contribución al interés general. Sea como fuere, bajo la vigencia de la Ley General de Beneficencia, que no prohíbe expresamente la cláusula de reversión, existe cierta unanimidad doctrinal sobre su no admisibilidad (por todos, SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones*, cit., pp. 253 y 254).

En segundo lugar, el siguiente hito normativo lo constituiría, cuarenta años después, el artículo 39 CC: "Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas". Con este precepto, como ha señalado DE PRIEGO FERNÁNDEZ (*El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, cit., pp. 333 y 334), la mayoría de la doctrina entendió derogado el artículo 16 de la Ley General de Beneficencia. Fue minoritario el planteamiento de CAFFARENA LAPORTA ("El artículo 39", cit., pp. 390 y 391), siempre coherente, en el sentido de que ambos preceptos no eran contradictorios y sí compatibles, debiendo interpretarse que el fundador era absolutamente libre de destinar los bienes de la fundación extinta a otros fines siempre que éstos fueran de interés general. En todo caso, la mayor parte de la doctrina habría entendido derogado el artículo 16 de la Ley General de Beneficencia e instaurado el pleno reconocimiento de la prevalencia de la voluntad del fundador para determinar el destino de los bienes fundacionales en el momento de su extinción (por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama de derecho de sucesiones, I. Fundamentos*, Madrid, 1982, p. 433: "No vemos inconveniente alguno, derivado del Código Civil, en que la reversión recaiga en los parientes del fundador o de las personas que éste haya determinado, si esta disposición reversional no contiene sino un llamamiento o, incluso, no más de dos, conforme el límite impuesto por el artículo 781 Código Civil"; en contra de esta opinión, contando ya con el apoyo del proyecto de LF 1994, se manifestó LASARTE ÁLVAREZ: "Dotación patrimonial", cit., pp. 102 a 105).

Los ecos de este posicionamiento mayoritario en la doctrina, como se verá, han sido duraderos. En este sentido, tributaria del mismo y por tanto favorable a la admisión de las cláusulas de reversión, sería la poca jurisprudencia existente sobre éstas. Así, la archicitada STS 23 junio 1964 (RJ 1964, 3682) sobre una fundación constituida *mortis causa* consideró válida la cláusula testamentaria en la que el causante y fundador disponía “que si por cualquier causa no pudiera constituirse la fundación que debe establecerse, conforme dispone en la cláusula anterior, o una vez constituida, el Estado, por cualquier título o motivo, pretendiera incautarse de los bienes de la misma, pasen éstos a ser propiedad de sus herederos y sucesores, quienes se incautarán desde luego de dichos bienes, pudiendo disponer de ellos sin restricción ni limitación alguna y sin tener en cuenta para nada el objeto a que se destinan o estuviesen destinados, sean cualesquiera las disposiciones legales que rijan o se dicten sobre la materia, que no prevalecerán en contra de lo dispuesto en esta cláusula”. En el mismo sentido se pronunció, años después, la STS de 6 de junio de 1987 (RJ 1987, 4644), de la Sala 3.<sup>a</sup>, en la que se concluye que rige en primer lugar la voluntad expresa del fundador –en el caso en cuestión, en los Estatutos de la fundación constituida en 1900 se incluyó la siguiente cláusula, muy similar a la de la STS de 23 de junio de 1964: “Si por una Ley desamortizadora o por otra causa no fuera posible el sostenimiento de la Escuela, estos bienes –los fundacionales, ha de entenderse– se distribuirán entre los herederos de don Francisco B. G., o sus derechohabientes en la misma forma en que lo fueron”–, señalando, en el Fundamento de Derecho Sexto que “las cláusulas fundacionales constituyen ley de la Fundación; y si ya no pueden cumplirse los fines deseados por el fundador, los bienes que adscribió a ellos han de seguir el destino que les señalase; los cuales, de no haber tal expresa designación, seguirán el destino regulado por las leyes, aquí el artículo 16 de la Ley de 1849 y el 39-2 del Código Civil” (de forma específica sobre esta resolución, y muy críticamente, véase DEL CASTILLO, L.: “Al hilo de una interesante sentencia en materia de fundaciones. Comentario a la STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 6 de junio de 1987”, *La Ley*, 1987-4, pp. 515 a 531; también sobre la misma, MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario sentencia 1 de marzo de 1995”, CCJC, 1995, núm. 39, esp. pp. 883 y 884).

Por último, el tercer momento reseñable en el tratamiento normativo de las cláusulas de reversión lo constituyen las ya reseñadas Leyes estatales de fundaciones de 1994 y 2002. Como se ha adelantado, el tratamiento que ofrecen ambas normas a estas cláusulas es idéntico, por lo que lo dicho sobre la primera hay que considerarlo reproducido para la más reciente. Esta segunda ocasión en la que el legislador se pronuncia de un idéntico modo puede considerarse un dato valorable en sí mismo,

una especie de confirmación del criterio adoptado en 1994. Frente a las voces críticas de entonces (de “verdadero dislate” calificó DURÁN RIVACOBÁ, R.: *El negocio jurídico fundacional*, Pamplona, 1996, p. 219, el hecho de que la LF 1994 privase a “los fundadores de la facultad, lógica por otra parte, para decidir el destino de su patrimonio, si por diversas circunstancias su primitiva designación a una obra desinteresada no diera su esperado fruto”; también, beligerantes en este aspecto, fueron SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones”, cit., p. 1855, contrarios a que el principio de interés general del art. 34 CE exija la vinculación perpetua de ciertos bienes a fines de interés general, y SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones*, cit., pp. 298 a 300), este dato significa o se traduce en “la imposibilidad actual y futura de establecer cláusulas de reversión” [véase DE PRIEGO FERNÁNDEZ: *El negocio fundacional*, cit., pp. 341 y 342 –con apoyo a GONZÁLEZ CUETO–; ambos se refieren a como esto se ratificaría en el art. 3.6.º de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, mucho más claro en este sentido: “Las entidades a que se refiere el artículo anterior, que cumplan los siguientes requisitos, serán consideradas, a efectos de esta Ley, como entidades sin fines lucrativos: 6.º Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los arts. 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley, o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta, siendo aplicable a dichas entidades sin fines lucrativos lo dispuesto en el párr. c) del apart. 1 del art. 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. (...) En ningún caso tendrán la condición de entidades sin fines lucrativos, a efectos de esta Ley, aquellas entidades cuyo régimen jurídico permita, en los supuestos de extinción, la reversión de su patrimonio al aportante del mismo o a sus herederos o legatarios, salvo que la reversión esté prevista a favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los arts. 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley”].

Nuestra opinión –es de esos temas que la merecen y en la que se repite el esquema clásico de exponer la de los demás y a continuación la propia– es que no debe confundirse el respeto a la voluntad del fundador con el posible retorno de los bienes fundacionales a manos privadas por él designadas. La voluntad expresada en su día de destinar dicho patrimonio al cumplimiento de fines de interés general sí debe considerarse definitiva, en el sentido de que si estos fines no pueden realizarse del modo en que lo previó el fundador habrá que hacerlo en la forma más

parecida posible. En los tiempos que corren asistimos a una auténtica desnaturalización de las fundaciones, por lo que admitir estas fundaciones *con retroceso*, que pudieron ser efectivamente posibles en otra época, no haría más que insistir sobre dicha desnaturalización (en esta línea de prevención, véase MORILLO GONZÁLEZ, F.: *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001, p. 65; para una visión más positiva y optimista, desde lo que califica como una aproximación no ideológica y sí realista, véase el interesante trabajo de GOMÁ LANZÓN, J.: “¿Qué es una fundación? Propuesta de una aproximación realista a su estudio”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. T. I. Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio*, Barcelona, 2005, pp. 773-794). Y aunque la casuística, como hemos visto, puede ser amplia, ello no debe impedir dar una respuesta de carácter general. Ésta para nosotros, y no decimos nada nuevo, debe ser el rechazo a este tipo de cláusulas. Por supuesto, una postura como ésta puede verse como una cortapisa a la autonomía de la voluntad dispuesta a crear una fundación y, a la larga, incluso, como algo que juegue en contra de éstas, ya que hará pensarse a muchos la posibilidad de hacerlo (en este sentido, DURÁN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, cit., pp. 219 y 220; posteriormente, en idéntico sentido, véase TRAPIELLA NIETO: “Destino de los bienes”, cit., p. 302, y SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones”, cit., p. 1855). Con todo, también puede servir para alejar de éstas a aquellos que acuden al ámbito fundacional como un sinónimo de ventajas y prebendas. El que ignorase, que es mucho ignorar desde luego, que las fundaciones pueden suponer una disposición definitiva de los bienes, exista o no la fundación, quizá salga un tanto despavorido si pertenece a ese grupo de desaprensivos que se acerca en unos últimos tiempos, ya duraderos, a las fundaciones.

5. El largo excursus anterior nos sirve para concluir que en este supuesto nos encontramos ante una fundación que se constituye sujeta o sometida a una condición resolutoria, por lo que se refiere a su duración, y en la que se dispone por el fundador, tras su extinción, la reversión de los bienes a favor de sus sucesores.

No se aclara tampoco en la sentencia qué debe restituirse a los herederos del patrimonio fundacional. Esta cuestión también ha sido tratada ampliamente por la doctrina. La discusión se centra en si cabe sólo el retorno de la dotación fundacional –como se dice hoy (horriblemente) de *lo que es* estrictamente la dotación fundacional–, ya sea la originaria, ya sea ésta más los incrementos que haya experimentado (cfr. art. 12.4 LF 2002), o si dicho retorno debe ser de todo el patrimonio de la fundación (incluyendo, por supuesto, la dotación). Es muy evidente que permitir la



reversión de la dotación más el incremento puede contemplarse como una posibilidad de enriquecimiento, por medio de la fundación, un enriquecimiento favorecido además por las posibles ventajas de que ésta goza en el tráfico jurídico-económico (así lo vio, por ejemplo, con diversos argumentos CARRANCHO HERRERO: “La extinción de las fundaciones”, cit., pp. 35 a 38). Por su lado, permitir sólo la reversión de la dotación estrictamente implica determinar el destino, en el caso, es obvio, de que exista, del patrimonio restante de la fundación. Parece también obvio que éste debe ser un destino público. Todo ello explica que los que plantean la admisibilidad de la reversión la restrinjan a la dotación, utilizando el argumento del enriquecimiento indebido o de que nadie puede disponer de lo que no es suyo (PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ: *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, cit., p. 166). Estos argumentos ponen de manifiesto la *comodidad* de rechazar las cláusulas de reversión hacia sujetos privados, conclusión con la que no hay que plantearse qué debe volver a éstos, ya que nada debe hacerlo.

6. La sentencia sí se ocupa, como no podía ser de otro modo, y con bastante acierto –lo que desgraciadamente sí podía ser de otro modo– del principal argumento defensivo de quienes pretenden la no extinción de la fundación. Éstos, recordemos, sostienen la falta de legitimación activa de los descendientes del fundador para solicitar la reversión de los bienes fundacionales. En opinión de los demandantes, no serían herederos y por tanto no gozarían de acción para exigir la reversión de los bienes a su favor. El razonamiento sobre el que se asienta el rechazo a la pretensión de los recurrentes, contenido en los Fundamentos de derecho segundo y tercero, nos parece impecable. En primer lugar, aclara que la legitimación activa, como presupuesto de la acción ejercitada por los demandantes, equivale a que éstos se encuentren en una determinada relación jurídica como titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. En segundo lugar, tras una explicación clara y concisa de las fases del fenómeno sucesorio (apertura, vocación, delación), se señala que los posibles herederos no tendrían un derecho subjetivo, y sí –al menos, añadiríamos nosotros– una expectativa jurídica y, por ende, un interés legítimo. Ello hace, en tercer lugar, que los demandantes tengan legitimación activa desde el momento en que acreditan ser descendientes de la hermana del fundador –fallecido sin descendencia–, es decir, desde el instante en que son posibles herederos de éste. Como se aclara inmediatamente en el Fundamento de Derecho tercero: “[...] la acción se ha ejercitado por quienes, como se dice en la demanda, «son descendientes, por vía colateral» del fundador y en el suplico de la misma se pide que «se declare la reversión de los bienes de la Fundación a los herederos» del fundador; lo que im-

plica que quienes tienen interés legítimo han ejercitado la acción de reversión, porque se ha cumplido objetivamente la condición resolutoria que da lugar a ella, pero la reclamación es para los sujetos que definitivamente tendrán la cualidad de herederos, cualidad que se obtiene por la aceptación que, como dice el artículo 988, es enteramente voluntaria y libre”.

Esta argumentación sobre la legitimación activa de los demandantes es, sin duda, el elemento más aprovechable de esta sentencia, a colocar en el haber del magistrado ponente y de los demandantes, que desde luego parece que tienen la lección bien aprendida de la STS de 2003. Como se deja claro, quienes demandan la reversión de los bienes fundacionales no lo hacen necesariamente para sí, sino para quienes sean los herederos del fundador. El matiz, la distinción entre descendientes y herederos, es precisamente uno de los puntos sobre los que se centra la oposición de la demandante y luego recurrente, que parece que no supo, a la vista del resultado del pleito, articular con diligencia.

7. Terminamos casi como empezamos. Familia y fundaciones son dos realidades mal avenidas. Estas últimas, como decíamos al principio, tienen mucho de frustración de las legítimas expectativas patrimoniales de la familia, de quienes la integran respecto de los bienes de quien decide crear una fundación. Que dichas expectativas sean contemporáneas al fundador es más que comprensible, pero que lo sean casi con un siglo de por medio, como sucede en esta sentencia, nos indica que algo, bueno o malo según quien lo contemple, tiene o ha tenido nuestro sistema que permite que dichas expectativas reverdezcan encarnadas en quienes ni siquiera vivían cuando se constituyó la fundación. No hay que darle muchas vueltas para saber a qué nos referimos: la posibilidad de que el fundador haya podido decidir en el pasado —como ha quedado claro, nos alineamos con quienes sostienen la imposibilidad de las cláusulas de reversión, al menos desde 1994—, no ya sobre la propia existencia o duración de la fundación, sino sobre el destino del patrimonio fundacional, ha jugado a favor de quienes podían plantearse esta expectativa con cierta legitimidad y esperanza de éxito.

El éxito ha acompañado a los demandantes en esta resolución, por lo que ésta es de esas sentencias que generarán dudas. Extrañará a muchos si realizan una lectura superficial de la misma. En ningún caso, entendemos, puede considerarse una decisión que hace posibles las cláusulas de reversión con destino privado. Más bien, ha de interpretarse como uno de los últimos *coletazos* de algo que, en otro tiempo y para otras fundaciones, sí fue posible.