

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

VIII

PALMA DE MALLORCA, 2006

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca
Depósito Legal: P.M. 981 - 1989

SUMARIO

- «Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».
Discurso de Ingreso a la Academia,
pronunciado el 1 de Diciembre de 2005, de
DÑA. ISABEL TAPIA FERNANDEZ pág. 5
- Contestación a cargo del
Excmo. Sr. D. FRANCISCO MUÑOZ pág. 55
- «La institución de la “definición” en la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears».
Trabajo premiado en la convocatoria del
III Premio Luis Pascual González
D. JOSÉ ANTONIO CARBONELL CRESPI pág. 69
- «Notas para una regulación del derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca».
Trabajo presentado en la convocatoria del
III Premio Luis Pascual González
Sra. DÑA. FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT pág. 115
- «Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio»
Discurso de Ingreso a la Academia,
pronunciado el 23 de Noviembre de 2006, del
Ilmo. Sr. D. ANTONIO MONSERRAT QUINTANA pág. 151
- Contestación a cargo del
Ilmo. Sr. D. JAIME FERRER PONS pág. 235

“CONSIDERACIONES SOBRE LA COSA JUZGADA, A LA LUZ DE LA NUEVA REGULACIÓN DADA POR EL ART. 222 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL”

DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES PRONUNCIADO EL 1 DE DICIEMBRE DE 2005 POR DÑA. ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ

SUMARIO

1. Introducción.
2. La distinción entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. Concepto y delimitación de la cosa juzgada.
 - 3.1. La cosa juzgada de las cuestiones procesales.
 - 3.2. La cosa juzgada de los juicios sumarios.
4. Factores que influyen en la delimitación de “lo juzgado”.
5. “Lo juzgado” en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.
 - 5.1. La cosa juzgada abarca “las pretensiones”.
 - 5.2. La cosa juzgada se extiende a “los puntos” del art. 408 LEC.
 - 5.3. La cosa juzgada y las demás excepciones materiales.
 - 5.4. La cosa juzgada cubre “lo deducido” y “lo deducible”.
 - 5.5. Los hechos posteriores a la producción de la cosa juzgada.
6. La función positiva de la cosa juzgada.
 - 6.1. El efecto positivo de la cosa juzgada con anterioridad a la Ley 1/2000, de 7 de Enero.
 - 6.2. El efecto positivo de la cosa juzgada en la Ley 1/2000, de 7 de enero.
 - 6.2.1. Identidad de sujetos.
 - 6.2.2. Lo juzgado como antecedente lógico del objeto del segundo proceso.
 - 6.3. Consideración crítica.

1. Introducción.

El tema que expongo a continuación constituye, por así decirlo, la segunda etapa de un trabajo de investigación realizado hace casi una década¹. En ese tiempo, como modesta contribución a un Curso perteneciente al Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados (celebrado en Madrid, en Septiembre de 1995), abordé el estudio de la cosa juzgada, institución jurídica presente en el proceso de todos los tiempos, que viene a reflejar la exigencia social de inatacabilidad de los derechos de los justiciables reconocidos en una sentencia firme.

En aquel trabajo, y ante la ausencia de regulación legal, mi esfuerzo se centró en individualizar los límites objetivos de la cosa juzgada, esto es, qué es lo que ha de permanecer inalterable en el mundo jurídico y ha de influir con carácter vinculante en todos los posibles procesos futuros.

Analiqué entonces qué se ha entender por “cosa juzgada”; qué es lo que por haber sido “juzgado” va a impedir que exista un proceso futuro sobre lo mismo; y cuáles son, en consecuencia, las identidades que se exigen entre lo juzgado (la “res iudicata”) y lo que se va a juzgar (la “res iudicanda”).

La tarea no fue fácil, teniendo en cuenta varios factores: la mencionada ausencia de regulación al respecto; la implicación radical de la cosa juzgada en el más amplio tema (y no menos exento de polémica) de lo que se entienda por “objeto del proceso” (la “res iudicanda”, es decir, la cosa que ha de ser juzgada y decida por sentencia); y, finalmente, las distintas declaraciones de los tribunales al respecto.

Una circunstancia de relevante importancia ha tenido lugar desde la publicación del mencionado trabajo: **la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de Enero de 2000**; y con ella, la introducción de una más completa regulación de la institución de la cosa juzgada. El legislador configura esta institución procesal conforme a la mejor técnica jurídica (dice la Exposición de Motivos, epígrafe IX), alejada de la tradicional “idea de la presunción de verdad, de la tópica ‘santidad de la cosa juzgada’ y de la confusión con los efectos jurídico-materiales de muchas sentencias”. Entiende la cosa juzgada como un instituto “de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida

de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencia que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos”. Precisamente, con la finalidad de impedir la repetición indebida de litigios (que es consustancial a la esencia misma de la *res iudicata*), la nueva Ley parte de “dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo”. Para ello –como se examinará a lo largo de este trabajo– “establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos”; y, en la misma línea, “evita la dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos –una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción–, trata diferenciadamente la alegación de compensación y precisa el ámbito de los hechos que cabe considerar nuevos a los efectos de fundar una segunda pretensión en apariencia igual a otra anterior” (crf. Exposición de Motivos, ep. VIII).

Con estos criterios, el Legislador ha establecido una regulación precisa y coherente de la cosa juzgada civil, recogiendo, en unos aspectos, ideas que ya habían sido elaboradas por la Doctrina científica y recogidas por la Jurisprudencia; y en otros, introduciendo novedosos criterios tendentes a armonizar la necesidad de seguridad jurídica de los justiciables con la razonable carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

A esta nueva regulación voy a dedicar las páginas que siguen, advirtiendo desde este momento que, por la amplitud del tema y a causa de las variadas implicaciones de la cosa juzgada en otras instituciones procesales, voy a limitar el objeto de esta intervención a la cosa juzgada de las sentencias recaídas en procesos civiles. Prescindiré, por lo tanto, de la cosa juzgada de las resoluciones firmes de los procesos contencioso-administrativo y laborales, así como de la cosa juzgada de la sentencia penal que resuelve al tiempo la acción civil derivada del delito.

2. La distinción entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgad material en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin ánimo de doctrinarismo, pero en la clara idea de diferenciar conceptos que son distintos en su esencia y en su aplicación, la nueva Ley

ha comenzado por distinguir con claridad la cosa juzgada formal de la cosa juzgada material.

Como es bien sabido, con anterioridad a la Ley 1/2000, y ante la fragmentaria regulación legal, el término “cosa juzgada” venía aplicándose, con una dosis de indefinición nada deseable, a conceptos procesales expresivos de realidades jurídicas diversas. Así, se aplicaba la expresión “cosa juzgada” tanto a la firmeza que una resolución cualquiera adquiriría en un concreto proceso con la consiguiente inmutabilidad dentro del mismo (cosa juzgada formal), como a los efectos vinculantes para los Jueces de procesos futuros que producía una sentencia firme (cosa juzgada material): ya sea para obligar a esos Jueces de futuros procesos a partir de lo ya juzgado en un proceso anterior (función positiva, prejudicial o vinculante, de la cosa juzgada material), ya sea para impedirles resolver de nuevo sobre una “res” que ya ha sido juzgada (función negativa o excluyente de la cosa juzgada material).

La nueva Ley, ahora, distingue con claridad los conceptos; y así, en primer lugar, regula separadamente (y en sedes distintas) la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, fenómenos jurídicos tan diferentes que, como afirma el Profesor Montero Aroca², no existe razón alguna que permita englobarlos bajo una única expresión genérica. A la cosa juzgada formal se refiere el artículo 207 LEC, en sede de clases, formas y contenido de las resoluciones y del modo de dictarlas, publicarlas y archivarlas (Sección 1ª del Capítulo VIII, del Libro I); y a la cosa juzgada material, el artículo 222 (inserto en la Sección 2ª de dichos Capítulo y Libro) bajo la genérica rúbrica de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos. Con esta acertada distinción, la nueva Ley está poniendo de manifiesto las sustanciales diferencias entre ambos fenómenos jurídicos; aunque –quizá debido al propio arrastre histórico– persista en la utilización del mismo término para referirse a ambas cuestiones.

No interesa ahora, a los fines de esta exposición, la cosa juzgada formal, esto es, aquel efecto que, *ad intra*, dentro de un proceso concreto, despliega una resolución judicial cualquiera –ya sea interlocutoria, ya sea definitiva– que ha alcanzado firmeza; y que significa que el tribunal del proceso habrá de estar en todo caso a lo dispuesto en ella (art. 207.3 LEC).

Interesa ahondar en el efecto *ad extra* (fuera del proceso en que se dictó la resolución) que producen determinadas resoluciones judiciales. Por lo tanto, lo que se va a decir a continuación hará referencia a la cosa juzgada material; a ese peculiar efecto que –con relación a procesos futuros– produce una determinada y concreta resolución judicial: la sentencia firme que resuelve “el fondo” de un asunto o, lo que es igual, la sentencia firme que resuelve la pretensión sometida a conocimiento judicial. La “cosa” objeto

de juicio (*res iudicanda*) pasa a “cosa” juzgada (*res iudicata*), produciendo una vinculación para los Jueces de futuros procesos, los cuales habrán de abstenerse de juzgar un objeto idéntico al ya juzgado (efecto negativo de la cosa juzgada), o habrán de resolver partiendo de un objeto que ya fue resuelto en un pleito anterior y que entra a formar parte del pleito futuro.

A la cosa juzgada material se refiere el art. 222 LEC, que, en sus cuatro apartados, regula los diversos aspectos de esta institución. Mucho se ha clarificado con esta nueva regulación de la Ley procesal, que, a su vez, deroga el art. 1252 del Código Civil donde se contenía la cosa juzgada como “presunción” de verdad. No obstante, aún permanecen sombras suficientes como para no aprovechar esta ocasión que inmerecidamente me brinda la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, para intentar esclarecer en qué consiste ese efecto de la cosa juzgada, o, lo que es igual en qué medida queda vinculado el Juez de cualquier proceso futuro por lo que ha sido resuelto en un pleito anterior, ya sea para abortar ese segundo proceso (“non bis in idem”), ya sea para obligarle a fundar su decisión en lo ya resuelto en aquel pleito.

A la luz de la nueva regulación de la cosa juzgada, analizaré a continuación tres órdenes de cuestiones íntimamente conectadas: qué es “lo juzgado”, esto es, a qué hace referencia el término “cosa”, “res” que ya ha sido juzgada; qué influencia tiene “lo juzgado” en un proceso posterior con el mismo objeto; y, finalmente, cómo influye lo juzgado en un proceso ulterior con objeto no idéntico pero sí conexo con aquél. Esto es, lo que se conoce como efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

La primera cuestión, por lo tanto, afecta a la concreción y delimitación de la cosa juzgada. Y una vez establecido lo que forma el *iudicatum* de un primer proceso, la pregunta siguiente se centra en averiguar de qué modo queda vinculado a él el Juez de un segundo proceso. Si en el segundo proceso se plantea la misma pretensión que en el primero, el Juez deberá poner fin a ese proceso que versa sobre “lo mismo” que el anterior. Si en ese segundo proceso se plantea, no la misma pretensión, pero sí una que tiene elementos comunes con la ya juzgada, el Juez de ese segundo proceso deberá resolverla partiendo con carácter de inmutable de lo resuelto en el anterior.

3. Concepto y delimitación de la cosa juzgada.

La cosa juzgada se concibe como el efecto de la sentencia firme que resuelve la controversia planteada a los tribunales, y que indica que esa

decisión judicial ha devenido irrevocable, inatacable, inmutable: “*res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit*”; así la definió el jurisconsulto romano Modestino (D. Lib. 42, Título. I, I); y Bártolo de Sassoferrato, comentando ese pasaje del Digesto, concluye: “*res iudicata est causa decisa*”. La moderna doctrina procesal³ define la cosa juzgada como “la afirmación indiscutible y obligatoria para todos los Jueces de todos los juicios futuros, de una voluntad concreta de la ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes”. Esta definición textual del gran procesalista italiano Giuseppe Chiovenda, con escasas variaciones, es la que se utiliza en la doctrina y en las declaraciones de los tribunales. En cualesquiera de las definiciones que se han dado a esta institución, la cosa juzgada hace siempre referencia al efecto irrevocable que produce la sentencia que decide definitivamente la controversia. Una vez producida la firmeza de la sentencia que declara una voluntad concreta de la ley sustantiva, la cosa juzgada se resuelve en la inmutabilidad de esta declaración, esto es, en la atribución definitiva del derecho o relación jurídica hechos valer en juicio. La propia expresión empleada así lo indica: la *res in iudicio deducta*, ha pasado a ser *res iudicata*.

De esta concepción de la cosa juzgada⁴, tan ampliamente admitida que parece una obviedad insistir aquí, ya se deriva un primer problema a encarar: si la cosa juzgada es ese **efecto irrevocable** que produce la **sentencia firme que decide la controversia**, parece evidente que las resoluciones firmes (sentencias o autos de sobreesimiento) que no deciden la controversia por acoger un defecto procesal, no producirán tal efecto. Y, del mismo modo, tampoco producirán cosa juzgada las sentencias que aun decidiendo la controversia no son irrevocables, pudiendo las partes iniciar un proceso declarativo posterior; puesto que, como hemos dicho, sólo producen aquel efecto las sentencias firmes que deciden la controversia de modo irrevocable. Así, una cuestión procesal que fue resuelta en un proceso producirá sólo su efecto en aquel proceso, pero nada impedirá que en uno posterior se pueda volver a plantear y resolver aquella cuestión. Y, de la misma manera, una cuestión sustantiva o de fondo que quedó resuelta en un proceso sumario (esto es, procesos en los que el derecho se decide de forma no irrevocable, ya que las partes conservan la posibilidad de acudir a un declarativo posterior), no se verá alcanzada por este efecto de cosa juzgada material.

Por lo tanto, una primera delimitación de la cosa juzgada nos lleva a excluir de ella “lo juzgado” respecto de cuestiones procesales; y “lo juzgado” en los juicios sumarios: esas sentencias no producen el efecto aludido de cosa juzgada material.

No me es posible extenderme en esta primera conclusión, en absoluto

pacífica⁵ y, justo es decirlo, contraria a la opinión manifestada en distintas resoluciones del Tribunal Supremo. Pero creo que conviene, al menos, dejar sentado el estado de la cuestión, casi un lustro después de la nueva regulación al respecto.

3.1. La cosa juzgada de las cuestiones procesales.

En efecto, con relación a la resolución firme que se pronuncia sobre una cuestión procesal, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo que tal cuestión ya ha quedado definitivamente juzgada y que, por lo tanto, el Tribunal de un segundo proceso donde se replantee aquella cuestión deberá atenerse a lo decidido por el del proceso anterior. La resolución que decide una cuestión procesal (un presupuesto o un óbice procesal) es evidente que no está resolviendo “la controversia”. Lo que la resolución de la cuestión procesal significa es la decisión de si el proceso debe seguir adelante o existe un obstáculo a la válida prosecución y término del mismo mediante sentencia de fondo (art. 405.3). Por lo tanto, es más que dudoso que tal cuestión pueda calificarse de pretensión, y con ello, que su resolución deba alcanzar efectos más allá del proceso donde ha sido dictada (esto es, el efecto de cosa juzgada formal). *Lege data*, el art. 222 LEC descarta, a mi juicio, la cosa juzgada material de la resolución que decide una cuestión procesal. Y ello, independientemente de la conveniencia o no de semejante planteamiento.

Sin embargo, como digo, la opinión del Tribunal Supremo al respecto ha sido otra. En cualquier caso, me parece obvio señalar que el efecto que produce aquella resolución sobre la cuestión procesal lo será de cosa juzgada en su función positiva, esto es, como vinculación al Tribunal del segundo proceso de respetar aquella resolución del presupuesto procesal, sin posibilidad de resolverlo de modo distinto. Nunca produciría el efecto negativo (*non bis in idem*) con la consecuencia de la exclusión del segundo proceso, porque es obvio que la tutela jurídica solicitada (acción o pretensión ejercitada) en ese segundo proceso no es la decisión sobre la cuestión procesal. Lo que el Tribunal Supremo proclama en estos casos es que la decisión sobre la cuestión procesal resuelta en pleito anterior vinculará en todo caso, con efecto positivo, al Tribunal del segundo proceso, que habrá de partir de aquella decisión.

Así, en *S. de 13 de marzo de 1976*, el Tribunal Supremo declaró que la sentencia que desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción en un proceso anterior, sentencia que quedó firme al no haber sido recurrida, “ha de estimarse que dicho pronunciamiento quedó protegido por la cosa juzgada”.

“Ciertamente –declara la *STC de 18 de mayo de 1992*–, las sentencias meramente procesales, las que no resuelven en cuanto al fondo por apreciar la falta de un presupuesto procesal, no impiden un ulterior proceso sobre el mismo objeto, cuando tal presupuesto queda cumplido; no tanto, al menos en principio, cuando el replanteamiento de la demanda se efectúa manteniéndose la carencia de dicho presupuesto, pues la apreciación de tal carencia ya quedó juzgada, se decidió al respecto y tal decisión, precisamente en el indicado aspecto, puede (¿) producir efectos de cosa juzgada”.

En el mismo sentido, y también con relación a la cuestión procesal de incompetencia de jurisdicción, se han pronunciado las *SS. TS de 17 de noviembre de 1997*; y *de 7 de marzo de 2000*.

“El hecho de que tal cuestión (cuestión procesal de inadecuación de procedimiento) ya haya sido resuelta por una sentencia anterior firme de esta misma Sala hace que la misma haya adquirido la condición de “cosa juzgada” con todas sus consecuencias negativas –imposibilidad para la parte de replantearla– y positivas –necesidad de que esta Sala diga lo mismo que dijo la anterior–, de conformidad con las previsiones del art. 222 de la LECiv.” (*STS de 8 de julio de 2004*)⁶.

También con referencia a la cuestión procesal de incompetencia de jurisdicción, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al resolver un recurso de amparo en el que se alegaba desconocimiento de la cosa juzgada (en su función positiva) por no haber respetado el tribunal de un segundo proceso seguido entre las mismas partes, aunque con un objeto diferente, la declaración sobre la incompetencia de jurisdicción realizada en el primer proceso. El Tribunal Constitucional en esta sentencia declaró que “el presupuesto procesal de la jurisdicción por afectar al orden público procesal deberá ser examinado por la Sala con total libertad en la valoración de la prueba, sin vinculación con la narración histórica de la sentencia”; razonó así sobre esta cuestión sin que quepa “calificar esta argumentación de irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente”, desestimando así el amparo solicitado (*STC 226/2002, de 9 de diciembre*). No obstante, a esta opinión desde mi punto de vista correcta, le sigue un voto particular de dos Magistrados que entienden –amparándose en el art. 222.4 de la vigente Ley 1/2000– que hubiera debido concederse el amparo, “sin perjuicio de que no nos corresponde determinar qué resoluciones producen efecto de cosa juzgada y si dentro de las resoluciones procesales se incluyen o no las que declaren la competencia jurisdiccional, el derecho a la inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes padece cuando, declarada la naturaleza jurídico-laboral de la prestación de servicios entre los litigantes y la competencia consiguiente de la jurisdicción social en sentencia firme, esa

declaración es rechazada por otro órgano de la misma jurisdicción en otro proceso”.

Desde mi punto de vista, y a pesar de la opinión jurisprudencial transcrita, no creo que, hoy día, existan razones legales que avalen dicha opinión. Otra cosa es la conveniencia de que determinadas resoluciones firmes sobre la jurisdicción o competencia del tribunal, o cualquier otro presupuesto procesal, vinculen a cualquier tribunal ante el que se pretendiese plantear posteriormente esa misma cuestión. Pero lo cierto es que, con la Ley en la mano, me parece que no se debe seguir manteniendo aquella opinión; porque, si bien con anterioridad a la Ley de 7 de Enero de 2000 y ante la falta de regulación de la cosa juzgada, las opciones a favor podían tener cierto sustento, entiendo que la nueva Ley ha querido excluir de los efectos de irrevocabilidad las resoluciones que deciden cuestiones procesales. En primer lugar, porque el precepto dedicado a esta institución –el art. 222– se refiere a “la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias”, se sobreentiende, “de las pretensiones”; puesto que, a continuación establece los límites objetivos con estas palabras: “la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda, de la reconvenición...”. Y, desde luego, un presupuesto procesal no es técnicamente una pretensión. En segundo lugar, porque la resolución que –a tenor de la nueva Ley– se pronuncia sobre los presupuestos procesales en la Audiencia previa al juicio es un Auto (art. 206.2.2ª LEC), y no una sentencia firme de la que se predica la cosa juzgada (art. 222. 1 y 4).

Es evidente que no es deseable que el Juez de un primer proceso declare que el actor no tenía capacidad procesal, por ejemplo, o no acreditó el carácter de representante que se atribuyó, y, como consecuencia, dicte un auto de sobreseimiento poniendo fin al proceso; y que posteriormente, planteada en un proceso distinto esa misma cuestión procesal con relación a los mismos sujetos, el Juez del segundo proceso la resuelva de forma distinta. Lo normal será que esto no suceda; si el primer Juez resolvió con criterios jurídicos seguros, con toda seguridad el Juez del segundo proceso resolverá la cuestión del mismo modo. Pero lo que la ausencia de cosa juzgada significa con relación a esas cuestiones es que **“no vinculan” necesariamente** al Juez del segundo proceso, el cual podrá resolverlas del mismo modo que el primero, o de modo diverso sin violentar la institución de la cosa juzgada.

3.2. La cosa juzgada de los juicios sumarios.

Para los denominados “juicios sumarios” la nueva Ley insiste en afirmar el sentido técnico-jurídico de la sumariedad en el conocimiento de

determinados objetos procesales, consistente en que por tratarse de un enjuiciamiento interino y provisional, siempre se tenga la oportunidad de pretender una ulterior decisión definitiva e irrevocable⁷.

La no producción de cosa juzgada de las sentencias firmes que ponen fin a los juicios sumarios ya venía establecida con claridad en diversos preceptos de la derogada Ley procesal de 1881 (así, los arts. 1479, 1617 y 1618). No obstante, una consolidada “doctrina correctora” –como el propio Tribunal Supremo calificó– contraria a la letra de dichos preceptos, vino a establecer justamente lo contrario de lo que aquellas normas señalaban, “corrigiendo” no sólo la letra de la norma, sino la propia esencia y fundamento de un tipo de tutela –la sumaria– que, por ser provisional e interina, se debía ver respaldada por un posible posterior proceso plenario donde, con todas las garantías y sin limitaciones, se pudieran discutir cuantas cuestiones interesasen a las partes. Y así se refrendó por el propio *Tribunal Constitucional*, que, en *sentencia de 10 de febrero de 1992*, declaró con rotundidad (no como *ratio decidendi*, pero sí como *obiter dicta*) que el demandado en este tipo de procesos (se refería al juicio ejecutivo) debe poder desarrollar en el marco de un posterior proceso declarativo la defensa de sus legítimos intereses; y que esta idea se ve “solemnemente respaldada por el art. 24 de la CE al prescribir que nadie puede quedar indefenso ni verse impedido de tomar parte en un proceso con todas las garantías para la tutela de sus derechos”.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al replantearse esta cuestión, concluye en la Exposición de Motivos afirmando tajantemente el carácter sumario, en sentido técnico-jurídico de determinados procesos, y “dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada”. El art. 447 recoge expresamente aquella concepción de la sumariedad, y establece que “no producirán efectos de cosa juzgada” las sentencias que pongan fin a los juicios sumarios.

No tengo conocimiento de sentencia alguna del Tribunal Supremo que se haya dictado con motivo de un recurso de casación recaído en procedimiento iniciado bajo la vigencia de la nueva Ley. Pero la doctrina que viene vertiendo el Supremo Tribunal sobre la cosa juzgada de las sentencias recaídas en los juicios sumarios –años después de entrada en vigor la nueva Ley– no se aparta un ápice de lo declarado en años anteriores.

Así, con relación al juicio ejecutivo, la *STS de 7 de mayo de 2004*, recogiendo abundante jurisprudencia anterior, proclama que “la Jurisprudencia de esta Sala ha establecido un cuerpo de doctrina respecto a la interpretación del art. 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que señala los límites de la cosa juzgada de las sentencias recaídas en el previo juicio ejecutivo en relación con el posterior juicio declarativo”... De este

modo, “las excepciones del art. 1464 de la LEC, así como las causas de nulidad del art. 1467 de dicho Cuerpo Procesal, devienen inutilizables en el juicio declarativo posterior, tanto en los casos en que, esgrimidas en tiempo y forma, fueron desestimadas, como aquellos otros en que el ejecutado no quiso o no supo oponerlas”⁸.

De la misma manera, y respecto del juicio de desahucio, la *STS de 9 de junio de 2000* reitera “la doctrina de esta Sala sobre el limitado efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes recaídas en juicio de desahucio”, cuidando “siempre de advertir que estas sentencias sí lo producen en cuanto se haya examinado a fondo, con plenitud, el título arrendaticio o la razón jurídica invocada como justificante de la ocupación”, concluyendo esta Sentencia con una reprimenda a “la parte recurrente, quien, con un desmesurado afán de litigar contrario a las más elementales reglas de la buena fe, constitutivo de abuso de derecho y elusivo del cumplimiento de las sentencias firmes ordenado por los arts. 118 CE y 18 LOPJ, busca desesperadamente cualquier vía para suscitar una y otra vez las mismas cuestiones a fin de mantenerse a todo trance en la cantera”.

Más acertadamente, a mi juicio, comienza la *STS de 29 de febrero de 2000* afirmando que “los juicios de desahucio no producen los efectos de cosa juzgada, y por ello la cita del art. 1252 del C. Civil resulta extraña, respecto a ulteriores pleitos declarativos que puedan surgir entre los interesados”; si bien posteriormente el Tribunal Supremo vuelve a su prístina idea y declara que “por razón de la naturaleza especial y sumaria del juicio de desahucio por precario⁹, el mismo no puede producir, en principio, efecto de cosa juzgada y tan sólo cuando la cuestión litigiosa coincide con la que fue objeto de discusión en el juicio sumario y luego en el declarativo” se admite la cosa juzgada en los juicios sumarios.

Incluso, el *Tribunal Supremo, en S. de 27 de noviembre de 1998*, ha aplicado la doctrina de la Sala sobre el efecto positivo de la cosa juzgada a los juicios de desahucio, al operar en el sentido de no poder decidirse en un proceso ulterior un tema o punto litigioso de manera distinta a como ya haya sido resuelto por sentencia firme.

Como se observa por las anteriores reseñas jurisprudenciales, no parece que la nueva Ley procesal (que insiste en el carácter sumario de determinados procesos y, consecuentemente, en la no producción de cosa juzgada material de las sentencias que les ponen fin), vaya a variar la opinión del Tribunal Supremo¹⁰ sobre la eficacia de la cosa juzgada de los juicios sumarios.

Por lo que a mí respecta, entiendo que, con una legislación clara y moderna sobre la materia, los Tribunales no deberían continuar aplicando

esa “doctrina correctora de la letra de la Ley”, que responde, obviamente, a una opinión de la sumariedad contraria a la que la Ley ha recogido. No se puede pretender –ninguna Ley lo pretendió jamás– que los aplicadores del Derecho estén de acuerdo, siempre y en todo caso, con los mandatos legales; pero tampoco se puede olvidar que dichos aplicadores sólo quedan sometidos –en su excelsa y necesaria independencia– al imperio de la Ley. Concebir el problema de forma distinta sólo lleva a un estado de inseguridad jurídica no deseable; porque, como se ha visto con anterioridad, tampoco los Tribunales resuelven los distintos casos de modo unívoco, sino que a veces declaran la irrevocabilidad de la sentencia que pone fin a unos procesos sumarios, y otras declaran lo contrario.

Véase, si no, la *STS de 18 de octubre de 2002*, que en relación con un proceso interdictal manifiesta que “es un paradigma procesal que las sentencias en los juicios interdictales carecen de la eficacia de cosa juzgada, ya que, su sumariedad o perentoriedad para reparar la alteración fáctica producida, no empeece el juicio posterior”.

Concluyo este apartado con la misma reflexión que anteriormente hacía con relación a la cosa juzgada de las resoluciones que deciden cuestiones procesales: no es deseable que el Juez de un primer proceso declare, por ejemplo, extinguida la obligación deducida en el juicio sumario y, posteriormente, en el plenario, otro Juez resuelva la cuestión de distinta manera. Si el Juez del primer proceso resolvió con criterios jurídicos seguros, su decisión no contrariará lo que el segundo Juez haya de resolver. Pero la no vinculación que supone la ausencia de cosa juzgada lo que significa exactamente es que dicho Juez pueda pronunciarse con libertad de criterio, sin verse impedido por el óbice procesal que supone la cosa juzgada.

4. Factores que influyen en la delimitación de “lo juzgado”.

Excluidas, en esta primera aproximación a los límites del *iudicatum*, las sentencias recaídas en los procesos sumarios, y las resoluciones sobre cuestiones procesales dictadas con carácter firme, y reducido así el efecto de cosa juzgada material a las sentencias que ponen fin con carácter irrevocable a la cuestión de fondo, todavía es preciso indagar en la concreción de “lo juzgado”; por la sencilla razón de que la sentencia, como es sabido, es un acto del órgano jurisdiccional de contenido complejo, donde consta la parte dispositiva o fallo declarando el derecho, y donde constan también los razonamientos de hecho y de derecho por los que el juzgador ha llegado a esa decisión, con el análisis del elemento fáctico y su acreditación,

y la motivación jurídica adecuada a ese análisis fáctico. Y si bien es idea pacífica la de que el objeto de la cosa juzgada es la declaración del derecho subjetivo o de la relación jurídica sustantiva hechos valer en juicio, sigue habiendo una serie de preguntas concretas cuya solución no es ni mucho menos uniforme: la cosa juzgada ¿cubre sólo la declaración judicial contenida en la sentencia, o también las consecuencias implícitas en dicha declaración?; ¿alcanza solamente a lo expresamente sentenciado por haber sido alegado por las partes, o también lo que las partes deberían haber alegado?; ¿sólo afecta el *iudicatum* a la declaración de la situación jurídica o del derecho hecho valer en juicio, o también a las cuestiones lógicas o prejudiciales que el Juzgador ha tenido que plantearse hasta llegar a la solución de la concreta tutela jurídica solicitada?. Como se observa, la cuestión de la delimitación del *iudicatum* –antecedente necesario para poder compararlo con un *iudicandum*, a los efectos de averiguar si ha de operar o no la institución de la cosa juzgada – no es en absoluto sencilla¹¹.

Y no es sencilla porque confluyen aquí factores de muy diversa índole: técnicos, unos; y de política legislativa y sociológicos, otros; a los que seguidamente aludiré.

Se suele afirmar que la función jurisdiccional consiste en la satisfacción jurídica y no psicológica de pretensiones¹². El Juez no es un teórico estudioso de cuestiones que surgen a lo largo del proceso; el Juez es un órgano del Estado provisto de “*imperium*”.

Me voy a detener unos minutos en esta afirmación, porque entiendo que es cuestión necesaria para comprender lo que diré a continuación.

Es cierto que en todos los tiempos y en todos los ordenamientos jurídicos se ha sentido la necesidad de establecer un instituto que ponga fin a la posibilidad de repetir las controversias, con grave riesgo para la seguridad jurídica y la paz social. La cosa juzgada y sus límites responden así a una cuestión de oportunidad y utilidad social: no es bueno que un derecho declarado judicialmente pueda ser en el futuro ignorado.

Pero –como ya desde hace tiempo ha sido puesto de relieve– la cosa juzgada no es un efecto inherente, connatural, a la sentencia del Juez. Savigny ya observó que esta institución no tiene nada de absoluto y necesario. La autoridad de la cosa juzgada no es una característica esencial necesaria de los actos jurisdiccionales –dice LIEBMAN¹³– sino sólo una institución dispuesta por la Ley por motivos de oportunidad y de conveniencia política y social.

Realmente, del concepto del oficio del Juez deriva naturalmente que la sentencia deba mandarse ejecutar forzosamente hasta que se cumpla; pero

no que deba tenerse en el futuro como norma inmutable de la relación decidida: más bien al contrario –afirma CHIOVENDA¹⁴–, el reexamen indefinido de la controversia parecería más conforme con la justicia. Por lo tanto, son razones de oportunidad política, de utilidad social, las que aconsejan poner un término a la investigación judicial, y tratar a la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto.

Entiendo, pues, que es desde este punto de vista de política legislativa como hay que abordar la cuestión de la definición y límites de la cosa juzgada. El Legislador, a la hora de diseñar esta institución, habrá de plantearse y dar respuesta adecuada a la función que hoy día debe cumplir el proceso y averiguar qué interés social subyace a la exigencia de irrepetibilidad de litigios. La cosa juzgada y sus límites habrán de compadecerse con las vicisitudes sociopolíticas de la esencia misma del proceso como cauce necesario de la función jurisdiccional.

Por esto es por lo que, a través de los tiempos, la cosa juzgada ha sufrido variaciones considerables en los distintos ordenamientos jurídicos¹⁵, dependiendo de aquellos condicionamientos sociopolíticos aludidos.

Por citar sólo los hitos más significativos, diré que en el Derecho Romano, el acto emanado de los órganos del Estado declarando la voluntad de la ley (“*si paret, condemna; si non paret, absolvitur*”) es un propio acto de voluntad, un acto de *imperium*. Lo que permanecerá indiscutible para el futuro es la declaración judicial de reconocimiento o desconocimiento del bien. El juicio lógico que precede al acto de voluntad final, el razonamiento del Juez empleado para llegar a esa declaración final, tiene un carácter meramente instrumental y subsidiario, secundario, destinado a perder toda su importancia tan pronto como el proceso alcance su finalidad, esto es, la emanación de ese acto de voluntad, ese acto de *imperium* estatal¹⁶.

En el Derecho intermedio, debilitado el concepto de Estado y de la Ley como voluntad del mismo, se produce una inversión de ambos elementos: el elemento lógico de la decisión judicial se superpone al acto de voluntad; el razonamiento del Juez adquiere supremacía sobre el acto último de voluntad. Los Glosadores, fundándose en la máxima romana *res iudicata pro veritate accipitur*, utilizaron conjuntamente otra máxima también extraída del Digesto: *sententia facit ius*. A partir de estas máximas, en la segunda mitad del S. XIII, el *haberi pro veritate* fue considerado como una *praesumptio iuris* (DURANTIS), y varios siglos después, como presunción *iuris et de iure* (Savigny), incluyéndose en el campo probatorio la autoridad de la cosa juzgada¹⁷.

Llegada la época de la Codificación, los ordenamientos jurídicos optaron por diversos (y opuestos) sistemas de concebir la cosa juzgada:

- El sistema germano consideró la cosa juzgada con la máxima independencia del elemento lógico. Así, la Ley procesal alemana estableció en el parágrafo 322 que las sentencias producen cosa juzgada sólo en cuanto deciden sobre la pretensión hecha valer, entendiéndose que no es la cuestión jurídica la que viene cubierta con la autoridad de la cosa juzgada, ni por tanto las premisas de hecho o de derecho de la sentencia, sino sólo la afirmación o exclusión de la obligación jurídica.

- A la misma conclusión se llegó en Italia, por obra de la enorme autoridad científica de Chiovenda, para quien –como he dicho anteriormente– la cosa juzgada es esencialmente un acto de voluntad del Estado, irrevocablemente obligatorio para todo futuro Juez. Es verdad –decía el Maestro italiano– que este acto de voluntad va precedido de un razonamiento; es verdad que de este razonamiento se da explicación en los motivos de la sentencia para garantía del ciudadano. Pero, una vez que se alcanza con la sentencia la declaración de la voluntad de la Ley, el ordenamiento jurídico barre y olvida el aparato lógico que sirva para alcanzarla, como el artista barre y olvida la materia de la que se sirve para la representación de su idea. Desaparece a los ojos del Derecho el razonamiento y toda huella de sus posibles errores. Y esto es lo que eleva al Juez del nivel de un lógico cualquiera a la suprema dignidad del Magistrado. El Juez representa al Estado, pero no en cuanto razona; no hay en la sentencia un razonamiento de Estado¹⁸.

- Otros ordenamientos, como el Francés, optaron, por el contrario, por acoger la idea de “ficción de verdad”, de presunción de verdad, como base social, como justificación social de la cosa juzgada. También aquí, la autoridad de Savigny, máximo defensor de la doctrina según la cual la cosa juzgada se extiende a los motivos de la sentencia, influyó de modo decisivo, como rigurosa consecuencia lógica de concebir la cosa juzgada como “ficción de verdad”. De ahí también que se acuñaran expresiones demostrativas de poderes *cuasi* sobrenaturales de la cosa juzgada, aludiéndose así a “la santidad” de la cosa juzgada.

En nuestro país, por influencia del Código Napoleónico que recogió la cosa juzgada como ficción de verdad¹⁹ (*pro veritate habetur*) y que la inserta en sede de prueba, como una presunción, la cosa juzgada fue regulada en nuestro Código civil con aquellas características apuntadas propias de una larga evolución histórica.

Por otra parte, en los países del Common Law, el desarrollo de esta institución ha sido completamente diverso²⁰, con lo que el alcance y los límites de la cosa juzgada son asimismo diversos.

Fruto de esta diversa concepción de la cosa juzgada, según los distintos

ordenamientos jurídicos y épocas históricas, es la mezcolanza de conceptos que confluyen en las definiciones de los Tribunales.

No es infrecuente leer en diversas Sentencias del Tribunal Supremo declaraciones sobre la naturaleza jurídica de esta institución con las siguientes palabras: “No es posible lograr la rectificación de las sentencias firmes mediante posteriores demandas, por impedirlo la autoridad de la cosa juzgada, bien se considere que ésta viene fundada en la **teoría de la ficción de verdad**, ya se le aplique la **teoría del contrato o cuasi contrato judicial**, en cuanto se entienda significativo de la voluntad de las partes que se someten al resultado de la decisión judicial, ora contemplando el **valor constitutivo de la sentencia**, como correspondencia al fin propuesto por las partes, o de una **institución procesal**, en el sentido de atribuir a los Tribunales la función de no juzgar cuando la función jurisdiccional se ha desenvuelto plenamente, e incluso como **voluntad autoritaria del Estado**, por el parecer que el fundamento de la cosa juzgada no está en el elemento lógico de la sentencia, sino en la voluntad del Juez como representante u órgano de la autoridad del Estado...” (SSTS de 2 de julio de 1992; 23 de marzo de 1990, entre otras).

5. “Lo juzgado” en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con semejante arrastre histórico, con una Jurisprudencia sobre la materia repleta de contradicciones, con una regulación en sede de Código Civil insuficiente y en algunos puntos errada²¹, y con una doctrina moderna que empieza a sentir con visión científica la necesaria sustitución del mito e intenta liberar esta institución de la niebla que la ha venido envolviendo (presunción, ficción, verdad, santidad), el Legislador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha afrontado la regulación de esta institución partiendo de planteamientos sociopolíticos claros.

Si, como he dicho con anterioridad, la definición de la cosa juzgada (en el sentido etimológico del término definir, esto es, delimitar, individualizar, acotar la esencia de lo definido) depende de la voluntad política del Legislador; si la cosa juzgada no es un efecto connatural de la decisión judicial, sino que obedece a factores externos de oportunidad política, es lógico que el innovador Legislador de la Ley 1/2000 se haya visto obligado a razonar el por qué de la regulación de la cosa juzgada como consta en los arts. 222 LEC y concordantes. Y así, se explica en la Exposición de Motivos cuál debe ser la función que incumbe a los Jueces Civiles y cuál el diseño del proceso adecuado para resolver las controversias.

El Legislador ha partido de una idea, no por sabida, menos digna de consideración: el proceso civil, como regla²², sirve de cauce adecuado para la resolución de controversias privadas, donde no subyace un interés público que exija satisfacción. A las partes corresponde la iniciativa procesal y la carga de pedir y configurar la concreta tutela judicial que reclaman. A la Administración de Justicia le compete dar respuesta adecuada a las pretensiones de los justiciables, armonizando las peticiones de éstos con el razonable y adecuado funcionamiento de aquélla. Para ello, el Legislador parte de la exigencia de racionalización del proceso y de la adecuada “administración” de la Justicia. No es bueno –se dice en el epígrafe VIII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley– “someter a los mismos justiciables a diferentes procesos, ni provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo”.

En los tiempos que corren, de creciente litigiosidad y compleja actividad judicial, es de elemental prudencia que la política legislativa vaya orientada a evitar la innecesaria multiplicación de los litigios, cuidando, por supuesto, que no padezcan ni la seguridad jurídica ni la plenitud de las garantías procesales.

Para armonizar estas exigencias, la nueva Ley ha dispuesto de útiles instrumentos, entre los que sin duda se encuentra la regulación dada a la cosa juzgada.

¿Qué es lo que, en la nueva Ley, constituye “lo juzgado”? ¿Qué es lo que, por haber quedado definitivamente juzgado, no va a ser posible pretender en un proceso posterior?.

El art. 222 LEC, en sus párrafos 2 y 3, establece los límites de “lo juzgado” con efectos vinculantes para los Jueces de futuros procesos. Lo juzgado, dice el número 2 de este precepto, alcanza a las pretensiones de la demanda (y, en su caso, de la reconvención), así como a los “puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 408 de esta Ley”.

Con esta norma, la nueva Ley, ciertamente, establece los límites objetivos de la cosa juzgada, pero deja sin resolver cuestiones que tradicionalmente se han venido planteando. Cuestiones que, para su solución, el intérprete tendrá que tamizar a la luz de aquellos postulados sociopolíticos apuntados anteriormente.

5.1. La cosa juzgada se extiende a las “pretensiones”.

La cosa juzgada se extiende, dice la Ley, a las pretensiones del actor (y del demandado, si ejercitó acción reconvencional). Alejada de todo

doctrinarismo –como se dice en la Exposición de Motivos, epígrafe IV– la Ley utiliza los vocablos “pretensión” o “acción” como expresiones de una misma realidad, tal como venía sucediendo en la Ley procesal anterior y en la jurisprudencia y doctrina durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno.

A lo que se extiende el *iudicatum*, pues, es a la concreta tutela jurídica pretendida por el actor (principal o reconvenional) y resuelta en la sentencia. Y esa concreta tutela jurídica, esa concreta acción o pretensión, se identifica por lo pedido en la demanda y resuelto en la parte dispositiva de la sentencia, teniendo como fundamento de esa petición los razonamientos fácticos y jurídicos determinantes de dicha petición.

No es cierto, así, que lo que pase en autoridad de cosa juzgada sea sólo la parte dispositiva de la sentencia, a pesar de la reiterada doctrina jurisprudencial al respecto²³. Pero tampoco es cierto, a mi juicio, que todos los razonamientos empleados para llegar a aquella decisión, aisladamente (esto es, de forma independiente y desligados de aquella consecuencia jurídica a la que van abogados), por sí solos, constituyan “cosa”, materia, juzgada con ese efecto vinculante para los Jueces de futuros procesos. De ser así, la cosa juzgada alcanzaría unas dimensiones desproporcionadas y conduciría a una incertidumbre de los derechos de los justiciables mayor de la que se quiere evitar con esta institución. Si de forma autónoma e independiente, todos y cada uno de los razonamientos llevados a cabo para alcanzar la conclusión a la que llega el órgano jurisdiccional en su sentencia, tuvieran que ser considerados como *res iudicata*, capaces de excluir toda discusión en un proceso posterior, verdaderamente la inseguridad jurídica que se trata de evitar con la cosa juzgada no habría hecho más que incrementarse.

Entiendo, por tanto, y siendo consciente de la simplificación que me impone la naturaleza de este acto, que sólo los razonamientos de hecho y de derecho (esos “hechos jurídicamente relevantes”) que identifican e individualizan la causa de pedir de la concreta pretensión de tutela que se solicita, pasan en autoridad de cosa juzgada, porque el Juez ha tenido que contemplarlos, examinarlos y resolverlos no *incidenter tantum*, a los meros efectos incidentales o de paso, sino como decisivos y determinantes de la resolución final.

Si, por ejemplo, se reclama una cantidad de dinero como consecuencia de unos trabajos profesionales encargados por quien se dice ser propietario de una finca, la sentencia que acoge la demanda y condena al demandado a pagar aquella cantidad al actor, pasará en cosa juzgada en cuanto a la concreta pretensión ejercitada, que se identifica y delimita por los sujetos

(el que arrienda los servicios y el que presta los servicios contratados), el *petitum* (la condena de la concreta cantidad reclamada) y la causa de pedir (los hechos con transcendencia jurídica que conforman el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre las partes). La declaración de condena, fundada en el contrato aludido, será lo que constituye el *iudicatum* a los efectos de vincular a un Juez en un proceso futuro; porque para llegar a aquella conclusión (la condena al pago) el Juez ha tenido que basarse con carácter esencial, radical, en la existencia del pacto de arrendamiento de servicios de los contratantes, y su decisión al respecto no es un *obiter dicta*, sino que constituye la *ratio decidendi* de la condena.

Ahora bien, si entre la motivación de la sentencia, el Juez ha razonado acerca de la titularidad del bien, en cuanto que el actor se atribuyó la propiedad del mismo para celebrar o no el contrato antedicho, tal cuestión no habrá de pasar en autoridad de cosa juzgada, porque no constituye la *ratio* de la decisión, sino que el Juez la ha tenido en cuanta *incidenter tantum*, a los meros efectos incidentales. Si en un proceso posterior que versara sobre la titularidad de aquel bien se opusiera la excepción de cosa juzgada, ésta habría de ser rechazada, por cuanto no encaja en los límites objetivos tal y como aquí defendemos. El Juez de ese segundo proceso tendrá que pronunciarse sobre esa cuestión, sin quedar vinculado por el pleito anterior; siendo posible que llegara a un resultado contrario a lo allí decidido.

Es verdad que, en el caso que se ha expuesto como ejemplo, existiría una incompatibilidad lógica (quien en un primer proceso se dijo titular de un bien, en uno posterior resulta lo contrario), y que esta situación no parece deseable. Como dice el Tribunal Constitucional²⁴, no es razonable que de distintas resoluciones judiciales se desprenda que unos mismos hechos existieron y no existieron a la vez. Pero esta incompatibilidad lógica (que no técnica, como acabo de apuntar) es más soportable jurídicamente que una extensión objetiva de la cosa juzgada a todas las cuestiones que –de modo indiscriminado– vayan surgiendo en un proceso. El justiciable, a mi juicio, perdería el control de los derechos que ejercita, y el remedio (la no proliferación de litigios) sería peor que la enfermedad (la satisfacción jurídica de las pretensiones por los tribunales de justicia).

En el sentido expuesto, el Tribunal Supremo ha otorgado eficacia de cosa juzgada a los razonamientos de hecho y de derecho que han servido al Juzgador para otorgar o denegar la tutela jurídica pretendida.

Así, en *STS de 6 de noviembre de 2002* se apreció cosa juzgada de la sentencia firme que desestimó la pretensión del actor solicitando que se declarase perfeccionada la compraventa entre las partes, por entender que

el contrato que unía a las partes era de opción de compra que no había ejercitado el actor con arreglo a lo pactado. Iniciado un posterior proceso ejercitando la acción reivindicatoria de la finca, el Tribunal apreció cosa juzgada respecto de la naturaleza jurídica del contrato que ligaba a las partes, el cual fue considerado en la anterior sentencia firme como de opción de compra; y “tal declaración –dice esta Sentencia– produce la preclusión de un ulterior juicio sobre el mismo objeto”.

Del mismo modo, la *STS de 15 de noviembre de 2001* apreció cosa juzgada de la declaración de la falta de pago del demandado, en un proceso donde el actor solicitaba la resolución de un contrato de compraventa. El rechazo de la pretensión por el Tribunal y la absolución del demandado por no haber quedado acreditado el incumplimiento de la obligación de pago, sirvió para apreciar cosa juzgada en un segundo proceso en el que el actor solicitaba el cumplimiento de la obligación. El Tribunal entendió que la falta de pago del demandado era cuestión definitivamente decidida, puesto que había servido en el proceso anterior para rechazar la pretensión actora.

También la *STS de 28 de noviembre de 1998* estima cosa juzgada de la declaración de buena fe en la posesión de los frutos que se produjo en un primer proceso en el que solicitaba la declaración de nulidad de un contrato de compraventa. Iniciado un segundo proceso sobre abono de los gastos necesarios, útiles y de mejoras realizadas en la finca litigiosa, el Tribunal Supremo entendió que aquel pronunciamiento sobre la buena fe en la posesión ya fue resuelto con carácter irrevocable y, por tanto, vincula en un segundo proceso.

La *STS de 1 de diciembre de 1997* asimismo apreció cosa juzgada de la declaración realizada con motivo del ejercicio de una *actio communi dividundo*, en el sentido de entender que la relación jurídica existente entre las partes, con respecto al negocio común, era la de una comunidad de bienes, “por lo que si en el segundo proceso (al que se refiere el presente recurso de casación), seguido entre las mismas partes (aunque con posiciones procesales invertidas con respecto al anterior), el demandad don J. ha venido a sostener que la relación jurídica existente entre él y don A. no fue la de comunidad de bienes, sino la de una sociedad civil irregular, es evidente que dicha tesis no puede en ningún caso ser acogida, por impedirlo el antes dicho efecto positivo o vinculante o prejudicial de la cosa juzgada, que produce la sentencia firme recaída en el proceso anterior, la cual declaró que la relación jurídica existente entre las partes fue la de una comunidad de bienes”.

Finalmente, la *STS de 6 de abril de 1999* señala que si en un primer proceso se ejercita una acción de revocación de la donación a causa del

incumplimiento del donatario, y se desestima la pretensión de revocación, argumentando la sentencia que no quedó acreditado tal incumplimiento, esta declaración de falta de incumplimiento alegado como *causa petendi* en la acción revocatoria constituye cosa juzgada en un pleito posterior donde lo que el actor solicita es el cumplimiento del contrato pactado por donante y donatario.

Ocioso es decir que el paso de cosa juzgada de los razonamientos que individualizan la causa de pedir de la pretensión de tutela que se solicita, generalmente lo que producen es un efecto prejudicial, positivo o vinculante para la decisión del tribunal de un segundo proceso. Únicamente se daría el efecto negativo de la cosa juzgada (*non bis in idem*), excluyente del segundo proceso, si en ese posterior proceso la acción que se ejercitara fuera exactamente la relación jurídica (los hechos jurídicamente relevantes) que constituye la causa de pedir en el anterior. Pero lo normal no será eso, sino que será más frecuente que se trate de procesos donde no se dé una identidad de objeto, sino una relación de prejudicialidad²⁵, de tal modo que el Juzgador del segundo proceso habrá de partir obligadamente de lo decidido con carácter de irrevocable en el proceso anterior (aunque no fuera propiamente la declaración contenida en la sentencia, sino el motivo o razón por el cual el Juzgador llegó a aquella declaración).

5.2. La cosa juzgada se extiende a “los puntos” del art. 408 LEC.

Además de a las pretensiones del actor (principal o reconvenional), la cosa juzgada, dice la norma que comentamos, alcanza a “los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 408 de esta Ley”.

La referencia hace alusión a unas específicas alegaciones del demandado, a unas excepciones materiales que el Legislador de la nueva Ley ha dado una naturaleza y un tratamiento en el proceso de verdaderas reconveniones. Me refiero a las excepciones de compensación y de nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda.

En otro lugar²⁶ ya me ocupé de esta cuestión, y valoré el esfuerzo legislativo por positivizar en una norma el tratamiento procesal de estas dos propias excepciones que tienen en común con la reconvenión el fundarse en un derecho del demandado que se asienta sobre un material fáctico no cubierto por los límites de la acción, ampliando por ello el campo de la contienda jurídica. Precisamente por esta ampliación del objeto litigioso que ambas excepciones comportan, la Ley –acabando con todas las contradicciones anteriores– les da la consideración de verdaderas reconveniones. No las denomina así, pero tampoco excepciones, sino que

para referirse a ellas emplea el atécnico término de “puntos”. Pues bien, estos “puntos” que, según el art. 408.3 exigen expresa resolución en la sentencia (esto es, pronunciamiento judicial expreso y no tácito, como permite la Jurisprudencia para el resto de las excepciones opuestas por el demandado), son alcanzados por los límites objetivos de la cosa juzgada, por expresa disposición de este art. 222.2.

No cabe duda de que con esa regulación clara y precisa dada a estas peculiares excepciones de compensación y nulidad, se van a paliar las grandes discusiones doctrinales y las contradictorias declaraciones jurisprudenciales; porque, al menos desde el punto de vista procesal, el tema ha quedado legalmente establecido: el demandado que quiera defenderse de la demanda oponiendo al crédito del actor un crédito suyo en compensación, o alegando la nulidad de la relación jurídica en la que el actor basa su pretensión de condena, los hará valer en su contestación a la demanda. De estas alegaciones se dará traslado al actor en los términos previstos para la contestación a la reconvencción. Esos “puntos” serán debatidos a lo largo del proceso y decididos expresamente en la sentencia. Y los pronunciamientos judiciales a su respecto pasarán en autoridad de cosa juzgada.

Imaginemos un ejemplo: el actor ejercita una acción de reclamación de cantidad contra el demandado para que éste le abone el pago de parte del precio aplazado de una compraventa. El demandado no se defiende alegando que ha pagado, o que la cosa no le ha sido entregada, o el cumplimiento defectuoso de la obligación; sino que ataca de raíz el contrato en el que se basa la reclamación del actor, alegando la excepción de nulidad. La declaración firme del tribunal sobre la nulidad o validez del contrato de compraventa que liga a las partes quedará definitivamente juzgada, vinculando a los Jueces de todos los procesos futuros, ya sea para impedir que se siga un nuevo proceso que verse sobre dicha cuestión; ya sea para obligarles a partir de esa irrevocable declaración de nulidad (o de validez) cada vez que, en un nuevo proceso entre las mismas partes, el mencionado contrato constituya la causa de pedir de otra nueva acción.

5.3. La cosa juzgada y las demás excepciones materiales.

Pues bien, establecido legalmente que la cosa juzgada cubre esas dos excepciones, la pregunta obvia surge a continuación: ¿y las demás excepciones?; ¿sólo esas excepciones, por expresa disposición legal, pasan en autoridad de cosa juzgada, y quedan excluidas las demás? La respuesta no es fácil.

En ese acto complejo que es la sentencia judicial, el derecho o situación jurídica correspondiente quedará declarado en la parte dispositiva; pero para llegar a tal conclusión, el Juzgador habrá tenido que valorar y motivar en los razonamientos jurídicos de la sentencia las objeciones, defensas y excepciones alegadas por el demandado. Y aquí radica la pregunta ¿esa decisión judicial sobre las excepciones opuestas por el demandado (estimándolas o desestimándolas) queda cubierta por la cosa juzgada?

Pongamos otro ejemplo: en reclamación de unos honorarios profesionales, el demandado alega la prescripción por el transcurso del tiempo legalmente establecido para su exigencia judicial. Si en pleito posterior, se reclamaran otros honorarios como consecuencia de aquella relación profesional entre los litigantes, y el demandado hiciera valer la prescripción decidida en el anterior ¿sería posible hacer valer eficazmente la cosa juzgada²⁷ sobre ese extremo?. Aisladamente, ¿la declaración sobre la existencia o inexistencia de la prescripción de las obligaciones dimanantes de aquella relación jurídica sería irrevocable y vinculante para los Jueces de todos los futuros procesos? O más bien aquella declaración de la prescripción sólo se hizo incidentalmente, con efectos sólo en ese proceso para acoger o desestimar la pretensión?

Hasta la promulgación de la nueva LEC, la doctrina venía entendiendo que, acogida en nuestro país la idea romana, no habrían de pasar en autoridad de cosa juzgada las cuestiones o razonamientos preparatorios de la decisión final: éstos se decidirían sólo *incidenter tantum* y no con carácter irrevocable.

Pero, poco a poco, fue cobrando fuerza una corriente doctrinal²⁸ que, con planteamientos más actuales acerca de la función del proceso, recondujo la doctrina de la cosa juzgada y sus límites al banco de prueba del derecho de defensa de los litigantes. Dicen estos autores que si la cuestión o punto prejudicial ha sido debidamente tratada desde el punto de vista de la efectiva contradicción y demás garantías procesales, no hay razón alguna –y sí muchos inconvenientes– para que su resolución no sea alcanzada por la cosa juzgada.

Entiendo el espíritu que alumbró esta concepción de la cosa juzgada, que, en definitiva, viene a reflejar la idea del Legislador de la nueva Ley manifestada en la Exposición de Motivos: la racionalización del proceso; la exigencia de que queden zanjadas en un proceso todas las cuestiones, y no hayan de ser sometidos unos mismos litigantes a diferentes procesos. Sin embargo, no sería desatinado pensar que no ha sido ésta la opción que ha acogido el legislador a la hora de establecer la norma. Porque si ha hecho mención expresa a dos tipos de excepciones (la de compensación y la de nulidad del negocio jurídico) y a ellas las ha sometido a ese “banco de

pruebas” del derecho de defensa, exigiendo que de dicha alegación se dé traslado al actor para su contestación como si de una reconvención se tratara, no sería ilógico concluir que para el resto de las excepciones, que no siguen ese tratamiento de garantías procesales plenas (contradicción y defensa en trámite independiente), el Legislador haya querido que su resolución (expresa o tácita) en la sentencia lo sea a los meros efectos incidentales y sin valor *per se de cosa juzgada*.

Al respecto, el Profesor DE LA OLIVA²⁹ opina que esta inclusión expresa del legislador a las excepciones de compensación y nulidad no significa exclusión legal de las demás; y que resulta arriesgado aplicar aquí el aforismo *inclusio unius, exclusio alterius*, por lo que la expresa previsión legal acerca de la compensación y de la nulidad no se puede interpretar como ausencia de de cosa juzgada en cualquier otro caso de excepciones.

Comparto la opinión del Profesor De la Oliva; y avalo su idea con un razonamiento propio que me parece de suficiente entidad: el motivo por el que el legislador sólo ha aludido expresamente a la compensación y a la nulidad, para otorgarles un tratamiento procesal específico (como alegaciones reconvencionales), es porque tales excepciones se separan de las características generales de toda excepción, en cuanto que no quedan limitadas –como el resto– al ámbito de la acción sino que lo rebasan, ampliándolo. Por ello, en cuanto que su alegación por el demandado amplía el objeto inicial del proceso, es lógico que la decisión sobre ellas vaya precedida de la necesaria contradicción como si de una reconvención se tratase. El resto de las excepciones (que se limitan a impedir, extinguir o enervar los hechos constitutivos de la acción) no exigen esa diferenciada contradicción, bastando para la adecuada defensa de los litigantes la secuencia normal del proceso; y bastando para su correcta resolución la necesaria motivación en la sentencia, sin necesidad de pronunciamiento expreso.

En todo caso, reconozco que la dicción legal³⁰ no es lo suficientemente clara como para que permita zanjar definitivamente la cuestión; y que persistirá el debate sobre ella. Pero lo que no puede perderse de vista a la hora de interpretar los concretos preceptos legales es ese espíritu de necesaria racionalización del proceso al que venimos aludiendo.

Con relación a la cosa juzgada de las excepciones materiales opuestas por el demandado, el Tribunal Supremo, en una jurisprudencia no siempre uniforme, ha terminado por otorgar eficacia de cosa juzgada al pronunciamiento judicial sobre las excepciones materiales alegadas por el demandado. Así, en *STS de 18 de septiembre de 1999*, apreció cosa juzgada de un primer proceso donde se ejercitó una acción de reclamación

de diversas cantidades debidas por los demandados en concepto de rentas. Los demandados alegaron la excepción de nulidad del contrato por error en el consentimiento³¹, excepción que no fue acogida, por lo que resultaron éstos condenados al pago de aquellas cantidades. Iniciado un segundo proceso por los entonces condenados sobre resolución del contrato de arrendamiento, el Tribunal declaró cosa juzgada respecto de la validez del contrato apreciada en el proceso anterior como causa de pedir de las rentas reclamadas.

La *STS de 3 de noviembre de 1993* plantea la eficacia de la cosa juzgada de la excepción de falta de personalidad de una Comunidad de Propietarios resuelta en un proceso anterior. El Tribunal Supremo argumenta que a pesar de no contener el fallo de la sentencia recaída en el primer procedimiento ningún pronunciamiento concerniente a la Comunidad de Propietarios, toda vez que el fallo fue estimatorio de la demanda de la citada Comunidad, debe entenderse un pronunciamiento desestimatorio de la excepción opuesta “cual embebido en el estimatorio de la demanda”, de modo que la cuestión, así planteada, ya fue estudiada y resuelta en la sentencia dictada en el primer procedimiento.

También la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el demandado es la cuestión que se decide en las *SSTS de 18 de junio y 2 de julio de 1992*: desestimada en un primer proceso la demanda de acceso a la propiedad, por acoger la sentencia la falta de legitimación activa (no tener el actor al cualidad de arrendatario), tal declaración sobre dicha excepción pasa en autoridad de cosa juzgada de un segundo proceso con objeto distinto, de tal modo que queda “zanjado definitivamente la concurrencia o no en el hoy actor de su cualidad de arrendatario, a los fines de poder ejercitar el derecho de acceso a la propiedad que le confiere la normativa contenida en los arts. 98 y 99 LAR”.

Con relación a la excepción de prescripción, el Tribunal Constitucional, en *STC 171/1991, de 16 de septiembre*, contradice la doctrina anterior. En este caso, los actores interpusieron demanda contra la empresa donde trabajaban en reclamación de determinados salarios que habían quedado pendientes de pago después que se extinguieron sus contratos de trabajo por jubilación del empresario. La empresa resultó condenada; pero declarada insolvente con posterioridad, por lo que los trabajadores solicitaron el abono de los salarios por el Fondo de Garantía Salarial. El Fondo alegó prescripción, por el transcurso de más de un año desde que se devengaron los salarios hasta que se formuló la demanda contra la empresa, de conformidad con lo establecido en el art. 59.2 ET. Los trabajadores interpusieron entonces demanda ante la Magistratura de Trabajo, alegando que en un primer proceso la sentencia firme allí dictada había condenado

a la empresa demandada, por lo que existiría la excepción de cosa juzgada. Dicha excepción de cosa juzgada no fue apreciada por el Juzgador, y entrando a enjuiciar el fondo del asunto, absolvió al Fondo por acoger la excepción de prescripción por él alegada. Los trabajadores recurrieron entonces en amparo al Tribunal Constitucional, el cual desestimó su pretensión considerando que no puede apreciarse la cosa juzgada por no tratarse de dos procesos idénticos, como exige la Ley: no existe identidad de personas, puesto que en el primer proceso la parte demandada era la empresa, y en el segundo lo era el FOGASA. Tampoco existe identidad de objeto, por cuanto en un proceso se ventilaban deudas salariales frente al empresario, y en el otro una prestaciones sociales frente a una entidad pública, que garantiza el pago en determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites de deudas laborales impagadas. De ahí que la sentencia recaída en el primer proceso –concluye– no deba tener eficacia de cosa juzgada en el proceso seguido posteriormente contra el Fondo. En el primer proceso no se planteó el tema de la prescripción, por lo que no hubo ningún pronunciamiento judicial al respecto, que en ningún momento declaró prescrito el derecho de los actores.

Desde mi punto de vista, esta Sentencia del Tribunal Constitucional parte de un error al no distinguir la cosa juzgada excluyente (de otro proceso con objeto idéntico) de la cosa juzgada prejudicial (de otro proceso donde el objeto no es idéntico, sino que el resuelto en un primer proceso constituye el presupuesto, la causa de pedir, del segundo), que es exactamente lo que aquí ocurrió: la condena de la empresa declarada en el primer proceso constituye la causa de pedir (el presupuesto o razón de pedir) de la condena del FOGASA; y aquella condena ya fue juzgada con efectos de cosa juzgada³².

5.4. La cosa juzgada cubre “lo deducido” y “lo deducible”.

Como ya dije en otro lugar³³, la máxima según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible ha sido históricamente admitida. Es la lógica consecuencia de la naturaleza de la cosa juzgada como concreta determinación de las recíprocas situaciones jurídicas de las partes en contienda³⁴, y no como mera operación cognoscitiva sobre los argumentos o razones o sobre el valor persuasivo o no de las pruebas³⁵. Establecida en la sentencia la concreta relación jurídica entre las partes, es irrelevante que a tal resultado se haya llegado acogiendo o rechazando esta o aquella argumentación o razón, o acogiendo o rechazando tal o cual prueba. Todas las razones que se alegaron o se pudieron alegar (ya sea por parte del actor

como por parte del demandado) quedan cubiertas por la cosa juzgada. Y así ha sido declarado por nuestro Tribunal Supremo³⁶, el cual ha declarado que los hechos, argumentos y pruebas que se hubieran podido alegar y no se alegaron quedan cubiertos por la cosa juzgada, porque “entenderlo de otro modo propiciaría la reiteración de pleitos sobre un mismo asunto, con infracción del principio *non bis in idem* y mengua de la seguridad jurídica que es uno de los varios que inspiran la institución de la cosa juzgada material” (STS de 11 de marzo de 1985).

La razón o justificación que se ha dado a tal aserto³⁷, consiste en que la declaración contenida en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada rompe el nexo que une la norma con el supuesto de hecho concreto aducido; en cuanto se forma el *iudicatum*, el supuesto de hecho del que deriva el derecho hecho valer en juicio encuentra la fuente de su relevancia jurídica únicamente en la declaración contenida en la sentencia pasada en cosa juzgada y no ya en la norma general y abstracta. Por ello, se dice que la cosa juzgada opera como *lex specialis*. De ahí la inatacabilidad de la cosa juzgada sobre la base de consideraciones anteriores a la formación temporal de la cosa juzgada, deducibles en el proceso en que ésta se ha formado, aunque no se hayan deducido. La sentencia pasada en cosa juzgada “precluye” la posibilidad de una demanda en un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos que habrían podido ser planteados al Juez en el anterior litigio³⁸, siempre –se entiende– dentro de los límites objetivos de la acción ejercitada (esto es, el mismo *petitum* y la misma *causa petendi*).

Con anterioridad a la nueva regulación que sobre la cosa juzgada realiza el art. 222, en conexión con el art. 400 LEC, la aplicación de esta máxima (“la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible) entrañaba no pocas dificultades. Se consideraba que en “lo deducible” alcanzado por la cosa juzgada, se incluyen los hechos, argumentos y pruebas que se hubieran podido alegar y no se alegaron y que forman parte de la misma relación jurídica sometida a enjuicamiento³⁹, o lo que es lo mismo, de la misma acción u objeto procesal. Pero la dificultad esencial estriba en identificar en cada caso los hechos, las razones, los argumentos jurídicos, como integrantes o no de la causa de pedir. Por esto es por lo que, el propio Tribunal Supremo ha dejado de aplicar esta máxima (y, por tanto, entender que no se da el efecto de cosa juzgada de la resolución anterior) en un buen número de sentencias, por entender que “la causa de pedir es un título en el que se funda un derecho y del que pueden derivarse distintas acciones, que si ejercitada alguna se declara inadecuada con base en fundamentos jurídicos encaminados a este fallo y sin desconocer que le asiste un motivo para el reconocimiento de ese derecho, aquella sentencia no puede impedir el posterior ejercicio de la acción adecuada que lo garantice”⁴⁰. La línea

divisoria, por tanto, en relación a “lo deducible” se establecía según que esos argumentos, hechos o razones, integraran o no el elemento individualizador de la causa de pedir de la acción que se ejercitaba. Si tales hechos, argumentos o razones, eran de tal entidad que constituían una causa de pedir distinta (variando, por ello, un elemento esencial de la acción –la causa de pedir–, aun con la misma petición de tutela), no sería posible que se produjera el efecto de cosa juzgada; pero si los hechos, argumentos o razones servían para reforzar o demostrar las razones esgrimidas como causa de pedir, éstos quedaban cubiertos por la cosa juzgada, como argumentos, hechos o razones “deducibles”, esto es, que pudieron ser deducidas.

La nueva Ley ha dado un paso más; y en esta línea “racionalizadora” del proceso y de la Administración de Justicia, todavía el Legislador de la Ley 1/2000 ha incidido de forma más contundente, al englobar en los límites de la cosa juzgada “cosas”, “materias” que no han sido juzgadas, pero que podían haberlo sido.

Me refiero a la norma de preclusión material que establece el art. 400 LEC. Lo juzgado, viene a decir esta norma, abarca –a los efectos de irrepitibilidad y de vinculación para los Jueces de futuros procesos– lo deducido y lo deducible (independientemente de que “lo deducible” sea constitutivo de una misma causa de pedir o no). De este modo, *cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior* (art. 400.1). Y esta carga que el Legislador impone al actor es tan estricta que, a continuación le advierte: *a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste* (art. 400.2). Mediante esta “ficción de identidad”, el *iudicatum* que pasa en cosa juzgada y va a vincular a todos los Jueces de procesos futuros se forma no sólo con lo efectivamente alegado sino también con lo que temporáneamente pudo haberse alegado. Cualquier hecho o cualquier fundamento jurídico que pudiera basar la petición de tutela solicitada habrá de ser aducido en la demanda; de no ser así, aunque nada se hubiera alegado al respecto, quedará cubierto por la cosa juzgada, de modo que un ulterior proceso donde se pida lo mismo, pero basado en diferentes hechos o fundamentos jurídicos (aunque ello suponga un cambio de acción, por variación de la causa de pedir) no será viable procesalmente (porque lo prohíbe el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada: *non bis in idem*).

El alcance de esta novedosa norma de preclusión es grande: por una

parte, es posible que se considere irremediablemente “juzgada” una concreta pretensión (que, no se olvide, se individualiza por lo que se pide en función de la fundamentación concreta que constituye la causa o razón de pedir aquella tutela jurídica) que en puridad no ha sido juzgada; y, por otra parte, hay que concluir que a partir de esta norma, la identidad de causa de pedir exigida por la legislación anterior y avalada por unánime jurisprudencia entre la *actio iudicata* y la *actio iudicanda* puede ser irrelevante⁴¹. Porque sólo los fundamentos de hecho o de derecho que no pudieron aducirse en el pleito anterior, podrán válidamente basar una acción a la que no se le pueda oponer la cosa juzgada (ya sea en su vertiente excluyente, ya sea en su vertiente vinculante), porque únicamente esos fundamentos se consideran “nuevos y distintos” (dice el art. 222.2, párrafo segundo) si son posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso anterior.

No tengo noticia, hasta el momento presente, de que el Tribunal Supremo se haya pronunciado con carácter decisivo (*ratio decidendi*) sobre el alcance de esta norma de preclusión. Sí que lo han hecho diversas resoluciones de Audiencias Provinciales de sumo interés. Pero, aunque resolviendo con la normativa anterior (como es lógico, puesto que la demanda rectora del proceso se redactó bajo aquella normativa, y no sería justo que se le aplicara una regla preclusiva de la transcendencia del nuevo art. 400), diversas sentencias del Tribunal Supremo han venido haciendo referencia indirecta a dicho art. 400. En todo caso, antes de entrar en el análisis de esas referencias, me interesa dejar sentado cuál es, a mi juicio, el ámbito de aplicación del precepto.

La cosa juzgada, dice el art. 400 LEC, se extiende no sólo a los hechos y fundamentos de derecho efectivamente alegados como base de la petición concreta de tutela, sino que también quedarán cubiertos por la cosa juzgada cuantos fundamentos (de hecho o de derecho) pudieran haber sido alegados para fundar aquella petición. El Legislador ha querido que la petición de tutela (el *petitum* de la acción ejercitada en la demanda) quede definitivamente juzgada sin posibilidad de entablar nuevo pleito, con aquella misma petición, pero fundada en hechos o argumentos jurídicos distintos. Como decía más arriba, las distintas *causae petendi* en que se funda el *petitum* quedan cubiertas por la cosa juzgada, hayan sido alegadas o no por el actor en su demanda (o el demandado en su reconvencción: art. 406.4 LEC). A ello sólo (y, nada menos) se ciñe la norma que comentamos; norma que, por ser restrictiva de derechos, ha de ser interpretada en su literalidad, sin poder ser aplicada analógicamente a supuestos diversos. Hago esta advertencia porque, en estos primeros años de aplicación de la nueva Ley, se están produciendo declaraciones de los Tribunales no exentas

de ambigüedad y confusión.

En efecto, en *SSTS de 9 de diciembre de 2004; 15 de julio de 2004; 31 de diciembre de 2002; y 10 de junio de 2002*, el Tribunal Supremo repite, con relación a la cuestión que tratamos, y con cita del nuevo art. 400 LEC que “la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (*SSTS 20-2-91 y 30-7-96*), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LECiv.”.

Por mi parte, entiendo que no es acertada la interpretación que las anteriores sentencias del más alto Tribunal realizan del art. 400 LEC; que la preclusión no se refiere a “pedimentos” diversos (de ser así, lo tenía que haber explicitado la norma, igual que lo hace con los fundamentos de esos pedimentos); que la norma no obliga a ejercitar todas las posibles acciones con *petita* distintos. Lo que exige el precepto es que si un *petitum* puede fundarse en distintas causas de pedir, se aleguen todas las posibles, pues la petición de tutela solicitada y resuelta por el Tribunal no va a admitir nuevos procesos con la misma petición pero fundada en argumentos diversos. Por eso, la declaración contenida en estas Sentencias no me parece correcta; porque una petición complementaria de otra principal, o una petición de daños y perjuicios (son los ejemplos a los que expresamente alude el Tribunal Supremo; pero podría ¿por qué no? referirse a otros distintos) son pretensiones distintas e independientes de la principal, que pueden ser ejercitadas o no junto con la principal, sin que norma alguna “obligue” al actor a ejercitarlas conjuntamente bajo sanción de preclusión (cosa juzgada).

Lo que el precepto exige, a mi juicio, es que si se pide, por ejemplo, la nulidad de un negocio jurídico determinado realizado entre actor y demandado, al actor alegue todas las posibles razones o causas de esa nulidad que postula; o que si reclama la propiedad de un bien, alegue todos los títulos o causas en virtud de los cuales funda su titularidad; o que si, en fin, pretende una indemnización de daños y perjuicios, alegue cuantos hechos o fundamentos de derecho puedan basar esa petición indemnizatoria; en el bien entendido de que los argumentos, títulos, motivos o causas no esgrimidos no podrán fundar una posterior petición sobre lo mismo pero

basado en aquellos argumentos omitidos. Se pretende con esta norma evitar un “goteo” agotador (para el demandado y para la Administración de Justicia) de una misma pretensión, pero fundada unas veces en unos argumentos y otras en otros diversos.

Con esta novedosa y restrictiva norma de preclusión del art. 400 LEC, la solución que el Tribunal Supremo ha venido dando (con razón, puesto que se trataba de supuestos en los que no se daba identidad de causa de pedir) a determinados casos ante él planteados, ya no será posible resolverlos de aquella manera.

Así, en *STS de 25 de junio de 1982*, el Tribunal entendió que no se daba la cosa juzgada apreciada por la sentencia de instancia porque la causa de pedir de las acciones planteadas en los dos procesos era diversa: en el primer proceso se ejercitó una acción de reclamación de cantidad en concepto de préstamo, y en el segundo proceso se ejercitó la misma petición de tutela jurídica y con base en los mismos hechos, pero esta vez basada la petición en un enriquecimiento injusto.

Y la *STS de 11 de octubre de 1991*, del mismo modo, consideró diversidad de acciones por ser distinta la causa de pedir y, por ende, ausencia de producción de cosa juzgada de la sentencia que resolvió una pretensión indemnizatoria basada en la responsabilidad extracontractual (denegando la pretensión por apreciar prescripción de la acción). Planteado un segundo proceso con la misma petición y entre las mismas partes, pero esta vez alegando el actor culpa contractual, el Tribunal acogió la demanda y desestimó la excepción de cosa juzgada opuesta de contrario, argumentando que “falta, por tanto, para que pudiese ser atendida la excepción de cosa juzgada, uno de los requisitos imprescindibles, cual es la identidad de acción ejercitada”.

Tampoco “se dan las circunstancias precisas para la apreciación de la cosa juzgada” en el caso resuelto por la *STS de 17 de febrero de 1984*, donde “...claro es que falta en el presente caso la identidad de causa, determinada por la razón o fundamento de pedir ... dado que una cosa es pedir una atribución de dominio con base en entender que se dan las circunstancias que lo determina una situación posesoria amparada por una concreta norma legal ... que fue lo rechazado en la expresada sentencia ..., y otra cosa es el solicitar aquella atribución de dominio con base en la simple acción del tiempo, por vía de la prescripción adquisitiva... lo que evidentemente implica diversidad de acciones generantes de disparidad de causas, impositivo de crear situación de cosa juzgada”.

No se produce el estado de cosa juzgada si en el primer pleito se solicitó la nulidad de la donación fundada en la causa que recogen los arts. 634 y 636

del Código Civil (inoficiosidad o excesividad de la donación), y en el segundo pleito la causa de la nulidad se basa en la falta de aceptación de los donatarios a que se refieren los arts. 623 y 633 del mismo Código: *STS de 10 de febrero de 1984*.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley procesal, pero resolviendo un caso iniciado con la legislación anterior, la *STS de 24 de septiembre de 2003* consideró que no se daba identidad de causa de pedir, casando así la Sentencia de la Audiencia, en el supuesto siguiente: en un primer proceso se había solicitado la nulidad de unos contratos privados de compraventa con base en la falsedad de la firma de quien aparecía en ellos como vendedor y en la falta de capacidad de éste para prestar un consentimiento válido. Iniciado un segundo proceso entre las mismas partes y con la misma petición de nulidad de aquellos contratos de compraventa, la causa de pedir que ahora se esgrimía era la falta de precio de los contratos determinante de su nulidad por simulación. El Tribunal Supremo entendió que no daba cosa juzgada al ser “por tanto, distintos en una y otra acción de nulidad el *factum* y la fundamentación legal que las sustentan”.

La solución dada por el Tribunal en esta sentencia es completamente ajustada a derecho, puesto que la demanda se interpuso cuando ninguna norma imponía al actor la carga de alegar cuantos fundamentos pudieran basar su petición de tutela, y tales fundamentos individualizaban causas de pedir diversas. Lo que me interesa subrayar es que, con la nueva regulación, la solución que se habrá de dar a casos similares será completamente diversa.

5.5 Los hechos posteriores a la producción de la cosa juzgada.

Obvio es apuntar que sólo los fundamentos de hecho o de derecho, sustentadores de la petición de tutela, que pudieron aducirse en el primer proceso y no se adujeron, son los que pasan en autoridad de cosa juzgada. Evidentemente, los que no pudieron aducirse en el pleito anterior, podrán válidamente basar una acción a la que no le alcance los efectos (ya sea excluyentes, ya sea vinculantes) de la cosa juzgada.

El legislador de la nueva Ley ha previsto expresamente esta situación, y en el párrafo segundo del número 2 del art. 222 (después de aludir en el párrafo primero a los límites objetivos de la cosa juzgada) ha establecido que “se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”.

Lo que la Ley está contemplando en esta norma es lo que ya la doctrina científica y la jurisprudencia venía entendiendo como “límites temporales” de la cosa juzgada, no en el sentido de que la cosa juzgada tuviera una vigencia temporal (una duración limitada), sino en el sentido de que –por obvio que parezca recalcarlo– no puede abarcar la cosa juzgada hechos, razones o, incluso, argumentos que no se habían producido en el momento de enjuiciar el primer proceso: la cosa juzgada abarca la relación o situación jurídica que fue configurada (o pudo serlo) en un momento histórico concreto. Hechos posteriores configuran una relación jurídica distinta, porque objetivamente es diversa.

El Tribunal Supremo así lo ha entendido sin problemas. Y en *SS TS de 22 de abril de 1998*; y *14 de julio de 1986*, entre otras, ha declarado que “cuando los hechos que sirvieron de fundamento a la primera decisión cambien o se alteren ex post, desaparece la vinculación del Tribunal que ha de dictar la segunda en tanto que la mutación sea suficiente para entender que lo ya juzgado no constituye antecedente necesario de lo que se debe juzgar”⁴².

Y la *STS de 24 de diciembre de 1997* afirma que “el elemento temporal repercute en la delimitación del objeto del proceso, sobre todo en las acciones fundadas en un derecho personal, en las que, dado su carácter ocasional, el cambio de los parámetros temporales identifica una relación jurídica diversa, sobre todo en aquellos contratos que tienen como presupuesto esencial el factor tiempo, debido a que los acaecimientos posteriores integran una diversa causa de pedir”.

El problema a encarar ahora radicará en averiguar a partir de qué momento se producen esas nuevas circunstancias que no se van a ver alcanzadas por la “completa preclusión” a que alude el precepto, o lo que es lo mismo, hasta qué momento despliega su eficacia la cosa juzgada, de modo que todas las que se alegaron o pudieron alegarse quedan comprendidas en ella; y, correlativamente, a partir de qué momento circunstancias nuevas son susceptibles de configurar un nuevo objeto procesal. Al respecto, los arts. 399, 400, 412 y 433 LEC –para la alegación de hechos en la primera instancia–; y art. 460 LEC –para la segunda instancia–, nos dan clara idea de los momentos procesales en los cuales se han de realizar las alegaciones, de tal modo que si esos hechos pudieron alegarse en alguno de aquellos momentos, quedarán cubiertos por los denominados límites temporales de la cosa juzgada.

6. La función positiva de la cosa juzgada.

Una vez precisado lo que constituye el *iudicatum*, esto es, la cosa, la materia que por haber sido juzgada va a permanecer irrevocable e inmodificable en todos los futuros procesos, me voy a detener unos minutos

en la consideración de los efectos positivos o vinculantes de ese *iudicatum*. Como es sabido, la *res iudicata* tiene dos efectos: uno negativo, según el cual habrá de excluirse un proceso que tenga un objeto idéntico (con las precisiones de identidad vistas anteriormente) al ya juzgado; y uno positivo, según el cual lo juzgado va a vincular al Juez de un proceso posterior que tiene por objeto no exactamente lo juzgado en el anterior, pero sí un objeto conexo, parcialmente idéntico.

A esta función positiva o vinculante de la cosa juzgada se le ha prestado escasa atención doctrinal, a pesar de la incidencia práctica y científica que tiene. Porque no resulta infrecuente que en un proceso se cuestionen materias (“cosas”) que de algún modo han surgido también en procesos anteriores y que hubieron de ser resueltas por el Juzgador de aquellos procesos. No estamos, entonces, en presencia de dos procesos con dos pretensiones idénticas (de ser así, el segundo proceso habría de concluir inexorablemente como consecuencia de la prohibición *non bis in idem*), sino que estamos ante una pretensión de tutela que contiene elementos de hecho o de derecho que ya han sido cuestionados y resueltos en otro proceso anterior. Obviamente, el segundo proceso no habrá de extinguirse, porque no es idéntico al anterior. Pero en cuanto que en el primero ya quedaron resueltos con carácter irrevocable determinados extremos, la función positiva de la cosa juzgada implica propiamente la vinculación para el Juez del segundo proceso de aquellos extremos que quedaron resueltos entonces.

El tema, como se observa, es más complejo que el de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada; porque de lo que ahora se trata es de averiguar en qué puntos quedará impedido el Juez del segundo proceso de pronunciarse con libertad de criterio.

Con anterioridad hemos examinado qué constituye “lo juzgado” y cuáles son sus límites. Pues bien, “lo juzgado” constituye un “pre-juicio”, esto es, despliega efectos vinculantes en otro proceso, cuando el nuevo objeto procesal depende o se ve condicionado por el anterior resuelto. Por ello se dice que la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada consiste en la eficacia vinculante para un proceso ulterior de la sentencia firme dictada en uno anterior resolviendo una situación o relación jurídica que, siendo distinta de la que se somete de nuevo a consideración judicial, condiciona la que se hace valer en el nuevo proceso. En otras palabras, significa propiamente que el juez que haya de pronunciarse sobre una relación jurídica que dependa de otra ya resuelta, deberá atenerse a ella⁴³.

6.1. El efecto positivo de la cosa juzgada con anterioridad a la Ley 1/2000, de 7 de enero.

Con anterioridad a la Ley 1/2000, ante la ausencia total de referencia legal alguna a este efecto vinculante del *iudicatum*, la falta de precisión y

concreción de este efecto ha sido patente⁴⁴. La jurisprudencia ha declarado repetidamente que no puede decidirse en el proceso ulterior “un tema o punto litigioso” de manera distinta a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en pleito precedente; pero no ha precisado en qué condiciones de conexión ese punto o tema litigioso ha de servir de punto de partida para la sentencia del ulterior proceso, ni cuáles son los elementos de conexión entre las acciones que se comparan. Todo lo más, se ha dicho⁴⁵ que la conexión que se exige es que las cuestiones ya resueltas por sentencia firme en el pleito anterior guarden con la sentencia del pleito actual una “relación de estricta dependencia”; pero sin concretar ni matizar en qué consiste esa estricta dependencia.

“La cosa juzgada que se basa en la irrevocabilidad de la resolución judicial, produce el efecto negativo de impedir que se replantee un tema ya resuelto por sentencia firme, respondiendo al principio *non bis in idem* y el efecto positivo de que, en un nuevo proceso debe partirse de lo ya resuelto por la sentencia firme anterior” (*STS de 17 de marzo de 2004; 25 de septiembre de 2000*).

“El efecto positivo (vinculante prejudicial) de la cosa juzgada actúa en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente” (*STS de 20 de noviembre de 2000; 8 de junio y 28 de noviembre de 1998; 1 de diciembre de 1997; 21 de marzo y 20 de septiembre de 1996*).

“Este efecto (el de cosa juzgada) no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1252 del Código Civil); también se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1252 del Código Civil (sentencias del Tribunal Constitucional 171/1991, de 16 de septiembre y 219/2000, de 18 de septiembre)” (*STS de 14 de julio de 2003*)

6.2. El efecto positivo de la cosa juzgada en la Ley 1/2000, de 7 de enero.

La nueva Ley procesal también ha querido acabar con aquella imprecisión; y en el n° 4 del art. 222 ha definido la función positiva de la cosa juzgada como el efecto vinculante que tiene “lo juzgado” en un proceso anterior respecto de un proceso posterior (*lo resuelto con fuerza de cosa*

juzgada en la sentencia que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior); y ha delimitado a continuación ese grado de conexión necesario para producir tal vinculación. Sólo si se dan las condiciones que prevé esta norma, lo ya resuelto en un proceso anterior obligará al tribunal de un proceso posterior a atenerse a ello, sin posibilidad de nuevo enjuiciamiento.

Y en este sentido, las condiciones concurrentes que ha impuesto el legislador son claras:

a) con relación a los sujetos, la norma exige que los litigantes de ambos procesos sean los mismos (entendiéndose que hay identidad de sujetos también cuando, por disposición legal, la cosa juzgada se extiende a determinados sujetos aunque no hayan litigado);

b) con relación al objeto, lo resuelto con fuerza de cosa juzgada de la sentencia que puso fin a un proceso sólo vinculará al tribunal del segundo proceso si ese *iudicatum* aparece en el nuevo proceso como antecedente lógico de lo que sea objeto de ese proceso.

Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso –dice el art. 222.4 LEC–, vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

El precepto merece un juicio crítico positivo, en cuanto que el Legislador ha terminado así con la confusión anterior existente, positivizando las condiciones precisas para que se produzca esa exigencia para los tribunales de acatar lo ya resuelto por otros. Pero, desde mi punto de vista, ha restringido fuertemente el ámbito de aplicación de la norma; lo cual sorprende a la vista de la tendencia de la nueva Ley a ampliar el ámbito de la cosa juzgada en cuanto a su función negativa. Lo ya juzgado entra como “pre-juicio” (como juicio previo inamovible) en un proceso posterior sólo si se cumplen esas condiciones apuntadas. De no ser así, el tribunal del segundo proceso podrá resolver con libertad de criterio aquellas cuestiones que, a pesar de haber sido juzgadas, no se adecuan a los requisitos exigidos para la necesaria vinculación. La doctrina del Tribunal Supremo (y del Tribunal Constitucional), en este aspecto, deberá ser revisada, porque ahora sí que existe una norma que delimita claramente el ámbito subjetivo y objetivo de la función positiva o vinculante de la cosa juzgada.

Veamos cuáles son esas condiciones que la norma impone.

6.2.1. Identidad de sujetos.

Desde el punto de vista de los sujetos, se exige identidad física o jurídica entre los sujetos de los dos procesos: “*siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*”. La identidad de sujetos y la extensión de la cosa juzgada a terceros que no hubieran litigado se regula en el n° 3 del art. 222, el cual establece los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Aunque el tema merecería una consideración mayor, me limitaré ahora a dejar apuntado las novedades de la Ley en este punto, con relación al derogado art. 1252 del Código Civil.

El art. 1252 C. Civil establecía que la cosa juzgada, además de afectar a los sujetos del proceso, se extendía a otros sujetos aunque no hubieran litigado: los causahabientes, los sujetos unidos por vínculos de solidaridad, los sujetos en procesos relativos a prestaciones indivisibles, los sujetos en procesos relativos al estado civil y condición de las personas, y los sujetos en procesos de nulidad de disposiciones testamentarias.

Es sabido que esta atribución legal (art. 1252 C. Civil) subjetiva de la cosa juzgada más allá de las personas de los litigantes que habían sido parte en el proceso en que se produjo la *res iudicata*, ha sido objeto de críticas doctrinales, ya que engloba situaciones jurídicas muy diversas cuyo tratamiento procesal correcto no era el contemplado en el precepto. Por ejemplo, es más que cuestionable que sujetos unidos por vínculos de solidaridad (y que no actuaron en el proceso; cosa posible, porque la solidaridad no implica situación de litisconsorcio) se vean alcanzados por los efectos negativos de la cosa juzgada; y que sujetos unidos a los que contendieron por los vínculos de la indivisibilidad de las prestaciones, o herederos o legatarios que no fueron llamados al proceso donde se cuestionaba la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, se vean alcanzados por la cosa juzgada (precisamente, porque tal situación procesal no es admisible, dado que todos tenían que estar en el proceso, en un litisconsorcio necesario, como condición para que pudiera recaer una resolución de fondo).

El nuevo artículo 222 ha corregido las deficiencias anteriores, y en su párrafo 3 ha regulado de forma sistemática y correcta los límites subjetivos de la cosa juzgada, es decir, cuándo se considera que los sujetos de dos distintos procesos son “los mismos”.

Dicho párrafo 3 del art. 222 LEC establece una norma general (“la cosa juzgada afectará a las partes en el proceso en que se dicte”); y unos casos de extensión a sujetos que no hayan figurado como parte: en primer lugar, a los

herederos y causahabientes de las partes; en segundo lugar, a los sujetos no litigantes pero que sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley (luego haré una aclaración sobre esto); en tercer lugar, el precepto otorga eficacia *erga omnes* en los procesos sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad, incapacitación y reintegración de la capacidad; y, finalmente, en los supuestos de impugnación de acuerdos societarios, la sentencia que se dicte afectará a todos los socios, aunque no hubieran impugnado el acuerdo.

Obsérvese que el mencionado precepto (art. 222.3 LEC) ni se refiere a los procesos relativos a obligaciones indivisibles, ni a las obligaciones solidarias, ni a las pretensiones de nulidad de disposiciones testamentarias; corrigiendo, de este modo, la errónea formulación anterior.

Sin embargo de la opinión favorable que merece el precepto, una matización cabe hacer, tras la carencia observada con relación a claros supuestos de extensión de la cosa juzgada a sujetos que no litigaron, pero que conviene identificarlos jurídicamente a los dichos efectos: es el caso de la sustitución procesal, o más exactamente, de la legitimación extraordinaria o por sustitución. En efecto, en la redacción originaria de la LEC, el apartado 3, párr. primero del art. 222, decía que la cosa juzgada alcanza también a los “sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 10 de esta Ley”; y tal artículo hacía referencia a la legitimación, tanto la ordinaria como la extraordinaria. En este último caso, esas personas que actúan en nombre e interés propio aunque por un derecho subjetivo o relación jurídica ajenos (legitimados extraordinariamente, o por sustitución) no son titulares de los derechos subjetivos materiales que se deducen en el proceso, pero sí de la acción que se ejercita, por lo que son parte en esos procesos y se ven alcanzados por la cosa juzgada, así como las personas a quienes sustituyen.

Esta previsión, que era correcta y razonable, se vio alterada por vía de corrección de errores de la Ley 1/2000, que unos meses después (BOE 14-IV) remitió la extensión de la cosa juzgada no a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 10 (recuérdese, los legitimados directa e indirectamente o por sustitución), sino a lo previsto en el artículo 11, que es un precepto específico sobre la legitimación extraordinaria de las asociaciones de consumidores y usuarios. Con esta “incorrecta corrección”, se hace expresa mención a un caso específico de sujetos legitimados extraordinariamente, en vez de la genérica alusión a cualquier forma de legitimación extraordinaria o por sustitución⁴⁶.

Pues bien, a tenor de la norma que comentamos, sólo si se da esta identidad subjetiva puede tener lugar el efecto positivo de la cosa juzgada. Y ya hemos visto que se produce esa identidad subjetiva:

1°. Si las partes de los dos procesos son las mismas, aunque varíe su posición procesal.

2°. Si actúan en un proceso los herederos o causahabientes de las partes del otro proceso.

3°. Si en un proceso son parte los sustitutos o legitimados por sustitución, y en otro proceso actuaron los sustituidos o legitimados ordinarios.

4°. En cualquier caso en que se ejerciten acciones relativas al estado civil y condición de las personas (maternidad, paternidad, filiación, incapacitación, matrimonio... etc.).

5°. En procesos de impugnación de acuerdos societarios, todos los socios, aunque no hubieran impugnado el acuerdo.

Esto es lo que dice la norma: “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada... vinculará al tribunal de un proceso posterior... siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”. Por tanto, al margen de esta identidad subjetiva o legal extensión a terceros (los que expresamente dice una norma), no se produce esta vinculación obligatoria para los Juzgadores de posteriores procesos, los cuales podrán resolver la cuestión prejudicial como estimen adecuado a la vista de lo alegado y probado en el juicio.

Entiendo que la norma es muy restrictiva, porque, al margen de los supuestos de identidad subjetiva más arriba expresados, no podrá operar esa función positiva de la cosa juzgada, y el Juez del segundo y posteriores procesos podrá resolver con libertad de criterio el tema que ya quedó resuelto en un proceso anterior, aunque con diversas partes⁴⁷.

6.2.2. Lo juzgado como antecedente lógico del objeto del segundo proceso.

El segundo requisito que exige la norma es que lo resuelto en un proceso anterior sea una situación o relación jurídica que, siendo distinta de la que se somete de nuevo a consideración judicial, condicione la que se hace valer en el nuevo proceso; esto es, “cuando se establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso” (dice la *STS 117/1991, de 16 de diciembre*). Lo que el

precepto impone es que el Juez que haya de resolver una relación jurídica que dependa de otra ya resuelta, ha de atenerse a ella, sin que sea posible enjuiciarla de nuevo.

Esta estricta dependencia de la relación o situación jurídica ya decidida y la que de nuevo se plantea implica propiamente que aquélla constituya el “antecedente lógico” de lo que sea objeto del nuevo proceso. Lo que expresamente prevé la norma es que “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso”, vincule al tribunal de un proceso posterior, siempre que sea “antecedente lógico” de lo que constituya el objeto del segundo proceso.

Pero la norma –lógicamente– no establece casuística alguna al respecto, ni concreta cuándo lo resuelto constituye ese antecedente lógico.

Desde luego, constituirá antecedente lógico en un proceso posterior siempre que “lo resuelto” forme parte de la causa de pedir de ese nuevo objeto procesal. Así, por ejemplo, en el segundo proceso se reclaman alimentos, fundándose tal petición en la declaración firme en un proceso anterior de la cualidad de pariente; o se ejercita una acción reivindicatoria basándose tal pretensión en la declarada titularidad dominical sobre el bien en cuestión. En estos casos –y otros similares– la situación o relación jurídica resuelta en el anterior proceso constituye propiamente la causa o razón de pedir de la nueva demanda. En estos casos (los más evidentes), se parte del efecto positivo de la cosa juzgada por “prejudicialidad lógica o interna”, que supone un nexo lógico entre una relación jurídica y un efecto suyo, en una relación de interdependencia tal que impone la coordinación de las decisiones⁴⁸.

Pero, como se vio al tratar los límites objetivos del *iudicatum*, “lo resuelto” con eficacia de cosa juzgada no lo constituye sólo la situación o relación jurídica decidida, sino también aquellas declaraciones que el Juzgador ha realizado sobre los elementos constitutivos de la pretensión y sobre las excepciones a aquellos elementos constitutivos opuestas por el demandado. Por lo tanto, ¿estaríamos también en estos casos ante los efectos positivos, vinculantes o prejudiciales de “lo juzgado”? ¿Se ha de considerar como “juzgada” la declaración en el proceso precedente de la falta de legitimación activa del actor⁴⁹, o la falta de personalidad de una Comunidad de Propietarios resuelta en un proceso anterior⁵⁰, o la prescripción de la acción alegada por el demandado⁵¹?

Desde mi punto de vista, si queremos ser coherentes con la teoría expuesta sobre los límites objetivos de la cosa juzgada; y, sobre todo, si advertimos el espíritu que impregna la institución de la cosa juzgada en la nueva Ley procesal, habremos de concluir que no sólo vinculará

positivamente a un tribunal de un segundo proceso la relación o situación jurídica resuelta en el anterior y que constituye el antecedente o causa de pedir del nuevo objeto procesal; sino que también quedará vinculado el tribunal del segundo proceso por lo juzgado con anterioridad cuando éste forme parte de cualquiera de los elementos constitutivos del objeto del segundo proceso.

De este modo, no cualquier “punto”, o “cuestión”, o “tema” –como vaga e imprecisamente se aprecia en declaraciones jurisprudenciales– pasa en autoridad de cosa juzgada capaz de vincular en un proceso posterior donde aquél punto o cuestión o tema vuelve a surgir; sino sólo cuando se dan los límites y condiciones examinados.

6.3. Consideración crítica.

Dejando aparte los problemas que la norma pueda plantear de aplicarse de forma supletoria en los procesos contencioso-administrativos, y ciñéndome sólo al ámbito civil, haré somera mención de las cuestiones más conflictivas que se podrán ver afectadas por esta regulación del art. 222.4 LEC.

En efecto, si como acabamos de examinar, la función positiva de la cosa juzgada (esto es, la necesidad de atenerse el Juez de un segundo proceso a “lo juzgado” en otro anterior, por constituir su “antecedente lógico”) sólo tiene lugar si se dan concurrentemente los dos requisitos anteriormente expuestos (los mismos sujetos, y objeto que constituye antecedente lógico), habrán de ser revisadas situaciones muy usuales en las que parece del todo conveniente que lo resuelto en un proceso anterior quede como inmutable en otro posterior del que es antecedente lógico, aunque los sujetos (generalmente, el demandado) del segundo proceso varíen.

Lo que constituya antecedente lógico del nuevo objeto procesal (relación condicionante) queda fijado en ese nuevo objeto (relación condicionada) en el sentido siguiente: aquella parte del supuesto de hecho de la relación dependiente, que está constituida por la relación prejudicial, queda fijada según las líneas trazadas por la sentencia. La discusión sobre todos los otros elementos del supuesto de hecho queda abierta; pero la discusión sobre el elemento constituido por la relación jurídica prejudicial es ya cerrada⁵².

Ahora bien, esta relación de prejudicialidad-dependencia entre las diversas relaciones jurídicas puede tener lugar entre los mismos sujetos, o bien entre relaciones que tienen sujetos distintos. Y aquí radica el problema, por cuanto el art. 222.4 LEC sólo permite la vinculación necesaria “siempre

que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

La norma general, ya contemplada en el Digesto⁵³, es la de que *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*. Pero esta rigurosa regla ha sido integrada a través de los tiempos por variadas y constantes exigencias prácticas; de modo que se ha extendido la cosa juzgada a ciertas categorías de terceros (*alii*) que ostentan un interés subordinado respecto de los interesados principales⁵⁴. A los más significativos terceros se refiere el art. 222.4 LEC como sujetos también alcanzados por la cosa juzgada⁵⁵. Sin embargo, también merecen ser contempladas otras situaciones a las que el precepto no se refiere.

Ya argüía ALLORIO⁵⁶ que el problema de la importancia que la cosa juzgada entre las partes, como tal, puede tener para los terceros surge de la circunstancia de que las relaciones jurídicas no son de la entidad de que cada una viva una vida cerrada a toda influencia de la vida de las otras entidades semejantes, de las otras relaciones. Si así fuere, el problema de la cosa juzgada respecto de los terceros no tendría razón de ser. Pero no es así. Como los hombres, así las relaciones jurídicas viven intensamente la vida de relación: se acercan, se entrecruzan, se combinan.

Pues bien, entre estas situaciones de terceros titulares de relaciones jurídicas lógicamente conexas o dependientes de la que ha sido decidida con eficacia de cosa juzgada, se citan como ejemplos más dignos de consideración los siguientes: la sentencia que declara o excluye la obligación del deudor principal con relación al fiador; la declaración de existencia o inexistencia del derecho de propiedad del vendedor con relación a la obligación de la garantía por evicción, de la que sería prejudicial; la decisión frente a uno o algunos de los deudores solidarios de la existencia o inexistencia de la obligación, con relación a los deudores solidarios que no fueron parte en el proceso donde se produjo la cosa juzgada.

En estos casos –y otros posibles– la declaración firme de la existencia o inexistencia de la relación jurídica debería por lógica permanecer inmutable en todos los procesos futuros donde esa relación jurídica ya decidida constituyera antecedente lógico de la que se debate en el proceso, de la que es condicionante. Desde luego, esto es así si los sujetos del segundo proceso fueran los mismos o la cosa juzgada se extendiera a ellos por disposición legal. Pero cuando los sujetos son distintos (o al menos uno de ellos, el obligado pasivo de la nueva relación), entran en colisión dos principios de reconocimiento constitucional: la necesidad de seguridad jurídica, por un lado, que impide que sean decididas de nuevo relaciones jurídicas ya declaradas firmes; y el supremo principio de defensa, que no consiente la

condena de nadie que no haya sido oído en juicio. Repugna –dice ALLORIO⁵⁷– la idea de dejar la suerte del titular de la relación jurídica condicionada a merced del titular de la relación condicionante, el cual puede con su conducta procesal causar una decisión desventajosa para él y para el titular del derecho condicionado.

A mi juicio⁵⁸, la única solución posible del problema capaz de conjugar todos los intereses en juego (seguridad jurídica/defensa de los sujetos jurídicos) sería la de hacer una distinción según cuál haya sido el sentido de la sentencia que puso fin a la relación jurídica condicionante. Porque si la sentencia declaró la inexistencia de la obligación, sería conveniente que ya no se pudiera volver a discutirse tal declaración en futuros procesos donde la relación jurídica que se sustancie tenga a aquélla como antecedente lógico, ya entre los mismos sujetos, ya entre sujetos distintos: aquella declaración firme de inexistencia de la obligación (del deudor principal con relación al fiador; de la obligación solidaria ganada frente a uno o alguno de los deudores) o la relación jurídica deducida (del derecho de propiedad del vendedor con relación a la obligación de garantía) permanecerá inmutable por efectos de la función positiva de la cosa juzgada; y, por lo tanto, la sentencia que declaró tal inexistencia extinguiría –como lógica consecuencia– la relación subordinada.

Por el contrario, la sentencia firme que declara la existencia de la obligación o relación jurídica principal (desfavorable, por tanto, para el demandado de la relación jurídica subordinada), no deberá perjudicarlo al no haber tenido la oportunidad de defenderse de aquella resolución judicial.

Esta idea de la eficacia del *iudicatum* favorable, pero no la del desfavorable –idea que no es en absoluto original, sino que ha sido defendida por la doctrina alemana e italiana de la primera mitad del siglo veinte– es merecedora, no obstante, de una objeción de no poca envergadura: que lleva a la consideración de la extensión de la cosa juzgada *secundum eventum litis*. Y este viejo principio (*res iudicata secundum eventum litis*) repugna a la moderna doctrina procesal.

A mi juicio, sin embargo, en la actualidad convendría su revisión. Realmente, como ha ocurrido con otros viejos brocardos⁵⁹, el arrastre histórico sigue atribuyéndole una rígida interpretación, no justificada ni siquiera de forma elemental. Pero merece la penal dedicarle atención, porque ni debe alzarse como norma inmutable, ni desde luego se trata de un principio de derecho natural⁶⁰. No es éste el lugar ni la ocasión para una investigación de tal envergadura; pero sirva esta reflexión para futuras indagaciones sobre el inacabable tema de la cosa juzgada y su eficacia objetiva y subjetiva.

Por mi parte, termino esta intervención con la constatación de que el legislador de la nueva Ley procesal no ha permitido la extensión de la cosa juzgada en este tipo de relaciones condicionantes y condicionadas cuando los sujetos no sean los mismos o no se extienda a ellos la cosa juzgada por disposición legal. De este modo, será posible que el Juzgador del segundo proceso resuelva una relación o situación jurídica de forma diferente a como fue precedentemente declarada con carácter firme.

1.- *Efectos objetivos de la cosa juzgada*, en “Efectos jurídicos del Proceso”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, págs. 161 a 225.

2.- *La cosa juzgada: conceptos generales*, en Efectos jurídicos del proceso, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 168 a 171.

3.- Cfr., por todos, CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1945 (Trad. Gómez Orbaneja), T. I, pág. 438.

4.- La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil acoge esta concepción de la cosa juzgada cuando, al inicio del art. 222 declara que “la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias...” (se entiende, de las pretensiones deducidas).

5.- Al respecto, puede verse mi trabajo sobre los *Efectos objetivos del proceso*, cit., págs. 172 a 176.

6.- Obsérvese que esta Sentencia y las anteriores se refieren a cuestiones procesales producidas en procesos laborales; pero sirva la opinión del Tribunal Supremo para apreciar su concepción de la cosa juzgada, a pesar de la nueva regulación que el art. 222 de la actual Ley procesal da a la institución.

7.- Sobre este tema, puede verse un resumen en mi trabajo *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, 2000, págs. 144 a 154, y la bibliografía allí citada, en especial, la importante obra del Profesor DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, 1991. Cfr. también GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariidad*, en Revista de Derecho Procesal, 2003, núms. 1-3, págs. 315 y ss.

8.- Véase, en el mismo sentido, *SSTS de 10 diciembre 2003; 29 octubre 2003; 11 marzo 2003; 24 febrero 2003; 12 marzo 2002; 26 noviembre 2001; 28 febrero 2001*, entre otras.

9.- Obsérvese que el desahucio por precario ya no se concibe en la nueva Ley como un juicio sumario, sino que “parece muy preferible –dice la Exposición de Motivos, epígrafe XII, in fine– que el proceso (de desahucio por precario) se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad”.

10.- De nuevo es el Tribunal Constitucional el que en *STC 157/1994, de 23 de mayo*, con relación a la resolución que pone fin a un procedimiento de jura de cuentas, rechaza la producción de cosa juzgada, “sin que la satisfacción de aquéllos (conceptos reclamables) por el procedimiento de apremio que regulan los arts. 8 y 12 de la LECiv. esté protegida por los efectos de la cosa juzgada, puesto que todas las cuestiones que puedan plantearse en relación con los conceptos y cantidades reclamadas podrán discutirse con plenitud en el correspondiente juicio declarativo posterior”.

11.- Como se verá a lo largo de la exposición, las declaraciones de los Tribunales al respecto no son uniformes ni ciertas. Es común que el Tribunal Supremo declare, sin matización alguna que “esta Sala tiene declarado que sólo el fallo o parte dispositiva de la sentencia, en cuanto declara la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, pasa en autoridad de cosa juzgada a otro proceso posterior, por lo que son ajenas a dicho instituto tanto las premisas fácticas deducidas por el Juzgador tras la correspondiente valoración de la prueba practicada, como los razonamientos jurídicos o motivaciones utilizadas para fundamentar su conclusión decisoria, por ser la cosa juzgada, como se dice por la doctrina, el efecto de un pronunciamiento judicial y no de un razonamiento” (*STS de 6 de mayo de 2004*, con cita de otras sentencias). Que esto no es cierto lo corrobora abundantes declaraciones, también del Tribunal Supremo. Véase, al respecto, el epígrafe 5 de este trabajo.

12.- Cfr. GUASP, *Los límites temporales de la cosa juzgada*, en Anuario de Derecho Civil, 1948, pág. 435.

13.- *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962 (reimpresión de la obra de 1935).

14.- *Sulla cosa giudicata*, en Saggi di Diritto Processuale Civile, vol II, Roma, 1931, pág. 400.

15.- Un resumen sobre las distintas concepciones de la cosa juzgada en los diversos sistemas jurídicos puede verse en mi trabajo *Efectos objetivos de la cosa juzgada*, en Efectos jurídicos del proceso, Cuadernos de Derecho Judicial, cit. Págs. 168 a 171.

16.- CHIOVENDA, *La idea romana en el proceso civil moderno*, en Ensayos de Derecho Procesal Civil (Trad. Sentís Melendo), T. I, págs. 366 y ss. Para una más completa información sobre la evolución histórica de esta institución, puede verse PUGLIESE, voz “*giudicato civile (storia)*”, en Noviss. Dig. It., 1967, T. XVIII, págs. 727 a 785.

17.- PUGLIESE, op. cit., págs. 770 a 775.

18.- *Sulla cosa giudicata*, en Saggi di Diritto Processuale Civile, cit., págs. 406-407.

19.- Fue SAVIGNY quien hizo depender de la máxima *pro veritate habetur* esa ficción de verdad. Vid. SILVA MELERO, voz *cosa juzgada*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1953, T. V, pág. 843. También PUGLIESE, op. cit., pág. 789.

20.- Véase sobre esto TARUFFO, *Collateral Estoppel e giudicato sulle questioni*, en Riv. Dir. Proc., 1971, págs. 651 y ss, y 1972, págs. 272 y ss. HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, págs. 224-228. Asimismo, TROCKER, *La cosa juzgada civil y sus límites objetivos y subjetivos: apuntes de Derecho comparado*, en Estudios en homenaje al Profesor Víctor Fairén Guillén, 1990, págs. 561-573.

21.- Obsérvese, si no, la referencia del art. 1252 C.Civil (derogado por la Ley 1/2000, de 7 de Enero) a la extensión de la cosa juzgada a los obligados solidarios, o a los sujetos en procesos de nulidad de disposiciones testamentarias; o la referencia a la “santidad” de la cosa

juzgada a que aludía la Jurisprudencia del T.S. al referirse a la “presunción de verdad” legalmente recogida en el art. 1253 C.C.

22.- A salvo de los procesos regulados en el Título I del Libro IV LEC (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), “en los que predomina un interés público que exige satisfacción”, como se expresa en el epígrafe VI de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000.

23.- Cfr. *STS de 6 de mayo de 2004*: “Esta Sala tiene declarado que sólo el fallo o parte dispositiva de la sentencia, en cuanto declara la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, pasa en autoridad de cosa juzgada a otro proceso posterior, por lo que son ajenas a dicho instituto tanto las premisas fácticas deducidas por el Juzgador tras la correspondiente valoración de la prueba practicada, como los razonamientos jurídicos o motivaciones utilizadas para fundamentar su conclusión decisoria, por ser la cosa juzgada, como se dice por la doctrina, el efecto de un pronunciamiento judicial y no de un razonamiento”. En el mismo sentido, y entre otras muchas, véase la *STC de 17 de febrero de 2003*.

Aunque el Tribunal Supremo repite con frecuencia que sólo el fallo o parte dispositiva de la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, siendo ajenas a dicho instituto las premisas fácticas y los razonamientos jurídicos, lo cierto es que se contradice continuamente al otorgar eficacia de cosa juzgada a los razonamientos de hecho y de derecho que han llevado al Juzgador a otorgar o denegar la tutela jurídica solicitada. Sobre esto trataré a continuación.

24.- Cfr. *SS TC 77/1983, de 3 de octubre; 62/1984, de 21 de mayo; A TC 703/1986, de 17 de septiembre*; citadas y comentadas por el Profesor DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit. Págs. 190 y ss. Cfr., asimismo, la *STC 59/1996, de 15 de abril*.

25.- Así, en los ejemplos expuestos en el texto, el Tribunal Supremo reconoce eficacia de cosa juzgada a la declaración judicial sobre la naturaleza del contrato que ligaba a las partes como de opción de compra, a los efectos de un ulterior proceso donde se ejercitó la acción reivindicatoria sobre la finca (*STS de 6 de noviembre de 2002*); o el incumplimiento del demandado de su obligación de pago, como fundamentador de la resolución del contrato y posterior solicitud de su cumplimiento (*STS de 15 de noviembre de 2001*)... etc.

26.- *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada.*, Madrid, 2000, págs. 38 a 48. También en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, comentario al art. 408, Aranzadi, 2001, Vol. I, págs. 1366 a 1371.

27.- Se trataría de la eficacia positiva de la cosa juzgada, puesto que en el segundo proceso no se está cuestionando “lo mismo” que en el proceso anterior, sino otra petición de tutela diversa.

28.- Cfr. TARUFFO, ‘*Collateral estoppel*’e *giudicato sulle questioni*, en Riv.Dir. Proc. 1977, págs. 273 y ss. DENTI, *Questioni pregiudiziali*, en Noviss. Dig. It., T. XXIV, págs. 676 y ss. En nuestro país, SERRA DOMÍNGUEZ, Comentario al art. 1252 del Código Civil, en “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*” Dirigidos por Albaladejo, Madrid, T. XVI, vol. 2, págs. 657-659.

29.- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con Otros Autores), Madrid, 2001, Comentario al art. 222 LEC, págs. 409 y ss. ID., *El Proceso de Declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), Madrid, 2001, págs. 514-517.

30.- Art. 222.2: “*La cosa juzgada alcanza... a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley*”; y art. 408.3: “*La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada*”.

31.- Obsérvese que con la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 408 de la misma hubiera exigido un tratamiento de reconvencción para la alegación de nulidad del negocio jurídico en el que el actor fundaba su demanda, con los efectos expresamente previstos en dicho artículo de cosa juzgada de la resolución que se pronuncia sobre este “punto”.

32.- Es verdad que la nueva Ley procesal, en el art. 222.4, limita los supuestos de cosa juzgada en su función positiva o prejudicial a los casos en los que los sujetos de ambos procesos son los mismos (con identidad no sólo física, sino también jurídica), y por tanto no sería posible apreciar la cosa juzgada prejudicial de la anterior resolución. Pero, como se verá en el epígrafe 6 de este trabajo, la exigencia de identidad de los sujetos de ambos procesos es una limitación que hasta ahora no ha tenido siempre presente la Jurisprudencia a la hora de apreciar este efecto positivo de la sentencia anterior. Cfr. *SSTC 207/1989, de 14 de diciembre; 163/2003, de 29 de septiembre*.

33.- Cfr. *Efectos objetivos de la cosa juzgada*, cit., pág. 180.

34.- Como la define MICHELI, *Derecho Procesal Civil*, (Trad. Sentís), 1970, I, pág. 332, “la definitiva atribución de una determinada forma de tutela jurídica a favor de una parte contra la otra”.

35.- PUGLIESE, voz “*giudicato civile*”, cit., pág. 864.

36.- Cfr. *SSTS de 11 de mayo de 1976; 11 de marzo de 1985; 28 de febrero de 1991*, entre otras.

37.- Véase PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, en Riv. Dir. Proc., 1990, 2, pág. 390.

38.- La cosa juzgada “no está llamada a suplir una deficiencia probatoria de hechos no ya deducibles y en inmediata conexión con el objeto básico del anterior, sino de cuestiones efectivamente propuestas en éste aunque sea usando una formulación imprecisa que, bajo una luz desapasionada y de buena fe, implícitamente, las comprende, en su misma genericidad” (*STS de 21 de diciembre de 1990*).

39.- Así lo manifiesta SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al artículo 1252*, cit., págs. 661.

40.- Cfr. *SSTS de 25 de abril de 1969; 9 de mayo de 1980; 16 de marzo de 1992*, entre otras.

41.- En efecto, a partir de la vigencia de la nueva Ley ya no será posible que se considere distinta la acción ejercitada en sendos procesos donde se reclamó una determinada indemnización, primero por culpa extracontractual, y, segundo (al ser rechazada aquella acción por prescripción), por culpa contractual (*STS 11 octubre 1991*); o la acción de nulidad de una donación ejercitada en procesos distintos, pero con causas de pedir diversas: inoficiosidad de la donación, en el primero, la falta de aceptación de los donatarios en el segundo (*STS 10 febrero 1884*).

42.- También resolvió un problema de límites temporales de la cosa juzgada, y, por tanto, de acción distinta, la *STS de 29 de noviembre de 2001*.

Y la *STS de 30 de septiembre de 2000*, aunque con una dicción un tanto inexacta y bien confusa, declara que “no es predecible la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia no existe cuando se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio ‘non bis in idem’. De ahí que en alguna ocasión, se haya recurrido a la denominada eficacia temporal de la cosa juzgada de que ya se hizo aplicación den las sentencias de 19 de marzo de 1973 y 25 de marzo de 1976; doctrina que es recogida en las posteriores sentencias de 24 de diciembre de 1997 y 6 de mayo de 1998”.

43.- Con éstas o parecidas palabras se expresa la Jurisprudencia. Cfr. *SSTC 207/1989, de 14 de diciembre; 156/2002, de 23 de julio; 163/2003, de 29 de septiembre*, entre muchas otras.

44.- Cfr. al respecto las *SS.TS de 2 de julio de 1992; 20 de septiembre de 1996; 21 de marzo de 1997; 18 de noviembre de 1997; 1 de diciembre de 1997; 19 de junio de 1998*, entre otras.

45.- *S.TS de 20 de junio de 1994*.

46.- Del mismo parecer es el Profesor DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 505.

47.- De nuevo en este punto deberá ser revisada la doctrina jurisprudencial, que en varias ocasiones ha extendido los efectos positivos de la cosa juzgada a procesos donde los sujetos eran diversos. Por ejemplo, cfr. la *STS de 12 de diciembre de 1994*, la cual estableció el efecto de la sentencia anterior como prejudicial positivo, al declarar la propiedad de acciones discutidas en un juicio anterior, que “sirve de base a la petición de declaración de propiedad de otras acciones y contra otros demandando”... porque... “existe la misma razón para declarar la propiedad de otras acciones de la misma sociedad, desconocidas al promoverse el primer litigio y que se reclaman en éste”.

Y no sólo la doctrina jurisprudencial deberá ser revisada a partir de la nueva Ley, sino también la doctrina constitucional al respecto. Cfr. la *STC 117/1991, de 16 de diciembre*, donde el Tribunal Constitucional entendió “constitucionalmente posible que una decisión judicial pueda tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso ni figuran como condenados en la sentencia, pero que sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de la sentencia, lo que ocurre cuando la ley establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso”.

48.- Sobre la prejudicialidad lógica, véase SATTA, *Diritto Processuale Civile*, 1991, págs. 214 y ss. ID., voz “*accertamento incidentale*”, en Enciclopedia del Diritto, págs. 243 a 246. Esta idea de SATTA es acogida por MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, 1987

49.- Como se vio en los casos resueltos por las *SSTS de 18 de junio y 2 de julio de 1992*.

50.- *STS de 3 de noviembre de 1993*.

51.- *STC 171/1991, de 16 de septiembre*.

52.- Cfr. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pág. 71. Y, a continuación, el autor pone el ejemplo siguiente: si la sentencia declaró inexistente la relación jurídica prejudicial, ya es así y así debe juzgarse la relación dependiente, como inexistente porque falta un elemento constitutivo de su supuesto de hecho y por lo tanto una condición necesaria de su existencia. Si, por el contrario, se declaró existente, no se cierra toda la cuestión, porque no se podrá juzgar como existente la relación condicionada hasta que no se declaren las demás condiciones necesarias de su existencia, los demás elementos del supuesto de hecho. Pero la influencia del *iudicatum* se despliega también en este sentido: que aquella parte del supuesto de hecho que está constituida por la relación condicionante (prejudicial) queda fijada de modo definitivo.

53.- D.41.1.63; 44.2.1.

54.- Véase, al respecto y con análisis de las diversas teorías, LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935 (ed. Ristampata de 1962), págs. 55 y ss.

55.- A ellos me he referido en el epígrafe 6.2.1.

56.- *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pág. 67.

57.- *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pág. 80.

58.- Ya expresé este parecer en otro trabajo, *Problemas procesales de la solidaridad* –con MUÑOZ JIMÉNEZ, Curso sobre “El proceso civil”, Consejo General del Poder Judicial, 30 de

septiembre-1 de octubre de 1998. En especial, cfr. MUÑOZ JIMÉNEZ, que en este trabajo se refiere ampliamente al problema de la extensión subjetiva de la cosa juzgada en las obligaciones solidarias.

59.- Piénsese, por ejemplo, en el traído y llevado principio *iura novit curia*, al que se le ha dado, por la doctrina y por la jurisprudencia, un alcance que, a mi juicio, ni está justificado históricamente, ni científicamente.

60.- Así lo expresa el Profesor CARPI, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974, pág. 347.

**DISCURSO DE CONTESTACION
AL DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE
DÑA. ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ,
POR PARTE DEL ACADÉMICO
EXCMO. SR. D. FRANCISCO MUÑOZ**

El encargo de contestar el discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares de la doctora Isabel Tapia, catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Balear, me produce gran satisfacción.

Me la produce, porque me concede la oportunidad de contribuir de manera visible a dar la bienvenida a la Academia a una extraordinaria jurista, muy querida para mí en el plano personal, y de talla y prestigio científicos destacados y ampliamente reconocidos.

Isabel Tapia y yo somos amigos desde hace muchos años. Esta amistad, sin embargo, no enturbia ni condiciona –estoy seguro– el juicio que me merece su valía jurídica. Antes al contrario, las múltiples conversaciones a que nos ha llevado el trato estrecho, y la lectura –a veces en primicia– de algunos de sus numerosos trabajos, tarea en la que siempre está empeñada, me han proporcionado ocasión óptima de calibrar a fondo la envergadura de sus conocimientos en el campo del Derecho Procesal, la solidez de sus herramientas conceptuales, la claridad de su pensamiento y la coherencia de sus conclusiones. En la discusión sobre este o aquel tema jurídico concreto nuestros puntos de vista no siempre han coincidido, como es natural. Sin embargo, inclusive en los raros casos en que las opiniones de la nueva académica no han logrado convencerme, jamás he encontrado en sus argumentaciones quiebras lógicas, saltos ni lagunas en el desenvolvimiento de sus premisas, lo que bien dice del rigor de su mente y de su honestidad intelectual.

Isabel Tapia reúne además la infrecuente cualidad de exponer su

pensamiento con una transparencia y una elegancia gratificantes para el lector o el oyente. Su disertación sobre una institución procesal compleja y conflictiva como la cosa juzgada es muestra cumplida de lo que afirmo. La cita reiterada de las opiniones de un autor determinado constituye signo palpable de que, en el terreno de su especialidad, ese autor ha adquirido el rango, anhelado por tantos y, sin embargo, tan esquivo, de “autoridad” en la materia. Pues bien, basta con ojear las obras, tratados doctrinales y comentarios propios de la procesalística para toparse con constantes referencias a “Tapia Fernández”, y para percatarse de la profusión con que sus propuestas y argumentos se reproducen e invocan, especialmente en cuanto se relaciona con el objeto del proceso, uno de sus temas predilectos de estudio. En el campo del Derecho Procesal, Isabel Tapia ocupa lugar puntero. El hecho nada tiene de extraño ni en absoluto sorprende a quien haya seguido su trayectoria con algún detenimiento.

Si de la altura de la labor investigadora, publicista y de conferenciante –dentro de España y también fuera– de Isabel Tapia creo hablar con conocimiento directo de causa, de la otra faceta de su actividad profesional, la docente, no he sido testigo presencial. Pero sí puedo dejar constancia, si se admite mi testimonio de referencia, del respeto y cariño que profesan a la profesora Tapia cuantos licenciados por la Facultad de Derecho de Universidad Balear han sido alumnos suyos. Me consta este extremo porque los licenciados jóvenes a quienes he preguntado por su experiencia universitaria siempre incluyen a Isabel Tapia en el selecto y reducidísimo grupo de profesores que logran ganarse el aprecio y la confianza de ese tribunal severo y riguroso que conforma el alumnado. Saber, y hacer ese saber asequible a otros son, a mi parecer, las cualidades que definen al auténtico enseñante. Imagino que para quien vive y siente de verdad la docencia no existe recompensa íntima mayor que percibir en los que fueron sus discentes el cálido clima de admiración y respeto que se reserva al profesor que concita esas dos virtudes, no siempre de la mano, por desgracia.

Mi contacto con Isabel Tapia se inició en época ya muy lejana; a raíz de su nombramiento como magistrado suplente de la antigua Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, de la que yo era miembro. Presidía entonces la Sala el inolvidable Julio Llovet, con quien Isabel mantuvo, –y sonreirá al recordarlo–, un famoso enfrentamiento a cuenta de una condena en costas, voto particular incluido, que el Tribunal Supremo zanjó dando la razón de modo rotundo a la osada discrepante. Al asunto no le faltó repercusión en los círculos enterados. ¡Una recién llegada, magistrada suplente para mayor agravio, contradiciendo al veterano Presidente de Sala!. Pero, al margen de ese, por lo demás, puntual y aislado desacuerdo

técnico, Isabel Tapia, en su tarea de juzgadora colegiada, tuvo ocasión de comprobar cuanto yo apreciaba día a día: la gran calidad de la figura de Julio Llovet, modelo de magistrado cabal, serio e íntegro, que aunaba grandes conocimientos jurídicos, enriquecidos por una larga experiencia, con un marcado sentido común y acusada sensibilidad humana, y en cuya actuación jurisdiccional, sobre todo, jamás se pudo descubrir otra pauta de conducta que una intachable rectitud.

Rectitud en su triple vertiente: respeto estricto a los hechos que aparecen racionalmente probados, sin manipularlos para acomodarlos al prejuicio; profunda lealtad a la norma, aunque no guste, procurando interpretarla y aplicarla con arreglo a su finalidad intrínseca y al resto de los mecanismos legales de hermenéutica; y, finalmente, decidir con sujeción rigurosa a los instrumentos propios del derecho, con la certeza y valentía que otorga el convencimiento de lo justo, y sin tolerar influencia externa alguna, acepción de personas ni doblegarse ante el peso o la atracción de factores metajurídicos. La vocación de materializar la rectitud así entendida constituye, a mi modo de ver, el rasgo moral básico que cualifica la función de juzgar. Ese afán de probidad es, quizás, el ejemplo profesional más indeleble que guardo de Julio Llovet. El mismo afán que ha sido el alma de la dilatada y callada dedicación jurisdiccional de otros compañeros con quienes he tenido la fortuna de compartir labores judiciales.

La referencia a la rectitud como presupuesto y exigencia cardinales de la tarea de enjuiciar nos lleva de la mano al meollo del tema del discurso. *In medias res*. La Dra. Tapia ha señalado que la cosa juzgada no es un efecto inherente, connatural, a la sentencia del juez; que, usando palabras de CHIOVENDA, el reexamen indefinido de la controversia parece más conforme con la justicia; y que son razones de oportunidad política, de utilidad social, las que aconsejan tratar a la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto. Otros autores, como LÓPEZ-FRAGOSO, consideran que el fundamento de la cosa juzgada material es consustancial a la propia naturaleza de la jurisdicción y, con ella, del propio proceso, pues la potestad de juzgar, titularidad exclusiva de los jueces y tribunales de acuerdo con el art. 117.3 de la CE, perdería su efectividad si las partes pudieran volver a pretender, y los tribunales volver a decidir, sobre un asunto ya juzgado en un proceso finalizado mediante sentencia firme. Entiéndase como se entienda, en la cosa juzgada siempre late, siquiera potencialmente, la tensión entre justicia y seguridad jurídica. La esencia de la institución radica en la intangibilidad de lo resuelto en firme; intangibilidad de que se inviste con abstracción del acierto o desacierto de la decisión de fondo, y que sólo desaparece mediante el ejercicio con éxito de las acciones procesales rescisorias —el recurso de revisión y la rescisión de la sentencia firme a

instancias del demandado rebelde— y en la actualidad, también a través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones que previene el art. 241 de la LOPJ. Fuera de estos supuestos tasados la eficacia de lo resuelto prevalece. El art. 487.3 de la LEC cuida de establecer en esta línea, a propósito del recurso de casación en la modalidad de interés casacional, que “los pronunciamientos de la sentencia que se dicten en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado”. La cosa juzgada surge, pues, eficaz y se impone a los afectados, aunque provenga de una resolución expresamente calificada de errónea. Lo juzgado deviene inmutable, aunque sea injusto. Esta situación paradójica, en que el derecho protege la seguridad antes que la efectividad de la norma que el mismo derecho crea, sólo resulta socialmente asumible en la medida en que exista una confianza ciudadana generalizada en el ejercicio limpio y honesto del poder jurisdiccional, aceptando que éste sufre su inevitable cuota de equivocaciones como actividad humana que es y, por ende, falible. Si esa confianza se debilita, si se instala la sospecha sobre la imparcialidad y recto proceder de los juzgadores, si herrumbre tal se acumula sobre la imagen de la justicia, el sistema jurídico y político se degrada en su conjunto, pierde crédito y corre riesgo de saltar por los aires. Es grave responsabilidad de todos evitar que esto suceda. E incluyo aquí a quienes, abusando de la resonancia que proporcionan ciertas plataformas, sustituyen el análisis razonado y medido como método de crítica de las resoluciones judiciales de que discrepan por la burda descalificación denigratoria del juzgador que las dicta.

La LEC 2000 regula la cosa juzgada material en términos considerablemente más perfectos que la anterior. Esto resulta innegable, como lo es también que dicha Ley ha traído una mejora importantísima a la ordenación del proceso hasta el punto que hoy, al cabo de casi cinco años de su entrada en vigor, sus resultados pueden calificarse, globalmente, de éxito.

La LEC, empero, carga también con su ración de fracasos. El mayor, posiblemente, el sistema dual de recursos extraordinarios, infracción procesal y casación, que no se ha puesto en práctica en su plenitud ni creo que lo haga nunca. Ni cuando se pudo hubo voluntad política de impulsarlo ni, menos aún, esa voluntad existe ahora. No lo lamento, porque siempre tuve recelos de una configuración de esos remedios impugnativos que presupone una distinción diáfana entre cuestiones procesales y sustantivas y la posibilidad de enjuiciar unas y otras por separado que pienso ilusorias. La actual situación de la casación deviene, con todo, más y más insostenible. El Tribunal Supremo, poco proclive de sí a la nueva normativa, se encuentra saturado de asuntos y, en circunstancias de acelerada producción

legislativa, se muestra incapaz de proporcionar respuestas casacionales con prontitud, continuidad y univocidad.

La casación necesita reformarse con urgencia. Esto es evidente. El problema es cómo y hacia dónde. Se habla de residenciar el recurso en los Tribunales Superiores de Justicia y dejar al Tribunal Supremo para unificar doctrina. A nadie se le oculta que el proyecto no responde a motivaciones de técnica jurídica sino de redistribución territorial del poder político. La organización judicial, no obstante, es campo delicado que soporta mal los parches y la improvisación. La reforma debería por ello llevarse a cabo sin precipitaciones y con concepciones meditadas y bien perfiladas. ¿Cuál ha de ser el contenido del nuevo recurso?. ¿Qué función se le asigna?. ¿Debe prevalecer la tutela del interés de las partes o el *ius constitutionis*?. ¿Cuál, el valor jurisprudencial que corresponde a las sentencias que dicten los Tribunales Superiores?. ¿Con qué alcance y de qué manera se articula la intervención unificadora del Tribunal Supremo?. Desde luego, no creo prudente introducir a disposición de los litigantes un cuarto grado en el orden jurisdiccional civil que incremente los costes económicos del proceso y que retarde la solución definitiva de la controversia. La seguridad jurídica, el bien social que aporta la cosa juzgada, cuanto más tardía menos utilidad rinde. Pero, por esto mismo y al tiempo, me parece imperdonable que, en el actual panorama de atraso crónico, se continúe despilfarrando la potencialidad resolutoria de unas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, la de Baleares incluida, cuya actividad jurisdiccional en el orden civil apenas si traspasa el umbral de su nombre.

En la legislación derogada por la LEC 2000, las deficiencias con que la cosa juzgada material se hallaba disciplinada saltaban a la vista. Era una disciplina desubicada, fragmentaria y obsoleta. El nuevo art. 222, por el contrario, aborda la institución de forma clara, completa y sistemática. Define su concepto, detalla sus distintos elementos componentes, diferencia su doble virtualidad, negativa y positiva, procura delimitar la extensión objetiva y subjetiva de sus efectos y fija con exactitud dónde llegan los límites temporales de su eficacia.

Hay más avances en la regulación de la cosa juzgada dispersos en otros lugares del articulado de la LEC. De singular relieve resulta la incidencia que proyecta sobre la cosa juzgada la nueva regla en materia de preclusión de causas de pedir que establece el art. 400.2. En virtud de la misma, lo juzgado cubre en adelante todos los posibles hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que se basa lo que el actor solicitó, y no sólo los efectivamente invocados. El *petitum* provoca un efecto de cierre, de manera que la decisión judicial que resuelve la controversia absorbe todas las causas de pedir, las alegadas y las alegables. Es una medida sanísima, que celebro. Restará

importancia y simplificará la eterna discusión doctrinal acerca de qué sea la *causa petendi*, y, en el plano práctico, reducirá notablemente el lamentable fenómeno de encadenamiento de litigios entre los mismos litigantes, agotador para ellos y para los órganos judiciales. Claro que, en contrapartida, exigirá del abogado un cuidado exquisito al construir la demanda. La nueva regla sancionará con dureza las redactadas a la ligera, pues no deja margen para subsanar con un segundo pleito las imprevisiones y desaciertos con que se planteó el primero.

Existe también otra mejora que conviene destacar: la figura de la prejudicialidad civil que prevé el art. 43. El precepto dispone que cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. La fuerza de lo juzgado por la sentencia que resuelve esta última queda de este modo garantizada y, con ella, se evita la desarmonía entre los distintos pronunciamientos jurisdiccionales.

La normación de la cosa juzgada en la LEC vigente no carece, pese a todo, de puntos dificultosos. Uno de ellos atañe a su tratamiento procesal y, más concretamente, a la posibilidad de que se aprecie por los tribunales *ex officio*, esto es, sin previa alegación de parte.

La LEC de 1881 daba a la cosa juzgada material consideración de excepción perentoria, si bien con la particularidad de que, en el juicio de mayor cuantía, el art. 544 permitía que se sustanciara y decidiera por anticipado, como si fuera una excepción dilatoria. En todo caso, le atribuía naturaleza de verdadera excepción, de manera que su acogida dependía de la iniciativa de la parte. En la jurisprudencia, empero, se fue abriendo paso poco a poco la idea de que la cosa juzgada podía e inclusive debía estimarse de oficio: primero, sólo en su vertiente negativa o excluyente; luego, también en la vertiente positiva o prejudicial. Esta doctrina jurisprudencial terminó consolidándose, luego de algunas vacilaciones, en la década de los noventa.

Entiendo que este criterio favorable al control de oficio de la cosa juzgada debe mantenerse con la nueva LEC. El legislador no lo dispone expresamente, a diferencia de lo que preceptúa, por ejemplo, el art. 9 respecto de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. Quizás hubiera sido aconsejable que lo hiciera, habida cuenta de que en el proceso civil impera el principio de justicia rogada, con arreglo al cual, según lo formula el art. 216, los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las

aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. No obstante, el deber judicial de respetar la cosa juzgada, actuando inclusive de oficio, parece inferirse de la dicción imperativa que emplea el art. 222. En su efecto negativo, la cosa juzgada “excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso”. Y, en lo tocante al efecto positivo, “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada...vinculará al tribunal de un proceso posterior”. La apreciación de oficio es, por lo demás, la solución correcta. En el aspecto excluyente, la ausencia de cosa juzgada entraña, según opinión común, presupuesto procesal objetivo de carácter negativo, no un mero óbice. En el prejudicial, la cosa juzgada constituye la ley que rige el caso concreto; de ahí que el juzgador tenga vedado fallar inobservándola.

Si la sentencia causante de cosa juzgada obra incorporada a las actuaciones, el juez habrá de tener en cuenta esta última por más que ninguno de los litigantes la haga valer. El problema se suscita cuando la sentencia no figura en autos pero el juez sabe de su existencia. No es un supuesto de laboratorio. Yo lo he vivido. La torpeza humana es infinita, no se olvide.

En el juicio ordinario la situación puede encontrar salida con ayuda del art. 421.3, precepto que faculta al juez para que ordene las actuaciones oportunas cuando para decidir sobre la litispendencia o la cosa juzgada fuere necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho. El art. 429.1 le autoriza asimismo a señalar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Ambas normas están previstas en sede de audiencia previa, pero el remedio puede trasladarse sin violencia al juicio verbal. Aun así, si estas vías pueden solventar la cuestión para la cosa juzgada excluyente, no la solucionan tanto para la faceta prejudicial. Nótese que ni la acumulación de procesos ni la suspensión del curso de los autos pueden decretarse de oficio por el tribunal sino sólo a solicitud de parte.

La profesora Tapia ha prestado atención en su discurso a otros aspectos conflictivos que ocasiona la cosa juzgada. Aludiré a algunos.

En cuanto a si las resoluciones que deciden cuestiones procesales quedan investidas de cosa juzgada material, comparto de lleno la opinión de que, con la ley actual, esas resoluciones no surten efectos fuera del proceso en que recaen. La cosa juzgada dimana, exclusivamente, de sentencias, no de autos, y por lo general esas resoluciones adoptarán esta última forma: auto de sobreseimiento en la audiencia previa y el auto similar que debe dictarse en el juicio verbal en idénticas circunstancias al amparo del art. 443.3. Y si la resolución consiste en una sentencia, no hay efecto de cosa juzgada porque

las únicas sentencias que lo llevan consigo son las que se pronuncian sobre el fondo de la pretensión que integra el objeto litigioso.

Ahora bien, la posibilidad de que una misma cuestión procesal pueda ser resuelta de manera dispar en dos procesos distintos, posibilidad que, por el contrario, se elimina respecto de las de carácter sustantivo, obliga a diferenciar con nitidez unas y otras. La distinción no plantea dificultades en muchos casos, aquellos que conciernen directamente a la regularidad del procedimiento. Pero hay algunos supuestos inciertos y que se prestan a polémica ante la ausencia de un criterio seguro que defina el fenómeno de lo específico procesal. Una pauta que permita delimitar con seguridad, entre toda la multiplicidad de elementos que confluyen en el proceso, qué pertenece a la relación jurídico procesal y qué forma parte de la relación jurídica sustantiva que en el proceso se debate. Pongo por ejemplo la legitimación. Un sector doctrinal, que a veces ha encontrado respaldo en la jurisprudencia, sostiene que se trata de elemento procesal, de modo que su ausencia da lugar a sentencia absolutoria en la instancia y que, como tal, no produce cosa juzgada. No creo, sin embargo, que esta sea la opción que escoge la LEC. El listado del art. 416 no menciona la legitimación entre las circunstancias susceptibles de impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, aunque hay que reconocer que esa relación legal es abierta y *ad exemplum*. Por mi lado pienso, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, el autor que ha analizado el tema de forma más convincente para mi gusto, que la legitimación pertenece a la materia de fondo, aunque, ciertamente, sea la primera que debe afrontarse en la secuencia lógica de cuestiones examinables. Si esta postura se acepta, lo que se juzgue sobre la legitimación deviene inatacable en futuros litigios, conclusión que no cabrá, en cambio, desde la visión opuesta.

Ocurre también que existen extremos de indiscutible naturaleza procesal pero que se hallan directamente condicionados por normas materiales. Determinar la competencia *ratione materiae* del orden jurisdiccional a que corresponde el conocimiento de un asunto requiere, no pocas veces, calificar la relación sustantiva existente entre las partes. El problema se suscita con alguna frecuencia a propósito de las relaciones contractuales de servicio. Si el contrato es de trabajo, compete a los tribunales del orden social resolver los conflictos que provoque. De otra manera, la competencia incumbe a los tribunales del orden civil. Cuando el contrato se extingue, la parte prestadora del servicio tiende a entablar demanda ante la jurisdicción social sosteniendo que reviste naturaleza laboral, de régimen más favorable a sus intereses, mientras que el receptor de los servicios y remunerador suele defender el carácter civil o mercantil del vínculo. Cuando prospera esta última tesis, esto es, que no existe contrato

de trabajo, los tribunales sociales declaran su incompetencia para conocer del pleito y remiten al actor ante la jurisdicción civil. Esta solución meramente procesal nunca me ha parecido ortodoxa y me inclino porque, en estos casos, debe dictarse sentencia absolutoria de fondo por inexistencia del hecho constitutivo primordial de la demanda de despido, cual es que haya una relación de trabajo. De todos modos, la sentencia que declara la incompetencia debería surtir efecto de cosa juzgada, pese a su evidente condición procesal, en lo atinente a la calificación de la relación contractual de servicios de suerte que vede el planteamiento ante la jurisdicción social de nuevos litigios –reclamación de retribuciones, por ejemplo– que tengan origen en la misma relación. No creo aceptable otra alternativa, puesto que la declaración de incompetencia se basa, en puridad, en una apreciación de fondo. Claro está que el efecto de cosa juzgada de esa sentencia opera sólo en la esfera de los tribunales sociales. No vincula a los de órdenes distintos, y si surge discrepancia entre distintas jurisdicciones acerca de la verdadera entidad del contrato la disputa habrá de dilucidarse a través del conflicto de competencia pertinente. La exclusión del efecto de cosa juzgada de las sentencias de contenido procesal entiendo por ello que debe matizarse y admitir excepciones.

También sugiere alguna reflexión la carencia de cosa juzgada de las sentencias de fondo que cierran los procesos sumarios. La norma –clásica, hay que reconocerlo– que hoy recoge el art. 447 adolece de tintes equívocos y, en algún caso, no la encuentro justificada.

La noción de sumariedad aplicada al proceso denota, no tanto la rapidez del procedimiento, cuanto la limitación de los medios de defensa y prueba utilizables por las partes. De ahí que se niegue carácter definitivo a la sentencia que lo pone fin. La rapidez en la tramitación y la resolución es, más bien, la consecuencia que se espera conlleve la *cognitio* limitada que caracteriza la sumariedad. El juicio verbal, cauce procesal a través del cual las pretensiones de tipo sumario se ventilan en la LEC, está fuera de duda, empero, que proporciona garantías plenas de que la controversia puede discutirse en su seno sin cortapisas, en toda su dimensión. La razón de la sumariedad, por tanto, ha de buscarse en otro sitio.

Algunas pretensiones sumarias lo son en función del especial fundamento de la tutela que el actor pretende. Se trata de pretensiones que tienen un fundamento inseguro y provisional, distinto y de menor valía que el fundamento de la pretensión ordinaria, motivo por el cual la protección que ofrecen al interés del demandante también ha de ser provisoria. Así ocurre en las acciones de tutela sumaria de la posesión, los antiguos interdictos. Estas acciones amparan el mero hecho de la posesión con la finalidad de preservar la paz social frente a los actos de justicia privada y, al tiempo, la

funcionalidad del proceso como instrumento de solución de conflictos. Su base la constituye la condición fáctica de poseedor, abstracción hecha del título de posesión que éste ostente o de que incluso cuente con alguno. La existencia de título posesorio no es materia de los procesos interdictales ni se debate en ellos el eventual *ius possidendi* del reclamante. Estos son extremos que conciernen a la pretensión de tutela ordinaria. Lo que se juzga en aquéllos son, pues, objetos distintos de lo que decide la sentencia que conoce de esta otra. Por consiguiente, afirmar que la sentencia dictada en el proceso posesorio sumario no produce efectos de cosa juzgada resulta inexacto, de un lado, e innecesario, por otro. Inexacto, porque esa sentencia produce cosa juzgada respecto del objeto que ha enjuiciado, esto es, la pretensión de tutela sumaria, so pena de admitir que los litigantes pueden reproducir esa misma pretensión hasta el infinito. E innecesario, en razón de que la sentencia, al no pronunciarse sobre el derecho definitivo a poseer, malamente puede obstaculizar, excluir o siquiera condicionar la ulterior pretensión en que ese derecho se postule.

Algo similar cabe observar en relación con las acciones que pretenden la efectividad de los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o perturbación. Estas acciones actúan la eficacia especial de que la ley dota a la inscripción registral y no se fundan en el derecho real mismo, cuya existencia, validez y subsistencia en absoluto prejuzgan.

Detengámonos también un momento en la pretensión de desahucio de fincas arrendadas que se funda en el impago de rentas. La LEC de 1881 no consentía en esta clase de juicios de desahucio otra prueba del pago que la confesión judicial o el documento o recibo en que constara haberse verificado. Tal restricción probatoria explicaba que la sentencia careciera de efectos de cosa juzgada, de manera que la cuestión litigiosa podía examinarse más tarde con la amplitud con que antes no era factible. El art. 444.1 de la LEC vigente establece que frente a la demanda de desahucio por impago de rentas o cantidades asimiladas “sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación”. Mas, si las alegaciones defensivas de fondo quedan reducidas a las dichas, la LEC no pone cortapisas a los medios para probarlas. Esto implica que, para probar el pago o las circunstancias relativas a la enervación, el demandado puede emplear todo tipo de pruebas, y no sólo, como antaño, la confesión y los documentos. Puede, incluso, oponer la compensación bajo idénticos condicionantes a los aplicables con carácter general en el juicio verbal. El art. 438.2 no prohíbe invocarla, a diferencia de lo que sucede con la reconvencción, que el numeral primero del mismo precepto declara inadmisibles en los juicios verbales que

finalicen con sentencia sin efecto de cosa juzgada.

Así las cosas, tiene sentido dejar abierta la posibilidad de que en juicio posterior se analicen y resuelvan cuantas alegaciones no pudo aducir el demandado frente a la pretensión de desahucio. Pero encuentro que no tiene ninguno que en otro proceso –que ha de sustanciarse igualmente por los trámites del juicio verbal– se vuelva a discutir la certeza del pago o la procedencia de la enervación en idénticas condiciones de contradicción y ausencia de restricción de pruebas a las en que tales extremos fueron debatidos y judicialmente resueltos. En conclusión: la sentencia que se pronuncia sobre la acción de desahucio por impago de rentas debería dejar definitiva e irrevocablemente juzgado cuanto al pago y la procedencia de la enervación atañe. La prescripción del art. 827.3 de la LEC relativa al juicio cambiario, a tenor de la cual la sentencia firme que se dicte en este juicio “producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente”, debería generalizarse, en mi opinión, a todos los juicios que hoy se catalogan de sumarios; esto es, conforme la jurisprudencia venía entendiendo –con menos razón que la que existe ahora– bajo el imperio de la LEC antigua.

Como se ve y la profesora Tapia ha mostrado extensamente en su discurso con brillantez, la institución de la cosa juzgada genera diversas incógnitas, y no siempre se logra acuerdo sobre la forma de dilucidarlas. Mi intervención en este acto enfila ya su tramo final. No quiero terminar, con todo, sin unos comentarios breves sobre tres cuestiones que me parecen de interés.

La primera se refiere al supuesto de que fallen los mecanismos de seguridad y sobrevengan dos sentencias contradictorias e incompatibles revestidas de fuerza de cosa juzgada. El choque entre ambas debe solventarse, en la lógica del sistema, a favor de la primera que ganó firmeza en el tiempo. *Prior tempore, potior iure*. Es la tesis que defendía la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero que no sigue la Sala Cuarta, de lo Social, la cual, puesta en la situación, opta por reconocer prevalencia a la sentencia más correcta en derecho; postura que, para mi asombro, la STC 3/1994, de 17 de enero, ratifica, abriendo de esta suerte un resquicio peligroso que conduce a desvirtuar la esencia misma de la cosa juzgada.

Delimitar, de otra parte, qué elementos de la sentencia adquieren fuerza de cosa juzgada y cuáles no, es punto crucial y, sin embargo, particularmente vidrioso. Hoy existe consenso en que la cosa juzgada incluye algo más que el fallo estricto, es decir, las concretas declaraciones

que formula la parte dispositiva de la resolución judicial. Mas si el fallo no es lo único que pasa en cosa juzgada, sí debe servir, en mi opinión, de pauta que permita deslindar con alguna certeza el ámbito de lo irremediabilmente juzgado. El fallo no nace del aire. El estimatorio de la demanda afirma, siquiera en forma implícita, la existencia de todos los hechos constitutivos de la pretensión y la ausencia de hechos obstativos. El desestimatorio de fondo responde a la falta de algún componente constitutivo de la acción o a la concurrencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. Por ello que la cosa juzgada, al proteger la integridad e intangibilidad del fallo, debe proteger también todos los elementos en que éste se sustenta en la medida en que, si alguno hubiera variado, el fallo habría tenido que ser distinto por necesidad. En definitiva, se trata del mismo canon delimitador del contenido del objeto de recurso que se acuña en la frase inveterada y unánimemente respetada de que el recurso se da contra el fallo y no contra los fundamentos; en otras palabras, que no ha lugar al recurso que no se traduce en alguna modificación de la parte dispositiva de la sentencia. Si la extensión de la cosa juzgada se ampliara más allá, habría que ampliar, paralelamente, la extensión de la materia recurrible. No lo encuentro prudente ni racional, entre otros motivos porque con ello se obligaría al tribunal que conoce del recurso a realizar, a efectos de apreciar la existencia del interés que legitima la acción impugnativa, un juicio prospectivo de lo que entra o no en cosa juzgada que a él no le corresponde efectuar y sí sólo al tribunal del posterior proceso.

El alcance de la cosa juzgada frente a terceros no litigantes constituye, por último, otro extremo de respuesta incierta. Ese alcance nunca debe producirse con menoscabo del derecho fundamental de defensa de los interesados, y me congratulo en este sentido de que la LEC haya suprimido la añeja extensión de los efectos de la cosa juzgada a los sujetos ligados por vínculos de solidaridad que, como sostuve cuando ingresé años ha en esta Academia, causaba indefensión a los afectados. Por tal motivo, y aun reconociendo lo inestético de la solución, me sumo a la propuesta de la Dra. Tapia de que lo juzgado surta efectos ante tercero en cuanto le favorece, mas no cuando le perjudica. Surte efectos ante tercero, se sobreentiende, en los casos taxativos en que la ley establece esa extensión. Y he aquí donde las vicisitudes que han rodeado la publicación oficial de la LEC han provocado un problema gratuito cuyas consecuencias futuras están por ver.

En la versión originaria del texto legal que apareció en los ejemplares del BOE correspondientes al 7 y al 8 de enero de 2000, el art. 222.3 remitía la determinación de los sujetos no litigantes susceptibles de ser afectados por la cosa juzgada a las disposiciones del art. 10. El BOE de 14 de abril

siguiente insertó, sin embargo, una corrección de errores en virtud de la cual la remisión al art. 10 se trasladó al art. 11. El cambio resulta de gran trascendencia, pues deja fuera del ámbito subjetivo de la cosa juzgada los supuestos de legitimación extraordinaria, pese a que la doctrina y la jurisprudencia admiten de manera unánime que la decisión judicial obtenida por el sustituto ha de vincular al sustituido. Isabel Tapia ha calificado esta corrección de “incorrecta”. Yo voy más lejos y me cuestiono su validez misma. Invito a quien sienta curiosidad por el tema a que consulte el texto final que aprobó el Pleno del Senado en su sesión de 2 de diciembre de 1999. Ese texto es, en este punto, exactamente igual al que había recibido del Congreso el 5 de octubre anterior y que éste había aprobado de su parte el 23 de septiembre. En él, el art. 222.3 se remite al art. 10. El texto del Senado fue, a su vez, el que aprobó el Pleno del Congreso en sesión de 16 de diciembre de 1999, y el que publica como Proyecto de Ley aprobado definitivamente el Boletín Oficial de las Cortes Generales, VI Legislatura, Serie A, núm. 147-17, de 29 de diciembre de 1999. En resumen, el Proyecto salió del Congreso hacia el Senado con la remisión del art. 222.3 al art. 10, y del Senado regresó al Congreso con ella intacta. Lo que aprobaron, pues, las Cortes Generales fue que los sujetos no litigantes a quienes afecta la cosa juzgada son los que prevé el art. 10.

El art. 19 del RD 1229/2001, de 8 de noviembre, que aprueba el estatuto del organismo autónomo Boletín Oficial del Estado –información que extraigo del trabajo del catedrático de la UIB, JOSE ÁNGEL TORRES LANA, “La publicación *on line* de la norma jurídica”– preceptúa, en orden a la corrección de errores y erratas en la publicación oficial, que los errores padecidos en el texto remitido para su publicación se salvarán del modo siguiente: a) Los meros errores u omisiones materiales que no alteren el sentido de las disposiciones se salvarán a instancia de los organismos respectivos instando la reproducción total o parcial del texto con las debidas correcciones; b) Cuando los errores u omisiones impliquen alteración del contenido o sentido de la norma, deberán salvarse mediante disposición del mismo rango. Si la redacción inserta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en calidad de Proyecto de Ley aprobado definitivamente y la primera que apareció en el BOE coinciden milimétricamente en este particular, ¿dónde está el error material de transcripción que rectificó de plano la corrección de 14 de abril?. ¿No ha habido aquí una alteración del contenido de la norma, sólo factible mediante otra disposición del mismo rango, es decir, de otra ley?. El asunto tiene envidia y el misterio debería aclararse. No es de recibo que las disposiciones normativas que aprueba el poder legislativo se modifiquen por mano anónima, y me llama la atención que nadie –que yo sepa– haya reparado en este hecho y que tan extrañísima corrección de errores se haya aceptado mansamente.

Acabo. El discurso de la profesora Tapia ha puesto de relieve las diversas incertidumbres que envuelven el concepto de cosa juzgada material y su traducción práctica, algunas postizas, como hemos visto. La aplicación de la cosa juzgada, en todo caso, debe ser estricta, a mi juicio, de modo que las dudas fundadas sobre su apreciación se solucionen en su contra. La justicia del caso no debe sacrificarse en pro de la seguridad y la armonía de las resoluciones judiciales más allá de lo imprescindible.

Muchas gracias.

“LA INSTITUCIÓN DE LA “DEFINICIÓN” EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LES ILLES BALEARS”

D. JOSÉ ANTONIO CARBONELL CRESPI

NOTA DEL AUTOR:

El estudio que usted va a leer no pretende ser ni un trabajo de investigación, ni por supuesto ninguna tesis doctoral sobre la materia, muy lejos de mi intención; mi pretensión es acercar la institución de la “definición” al lector, con un lenguaje sencillo y directo y sobre todo tiene una finalidad eminentemente práctica, intentando dar soluciones e ideas al que hacer diario en nuestros despachos profesionales, por lo que se hace sólo una breve reseña a los autores y libros consultados y se omite, más por falta de espacio que de tiempo, cualquier referencia a los antecedentes históricos de la institución.

Estos antecedentes históricos, que tienen su importancia, no salvan la realidad social actual de la institución, bastante en desuso, pero si que en cambio salva su vigencia el estudio fiscal de la misma que creo que hará que se revitalice. En definitiva estos antecedentes históricos pueden ser consultados por cualquiera que tenga un tiempo suficiente para hacerlo porque allí están, pero tampoco debe de dárseles una importancia exagerada.

Seguramente más de una persona podrá considerarlo como un trabajo elemental y poco profundo, pero hay que tener en cuenta la limitación en cuanto a la extensión del mismo que hace que según que materias no hayan podido ser tratadas con la profundidad necesaria, pero de todas forman insisto que la clave del mismo esta en las consecuencias fiscales.

Muchas gracias

I.- INTRODUCCION.- II.- AMBITO DE APLICACIÓN: a) Personal; b) Territorial.- III.- NATURALEZA JURIDICA.- a) La definición como “pacto sucesorio”; b) La definición como dos negocios jurídicos, uno de atribución patrimonial y otro de renuncia. IV.- CARACTERES.- a) contrato voluntario; b) consensual; c) aleatorio; d) sobre la herencia futura; e) irrevocable; f) oneroso. V.- CONCEPTO.- VI.- POSICIÓN DEL AUTOR.- VII.- ELEMENTOS PERSONALES.- a) Los descendientes, legitimarios y emancipados; b) Los ascendientes. VIII.- ELEMENTOS REALES.- a) Donación; b) Atribución; c) Compensación; d) Ventaja. IX.- ELEMENTOS FORMALES.- X.- MODALIDADES.- a) Por su extensión: a1) limitada; a2) amplia; b) por la atribución al legitimario: b1) Donación; b2) Atribución; b3) Compensación; b4) Ventaja; c) Por el momento de formalizarse la definición: c1) De presente; c2) De pasado. XI.- EFECTOS: a) En la sucesión testada; b) sucesión Intestada; c) Otros efectos: c1) Irrevocabilidad; c2) destino de la cuota renunciada por el descendiente que ha definido; c3) desheredación del descendiente que ha definido; c4) Preterición del descendiente que ha definido; c5) Reversión de los bienes donados; c6) Computación de lo definido; c7) Perfeccionamiento de la definición. XII.- ASPECTOS FISCALES.- XIII.- CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCION.-

La institución que es objeto del presente estudio está desarrollada legislativamente en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, en adelante C. D. C. I. B., en su libro I “de las disposiciones aplicables a la Isla de Mallorca”, concretamente en los artículos 50 y 51, no siendo de aplicación la misma a la Isla de Menorca en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la propia Compilación, y en cambio si a las Islas de Ibiza y Formentera, en defecto de pacto y de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 77.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 5/1961 de 19 de abril sobre la C. D. C. I. B., fue objeto de discusión por parte de la doctrina si la institución de la definición estaba vigente o no, a lo que dio respuesta el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 11 de junio de 1940, por el que se resolvía un recurso interpuesto por un Notario de Palma de Mallorca, contra el que en aquella época era Registrador sustituto de Inca, que no llegó a la Dirección General de los Registro y del Notariado al no ser apelado, el cual declaró la vigencia de la definición concluyendo que: “la costumbre ha confirmado la subsistencia en estas Islas, antes y después de la publicación del Código Civil del privilegio expedido por el Rey Don Jaime en cuatro de los Idus de Marzo de 1274 vulgarmente llamado definición y también que este privilegio aunque en su origen se concedió a las hijas salidas de la patria potestad por el matrimonio, se extendió sin duda por idénticas causas o razones, a los hijos emancipados por alguno de los medios que la ley establece y explicando que la definición en el derecho de Mallorca es una donación inter vivos efectuada a favor del hijo o hija como anticipo de la legítima, liquidación y finiquito de ella y de los derechos hereditarios que en su día pudieren corresponderle en la herencia del donante”.

Este Auto al igual que el artículo 35 del Proyecto de Apéndice al Código Civil, al decir que “Los hijos que hayan salido legalmente de la potestad de sus padres pueden otorgar a favor de estos el finiquito de sus legítimas y derechos hereditarios. Si se otorgase por mujer casada será precisa la intervención del marido”, daban una amplitud a la definición mayor que la recogida en la redacción del artículo 50 de la Compilación Balear de 1961, ya que la hacían extensiva no sólo a la legítima, sino a todos los derechos hereditarios, tal como actualmente establece el artículo 50 de la C. D. C. I. B. en su redacción dada por la reforma de 1990.

Históricamente, pues, se la consideraba como la renuncia a reclamar futuros derechos legitimarios, –pactum de non petendo–, que, en consideración de la constitución de la dote u otra donación, podían hacer la hijas al contraer matrimonio, primero; los hijos e hijas que profesaban

órdenes religiosas, después; y, posteriormente los hijos varones que salían de la familia, con lo cual con el paso del tiempo se fue ampliando el círculo de personas que podía definir.

En la redacción originaria de la C. D. C. I. B., Ley 5/1961 de 19 de abril, la regulación de la institución que nos ocupa era mínima al sólo dedicarse a ella un artículo concretamente el 50 que decía “Por la definición, los hijos e hijas emancipadas pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres, en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida”.

El legislador aprovecho la reforma de la Ley 8/90 de 28 de junio para proceder a efectuar una reforma en profundidad de la institución tal como se señala en la exposición de motivos de la misma, al decir: “Una institución que clamaba a voces una reforma en profundidad era la definición, de tanta raigambre en nuestro derecho y, sin embargo, prácticamente huérfana de regulación. En los proyectados artículos 50 y 51 se precisa su concepto, naturaleza, requisitos (personales, reales y formales) y muy especialmente sus efectos. Al igual que en materia de donaciones universales, se espera que la nueva normativa ayudará a revitalizar esta secular institución que puede ser el cauce adecuado para la solución del múltiples problemas familiares”.

Veamos pues lo que disponen los artículos anteriormente citados:

LIBRO I.- DE LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN LA ISLA DE MALLORCA.-

Artículo 50. Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad civil mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima.

El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición.

La definición deberá de ser pura y simple y formalizarse en escritura pública.

Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima.

Artículo 51. La definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del descendiente, sea cual fuere la fecha del testamento.

Respecto a otras disposiciones testamentarias a favor del descendiente, serán válidos en la definición limitada a la legítima, la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual fuera la fecha del testamento. Y en la no limitada, quedará sin efecto toda disposición de carácter patrimonial contenida en testamento de fecha anterior a la definición, sin que entre en juego la sustitución vulgar, salvo la dispuesta a favor de descendientes del renunciante que fuere hijo único; siendo por el contrario, válidas las ordenadas en testamento de fecha posterior.

Fallecido intestado el causante, si la definición se hubiere limitado a la legítima, el descendiente será llamado como heredero; siendo no limitada, el que la hubiera otorgado no será llamado nunca; sí lo serán sus descendientes, salvo que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos.

LIBRO II.- DE LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN LA ISLA DE MENORCA.-

Artículo 65. Rige en la isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación, excepción hecha de los artículos 6 y 7, en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III.

LIBRO III.- DE LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN LAS ISLAS DE IBIZA Y FORMENTERA.-

Artículo 77. Por el “finiquito” de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquel.

La cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia.

En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera.

II.- AMBITO DE APLICACIÓN.-

TERRITORIAL:

De conformidad con lo establecido en los artículos de la C. D. C. I. B. transcritos al principio del presente trabajo, esta institución es aplicable a las Islas de Mallorca, Ibiza y Formentera, no siéndolo a la Isla de Menorca.

La razón por la cual no es aplicable a esta última Isla, según Jaime Ferrer Pons, está en el respeto al Derecho consuetudinario y a los precedentes históricos, que en Baleares es absoluto, tal como lo indica el párrafo 2º del artículo 1º de la Compilación al decir “El Derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas”.

El desuso de la institución con anterioridad a efectuarse los trabajos preparatorios de la C. D. C. I. B. explica que se prescindiera de ella, en lo que hace referencia a dicha Isla.

PERSONAL:

La actual redacción del artículo 50 de la C. D. C. I. B. determina claramente en su párrafo tercero que “El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición”.

Este párrafo debe de interrelacionarse con lo dispuesto en el artículo 9. 8 del Código Civil Español al decir “La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

El transcrito párrafo tercero del artículo 50 de la C. D. C. I. B. elimina cualquier duda sobre el ámbito de aplicación de la definición en el aspecto personal, que la antigua y exigua redacción de la C. D. C. I. B. había sembrado ante su falta de regulación.

En principio y a vuela pluma parece que es necesario que todos los elementos personales que intervienen en la definición, descendientes, legitimarios emancipados y ascendientes, tengan vecindad civil mallorquina, ibicenca o formenterense, pero tal afirmación merece una serie de matizaciones.

En opinión de Jaime Ferrer, basta que quien tenga vecindad civil mallorquina, balear, o formenterense sea el ascendiente ya que “la definición es una institución de derecho sucesorio y más específicamente referida al sistema legitimario, y no debe olvidarse que en materia de

sucesiones, para determinar la legislación aplicable, hay que atender a la vecindad civil del causante; y además el Código Civil en el apartado 8 de su artículo 9, atiende a la vecindad civil del causante, en el momento de pacto sucesorio, para determinar la validez de éste”.

Este criterio se ha visto definitivamente consolidado en la redacción actual del artículo 50 de la C. D. C. I. B., al decir su párrafo primero que: “Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad civil mallorquina,...”, con lo cual es una cuestión menos a plantear ya que la vecindad civil mallorquina, menorquina o formenterense sólo cabe exigirse con respecto al ascendiente.

Luis Pascual González, consideraba que para otorgar “definición” debían de disfrutar de regionalización civil mallorquina tanto el hijo o hija como el padre y la madre; ello resultaba tanto de los Privilegios (de Jaime I, de 12 de marzo de 1274 y del Rey Sancho de 8 de noviembre de 1319, ya que el primero se otorga a los prohombres y a la Universidad de Mallorca y el segundo se refería al hijo o hija de la Ciudad y Reino de Mallorca), de la costumbre (reflejada en instrumentos notariales en los que se exigía vecindad foral en padres e hijos) e incluso de las normas del Código de general aplicación; pero hemos de tener en cuenta que cuando Luis Pascual llegó a esta conclusión todavía no se había producido la reforma del Título Preliminar del Código Civil, Decreto 1.830/74 de 31 de Mayo .

Por su parte, Tomás Mir de la Fuente, declara que la tesis que en su día hizo Luis Pascual era irreprochable, pero hoy en día ya no, ya que es discutible que esta doble condición personal venga exigida “por las normas del Código Civil de aplicación general”, sobre todo después de la referida reforma del Título Preliminar del Código Civil, en especial el artículo 9.1º y 9.8º. Lo que el legislador quiere, sigue diciendo Tomás Mir, es que los pactos sucesorios se rijan por la ley personal de aquel cuya sucesión se pacta, y más concretamente la que tenga en el momento de efectuarse la definición y ello significa que dicho pacto sucesorio se someterá al régimen establecido en la C. D. C. I. B. para la definición, en todos sus aspectos; lo cual, a mi juicio, después de la reforma de 1990 hace las cosas más claras aunque el trabajo del Tomás Mir sea anterior a dicho año.

Otra cuestión a plantear es la de si existe contradicción entre lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 50 de la C. D. C. I. B. y el artículo 9.8 del Código Civil Español, ya que si bien éste dice que “los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional de disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez” no olvidemos que también dice que

“si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a la ley que rija la sucesión del causante”. En principio parece que sí existe tal contradicción, por lo que tenemos que acudir a lo que dispone el artículo 16 del Código Civil que en su párrafo primero dice “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV...”, es decir por lo dispuesto en los artículos 8 al 12.

Lo anterior viene a colación para intentar solucionar el problema que se podría plantear ante el supuesto de cambio de vecindad civil de ascendiente, que pasa de la mallorquina, menorquina a formenterense a otra vecindad civil que no admite pacto sucesorio de definición.

Esta cuestión fue tratada por Jaime Ferrer Pons y él anticipándose a la nueva regulación del artículo 50 de la C. D. C. I. B., ya sostenía que el cambio de vecindad civil no afectaba a la validez de la definición efectuada en base a una disección muy concreta del artículo 9 apartado 8 del Código Civil, sosteniendo igual criterio Tomás Mir de la Fuente; todo lo cual hoy en día ha quedado zanjada por los términos claros y absolutos del párrafo 3º del artículo 50.

Pero ¿que pasa en el supuesto contrario?, de si otorgada una “definición”, bajo una vecindad civil que la prohíbe, por azares de la vida el ascendiente obtiene posteriormente vecindad civil mallorquina, menorquina o formenterense; ¿quedará convalidada la definición? Jaime Ferrer Pons, mantiene la postura negativa al manifestar que la invalidez no puede subsanarse con un cambio de vecindad civil; criterio que yo comparto plenamente y que además se ve reforzado por la letra del propio artículo 50 de la C. D. C. I. B. al exigir en el momento de efectuar la definición que la vecindad civil del ascendiente sea mallorquina y que para mantener la eficacia de misma redacta además el párrafo 3º en términos también suficientemente claros.

IV.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.-

Íntimamente ligadas ambas cuestiones iniciaremos el estudio de las dos posiciones existentes en cuanto a su naturaleza jurídica, para finalizar dando un concepto de “la definición”.

A) La definición como “pacto sucesorio”.

Hasta la reforma de la C. D. C. I. B. de 1990, se puede considerar casi unánime la postura de entender a “la definición” como una de las modalidades de pactos sucesorios, concretamente sería un “pacta de non succedendo”. Pero lo que se consideraba como una postura unitaria en

cuanto a tal concepción de pacto sucesorio, no fue tan pacíficamente aceptada en el seno de la Comisión que preparó la Ley de reforma de 1990 de la C. D. C. I. B., si bien es cierto que al final la propia redacción del artículo 50 de la C. D. C. I. B. resulta clara en cuanto a la concepción de “la definición” al decir que “el pacto sucesorio en virtud del cual, los descendientes, legitimarios y emancipados, renuncian a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad civil mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de estos reciban o hubieren recibido con anterioridad”.

Hay que partir de la base del tratamiento que da el Código Civil a los pactos sucesorios estableciendo la prohibición absoluta de los mismos, basta ver la redacción de los artículos 1.271.2; 658 y 815 de dicho cuerpo legal.

Todo lo contrario sucede en nuestra C. D. C. I. B. que establece en su articulado los dos tipos básicos de pactos sucesorios:

1) Artículos 8 a 13 referente a las donaciones universales de bienes presentes y futuros, representación de los “pacta de succedendo” y

2) Artículos 50 y 51 para Mallorca referentes a la definición y 77 para Ibiza y Formentera con los pactos de renuncia, representación ambos de los “pacta de non succedendo”.

Por su parte Jaime Ferrer Pons, en sus comentarios a los artículos 50 y 51 de la Compilación, declara expresamente lo siguiente: “El artículo 50 se contenta, efectivamente, con indicar que los hijos e hijas emancipados, (realmente la C. D. C. I. B. habla de descendientes), pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y los demás derechos derivados de la sucesión”. No hay duda, sigue diciendo el autor, “de que tales actos de disposición constituyen verdaderas modalidades de pactos sucesorios...”.

Según dicho autor, la renuncia implica en el campo del derecho, un negocio jurídico unilateral por el cual el titular de un derecho subjetivo lo extingue espontáneamente; estando su fundamento en el artículo 6 del Código Civil. La renuncia, según la mayoría de los autores, es un negocio jurídico unilateral, no receptivo, de disposición y no formalista; pero Jaime Ferrer considera que todo lo anterior no es de entera aplicación a lo que acontece a la definición. Según él no se da una declaración unilateral de voluntad, porque “la definición” supone un negocio jurídico complejo que exige un acto de liberalidad de los padres (se debe de referir a los ascendientes) aceptado por los hijos (descendientes) y una posterior manifestación de voluntad de estos, en base al anterior por virtud del cual dan finiquito a su legítima y demás derechos en la sucesión de sus padres (ascendientes).

Se trata de dos actos mutuamente condicionados, para la eficacia de los cuales, y de cada uno en particular se requiere la intervención de ambas partes, y precisamente porque ambos actos se realizan en atención a los efectos extintivos del derecho a la legítima, se produce este último efecto.

Insiste el autor que en el caso más normal los padres no otorgan una donación, pura y simple en un momento determinado a favor del que queda en libertad de definirse o no; en realidad lo corriente es que ambos actos aparezcan necesariamente unidos y se realiza el primero para desencadenar el segundo y este en contemplación al primero y ambos con intervención de las dos partes.

Incluso afirma Jaime Ferrer que es cierto que puede darse el supuesto en que el acto de liberalidad y acto de renuncia no sean coetáneos, siendo posible el finiquito de la legítima otorgado por un hijo, liberando al padre, en contemplación a una ventaja recibida con anterioridad, pero incluso en este supuesto, que califica de poco frecuente, no creo que estemos en presencia del negocio jurídico unilateral propio de la renuncia de derechos.

También dice que está claro que “la definición” no es un acto ni unilateral, ni espontáneo, ya que obedece a una previa donación o ventaja, por lo que la simple renuncia gratuita, que no responde a ninguna atribución patrimonial, no puede entenderse como definición.

Coll Carreras, lo considera como un negocio de naturaleza lucrativa.

José Castán Tobeñas se decanta abiertamente por considerar a la definición como un supuesto de pacto sucesorio, ya que basta ver la estructura general de su obra al tratar la misma, ya que se refiere a ella dentro del Tomo VI, Volumen III, de su estudio de Derecho Civil Español, Común y Foral y dentro de dicho tomo se refiere a la misma en la sección segunda, la sucesión contractual en los derechos forales y en el punto cuarto al hablar de Mallorca se refiere a “El heredamiento y la definición en el Derecho mallorquín”, considerándola como un “pacta de non succedendo” y dentro de los mismos sería tratada como una renuncia mediante una compensación. La edición manejada por mí, es la de 1978, por lo tanto posterior a la Compilación de 1.961 y anterior a la reforma de 1990, dedicándole a la institución sólo tres párrafos, que más que hablar de la misma trata de su ámbito de aplicación territorial dentro de las Illes Balears, pero resulta claro su posicionamiento dentro de la estructura general de su obra.

Juan José Rivas Martínez, también se decanta por la teoría de considerarla como “un pacto de non succedendo” que implica el “anticipo, pago y finiquito de las legítimas en vida del causante”.

Lo considera un contrato bilateral, consensual, aleatorio, sobre la herencia futura, irrevocable y oneroso

Eduardo Martínez Piñeiro, diferencia claramente la renuncia que se produce como consecuencia de la definición, de la simple renuncia a la herencia, en tanto en cuanto está última debe de formalizarse una vez fallecido el causante, tal como determina el artículo 991 del Código Civil al decir que “Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia”, mientras que la primera conlleva a que tiene que ser anterior a este fallecimiento.

B) La definición como dos negocios jurídicos, uno de atribución patrimonio y otro de renuncia.

Maria Pilar Ferrer Vanrell rompe con la postura tradicional de considerar a “la definición” como un pacto sucesorio al decir que el tipo negocial descrito en el artículo 50 consta de:

1º.- Un presupuesto del negocio, que consiste en una atribución patrimonial (donación atribución o compensación), fundada en un título lucrativo, creado por un negocio dispositivo, realizado por el ascendiente y que tiene como destinatario un descendiente legitimario emancipado.

Es necesaria la atribución patrimonial por título lucrativo, que siempre debe de ser inter-vivos, produciendo un resultado económico que será el correspondiente enriquecimiento-empobrecimiento entre los patrimonio puestos en relación.

La relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento de ambos patrimonios puestos en relación tiene que venir determinada por la imputación, que hoy en día se ha sustituido por los términos “en contemplación de”. Este nexo de causalidad se pone de manifiesto por la aplicación de las normas de computación en el patrimonio del ascendiente atribuyente y las normas de imputación en el patrimonio del descendiente legitimario emancipado atributivo.

2º.- Y un supuesto de hecho, consistente en un negocio unilateral del descendiente, mediante el cual “renuncia” o “define” sus futuros derechos sucesorios, en la sucesión de su ascendiente.

El negocio de la definición se manifestará en el momento en que el descendiente, dada la existencia o previo el presupuesto negocial de atribución patrimonial, declare su voluntad de renunciar a sus futuros derechos sucesorios de origen legal y desde entonces será irrevocable.

No es una renuncia simple, sino una renuncia porque previamente se ha obtenido una atribución patrimonial.

Se configura como una renuncia preventiva, se renuncia a unos eventuales derechos para cuando nazcan.

Presupuesto y supuesto de hecho conforman el tipo negocial, de faltar el presupuesto, la voluntad declarada no producirá los efectos jurídicos que persigue.

Considera, Maria Pilar Vanrell Ferrer, que la propia redacción del artículo 50 de la C. D. C. I. B. sirve de fundamento a su posición al decir que la atribución patrimonial es independiente del negocio de “renuncia”, y no la contraprestación, porque al determinar que existiendo una atribución patrimonial otorgada por el ascendiente, el descendiente “puede” otorgar la “renuncia”, el término “puede” desmonta la estructura contractual que se persigue con el pacto sucesorio. La atribución patrimonial (donación, atribución o compensación) existirá, se otorgue o no renuncia, ya que la misma es potestativa y no obligacional.

No se trata de poner de acuerdo dos voluntades en una unidad de acto, sino que se contemplan dos negocios jurídicos distintos, incluso en momentos diversos. Uno de ellos, la donación, atribución o compensación hace referencia a un negocio ya celebrado o que puede celebrarse antes de la “diffinitio”; y se otorgue o no ésta última, el anterior negocio es válido y eficaz. En cambio la “diffinitio” no puede existir sin el presupuesto negocial que es la atribución patrimonial (donación, atribución o compensación).

Termina diciendo que aunque el artículo 50 de la C. D. C. I. B. califique a la definición de “pacto sucesorio”, estamos ante otro tipo negocial. El pacto es un negocio jurídico bilateral, recepticio, atributivo y causal. La renuncia, por el contrario, es un negocio unilateral, abstracto, dispositivo, pero no atributivo.

El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en Sentencias de 28 de mayo de 1992 y 20 de diciembre de 2001, considera la definición como “un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados, que son el acto de liberalidad y la renuncia, y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aun siendo gratuita la causa de, por una parte la donación y por otra la renuncia”. El hecho trascendente, es que la causa de la “atribución lucrativa que realiza el ascendiente, radica en el común propósito de las partes de imputar dicha atribución al pago adelantado de los derechos legitimarios o, en su caso, sucesorios, que corresponderán al descendiente, de manera que éste, dándose por satisfecho con cuanto ha percibido, se comprometa a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro”.

IV.- CARACTERES DE LA DEFINICIÓN.-

Como consecuencia de considerarlo un pacto sucesorio tiene la definición los siguientes caracteres:

Es un contrato voluntario, ya que los padres no pueden exigir al hijo que la donación por ellos efectuada sea recibida por sus descendientes como anticipo de legítima; los padres son libres de donar pero no pueden obligar a definir; y por el contrario los descendientes no pueden obligar a sus ascendientes a que les efectúen una donación como anticipo de su legítima.

Es un negocio consensual, pudiéndole afectar los vicios del consentimiento.

Es un contrato aleatorio, en especial cuando la definición es amplia, es decir que afecta a todos los derechos sucesorios. Como dice Pascual González el empobrecimiento del futuro causante sería beneficioso para el que ha definido, si bien esta afirmación será matizada más adelante; produciéndose el efecto contrario en el supuesto de enriquecimiento del futuro causante.

Es un contrato sobre la herencia futura, irrevocable, salvo acuerdo entre las partes y oneroso, dado que la renuncia no es pura y simple sino que lo es con ocasión del alguna ventaja o compensación para el renunciante.

Dicha onerosidad ha sido bastante controvertida, pero después de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, de 28 de mayo de 1992 y 28 de Diciembre de 2001, a salvo los votos particulares de la primera, dicho Tribunal se ha decantado por aceptar el carácter oneroso de la definición.

V.- CONCEPTO

Genéricamente la definición ha sido considerada como “anticipo, pago y finiquito de las legítimas en vida del causante”.

José Castán Tobeñas, la define como “una renuncia a la legítima hecha por la hija que se casa o el hijo a quien se da colocación, mediante una compensación (dote o donación) que el padre suele ofrecer”.

Ni que decir tiene que este concepto es anterior a la publicación de la C. D. C. I. B. de 1961.

Por su parte Pascual y González señala que es “un contrato mediante el cual el hijo o hija acepta y recibe una donación o entrega de bienes de su padre o madre, en calidad de pago anticipado, liquidación y finiquito de

lo que pudiera corresponderle, en su día por legítima y demás derechos hereditarios en la futura herencia respectiva”.

VI.- POSICIÓN DEL AUTOR.-

En mi opinión se podía conceptuar a la definición como: el pacto sucesorio de non sucedendo, voluntario, consensual, aleatorio sobre la herencia futura y oneroso en virtud del cual un descendiente, legitimario y emancipado, renuncia, bien a todos los derechos sucesorios o sólo a los derechos legitimarios, que pudieran corresponderle en la sucesión de su ascendiente, que debe de ser de vecindad civil mallorquina, en contemplación a alguna donación, atribución o compensación que reciba o hubiere recibido con anterioridad.

Con este concepto me inclino claramente a favor de considerar a la definición como un pacto sucesorio y ello en base a que considero que en la misma existe un negocio jurídico de atribución patrimonial (donación, atribución o compensación) efectuado por el ascendiente que con total seguridad lo condicionará al otorgamiento de la definición por parte del descendiente, ya que si éste no define aquel no atribuye patrimonialmente, y por el contrario el descendiente no definirá sino recibe la atribución patrimonial, es decir que están ambos recíprocamente condicionados.

Entiendo que la expresión “pueden” del artículo 50 de la C. D. C. I. B. que, según Maria Pilar Ferrer considera que le sirve de fundamento a su posición, al decir que la atribución patrimonial es independiente del negocio de “renuncia”, y no la contraprestación, porque al determinar que existiendo una atribución patrimonial otorgada por el ascendiente, el descendiente “puede” otorgar la “renuncia”, el término “puede”, según ella, desmonta la estructura contractual que se persigue con el pacto sucesorio. La atribución patrimonial (donación, atribución o compensación) existirá, se otorgue o no renuncia, ya que la misma es potestativa y no obligacional.

A mi juicio, por el contrario, la expresión “pueden”, no tiene el mismo sentido que para Maria Pilar Ferrer, entiendo que ante alguna donación, atribución o compensación efectuada por el ascendiente, y a diferencia de lo dispuesto en el derecho común, en donde el descendiente “no puede” renunciar anticipadamente a su legítima, en Mallorca, este mismo descendiente si que “puede” definir, es decir renunciar anticipadamente no sólo a su legítima sino además a todos sus derechos sucesorios.

En Mallorca ante esta atribución patrimonial y según lo acordado por ambas partes, ascendiente y descendiente, se puede definir o no definir, ya que puede haber una donación efectuada por un ascendiente a un

descendiente legitimario emancipado, sin que el primero le obligue a definir, es decir que puede existir atribución patrimonial con o sin definición por haberse así acordado por ambas partes.

Es evidente de que en el supuesto de que el beneficiario de la atribución se negase a definir y pensando en la unidad de acto nos encontraríamos que el ascendiente entonces no efectuaría la atribución patrimonial, si la misma esta condicionada a la definición.

También puede darse el supuesto que en una primera atribución patrimonial efectuada no se produzca definición, pero posteriores atribuciones patrimoniales efectuadas entre los mismos ascendientes y descendientes, legitimarios y emancipados, hagan que este último otorgue la definición porque la suma de las mismas cumple sus expectativas en la sucesión del ascendiente y en base a ello define.

En definitiva no toda atribución patrimonial efectuada por el ascendiente debe dar lugar al otorgamiento de una definición, sino que “puede” o “no puede” dar lugar a ella.

Lo que si esta claro por mi parte, es que sin atribución patrimonial no puede haber definición, ya que en este caso la renuncia seria pura y simple, sin contemplación a nada, es decir se renunciaría a nada, ya que los derechos sucesorios no han nacido, y mucho menos los legitimarios, y no se puede renunciar a la herencia de una persona, sin estar cierto de la muerte de la misma y de su derecho a la herencia, según dispone el artículo 991 del Código Civil Español.

VII.- ELEMENTOS PERSONALES.-

1) Los descendientes, legitimarios y emancipados.

En su redacción originaria, el artículo 50 de la C. D. C. I. B. limitada la definición sólo a “los hijos e hijas emancipados” en “la sucesión de su padres”; actualmente y después de la Ley 8/90 se amplia el ámbito de la institución a “los descendientes, legitimarios y emancipados” en “la sucesión de sus ascendientes”.

En la expresión “descendientes” se comprenden tanto los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los adoptivos.

A pesar que en un principio la C. D. C. I. B. sólo se refería a los hijos e hijas, ya se planteaba la cuestión de si los nietos, cuando eran legitimarios, en relación con la herencia de sus abuelos, podían o no otorgar “definición”; Pascual González mantenía una postura negativa, en cambio Jaime Ferrer Pons ya argumentaba que en dichos supuestos se podía alegar la aplicación

del derecho de definición a los descendientes de ulterior grado que fuesen legitimarios.

Por su parte la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es muestra, entre otras, la Sentencia de 30 de abril de 1981 establece que “la palabra hijos empleada en disposiciones de última voluntad comprende a todos los descendientes”.

En cuanto a los “legitimarios”, será necesario que el descendiente al tiempo de otorgarse la definición sea posible legitimario del ascendientes (nieto, en el supuesto de premoriencia de su padre, en relación a la herencia de su abuelo).

Al referirse el artículo 50 de la C. D. C. I. B., también a los “emancipados”, se sigue la orientación del Proyecto de Apéndice de 1949, la del Auto de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 11 de junio de 1940 y de la redacción originaria del artículo en la Ley de 1961 de la C. D. C. I. B., y por lo tanto se exige la edad para poder contraer matrimonio.

Históricamente se requería la edad de 12 y 14 años y si quien definía era la hija, se exigía además el consentimiento del marido para complementar la capacidad.

La emancipación podrá efectuarse por cualquiera de las formas que se regulan en el Código Civil en su artículo 314 que dice: “La emancipación tiene lugar:

1º.- Por la mayor edad. (Según el artículo 315 del mismo cuerpo legal es a partir de los 18 años).

2º.- Por el matrimonio del menor. (El artículo 48 del mismo cuerpo legal establece que el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de ... edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán de ser oídos el menor y sus padres y guardadores).

3º.- Por la concesión de los que ejerzan la patria potestad. (El artículo 317 del Código Civil, dice que para ello se requiere que el menor tenga dieciséis años de edad y que la consienta).

4º.- Por concesión judicial. (El artículo 320 del Código Civil indica que el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres, señalando los supuestos que deben de darse”).

Para aceptar una donación en principio no es necesario estar emancipado ni tener la capacidad del emancipado, ya que cabe que un menor de edad con discernimiento pueda acepta una donación pura; pero si el

beneficiario de la donación (o atribución patrimonial) no esta emancipado, no podrá definir, por exigir esta mínima capacidad la C. D. C. I. B., o bien previamente deberá de ser emancipado por sus padres si concurren los requisitos de edad anteriormente referenciados.

Los emancipados pueden definir por si solos y no requieren ningún complemento de capacidad.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en Sentencia de 20 de diciembre de 2001 y ante la cuestión que dio lugar al recurso, que era la de declarar la nulidad de un negocio jurídico de definición de legitimas efectuado en 1979, dice:

“El tema que hay que resolver es determinar si un legitimario no emancipado puede otorgar definición representado por su padre, ya que su madre había fallecido, actuando dicho padre en el ejercicio de la patria potestad y en provecho de aquel, supuesto al que no se refiere expresamente el artículo 50 de la Compilación, sin que ello sea extraño dado que éste no contiene un *númerus clausus* de personas que puedan definir y dada al alta singularidad del caso”.

La Sala considera que en ausencia de limitación alguna en el citado artículo, no se aprecia óbice alguno para aplicar supletoriamente las normas generales de los contratos y considerar que el padre en el ejercicio de la patria potestad y de la facultad de representación del menor pueda otorgar dicho pacto sucesorio en nombre de su hijo.

Si se disecciona el negocio jurídico de definición efectuado y se distingue por una parte “la donación” y por otra “la renuncia”, se observa en primer lugar que quién definió representado por su padre, el cual actuaba en el ejercicio de la patria potestad, no podía aceptar donaciones “condicionales u onerosas” sin la intervención de sus “legítimos representantes” (artículo 626 del Código Civil), es decir en el presente caso sin intervención de su padre, ya que su madre, como hemos señalado antes había fallecido, y, en segundo lugar, que el padre hubiera podido, por ejemplo, en representación de su hijo no emancipado, repudiar una herencia a la que éste hubiera sido llamado, teniendo en cuenta que en la versión del Código Civil aplicable en la fecha que se efectuó la definición 28 de diciembre de 1979, y por lo tanto anterior a la reforma de dicho cuerpo legal de 13 de mayo de 1981, no era necesaria la autorización judicial para que el padre pudiera efectuarla, pues se tenía que acudir el principio general de representación del Código Civil, antiguo artículo 155 de dicho cuerpo legal, por no ser aplicable a la renuncia del derecho hereditario el artículo 164 del mismo cuerpo legal, que ha de interpretarse restrictivamente y nunca extensivamente; así se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio 1906 y

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1911, 18 de noviembre de 1921, 25 de agosto de 1925, 25 de noviembre de 1942 y 25 de septiembre de 1943.

Así las cosas, continua diciendo el Tribunal, que puede concluirse que en la época en que se hizo la definición, no en la actual ya que sería de aplicación el artículo 166 del Código Civil que dice “Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares... sino por causas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con Audiencia del Ministerio Fiscal”, pudo hacerse la definición al no prohibirlo expresa o tácitamente la C. D. C. I. B. y al permitirlo el Código Civil, pues si éste autorizaba lo más –repudiación de la herencia de un menor por su padre en base a su poder de representación– no se ve obstáculo para que se entienda que el Ordenamiento Jurídico autorizaba lo menos –finiquito de las legítimas en base a donaciones realizadas–.

2) Los ascendientes:

Siempre deberán de tener vecindad civil mallorquina, teniendo en cuenta además que el párrafo tercero del artículo 50 de la C. D. C. I. B. determina que “el cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición”, sin entrar más en el tema que ha sido ampliamente tratado al haber del ámbito de aplicación de la definición.

En cuanto a su capacidad debe de ser la capacidad general exigida para efectuar actos de disposición

En términos generales hay dos conceptos básicos en cuanto a los elementos personales de la definición que son:

A) La línea: que siempre tiene que ser recta, es decir no cabe definición en la línea colateral y,

B) El grado: ya que el descendiente debe de estar colocado en primer grado con relación al ascendiente.

También, y siguiendo a Maria Pilar Ferrer, hay sujetos beneficiados y perjudicados con la definición y que son:

1.- Sujetos beneficiados: serán los herederos del destinatario de la definición, es decir los herederos del ascendiente. El artículo 51 de la C. D. C. I. B., se refiere a este supuesto, porque siendo la definición firme, nada más puede reclamar el que la ha efectuado, pudiendo los herederos del ascendiente una vez abierta su sucesión paralizar cualquier pretensión del autor de la definición reclamando algún derecho, con la “exceptio pacto de non petendo”.

2.- Sujetos perjudicados: serán los hijos del autor de la definición, es

decir de quien la ha efectuado. La doctrina clásica se planteó si el nieto podía pretender algún derecho, imputando lo que el ascendiente dispuso a favor de su padre, siendo los juristas rotundos al afirmar que puede excepcionarse cualquier reclamación porque ya fueron satisfechos los derechos, excepto en el caso de que el autor de la definición premuera a su ascendiente, ya que qué este caso, no había nacido el derecho que se entendió satisfecho (la legitima), y en este supuesto sus hijos, se refiere a los del que ha definido, imputando lo recibido por su ascendiente, que es quien definió, pueden pretender su derecho ya que el negocio decae por faltar el fundamento, que es la cualidad de legitimario.

De admitirse la tesis de que los hijos puedan pretender los derechos que su padre definió, en la sucesión de su ascendiente, se estaría posibilitando detraer dos legítimas en una misma sucesión.

Por último al no considerarse a la definición como un acto personalísimo no hay inconveniente que se pueda formalizar por medio de mandatario, con poder especial, tal como admitió la Sentencia del Juzgado número 2 de Palma de Mallorca de fecha 17 de marzo de 1957.

VIII.- ELEMENTOS REALES.-

La definición se otorga en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que los descendientes reciben o hayan recibido ya de sus ascendientes, de ello se deriva como decíamos antes su carácter de contrato bilateral y oneroso.

Martínez Piñeiro declara que el único elemento real al que se hace referencia en la Compilación es al de la “contraprestación” recibida por el descendiente.

Comparando la redacción originaria del artículo 50 de la C. D. C. I. B. nos damos cuenta que este se refería sólo a la “contraprestación”, limitándola a los supuestos de donación o ventaja, cuando la redacción actual derivada de la reforma de 1990, ya nos habla de “donación, atribución o compensación”, siendo por lo tanto clara la intención del legislador de no querer en modo alguno restringir el concepto de “contraprestación”.

Esta contraprestación será la causa de la definición por lo cual es necesaria la primera para que pueda producirse la segunda, no siendo necesario que ambas tengan que coincidir en el tiempo, ya que la primera puede producirse con anterioridad a la segunda, tal como de forma expresa admite la C. D. C. I. B. en el último inciso del párrafo primero del artículo 50, al decir “que de éstos reciban (se refiere a los ascendientes) o hubieran

recibido con anterioridad”.

En cuanto al concepto de “Donación” queda establecido en el artículo 618 de Código Civil, como “aquel acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta”.

La Sentencia del Tribunal Superior de las Illes Balears de 20 de diciembre de 2001, resuelve entre otros asuntos, el referente a una donación efectuada por los padres y abuelos, de diversos bienes inmuebles rústicos, acompañado de definición en las herencias de los mismos, por parte de los hijos y nieto. Concretamente los bienes objeto de donación fueron veintitrés, de los cuales veintiuno eran propiedad del padre y abuelo y sólo dos de la madre y abuela, haciéndose constar que “sus abuelos otorgantes le donaban la nuda-propiedad y se reservaban la facultad de disponer inter vivos y mortis causa a título oneroso o lucrativo de dichas fincas”. El nieto recibió diez fincas, de las cuales todas menos la última eran propiedad del abuelo, el cual falleció sin disponer de ninguna de las fincas donadas al mismo.

Declara el Tribunal que en el negocio jurídico de definición efectuado, la nuda propiedad recibida por el nieto se hallaba sometida a una condición puramente potestativa positiva resolutoria que, a su vez, le otorgaba la expectativa de devenir pleno propietario de las fincas donadas por su abuelo y por su abuela de fallecer sin haber hecho uso de las facultades que se reservaban.

Cuando muere el abuelo, el nieto deviene pleno propietario de las nueve fincas por él donadas, ya que no había hecho uso de la facultad que se había reservado, mientras que en relación con la abuela perdió la nuda propiedad que se le había transmitido y las expectativas dichas, pues ella sí que utilizó la facultad reservada, vendiendo la finca donada.

Ahora bien, según el Tribunal, ello no significa que el negocio jurídico total de definición no consiguiera su fin pues, en su unidad y en el momento de la consumación, su causa subsistía: se definieron las legítimas de dos herencias recibiendo el recurrente como contraprestación nueve de las diez fincas donadas, pese a la existencia de la condición analizada.

¿Existen límites a esta donación, atribución o compensación?. A falta de regulación expresa en la C. D. C. I. B. hemos de acudir en este supuesto a lo que establece el Código Civil en sus artículos 634 a 636, en el sentido de que la donación puede comprender todos los bienes presentes del donante o sólo parte de ellos, con tal que se reserve en pleno dominio o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; que no pueden ser objeto de donación bienes futuros, que son los que no pueden ser dispuestos por el donante al tiempo de efectuar la donación; y por

último, que nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por vía de testamento.

Por último en cuanto a este punto, sólo cabe significar que la institución que analizamos se mueve dentro del ámbito familiar, por lo tanto las razones o motivos que han llevado a un descendiente a definir, es decir voluntariamente renunciar a sus derechos en la herencia del ascendiente, es muy subjetiva, íntima y privada, al igual que los motivos que han dado lugar a que el ascendiente le haya hecho la donación, atribución o compensación; basta pensar en lo que se podía considerar “ventaja” en la redacción originaria de la C. D. C. I. B. El término ventaja no es propiamente un término jurídico, gramaticalmente se puede considerar, entre otros conceptos, como una situación favorable, pudiendo ser material o inmaterial, estimable pecuniariamente o inestimable o de difícil estimación. Se puede considerar como un beneficio a favor del hijo que otorga la definición, como por ejemplo costear unos estudios, liberarlos de una situación económica desfavorable, o cualquier otro beneficio o ventaja que cualquier otra persona no podría considerar como tal, pero sí el propio aventajado.

Hablaremos más de dichos elementos reales al tratar las diversas modalidades de definición y sus efectos.

Mención especial merece la expresión utilizada por el artículo 50 de la C. D. C. I. B. al referirse al término “compensación”, término en exceso genérico e impreciso, lo cual hace que según el contenido que se le de carecerá del carácter real, tal vez la Comisión de Asesores de Derecho Civil de las Illes Balears, en futuras revisiones de la C. D. C. I. B., debería de aconsejar la utilización de un término más preciso jurídicamente hablando como por ejemplo el de “prestación no debida”.

IX.- ELEMENTOS FORMALES.-

Nada decía la redacción originaria de la C. D. C. I. B., en cuanto a la forma de documentarse la definición; en la actualidad el artículo 50 de la C. D. C. I. B. en su párrafo cuarto establece que la definición deberá de formalizarse en documento público, convirtiéndolo en requisito absolemnitatem.

Lacruz, consideraba suficiente su formalización en documento privado.

Jaime Ferrer Pons, por su parte, ya consideraba que aun a pesar del silencio de la Compilación resultada claro que la definición debía de formalizarse en documento público, ya que la misma entraña una renuncia a la legítima y el Código Civil en el apartado 4º del artículo 1.280, establece

que: “deberán de constar en documento público, la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal”.

En cuanto a la forma de la donación, atribución o compensación, diremos que depende en que consista la misma.

Con respecto a la donación está clara que la normativa a aplicar es la del Código Civil Español ya que los artículos 632 y 633 de dicho cuerpo legal establecen que la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito, se entiende, en este último supuesto, que puede ser mediante documento público o privado. Si se hace verbalmente se requiere la entrega simultánea de la cosa, si no es así, la donación no surtirá efecto si no se hace por escrito (público o privado) y consta en la misma forma la aceptación.

La donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose individualmente el valor de los bienes donados y el de las cargas a satisfacer por el donatario. La aceptación puede hacerse en la misma escritura, o en otra separada, pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 13 de marzo de 2001 y 22 de abril de 2002 , no exigen para la inscripción de la donación de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, que conste expresamente la formula sacramental “acepto” por parte del donatario, ya que se entiende que la mera comparecencia de donatario en la escritura pública de donación y al no haber manifestación o declaración en contra del mismo, equivale a la aceptación.

Así la primera de dichas Resoluciones dice que: “La aceptación de la donación no requiere de términos sacramentales y puede resultar del conjunto del otorgamiento de la escritura. La redacción del documento presentado no ofrece duda alguna sobre el ánimo de hacer y recibir la donación. Es evidente que existe aceptación por parte de los donatarios, pues tal aceptación no requiere la existencia de términos sacramentales. Cualquier otra interpretación conduciría al absurdo”.

La segunda Resolución además de reiterar la doctrina anterior añade que: “el juicio de capacidad del notario se extiende a todos los comparecientes a los fines de otorgar una escritura de donación; después de exponer los donantes que son titulares de las fincas que posteriormente donan consta en la escritura que los comparecientes, teniendo convenida la donación de la nuda propiedad de las fincas descritas en los apartados anteriores, la formalizan en esta escritura con arreglo a las siguientes Cláusulas; y por último, todos ellos otorgan y la copia se expide a favor de uno de los donatarios”.

De todo lo anterior se deduce que el negocio de atribución patrimonial del ascendiente a favor del descendiente podrá, o no, formalizarse en documento público, ya que ello depende de en que consista dicha atribución patrimonial; pero en cambio siempre deberá constar en documento público y como requisito “ab solemnitate” la definición en si misma.

Jaime Ferrer Pons considera, no sin razón, que en el negocio de atribución se deberá de hacer constar de forma clara y taxativa que los bienes que se donan, las atribuciones o compensaciones que se reciben lo son en concepto de definición.

En todo caso, como ya hemos dicho antes, la definición podrá otorgarse con posterioridad a la atribución patrimonial, pero considero que siempre deberá de formalizarse antes del fallecimiento del ascendiente atribuyente.

Por otro lado el anexo II del vigente Reglamento Notarial que hace referencia al Registro de Actos de Última Voluntad, dice en su artículo 3º que en el mismo se tomará razón: “de los testamentos abiertos, los cerrados, los ológrafos (en los supuestos que se cita), las donaciones mortis causa, los testamentos celebrados ante el Cura Párroco (donde sea factible), ante Agentes Diplomáticos o Consulares en el extranjero y los otorgados ante militares o en viajes marítimos”, añadiendo “y en general de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizada por Notario”.

Raimundo Clar Garau, considera que en nuestro derecho mallorquín hay varios supuestos que se pueden incluir en está última coetilla del citado artículo 3, ya que la falta de comunicación de determinados actos puede producir perturbaciones en el mecanismo sucesorio. Entre uno de los supuesto que enumera está la definición, ya que es posible que unos hermanos no tengan conocimiento del otorgamiento de una o varias definiciones por parte de sus otros hermano o hermanos, por lo que considera conveniente el comunicar el otorgamiento, por parte del Notario autorizante de una escritura pública de definición, al Registro de Actos del Última Voluntad, haciendo constar en el parte reglamentariamente aprobado y concretamente en el apartado “observaciones”, todo lo necesario para garantizar su efectividad.

X.- MODALIDADES.-

Antes de la reforma de 1990 se planteaba el problema de si la definición podría sólo afectar a los derechos legitimarios o afectaba a todos los derechos sucesorios, respecto de esta última posibilidad nadie dudaba de la misma, pero con respecto a la primera, definición afectante sólo a la legítima se

plantaban dudas, aplicando paralelamente el problema de la indivisibilidad de la aceptación y de la renuncia de la herencia; a pesar de ello, Jaime Ferrer Pons, con una muy buena argumentación consideraba aplicable la definición limitada sólo a la legítima. No hay que olvidar que la redacción originaria del artículo 50 de la C. D. C. I. B. decía, en la parte que nos afecta, lo siguiente: Por la “definición” los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres...”; obsérvese que la primitiva redacción se utilizaba la conjunción copulativa “y” y no la conjunción disyuntiva “o”.

Después de la reforma de la C. D. C. I. B. de 1990 el problema ha quedado claramente solucionado al distinguir dos modalidades de la definición

a) Por su extensión, puede ser:

a1) Limitada: en este caso se entiende limitada a sólo la legítima y siempre será así si no se dice lo contrario en la escritura de definición por aplicación del párrafo segundo del artículo 50 de la C. D. C. I. B., que dice “La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a al legítima”.

a2) amplia: en este caso se entienden renunciados todos los derechos hereditarios, incluidos por supuesto, los legitimarios.

Miguel Coll, considera más adecuada la utilización de la expresión “finiquito” que la de “renuncia” ya que, según él, quién define no renuncia a nada, lo que hace es darse por pagado de lo que podría haberle sobrevenido; todo lo que hubiera podido recibir lo considera recibido de presente”.

La expresión “finiquito”, es utilizada en la redacción del artículo 77 de la C. D. C. I. B., ubicado en el libro III “De las disposiciones aplicables en las Islas de Ibiza y Formentera”.

b) También caben modalidades de definición por la atribución al legitimario:

Antes de la reforma de 1990, la C. D. C. I. B. se refería a donación o ventaja.

b1) Donación: En cuanto al tipo de donación en contemplación a la cual el beneficiario de la misma puede definir, debe de ser una donación “inter-vivos”, onerosa y singular, ya que de ser la donación universal serían de aplicación los artículos 8 y siguientes de la Compilación y por lo tanto estaríamos en presencia de un “pacta de sucedendo”.

La donación puede ser tanto del pleno dominio, como sólo limitada a la nuda-propiedad, reservándose el donante la usufructo vitalicio del bien donado, teniendo en cuenta que al fallecimiento del donante este usufructo

se consolidará con la nuda propiedad, posibilidad también admitida en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears de 28 de mayo de 1992 y 20 de diciembre de 2001.

b2) Ventaja: Dicha expresión es imprecisa, lo cual también la convierte en amplia, frente a la donación, incluyéndose en dicha expresión la dote voluntaria de los padres a favor de sus hijas, en acto “inter vivos”.

Incluiría también, todos aquellos actos efectuados por el ascendiente que supongan un beneficio a favor del descendiente pero que no puedan encuadrarse técnicamente dentro del concepto de donación.

En base a estas expresiones “donación o ventaja”, la aplicación práctica de la definición podría tener algunas posibles diferencias, como por ejemplo la “simultaneidad” de la atribución patrimonial de la donación con el otorgamiento de la definición; cuando en el supuesto de ventaja, entendiendo como tal un beneficio que recibe uno de los descendientes en comparación a los otros, hace más que posible que, tiempo después de haberse recibido esta ventaja se otorgue con posterioridad la definición por el aventajado en contemplación a la misma.

Después de la reforma de 1990, la definición se hace en contemplación de alguna “donación, atribución o compensación” por lo que desaparece la expresión “ventaja”, siendo sustituida por dos expresiones que son, “atribución o compensación”.

En el seno de la Comisión nombrada para la reforma de la Compilación se mantuvieron dos posturas referentes a si esta atribución debía de ser patrimonial y por lo tanto se debía de hacer una valoración de lo atribuido en el momento del otorgamiento o no, pero la opinión mayoritaria consideró que no debida de encorsetarse la institución y se decantó por la segunda.

La redacción actual permite que la definición se otorgue en consideración a una atribución recibida al momento o refiriéndose a un momento anterior, pero lo que sí debe quedar claro es que es necesaria la existencia de la donación, atribución o compensación para que la definición sea válida ya que trae la causa de la misma.

c) Por el momento de formalizarse la definición, esta puede ser de presente o de pasado:

c1) Será de presente, cuando coinciden en el tiempo el negocio jurídico de atribución patrimonial con la definición.

C2) Será de pasado, cuando la definición se otorgue en contemplación de uno o unos negocios jurídicos de atribución patrimonial que se hayan efectuado con anterioridad a la misma.

Puede ser más que posible, que la persona que defina lo haga después de haber recibido una o varias donaciones, ventajas o compensaciones, las cuales consideradas individualmente no eran suficientes para cubrir cuantitativamente sus posibles derechos legitimarios o sus derechos sucesorios, pero sí posteriormente cuanto se toman todas ellas en su conjunto.

XI.- EFECTOS.-

Los efectos de la definición vienen regulados en el artículo 51 de la propia C. D. C. I. B., que es una novedad de la reforma de 1990, ya que los mismos no estaban regulados en la redacción originaria de la misma.

Ante todo, hay que tener en cuenta la incidencia que ello tiene en la regulación de las legítimas y la diferente naturaleza jurídica de la legítima en Mallorca e Ibiza ya que en la primera es considerada como “pars bonorum” y en la segunda como “pars valoris”.

Distingue el artículo 51 de la C. D. C. I. B., los efectos según el ascendiente haya fallecido testado o intestado y que son:

A) Sucesión testada:

En el supuesto de que el ascendiente falleciese con testamento válido, la definición otorgada por el descendiente deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del mismo, sea cual fuere la fecha del testamento, es decir tanto si el testamento se otorgó con anterioridad o con posterioridad a la definición.

Maria Pilar Ferrer Vanrell opina que en su primer párrafo el artículo 51, lo que esta haciendo es impedir que se puedan detraer dos legítimas de una misma sucesión y por lo tanto no cabe la “actio ad suplandam”.

Con relación a las otras disposiciones testamentarias, que haya podido establecer el ascendiente en favor del descendiente, si la definición de este último está limitada a la legítima, son válidos la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual fuera la fecha del testamento; todo ello consecuente con el principio de libertad de testar.

Con relación a las otras disposiciones testamentarias, que haya podido establecer el ascendiente en favor del descendiente, si la definición de este último no está limitada a la legítima, sino que se hace extensiva a todos sus derechos sucesorios, quedará sin efecto toda disposición patrimonial contenida en testamento de fecha anterior a la definición, sin que entre en juego la sustitución vulgar, salvo la dispuesta a favor de descendientes del renunciante que fuere hijo único; siendo por el contrario, válidas las

ordenadas en testamento de fecha posterior.

Maria Pilar Ferrer Vanrell, considera que la redacción del artículo 51 no permite reclamar los derechos sucesorios otorgados en testamento anterior a la definición, por lo que da a la definición el carácter de mecanismo de revocación de testamento, en contradicción con la tradición jurídica, ya que los derechos sucesorios voluntarios nunca se entendieron renunciados, porque se interpretada que si el padre no había cambiado el testamento es que no había cambiado su voluntad y quería atribuir tales derechos al definido.

Jaime Ferrer Pons, opina que la visión de Maria Pilar Ferrer Vanrell es acertada pero la considera incompleta.

La Comisión que estudió la reforma de la C. D. C. I. B. entendió que no puede olvidarse la finalidad o el porqué de la definición, y de otra parte diferenciar sus efectos según el alcance pactado, sólo la legítima o todos los derechos sucesorios.

Un problema que se podría llegar a plantear es el de que pasa si la definición y el testamento del ascendiente son otorgados en la misma fecha, no olvidemos que si nos atenemos a la letra del artículo 51 éste siempre nos habla de fecha anterior o posterior.

Creo que en este supuesto hay que distinguir dos posibilidades:

1) Si ambos documentos se han autorizado ante el mismo Notario, bastará saber la preferencia del testamento o de la definición acudiendo al número de protocolo de los documentos autorizados por el mismo; dando una interpretación amplia y lógica a la palabra “fecha” de dicho artículo 51, entendiendo que si el testamento tiene un número de protocolo posterior al de la escritura de definición sería de aplicación la normativa como si el testamento sea de fecha posterior y al revés, si el testamento tiene un número de protocolo anterior al de la definición.

2) En el supuesto de que se otorguen el mismo día ambos documentos, pero siendo los mismos autorizados por diferentes Notarios, al no exigir ni la C. D. C. I. B., ni ninguna disposición legal el que se debe de indicar la hora del otorgamiento de la escritura pública de definición, cosa que si hace en relación con el testamento el artículo 695 del Código Civil aplicable a Mallorca por la remisión que efectúa a dicho cuerpo legal el último párrafo del artículo 52 de la Compilación; en este supuesto entiendo plenamente aplicable la letra del artículo 51, salvo que el causante en el propio testamento haga referencia a la definición efectuada por su descendiente, con los cual ello nos da una prueba sobre la prioridad temporal de los documentos y por lo tanto entendería que el testamento ha sido otorgado

con posterioridad a la definición.

También me remito a lo anteriormente expuesto sobre la necesidad de que el Notario comunique al Registro de actos del Ultima Voluntad el otorgamiento de la definición.

B) Sucesión Intestada:

Si el ascendiente hubiese fallecido intestado, si la definición efectuada por el descendiente se hubiere limitado a la legítima, éste será llamado como heredero; pero si su definición se hubiese extendido a todos los derechos sucesorios, no será llamado nunca; sí lo serán sus descendientes, salvo que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos.

No merece comentario alguno lo dicho en el párrafo anterior ya que resulta clara la letra del artículo 51 de la C. D. C. I. B., para el supuesto de sucesión intestada.

C) Otros efectos: Hay otra serie de cuestiones a plantearse en cuanto a los efectos de la definición y que paso a enumerar

C1.- ¿es irrevocable la definición?

En principio sólo de común acuerdo entre ambas partes se podrá dejar sin efecto al misma, pero ¿tiene este principio general excepciones?; ¿puede el descendiente unilateralmente dejar sin efecto la definición otorgada?; ¿pueden los ascendientes dejar sin efecto al donación aplicando alguna causa de revocación, desheredación o recuperar los bienes donados en virtud de reversión?.

En cuanto a la revocación el artículo 644 del Código Civil establece como causas de la misma cualquiera de las dos siguientes:

1ª.- Que el donante tenga después de la donación, hijos, aunque sean póstumos, que es el supuesto conocido como de superveniencia.

2º.- Que resulte vivo el hijo del donante que este reputaba muerto, que es el supuesto conocido como de supervivencia.

Pero no olvidemos que este artículo se refiere al supuesto que el donante no tenga ni hijos ni descendientes, con lo cual estas causas no serán nunca de aplicación a la donación en contemplación de la cual se ha efectuado la definición, porque la donación precisamente se hace a un descendiente.

Por otro lado el artículo 647 del Código Civil establece otro supuesto de revocación de donación, por incumplimiento de cargas, al decir: “La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya

dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso”.

Jaime Ferrer Pons, opina que esta causa de revocación no debe de ser excluida, es más considera que incumplida la carga por el donatario quedaría revocada la donación, pero que esta revocación en nada afecta a la definición, en cuanto que es renuncia de la legítima, quedando subsistente dicha renuncia a pesar de la revocación de la donación que la causó, debido al incumplimiento de cargas por parte del donatario.

Personalmente creo que deben de matizarse los supuestos de incumplimiento de cargas y ponerlos además en relación a la extensión de la definición.

En el supuesto de que la definición se limite a la renuncia a la legítima en contemplación a una donación efectuada ¿podrá estar esta donación gravada con una carga?.

Opino que la respuesta sería afirmativa en el caso de que la definición incluyese todos los derechos sucesorios, por aplicación analógica de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 49 de la Compilación que dice “La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquel, para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga y limitación”; pero no estoy tan convencido de que ésta sea la respuesta en el supuesto de definición limitada a la legítima, ya que si bien el derecho a la misma no ha nacido, ya que el ascendiente todavía no ha fallecido, entiendo que siendo la definición una renuncia anticipada, en este supuesto a la legítima, deberían de observarse las reglas de la misma, ya que en definitiva si la persona que ha definido incumple la carga impuesta, que puede ser muy variada, se le revoca la donación y encima se le mantiene la definición; veremos al final que termina obteniendo de todo ello.

Por último el artículo 648 del Código Civil establece una serie de causas de revocación de la donación por ingratitud, que son:

1º.- Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.

2º.- Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

3º.- Si le niega indebidamente alimentos.

En principio parece aceptable la aplicación de estas causas, ya que el deber de gratitud se impone al descendiente donatario respecto del ascendiente donante, sobre todo teniendo en cuenta que el fundamento de la legítima son estos deberes y vínculos familiares, siendo su quebrantamiento sancionado con la desheredación a los que pueden reconducirse los diversos supuestos de ingratitud.

C2.- ¿que pasa con la cuota renunciada por el descendiente que ha definido?.

El artículo 42.2 y 3 de la C. D. C. I. B. nos da la solución al indicar:

“Para fijar esta legítima se tomaran en cuenta los hijos y las stirpes de los premuertos y harán número el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición.

En cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios...”

Por lo tanto acrece a la herencia, tal como lo recoge expresamente para Ibiza y Formentera el artículo 77 de la C. D. C. I. B., en su párrafo segundo, al decir “la cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia”.

C3.- ¿puede el ascendiente que ha efectuado la atribución patrimonial invocar una de las causas de desheredación, del descendiente que ha definido, en testamento posterior a la definición, dejando ineficaz la definición otorgada en vida a su muerte?

José Castán Tobeñas, opina que si la definición se otorga en contemplación a una donación o ventaja (redacción originaria del artículo 50 de la Compilación), en que puede estimarse plasmaría la legítima en su día, deja de tener sentido la misma cuando tales hijos con su conducta reprochable pierden todo su derecho a la legítima y con más razón a su disfrute anticipado.

Los deberes familiares que sirven de fundamento a la legítima no quedan extinguidos por el acto de “definición”, sino que siguen intactos hasta el fallecimiento de los padres y sería absurdo privar a los mismos de poder sancionar adecuadamente a los hijos que incurren en alguna de las causas de desheredación, cuya eficacia sólo será posible en el momento del fallecimiento del ascendiente.

Por lo tanto la respuesta de José Castán a nuestra pregunta es que afirmativa.

Jaime Ferrer Pons por su parte, considera la cuestión como bizantina, no debiéndose de olvidar la dificultad de producción de efectos, como no sea

vía revocación de donación (artículo 648 del Código Civil) si ésta, la donación, ha sido la base determinante del pacto complejo de la definición.

C4.- La falta de mención en el testamento de los ascendientes, de los descendientes que han definido, ¿provoca de preterición de los mismos?

Aunque es una cuestión no regulada expresamente en la C. D. C. I. B., la doctrina, tanto los que consideran a “la definición” como un pacto sucesorio como los que no lo consideran así, se decantan abiertamente por la solución negativa.

En derecho común la mención del legitimario ha de resultar del mismo testamento, sin que se evite la preterición con una donación imputable a la legítima (artículo 819 del Código Civil), en derecho mallorquín la donación, plasmada en el negocio complejo de la definición, se hace precisamente con la finalidad de que el donatario-descendiente de finiquito por los menos a dicha legítima, la cual queda así liquidada.

Maria Pilar Ferrer Vanrell opina que la atribución patrimonial a título lucrativo, imputada a los derechos sucesorios de origen legal, presupuesto de la definición, es título suficiente de atribución de legítima.

En la definición no puede existir preterición errónea (artículo 46 de la C. D. C. I. B.) y tampoco existe la intencional, porque hay definición, lo cual implica que el descendiente ha percibido al menos lo que por legítima le corresponde.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 20 de diciembre de 2001, declara que la definición evita tanto la preterición formal, pues no puede haber sido preterido quien expresamente da finiquito de su legítima, cuanto la preterición material, ya que aquella, la definición, es negocio jurídico aleatorio.

C5.- ¿pueden los ascendientes donantes recobrar los bienes donados, falleciendo sin descendencia el hijo donatario que ha definido? ¿es aplicable la reversión del artículo 812 del Código Civil?.

Establece dicho artículo 812 del Código Civil lo siguiente: “Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera en relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió”.

Antes de la reforma de 1990 era más que dudosa la aplicación de este artículo en las Islas Baleares, pero después de esta reforma ya no hay

dudas en cuanto la aplicación del mismo, al señalar el párrafo último del artículo 43 de la C. D. C. I. B., referente a la legítima de los padres, “Lo dispuesto en los párrafos precedentes, se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 del Código Civil”.

Hay que tener en cuenta que el negocio jurídico de “la definición” es complejo y como se ha señalado anteriormente es “oneroso”; se “define” en contemplación a algo; la donación no subsiste por si sola, está vinculada a la definición y ésta a aquella. En cambio el artículo 812 se refiere sólo a la “donación”.

Maria Pilar Ferrer Vanrell considera que en el supuesto de que el descendiente que ha definido premuera sin descendencia al ascendiente donante, sería de aplicación el artículo 812 del Código Civil, revertiendo los bienes donados al ascendiente.

Pero para resolver esta cuestión es imprescindible proceder al estudio de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, Sala de lo Civil y Penal de fecha 28 de mayo de 1992, lo que paso a efectuar seguidamente:

El supuesto de hecho resuelto por la misma es el siguiente: En el año 1963, por lo tanto vigente el antiguo artículo 50 de la C. D. C. I. B., una matrimonio mediante la correspondiente escritura pública y tras relacionar los bienes de los que cada uno de ellos era propietario, hicieron donación de la nuda propiedad de los mismos a todos y cada uno de sus hijos, especificando los bienes concretos que cada uno de los donantes donada a los donatarios, indicando en el pacto quinto de la referida escritura que “las precedentes donaciones deberán de servir a los donatarios en pago de sus derechos legitimarios en las herencias de los donantes, por lo cual dan carta de pago por “definición” de los aludidos derechos... y quieren por tanto tenerse apartados de dichas herencias...”.

En el año 1972 fallece el padre donante; en el año 1983, fallece uno de los hijos donatario que había definido, dicho hijo fallece casado y sin descendencia, bajo testamento otorgado en 1967 en el que instituía, a salvo los posibles derechos legitimarios, heredera universal a su esposa; y en el año 1983, pero cuatro meses después del fallecimiento del descendiente donatario que definió, falleció intestada la madre donante.

Por Auto del Juzgado se declararon herederos “ab-intestato” de la madre donante, a los hijos sobrevivientes de la misma y a una nieta, hija de una hija fallecida de la misma. Todos ellos, en el año 1985, otorgaron escritura de aceptación de la reversión de la finca donada al descendiente que definió, fallecido en el año 1983, sin descendientes, ya que entendían que era de

aplicación el artículo 812 del Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca, estimó la pretensión de los actores, pero presentado recurso en fecha 29 de noviembre de 1991, la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Palma, declaró nula de pleno derecho la escritura pública de reversión legal de donación.

Contra dicha Sentencia presentaron recurso los demandantes que eran hermanos y sobrina del descendiente donatario que definió en el año 1963 y que falleció en 1983 sin descendientes, al objeto de que se declare la aplicación del artículo 812 del Código Civil Español.

Fue Ponente de dicha Sentencia el Sr. Muñoz Giménez, el cual en primer lugar considera que el único problema que en realidad se plantea en el presente caso es la del si el derecho que recoge el artículo 812 del Código Civil, es aplicable, o por el contrario, es incompatible con la figura de la definición, a la que se refería el artículo 50 de la C. D. C. I. B. de 1.961; hay que tener en cuenta que todos los supuestos de hecho de desarrollan antes de la reforma de la C. D. C. I. B. de 1990.

Sigue indicando el Ponente, que nada decía sobre ello el texto de la Compilación, si bien la opinión doctrinal mas extendida era afirmativa, en base al carácter supletorio que corresponde a las normas del Código Civil y que dimana del artículo 13.2 del propio Código y de la Disposición Final Segunda de la Compilación, a cuyo tenor en lo no previsto en la misma, rigen los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y a las fuentes jurídicas de aplicación general. El fenómeno de la reversión no era desconocido en el Derecho Romano, donde tenía lugar respecto de los bienes objeto de la dote profeticia, que era la constituida por el padre o el abuelo paterno, en el caso de que falleciese la mujer durante el matrimonio. Por otro lado la reversión es una figura que proporciona satisfacción al deseo de los ascendientes donantes de que los bienes donados no se aparten de la línea descendiente que encabeza el donatario, sentimiento que es general y del cual no pueden excluirse los ascendientes de origen balear.

La reforma de la C. D. C. I. B. de 1990 ha ratificado la aplicación de los artículos 811 y 812 del Código Civil en su artículo 43.

Por lo tanto y con todos estos antecedentes sólo cabe concluir que el tan repetido derecho de reversión estaba vigente en el momento de abrirse la sucesión del descendiente donatario que definió y que a su vez falleció sin descendencia.

Solucionada la primera cuestión, el Ponente plantea otra que es la siguiente: Si dándose el supuesto de aplicación del artículo 812 del Código Civil, la institución de la “definición” reúne características que hagan

inviabile la recuperación por el ascendiente supérstite de las cosas o valores en atención a cuya donación, el descendiente difunto efectuó la renuncia a derechos sucesorios en que la definición consiste.

Históricamente la definición era la renuncia a reclamar futuros derechos legitimarios “pactum de non petendo” que, en consideración a la constitución de la dote u otra donación, podían hacer las hijas al contraer matrimonio, ello en una primera fase, extendiéndose después, a los hijos e hijas que profesaban órdenes religiosas y por último a los hijos varones que salían de la familia. Actualmente se considera que puede ofrecer gran utilidad práctica como instrumento posibilitador de la distribución global y simultánea de los patrimonios de ambos progenitores en vida de ellos y entre todos los hijos, de manera equilibrada y equitativa, todos de común acuerdo, sobre todo cuando la respectiva composición de cada una de las masas patrimoniales de los padres, por ser una de ellas notoriamente superior a la del otro, no permite una cómoda satisfacción de las legítimas que pesaran sobre ellas, anticipando, un resultado que en otros territorios nacionales ha de demorarse hasta el fallecimiento del segundo de los padres, permaneciendo por tanto indivisa la herencia del primero.

Caracterizándose la definición como un negocio oneroso, integrado por un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados, el acto de liberalidad y la renuncia, y que se verifican uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia por que se dona, no considera el juzgador que esta mera calificación sea decisiva para resolver la cuestión planteada, sino que considera que el dato trascendente hay que buscarlo, en el juego que despliega el hecho de que la causa de la atribución lucrativa que realiza el ascendiente, radica en el común propósito de las partes de imputar dicha atribución al pago adelantado de los derechos legitimarios, o en su caso, sucesorios, que corresponderán al descendiente, de manera que éste, dándose por satisfecho con cuanto ha percibido, se compromete a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro. Pero debe de observarse que cuando la definición se produce no existen tales derechos legitimarios, ya que los mismos sólo se adquirirán si el descendiente sobrevive al ascendiente, y lo único que existen son simples expectativas; y entonces, por efecto de la mutua condicionalidad en que en encuentran los dos elementos integrantes del tipo negocial, de la misma manera, que si el beneficiario resultara despojado de bien donado por consecuencia en evicción, es obvio que la renuncia devendría ineficaz, la premoriencia del descendiente sin dejar posteridad y, consiguientemente, sin que nazca para sí ni para su stirpe derecho a legítima en la sucesión del ascendiente a que imputar el pago, priva a la atribución patrimonial de su razón determinante, de modo que no subsisten impedimentos que se opongan en

la situación dicha a que los bienes donados vuelvan de nuevo a quien los donó.

Pero a pesar de todo lo anterior el juzgador desestima el recurso en base al concreto caso enjuiciado ya que considera que a la escritura pública de 1963 concurrieron todos los miembros de un grupo familiar, padres e hijos, guiados por la voluntad indudable de distribuir, entre los hijos y evitando resultados antieconómicos, los bienes que formaban parte del patrimonio de los padres. Es más, en esta distribución el descendiente donatario premuerto sin descendientes, acepto la donación de un bien propiedad sólo de su madre, pero dio en base a esta donación carta de pago de los derechos legitimarios que le pudieran corresponder no sólo en la herencia de su madre, sino también en la de su padre, de quién no recibió nada.

Esta posibilidad de renunciar a no reclamar derechos en la futura sucesión de su progenitor y que se presta en consideración a una atribución lucrativa que proviene del patrimonio del otro progenitor no esta prevista en la Compilación, pero tampoco está prohibida, sobre todo después de la reforma de 1990, ya que el párrafo 1° del artículo 48 facilita que se abone la legítima en bienes que no sean de la herencia; y ocurre además que si bien el descendiente donatario que definió y que falleció a su vez sin descendientes, premurió a su madre, falleció después que su padre, con lo que devino legitimario del mismo. Se consolidó, aunque sólo fuese en parte, la causa de atribución realizada en 1963, por lo que al hallarse la donación directamente afectada al pago de la legítima paterna y haber ganado realidad esta legítima, la misma debe de mantenerse. Si no fuese así, dando lugar a la reversión de lo donado, sucedería o que, o bien no subsistiría en el patrimonio personal del descendiente donatario que definió y falleció sin descendientes, por circunstancias ajenas a su capacidad de libre decisión valor alguno atribuible al cobro de su derecho de legítima en la herencia de su padre, o bien habría que conceder viabilidad al ejercicio de las acciones conducentes a obtener ese cobro, con la considerable perturbación que tal evento produciría.

En resumen, se considera aplicable el artículo 812 en la definición, pero no en el supuesto concreto que dio lugar a la Sentencia.

Dicha Sentencia tuvo dos votos particulares de los Magistrados, Don Álvaro Blanco Álvarez y Don Juan López Gaya, ambos coinciden con el carácter oneroso de la definición, pero consideran que tal calificación es decisiva para resolver la cuestión controvertida, para ellos la donación a la que hace referencia el artículo 812 del Código Civil, es a la donación pura o gratuita del artículo 618 del mismo cuerpo legal y basan su tesis en que en

el supuesto contrario la redacción del artículo 812 del Código Civil hubiese sido distinta argumentando para ello el fundamento que la Comisión de Codificación dio para la redacción del artículo 812.

Por otro lado dichos Magistrados, declaran que “frente al principio claramente prohibitivo de los pactos sucesorios en el Código Civil –artículos. 816 y 1271–, en el derecho mallorquín la sucesión contractual se mantiene viva a través de dos instituciones, como son las donaciones universales de bienes presente y futuros y la definición. Consideran que la finalidad de dicha institución no es otra que la de mantener indiviso el patrimonio familiar, en especial a lo que se refiere a los bienes raíces, generalmente a favor del primogénito, apartando de la sucesión de los demás legitimarios, mediante la correspondiente compensación.

Caracterizada la definición por su carácter oneroso, para ellos es obligado partir de lo establecido en el artículo 1247 del Código Civil, a tenor del cual se define a los contratos onerosos como aquellos en que cada parte ha de obtener alguna ventaja o compensación procedente o a cargo de la otra, y a los lucrativos, como aquellos en que uno de los contratantes se propone proporcionar al otro una ventaja sin equivalente alguno. Por ello en la definición debe de incluirse en el grupo de los primeros ya que no se está en presencia de una renuncia pura y simple, sino de una renuncia en contemplación o contraprestación a una ventaja o donación recibida por el hijo que define.

Calificada como onerosa la definición deberá de regirse por las reglas de los contratos y en particular por las contenidas en los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, a cuyo tenor ha de entenderse perfeccionado el contrato definitivo desde que las partes prestaron su consentimiento en las recíprocas obligaciones pactadas en la escritura pública: por una parte, una obligación de dar (donación, atribución o compensación) y, de la otra, una obligación de no pedir o renuncia a la legítima, sin que este perfeccionamiento pueda quedar desvirtuado, ante un evento posterior, cual es el que quien ha definido premuera al ascendiente donante y desaparezca, por imperativo legal, su derecho legitimario”.

Y los citados Magistrados consideran de no aplicación del artículo 812 del Código Civil, al supuesto de definición, partiendo de lo dispuesto en el artículo 3 del mismo cuerpo legal, para la interpretación de las normas jurídicas y especialmente del artículo 2 de la Compilación Balear, referente a la tradición jurídica balear, totalmente ausente de precedentes en que se reconozca la aplicación del derecho reversional; por que la definición constituye en derecho pleno y autóctono en la legislación civil balear, aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro; porque de

admitirse la compatibilidad del artículo 812 del Código Civil con la definición, esta institución perdería su entidad y alcance, al producirse el contrasentido de que el hijo definido resultaría de peor condición que el hijo que recibe donación de su causante, sin previa renuncia a derecho alguno.

C-6 ¿El descendiente que ha definido debe computar lo recibido y en su caso reducir la liberalidad?.

El carácter aleatorio de la definición que antes he examinado debe de ser matizado en el sentido de que un posterior empobrecimiento del ascendiente-donante, después de efectuar la atribución patrimonial a favor del descendiente que ha definido, no debe de perjudicar los derechos legitimarios de los demás descendientes que no han definido, por lo tanto el descendiente que ha definido en este supuesto deberá de computar lo recibido y en lo que excede reducir la liberalidad.

Así parece ordenarlo el último párrafo del artículo 50 de la C. D. C. I. B. al decir que “Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 47, a efecto de fijación de la legítima”. Dicho párrafo establece refiriéndose a la fijación de la legítima que “Al valor líquido así determinado, se añadirá el de las liberalidades computables, por el que tenían al ocurrir el fallecimiento, previa deducción de las mejoras útiles y de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, costeados por el beneficiario y con agregación del importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor”.

Hay que tener en cuenta lo que se ha dicho anteriormente que dado que la legítima en Mallorca depende del número de hijos, un tercio o la mitad del caudal relicto, el definido hace número (artículo. 42.2) y su cuota incrementa la parte de libre disposición (artículo. 42.3), todo lo contrario de lo que sucede en derecho común (artículos 929 y 985 párrafo 2º del Código Civil).

C-7 ¿cuándo se entiende perfeccionada la definición?.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de fecha 28 de mayo de 1.992, considera que calificada “la definición” como contrato oneroso, es obvio que esta institución deberá regirse por las reglas de los contratos y en particular por las contenidas en los artículos 1091, 1255 y 1258 del Código Civil, a cuyo tenor ha de entenderse perfeccionado el contrato definitivo desde que las partes prestaron su consentimiento en las reciprocas obligaciones pactadas en la escritura pública: por una parte una obligación de dar y, de la otra, una obligación de no pedir o renuncia a la legítima, sin que este perfeccionamiento pueda quedar desvirtuado, ante un evento posterior, cual es el de que el definido premuera a su causante y

desaparezca, por imperativo legal su derecho legitimario, pues aunque las consecuencias fueran las mismas, no por ello dejarían de tener plena validez y eficacia las obligaciones contraídas por las partes en el contrato.

También así lo entiende en el aspecto fiscal el artículo 24 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que seguidamente pasaremos a estudiar.

XII.- ASPECTOS FISCALES.-

Antes de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se podía sostener que razones “puramente de coste fiscal” hacían desaconsejable aplicar en la práctica la institución de “la definición”, ya que salvo casos muy concretos, era mejor esperar al fallecimiento del ascendiente para, por vía de la sucesión del mismo, adquirir los bienes del mismo, debido a las reducciones y bonificaciones previstas en el Impuesto sobre las Sucesiones para que así la carga del “impuesto a satisfacer” fuese más soportable.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de Tributos de 8 de febrero de 1996, que trata el tema de la aplicación del Impuesto sobre las Sucesiones al Instituto de la “Apartación”, que es un pacto sucesorio de derecho civil gallego, concluyendo que “al tratarse de un título sucesorio serán de aplicación a esta figura las reducciones personales previstas en el artículo 20.1 de la Ley para la determinación de la base liquidable”.

Iguales criterios se han seguido en respuestas a consultas efectuadas a la misma Dirección General de Tributos de fechas 18 de noviembre de 1999 y 1 de septiembre de 1.999 .

Por su parte el artículo 5. segundo, dos de dicha Ley 62/2003 de 30 de diciembre, que modifica el apartado 1 del artículo 24 de la Ley 29/87 de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en lo sucesivo ISD) deja redactado dicho artículo en los siguientes términos:

“Artículo 24. Devengo:

En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros de vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiriera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. **No obstante en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo.**

En las transmisiones lucrativas inter vivos el impuesto se

devengará el día en que se cause o celebre el acto o contrato.

Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada en día en que dichas limitaciones desaparezcan.” /Aparece en “negrita” la parte modificada de dicho artículo.

La anterior modificación es congruente con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la nueva Ley General Tributaria, según la cual han de regularse por Ley en todo caso las delimitaciones del hecho imponible, del devengo y, en general de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria.

Vamos a proceder a delimitar el hecho imponible configurado por la modificación legal y determinar las consecuencias en el ISD de dicha modificación, sin perder de vista la circunstancia de la prioridad en este campo de las normas fiscales sobre las civiles sustantivas de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Calificada “la definición” como pacto sucesorio que produce una adquisición de bienes, derechos o ventajas en vida del causante; obsérvese la imprecisión terminológica del artículo 24, ya que debería de referirse al transmitente; creo que su supuesto de hecho cae de lleno en dicho artículo 24 del ISD.

Hay que tener en cuenta que a los efectos del artículo 24 del ISD, los pactos o contratos sucesorios (definición incluida) son considerados como títulos sucesorios mortis causa; lo único que hace dicho artículo en especificar cual es el momento en que se produce el devengo del Impuesto, según haya o no adquisición inmediata de bienes o derechos por parte del sujeto pasivo del ISD, ya que si esta adquisición se produce de forma inmediata (supuesto contemplado en la definición) el devengo del Impuesto se producirá el día en que se cause o celebre dicho acuerdo.

Por lo tanto dado que la modificación introducida sólo afecta al momento del devengo del impuesto, y teniendo en cuenta, como se ha dicho antes, que dichos pactos o contratos sucesorios, son títulos de sucesión mortis causa, no se debe de alterar con ello las demás condiciones de la liquidación del Impuesto como sucesión mortis causa.

Consecuencia de todo lo anterior serán aplicables a estos pactos o contratos sucesorios y por lo tanto a la definición, todas las reducciones previstas en el artículo 20, apartados 1,2, 3 y 4 del ISD, por parentesco, seguros, empresas familiares, individuales y sociales, vivienda familiar y patrimonio histórico y además las específicas de la Comunidad Autónoma

de Las Illes Balears, Ley 8/2004, Ley 10/ 2003 y Ley 11/2002 y que son:

Reducciones personales:

(grupos I y II), en los que se incluyen los descendientes y adoptados menores de 21 años (grupo I) y mayores de esta edad (grupo II): La reducción se eleva hasta los 25.000 euros.

De 300.000 euros en el caso de adquisición por personas minusválidas con un grado de discapacidad superior al 65 por ciento que sean residentes en las Illes Balears con independencia del resto de reducciones que puedan corresponderle con la normativa estatal.

En la adquisición de la VIVIENDA HABITUAL esta prevista una reducción del cien por cien del valor de la vivienda habitual del causante, con el límite de 123.000 euros por cada sujeto pasivo, siempre que el causahabiente, en el caso de la definición hablaremos de transmitente, sean el cónyuge, los ascendientes o los descendientes, o parientes colaterales mayores de 65 años que hayan vivido con el causante durante los dos años anteriores a la defunción.

La adquisición se debe de mantener durante los diez años siguientes a la defunción del causante, en el supuesto de la definición será desde que la misma se produjo, sobre todo si es simultánea a la donación, a no ser que muera dentro de este plazo.

Si la adquisición no se mantiene dentro de este plazo, deberá de satisfacerse la parte que haya dejado de ingresarse como consecuencia de la reducción y los intereses de demora correspondientes.

Reducción empresa familiar: No hay en la normativa autonómica peculiaridades propias, por lo que son de aplicación las normas generales del ISD, que suponen una reducción del 95 % de la base imponible de dicho impuesto del valor que corresponda a Empresas individuales o negocios profesionales y participaciones en entidades a los que sea aplicable la exención del Impuesto sobre el Patrimonio a favor de, entre otros, descendientes o adoptados del causante, se entiende transmitente, para ello son necesario que concurran los siguientes requisitos:

1.- Empresa individual – Negocio profesional: la exención solo alcanza a los bienes y derechos afectos a la actividad; el causante, en este caso transmitente, debe de ejercer la actividad de forma personal, habitual y directa; y el rendimiento obtenido debe de ser la principal fuente de renta del causante, en este caso transmitente.

2.- Participaciones en entidades: No debe ser sociedad patrimonial ni

gestionar un patrimonio mobiliario o inmobiliario; la participación mínima del causante, transmitente, debe ser individual del 5% o conjunta con grupo familiar (hasta el segundo grado) del 20%. En el primer caso debe de ejercer funciones directivas y ser la principal fuente de renta el sueldo percibido. En el caso de grupo familiar este requisito deberá de darse en un miembro del grupo familiar.

Adquisición de BIENES AFECTOS A ACTIVIDADES ECONOMICAS O DE PARTICIPACIONES SOCIALES. Que las reducciones previstas en la letra c) del apartado 2 del artículo 20 de la Ley 29/1987 de 18 diciembre del Impuesto sobre sucesiones y Donaciones se reduce el requisito de mantenimiento de diez a cinco años.

REDUCCION AUTONOMICA DE DETERMINADOS BIENES Y PARTICIPACIONES EN LAS ADQUISICIONES POR CAUSA DE MUERTE y que es como sigue:

a) Adquisiciones por causa de muerte de un terreno situado en un área de suelo rústico protegido a que se refieren los apartados a), b), c) del artículo 19.1 de la Ley 6/1999 de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears, o en un área de interés agrario, a la que se refiere la disposición transitoria octava de la citada ley, se aplicará una reducción a la base imponible, con independencia de las ya existentes en la legislación estatal o autonómica del 95% del valor de aquel terreno, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1.- Adquisición por cónyuge, ascendiente o descendiente.

2.- Dichas fincas tienen que tener como mínimo un 33% de su extensión incluido dentro de las áreas antes relacionadas y la reducción se aplicará en proporción a este porcentaje y será incompatible con cualquier otra reducción estatal o autonómica que recaiga sobre estos bienes.

b) ---Igual porcentaje de reducción gozarán las adquisiciones por causa de muerte de participaciones en entidades o sociedades mercantiles cuyo activo esté constituido por terrenos donde como mínimo un 33% sea del mismo tipo del previsto en el apartado a) anterior y que se ajusten a los siguientes límites:

1.- La reducción sólo tiene que aplicarse al mayor valor, a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, de la superficie de los terrenos en que al menos un 33% de la extensión se encuentre situado en alguna de las áreas antes relacionadas.

2.- La reducción sólo alcanzará el valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre el valor de los

terrenos, una vez minorado el importe de las deudas existentes sobre ellos y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Bonificaciones:

Bonificación del 99% en la cuota tributaria para descendientes o adoptados menores de 21 años, siempre que el adquirente sea residente en la Comunidad Autónoma.

En cambio y consecuentemente con mi posicionamiento anterior no debe de ser aplicable a “la definición” la reducción por adquisición “inter-vivos” del 85 % en la cuota tributaria en el caso de donaciones de dinero de padres a hijos, siempre que dicha cantidad se destine a financiar la adquisición de la primera vivienda que tiene que constituir la residencia habitual de los hijos menores de 36 años, en el momento de formalizar la donación, con los demás requisitos exigidos y que aquí se omiten por no ser aplicables al supuesto de la definición.

La razón en de pura lógica, si entendemos aplicables las reducciones y bonificaciones del Impuesto sobre las Sucesiones, a la definición, dado su carácter de pacto sucesorio y por lo tanto de adquisición mortis causa, no deberán de serle aplicable las reducciones en adquisiciones “inter vivos”, ya que la definición no lo es.

De todas maneras la solución para quién desee hacer una donación “inter vivos” y acogerse a la reducción prevista es cumplir con los requisitos previstos en la Ley y establecer, si le interesa, el carácter colacionable o no de la misma.

También hay que entender que no podrán ser aplicados en su integridad los artículos 11, 13 al 15 del ISD, precisamente por no producirse en la práctica los presupuestos exigidos por los mismo, principalmente el de la muerte del causante o transmitente.

En cambio si creo que será de aplicación el régimen de acumulación de donaciones previsto en el artículo 30 del ISD.

Por último la Consellería de Economía i Hacienda de la Comunitat Autònoma de las Illes Balears, ha admitido en una donación con definición de derechos legitimarios autorizada por mi en el año 2005, la aplicación de las bonificaciones y reducciones previstas en el Impuesto sobre las Sucesiones, en base a lo expuesto anteriormente.

XIII.- CONCLUSIONES.-

Visto lo anterior creo que actualmente ya no hay excusa para aplicar la institución de la definición en aquellos supuestos que sea aconsejable

hacerlo, cosa que no sucedía hasta ahora, alegando “razones de coste fiscal” pero que creo que en el fondo encubrían un cierto desconocimiento de nuestro propio derecho balear y en consecuencia de la propia definición.

En un principio la finalidad de la institución no fue otra que la de mantener indiviso el patrimonio familiar sobre todo de bienes raíces y generalmente a favor del primogénito (recuerda la institución del “hereu” en Catalunya, cuyo arraigo y aplicación real he tenido la posibilidad de comprobar personalmente por mis años de ejercicio en Vilafranca del Penedès), consiguiendo a través de “la definición” apartar a los demás hijos, los cuales renunciaban en base a alguna donación o ventaja, de aquí la utilización, a mi juicio, de este último término tan general y subjetivo.

Por otro lado basta comprobar los supuestos de hecho que han dado lugar a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 28 de mayo de 1992 y 20 de diciembre de 2001, cuyas notas comunes son las siguientes: Un padre y una madre, hacen donación a todos y cada uno de sus hijos de sus respectivos bienes, recibiendo un hijo, sólo bienes de su padre o de su madre, pero sin recibir bienes del otro progenitor, pero el hijo define sus derechos sucesorios tanto en la herencia del padre como en la de la madre, aunque no haya recibido nada de uno de ellos. Todo en base a la idea de que el patrimonio de los padres es sólo uno, independientemente de cual de los tenga más o menos bienes, lo que nos llevaría a poder relacionar la materia con el régimen de separación de bienes que tradicionalmente ha existido en las Islas, con una diferente aplicación real actual, que en poco lo hace diferenciarse del de gananciales, ya que las parejas o matrimonios compran siempre por mitad y pro indiviso y quiero que alguien me explique que diferencia hay en comprar así una vivienda, a comprarla con carácter ganancial.

La esencia y el origen de la separación de bienes en nuestras Islas es diferente y así debería de entenderlo la Comisión de Asesores de Derecho Civil de las Illes Balears, en futuras revisiones de la C. D. C. I. B..

También el estudio de estas Sentencias permite meditar sobre lo realmente querido por los donantes y/o testadores que acuden al despacho de un profesional del derecho y que en la mayoría de los casos lo que quieren es dejar a sus hijos sus bienes procurando guardar el mayor equilibrio en las atribuciones que les hacen, pero sin tener en cuenta que a lo mejor sus patrimonios, me refiero al de los padres, no son iguales, sino que hay uno muy superior al otro, deseando ellos que se haga un solo lote, suma de sus respectivos patrimonios y se reparta entre los hijos, sin comprender las limitaciones que conllevan las legítimas, debiéndose plantear la posible aplicabilidad en una futura reforma de la C. D. C. I. B. del Testamento

Mancomunado, que por otra parte no creo que sea una institución completamente nueva en nuestro derecho, sino más bien, que la misma por falta de su utilización debió de ser olvidada en algún momento; olvido que debió pasar a nuestros legisladores, tanto en la redacción originaria de la C. D. C. I. B. como en la reforma de la misma de 1990, pero en todo caso este tema merece ser objeto de otro estudio.

BIBLIOGRAFIA:

Código Civil.- Editorial Aranzadi 4ª Edición.

Compilaciones y Leyes Civiles y Forales. Editorial Aranzadi.

Ferrer Vanrell, Maria Pilar; Munar Bernat, Pedro A. .- Compilación del Derecho Civiles de Las Illes Balears y Ley de Parejas Estables.- Edición, con notas de antecedentes, concordancias y jurisprudencia.

Ferrer Vanrell, Maria Pilar (Coordinadora), Lecciones de Derecho Civil Balear.- Segunda edición revisada (Universitat de les Illes Balears).

Albadalejo, Manuel; Diaz Alabart, Silvia.- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXI, Volumen 1º. Primera y Segunda Edición . Editorial Revista de Derecho Privado.

Rivas Martinez, Juan José.- Derecho de Sucesiones. Común y Foral. Tomo II, Volumen 1º. Tercera Edición. Editorial Dykinson.

Mir de la Fuente, Tomas.- La “definición” del Derecho Civil Especial de Baleares y los conflictos de Leyes. . Revista de la Facultad de Derecho número 2.

ADDENDA:

Habiéndose finalizado la redacción del trabajo que antecede en el año 2005, no se pudieron recoger las novedades fiscales publicadas con posterioridad, en especial la regulación contenida en el artículo 56 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, que de forma expresa acepta los criterios de tributación de “la definición” sostenidos por el autor.

“NOTAS PARA UNA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO EN MALLORCA”

DRA. FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

Profesora titular de Derecho civil
de la Universitat de les Illes Balears

1.- MARCO JURÍDICO PARA UNA REGULACIÓN PROPIA EN MATERIA DE SERVIDUMBRE DE PASO

1.1.- La tradición jurídica mallorquina

1.1.1.- La doctrina

PASCUAL GONZALEZ, en su emblemática obra “Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales” puso de manifiesto, en el año 1951, que en Mallorca existió una regulación propia en materia de derecho real de servidumbre¹.

El autor señala que, en Mallorca, como servidumbre personal se conoce el *estatge* –actualmente recogido en el art. 45 de la Compilación balear de 1990–. Con respecto a las servidumbres prediales, el autor distingue entre las urbanas y rústicas. Las urbanas² tienen cabida, y por tanto perviven, en el art. 551 del Código civil al remitir a “ordenanzas locales”. En relación con las rústicas, señala el autor que las mismas siguen rigiéndose por el Derecho romano justiniano.

La referencia a este ilustre foralista mallorquín nos sirve para poder constatar cuál era la tradición jurídica en esta materia, al igual que nos

ofrece la excusa para plantear este estudio sobre la conveniencia de regular algunas cuestiones problemáticas sobre el tema.

1.1.2.- El derecho romano justiniano

PASCUAL GONZALEZ señala que las reglas aplicables en Mallorca a las servidumbres prediales rústicas provienen del Derecho romano justiniano. No obstante, hay que entender que lo que se aplicaba eran disposiciones romanas impregnadas de las especialidades locales fruto de la casuística, igual que ocurrió en Cataluña, donde, se mantuvo durante la Edad Media en las principales poblaciones una jurisdicción especial en manos del delegado del Concejo respectivo, para solucionar todas las cuestiones motivadas por las relaciones entre fundos vecinos³.

A pesar de ello, nos parece interesante hacer una referencia a los principales caracteres del derecho de servidumbre de paso en el Derecho romano y ello nos interesa por cuanto el derecho de servidumbre no existió en el Derecho romano como una figura abstracta, sino que las servidumbres se fueron tipificando según el contenido específico que tenían⁴.

En el Derecho romano no existió la servidumbre forzosa, sino que las necesidades de paso se solucionaban con las reglas de la *limitatio*⁵. Los *limes* eran vías públicas que daban independencia a los *agri* y aseguraban a la vez los accesos necesarios a las fincas⁶. Por esto, cuando se pactaba una servidumbre era para dar mayor utilidad a las fincas, pero no para necesidad de paso, la cual estaba cubierta con la existencia de los *limes*⁷. De ahí, que la servidumbre en el Derecho romano fue una derogación convencional del régimen legal de vecindad y fue siempre voluntaria⁸.

Dicha servidumbre voluntaria podía tener diversas modalidades: *iter* (paso a pie o a caballo, *actus* (paso de carro y ganado) y *via* (camino para todo uso)⁹.

Esta servidumbre voluntaria de paso, según la opinión común de los romanistas, no era un derecho real de servidumbre como lo conocemos en la actualidad, sino que se configuraba como un derecho de propiedad del objeto sobre el que la servidumbre recaía, es decir, como una entidad corporal objeto de dominio. Al propietario de la finca dominante le pertenecía el trozo de tierra sobre el que pasaba el camino¹⁰. Por ello se formada un estado de copertenencia *sui generis* entre los dos titulares del trozo de paso¹¹.

Por lo que se refiere al derecho de servidumbre forzosa de paso, que es la que nos interesa en este estudio, como era innecesaria por la función que cumplían los *limes*, sólo se admitió en el Derecho romano de forma muy excepcional, y aun así es una cuestión dudosa¹². Por una parte, se atribuye

el origen del paso forzoso a una generalización de un texto de ULPiano referente al “*iter ad sepulchrum*”¹³. Esta figura también aparece en el Derecho catalán antiguo, puesto que se consideraba que daban la condición de camino público algunos actos como el paso a Viático o entierros, lo que según la costumbre se llama *camí de sagraments*, que, en algunas comarcas, denominan *camí de vius i de morts*¹⁴.

Por otra parte, como hemos dicho que era una cuestión dudosa, se considera que la servidumbre forzosa de paso, más que una generalización del derecho romano, es creación del derecho moderno¹⁵. La regulación acabada del derecho de paso forzoso se encuentra en la Glosa, y sobre todo en el Derecho estatutario de las ciudades italianas, siendo comentado el mismo por los jurisconsultos teóricos, y sobre todo por los prácticos del siglo XVI¹⁶.

También hay que señalar que, en el Derecho romano¹⁷, a causa de que las servidumbres fueron consideradas como objetos corporales¹⁸, se admitió la adquisición por usucapición, hasta la prohibición de la *Lex Scribonia* (Digesto 41, 3, 4, 28¹⁹). En la época inmediatamente anterior a la Ley Scribonia se adquirirían por usucapición las servidumbres urbanas, no las rústicas, porque estando las urbanas basadas en la idea de superficie, producíase un estado de cosas permanente, a diferencia de los que ocurría en las rústicas, que por no llevar aneja construcción sobre el suelo necesitan para ejercitarse actos determinados y repetidos²⁰.

Posteriormente, los glosadores, a partir de un texto PAULO (Digesto 8, 1, 14 pr.²¹ y 8, 2, 28²²), sustituyeron la distinción entre prediales y urbanas por la clasificación de servidumbres en continuas y discontinuas, la cual no existió en el Derecho romano. En la glosa de dicho texto, de donde decía que las servidumbres rústicas no podían usucapirse, se dedujo que una servidumbre no podía usucapirse si no podía usarse de modo continuo. Los glosadores observaron que había servidumbres prediales continuas (acueducto) con lo cual concluyeron que las servidumbres continuas, urbanas o rústicas, eran las que podían usucapirse²³.

En concreto, esta doctrina de la continuidad y discontinuidad fue construida por BARTOLO²⁴ e influyó en el sistema de adquisición, puesto que las discontinuas no podían ser adquiridas por prescripción si no era por prueba del tiempo inmemorial²⁵. En dicha elaboración se confunde la *causa continua* con la *causa perpetua*, supuesto que la usucapibilidad presupone la continua²⁶. Pero hay autores que creen que BARTOLO no confunde causa continua con perpetua, sino que admite *la necesidad de causa perpetua en todas las servidumbres prediales, y su error estriba más bien en una mala interpretación del concepto de continuidad en la posesión al negar que pueda serlo la posesión de aquellas servidumbres cuya utilización requiere*

*el hecho del hombre, y así se confunde la continuidad de la posesión con la continuidad del ejercicio de la servidumbre*²⁷.

Fuera como fuera, dicha doctrina fue admitida en Italia, España, Francia y Alemania y se consideró que las servidumbres discontinuas no podían adquirirse por usucapión²⁸.

Dicho todo esto, podemos deducir que si las únicas normas aplicables a la servidumbre de paso en Mallorca, con anterioridad al Código civil, eran las provenientes de la práctica consuetudinaria del derecho romano justiniano, la servidumbre de paso forzosa debió tener escaso interés y el paso respondía a razones de buena vecindad o se regía por costumbres que poco o nada son conocidas.

La costumbre local como única referencia normativa en esta materia queda patente, por ejemplo, en el Proyecto de Código civil de 1836 que dice, en la Exposición de Motivos, que “... la Comisión, después de sentar las reglas generales que ha creído más convenientes, usuales y equitativas acerca de las servidumbres rústicas y urbanas, propone en un artículo que queden en su fuerza y vigor cualesquiera otras no especificadas en este Código y constituidas en las diversas provincias de España con arreglo a sus costumbres y ordenanzas municipales, las que se declaran vigentes hasta la formación de un Código rural. En éste, después de reunidos todos los datos que no ha tenido ni podido tener esta Comisión, se establecerá un sistema uniforme y atinado en este ramo de la mayor importancia para la agricultura”.

1.1.3.- El proceso compilador

La presencia de la costumbre en esta materia también queda patente en el Proyecto de Ley de bases de 7 de enero de 1885 al señalar en la Base XII que: “se procurará la incorporación al Derecho de Castilla del mayor número posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y provincias vascas, con el criterio de formar en esta materia un título suficientemente comprensivo para que no exija modificaciones el día en que hubiera de extenderse su aplicación a las provincias de fuero”.

Observemos que se propuso la incorporación al Derecho de Castilla de las especialidades de las regiones forales en esta materia. Con respecto a esta propuesta de unificación, se sucedieron algunas discusiones en los Debates Parlamentarios. El Sr. Escobar señaló que: “el mismo Sr. Ministro, diciendo y manifestado que quiere y desea que vayan separadas la legislación foral y la legislación común, incurre en la inconsecuencia de establecer en las bases 12ª y 16ª ciertas doctrinas contrarias precisamente a lo que se manifiesta en el preámbulo de ese proyecto de ley. (...) De manera que a pesar de protestar

que quiere separar la legislación civil de Castilla de la foral, viene a establecer en el Código excepciones a favor de esas mismas provincias respecto a ciertas materias y yo le diría a S. S.: ¿por qué no respecto a las demás? Porque en la servidumbre hay perfecta conformidad, no hay variedad en unas y en otras provincias: pues hay otra porción de instituciones jurídicas de materia civil, en que sucede completamente igual: y ¿por qué no someterlas a un solo Código, como están sometidas ya respecto a otra porción de materias y cuestiones importantes? ¿Por qué lo que se dispone en esta base respecto a las servidumbres no se ha de establecer también respecto a la propiedad, y a otra porción de instituciones que son de derecho común, y en que no existe diferencia ninguna entre unas y otras provincias?”²⁹.

También, respecto a esta cuestión, se dijo (Sr. Coronado) que: “(...) el Gobierno no tiene necesidad de limitar la autorización (...) no tiene necesidad de circunscribir las facultades de la Comisión de Códigos (...) ¿Para qué ese gran número de bases que ofrece a la deliberación del Senado? (...) bastaba que dijese: yo no admito ninguna variación o novación peligrosa; tomo como punto de partida el derecho histórico de Castilla; (...) y allí donde no esté claro, lo aclararé (...) allí donde pueda ocurrir cualquier duda o cuestión, o haya ocurrido ya, acudiré a otros Códigos, si en ellos existen medios de aclararlas, incluso (debió decir la base) a los mismos Códigos forales, si en éstos, como sucede tratándose de servidumbres (...) existen disposiciones más terminantes, claras y precisas que el derecho de Castilla (...)”³⁰.

A consecuencia de estas intervenciones se realizaron modificaciones, incorporadas a la redacción publicada el 13 de abril de 1885 (*Diario de las Sesiones de Cortes*, Senado. Apéndice 1 al núm. 85), siendo todavía la Base 12: “... y se procurará, a tenor de lo establecido en la base 1^a, la incorporación al Código del mayor número posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascas”.

Finalmente, la Base XII pasó a ser la Base 13 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 con esta misma redacción³¹.

Publicado el Código civil, su vigencia alcanza a Baleares como supletorio en primer grado -tal como disponía el artículo 13 Cc. originario (“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”)-. Como es sabido, el artículo 13 del Código civil da a entender que, en Baleares, al no haber un *verdadero régimen foral*, en el sentido de *cuerpos jurídicos forales*, “se conservan sólo aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que

‘se opongan’ a la recepción del Derecho común codificado” y desaparecen los antiguos Derechos supletorios³². Nuestro Derecho incorporó el *ius commune* a las fuentes de aplicación preferente por falta de disposiciones propias y lo que era derecho supletorio se convirtió en “derecho propio”³³.

Por cuanto a la existencia de hipotéticas costumbres en materia de servidumbre de paso, señala PASCUAL GONZALEZ que aquéllas se aplicarán en toda su integridad en aquellos asuntos anteriores al Cc³⁴. No resulta tan seguro, en cambio, si habrá de aplicarse la costumbre propia con preferencia al Cc cuando existe discordancia entre dichas normativas. La interpretación racional de dichos artículos 12 y 13 Cc llevaría a considerar preferente el derecho genuino de Mallorca³⁵.

Por tanto, situados en aquel momento, la fuente primera en materia de servidumbre sería la costumbre, si existía y seguía vigente, cuando fuera ésta contraria a las normas del Código civil.

La existencia de costumbres en materia de derechos reales es patente, puesto que se conservaron el *dret d'estatge*, los censos y *alous*. Por lo que se refiere a la servidumbre de paso, el hecho de que en los sucesivos antecedentes legislativos de la Compilación no haya ninguna mención a la necesidad o conveniencia, ni siquiera existencia, de costumbres propias en esta materia, nos hace pensar que o no las hubo o de haberlas habido eran de escasa relevancia o coincidentes con la regulación del Cc.

Consecuentemente, la Compilación de 1961 no recogió ninguna referencia a esta figura, ni lo hizo tampoco la Compilación de 1990.

1.1.4.- Situación actual

a.- La costumbre en la Compilación

A pesar de ser poco probable que ocurra, consideramos interesante plantear el supuesto en que una costumbre en materia de derecho de servidumbre de paso en Mallorca sea contraria al Código civil, puesto que el art. 551 Cc sólo da entrada, con preferencia a las reglas que él establece, a “lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural”, pero no a la costumbre *contra legem*.

Para resolver esta hipotética cuestión, debemos tener en cuenta la DF 1º de la CDCB que señala: “Las normas del Derecho Civil Especial Balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”. Esta disposición sustituye las costumbres en materia de servidumbres por las normas de la Compilación que, al no referirse a esta materia, da entrada al Cc. Por tanto, tras la Compilación, si hubiera costumbre propia en materia de derecho de

servidumbre de paso que fuese contraria al Cc, la misma no podría aplicarse por entenderse derogada.

No obstante, el artículo 1 CDCB indica que la costumbre es la segunda fuente normativa del Derecho balear, en defecto de ley. Siendo así, una costumbre contraria al Cc y no recogida expresamente en la Compilación podría entrar si se trata de una antigua costumbre que se ha seguido practicando y se puede probar su actual vigencia³⁶.

Por tanto, en relación con la aplicación o no de las antiguas costumbres, el problema estará en la dificultad de probar su existencia y vigencia y, sobre todo, en la prueba de la *opinio iuris*.

Al respecto, señala MASOT³⁷ que la *opinio iuris* “como elemento interno, espiritual y psíquico, es de imposible prueba y en definitiva, según la moderna doctrina, no es sino una mera consecuencia de la repetición de actos, ya que si se reitera una conducta por la mayoría de miembros de una colectividad, evidentemente tal reiteración no puede obedecer sino a una conciencia de necesidad o validez jurídica”.

A esta dificultad, se une la de que el criterio para probar la existencia de costumbres locales aplicables es que exista unanimidad de los medios de prueba empleados en el reconocimiento de la existencia de la costumbre y no es fácil que esta prueba resulte unánime, “pues la propia ambigüedad en ciertos casos y el carácter no escrito de las costumbres, hacen que no sea imposible poder encontrar, a la parte a quien interese, algún elemento de prueba contrario a la vigencia y efectividad de la costumbre cuya aplicación se pretende de adverso”³⁸.

b.- Una posible regulación *ex novo*

En realidad, lo que hemos señalado en el apartado anterior resulta innecesario en la medida en que al amparo del art. 10.23 EAIB y del art. 148.1,8ª CE, el Parlamento balear podría legislar en materia de derecho de servidumbre de paso, como han hecho otras Comunidades Autónomas. Ahora bien, lo expuesto anteriormente serviría para demostrar una conexión entre esta materia y el derecho civil propio de Mallorca.

Partiendo del hecho de que hay un marco legal adecuado para poder legislar en esta materia, en función de las necesidades de nuestro territorio, habrá que valorar únicamente si hay necesidad de ello.

El *Informe sobre la reforma de la Compilación de Dret civil de les Illes Balears*³⁹, elaborado por la Comisión creada por el Acuerdo del Consell de Govern de 9 de octubre de 1998, con la finalidad de poder reformar y

desarrollar nuestro Derecho civil, se refiere a la “La necesidad de superar el enfoque exclusivo del Derecho civil propio como un patrimonio histórico y hacer hincapié en su carácter de instrumento de regulación social que, como tal, debería encauzar las nuevas realidades familiares y socioeconómicas, dando solución a los problemas que plantea la sociedad de las islas dotada de un enorme dinamismo en los últimos tiempos” y a “La existencia en el ámbito del Estado español, de modelos de política legislativa en sede de Derecho Civil autonómico o propio, de amplio calado, propiciados por un nuevo planteamiento hermenéutico del artículo 149,1,8ª de la Constitución respecto de los límites de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho Civil”. Por todo ello, en relación con los aspectos que se consideran conflictivos y que demandan una regulación propia, el Informe señala que lo es el tema de las servidumbres de paso y, en especial, la modificación de las servidumbres legales constituidas voluntariamente.

2.- CUESTIONES NECESITADAS DE REGULACIÓN

2.1.- La jurisprudencia de la Audiencia Provincial de les Illes Balears como ejemplo de la litigiosidad de algunas cuestiones

Con la referencia anterior hemos acotado el estudio de la posibilidad de regular el derecho de servidumbre de paso a las cuestiones que en la actualidad plantean litigiosidad: la constitución voluntaria y la modificación de las servidumbres de paso. No obstante, nada mejor que la práctica judicial de nuestra Audiencia Provincial puede mostrarnos qué cuestiones en materia de servidumbre de paso presentan mayor litigiosidad. Por cuanto, a la problemática de la constitución voluntaria y la modificación de las servidumbres forzosa de paso, debemos añadir el tema de la usucapión de la servidumbre de paso.

Sin pretensión de exhaustividad, ya que son muchas las resoluciones de la APIB que pueden consultarse en materia de servidumbre de paso, destacamos las siguientes resoluciones:

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 563/2003 (Sección 3ª), de 31 octubre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Rosa Rigo Rosselló.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 1/2003 (Sección 3ª), de 9 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 729/2002, de 27 de diciembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Catalina Mª Moragues Vidal.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 532/2002 (Sección 3ª), de 4 octubre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Catalina Mª Moragues Vidal.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 349/2002 (Sección 3ª), de 21 junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares de 19 de junio de 2002 (La Ley n.º 7981, noviembre 2002). Ponente: Ilmo. Sr. Zaforteza Fortuny.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 217/2002 (Sección 5ª), de 19 abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo L. Ramón Homar.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 109/2001 (Sección 4ª), de 15 febrero. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mª Pilar Fernández Alonso.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 15/2001 (Sección 5ª), de 10 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuny.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 12/2001 (Sección 5ª), de 9 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 582/2000 (Sección 3ª), de 21 septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 100/2000, de 15 de febrero. Ponente: Ilma. Sra. Dª Catalina Moragues Vidal.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 80/2000 (Sección 5ª), de 1 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuny.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 57/2000, de 27 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaume Massanet Moragues.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 241/1999 (Sección 1ª), de 30 noviembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Margarita Beltrán Mairata.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 193/1999 (Sección 3ª), de 3 marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares n.º 571/1998, de 4 de junio. Ponente: Ilmo. D. Carlos Izquierdo Téllez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 13/1998 (Sección 3ª), de 13 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 680/1997 (Sección 3ª), de 13 octubre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares de 21 noviembre 1994 (AC 1994/2242). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares, de 29 septiembre 1994 (AC 1994/1451). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares, de 12 mayo 1994 (AC 1994/823). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares de 9 de octubre de 1982 (AC 1982/495).

- Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 8 de febrero de 1972 (RGD, 1973, enero-junio, pág. 353).

2.2.- Problemática relativa a la constitución voluntaria de servidumbre forzosa de paso

La problemática de esta cuestión se refleja en la sentencia n.º 571/1998, de 4 de junio, de la Audiencia Provincial de Baleares⁴⁰. El tema central de la resolución es el caso de una servidumbre de paso constituida voluntariamente a favor de otras dos fincas. La servidumbre se constituyó en el mismo contrato donde se acordó la segregación y venta de dichas dos fincas, respecto del futuro predio sirviente.

Se trataba de una servidumbre de paso que constaba de dos tramos que se iniciaban en el predio dominante y cruzaban el predio sirviente en dos direcciones y con dos salidas a camino público (servidumbre con dos salidas y un trayecto que atraviesa longitudinalmente toda la finca gravada). En relación con las pretensiones de las partes, la parte actora solicitó, en primera instancia, la extinción de un tramo y la modificación y acortamiento de parte del otro tramo. En segunda instancia, el predio sirviente renuncia a su petición de cambio de trazado de una de las dos salidas a vía pública y solicita únicamente la extinción de uno de los dos tramos. Ninguna de las peticiones fueron aceptadas.

2.2.1.- Constitución voluntaria de servidumbre de paso

La constitución voluntaria de una servidumbre forzosa se produce cuando en un supuesto de hecho que da lugar a una servidumbre que viene tipificada, quien viene obligado a constituir dicha servidumbre previa imposición por sentencia judicial, decide constituir la por negocio jurídico, antes de que la misma le sea impuesta. En otras palabras, se trataría de aquellos casos en los que se esté en el supuesto de los artículos 564,1 o 567 Cc y se constituye libremente la servidumbre.

El problema que se plantea es si la forma voluntaria de constituir una servidumbre en un supuesto previsto en la ley transforma o no la

naturaleza de la servidumbre forzosa en voluntaria o si es sólo una de las formas posibles para satisfacer el derecho reconocido por el artículo 564 Cc.

En la SAPIB 571/1998, señala la defensa del predio sirviente que: *esta forma voluntaria o espontánea de constituir la servidumbre no transformaría la naturaleza de la servidumbre forzosa en servidumbre voluntaria sino que, en realidad, constituiría una de las fórmulas posibles para dar satisfacción al derecho reconocido por el artículo 564 C.c a todo propietario de finca que queda enclavada entre otras ajenas sin salida a camino público*. Esta idea la recoge la SAPIB 571/1998 en sus fundamentos jurídicos pero matizándola: *es correcto afirmar que concurrían entonces los presupuestos para la constitución de la servidumbre legal o forzosa de paso, lo que equivale a decir que los adquirentes de las fincas tenían reconocido por la ley el derecho de paso previsto en los artículos 564 y ss Cc. Pero la servidumbre que entonces se constituyó tiene el carácter de servidumbre forzosa o legal sólo en sus presupuestos (finca enclavada entre otras sin salida a camino público), mas no en su contenido y finalidad. Y es que la voluntad de los constituyentes de la servidumbre no fue meramente llenar o cumplir el mandato legal, para lo cual habría bastado con establecer un paso cuyas características correspondieran a los requisitos previstos por el Código Civil en sus artículos 565 y 566 Cc, pero los contratantes configuraron un paso perpetuo muy distinto al que habría bastado para satisfacer el derecho reconocido en el artículo 564 Cc. Por lo que, en definitiva, la constitución hecha por los transmitentes determinó que todo el contenido de la servidumbre, y no solo su instrumentalidad o forma jurídica (negocio jurídico bilateral) fuera voluntaria. Sólo en cuanto al presupuesto inicial de finca enclavada podría hablarse de servidumbre forzosa de paso, pero no en cuanto a su efectivo contenido ni al de la configuración del paso existente*.

Observamos que se admite la posibilidad de constituir voluntariamente una servidumbre coactiva pero la problemática que se plantea en este supuesto es si la servidumbre forzosa, al haber sido constituida voluntariamente, pierde su naturaleza de forzosa y pasa a regirse por las normas de las servidumbres voluntarias; o si, por el contrario, sigue manteniendo la naturaleza jurídica de carácter coactivo. Cuestión de gran trascendencia no sólo a efectos de criterios de interpretación de lo que puede ser calificado de título constitutivo sino, y muy especialmente, en cuanto a la aplicación o no de la específica causa de extinción prevista en el artículo 568 Cc, la extinción por desaparición de la necesidad.

La doctrina⁴¹ entiende, mayoritariamente, que la distinción entre servidumbre voluntaria y legal no ésta en el modo de constitución sino en la obligatoriedad o no de su establecimiento y aceptación existente en unas (servidumbre coactiva) y en otras no (servidumbre voluntaria)⁴². Por tanto,

la servidumbre sigue siendo legal aunque el dueño del fundo que ha de resultar gravado se avenga a constituirla y la imposición legal afecta a la naturaleza del negocio jurídico que da cumplimiento a la misma y determina que, aun después del cumplimiento voluntario, la servidumbre deba ser conceptuada como servidumbre legal.

Ahora bien, la calificación de esta servidumbre constituida por negocio jurídico como forzosa exige “que se den todos los requisitos establecidos en los artículos 564 y siguientes, es decir, que para conservar el carácter de servidumbre forzosa el acuerdo voluntario ha de basarse en el concepto de finca enclavada y necesidad de acceso a camino público y acatamiento del mandato de la ley, lo que se excluye ante la existencia de salida preexistente o establecimiento por un fundo que no es el que correspondería por aplicación del artículo 565”⁴³.

Por tanto, una servidumbre constituida voluntariamente para responder a un supuesto de necesidad legalmente tipificado continua siendo forzosa.

Por el contrario, si entendiéramos que todas aquellas servidumbres que se constituyan por acuerdo de los interesados, independientemente de que cubran una necesidad típica, contemplada en la ley, y que hubiera podido ser exigida coactivamente, son voluntarias, haríamos de peor condición a éstas que a que aquéllas que surgen de una resolución judicial, y, tratándose de una limitación en el derecho de la propiedad, dicha interpretación puede conllevar a resultados poco deseables por perjudicar excesivamente los intereses de una de las partes.

Cosa distinta a lo señalado, es el hecho de que este planteamiento requiere de alguna concreción más, como indica la SAPIB 571/1998, hay que ver si el contenido que voluntariamente estipulan las partes para una servidumbre forzosa constituida voluntariamente puede determinar el paso de ésta al régimen de las puramente voluntarias. Por tanto, en puridad, al basarse la calificación de forzosa de una servidumbre, no en el modo de constitución, sino en su obligatoriedad y tipicidad, cuando se constituye voluntariamente una servidumbre considerada forzosa y se hace dentro de los parámetros que fija el Cc, en especial, en los artículos 565 y 566 Cc, tal como habría hecho el Juez de forma coactiva; dicha servidumbres es forzosa y para nada se exceptúa la aplicación subsidiaria de las normas del Cc para las servidumbres forzosas, y son los principios inspiradores de estas normas, los que guían al vida de dicha servidumbre.

Siendo así, el supuesto problemático es aquél caso en el cual las partes, al constituir una servidumbre forzosa, hacen uso de su autonomía de la

voluntad y, en atención al artículo 551.2 Cc y al 542 Cc, modifican el tipo legal de alguna servidumbre forzosa según sus propios intereses. Si la servidumbre legal modificada por convenio “sobrepasa el contenido legalmente predeterminado, no se ve hasta qué punto tal convención pueda diferenciarse de cualquier otra y libre constitutiva de servidumbre, aunque conviene matizar que si las partes han hecho uso de la autonomía de la voluntad en lo que permite aquel contenido, no hay traspaso de sus límites”⁴⁴.

En esta línea, la SAT Baleares de 8 de febrero de 1972 también señaló: “Que todo ello, claramente revelador de que la constitución de tal servidumbre no respondió, estricta y exclusivamente, a la finalidad perseguida por el legislador precisa y concreta en los arts. 564 y siguientes Cc, es decir, a la de facilitar, a finca enclavada entre otras ajenas, salida a camino público, obliga a estimar que la servidumbre que nos ocupa no puede calificarse de legal y forzosa, puesto que, por ella, se concedió al predio dominante bastante más de cuanto, conforme a los preceptos legales que definen aquélla, podía imponerse al predio sirviente; y de ahí que la califiquemos como servidumbre voluntaria, lo que, por inaplicabilidad a ésta del art. 568 Cc, obsta a la estimación de la demanda”.

En definitiva, la solución a esta cuestión se encontrará en la interpretación del negocio jurídico y de la voluntad de las partes para determinar el alcance real del pacto contractual constitutivo de la servidumbre “a fin de establecer si tal acto fue estipulado en observancia de una obligación *ex lege* o si obedece a un acuerdo libre no necesario y, en este sentido, debe entenderse, ante el silencio de las partes, que éstas han tenido intención de dar cumplimiento a tal obligación cuando la servidumbre establecida lo haya sido con los mismos requisitos y en los términos que se obtendrían judicialmente y, por el contrario, a pesar de la situación de enclave inicial, será servidumbre voluntaria, y por lo tanto no se extinguirá a pesar del cese de la interclusión, cuando las partes hayan establecido un contenido que excede del ámbito de la necesidad del fundo dominante, primando criterios de mayor comodidad o utilidad, si bien teniendo en cuenta que no todo cambio desvirtúa por sí solo el régimen legal (*vid.* artículo 551) de la servidumbre coactiva”⁴⁵. Por tanto, el problema no es la forma de constitución, la cual no transformaría una servidumbre forzosa en voluntaria, sino el contenido de la misma que no puede superar la idea de necesidad, para entrar en el concepto de utilidad.

Éste es el supuesto que aborda la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 571/1998, a la que nos hemos referido al principio, en la cual el supuesto de hecho que se da es el previsto en el artículo 567 Cc y, como ya

hemos establecido, se trata, por tanto, de una servidumbre forzosa; no obstante, el contenido que le dan las partes, respecto al trazado y salida supera el que se establece como estrictamente necesario en las servidumbres forzosas de paso, en atención a los artículos 565 y 566 Cc.

Los baremos que el juez utiliza para calcular si se desvirtúa o no el régimen legal de la servidumbre coactiva prevista en los arts. 564 o 567 Cc deriva del contenido y significado que se da a los artículos 551,2 y 542 Cc.

2.2.2.- Primer límite a la constitución voluntaria:

El artículo 551,2 Cc

La SAPIB 571/1998 señala que, la servidumbre que se constituyó tiene el carácter de servidumbre forzosa o legal sólo en sus presupuestos, pero no en su contenido y finalidad, porque los constituyentes fueron mucho más allá de los preceptos legales aplicables y haciendo uso de la facultad que atribuyen los artículos 594 y 551,2 Cc configuraron un paso perpetuo muy distinto al que habría bastado para satisfacer el derecho reconocido en el artículo 564 Cc.

Hay que señalar que la predeterminación legal de los presupuestos para el nacimiento de la servidumbre de paso no impide que, al constituirse de forma voluntaria, los propietarios de los predios pacten otras condiciones distintas de las señaladas en los artículos 565 y 566 Cc. Si esto no fuera posible no encontraría aplicación la facultad que concede el art. 551,2 Cc con respecto a las servidumbres que la ley impone en interés de los particulares.

El artículo 551,2 Cc permite que las servidumbres forzosas sean modificadas por convenio de los interesados, con el límite de que el convenio modificativo respete los límites legales. La autonomía individual debe llegar hasta donde lo permita el interés público y el de los terceros y, por lo tanto, mientras uno y otro queden a salvo y sólo intereses privados de las personas interesadas estén frente a frente, ellas pueden regular o modificar su servidumbre por sus pactos libremente acordados⁴⁶.

En conclusión, la modificación no puede consistir en una transformación de la servidumbre en una nueva, sino en la regulación concreta del ejercicio de la servidumbre y en el modo de proveer de una manera particular a las relaciones privadas de la propiedad inmueble interesada. Las modificaciones obra de los particulares pueden recaer, por tanto, sobre la simple ordenación del modo de su ejercicio –por ejemplo, un convenio acerca de cómo la servidumbre de paso debe de atravesar el inmueble–⁴⁷. Lo cual significa que la modificación no se debe encaminar a restringir el alcance de la servidumbre, pues esta restricción implica sustancialmente

una renuncia parcial a la servidumbre legal. La modificación no puede ser para dar menos que el contenido legal.

2.2.3.- Segundo límite a la constitución voluntaria: El artículo 542 Cc

Las partes son libres de establecer las facultades accesorias que estimen conveniente, incluso aquéllas no relacionadas con la necesidad, sino con la comodidad en el ejercicio, pero, para que la servidumbre siga siendo forzosa, dichas facultades accesorias han de poder fundamentarse en su origen legal *ex* artículo 542 Cc. Con lo cual, “solamente estarán comprendidas las que resultan imprescindibles para el normal ejercicio de la servidumbre a fin de proporcionar íntegramente la utilidad y dentro de este ámbito han de excluirse aquellas facultades que, en relación con el contenido del derecho, no sean indispensables para su pleno disfrute y que solamente serían útiles o meramente facilitadores de su ejercicio, pues el artículo 452 menciona únicamente “los derechos necesarios para su uso”⁴⁸.

Por tanto, si se supera dicho límite, equiparando a la necesidad la conveniencia o la oportunidad para un mejor aprovechamiento económico del predio dominante a través de la servidumbre, entraríamos en el campo de las voluntarias.

Nos encontramos ante un elemento de libre valoración según el arbitrio judicial, puesto que *a priori* es imposible establecer un elenco de “derechos necesarios” para cada tipo de servidumbre, ya que, cada situación fáctica requerirá “derechos diferentes”. Cada situación contractual responde a una necesidad y es en esta cuestión en la que creemos que se requerirían criterios más objetivizables. Por ejemplo, en el supuesto específico de la sentencia tratada, al constituirse la servidumbre había en marcha un proyecto de urbanización, que luego no se llevó a cabo, por tanto, si la urbanización se hubiera realizado, los “derechos necesarios” para pasar hubieran sido diferentes a los “derechos necesarios” en el supuesto que sobrevino –el abandono del proyecto de urbanización–.

2.2.4.- Especial referencia a la no aplicación del art. 568 Cc

Con todo lo expuesto, cabe llegar a la conclusión de que, a pesar de que inicialmente exista la necesidad que la norma tiene en cuenta para constituir forzosamente una servidumbre, si la misma se constituye voluntariamente, los tribunales pueden interpretar, en el caso en particular, que el constituyente ha dado más de lo que resulta necesario y, por tanto, se ha extralimitado. Es decir, ha sobrepasado los parámetros de los artículos dedicados a las servidumbres legales, art. 551,2 Cc, y los aplicables a todas

las servidumbres como el art. 542 Cc. Así que, en consecuencia, estaremos ante una servidumbre voluntaria. Lo cual nos llevará a concluir que el régimen previsto para las servidumbres forzosas no será aplicable, ex art. 598 Cc, porque dichas disposiciones no les son aplicables a las servidumbres voluntarias.

Esta situación puede devenir poco acorde con el equilibrio de los intereses en juego puesto que, algo que inicialmente fue típico y coactivo es regulado por normas destinadas a otro supuesto. Esto puede llevar a que, ante un mismo supuesto de hecho inicial, en atención al contenido del negocio jurídico constitutivo, se den consecuencias distintas.

Una de las consecuencias distintas es que si la servidumbre forzosa constituida voluntariamente se considera, finalmente, voluntaria, no se permite la aplicación del art. 568 Cc (“Si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización”).

El artículo 568 Cc contempla la idea de que aquello que se constituyó porque era necesario puede extinguirse –a petición del interesado– por desaparición de dicha necesidad. Además, entiende la doctrina, que el art. 568 Cc no se refiere, únicamente, a los dos supuestos que contempla, sino que constituye una cláusula general a la que se puede reconducir cualquier situación que produce la “desaparición de la necesidad”. Por tanto, esta regla se aplica si por cualquier otra causa el paso deja de ser necesario⁴⁹.

Por tanto, en atención a esta cláusula general, las servidumbres forzosas se extinguen “cuando sobrevengan circunstancias que alteren de tal forma la situación del predio dominante que, de haber existido en el momento en que se constituyó la servidumbre –o se alteró la ya constituida–, no hubiese habido lugar a la misma”⁵⁰.

Todo ello conduce a que la no aplicación del art. 568 Cc a una servidumbre forzosa constituida voluntariamente, en atención a que aquélla se debe regir por el régimen de las voluntarias porque se dio más de lo necesario, lleva a situaciones de perjuicio excesivo para el predio sirviente, puesto que no hay que olvidar que, con independencia de que se diera más de lo necesario, su fundamento no deja de ser que existía una situación de “necesidad” según la ley. Por tanto, no podrá negarse que cubrían una necesidad, convertida en comodidad, tal vez, pero en su núcleo había una necesidad –por ejemplo, una situación de enclave–.

Con respecto a esta problemática, habría que tener en cuenta si la

“necesidad” de la que habla el art. 568 Cc puede referirse a “utilidad” para poder valorar si al desaparecer ésta, la aplicación del mismo debe servir, incluso, para extinguir una servidumbre voluntaria. La “utilidad” se mide en relación con la finalidad para la cual la servidumbre se constituyó, de forma que, si al dejar de existir dicha finalidad, no se permite la aplicación del principio que inspira el art. 568 Cc se convierten en muy gravosas, servidumbres que, a pesar de que se constituyeran voluntariamente, nunca se hizo con tal gravedad.

En relación con el supuesto de hecho que comentamos, la sentencia n.º 19 de 16 de enero de 1997 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca⁵¹ (Fundamento cuarto *in fine*), señaló que no resulta aplicable el artículo 568 del Código Civil porque éste contempla la extinción de las servidumbres forzosas, pero no de las voluntarias, y porque, *en cualquier caso, el mismo solo autoriza la supresión en el supuesto de que el paso concedido haya dejado de ser necesario para el titular del predio dominante, pero no cuando simplemente haya incrementado la perjudicialidad de sus efectos*. Mientras que la SAPIB 571/1998 entiende que, incluso de considerar forzosa la servidumbre litigiosa, no se observa que el paso haya dejado de ser necesario según el artículo 568 Cc.

2.3.- La modificación del trazado de las servidumbres de paso

En todas las servidumbres es posible la aplicación del *ius variandi* establecido en el artículo 545,2 Cc, incluso en las estrictamente voluntarias, “si por razón del lugar asignado primitivamente, o de forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre”.

2.3.1.- La fuerza vinculante del contrato de constitución de la servidumbre

La primera cuestión problemática en este punto viene dado por la idea de que en la servidumbre forzosa constituida voluntariamente entre dos propietarios de dos fundos rige el artículo 1091 Cc que dice que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y el artículo 1.256 Cc que señala que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

Al respecto, se plantea si esto supone que, “la modificación del lugar de ejercicio de la servidumbre produciría en la esfera patrimonial del titular del derecho un cambio que incide sobre su contenido mismo”⁵².

En esta línea, la Sentencia n.º 19, de 16 de enero de 1997, del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca, de la que trae causa la SAPIB 571/1998, dice (Fundamento segundo) que *la variabilidad regulada en este precepto se refiere única y exclusivamente a las concretas y efectivas circunstancias con que se lleve a cabo el uso o ejercicio material de la servidumbre, pero en modo alguno puede afectar al contenido del negocio jurídico que haya servido de título para la constitución del gravamen, que actúa siempre como límite o cierre del “ius variandi” contemplado, en el sentido de que podrán en su caso alterarse cualquiera de aquellas circunstancias en tanto en cuanto las mismas, en su intrínseca individualidad, no hayan sido específicamente queridas y contempladas por las partes como elementos esenciales, constitutivos y definidores del derecho real que han querido estatuir; y así tiene que ser, tanto por imperativo genérico de la obligatoriedad y vinculación reconocida a los contratos por el artículo 1090 del Código [debe entenderse 1091], como específicamente por la libertad que el artículo 594 concede a todo propietario de una finca de establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente.*

Como solución a esta cuestión, es interesante señalar que en la doctrina española la tendencia es conferir al lugar de ejercicio de las servidumbres la trascendencia de objeto (por tanto, se distingue entre predio sirviente y lugar de ejercicio) que en el Código no aparece claramente expresada. Por tanto, en sede del art. 545,2 Cc, a los efectos de modificación, se distingue entre el derecho de servidumbre y el ejercicio práctico de la misma. Se entiende que la servidumbre pesa habitualmente sobre toda la finca, aunque para su uso o ejercicio actual se concrete a lugar determinado para que sea menos gravosa.

Sólo bajo dicho concepto ha podido concederse al dueño del predio sirviente la facultad del párrafo 2 del artículo 545 Cc⁵³. Se entiende que todo el fundo está sujeto, para justificar el derecho del predio sirviente a concretar el ejercicio práctico de ese derecho en otro lugar. El trazado es un elemento contingente.

Igualmente, esta interpretación es conforme con el sentido del art. 535 Cc que señala que “si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda”.

En conclusión, en la servidumbre de paso, se distingue entre el derecho real de servidumbre de paso como tal, que supone el derecho a pasar por

heredad ajena, y el contenido de ese derecho, en el sentido del lugar por el cual transcurre el paso. Con lo cual, la argumentación expuesta de la sentencia PI de 16 de enero de 1997 puede estar obviando que, una vez creada la servidumbre, se ha de distinguir la constitución de servidumbre, del negocio causal básico (venta, donación, legado, permuta)⁵⁴, puesto que lo importante será que el contenido de dicho negocio es un derecho real limitativo del dominio y una vez creado debe seguir su propio curso y poder ser modificado.

2.3.2.- Requisitos para la modificación de servidumbre de paso

En este punto, se plantea qué tipo de cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al crear la servidumbre ha de darse para justificar la modificación que permite el artículo 545,2 Cc. La problemática, en la sentencia que ilustran nuestro estudio, se plantea en los siguientes términos:

- El predio sirviente entiende que por haberse producido una modificación sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de constituirse la servidumbre (básicamente dos: el abandono del inicial proyecto de parcelación rústica y la utilización del camino por personas extrañas como atajo o, en definitiva, para su comodidad) es posible la variación del trazado.

- La SAPIB 571/1998 señala que el cambio ulterior de circunstancias (la no edificación de la urbanización) *es un hecho que, en sí mismo, no determina, la mayor incomodidad por razón del lugar asignado o de la forma establecida para el uso de la servidumbre y el ofrecimiento de “otro lugar o forma igualmente cómodos” es un requisito que no se cumple en este caso. Asimismo, señala que la recesión del mercado no es una circunstancia sobrevenida imprevisible, capaz de sustentar la pretensión de la parte actora, ya que no se ha probado suficientemente y, por tanto, no se puede dar a la circunstancia en cuestión la trascendencia que se persigue, a modo de cambio sobrevenido imprevisible, por tratarse de nuevas y extraordinarias circunstancias, ni menos aun que la incomodidad que representa el camino para el predio sirviente sea importante o grave.*

Podemos anticipar que la valoración de los requisitos de “incomodidad” y “perjuicio” cambia según se trate de una servidumbre legal o de una voluntaria. Esto puede llevar a que, aunque el artículo 545,2 Cc sea aplicable a una servidumbre voluntaria, resulte que de hecho sea difícil su aplicación, si se atiende a la idea de que estas servidumbres no responden a criterios de necesidad sino de utilidad. La exigencia, en las servidumbres voluntarias, de que exista gran incomodidad para el predio dominante y que no exista ningún perjuicio para el predio sirviente, para poder admitir la

modificación, va a suponer en la mayoría de ocasiones, que la modificación del contenido de la servidumbre sea imposible y, de *facto*, el artículo 545,2 Cc resultará inaplicable a las servidumbres voluntarias.

Todo ello cuando la equidad supondría que, aunque no existieran preceptos que regularan la modificación, ésta habría igualmente de aceptarse, con base en ella. La obtención de mayor rendimiento económico, en atención a la función social de la propiedad privada, impondría la posibilidad de adecuación de la servidumbre a las exigencias normales, apreciables en el momento presente, de utilización y explotación del fundo.

a.- El requisito de la incomodidad

Para que pueda operar el *ius variandi* del artículo 545,2 Cc se exige que se de, como primer requisito, el de la incomodidad de la servidumbre para el predio sirviente, por razón del lugar asignado primitivamente o por la forma establecida para su uso.

Las incomodidades deben provenir por su forma o lugar de ejercicio tal y como se ha previsto y establecido originariamente, que ha devenido más gravoso, por ejemplo, a causa de un hecho extraño a la actividad de los propietarios de los fondos interesados, o debido a la utilización e innovaciones que el propietario del predio sirviente quiere realizar en su fundo para una mejor explotación, o incluso por un ejercicio más intenso de la servidumbre por parte del titular del predio dominante, ejercicio que, permitido por la amplitud del título constitutivo, no ha sido hecho efectivo desde el principio sino después de las lícitas *iure proprietatis* y *iure servitutis* modificaciones realizadas por el titular activo.

Se dice que la incomodidad del artículo 545 Cc “tiene que tener necesariamente como causa cualquier evento sobrevenido y no previsto por las partes en el momento de constituirse la servidumbre referido a la situación originaria, por la que si las circunstancias son las mismas, aún cuando el lugar y forma de ejercicio pudiera establecerse de manera menos gravosa, ello no es posible pues la ley permite el cambio para evitar el agravio mayor derivado de hechos sobrevenidos a la constitución de la servidumbre, pero no para reducir y obtener una disminución de la carga o gravamen”⁵⁵.

A todo ello, señala REBOLLEDO que es posible mantener el *ius variandi* aún cuando la mayor incomodidad no se haya producido por circunstancias sobrevenidas, puesto que, el artículo 545,2 Cc “no supone más que una manifestación del ejercicio *civiliter* pues lo fundamental en toda servidumbre es que el dueño del predio dominante obtenga la utilidad para que la servidumbre fue constituida, debiendo ser ejercida con el menor

perjuicio para el predio sirviente. La propia norma establece como requisito imprescindible para dar lugar al cambio que tal utilidad no sea menoscabada, incluso con referencia expresa al concepto de “comodidad” en el ejercicio y de ahí que no sea muy comprensible que sin la existencia de perjuicio alguno y, por el contrario, notable ventaja para el titular del fondo gravado, pueda sostenerse el principio de inmutabilidad toda vez que ello sería contrario a la buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho y sin que tampoco sea serio obstáculo el respeto a lo pactado en el título constitutivo, toda vez que tal argumento puede ser oponible frente al constituyente, no frente a terceros en los que el carácter de derecho real de la servidumbre prima sobre el obligacional del título constitutivo. Por ello, la expresión contenida en el párrafo 2.º del artículo 545 de que la servidumbre llegue a ser “muy incómoda”, debe traducirse en que llegue a ser “innecesariamente incómoda”, como puede ser si la utilidad que la servidumbre proporciona al dominante puede obtenerse igualmente, sin menoscabo para él, cambiando el lugar o forma de ejercicio⁵⁶.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que si el propietario de un fondo enclavado puede aumentar las necesidades del fondo en función de la evolución económica y social, cambiando el modo de explotación de su bien o dándole un destino nuevo y exigir un nuevo paso adecuado, solución que se aplica especialmente a las fincas agrícolas susceptibles de afectación posterior a fines urbanísticos o situados en una zona industrial y al que el propietario le da un destino distinto del anteriormente existente⁵⁷; también el fondo sirviente puede modificar la servidumbres si por destinos económicos nuevos puede ser muy gravoso mantener la servidumbre originaria (p.e. como suspender los proyectos para urbanizar las parcelas en cuestión).

A modo de ejemplo, la SAPIB de 19 de abril de 2002 se refiere a un supuesto en el cual habiendo ya salida a camino público se consiente otro en atención a un proyecto de parcelación o urbanización y señala que: “se constituye tal servidumbre cuando concurre con decidido y expreso propósito de que sirvieran de acceso, comunicación y servicio en las distintas parcelas en que pensaba fraccionar la total extensión del fondo” y que “en la doctrina se ha discutido en relación con dicho modo de adquisición entre dos teorías, la voluntarista o por convención tácita y la legalista u objetiva, respecto de las cuales ... cabe estar a las circunstancias de cada caso concreto, y en el caso que nos ocupa es relevante que cuando se constituyó no se pretendía un mejor acceso a la finca ... por lo que de seguir la primera teoría en modo alguno cabría la constitución de esta servidumbres”.

De todas formas, la incomodidad sobrevenida o el cambio de circunstancias es un elemento sometido a apreciación judicial según

cada supuesto fáctico, con lo cual no es muy útil realizar una teoría general al respecto.

b.- El ofrecimiento de un lugar igualmente cómodo

La idea de “comodidad” es relativa y de difícil precisión. Por tanto, “la valoración de lo que es “igualmente cómodo” ha de realizarse con una cierta elasticidad y no con rigor pues tratándose de una servidumbre de paso, es imposible que el nuevo lugar de tránsito tenga las características estructurales y de uso idénticas al anterior, por lo que toda comparación ha de ser global”⁵⁸. De forma que, la comodidad debe “consistir en la igual facilidad de acceso y regreso, en la longitud del camino, en la cualidad de la vía pública a la que se da ahora acceso, en la anchura y plano inclinado del camino, en la seguridad del tránsito, en la posibilidad de evitar daños, en la facilidad de los puntos de entrada y de salida. Si todo coincide, dentro del pequeño margen de elasticidad antes expuesto, habrá que entender que el lugar ofrecido es igualmente cómodo”⁵⁹.

Pero, en este caso, “no hay que olvidar que aún cuando en principio el derecho real de servidumbre se basa fundamentalmente en la relación de servicio entre los predios más que en sus titulares, y, por lo tanto, el concepto de comodidad habría de referirlo a la modalidad objetiva de ejercicio y no a la persona que ejercita el derecho, el Código, excepcionalmente, tiene en cuenta al titular activo y pasivo para determinar cuando la servidumbre llega a ser muy incómoda o el cambio es igualmente cómodo por lo que los cambios en las titularidades de los predios, en ocasiones, puede influir decisivamente en la estimación o no de la pretensión de modificación”⁶⁰.

Finalmente, hay que señalar que, cuando no hay acuerdo entre los dos titulares “habrá que atenerse a datos objetivos judicialmente apreciados bajo el criterio de que la variación propuesta no menoscaba el ejercicio de la servidumbre, según su finalidad; en cambio, parece que si la variación propuesta por el sirviente no altera la comodidad del dominante, aunque objetivamente agrave la servidumbre, lo que prevalece es la conveniencia del sirviente que, según su criterio, se hace –para él– más cómoda”⁶¹.

c.- La ausencia de perjuicio para el predio dominante

La SAPIB 571/1998 ha señalado que *la supresión del trazado que se postula sí perjudica a los predios dominantes desde el momento en que les priva de uno de los dos accesos de que disponen, y supone una considerable desventaja frente a la situación existente y aunque es cierto que la pura necesidad de salida a camino público que se predica de los predios dominantes queda perfectamente cubierta con el mantenimiento de uno solo*

de los dos trazados, la voluntad de los constituyentes no era únicamente esta (satisfacer tal necesidad), sino que se fijó un contenido muy superior. Mientras que, el predio sirviente señala que no existe auténtico perjuicio porque se mantiene idéntico el trazado Norte, el cual es más seguro y entraña menor dificultad de recorrido y tampoco y que no hay verdadera necesidad de mantener dos salidas a camino público.

Respecto de este requisito, hay que señalar que no ocasionar perjuicio al predio dominante supone que “se debe proporcionar a éste una alternativa que objetivamente no suponga incomodidad alguna para aquél, de suerte que tanto la situación anterior y la actual modificada permitan al mismo el ejercicio de la servidumbre en condiciones razonablemente similares a las acordadas en el negocio jurídico constitutivo o derivadas de la posesión, aunque se modifique el lugar o forma de prestación de la misma”⁶².

Por tanto, “sólo debe considerarse menoscabo del derecho cuando existe una objetiva disminución de la utilidad, o insatisfacción de las exigencias del fundo dominante tal y como aparecen contempladas en el título constitutivo, o que concretamente incidan sobre la modalidad de ejercicio, volviéndolo más difícil o incómodo de lo que estaba previsto”⁶³.

Como ya hemos dicho en relación con los otros requisitos, la facultad de valorar la concurrencia o no del menoscabo en la servidumbre corresponde a los Juzgados y Tribunales en función de las circunstancias fácticas.

2.4.- la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso

El art. 537 Cc dice que: “Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, o por la prescripción de veinte años”. Este artículo exige un plazo de 20 años para usucapir un derecho de servidumbre, fijando una regla especial en cuanto al tiempo, en relación con la de los artículos 1.957 y 1.959 Cc.

Por otro lado, el art. 539 Cc dice que: “Las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título”.

En definitiva, en los artículos 537 y 539 Cc se observa una prescripción especial y única en materia de servidumbres, sin distinción entre ordinaria, ni extraordinaria. No se exige justo título ni buena fe, siendo lo esencial la posesión y ésta no comienza a contarse desde el momento en que el título se extendió, sino desde que se comenzó efectivamente a actuar⁶⁴. Aunque la posesión sí habrá de reunir todos los requisitos que exige el Cc a efectos de usucapir. El precepto se desvía de la disciplina general, pero, por supuesto, se requiere posesión pública, pacífica e ininterrumpida (artículo 1.941 Cc).

Esta regulación especial está en coherencia con el art. 1938 Cc que excepciona las reglas de la prescripción cuando así lo diga una ley especial. Por tanto, una prescripción especial es la del derecho de servidumbre.

En la actualidad, la doctrina es también casi unánime en relación con que no cabe la usucapión de las servidumbres discontinuas (paso) y se dice que su ejercicio, a falta de título, debe entenderse en virtud de tolerancia y de buena vecindad⁶⁵. Ello es así porque la posesión que conduce a la usucapión ha de ser pública y continua y no existe publicidad en las servidumbres no aparentes, ni continuidad en las discontinuas⁶⁶. Siendo, por tanto, el propósito del legislador el impedir que un estado de precariedad, una tolerancia de actos realizados sin derecho y por mera condescendencia de buena vecindad, pueda transformarse en un estado permanente y de derecho⁶⁷.

Las sentencias de 19 de abril, de 19 de junio y de 27 de diciembre de 2002, de la APIB son un ejemplo de la unanimidad que también hay en la jurisprudencia en torno a la no admisión de la prescripción de la servidumbre de paso por ser discontinua, a la consideración de que los actos de simple dejación, tolerancia o complacencia sin título que los respalde son irrelevantes en la servidumbre de paso y a la idea de que la ausencia de prohibición de paso por un camino no es suficiente para ser considerada como un título de adquisición de servidumbre.

No obstante dicha unanimidad, a este planteamiento se le objeta que “el carácter discontinuo no impide la ininterrupción de la posesión de la servidumbres, porque el que tiene una servidumbre de paso sobre finca ajena siempre la posee, transite o no”⁶⁸. La permanencia en la posesión es compatible con el ejercicio normalmente interrumpido ya que la posesión de un derecho y su ejercicio no son ideas parejas ni se dan simultáneamente⁶⁹.

Con estos argumentos se observa que discontinuidad no es posesión ininterrumpida y, por tanto, hay que encontrar el significado de dicho término.

Tal vez, el más interesante y conocido planteamiento es el de LACRUZ, aunque no ha tenido reflejo en la jurisprudencia⁷⁰, que entiende que el Cc al definir las servidumbres discontinuas *atiende preferentemente a que su ejercicio dependa del hecho del hombre, relegando a un segundo plano la concreta periodicidad de dicho ejercicio*⁷¹.

En cuanto a la jurisprudencia, es interesante la SAPIB de 27 de enero de 2000 por la profundidad que dedica a esta cuestión señalando: “La posición del Código civil ha sido abiertamente criticada por la doctrina científica, que considera la imposibilidad de adquirir por prescripción la servidumbre de

paso fuente de litigios y motivo de despojo de derechos legítimos. Alega un importante sector, que ser discontinua una servidumbres es concepto muy distinto de posesión interrumpida. La posesión de un derecho y su ejercicio no son ideas parejas ni se dan simultáneamente. La permanencia en la posesión es compatible con el ejercicio normalmente interrumpido. Basta, dicen, con que el poseedor cuente con la posibilidad de transitar sobre el presunto fundo sirviente y se porte como teniendo por seguro que podrá hacerlo cuando lo desee; el que medie intervalo en los actos de tránsito no hace presumir el abandono de la posesión o que se produzca la interrupción material de la misma. Y se tilda de incongruente el que nuestro Código exija la posesión continua para la usucapión y elimine luego la prescripción adquisitiva para una servidumbre susceptible de posesión continua, por el hecho de que su ejercicio no sea permanente y necesite un hecho del hombre”.

Siendo así, sólo cabe señalar que el Cc adoptó esta idea de discontinuidad y eliminó en este tipo de servidumbres la posibilidad de usucapión por motivos de política legislativa⁷².

Se opta por la exclusión de la usucapión en las servidumbres discontinuas por consideraciones de utilidad y por la idea de que la posesión en éstas es siempre *iure familiaritatis*, ya que “si el ejercicio prolongado del paso pudiera transformar la situación de hecho en una situación de derecho, desaparecería la tolerancia; los propietarios se mostrarían inevitablemente inflexibles y celosos de sus prerrogativas”⁷³.

La prescripción extraordinaria es considerada⁷⁴ una amenaza por la no participación del propietario afectado, por lo que, el art. 1959 Cc expresa claramente el carácter singular de la excepción en materia de servidumbres. *La singularidad estribaba en proteger a la propiedad más de lo que le protege dicha posesión ad usucapionem, con lo cual se debe descalificar ad usucapionem lo que desde una óptica posesoria fuese correcto.* Así resulta que el ejercicio discontinuo de una servidumbre no supone posesión interrumpida, por lo cual podría adquirirse por prescripción, pero *lo que es posesoriamente correcto ad usucapionem, no lo es desde la óptica de la diligencia exigible a un propietario: se le protege incluso frente a lo que posesoriamente es continuo, porque es en su ejercicio esporádico, y por tanto, hasta cierto punto, incontrolable.*

Por ello, el Cc concluirá⁷⁵ que *una servidumbre discontinua no es prescriptible. Este planteamiento no responde a una lógica posesoria, sino sólo logra que sólo lo aparente e incesante perjudique al propietario.* También se acortará el plazo: *se adopta el de la prescripción ordinaria entre ausente –veinte años–; pero a cambio se exige fácticamente, no posesoriamente; mucho*

más. Lo que ocurra puede ocurrir sin su consentimiento, pero no sin su control. De esta forma, el modo de adquirir complementario del acto de propietario, el uso, queda aproximado a éste. Se trata de un uso pero agresivo fácticamente. Es esa agresividad lo que le hace perder eficacia. La eficacia propia de la prescripción, que es la eficacia del silencio.

La absolutización del título es un complemento y un resultado lógico de la regulación restrictiva de la prescripción. Si tolera lo ostensible, de alguna manera, lo quiere. Y si lo quiere, él lo legitima. No todo es prescriptible, lo no prescriptible requiere título, y en ausencia de título sólo es admisible la escritura de reconocimiento o la sentencia firme⁷⁶.

En concordancia con estas ideas, la prescripción adquisitiva de la forma de ejercitar la servidumbre no podrá tampoco darse en las discontinuas, puesto que “el contenido y forma concreta en que se venga ejercitando la servidumbre o, dicho en otros términos, su efectiva posesión, nunca puede determinar jurídicamente el contenido de una servidumbre no susceptible de adquisición por usucapión como es la de paso si no que, de conformidad con el artículo 598 sólo lo puede determinar el título y subsidiariamente la ley, y sin que los defectos en su regulación puedan ser suplidos por una posesión con carácter normativo. Todo ello quiere decir que en la servidumbre voluntaria de paso la forma actual de ejercicio no refleja necesariamente el contenido jurídico del derecho pues aquél se encuentra determinado por el título, no por la posesión, sin que tampoco sea posible adquirir por usucapión, forma o modo distinto de ejercicio, de ahí que cuando éstos se desprendan expresa o claramente del título constitutivo, una posesión distinta de la servidumbre haya de enmarcarse dentro de los actos meramente tolerados por el titular del predio sirviente que en cualquier momento puede rechazar permitir su continuación, sin que ello suponga menoscabo alguno de la servidumbre sino más bien fin o término de la alteración o agravación”⁷⁷.

3.- Propuesta de regulación. El ejemplo catalán

En la propuesta de regulación de algunos aspectos del derecho real de servidumbre es de interés ver el ejemplo de alguna Comunidad Autónoma que ha legislado al respecto, en concreto, Cataluña.

En Cataluña, el derecho real de servidumbre se reguló, después de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, en la Ley 13/1990, de 9 de julio, *de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad*, la cual fue derogada, a los efectos que nos interesan, por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición Voluntaria o Preferente*. Asimismo, en la

actualidad, se prevé que las disposiciones de esta Ley 22/2001, con sus oportunas modificaciones, si proceden, formen parte del Libro Quinto del Código civil de Cataluña. En concreto, la materia de las servidumbres constituirá el Capítulo 6 de dicho Libro⁷⁸.

A modo de ejemplo, podemos destacar algunas cuestiones en las cuales sería de interés contar con moderna legislación, en vistas de lo señalado en este estudio.

En primer lugar, sería interesante contar con una regulación que avance respecto de la confusa terminología del Cc en materia de servidumbres. Dicha evolución está presente en recientes leyes, de técnica más moderna.

Por lo que se refiere a terminología, el artículo 566-2 del *Projecte de Llei pel qual s'aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya relatiu als drets reals*⁷⁹, con relación a la constitución de servidumbres, supera la distinción entre servidumbres legales (o forzosas) y voluntarias y distingue, únicamente, entre servidumbres constituidas por título otorgado de manera forzosa o voluntaria (“1. Les servituds només es constitueixen per títol, atorgat de manera voluntària o forçosa”).

Con respecto a las servidumbres forzosas, se señala que su fuente de creación no es la ley, sino el título, con lo cual se deberá eliminar la expresión “por disposición de la ley” del actual art. 7 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición Voluntaria o Preferente*⁸⁰.

Con esta terminología, todas aquellas figuras que no encajan en dicha descripción no son servidumbres. La regulación de los límites del derecho de propiedad, creados directamente por la ley y prescindiendo de la voluntad de los particulares, no tiene sentido en una ley de servidumbres, ni en un Código civil, sino en las leyes especiales por razón de la materia (carreteras, conducciones eléctricas), aunque dichas leyes los califique de servidumbres.

En segundo lugar, se requiere una aclaración del régimen jurídico aplicable a la servidumbre forzosa constituida voluntariamente.

En la normativa catalana queda clara la cuestión de que la servidumbre sigue siendo legal aunque el dueño del fondo que ha de resultar gravado se avenga a constituirla. La imposición legal afecta a la naturaleza del negocio jurídico que da cumplimiento a la misma y determina que, aun después del cumplimiento voluntario, la servidumbre deba ser conceptuada como servidumbre legal⁸⁰.

Así queda claro, en el art. 7.1 de la Ley 22/2001 (“Les servituds només es

constitueixen per títol”) y más, concretamente, en el Proyecto de ley de libro quinto del Cc de Cataluña que, en su art. 566-2, al regular la constitución de una servidumbre dice: “2. La servitud es constitueix per títol forçós quan els titulars de la finca dominant poden exigir-la ... d’acord amb la Llei”.

Los comentarios a este artículo 566-2 hechos en los trabajos preparatorios señalan que las servidumbres constituidas por título otorgado forzosamente tienen como especialidad la legitimación para constituir las, con la posibilidad de que sean impuestas.

En tercer lugar, es interesante regular la temática de la “necesidad” *versus* “utilidad” que está presente en la distinción entre servidumbres forzosas y voluntarias.

El art. 9 de la Ley catalana 22/2001 señala, para todas las servidumbres, que: “La servitud es constitueix per a utilitat exclusiva de la finca dominant”. Y los trabajos preparatorios del Libro Quinto del Cc de Cataluña señalan, a propósito del art. 566-4, que la utilidad no ha de tener un contenido estrictamente económico, como el de gasto útil, sino que puede tener una finalidad meramente estética o de amenidad. Lamentablemente, parece que el contenido de este precepto ha desaparecido en el Proyecto de ley de libro quinto.

Igualmente, el art. 9.2 de la Ley 22/2001 consagra, para cualquier tipo de servidumbre, la idea del menor perjuicio, señalando que: “La servitud s’exerceix de la manera més adequada per obtenir la utilitat de la finca dominant i, alhora, de la manera menys incòmoda i lesiva per a la finca servent” (lo mismo se señala en el art. 566-4,2 del Proyecto de ley).

En cuarto lugar, puede ser aconsejable introducir elementos objetivos que permitan reducir la arbitrariedad en la valoración de los requisitos que deben concurrir para aceptarse una modificación de la servidumbre de paso. En esta línea, el art. 9.4 de la Ley de Cataluña 22/2001 prevé, únicamente, que la modificación en la forma y lugar de la prestación de la servidumbre no puede llevar aparejada una disminución de su valor y utilidad⁸². Con lo cual, se utilizan parámetros mucho más objetivables y de mayor seguridad jurídica que las ideas de “igualmente cómodo” o “sin perjuicio alguno”.

Por su parte, el art. 566-4,3 del Proyecto de ley de libro quinto del Cc de Cataluña dice: “... poden exigir, a càrrec seu, les modificacions que creguin convenientes en la forma i el lloc de prestar la servitud, sempre que no en disminueixin el valor i la utilitat”.

La idea de esta regla, según los trabajos preparatorios, es que el propietario del predio sirviente no puede verse privado de un uso razonable por causa de la servidumbre. Se trata, por tanto, de una cuestión de grado

de la utilidad: si la intensidad del uso es excesiva, no se trata de una servidumbre, sino, por ejemplo, de un usufructo. Se señala también que la referencia a la no disminución del valor y la utilidad es redundante, pero es conveniente hacerla.

En quinto lugar, debemos referirnos a la posibilidad de regular la prescripción adquisitiva del derecho de servidumbre de paso, para admitirla.

Como hemos analizado en el apartado anterior, para algunos autores, la opción del Cc de excluir la posibilidad de usucapión de la servidumbre de paso es arcaica, necesita de interpretación correctora, está desconectada de la sistemática del Cc, etc. No obstante, si observamos las nuevas regulaciones civiles sobre la usucapión de servidumbres, los argumentos de política legislativa seguidos por el Cc reviven.

La Ley 13/1990, de Cataluña, de 9 de julio, *de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad*, preveía la posibilidad de adquirir por usucapión un derecho real de servidumbre, por la posesión durante 30 años (art. 11). Dicha previsión fue derogada por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición Voluntaria o Preferente*, excluyendo la posibilidad de usucapión para todas las servidumbres (art. 7.4. “Cap servitud no es pot adquirir per usucapió”).

La doctrina ha aplaudido dicha decisión por entender que “el dominio ha de tener las menos restricciones posibles y la usucapión significa caminar hacia un derecho que lo limitará y gravará; significa estar en litigio continuo con los titulares de los predios contiguos o vecinos para delimitar si hubo posesión o meros actos continuados de tolerancia (...) significa en fin, dejar el derecho de propiedad abandonado a la inseguridad jurídica, por el hecho de no ejercitarlo constantemente, revelar cierta negligencia o cualquier género de incuria. Para estos supuestos, siempre están las exigencias de función social ex art. 33 CE (...) Utilizar el silencio, la tolerancia o el hipotético abandono de un propietario, para usar o aprovechar de un predio, y al final premiar al actor con la servidumbre, puede suponer una forma de recompensar a personas que han actuado premeditada y dolosamente o, al menos, con ánimo de servirse indebidamente de la propiedad ajena”⁸³.

La opción seguida por el art. 7.4 de la Ley 22/2001 también se refleja en el art. 566-2,5 del Proyecto de ley de libro quinto del Cc catalán. La exclusión de cualquier posibilidad de usucapión se basa en cuatro argumentos, según los trabajos preparatorios: La existencia del principio de libertad del dominio; la ausencia de conexión de la usucapión con la tradición jurídica catalana; el derecho histórico comparado; y la situación en distintos derechos comparados actuales.

Para nosotros, el más interesante es el argumento de que es difícil diferenciar una hipotética posesión *ad usucapionem* de la simple tolerancia del propietario de actos aparentemente iguales a un servidumbre realizados por el vecino. Por esto, nada justifica que alguien pueda adquirir un derecho real haciendo, durante mucho tiempo, algo que no puede hacer. También destaca el argumento de este artículo basado en derecho vigente comparado. Se menciona que en la tramitación parlamentaria del Cc italiano se señaló ya que la usucapión de servidumbres era un problema exclusivamente político.

1.- Página 419 de la obra citada.

2.- Con respecto a éstas se ha venido considerando que se aplicaba en Mallorca (ver: GASSIOT MAGRET, “Voz: Servidumbre. Derecho foral”, *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Barcelona, tomo XXVIII, pág. 644) las Ordinacions de Sanctacília que fueron en un principio Costumbres de la ciudad de Barcelona, compiladas por Jaime de Sancta Cilia durante el reinado de Jaume II y que se encuentran insertas en el tít. II, vol. II de las Constitucions de Catalunya. Asimismo algunas de las costumbres más antiguas de dicha Compilación se intercalaron en el cuerpo legal denominado “Recognoverunt Próceres” que regía en Barcelona, recogido posteriormente en el tít. XIII, lib. I, vol. II de las Constituciones de Cataluña (PELLA Y FORGAS, José, “Código civil de Cataluña”. Tomo II, pág. 200 y “Tratado de las Servidumbres”, págs. 31 ss).

3.- MASCARO ALBERTY, Matías, “Derecho Foral de Mallorca”. 3ª edición, Palma, Tip. José Tous, 1904.

4.- PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*. El fil d’Ariadna. Pagès editors, Lleida, 1991, p. 41.

Ver en los textos romanos: Proemio tít. III, lib. II de la Instituta; las leyes 9, 10 y 14, tít. 1; leyes 1, 7, 8 y 13, tít. 3, ley 14, tít. 6 del Libro 8; ley 12, tít. 7, Libro 11; ley 2, tít. 8, libro 41 del Digesto; ley 2, tít. 34, Libro 3 del Código.

5.- Ceremonia religiosa que fijaba el *itus limitare* en los fundos rústicos que solucionaba las necesidades a las que responden nuestras servidumbres. Ver: CAPÓN REY, Francisco, “El problema de las servidumbres de paso”. *Revista de Derecho Judicial*, tomo 41, 1970, p. 108.

6.- “Al dividir y asignar a los ciudadanos los terrenos conquistados por Rómulo, se dejaron entre fundo y fundo unas fajas de terreno de mayor o menor anchura que servían al tránsito público y consiguiente acceso a los predios. La servidumbre surge después para atender a razones de comodidad, cubiertas las necesidades por dichas fajas, como sería sustituir la faja por otro trazado”. Ver: LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*. Publicaciones del seminario de Derecho Privado. Universidad de Murcia, 1963, p. 35.

7.- GARCÍA SÁNCHEZ, “El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho romano”. *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, n.º 85-86, 1974, p. 42.

8.- No podían constituirse de modo coactivo porque el régimen de los límites hacía innecesarias dichas servidumbres, por tanto, si se constituían era voluntariamente. Ver: LUCAS FERNÁNDEZ, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, 38; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*. Tomo III, Derecho reales. 2ª edición, Madrid, 1900, p. 495 y CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de cosas*. Tomo II, vol. 2º, Madrid, Reus, 1983, 13ª edición. p. 161.

9.- Digesto, Libro VIII, tít. 1, 13; tít. 3, leyes 1, 7, 12 y 23; tít. 4, 12; y tít. 6, 11-12. Como distinción, se dice que la *via* sería un sendero de ocho pies por el que se podría pasar con carros, el *actus* es un sendero para conducir animales y el *iter* es un sendero apto únicamente para el paso peatonal.

10.- Por tanto, no eran *ius in re aliena*. Ver: GARCÍA SÁNCHEZ, “El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho romano”, p. 47. Teoría defendida por HUGO, BERGMANN, DERNBURG, DU ROI Y VOIGT.

11.- En todo ver: GARCÍA SÁNCHEZ, “El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho romano”, p. 48-53.

12.- Señala D’ORS que el Derecho romano no conoce las “servidumbres legales” y ni la imposición de un paso necesario, ni las limitaciones urbanísticas del derecho romano tardío tienen tal carácter. Las servidumbres (*iura praediorum*) son siempre voluntarias. Ver: D’ORS, *Derecho privado romano*. 7ª edición, revisada. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 207 y 249.

13.- Digesto 11, 7, 10 y 12 dice: “Si alguno tuviera un sepulcro, pero no tuviera camino para llegar al sepulcro y el vecino le impidiera pasar, el emperador Antonio <Caracala>, con su padre <el emperador Septimio Severo>, dispuso por rescripto que solía pedirse y concederse en precario el paso al sepulcro, de modo que cuando no se deba servidumbre se pida a quien tenga el fundo vecino. Pero este rescripto que concede la facultad de pedir el paso no concede una acción civil, sino que se ha de reclamar del gobernador de la provincia por vía extraordinaria, y debe éste obligar a que por su justo precio se le conceda a aquél el paso, de forma que el juez atienda también a la oportunidad del lugar para que el vecino no sufra un gran perjuicio”.

Señala D’ORS que desde el s. III, cuando un sepulcro queda enclavado (sin servidumbre de paso) en un predio ajeno al titular del mismo, éste puede solicitar del magistrado que imponga un paso necesario, que Justiniano considera como derecho real, aunque no como servidumbre. Ver: *Derecho privado romano*, 249-250.

14.- Ver: DE BUEN, Demófilo, “Servidumbre de paso”. *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Barcelona, tomo XXVIII, p. 726.

15.- ROCA JUAN, *De las servidumbres. Comentarios al Tít. VII, Cap. II, Sección 3.ª. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo VII, vol. 2. Edersa, 1978, p. 2.

Las servidumbres reconocidas por el Derecho romano fueron siempre tipos determinados y fijos o figuras creadas a imitación de tales tipos que respondían a aquellas necesidades en que el Derecho estimó justificada una limitación al absoluto y, por naturaleza, libre derecho de dominio. Ver: TAMAYO, Alberto, *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de servidumbres*. Bosch, Barcelona, 1956. p. 13-14.

16.- PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho civil español*. Tomo II, 3ª edición, Madrid, 1976, p. 496, nota 11.

17.- Ver: Digesto 41, 1, 43, 1 (Gaio): *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*; Digesto 41, 3, 10, 1: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possit, cum aedificiis possint*; Digesto 43, 20, 3, 4; Digesto 39, 26 y Codex 3, 34, 7 (Diocleciano)-.

18.- PACHECO, *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*, 25.

19.- Texto de PAULO: “(28 [29] Es cierto que se puede usucapir la liberación de las servidumbres, pues la ley Escribonia suprimió la usucapición constitutiva de una servidumbre, pero no la que procura la liberación por extinción de la misma”.

20.- DE BUEN, Demófilo, “Servidumbre”. *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Barcelona, tomo XXVIII, p. 663.

21.- Dice: “Las servidumbres de los predios rústicos, aunque se incorporen a cosas materiales, son sin embargo incorporales, y por eso no pueden adquirirse por usucapición; tampoco, si se quiere, porque son de tal condición las servidumbres que no son susceptibles de una posesión cierta y continua, pues ninguno puede pasar de un modo tan continuo y seguido que parezca que en ningún momento se interrumpe la posesión de la servidumbre; y lo mismo se observa en las servidumbres de los predios urbanos”.

22.- Dice: “Se estimó procedente no considerar como servidumbre de canalón el boquete abierto en la parte baja de la pared de una habitación o de un triclinio con el fin de lavar el pavimento, y que no se adquiriera el derecho con el transcurso del tiempo. Esto es verdad si en aquel lugar no cayese agua de lluvia (pues no tiene causa perpetua lo que se hace por mano del hombre), mas la lluvia que cae, aunque no sea constantemente, es por causa natural y por ello se estima que sucede con causa perpetua. Todas las servidumbres de los predios deben tener causas perpetuas, y por esto no puede concederse una servidumbre de acueducto partiendo de un lago o de un estanque; también la causa de verter el estilicidio debe ser natural y perpetua”.

23.- Desarrollando la determinación de Paulo relativa a la *servitus luminis* en la afirmación de la necesidad de una causa perpetua como requisito general de las servidumbres, los justinianos mezclaron al efecto de la ausencia de la perpetua causa también la afirmación de la inusucapibilidad. Ver: LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1954, p. 523.

24.- Comentando el Digesto 8, 3, 14: “Qualiter autem cognoscas utrum servitutes habeant causam continuam aut non, do tibi regulam infallibilem. Si quidem ad usum servitutis requiritur factum hominis, nunquam dicitur habere causam continuam: quia homo non potest operari continue. Si vero non requiritur factum hominis, dic tunc habere causam continuam vel quasi. Et ex hoc apparet quod servitus viae et itineris non habet causam continuam, quia non potest homo semper ire, servitus vero aquaeductus potest habere continuam cum semper aqua fluat, vel apta est fluere. Sed si requiritur factum hominis, ut puta esse necesse quod de quodam fonte, vel fossa aqua extraheretur et mitteretur in aliquem rivum, tunc non haberet causam continuam”.

25.- Es decir, *Por el uso de cuyo comienzo no tengan memoria los hombres*. Ver: DE BUEN, “Servidumbre”, 638. Ver sobre la prescripción inmemorial, estudios como: ESPIN CANOVAS,

“Derecho transitorio sobre prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español”. ADC, tomo XVIII, 1965; MURIAS TRAVIESO, “Notas sobre la prescripción inmemorial”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, n.º 183.

26.- La teoría se basa en la distinción entre causa continua o no para poder usucapir, de forma que si “se requiere para el uso de la servidumbre un hecho del hombre, nunca se dice que existe una causa continua, porque el hombre no puede obrar continuamente. Pero si no se precisa el hecho del hombre, entonces sí que existe causa continua o casi continua” (*Comentarios a la Constitución 2ª del Libro III, tít. 34*, comentando Digesto 8, 3, 14). Ver: CAPÓN, “El problema de las servidumbres de paso”, 108; y LACRUZ, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 525.

27.- LACRUZ, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 525-526.

28.- Pero no hay que olvidar que la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas en orden a la usucapición no existió en el Derecho romano y no llegó a prosperar en la práctica moderna del Derecho común. Ver: LACRUZ, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 550.

29.- *Debates Parlamentarios sobre el Código civil español* (Senado, día 19 de febrero de 1885) tomo I, p. 22.

30.- *Debates Parlamentarios sobre el Código civil español* (Senado, día 11 de marzo de 1885), tomo I, 170.

31.- *Debates Parlamentarios sobre el Código civil español*, tomo I (*Diario de Sesiones de Cortes*, Senado, Apéndice al núm. 99, de 30 de abril de 1888), 988.

32.- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*. Tomo I. Cívitas, Madrid, 1984, págs. 261-262.

33.- RIVERA SIMÓN, Marcial, “Modalidades de Derecho foral subsistentes en Menorca”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pág. 888; ROCA TRÍAS, Encarna, “Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, 1982, pág. 38; FERRER VANRELL, *La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía*. Materials 6, UIB, Palma, 2001, p. 67-72.

34.- También ver: MASCARO ALBERTI, Matías, “Derecho Foral de Mallorca”. 3ª edición, Palma, 1904; y PELLA Y FORGAS, José, “Tratado de las Servidumbres”, págs. 31 ss.

35.- MASCARO ALBERTY, Matías, “Derecho Foral de Mallorca”. 3ª edición, Palma, Tip. José Tous, 1904.

36.- Cfr. FERRER VANRELL, M. P., “La concurrencia de la vigencia de normas de diferentes ordenamientos civiles en el territorio balear, criterios de solución. Las fuentes del derecho civil balear”. *Curs de Dret civil balear*. Col.legi d’Advocats de les Illes Balears, maig-juny 2003.

37.- ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, R. y MASOT MIQUEL, M., *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1992, p. 70 ss.

38.- ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, R. y MASOT MIQUEL, M., *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1992, p. 73.

39.- Recogido en: FERRER VANRELL, María Pilar, *El Informe sobre la reforma de la Compilació de Dret civil de Balears*. Materials, 5. Universitat de les Illes Balears, 2000, p. 99-102.

40.- Véase un comentario a la misma en: LLODRÀ GRIMALT, F., “Constitución voluntaria y modificación de servidumbre forzosa de paso permanente (a propósito de la sentencia de 4 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Baleares)”. *El consultor inmobiliario*, n.º 58, 2005, págs. 22-45.

41.- La posibilidad de que se constituyan voluntariamente está pacíficamente admitida, la problemática es su posterior régimen. Ver: LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*. Publicaciones del seminario de Derecho Privado. Universidad de Murcia, 1963. p. 27.

42.- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *La servidumbre de paso en el Código civil (Contiendas judiciales)*. Montecorvo, Madrid, 1990, p. 305-306.

43.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 307-308.

44.- RIVERA SERRANO, Manuel, *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*. 2.ª edición, Comares, Granada, 1999, p. 183 ss.

45.- REBOLLEDO, *Los Derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbres de paso y serventía)*. Editorial Revista Xurídica Galega, 1999, p. 165-166.

46.- DE BUEN, “Servidumbre”, 749-750.

47.- En todo: MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1895, p. 642-643.

48.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 147.

49.- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*. Volumen III, 5ª edición, Tecnos, 1993, p. 460.

50.- BUSTO LAGO, José Manuel, “Comentario de los artículos 549 a 570 del Cc.”. *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2001, p. 691.

51.- Magistrado Juez D. José Miguel Bort Ruiz.

52.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 243-244.

53.- Ver: GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, tomo I-II, p. 468.

54.- Ver: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho civil, Derecho de cosas*. Tomo III, volumen 1.º y 2.º. Décima revisión por Wolff y Raiser y anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. 3ª edición al cuidado de José Puig Brutau. Bosch, Barcelona, 1971, p. 52.

55.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 265-266.

56.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 249; ROCA, *Comentarios al Código civil*, tomo VII, vol. 2º, 91; LUNA SERRANO, Agustín, en : LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*. Vol. 2º. Segunda edición, Bosch, 1991, p. 179.

57.- REBOLLEDO, “Presupuestos básicos de la servidumbre forzosa de paso”. *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II, Estudios Ramón Areces, 1990, p. 1724-1725.

58.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 268-269.

59.- LUCAS FERNÁNDEZ, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, 149. Siguiendo a DE LA VILLE.

60.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 268-269.

61.- ROCA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo VII, vol. 2. Edersa, 1978, p. 92.

62.- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, “Comentario de los artículos 530 a 548 del Cc.”. *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2001, p. 668.

63.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 261.

- 64.- DE BUEN, “Servidumbre”, 639.
- 65.- LUNA, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, 162.
- 66.- MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo 4, 1985, 575.
- 67.- CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. 2º, 123.
- 68.- DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, 447.
- 69.- CAPÓN REY, Francisco, “El problema de las servidumbres de paso”. *Revista de Derecho Judicial*, tomo 41, 1970, págs. 107-114.
- 70.- Y sólo la labor jurisprudencial permitiría, dados los términos del Cc, poder llegar a la conclusión del autor sobre la continuidad de la servidumbre de paso. Ver: GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel, *Manual de servidumbres*. 3ª edición, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, p. 229.
- 71.- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapción de servidumbres*. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 107.
- 72.- LUNA, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, 163. El autor cita a CARBONNIER y dice que las servidumbres discontinuas constituyen un residuo del comunismo agrario, en el que el Cc. debía ver un freno al progreso económico y un atentado a la libertad individual.
- 73.- LACRUZ, “Usucapción de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 561.
- 74.- En todo: ARECHEDERRA ARANZADI, “Propiedad y constitución de servidumbres”. *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo I, Estudios Ramón Areces, 1990, p. 151-152.
- 75.- En todo: ARECHEDERRA ARANZADI, “Propiedad y constitución de servidumbres”, 151-152.
- 76.- ARECHEDERRA ARANZADI, “Propiedad y constitución de servidumbres”, 159-159.
- 77.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 138-139.
- 78.- Tras la elaboración de este trabajo, ha sido aprobada la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña. Esta Ley presenta algunas modificaciones con respecto a cuestiones del Proyecto que comentamos en este trabajo.
- 79.- *Butlletí oficial del Parlament de Catalunya*, n.º 216, de 5-09-2005, p. 10.
- 80.- Que dice: “1. Les servituds només es constitueixen per títol, atorgat voluntàriament o forçosa per disposició de la llei».
- 81.- COBACHO GÓMEZ, José Antonio, “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho civil de Cataluña”. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, 2003, p. 3668. También cfr.: “El futur del dret patrimonial de Catalunya”. *Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- 82.- Ver: COBACHO, “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho civil de Calaluña”, 3675.
- 83.- Ver: COBACHO, “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho civil de Calaluña”, 3670.

“NEGOCIOS DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL POR RAZÓN O CON OCASIÓN DE MATRIMONIO”

**DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES
PRONUNCIADO EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2006
POR EL ILMO. SR. D. ANTONIO MONSERRAT QUINTANA**

NEGOCIOS DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL POR RAZÓN O CON OCASIÓN DE MATRIMONIO

Introducción: familia y sucesión.- Consideraciones históricas.- Disposiciones patrimoniales por razón y con ocasión de matrimonio.- Un breve excursus sobre los regímenes económico-matrimoniales.- Donaciones «ante nuptias», «propter nuptias» y «sponsalitiaie largitates».- Capitulaciones matrimoniales.- Donaciones con efectos «post obitum» y Donaciones universales «propter nuptias».- La dote.- El «Escreix-Morgengabe».- Aplicabilidad a las uniones de hecho.- Consideraciones finales.- Bibliografía.

INTRODUCCIÓN: FAMILIA Y SUCESIÓN

Se ha hecho notar –precisamente al tratar de las relaciones económicas entre esposos– que *la branca del Dret privat que conserva ara una més plena actualitat en la societat nostra d'aquest temps és precisament el Dret de Família*¹. Estas palabras, escritas por PUIG SALELLAS en 1981, se corresponden con las de otro insigne jurista catalán, DURÁN Y BAS, quien, en su Prólogo al *Sistema del Derecho romano actual*, del Maestro SAVIGNY, decía que las dos grandes instituciones fundamentales del Derecho privado son “la familia y la propiedad, indestructibles ejes sobre que descansan las sociedades humanas”; y ello, porque ambas “responden á dos leyes de nuestra naturaleza...”. Mientras que “las dos grandes instituciones secundarias que lo completan”, “la convención y la sucesión hereditaria”, son “hijas también de otras dos leyes de nuestra naturaleza”².

Ello no puede extrañarnos, en cuanto que los dos momentos que señalan los acontecimientos cumbre de la vida familiar y personal son el matrimonio y la muerte, que abre la sucesión. Ambos están íntimamente ligados en la vida y por tanto también en el Derecho. El primero es augurio de *perpetuación vital*, y el segundo es el fin de una personalidad y la apertura de la sucesión, con normal traslado del patrimonio del difunto a sus sucesores, es decir, la *perpetuación patrimonial*. Por eso no sorprende que el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones tengan tantos puntos de conexión, y recíproca imbricación. Hasta el punto de que una de las más importantes críticas al Derecho familiar en el Código civil ha sido la de “su escasa influencia sobre el Derecho sucesorio, cuyo centro debió ser, y no es, la familia”³. Mientras que, por el contrario, el sistema seguido en los Derechos Forales –especialmente por la existencia de contratos matrimoniales que preveían lo pertinente a la nueva familia y a su devenir sucesorio– merecía toda suerte de elogios por parte de GARCIA GOYENA, no exentos de la característica ingenuidad romántica de su época: *...convendría tener á la vista cualesquiera contratos matrimoniales de los que alli se otorgan: ellos son un verdadero pacto de alianza entre dos familias: se preveen todos los casos, se consultan todos los intereses de donadores, donatarios y de los hermanos de estos; ningun casado muere alli intestado, pues se pacta que disponga de sus bienes el cónyuge sobreviviente, y á falta de ambos, dos parientes los mas cercanos de parte de padre y madre. Asi se estrechan los vínculos entre dos familias, se fortifica el espíritu entre los individuos de cada una, se transmiten las casas con sus mismos bienes á pesar de su pequeñez, y se desconocen los autos de testamentarias, que forman en Castilla el patrimonio de los malos curiales, sobre la ruina y discordia de las familias*⁴.

No paraban aquí los transportes de GARCIA GOYENA en relación con las regiones forales; según él, *las provincias de Fueros son por lo general de mejores costumbres, de mas vida y energía, donde mas sobresale el espíritu de nacionalidad é independencia...*⁵. De esto último no nos cabe hoy tampoco la menor duda.

En la presente intervención, me he propuesto –con el permiso de Uds.– repasar y profundizar en algunos aspectos concretos, aprovechando materiales muy diversos de mis modestas investigaciones y trabajos en la materia, en el complejo tema de las transferencias patrimoniales y actos dispositivos y de atribución que rodean el acontecimiento del matrimonio, momento decisivo para la constitución de una nueva familia, y fuente de expectativas para la ya constituidas, de las que proceden los nupturientes. Intentaré referirme a los distintos sistemas conocidos; las instituciones singulares que aparecen; y, sobre todo, me propongo ofrecer una perspectiva de conjunto que muestre con la debida claridad la lógica interna que relaciona unas instituciones con otras, en una visión unitaria que las haga más comprensibles y cercanas, con especial incidencia en su posible aprovechamiento para atender a las necesidades actuales.

CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

Es muy conocida la afirmación de GAYO que tachaba a los pretendidos intérpretes de las instituciones jurídicas que hacían caso omiso de la historia de ellas, es decir, de sus inicios y origen, de hacerlo *manibus illotis*, es decir, con las manos sucias⁶.

Ciertamente, según el Profesor IGLESIAS, era un sentimiento especial de los romanos –y añadido yo, prueba de su sentido común– la exigencia de que *lo nuevo* descansase en lo viejo y conocido⁷. Entre nosotros, el ilustre Académico de esta Corporación Bartolomé SITJAR decía en 1996: *Para conocer nuestro presente es imprescindible adentrarse en el conjunto de instituciones jurídicas, en las leyes y proyectos que en cada momento del pasado se elaboraron y que representan los eslabones de la cadena del devenir histórico*⁸.

Es que, además, como observaba BENEYTO PÉREZ, las normas jurídicas no son *un inmóvil conglomerado, sino el verdadero instrumento de la vitalidad de una cultura en su devenir*; advirtiendo juiciosamente, citando a SPENGLER, que *para una renovación jurídica se precisa el conocimiento exacto de la Historia del Derecho*⁹.

Insistiendo en esta línea, se ha dicho que *en el Derecho como en la vida se encuentra que el presente tiene su raíz en el pasado*¹⁰.

Pues bien, si esas apreciaciones son ciertas para la ciencia del Derecho en general, más lo han de ser aun en nuestro territorio, donde las insuficiencias del conocimiento histórico han sido siempre una lacra para el estudio de nuestras instituciones forales.

Ya en 1918 advertía SALVÁ Y RIERA que *este lamentable desconocimiento de la historia de nuestro derecho ha dado margen a que se haya hecho argumento por sus detractores, de la inseguridad de determinar el verdadero régimen legal mallorquín*¹¹, quejándose acto continuo de que *Mallorca se nos ofrece... como una de las de más pobre literatura en este respecto... lo que conllevaba su reflexión de que con cuánta razón es tenida por abstrusa y resbaladiza una materia que exige hermanados los conocimientos del historiador y del jurisconsulto*¹².

De este desconocimiento provenía el entusiasmo con que Antonio MAURA daba su calurosa bienvenida al entonces inminente Código Civil porque, decía, *será menos enigmática la definición de los derechos y obligaciones, indescifrables ahora algunas veces aun para los que hacemos profesión de peritos en Jurisprudencia...; los Jueces... no se verán, como ahora, faltos de todo norte, sin texto legal que consultar, sin conocimiento*

*de las costumbres de un país que no es el suyo, cuyo dialecto les es extraño, y sin atreverse á acoger las noticias que acaso den los Abogados, por saludable desconfianza de su parcialidad...*¹³.

Tanta razón tenía SALVÁ Y RIERA que, en nuestros días, nada menos que GARCIA GALLO podía hacer afirmaciones tan arriesgadas como la de que *el Derecho de Mallorca nace con la conquista*¹⁴, o que *no existe literatura jurídica en Mallorca*¹⁵. Diagnóstico peyorativo que remachaba DE CASTRO al decir que *en Aragón y Baleares no hay verdadero régimen foral, y no se puede hablar con exactitud de cuerpos jurídicos forales, ni se plantea la cuestión de la jerarquía de sus fuentes...*¹⁶. Concluyendo Román PIÑA que *es evidente que nuestro antiguo Derecho es el gran desconocido de la Historia de Mallorca*¹⁷.

Conscientes de esta necesidad, reconocida en el proceso de gestación de la Compilación Balear de 1961¹⁸, hemos de congratularnos de que, en los últimos tiempos, ha florecido una cada vez mayor y más frondosa literatura jurídica de gran calidad, relativa a las instituciones del Derecho civil balear, que también atiende a la perspectiva histórica, en cuya producción han destacado de manera especial numerosos Académicos de esta Docta Corporación, sin olvidar las aportaciones –de gran importancia– procedentes de la Universidad Balear¹⁹, y la jurisprudencia que ha venido emanando de la Sala de lo Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia.

Permítanme insistir: algunos hablan de que hay que descartar el que llaman *mito historicista*. Yo entiendo, con todo respeto hacia las personas que sustentan la opinión contraria, que siendo cierto que no hay que dejarse cegar por el que MARAÑÓN llamaba *el mito de los fueros*²⁰, lo que hay que abandonar sobre todo es el *mito positivista*, que cree que es posible entender el Derecho como exclusivo fruto de la voluntad del legislador del momento. En el caso del Derecho civil balear, con mayor razón, porque nuestras instituciones propias se legitiman por la Historia: *allí donde existan*, dice el artículo 149.1.8º de la Constitución, para dar lugar a la posibilidad de su *conservación, modificación y desarrollo*. En 1973, reiterando lo ya dicho en 1961, Jesús LALINDE escribía: “La única razón de que hoy subsistan los llamados *derechos forales* descansa en la raíz historicista de los mismos”²¹. Por mi parte, he dicho en otra ocasión, y repito ahora, que *la Historia es la jurisprudencia de la vida*, y sin ella no es posible entender en plenitud instituciones tan socialmente arraigadas como el matrimonio y la sucesión *mortis causa*. Sin caer tampoco en los excesos del puro historicismo, que nos conduciría a una rigidez cada vez más cadavérica del cuerpo normativo, porque el Derecho es para la vida, y no al revés.

A este respecto, suscribo totalmente la opinión de la Comisión de Expertos que elaboró, en Mayo de 1999, el *Informe sobre la reforma de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares* cuando dice que, a pesar de que *las normas actualmente vigentes del Derecho civil de las Islas son el resultado de una decantación histórica...*, es necesario *superar el enfoque exclusivo del Derecho civil propio como un patrimonio histórico y hacer hincapié en su carácter de instrumento de regulación social que, como tal, debería encauzar las nuevas realidades familiares y socioeconómicas, dando solución a los problemas que plantea la sociedad de las islas dotada de un enorme dinamismo en los últimos tiempos*²².

Corroborando esta docta opinión y zanjando definitivamente la materia, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior ha determinado que no se puede declarar la aplicabilidad de una institución, simplemente por el hecho de haber estado vigente en épocas históricas, sino que es necesario que se la conecte con una norma, escrita o consuetudinaria (y añadiría yo, o con un principio general del derecho) actualmente en vigor²³.

De este modo, me permitirán Uds. que prosiga mi discurso combinando, en sus justos límites, la dimensión vertical (histórica), con la dimensión horizontal (de comparación de Derechos e instituciones), intentando seguir los sabios consejos del Profesor LALINDE quien señalaba que los problemas que había que resolver, en referencia a Baleares, eran la escasez numérica de los estudios, el localismo o insularidad, y el positivismo historicista, y que la solución había de pasar por encuadrar el objeto de estudio en marcos más amplios que los del Archipiélago²⁴. Es decir, y permítanme expresarme de forma algo brusca, superando la *mentalidad de corral* y la manipulación²⁵, formidables obstáculos para la investigación científica de todos los tiempos.

DISPOSICIONES PATRIMONIALES POR RAZÓN Y CON OCASIÓN DE MATRIMONIO

Las materias que vamos a estudiar están todas ellas afectadas de un importante confusionismo terminológico. Esto no ha de extrañar, porque se trata de instituciones *históricas* que se enraízan en los tiempos más remotos de la Humanidad, porque no en balde se articulan en torno del matrimonio e, indirectamente, pero en conexión profunda, con la sucesión. Por esta razón, se trata de instituciones que, de una u otra manera, son *universales*. Las encontramos en Derecho *Romano*, en Derecho *Germánico*, en Derecho *Hindú*²⁶, en Derecho *Musulmán*, etc., es decir –de una manera más o menos desarrollada– en todo el mundo. Baste decir que en el archifamoso *Código de Hammurabi*, datado *circa* 1780 a. d. C., aparecen: 1) La dote auténtica (que la mujer *trajo consigo de la casa de su padre*, y que es propiedad de la mujer²⁷; 2) La llamada *riqueza de la mujer*, o bienes que le entrega el marido a modo de *contradote*²⁸; 3) las Capitulaciones matrimoniales, que implican, en su caso, la separación de bienes, de tal modo que el acreedor del marido no puede ir contra los bienes de la mujer, ni el de la mujer contra los del marido²⁹; 4) La responsabilidad de marido y mujer por las deudas contraídas en beneficio de ambos³⁰; 5) Una suerte de *diffinitio*, de manera que la hija dada como concubina, pero dotada, no tiene parte en la herencia de su padre³¹. En fin, para comprender la importancia de estos conceptos en tan remotos tiempos, basta observar que, en el precitado *Código* la palabra dote –en singular o en plural– aparece 19 veces; la expresión *precio de compra* o *dinero de compra*, correspondiente al antiguo sistema que concebía el matrimonio básicamente como una operación de compraventa, primero de la mujer por el marido o por la familia de éste, y luego como compraventa recíproca, aparece 9 veces; y al contrato matrimonial, o *capitulaciones*, se refiere directamente la Ley n° 151.

De aquí que sea una simplificación inaceptable dividir las instituciones jurídicas en *romanismos* y *germanismos*, porque la realidad histórica es mucho más rica y no cabe llamar *germanismo* a cualquier elemento no incluido expresamente en el Derecho romano. Eso sin perder de vista que muchos supuestos *germanismos* son en realidad de procedencia romana o, si se prefiere, bizantina, con la carga de *orientalismos* que ésta comporta³². Del mismo modo que muchos supuestos elementos *musulmanes* son, más bien, de origen *griego* (antiguo o bizantino), o *romano*³³.

Por otra parte, eso explica también la dificultad de las definiciones y del análisis de las distintas instituciones, así como de su naturaleza y régimen. Suele suceder que las realidades más corrientes son las más difíciles de definir: Bien, Belleza, Amor, Derecho, Justicia, Obligación, ... son ejemplos

de lo que digo.

Las materias que vamos a desarrollar lo van a ser sobre todo desde la óptica del *Derecho Civil Balear*. Sin embargo, no hemos de hacernos ilusiones: las instituciones que estudiamos en el Derecho Civil Balear tienen muy poco de original. Como he dicho, las encontramos –de uno u otro modo– en derechos muy lejanos geográficamente de nuestras tierras, y en muchos casos llegaron a las Baleares también desde muy lejos. De forma plenamente documentada, de Roma y de Bizancio; en el tiempo de la dominación musulmana, del Oriente Árabe, tributario del Oriente Lejano, de las tradiciones persas e hindúes; y a través de los conquistadores catalanes –ya veremos el sentido que hay que darle a esta palabra– se engarza con los derechos germánicos.

En Baleares hubo, antes de la conquista cristiana, un substrato romano-bizantino más importante que en el resto de España. La ocupación musulmana duró solamente unos 327 años (de 902 a 1229, en el caso de Mallorca). Los conquistadores cristianos, “catalanes”³⁴, aportaron un elemento germánico importante. Basta ver los numerosísimos apellidos de origen germánico, subsistentes en la actualidad: entre otros, Abrines, Adrover, Ahicart, Alabart, Alabern, Albertí, Alemany, Alomar, Amengual, Arguimbau, Armengol, Arnau, Auger, Aymar, Aymerich, Beltrán, Berenguer, Bernat, Cifre, Formiguera, Frau, Fumanya, Garau, Garí, Gelabert, Gibert, Gomila, Gornals, Grimalt, Gual, Guardiola, Güell, Guimerá, Jofre, Llofriú, Llopart, Llombard, Llopart, Llull, Ramis, Reinés, Rifá, Rotger, Rul·lán, Sbert, Sunyer, Tudurí, Tutzó, y un largo etcétera³⁵.

Las modalidades de la constitución dotal, con el *escreix* y otras, se parecen más al modelo germánico que al romano, sin olvidar que los conquistadores venían ya fuertemente romanizados, y los juristas de la Reconquista cristiana de 1229 y siguientes estaban bajo la influencia de la reciente recepción del Derecho romano³⁶.

Por lo que se refiere a Baleares, según el Profesor D. José ORLANDIS³⁷, hay que tener en cuenta las siguientes conclusiones:

1) Los visigodos nunca invadieron las Baleares, que fueron romanas y bizantinas, es decir, las Islas fueron más romanizadas que la Península.

2) El Código de Eurico es plenamente romano, de autores galo-romanos, como ha demostrado Alvaro D’ORS. No digamos de la *Lex Romana Visigo-thorum*.

3) Los visigodos ya estaban muy romanizados cuando invadieron España.

4) El derecho consuetudinario germánico debió de conservarse sobre todo en el ámbito *familiar* y penal.

5) En lo que no conocían –por ejemplo, los derechos reales, porque hasta entonces eran nómadas– adoptaron el Derecho romano íntegro.

6) Es un debate antiguo –y pendular– el del germanismo (por ejemplo, defendido por HINOJOSA) y el romanismo del Derecho visigodo.

7) No obstante, el elemento consuetudinario germánico –y por tanto, con sus aplicaciones al Derecho del matrimonio y de la familia– hubo de llegar a través de los conquistadores “catalanes” de 1229.

A pesar del importante acervo común insular, hay que descartar la idea de una general uniformidad. Hemos de tener en cuenta, además de aquél, la existencia de importantes divergencias entre los derechos propios de las tres islas principales del Archipiélago, derivadas de su propia condición insular (necesariamente *aislante*) y de las distintas vicisitudes culturales e históricas que han ido conformando sus respectivas idiosincrasias y peculiaridades. El Acta del *General Consell* de 26 de marzo de 1696 decía sobre este punto:

Tenen aximatex les dites tres Islas [Mallorca, Menorca y Iviça] les suas propries lleys y finalmentt tenen sos Privilegis diversos, y encare de la de Iviça se pot arguir major diversitat, axí per tenir different moneda, com per estar subiecte en lo espiritual a Bisbat de fore Regne, com y tambe, per tenir menos commers ab la de Mallorca, poca conformitat en las costums, a causa de la major distancia...³⁸.

De haber tenido en cuenta estas divergencias, probablemente los compiladores de 1961 se hubieran ahorrado no pocas sorpresas, especialmente en lo que se refiere a Eivissa-Formentera³⁹.

Los diferentes sistemas de transferencias patrimoniales familiares.

Hemos dicho *supra* que todas estas materias se conectan con el matrimonio y con la sucesión. La razón profunda de esta conexión radica en que, con una tradición de miles de años, las transferencias patrimoniales familiares se producen en los dos momentos más significativos para cualquier familia: el matrimonio, que representa su momento inicial; y la sucesión, que la perpetúa –económicamente– en la persona de los causahabientes.

Recapitulando las investigaciones realizadas en el campo de la Sociología Histórica, –siguiendo sobre todo a ZOMEÑO⁴⁰, que se remite a

otros autores⁴¹– pueden distinguirse los siguientes sistemas de transferencias matrimoniales, entendiendo por tales las *donaciones* (ya veremos *infra* el sentido que puede darse a esta calificación, nada pacífica) que se producen en torno del matrimonio, ya sea como parte del ritual, como obligación legal, o por imperativo de la costumbre:

1.- Sistema de *riqueza de la novia* (*bridewealth*⁴²) o de *precio de la novia* (*brideprice*) que consiste en la entrega de bienes hecha por el novio, o su familia, a la familia de la novia. Evidentemente, estamos aquí ante una escenificación, más o menos ajustada a la realidad del momento, de la compraventa de la novia por el marido o por la familia de éste.

2.- Sistema de *intercambio de regalos* (*gift exchange*), o transmisión recíproca de bienes entre las dos familias, siendo similar el valor de las prestaciones. Aquí puede intuirse el primitivo sistema de la compraventa mutua, significativo de la igualdad entre ambos nuptrientes.

3.- Sistema de la *dote* (*dowry*), o transmisión en propiedad, de bienes de la familia de la novia o incluso de extraños, pero siempre ajenos a la familia del novio, a la novia misma, para que ésta los aporte al matrimonio. En algunos casos se trata de una herencia anticipada, lo que acarrea determinados mecanismos, como nuestra *diffinitio*, para evitar el perjuicio de los demás futuros herederos, aunque en ciertos casos son compatibles la dote y la herencia futura.

4.- Sistema de *dote indirecta* (*indirect dowry* o *dowe*⁴³) o entrega de la familia del novio a la novia, o entrega de la familia del novio al padre de la novia, quien debe entregar lo recibido, en todo o en parte, a su hija, como dote (en cuyo caso se conecta con el sistema de *riqueza de la novia*).

5.- Sistema de *servicio de la novia* (*brideservice*), en que el novio trabaja para la familia de la novia, en vistas de pagar por la mano de ésta.

6.- Sistema de *regalo matinal* (o *Morgengabe*), o contraprestación del marido por la virginidad de la esposa, que es un complemento –o acrecimiento– de la dote. En los tiempos posteriores, como veremos, la contraprestación no es tanto por la *virginidad* de la novia como por sus *cualidades personales*.

7.- Sistema de *reciprocidad con la dote*,⁴⁴ en que el marido, o su familia, realiza aportaciones simétricas, equivalentes o proporcionales, con los bienes aportados por la esposa, o su familia, en concepto de dote, y que adopta múltiples formas: *antipherna*, *antifato*, *contradote*, *arras*, *donaciones ante nuptias*, etc.

Los diferentes sistemas están íntimamente ligados a los distintos

sistemas sucesorios, porque tanto las transferencias matrimoniales como las hereditarias configuran los momentos más importantes –especialmente en las sociedades tradicionales– donde se producen los movimientos traslativos de propiedad, que se siguen cuidadosamente, en un delicado pero fuerte equilibrio. Lo que nos muestra una vez más que el matrimonio y la herencia son instituciones fundamentales para la estabilidad social.

En el estado actual de las investigaciones históricas y sociológicas, está demostrado que el sistema de la *riqueza de la novia* procede entre las clases menos favorecidas, o en las sociedades más débiles económicamente; mientras que el sistema de la *dote* se sigue entre los más ricos o más desarrollados. También se ha apuntado la posible relación –en tiempos primitivos, y hoy en los lugares en que todavía es posible– entre la dote y la poligamia, y el precio de la novia y la poliandria⁴⁵.

UN BREVE EXCURSO SOBRE LOS REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Parece lo más verosímil que el sistema económico conyugal primitivo fuera el de *absorción* del patrimonio de la mujer por parte del marido, desde el momento en que la mujer dejaba de pertenecer a la familia de su padre para integrarse, a todos los efectos, en la de su marido⁴⁶.

No me parece aceptable, en cambio, la afirmación de muchos de que la mujer, “en los tiempos primitivos” (?) fuera “considerada como una cosa, cuyo dominio pasaba del poder del padre al poder del marido. Lógico era que sus bienes, cuando llegó a tener algo propio, pasasen también como un accesorio a manos de sus dueños”⁴⁷.

A este efecto, la lectura de la Biblia, por ejemplo, demuestra que aunque el jefe o patriarca tuviera enormes facultades, a modo de *rey* o *conductor*⁴⁸ en beneficio de la extensa *familia* que gobernaba, no es menos cierto que la esposa tenía un amplio margen de maniobra en el ámbito doméstico y gran influencia en las decisiones de su marido, como ha ocurrido en todos los tiempos⁴⁹.

El sistema económico conyugal pasó luego, en muchos lugares, por una época de separación de bienes –de la que es subclase el sistema dotal– para ir evolucionando generalmente –por ejemplo en Roma– hacia una comunidad de bienes dentro de las múltiples variantes de ésta.

Pero en todos los sistemas encontramos las *donaciones por razón de matrimonio*, que “son la primera y más concebible forma de aportación matrimonial”⁵⁰, en sus múltiples variantes. A ellas vamos a dedicar las consideraciones que siguen.

LAS DONACIONES CON OCASIÓN O POR RAZÓN DE MATRIMONIO

Regresando a latitudes más cercanas a nosotros, desde siempre se han considerado tres clases de *donaciones* (advierto que esta denominación es provisional) con ocasión o por razón de matrimonio:

- 1.- Las Donaciones esponsalicias o *sponsalitiaie largitates* (los “regalos de boda”);
- 2.- La Dote y las instituciones paradotales (entre las que se cuenta nuestro *escreix*);
- 3.- Las Donaciones *propter nuptias* propiamente dichas.

Evolución de las Donaciones propter nuptias

En Roma fue siempre habitual que el novio o su familia ofrecieran regalos a la novia con ocasión de los esponsales: *sponsalitiaie largitates*. Estas donaciones no tenían sin embargo carácter obligatorio, aparte de su significación social, y en principio tampoco tenían gran importancia patrimonial.

Distinto era el caso de los pueblos orientales del imperio, donde esos regalos se efectuaban siempre en consideración y proporción a la dote, de la que eran algo así como una contrapartida. De aquí procede su denominación de *antipherna*, o *contradote*. Como quiera que las donaciones entre cónyuges (*inter virum et uxorem*) estaban desde antiguo prohibidas en Roma, solamente podían ser efectuadas antes del matrimonio y por eso se llamaron *ante nuptias*. Este planteamiento cambió con la disposición atribuida al emperador JUSTINO, quien permitió que, en concepto de aumento de dote, el marido, constante matrimonio, podía hacer mayor la donación de antes de las nupcias, sin incurrir en la prohibición de las donaciones conyugales⁵¹. Igualmente, otra Auténtica de JUSTINIANO autorizó que el marido, por causa de la dote y con sujeción a los pactos dotales, pudiera hacer donaciones *post nuptias* a favor de la mujer, siempre que los bienes donados no excedieran de la cuantía de la dote⁵².

Debido a este cambio legal en la posibilidad temporal de las donaciones (*ante* y *post nuptias*), se pasó a denominarlas *donationes propter nuptias*, significando así que eran ya factibles tanto antes como durante el matrimonio.

Sin embargo, tales transferencias, al estar ligadas a la dote, por cuanto obedecían al concepto antes expresado de contrapartidas de ella, perdían

el carácter de mera liberalidad, de modo que ya no eran auténticas donaciones, como puso de relieve SAVIGNY⁵³.

La lectura del *Codex* justiniano explica claramente el porqué del cambio de la consideración legal. Así, se pregunta: “¿Por qué se le concede ciertamente a la mujer que le dé la dote a su marido aun durante el matrimonio, y al marido no se le permitirá que haga la donación, sino antes de las nupcias? ¿Y qué diferencia racional puede hallarse para esto, siendo mejor que por razón de la fragilidad del sexo se auxilie a las mujeres más bien que a los hombres? Porque así como se constituye la dote por razón de las nupcias, y se entiende que sin nupcias no hay ciertamente dote alguna, pero que sin dote se pueden celebrar nupcias, así también respecto a las donaciones, que hacen los maridos, u otros por ellos, debe haber franca libertad para hacer tal donación aun durante el matrimonio, porque estos bienes pueden ser considerados como en compensación de la dote, y no simple donación... Si pues, la donación de antes de las nupcias en nada se diferencia de la dote ni en el nombre ni en la esencia, ¿por qué no se dará también ella del mismo modo aun habiéndose celebrado el matrimonio?”. Y concluye: “Así, pues, mandamos, que todos tengan la facultad, ora antes que hayan contraído matrimonio, ora después, para hacer a las mujeres donaciones por causa de la dación de la dote (*propter dotis dationem*), de suerte que no sean consideradas simples donaciones⁵⁴, sino hechas por causa de la dote (*propter dotem*) y por causa de las nupcias (*propter nuptias*)”⁵⁵. He aquí, por tanto, identificadas las *donationes propter nuptias* con las *donationes propter dotem*. Ello es tanto como decir que *sin dote no hay donationes propter nuptias*, y viceversa: donde hay dote, ha de haber *donatio propter nuptias*. Es lo que categóricamente se prescribe en la Auténtica *ut exactione instante dotis: Dos data donationem propter nuptias meretur*⁵⁶.

Esta aproximación paulatina entre la dote y las donaciones a favor de la esposa alcanzó su punto máximo con la Constitución XCVI (o Novela XCVII)⁵⁷ de JUSTINIANO en la que, corrigiendo todo lo anterior, se dispone que “en las dotes y en las donaciones por causa de nupcias sean iguales tanto las cosas que se ofrecen, como los pactos que se comprenden en la estipulación, y el marido consigne ciertamente tanta cantidad como la mujer, y estipulen también tanto lucro, y tanta parte como quisieren, pero de igual cuantía”. Se llega así a la equiparación total de la dote y de la donación *propter nuptias*.

Pero avancemos un poco más y situémonos en el momento presente.

I.- Concepto.

En una primera aproximación, en el derecho actual entendemos por donaciones por razón de matrimonio *aquellas que se realizan en*

consideración a un matrimonio futuro, y que se hacen a favor de uno o de los dos esposos.

Pero este concepto está necesitado de algunas precisiones, las cuales son de tanta enjundia que me permitirán Uds. primero despejar el apartado referente a sus clases aun admitiendo que incurro en una cierta falta de sistemática, que luego intentaremos corregir.

II.- Clases.

Simplificando mucho, las diferentes donaciones con ocasión o en consideración al matrimonio se pueden agrupar, por razón del donante, en donaciones *hechas por terceros y hechas por los prometidos entre sí*. Por razón *mixta* del donante y de su contenido, se puede hablar de *arras* (de *arrha*, anillo⁵⁸) que el esposo entrega a la esposa; las *donaciones esponsalicias* (*sponsalitiaie largitates*); y las *donaciones propter nuptias* (como hemos visto, en Roma se llamaron *ante nuptias*, y desde Justiniano, *propter nuptias*, o *dote de los varones*, que era equivalente a compensación de la dote⁵⁹). En Cataluña, *axovar*, o donación que hace el novio que no es *hereu* a la *pubilla*; *tantumdem*, de la Diócesis de Gerona, o garantía de la dote en el “otro tanto” de ésta. En Aragón, la *firma de dote*, equivalente a las *arras* de Castilla. En Baleares (y Cataluña), el *escreix* o *esponsalici*, o aumento de dote, que el esposo hace a la esposa en reconocimiento y premio de su virginidad, y también de sus cualidades personales⁶⁰.

Las *arras contractuales* proceden de esas primitivas *arras matrimoniales*, que tenían como función el ser prenda (*peño* dicen las Partidas⁶¹) de la celebración del concertado matrimonio, y no al revés, como dicen algunos⁶².

El Código Civil continuó la tendencia simplificadora de la codificación⁶³, que tendía a restringir las donaciones por razón de matrimonio, prohibiendo o dificultando los pactos sucesorios en aras de una mayor libertad de testar (*favor testamentorum*)⁶⁴. Debiendo observarse que DE LOS MOZOS critica esa tendencia contraria a los pactos sucesorios con ocasión del matrimonio, afirmando, con juiciosas palabras, que “siempre se está a tiempo de rectificar los errores del pasado, y sobre todo de ofrecer nuevos alicientes al matrimonio, en un momento en que la institución se debilita”⁶⁵.

Para ello el Código refunde las *arras*, las donaciones esponsalicias y las donaciones *propter nuptias*, llamándolas a todas ellas *donaciones por razón de matrimonio*, simplificación que fue alabada por la doctrina⁶⁶, aunque no deja de ser incongruente que las supuestamente genéricas “donaciones por razón de matrimonio” incluyan entre una de sus partes precisamente las

donationes propter nuptias que no significa otra cosa que “donaciones por razón de matrimonio”.

III.- Clases en el Código Civil:

Atendiendo a la regulación del Código Civil, pueden distinguirse las donaciones *propter nuptias* según hayan sido hechas por terceros, o por los desposados –o prometidos– entre sí.

A.- En cuanto a las *hechas por terceros*, el Código Civil actual⁶⁷ las favorece, *pero menos que antes*. En los siguientes términos:

a) Obligando al donante a sanear por evicción o por vicios ocultos sólo si hubiere actuado de mala fe (art. 1340); antes era obligación mucho más amplia, pues incluía la liberación de hipotecas y cualesquiera otros gravámenes, con excepción de censos y servidumbres, salvo pacto en contrario (art. 1332).

b) Derogando las reglas generales sobre revocación, “por las causas comunes”, sólo en el caso de supervivencia o superveniencia de hijos (art. 1343); antes –según el art. 1333– no eran revocables salvo tres contados casos: “1º Si fuere condicional y la condición no se cumpliere; 2º Si el matrimonio no llegara a celebrarse; 3º Si, siendo menores, se casaren sin haber obtenido la licencia o autorización, o anulado el matrimonio, hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges, conforme al número 3º del artículo 73 de este Código”.

c) Ha quedado derogada la falta de necesidad de la aceptación, del antiguo art. 1330, que había dado lugar a algunas –a mi modo de ver estériles– discusiones doctrinales.

B.- Respecto de las *hechas por los desposados –prometidos–* entre sí, en cambio, el Código actual *las facilita más que antes*, porque:

a) Conserva la posibilidad otorgada a los menores (art. 1338): “El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, hacer donaciones por razón de *su* matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código” (arts. 618 y ss.). Este “menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse” ha de ser el mayor de 14 años que haya obtenido la dispensa por el Juez de Primera Instancia (*ex* art. 48-2). La emancipación puede tener lugar por concesión de quienes ostentan la patria potestad desde los 16 años cumplidos (art. 317). No pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46-1º). Salvo, claro está, los que cuenten con la dispensa del Juez de 1ª Instancia, *ex* art. 48-2 C.C.

b) Permite hacerlas de *bienes futuros*, aunque *sólo para el caso de muerte* (art. 1341 y antiguo 1331).

c) Deroga la limitación que había sobre su cuantía (antiguo art. 1331: un décimo de los bienes presentes).

Tanto para unas como para otras, las donaciones *quedan sin efecto* si el matrimonio no llegara a contraerse en el plazo de un año (art. 1342; antes, el 1333-2º decía que si el matrimonio no llegara a celebrarse –sin consignación de plazo– la donación por razón de matrimonio sería *revocable*).

Para DE LOS MOZOS si el matrimonio no llega a celebrarse en el indicado plazo de un año, “aunque se celebre después” (?) las donaciones *habrán caducado* sin que las puedan hacer valer en su favor los esposos donatarios⁶⁸. A mí me parece que el instituto de la *caducidad* –si se entiende como la pérdida sobrevenida por el transcurso de un plazo– no es el más propio en este punto, porque estamos más bien en sede de *ineficacia sobrevenida*, como expondremos *infra*. Coincido, sin embargo plenamente con DE LOS MOZOS en que la nueva regulación obedece, más que a una nueva concepción de las donaciones por razón de matrimonio, a que ha “cambiado la concepción del matrimonio mismo”⁶⁹.

IV.- Naturaleza.

Dicho lo anterior, podemos analizar ahora con más profundidad la cuestión de la naturaleza de las “donaciones por razón de matrimonio” atendiendo a cada uno de los tres elementos de la proposición: “donaciones”, “por razón de”; “matrimonio”.

A) “Donaciones”:

Evidentemente, las donaciones por razón de matrimonio son una especie del género donación⁷⁰, y por eso se sujetan, en primer lugar, a las reglas ordinarias salvo en lo prescrito especialmente para ellas. Sin embargo, el primer problema surge con la naturaleza de las “donaciones” en general.

Como saben muy bien los doctos asistentes a esta solemne sesión, quien con ingenuidad pueda creer que es sencillo el problema de la naturaleza de las donaciones se verá muy pronto liberado de su error⁷¹.

Podemos hacer un breve resumen de las distintas teorías⁷²:

- 1) La donación es un *contrato que sirve de título* para la adquisición de la propiedad, con excepción de la donación manual, en que la entrega de la cosa donada opera como la forma del negocio

(GARCIA GOYENA⁷³, *Partidas*⁷⁴, DE DIEGO, DE BUEN, CASTÁN⁷⁵, PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER).

- 2) La donación es un *contrato consensual de eficacia traslativa* (VALVERDE, Arts. 548 y 941 del Proyecto de 1851, § 938 ABGB⁷⁶).
- 3) La donación es un *modo de adquirir*, es decir, un “hecho jurídico al que la ley reconoce la virtud de hacer surgir el dominio en un sujeto”⁷⁷ un negocio jurídico con eficacia dispositiva o traslativa de la propiedad *per se* (NUÑEZ LAGOS, VALLET DE GOYTISOLO, PUIG BRUTAU⁷⁸, DIEZ-PICAZO y GULLÓN⁷⁹).
- 4) Para SAVIGNY, que combatía vehementemente este punto de vista⁸⁰, la donación no es un acto jurídico particular, sino que realmente tiene un carácter general que pueden revestir los más diversos actos jurídicos⁸¹.
- 5) La donación es un *acto de disposición*, sin especificar más, es decir, oscilando entre un concepto amplio del contrato y un concepto también amplio del modo de adquirir (SANCHEZ ROMAN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA). También podemos inscribir aquí la posición del B.G.B. –que combina disposición y contrato consensual–, según la que una disposición (*Zuwendung*) por la que alguien enriquece a otro, es donación, siempre que ambos estén de acuerdo en la gratuidad de la atribución patrimonial⁸².
- 6) Los que hacen una *definición descriptiva*, como *desplazamiento patrimonial* que se puede alcanzar *dando, prometiendo o liberando* (ROCA SASTRE).

¿Acto, contrato o modo de adquirir?

El punto más conflictivo, por las consecuencias que produce, es la determinación de si la donación es un *acto*, un *modo de adquirir*, o un *contrato*; puesto que de ello depende la respuesta a las cuestiones de si hace falta la *aceptación del donatario* (que no sería necesaria en caso de no ser contrato) y la *tradición de la cosa donada*, que sería necesaria en el caso de ser la donación un contrato no traslativo del dominio por sí solo; o no, en el caso de ser un contrato con eficacia traslativa del dominio *per se*, o un modo de adquirir. También tiene interés el apartado relativo al *animus donandi*, que ha sido igualmente muy controvertido.

DE LOS MOZOS, por ejemplo, niega que la donación sea un modo de adquirir y *recapitula* diciendo que “la donación aparece regulada, en el Código Civil, como un *contrato traslativo* de cosas, en los artículos 618 y sigs., que funciona como *título* para la transmisión de la propiedad y que, para

su perfección, requiere juntamente con la *aceptación del donatario* el cumplimiento de la *forma* legalmente prescrita como *requisito esencial*⁸³. Afirma igualmente DE LOS MOZOS que la distinción entre donaciones obligacionales o traditorias no le parece defendible en el Derecho moderno, para que el “todas las donaciones son obligacionales”, salvo la donación manual entre presentes⁸⁴. Esta opinión está en contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo más reciente, que afirma que no hace falta tradición, porque las donaciones son modos de adquirir⁸⁵.

Ha contribuido en gran manera a la discusión el hecho de que JUSTINIANO considerara a la donación entre los *modos de adquirir*⁸⁶. Es evidente que la donación está presente en muchos otros negocios, como los liberatorios de una obligación o de una servidumbre; o los obligatorios por asunción no debida de una obligación, etc.

El Código Civil, siguiendo el precedente del *Code Napoléon*⁸⁷, sitúa también a la donación entre los “Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad” (art. 609). Es muy conocida la explicación *oficial*, que al parecer tiene su origen en PLANIOL y RIPERT⁸⁸, repetida una y otra vez por los defensores de la donación como un contrato, del presunto *error* de Napoléon de considerar a la donación como un *acto*, porque, según se dice, no conocía la categoría de los *contratos unilaterales*⁸⁹. Esta explicación ha sido modernamente refutada de forma contundente⁹⁰. Por lo demás, ya GARCIA GOYENA, con fino sentido jurídico, decía que la donación es *acto y contrato al mismo tiempo*⁹¹, con lo que, a mi juicio, acertaba plenamente.

Donaciones ante nuptias. La donación prenupcial, ¿es contrato?

Desearíamos ahora referirnos, muy brevemente, al problema planteado por LACRUZ BERDEJO, quien, en concreto, niega la naturaleza de contrato a las donaciones prenupciales.

Así, dice LACRUZ que “la donación prenupcial, excepcionalmente, no es contrato”⁹². Parece que lo dice sobre la base del antiguo artículo 1330 C.C. que decía que “no es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones”.

Sin embargo, para nosotros –como iremos desarrollando– la donación traditoria es siempre un contrato, a pesar de su alto contenido unilateral (desde la óptica del donante). Entiendo que la “no necesidad de la aceptación” parece que hay que referirla más bien a que no es necesaria la aceptación expresa, pudiendo ser tácita, por actos inequívocos de hacer propia la cosa, porque en ningún caso puede entenderse que la donación traditoria pueda hacerse contra la voluntad del donatario. Hoy, desaparecido el citado contenido del artículo 1330 C.C., menos que nunca, porque la mayoría de

la doctrina está de acuerdo en la necesidad de la aceptación.

Además, el antiguo artículo 1332 C.C. decía que el donante no tenía por qué liberar los censos y servidumbres, “a menos que en las capitulaciones matrimoniales o *en los contratos* se hubiere expresado lo contrario”.

La verdadera naturaleza de la donación en Derecho romano:

En mi opinión toda esta cuestión está desenfocada. En primer lugar, porque en Roma, durante muchos siglos, la donación no fue considerada como un acto o negocio jurídico específico, sino como una *causa*, como una *causa general de adquisición de derechos* (un *genus acquisitionis*)⁹³, que es lo que luego se denominó la *causa donandi*, que legitimaba variados modos de adquirir y diversos negocios jurídicos lucrativos. La consideración específica de la donación como acto o negocio singularizado tuvo lugar a partir de la implantación de la *Lex Cincia*, *Lex muneralis*, o *Lex de muneris et donis*, del año 204 a.C., que estableció una serie de prohibiciones, tales como, por ejemplo, la limitación en la cuantía de las donaciones y la de que los abogados cobraran honorarios por sus servicios (!)⁹⁴. SAVIGNY puso de relieve que fue precisamente la prohibición de las donaciones entre esposos lo que dio lugar a que los antiguos jurisconsultos determinasen con exactitud los principios de la materia⁹⁵.

Otra cuestión que ha cooperado al confusionismo existente ha sido el reduccionismo de considerar la donación exclusivamente desde sus aspectos *traditorios*, o de transmisión de la propiedad, o de un derecho real limitado, olvidando que también puede existir donación *liberando* de una obligación o de una servidumbre, u *obligando*, es decir, condonando una deuda o pagando una deuda ajena, o asumiendo una obligación sin existir deber jurídico para ello, *nullo iure cogente*⁹⁶ (es decir, como después veremos, con *animus donandi*).

En relación a las *donaciones traditorias*, la donación operó como *causa* de los modos de transmisión de la propiedad, que, como sabemos, fueron la *mancipatio*, para las *res Mancipi*, es decir el elemento fundamental y más “conservador” del patrimonio familiar, tal como los fundos itálicos, los esclavos, los animales de tiro y carga..., que se celebraba con el *gestum per aes et libram*; la *in iure cessio*, válida tanto para las *res Mancipi* como para las *res nec Mancipi*, que consistía en un proceso ficticio de reivindicación por el adquirente; y la *traditio*, que valía sólo para las *res nec Mancipi*. La *traditio* que, bajo JUSTINIANO se generalizó para la transmisión de la propiedad de toda clase de cosas, requería, para la válida transmisión de la propiedad, la entrega de la cosa; la voluntad concorde de transmitir y de adquirir; y el fin práctico o motivo de la entrega, que era la genéricamente

llamada *iusta causa traditionis*, que podía ser *causa venditionis*, o *causa donandi*, etc.⁹⁷.

Procede, por ello, empezar por distinguir entre donaciones *traditorias* y *obligatorias*, y, en éstas últimas, ver si estamos ante una donación *liberatoria* o ante una *obligatoria* en sentido estricto.

Para las donaciones *liberatorias* entiendo, con SAVIGNY⁹⁸, que no será necesario ni siquiera el consentimiento del donatario, como sucede en el pago a favor de tercero cuando el deudor puede ignorarlo y aún contradecirlo⁹⁹, siempre que el pagador lo haya hecho por pura liberalidad.

En cuanto a las donaciones *obligatorias*, en cuanto al consentimiento del donatario, habríamos de decir “depende”, ya que, si la asunción de la obligación por el donante tiene lugar mediante un negocio concluido directamente con el tercero, entiendo que no habrá necesidad de consentimiento del favorecido; en cambio, obviamente, se precisará el consentimiento del donatario cuando la obligación se constituye entre éste y el donante.

En las donaciones *traditorias*, es decir, las que transmiten la propiedad, resulta algo absurdo de entrada preguntarse si ha de haber o no tradición, por la sencilla razón de que la donación era la *causa donandi* que legitimaba la *tradición*. Es decir, existía la tradición; y lo que había que averiguar era si había o no *iusta causa traditionis*, en este caso, *causa donandi*, o *donationis causa*.

¿Necesidad del consentimiento del donatario?

Siguiendo con las donaciones *traditorias*, pienso que en toda esta discusión habría que aplicar el sentido común. Si alguien me dice: «Te regalo este reloj», ¿Es mío ya el reloj?

Yo entiendo que no: que primero he de aceptar. Teniendo en cuenta que mi aceptación no sólo se refiere al reloj, sino a la gratuidad del negocio, es decir, he de querer el reloj, y además, en concepto de gratuito. Esto es exactamente lo que dice el art. 1262 C.C.: que del concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa (reloj) y la *causa* (la gratuidad) nace el consentimiento (1262 C.C.). Recordemos que en los contratos de pura beneficencia, la causa es la mera liberalidad del bienhechor (1274 C.C.).

En apoyo de lo acabado de decir, recordemos también que el Derecho Romano ya exigía el consentimiento –a mi entender, sólo en el caso de donación *traditoria*–, existiendo por lo menos dos preceptos que así lo disponen: “In omnibus rebus, *quae dominium transferunt*, concurrat oportet affectus *ex utraque parte* contrahentium; nam sive ea venditio, sive *donatio*,

sive conductio, sive qualibet alia *causa contrahendi* fuit, nisi animus *utriusque consentit*, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest”.¹⁰⁰

Del mismo modo: *Non potest liberalitas nolenti acquiri*¹⁰¹.

En cualquier caso, según la Dirección General de los Registros, “tal aceptación no requiere la existencia de términos sacramentales”¹⁰², habiendo declarado el Tribunal Supremo que no se exige la aceptación expresa, aunque sí inequívoca¹⁰³.

¿Y de la tradición?

Otro problema distinto es el de la *tradición*, que yo creo que también es necesaria, sólo que la forma de la donación, que es *ad solemnitatem*, no lo es por lo que algunos dicen de que hay que proteger al donante¹⁰⁴, porque igual se podría decir de un vendedor, sino porque *esa forma incluye la tradición*:

a) En la donación de cosa mueble verbal o manual, evidentemente, porque “requiere la entrega simultánea de la cosa donada” (632-1 C.C.).

b) En la donación de cosa mueble sin entrega simultánea de la cosa donada, no surtirá efecto si no se hace por escrito y no consta en la misma forma la aceptación (632-2 C.C.). Pero a la posible objeción que plantea el que no se vea tan clara la tradición en este caso, se puede oponer que, en la compraventa, la entrega de los bienes muebles se efectúa, entre otros medios, “por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta” (art. 1463 C.C.), argumento analógico que considero muy fuerte.

c) En el caso de la donación de cosa inmueble, se exige el otorgamiento de escritura pública (633 C.C.). Y del mismo modo, “cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario” (1462-2 C.C.).

Los anteriores supuestos muestran, a mi entender, que la forma prescrita implica la tradición en todos los casos.

De todo lo anterior deduzco que la donación *traditoria* es un contrato, en el que la tradición es necesaria para la adquisición del dominio; y que no es un simple modo de adquirir. Es más: la *tradición* es su manifestación externa, mientras que la *donación*, entendida como *pura liberalidad*, es su *causa*.

Sin embargo, en la moderna civilística española, se ha insistido –a mi modo de ver equivocadamente– en que la donación es un modo de adquirir y que, por ello, no precisa de la tradición. Así, por ejemplo, dice

DIEZ-PICAZO y GULLÓN que “la donación es un negocio que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial si se hace con las formas y solemnidades legales, y no un negocio del que surgiría para el donatario un derecho a exigir del donante el cumplimiento de la obligación de entrega a fin de adquirir la propiedad de lo donado”¹⁰⁵. Lo que tiene consecuencias muy prácticas, sobre todo en supuestos de doble donación de la misma cosa, en que la jurisprudencia del T.S. ha defendido aquella tesis, descartando la aplicación analógica de la doble venta¹⁰⁶.

Se me ocurre el siguiente caso: por razón de matrimonio, por ejemplo, se regala una “Colección Aranzadi” para facilitar el inicio de la vida profesional de uno de los novios. Como no es fácil la “tradicción manual”, habrá que hacerla por escrito (*ex art. 632 C.C.*). Si, antes de haberse producido la entrega efectiva, la “Colección Aranzadi” se regalara también a otro y éste se la llevara: ¿de quién sería la Colección?, ¿del primero o del segundo “donatarios”? Según el T.S.¹⁰⁷, del primero, por “no precisarse la tradición”, cosa que, a mi entender, produce el resultado correcto. Pero no por lo que dice el T.S., sino porque “el solo acuerdo o conformidad de los contratantes” (*ex, analógicamente, art. 1463 C.C.*) y la *forma escrita* equivaldrían a la necesaria *tradicción*, no porque no hubiera sido necesaria.

El animus donandi.

De lo dicho parece que podemos concluir que la donación es un acto o un negocio jurídico en el que, además de lo expresado, han de coexistir los tres siguientes elementos:

- a) Enriquecimiento del donatario.
- b) Correlativo empobrecimiento del donante.
- c) *Animus donandi*, entendido como “mera liberalidad”, que –como decía SAVIGNY– hay que identificar con la *intención de enriquecer* que ha de tener el donante con respecto al donatario¹⁰⁸.

De aquí se desprende que, a mi modesto juicio, el *animus donandi* sea un requisito *esencial* de toda donación, cualquiera que sea la forma jurídica que ésta adopte, y que no puedo estar de acuerdo con la tesis de DIEZ-PICAZO y GULLÓN quien dice que “nosotros pensamos que el llamado *animus donandi* no puede ser otra cosa que el genérico consentimiento que se exige para todo negocio jurídico, aplicado ahora al tipo que se llama donación, y que no es otra cosa que consentir el negocio. Y ello con independencia de cuáles fueran los motivos internos que hubieran podido mover al agente. La donación puede hacerse por generosidad, por caridad, por vanidad, por simple pompa... Sin embargo, *siempre que exista la intención de determinar*

con el negocio jurídico un enriquecimiento en otra persona hay ánimo de donación... No se puede decir que la donación exija un ánimo de liberalidad, si con ello quiere indicarse en sentido genuino generosidad o desinterés”¹⁰⁹. Y no estoy de acuerdo por dos motivos: primero, porque esa *intención de determinar un enriquecimiento en otra persona* es, ni más ni menos, que el *animus donandi*; y segundo, porque la distinción entre *motivos* y *causa* es clásica en Derecho; y por lo que respecta a la donación, dicha distinción entre causa y motivos ya fue observada por SAVIGNY, que destacaba que lo importante era la mera *intención de enriquecer*, que no tenía por qué excluir “la intervención de todo otro motivo, principalmente un motivo interesado” y aún deleznable¹¹⁰. En nuestro entorno hay ocasiones en que se efectúan disposiciones gratuitas en las que puede intuirse que, en algunos de los donantes, pueden coexistir motivos tales como el de “salir en la foto”, o el deseo de crearse una reputación de mecenas, o acceder a determinados círculos, etc.: y no por ello dejan de ser donaciones.

En resumen, para mí –y siendo consciente de que existen doctísimas opiniones contrarias–, la donación *real* –incluidas las donaciones *propter nuptias* de esa clase– es un contrato, que precisa de la aceptación del donatario, y la tradición, aunque ésta se halle embebida en la forma. Lo que ocurre es que puede actuar por fases: la oferta del donante puede no coincidir con la aceptación, y hasta que ésta no se produzca, obliga al ofertante, por lo menos durante un tiempo prudencial¹¹¹. Por otro lado, el *animus donandi* actúa como causa del contrato, según el artículo 1274 del Código Civil.

“Por razón de”:

La terminología moderna ha consagrado el término “por razón de”, que es, de suyo, ambiguo. El término romano *propter* significaba algo más: “por causa de”, o “en consideración de”, lo que nos llevará a estudiar el papel del matrimonio –en caso de no llegar a celebrarse– en las donaciones por razón de matrimonio. En este momento, lo que interesa es resaltar que no es lo mismo donaciones “por razón de” matrimonio que donaciones “con ocasión de” matrimonio. Sólo las primeras son las donaciones por razón de matrimonio que se sujetan a un régimen especial, que las favorece, aunque en la última revisión del Código Civil no tanto como antes, especialmente tras la supresión del art. 1330, que declaraba que “no es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones”.

Decimos que hay que distinguir las donaciones “por razón del matrimonio” y las “con ocasión del matrimonio”. En las primeras, prima la consideración del matrimonio y la donación tiene el carácter de aportación al acervo patrimonial de los nuevos esposos; en las segundas, prima la

simple benevolencia hacia el donatario, y no se atiende tanto al patrimonio familiar del futuro matrimonio¹¹².

Las primeras son las propiamente reguladas en los artículos 1336 y siguientes del Código Civil y favorecidas por el Derecho; las segundas son donaciones genéricas, es decir, plenamente sometidas a los artículos 618 y siguientes. En esta segunda categoría podrían incluirse, a mi parecer, las que señala MUCIUS SCAEVOLA: "... los amigos de más intimidad y parientes de mayor afección, suelen *aprovechar esta ocasión grata* para testimoniar aquélla a los esposos..."¹¹³.

Insistiendo en este punto, MUCIUS SCAEVOLA nos aclara que ".../... habrá casos en que ... la contemplación del matrimonio proyectado, en definitiva, sea indiferente a los donantes. Nos referimos a que el padre o pariente, o el mismo extraño, que dona algo a la mujer o al varón porque se va a casar, no lo hace más que en función del cambio de estado, no en atención a que una u otro contraigan matrimonio con A. o con B. De suerte que, no siendo la persona de este contrayente, sino la del otro, la que, en todo caso, deviene relevante y determinante de la liberalidad, no vemos razón para considerar ineficaz –si es que el donante no quiere que lo sea, revocándola– una donación hecha a una hija o a un hijo si, en vez de celebrar su enlace con A. o con B., lo realiza con C., siempre, claro es, que la donación no contuviera signo alguno revelador de que, en efecto, las cualidades del otro contrayente o la identidad del mismo fueran la verdadera causa de la donación"¹¹⁴.

A mí, modestamente, me parece nuevamente que el planteamiento es bastante inverosímil: salvo casos realmente excepcionales, ¿cómo me va a ser indiferente que un hijo o hija se case con "A" o con "B" o con "C"? Lo importante es distinguir entre donaciones por razón de matrimonio en sentido propio y donaciones con ocasión de matrimonio, en que prima la pura liberalidad o benevolencia del donante. En el primer caso lo esencial es el matrimonio –entendido como causa, motivo, *conductio iuris*, etc.– porque de lo que se trata por parte del donante es de contribuir, junto con la dote en su caso, etc., a la constitución del patrimonio familiar –del matrimonio en concreto–; en el segundo caso, al primar la simple benevolencia hacia el donatario ya no se atiende tanto a ese patrimonio familiar del futuro matrimonio, sino al bienestar del favorecido.

Desde otro punto de vista, LALINDE ABADÍA ha observado que, en relación al matrimonio, hay que distinguir entre *aportaciones* y *donaciones*. Así, las *aportaciones* son *ad sustinenda onera matrimonialia*, por emplear la venerable fórmula de rancio abolengo; en cambio, las *donaciones* se distinguen de las *aportaciones*, en que se realizan a título lucrativo o de

beneficio para el que las recibe¹¹⁵. Por eso mismo, las llamadas *donationes propter nuptias* no son, en puridad, tales donaciones.

El papel del matrimonio en las donaciones por razón de matrimonio.

Hemos dicho *supra* que hoy en día se reserva la denominación “donaciones por razón de matrimonio” a las hechas en consideración de una matrimonio *futuro*. Sin embargo, a mi entender, el pago o la entrega de la cosa donada durante el matrimonio, de una donación *prometida* antes del matrimonio, no desvirtúa el carácter de donaciones por razón de matrimonio¹¹⁶. Por esta razón, entiendo que el art. 1336 C.C. debería decir: “Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace o *promete* antes de celebrarse, ...”.

Se ha discutido mucho la función que juega el matrimonio en las donaciones por razón de matrimonio, a los efectos de definir la naturaleza jurídica de éstas últimas.

A este respecto, simplificando, podemos mencionar las siguientes teorías¹¹⁷:

- 1) Condición suspensiva (*si nuptiae sequuntur*): SANCHEZ ROMAN y STS 15 diciembre 1924..
- 2) Condición resolutoria (*si nuptiae non sequuntur*): DE BUEN.
- 3) Motivo (“son actos puros de liberalidad”): MUCIUS SCAEVOLA.
- 4) Motivo causalizado.
- 5) Concausa (con la liberalidad).
- 6) *Condictio iuris*¹¹⁸.

A mi juicio, se trata de un *motivo causalizado*, o verdadera *concausa*, que hay que *integrar con la mera liberalidad del bienhechor*¹¹⁹, entendida como *intención de enriquecer*¹²⁰.

Por eso, para distinguir cuándo estamos en presencia de una donación por razón de matrimonio o de una donación en abstracto, habrá que atender a las circunstancias de tiempo, lugar, condición e intención del donante, y a los actos del donatario. También será significativo el bien donado que, si pertenece a la naturaleza de los bienes que se usa regalar en consideración del matrimonio, tendrá ese carácter, como por ejemplo, los bienes que integran las llamadas “listas de boda”, o los ingresos en la cuenta conjunta de los contrayentes, etc.

¿Qué ocurre, en caso de no celebrarse el matrimonio?

Entendía MUCIUS SCAEVOLA que el matrimonio, “más que como condición o requisito jurídico de eficacia, vendría a constituir mera causa o *motivo* determinante de la liberalidad o donación misma”. Entendía que la donación tiene plena eficacia desde que se hace, pero con una facultad revocatoria (no *ipso iure*) si el matrimonio no llega a celebrarse (*ex* antiguo art. 1333-2º C.C.). MUCIUS apoyaba su teoría en que no existía ningún precepto, como en otros Códigos, en que se dijera que “quedarán sin efecto”¹²¹. Hoy, con el nuevo artículo 1342 C.C., que sí lo dice¹²², parece que la tesis de MUCIUS pierde vigencia. Pero el problema, a mi juicio, subsiste, si se entiende que el matrimonio es una condición, porque entra en juego el actual artículo 1343 C.C., que dice que “serán revocables por las causas comunes...”, y entre éstas, está el incumplimiento de la condición (*ex* art. 647-1 C.C.).

En este caso, entiendo que la donación por razón de matrimonio podrá *revocarse*, por varios motivos alternativos o concurrentes¹²³:

- a) Por falta sobrevenida de causa.
- b) Por error sobrevenido.
- c) Por falta de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*).
- d) Por error en el motivo (*Motivirtum*)¹²⁴.

Los precedentes del Derecho Romano –referidos a la dote, pero a mi juicio plenamente aplicables por evidente analogía a las donaciones por razón de matrimonio– aclaran la cuestión de forma muy consistente: *Nuptiis non secutis, ipso iure evanescit stipulatio dotis*¹²⁵. En relación a la *donatio ante nuptias*, las *Instituta* dicen: *Tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum*¹²⁶.

Comentando estos y otros pasajes del Derecho Romano Justiniano, decía GARCIA GOYENA que “Estas leyes hacen inútil toda mayor explicación: regia en este caso la doctrina general sobre la fuerza y efectos de la condición suspensiva, y había también lugar á la *condicion sine causa*, ó *causa data, causa non secuta*,¹²⁷ leyes 4 y 5, título 7 y 8, título 4, libro 12 del Digesto”¹²⁸. Opinión esta última compartida por SAVIGNY, para quien, en Derecho Romano¹²⁹, la donación *ante nuptias* no se consideraba una donación pura, sino como una *datum ob causam*, “de donde resulta que podía ser ordinariamente revocada, si no se efectuaba el matrimonio”¹³⁰.

¿Habrá derecho a retener parte de la donación por razón de matrimonio, caso de existir buena fe por parte del donatario?

En el antiguo Derecho, existía la llamada *Ley del ósculo*, que, recogiendo antiquísimos precedentes ya presentes en el *Corpus Iuris*

*Civilis*¹³¹, disponía que, caso de no celebrarse el matrimonio, de haber mediado *ósculo*, o *beso ante testigos*, la mujer solía tener derecho a la mitad de las arras o donación *ante nuptias*, es decir, la efectuada por el nupturiente.

Esta norma se recoge, en el caso del Derecho Español, en numerosos precedentes legales, tales como el Fuero Juzgo 3, 2, 5; Fuero Real 3,2,5; Partida 4^a, 11, 3^a; Ley 52 de Toro; Novísima Recopilación 10, 3, 3^a, etc.¹³².

En el art. 1248 del Proyecto de Código Civil de 1851 encontramos un remanente de esta ley, cuando dice: “Quedarán sin efecto las donaciones, si el matrimonio, en cuya consideración fueron hechas, dejara de verificarse por cualquier causa; pero si no hubiere mediado culpa por parte de la muger, retendrá ésta para sí la mitad de los regalos de boda”.

Comentando este artículo, decía GARCIA GOYENA que *el lenguaje de nuestro artículo es general y decoroso; fúndase en que la muger desmerece algo siempre que se llega tan cerca del matrimonio, y en que suele ser mayor su sentimiento cuando se frustra*¹³³.

¿Podría hablarse hoy en día de la *ley del ósculo*? Yo entiendo que, en sentido estricto, es claro que no, salvo que identifiquemos el *ósculo* con la *pedida*, o trámites o gestiones similares o equivalentes, en que, bien fuera por aplicación del *régimen tradicional* o la *tradicón jurídica de las islas*, o, simplemente, por la doctrina de las obligaciones naturales, se pensara en una aplicación analógica, que permitiera la retención –parcial– de los regalos recibidos, a título de indemnización por los perjuicios, normalmente sólo morales, a que se refería GARCIA GOYENA.

En punto a esa *retención*, para la redacción anterior a la reforma del Código civil de 1981, entendía LACRUZ que cuando efectuada la donación existiera incumplimiento por una de las partes, el donatario agraviado podría retener lo recibido, lo que deducía de los artículos 43 y 44, 1902, 1306-2, 73-3º y 1333-3º del Código. En cambio, DE LOS MOZOS entendía que la retención podría alcanzar sólo a la mitad de lo donado, lo que justificaba “por razones de equidad” con arreglo al Art. 3-3º C.C. Nótese que esta retención de la mitad coincide con la retención histórica por razón de *osculo interviniente* ya mencionada. En el momento actual, enseña DE LOS MOZOS que esa retención no será ya posible, por el automatismo con que se produce el artículo 1342 C.C. que taxativamente señala que quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año. Por ello, sigue este autor, “el que tuviere en su poder las cosas donadas, tendrá que devolverlas, y no puede invocar legítimamente el derecho de retención...”¹³⁴.

Entiendo que esas conclusiones son independientes del derecho que pueda asistir al perjudicado para la reclamación de indemnización de daños y perjuicios, según lo arriba expuesto, pudiendo obtenerse un efecto similar al derecho de retención por vía de medidas cautelares. Máxime tratándose de Derecho Civil Balear donde la tradición jurídica abona claramente esta solución indemnizatoria.

Y ¿qué ocurre si una vez contraído el matrimonio cambian dramáticamente las circunstancias?

Según la STS de 27 de febrero de 1995¹³⁵, en un caso de Inca, el abandono del hogar por parte de la esposa, que salió del hogar conyugal, donde vivía con su esposo, hijos y los padres de ella –donantes de la casa–, para ir a convivir con un amante, de raza árabe, no se consideró causa de revocación. En el mismo sentido existe también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 3 de octubre de 2000.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El *entorno natural* en el que se documentan las diferentes transferencias patrimoniales y demás actos dispositivos y de atribución en contemplación del matrimonio son las capitulaciones matrimoniales.

En definición de VALLET DE GOYTISOLO, las capitulaciones matrimoniales vienen a constituir el *estatuto patrimonial de la familia*¹³⁶. CLAR GARAU las define a su vez como *pacto sobre bienes con ocasión de matrimonio*¹³⁷. En el entorno mediterráneo y balear, se ha denominado a las capitulaciones matrimoniales como *convensas nupcials*¹³⁸, o *cartes de les nupcies*¹³⁹, y, sobre todo –y esto es importante, porque el desconocerlo ha dado pie a bastantes equívocos–, la expresión se identifica durante siglos con la de *pacta dotalia*¹⁴⁰. En Eivissa-Formentera, el Art. 66.1 de nuestra Compilación las denomina, sugestivamente, *espòlits*¹⁴¹, con lo que quedan claramente ligadas con el hecho que las produce: el *esponsalicio* o *esponsalici*, significándose aquí los esponsales¹⁴² o promesa firme de futuro matrimonio¹⁴³, si bien la regulación actual, en línea con las necesidades modernas, permite su constitución o modificación durante matrimonio. Del mismo modo, los *espòlits*, como también se les denominaba en el Reino de Mallorca, eran el conjunto de pactos convenidos en expectación de un determinado matrimonio y que fijaban como mínimo el régimen económico matrimonial¹⁴⁴.

Manifestaba CASTÁN¹⁴⁵, citando a PLANIOL¹⁴⁶, que la costumbre de hacer un contrato de matrimonio es relativamente reciente, exponiendo que los romanos no lo hacían, porque su régimen matrimonial no era convencional, sino legal. Añade que se limitaban a constatar solamente la aportación de la dote, por medio de un *instrumentum dotale*. Recientemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, de forma notoriamente insatisfactoria, ha sentado que “las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen económico del consorcio conyugal distinto del legal”¹⁴⁷.

En esta misma línea, se ha dicho con bastante reiteración que, entre nosotros, el escasísimo número de capitulaciones matrimoniales se debe a las bondades del régimen legal supletorio de separación de bienes, que hace innecesaria la constitución de aquellos capítulos. Se suele añadir que los únicos que hacen uso de capitulaciones matrimoniales, sobre todo en nuestro territorio, pero también en zonas de régimen ganancial, son los que pactan el régimen de separación.

Sin embargo, con ser ciertas las anteriores afirmaciones, lo son solamente en parte, y eso es así porque, como hemos apuntado, los capítulos

matrimoniales se identificaron durante muchos siglos con los *pacta dotalia* o con el *instrumentum dotale* o *carta dotal*. LACRUZ señala, acertadamente, que en Derecho Romano y, añadimos nosotros, sobre todo en el *ius commune*, la fijación de la contribución de la mujer a las cargas familiares y el aseguramiento de su situación a la muerte del marido se realizaba mediante la constitución de la dote y las *donationes propter nuptias*, todo lo cual se establecía y regulaba “en una convención anterior al matrimonio y celebrada en consideración a él” que era justamente el repetido *instrumentum dotale*¹⁴⁸.

El contenido de los *pacta dotalia* en todo el arco mediterráneo del *ius commune*, incluidas naturalmente las Islas Baleares, era no solamente la regulación de la dote –aportación de la mujer *ad sustinenda onera matrimonialia*– sino las aportaciones proporcionales del futuro esposo, así como un haz de pactos sucesorios –porque la dote se entendía siempre como un anticipo o incluso un pago de lo que correspondería por herencia a la persona dotada–, entre los que se podían contar las donaciones universales, los *heredaments*, y, en lógica consecuencia, con mucha frecuencia también la renuncia de la persona favorecida a su futura herencia, bien sólo a la legítima, bien a cualquier otra porción hereditaria: renuncia que en latín procesal se llamaba *diffinitio*, y de aquí nuestra mal llamada *definición* actual¹⁴⁹.

Así, un notario napolitano del XVIII decía claramente: ... *è cosa troppo necessaria, di doversi prima del matrimonio solennizzare i Capitoli matrimoniali per sicurezza della dote, del dotante, della sposa, e dei figli che da quello saranno per nascere...*¹⁵⁰.

Para el derecho italiano, FUSCO explica que el esquema seguido por los notarios italianos del *Settecento* era el siguiente:

- a.- Expresión de la promesa de matrimonio
- b.- Constitución de la dote y de las aportaciones maritales
- c.- Redacción del recibo de la dote y de las aportaciones maritales
- d.- Facultativamente, renuncia de la mujer a las pretensiones hereditarias sobre los bienes de su familia¹⁵¹.

A título de anécdota, el contenido de las capitulaciones matrimoniales está claramente apuntado en la ópera de MOZART *Così fan tutte*¹⁵², donde, en el Acto II, Escena 17, aparece la formalización ante Notario del *contratto nuziale, stipulato colle regole ordinarie*, que empieza a leer a los nupturientes el “Notario” Despina, con las siguientes palabras:

*Per contratto
da me fatto*

*si coniunge in matrimonio
Fiordiligi con Sempronio
e con Tizio Dorabella
sua legittima sorella;
quelle, dame ferraresi,
questi, nobili albanesi
e per dote e contraddote...
etc.*

Podemos observar que, para las Pitiusas, se ha dicho también que el esquema de los capítulos matrimoniales, a los que certeramente se les calificó de *involucro de contratos*¹⁵³, incluía fundamentalmente tres partes:

- a.- Constitución de la dote a favor de la contrayente
- b.- Donaciones a favor del futuro esposo
- c.- Estipulaciones entre los futuros contrayentes y a favor de los hijos venideros¹⁵⁴.

Todo lo cual está en plena conformidad con la práctica tradicional catalana, de modo que MONTAGUT, FERRO y SERRANO nos confirman que *es poden acordar determinades formes de comunitat de béns, excloure o modificar sistemes vigents localment, i establir el dot i altres drets; però també s'hi solen incloure pactes successoris sobre l'herència dels béns dels cònjuges o dels pares (l'heretament a favor dels seus fills comuns o dels cònjuges), l'usdefruit vidual, o un dret d'ús i habitació a casa del marit a favor de l'esposa si sobreviu a aquest*¹⁵⁵.

No sin sorpresa podemos comprobar que el actual § 1217 del Código Civil Austríaco (A.B.G.B.) entiende como objeto de las capitulaciones matrimoniales (*Ehepakte*) las siguientes: la Dote (*Heiratsgut*), la Contradote (*Widerlage*); la Donación de la mañana o *Morgengabe* (nuestro *Escreix*, como veremos); la Comunidad de Bienes (*Gütergemeinschaft*); la Administración y Usufructo o Disfrute del propio patrimonio (*Verwaltung und Fruchtnießung des eigenen Vermögens*); la Sucesión (*Erbfolge*) o, para caso de muerte, el Usufructo Vitalicio (*lebenslange Fruchtnießung*) y el Derecho de mantenimiento de la viuda (*Witwengehalt*¹⁵⁶).

Es cierto que los capítulos matrimoniales se avienen mal –pero sólo en principio– con el régimen de separación de bienes. Así, MONTAGUT, FERRO y SERRANO advierten, para el Derecho Catalán, que *sols no caldria concertar capítols matrimoniales en el règim de separació de béns, ja que no hi ha cap tipus de comunitat de béns*¹⁵⁷. Pero añaden, acto continuo: *però, la pràctica ens demostra que el dot és una institució inherent i ineludible en qualsevol matrimoni; per aquesta raó, encara que sols sigui per a fixar les*

*condicions del dot, forçosament s'han de concertar uns capitols (tot i que és possible fer-ho de paraula i lliurar el dot sense necessitat de cap justificant)*¹⁵⁸.

La tendencia moderna a la disminució de capitulaciones matrimoniales es universalmente admitida. Así, por ejemplo, PUIG SALELLAS apuntaba que *l'evolució és netament descendent, baixant del total de 2696 de 1921 als 396 de 1971 ó 384 al 1974*¹⁵⁹, apuntando dicho autor que la decadencia de las capitulaciones matrimoniales se corresponde con el incremento de los testamentos¹⁶⁰. Entre nosotros, por poner un ejemplo, lo han manifestado CLAR GARAU¹⁶¹, o MASOT MIQUEL en repetidas ocasiones¹⁶².

Hemos dicho *supra*; en otro lugar¹⁶³; y repetimos ahora, que entre nosotros es *communis opinio*¹⁶⁴ que la práctica inexistencia de capitulaciones matrimoniales en Mallorca obedece a las excelencias del régimen de separación de bienes, que las haría innecesarias. Sin embargo, con ser ello cierto, la explicación nos parece insuficiente. La realidad durante muchos siglos –comprobada por nosotros, con la investigación paciente de escrituras de los siglos XV, XVI, XVII, XVIII y XIX, y hasta el Código Civil– demuestra que lo existente era un régimen dotal, que, al constituirse mediante el *instrumentum dotale*, e incorporar éste las estipulaciones pertinentes, hacía que no hubiera necesidad alguna de acudir a otro tipo de convenciones capitulares en el sentido actual del término.

Incluso cuando en los textos se habla de escrituras que contienen capítulos matrimoniales (como en el Catálogo de MIRALLES¹⁶⁵ del *Arxiu Capitular de la Seu de Mallorca*), la realidad, comprobada personalmente por quien les habla, es que se trata de instrumentos dotales, acompañados a menudo por el previo instrumento en que se efectuaba la donación a la novia, normalmente por su padre o por su madre viuda; y en instrumento separado, la novia entregaba lo acabado de recibir en dote a su futuro esposo (constituyendo así una dote profecticia indirecta), y éste –también muy a menudo– otorgaba donación *ante nuptias* a la mujer, en compensación de la dote recibida.

Así lo manifiesta el esquema –siempre el mismo– de innúmeras escrituras de capitulaciones otorgadas en Mallorca, de las que es muestra el siguiente ejemplo, de 1769¹⁶⁶:

En primer lugar, se proclama por el padre (aquí Jaume Valls, *marchando*) la entrega de su hija en matrimonio:

“Colloco en Matrimoni, y legal Esposa per paraula de present, â Margarita Valls, Donzella, filla mia, y de Margarita Aguiló me muller, ab vos Mariano Terongi solter fill de Raphael y de Juana Anna Fuster conjuges ya difunts...”

Se procede a la constitución de la dote:

“...y per a soportar los carrechs de dit Matrimoni, vos constituesch en dot, y en nom de dot de dita Margarita Valls me filla, vos entrech quatrecentas lliuras moneda de Mallorca de esta manera...”

Siguen cláusulas en latín, en las que la hija consiente en la entrega por su padre al novio y al matrimonio proyectado:

“Et his presente ego Margarita Valls Domicella, gratis, et ex mea certa scientia... Accipio vos, dictum Marianum Terongi, in legitimum virum meum, meque, et corpus meum, in legitimam uxorem vestram, trado, prout die Celebrationis nostri Matrimonii Sancta Romana Ecclesia benedictione mediante vobis tradam”.

Acepta igualmente el novio, quien a su vez se entrega a la novia:

“Et presente quoque, Ego prenominatus Marianus Terongi, gratis, et ex mea certa scientia... accepto vos prefatam Margaritam Valls, Domicellam, in legitimam uxorem meam, meque et corpus meum in legitimum virum vestrum, trado...”.

El novio otorga renuncia (*diffinitio*) y recibo (*apocha*) de la dote entregada:

“... facio vobis dicto Jacobo Valls Socero meo, vobisque Margarita Valls, carissima uxori mea de dicta Dote, bonum finem diffinitionem, et presentem apocham de soluto...”.

Por fin, el novio constituye el *escreix* o *aumento de dote*:

“Et propter vestram virginitatem approbatam, laudabilemque Majorice consuetudinem insequendo, facio vobis augmentum de quarta parte dicta Dotis vestra et sic habebitis, inter Dotem et augmentum quingentas libras”.

Este mismo protocolo se repite, casi sin variaciones, a modo de liturgia, desde la Conquista hasta bien entrado el siglo XIX.

¿Cuáles serán, entonces, las verdaderas causas de la decadencia de las capitulaciones matrimoniales?

Se han dado bastantes explicaciones. Para PUIG SALELLAS la gran parte de las capitulaciones de los primeros años del siglo XX, en los que la costumbre de hacerlas era bastante general en Cataluña¹⁶⁷, se debía a la figura del heredero único contractual, que ha entrado en desuso¹⁶⁸. Para PIÑOL AGULLÓ en cambio, la causa es más profunda, por cuanto se debería –nada menos– a la *relajación de los principios morales y cristianos que informaban antes las relaciones familiares*¹⁶⁹.

Por todo lo dicho *supra*, reafirmo que, “en mi opinión, la drástica disminución de las capitulaciones matrimoniales se debe más bien a la decadencia de la dote, más que a las ventajas del régimen de la separación de bienes”¹⁷⁰ que, como hemos dicho, casa mal con la necesidad de capitulaciones matrimoniales.

Pero aún hay más, y más profundo: la verdadera razón, que explica el fenómeno en su totalidad, dejando explicaciones parciales, es la irrupción de la industrialización y de la sociedad de servicios, con la práctica desaparición de la *explotación familiar agraria*, que exigía la continuidad patrimonial y orgánica de ésta, con la necesidad inherente de los pactos sucesorios, la *definición*, etc., así como, y no en menor medida, la incorporación de la mujer al mundo del trabajo profesional retribuido, que la ha liberado de la necesidad de la dote y la ha situado en un plano de igualdad con sus hermanos varones, futuros herederos, y con el marido.

Es por esto que las capitulaciones matrimoniales han quedado reducidas a una mínima expresión, cual es la de regular las relaciones económicas entre los dos cónyuges –familia *nuclear*– en lugar de ser la *carta magna* de la familia patriarcal, extensa. En este nuevo marco es claro que si el sistema legal supletorio es el de la separación de bienes, no hay lugar, salvo raras excepciones, a pactar nada más; mientras que en los regímenes de comunidad más o menos atenuada, ajenos al de separación, las ventajas de éste –sobre todo en caso de dedicación de uno o de los dos cónyuges al comercio– les inclinarán al otorgamiento de los capítulos tendentes a acogerse al régimen de separación, que para ellos es mucho más beneficioso, por su carácter dinámico y de protección frente a los acreedores.

Es curioso observar que los partidarios de la Codificación española contemplaban las capitulaciones matrimoniales existentes en los territorios forales con favorable opinión, aunque las finalidades perseguidas por ellos fueran distintas.

Así, ya nos hemos referido al principio de esta intervención a los elogiosos comentarios de GARCIA GOYENA respecto de los *contratos matrimoniales* en las *provincias de Fueros*¹⁷¹, a lo que podemos añadir que BRAVO, conocido debelador de las legislaciones forales y máximo partidario, por considerarlo un gran progreso, del Código Civil, muestra cómo quienes aspiraban a la implantación del régimen de gananciales en los territorios forales, ponían también sus esperanzas en las capitulaciones matrimoniales:

Aquí es donde se va á conciliar todo cuanto referente á los bienes del matrimonio separa hoy á las legislaciones forales de la común, porque estableciéndose en el Proyecto de Código civil que en ellas pueda pactarse lo que se quiera, teniendo por base la libertad de estipulación entre los

futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, y entendiéndose que cuando falte el contrato, ó sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, es claro que á su elección ha de quedar un sistema ú otro. Lo mismo se proyecta para la condición de la dote y de los bienes parafernales. En este principio convienen por completo los jurisconsultos de Mallorca, sobre lo que puede verse la Memoria del Sr. Ripoll (Apéndice núm. 1)¹⁷².

La realidad fue, en cambio, que el legislador español del Código Civil optó por una regulación¹⁷³ de las capitulaciones matrimoniales muy restrictiva, poniéndolas bajo sospecha, y –sobre todo, y éste es el fallo fundamental– desconectándolas de la regulación sucesoria de la familia. Actitud que critica LACRUZ para quien *en el pasivo del legislador del 88 hay que anotar también el no haber sabido llegar a un equilibrio más perfecto entre las normas del nuevo Código y las instituciones forales...* Sobre todo, *pudo haber aceptado una mayor amplitud de contenido familiar-sucesorio de los capítulos*¹⁷⁴.

Dejemos por ahora solamente apuntado, a expensas de las consideraciones finales, que, en el Derecho Balear actual, nos parece modélica la regulación de las capitulaciones o *espòlits* de Eivissa-Formentera, del artículo 66 de la Compilación, que no sólo se refiere a instituciones singulares, propias de las *estipulaciones capitulares*, como la dote, o el *escreix*, el acogimiento en una cuarta parte de los *milloraments*, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, sino en general a *cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico de la familia y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento*, con una generosidad y amplitud dignas de todo encomio.

DONACIONES CON EFECTOS POST OBITUM Y DONACIONES UNIVERSALES PROPTER NUPTIAS

En torno del acontecimiento familiar del matrimonio proyectado, y de los pactos y actos dispositivos que normalmente le acompañan, ha sido frecuente la aparición de donaciones con efectos *post mortem* o *post obitum*, al igual que las donaciones universales¹⁷⁵.

En el Derecho Catalán, en una primera etapa altomedieval, regida por la *Lex Visigothorum*, las donaciones con efectos *post obitum*, en cuanto que no procedían a la *traditio* de la cosa donada, que quedaba –normalmente en usufructo– en poder de la persona del donante, eran revocables, por cuanto se asimilaban a las disposiciones testamentarias, esencialmente revocables¹⁷⁶. Así lo disponía la Ley 5, 2, 6 de aquel cuerpo legal, que distinguía aquellas donaciones en las que la cosa fuera entregada de presente, que eran irrevocables¹⁷⁷, de aquellas otras, efectivas a la muerte del donante, en las que éste se reservaba el usufructo sobre la cosa donada, las cuales eran revocables en cualquier tiempo, sin necesidad de aducir causa alguna para ello¹⁷⁸.

Como quiera que tales donaciones con efectos *post obitum* (entre las que se contaban muchas veces donaciones universales), y que solían tener muy presente la disposición futura de la herencia, era muy conveniente que quedaran fijas y firmes, dadas las consecuencias para el *status quo* que las mismas imponían, sobre todo porque era muy corriente su uso en ocasión de matrimonio, constitución de dote, etc., la situación fue cambiando en la práctica, hasta hacerse ley en el *Usatge 76, De auctoritate et rogatu*, el cual –referido inicialmente a los bienes feudales– instauró la solución contraria¹⁷⁹, ideando diversas fórmulas tendentes a asegurar la inmutabilidad de dichos actos de disposición.

Esta tendencia a asegurar la irrevocabilidad de las donaciones con efectos *post obitum*, tantas veces otorgadas con ocasión del matrimonio –o de la entrada en religión– de alguna hija o hijo (en el caso de hija o religioso, con efectos de constitución de dote), llevó a que, a finales del Siglo XII y durante todo el siglo XIII, tales donaciones fueran equiparadas en la práctica notarial a auténticas ventas, surgiendo así la figura del *hereditamentum*, o *heredament*, que es ya en sí mismo un auténtico contrato sucesorio el cual, por ser *inter vivos* y contener declaraciones recíprocas de oferta y consentimiento, deviene irrevocable.

La incidencia sobre la herencia futura de los donantes lleva asimismo consigo la frecuente renuncia del beneficiado (generalmente, la beneficiada, hija o nieta, en contemplación de cuyo matrimonio se realizaba la disposición,

por vía de dote generalmente), e incluso de los demás interesados en la herencia futura (también generalmente hermanos de la favorecida). Esta renuncia se refería a cualesquiera reclamaciones sobre el patrimonio del donante o donantes, tanto el actual como el venidero, así como sobre su herencia. He aquí la esencia de la *diffinitio*, que ahora conocemos –erróneamente denominada, según he dicho repetidamente– como *definición* de nuestra Compilación Balear¹⁸⁰.

De esta manera, queda claro que capítulos matrimoniales, donaciones *propter nuptias*, dote, contra-dote, *escreix* y *diffinitio* son figuras jurídicas y términos estrechamente relacionados, que aparecen secuencialmente.

Irrevocabilidad de las donaciones *propter nuptias* con efectos *post obitum*

En referencia al Derecho civil balear, la RDGR de 24 noviembre 1925¹⁸¹, entendió que una donación *propter nuptias* con efectos *post obitum*, autorizada mediante escritura de 26 de julio de 1885, incorporada a otra otorgada ante el Notario de Inca Don Jaime Vidal, el día 24 de abril de 1925, era inscribible, e irrevocable, por las siguientes razones:

“Considerando, en lo tocante al problema de la irrevocabilidad del acto, cualquiera que sea su calificación, por la mera declaración testamentaria del donante, D. José Morro y Martorell, que, para los efectos de este recurso, las escrituras presentadas son inscribibles, primero, porque la voluntad del mismo otorgante aparece clara en las palabras con que ha hecho la donación: «valedera de presente»; segundo, porque los requisitos y forma de la misma aproximan el caso á una las figuras de la sucesión contractual que todavía están vigentes en el derecho común y en las legislaciones forales; tercero, porque los bienes no tanto se pueden decir relictos por causa o peligro de muerte, como por razón del matrimonio que iba a celebrarse; cuarto, porque en nuestro Código civil son igualmente irrevocables la promesa de mejorar o no mejorar, hecha en capitulaciones matrimoniales, la misma mejora y las donaciones por razón de matrimonio; quinto, porque á bienes futuros se refieren los artículos 1315 y 1331 del mismo texto legal, y, en fin, porque el Tribunal Supremo, en repetida jurisprudencia, ha desvirtuado la presunción¹⁸² que fundaba la revocabilidad de los actos a título lucrativo sobre la falta de entrega inmediata de las mismas cosas, para conceder á los contratos nupciales la firmeza y permanencia del estado matrimonial”

La donación decía, en fórmula típica: “con donación que se llama entre vivos, valedera de presente y efectiva luego de ocurrida la muerte del donante...”.

En el recurso gubernativo hay una exposición, debida al Abogado D. Miguel Singala Cerdá, muy interesante¹⁸³. Recogiendo la doctrina y la práctica vigente en Mallorca, donde –decía– “esta clase de donaciones a cuyo grupo pertenece la del recurso, era y sigue siendo muy frecuente en Mallorca”, afirma que “no se suspende la donación, sino tan sólo su efectividad, que es cosa bien distinta de la liberalidad en sí; que no por estar suspendida la efectividad de una donación deja de ser intervivos y, por tanto, irrevocable”, aduciendo a favor de estas conclusiones las SSTs 13 junio 1900; 28 enero 1898; 13 junio 1900; 14 diciembre 1910; y las RRDGR 24 febrero 1888 y 26 septiembre 1901.

Entiende LACRUZ, contemplando el Código Civil, que las que llama donaciones capitulares de bienes futuros son irrevocables. Para ello alega la STS de 20 octubre 1908 y las RRDGR de 24 noviembre 1925, 6 febrero 1954, 27 marzo 1957, y 23 junio 1960. Dice el Tribunal Supremo que estos casos son de donaciones *inter vivos* y por ello irrevocables. En Derecho Civil Balear entiendo que se trataría de donaciones con efectos *post obitum*, de naturaleza de pacto sucesorio, en contemplación de matrimonio, y por ello, irrevocables, como ha sido siempre en nuestra tradición jurídica. No son, como dice LACRUZ, al menos en Baleares, donaciones *mortis causa*, porque predomina el aspecto *propter nuptias* y de pacto sucesorio.

Donaciones universales propter nuptias.

Como afirma MASOT MIQUEL, “eran muy frecuentes en la práctica notarial de Mallorca las donaciones universales otorgadas en contemplación de un matrimonio a contraer”¹⁸⁴. Esta donación universal, de naturaleza sucesoria, según este mismo autor, “las más de las veces se otorgaba con el propósito de adscribir a uno de los hijos al patrimonio hereditario, generalmente agrícola”, cumpliendo, además el objetivo “de distribuir entre los diversos hijos el patrimonio del donante en vida de éste”¹⁸⁵.

Tan es así, que ya SALVÁ y RIERA apuntaba que “la finalidad de las donaciones universales, con el correspondiente finiquito de legítima por los demás hermanos herederos no favorecidos; el usufructo vitalicio de la viuda, que quedaba en el hogar conyugal, etc., eran todas ellas medidas para conservar intacto el patrimonio familiar”¹⁸⁶.

Claro está que este planteamiento no surge en Mallorca, sino que estaba presente en la práctica catalana de mucho tiempo atrás. Así, por ejemplo, PACHECO CABALLERO, –para quien lo que se donaba *inter vivos* pero con efectos *post mortem* podía ser desde el primer momento en concepto de herencia, “probablemente en el momento o con ocasión de contraer matrimonio”¹⁸⁷–, refiere que, en una escritura de 7 de octubre de 1237¹⁸⁸

aparece una donación *tempore nuptiarum* con efectos *post obitum*, en la cual se hace constar que los bienes donados lo son *pro parte hereditate, legitima et falcidia et meliorationem suam*¹⁸⁹. En otra escritura de 5 de febrero de 1231¹⁹⁰, en otra donación de este tipo, con la finalidad de conservación de la unidad del patrimonio familiar y evitación de que las legítimas pudieran menoscabarlo en el futuro, el hermano no favorecido declara a su hermano donatario que renuncia a reclamar su legítima en el futuro, declarando estar pagado ya de ella, con las siguientes palabras: *diffinio tibi... et recognosco quod sum bene paccatus de mea legitima et hereditate et frarescha*¹⁹¹ *et laxatione patris mei et matris mee*.

Consecuente con la irrevocabilidad de las donaciones *propter nuptias* con efectos *post mortem*, ya la antes mencionada STS de 20 de octubre de 1908 (Pon.: D. Federico Monsalve), referida a una escritura pública de capitulaciones matrimoniales de 10 de mayo de 1857 por ante el Notario de Campanet D. Pedro Antonio Santandreu, había declarado que las donaciones universales de ese tipo eran irrevocables, “dado el literal contexto de la escritura de donación” otorgada con ocasión del matrimonio concertado¹⁹².

LA DOTE

Me he referido con amplitud a las cuestiones de la dote en otras ocasiones¹⁹³, por lo que no voy ahora a abusar todavía más de su paciencia, que en todo caso es manifiestamente necesaria al tratar de una institución que hacía exclamar a FONTANELLA: *Quis in tanto pelago non submergetur?*¹⁹⁴. Me limitaré a considerar algunos concretos extremos que me parecen de interés.

Veamos, en primer lugar, cuál fue el

Regimen antiguo de la Dote en el Derecho de Mallorca

Siguiendo la exposición de SALVÁ y RIERA¹⁹⁵, y dejando sentado que el régimen dotal no fue otro que el sistema romano, podemos considerar los siguientes aspectos:

Promisión de la dote:

El Proyecto de Apéndice al Código Civil redactado por la Comisión de Juristas proponía, en su artículo 68 –que era trasunto del artículo 1343 del Código civil– que cuando ambos cónyuges juntamente constituyeren dote a sus hijas, se pagaría por mitad o en la proporción en que los padres se hubieren obligado respectivamente, con los bienes propios de cada uno de ellos.

En cambio, según la jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca, cuando la dote se prometía por el padre y por la madre sin especial declaración de la cantidad exigible a cada uno, había obligación de pagarla con los bienes del padre (Sentencia de 1 de abril de 1594). Se entendía que la obligación de dotar a la hija correspondía sólo al padre, mientras que la obligación de la madre era de mera fianza, es decir, sólo exigible en caso de que los bienes paternos fueran insuficientes (Sentencia de 1 de febrero de 1676). Sin embargo, la madre, en caso de tener que responder de dicho afianzamiento, no podía oponer la excepción del Senadoconsulto Velejano ni la Auténtica *Si qua mulier* (Sentencia de 12 de septiembre de 1686). Sólo en caso de que los bienes paternos fueran inexistentes la dote sería imputable en su totalidad a la madre, a no ser que se hubiera obligado sólo por una cantidad fija (Sentencia de 24 de octubre de 1674).

La dote meramente confesada, no constando su promisión al tiempo de la celebración del matrimonio, no producía hipoteca en perjuicio de tercero que hubiera contratado con el marido (Sentencias de 6 de mayo de 1673, 5

de febrero de 1676, 11 de abril de 1673, 8 de marzo de 1672, 7 de julio de 1674, etc.).

Clases de dote:

La dote se dividía –en plena concordancia con los precedentes romanos– en estimada e inestimada. La primera era adquirida en propiedad por el marido, quien tenía sólo la obligación de devolver un valor equivalente. La segunda era poseída por el marido sólo en usufructo, debiendo restituir los mismos bienes recibidos (Sentencias 15 de noviembre 1667, 3 de marzo 1620, 6 de junio 1629)¹⁹⁶.

Restitución de la dote a la disolución del matrimonio:

Una vez disuelto el matrimonio, el marido o sus herederos debían devolver la dote, en la forma dicha, a la mujer o a sus herederos, sin poder oponer moratoria o dilación en el cumplimiento de esa obligación, aunque se hubiera previsto en los correspondientes contratos (Sentencia de 19 diciembre de 1664), debiéndose intereses desde la disolución del matrimonio hasta la efectiva devolución de la dote.

Régimen actual de la dote en Baleares¹⁹⁷

Hemos dicho *supra* que el régimen jurídico de la dote en Mallorca no fue otro que el de la dote romana. Así lo afirmaba la Comisión General de Estudio del Derecho Civil de Mallorca, del Iltre. Colegio de Abogados de Palma, en Sesión de 6 de diciembre de 1880, en la que, tras decir: *Habiendo convenido todos los señores vocales que rige en Mallorca el sistema dotal romano*, se concluía: *acordaron también unánimemente que conviene continúe rigiendo*¹⁹⁸. Conclusión que los mismos señores ratificaron en Sesión del día 26 de abril de 1881, diciendo: *“Respecto al sistema dotal rige y conviene que siga rigiendo el derecho romano. El sistema dotal como el sucesorio, afecta profundamente a la familia y a la propiedad y todo ataque a su actual constitución en esta Isla fuera ocasionado a graves males que prudentemente desean evitarse en el bien meditado preámbulo del citado Real Decreto de primero de febrero del año último. En su consecuencia, rigiendo desde hace siglos el derecho romano en cuanto atañe al sistema dotal en Mallorca, no puede menos de interesarse el Colegio en que subsista su derecho histórico como fuero especial digno de mayor respeto”*¹⁹⁹.

SALVÁ y RIERA exponía que no existía especialidad en nuestro derecho escrito o consuetudinario, por cuanto era la dote romana en toda su integridad la que regía, y con posterioridad al Código Civil, entendía que lo

dispuesto por éste era el derecho vigente. Sin embargo, habiendo desaparecido de éste su regulación, y en vigencia de nuestra Compilación, habrá que estar a lo que dispone el art. 5 de ésta, que prescribe que “la dote será siempre voluntaria y se regulará por lo establecido en la escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla”.

Por consiguiente, en Mallorca –y también en Menorca en virtud del Art. 65 de la Compilación Balear– la dote, necesariamente constituida en escritura pública, ha de regirse, en primer lugar, por lo pactado en la escritura constitutiva; y, supletoriamente, por *el régimen tradicional*, es decir, el Derecho romano.

Por su parte, en Eivissa-Formentera, donde también está vigente la dote, por así reconocerlo expresamente el art. 66-5 C.B., se estará a lo pactado en las estipulaciones capitulares (*espòlits*), que habrá de ser *interpretado* con arreglo a *costumbre (ibid.)*. Para la interpretación e integración de los pactos capitulares, habrá que estar, según lo prevenido en el art. 1 C.B., a los principios generales que informan el Derecho Civil Balear, así como a las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la *tradición jurídica de las islas*.

Para aclarar cuál sea esta *tradición jurídica de las islas*, considero fundamental la declaración jurada del notario mallorquín Pere DESCOLL, a la que me referí ya en las *Lecciones de Derecho Civil Balear*²⁰⁰ el cual, con fecha 9 de septiembre de 1378, testimoniaba que las fuentes del Derecho en Mallorca eran las siguientes:

- *Quod in dicto regno Maioricarum, in successionibus defunctorum, servantur franquesie dicti regni et, ipsis deficientibus, ius commune.*
- *Quod iudices in regno Maioricarum iudicant et iudicare sunt assueti secundum dispositionem dictarum franquesiarum privilegiorum et bonorum usum dicti regni, et, in eorum defectum, secundum iuris communis dispositionem.*
- *Quod constitutiones Cathalonie in dicto regno Maioricarum non fuerint hactenus in iudiciis observate, nec etiam hodie observantur.*
- *Quod predicta omnia sunt ver et de hiis est veritas et fama.*²⁰¹

Pilar FERRER, seguida por Francisca LLODRÁ, están de acuerdo en afirmar que la *tradición jurídica de las islas* está formada por las fuentes legales históricas; la práctica notarial, las decisiones de la Real Audiencia y la interpretación de los doctores clásicos²⁰².

Digamos, para terminar este punto, que siempre y en todas partes, incluido el Islam²⁰³, ha tenido la dote la consideración de *anticipo de herencia*²⁰⁴, lo que ha dado lugar, o bien a la renuncia a los derechos hereditarios futuros (la *diffinitio* que es nuestra *definición*²⁰⁵); o bien a la colación e imputación de legítimas, y esto por lo menos desde la Constitución del Emperador LEÓN recogida en el *Codex* justiniano²⁰⁶.

EL ESCREIX

También me he referido extensamente al *escreix* en otras ocasiones²⁰⁷, por lo que no voy a insistir más ahora en lo ya dicho. Permítanme decirles, simplemente, en cuanto a su sentido verbal, dejando aparte algunas fantasías árabes de UREÑA²⁰⁸, que la palabra procede del latín *excrescere*²⁰⁹, y en catalán significa tanto como *creces*²¹⁰, manifestándose así que es un *aumento de dote*.

La institución, muy conocida y presente desde siempre en la doctrina y la práctica jurídica balear, se corresponde con la tendencia, muy acusada ya en el Derecho justiniano, de realización de aportaciones, simétricas o proporcionales, de la parte del marido a favor de la esposa y en relación con la dote recibida de ésta. Hemos dicho al principio de esta intervención que esas aportaciones maritales (las *donationes ante nuptias*) provenían básicamente del oriente, y se consolidaron mediante la Compilación de JUSTINIANO.

Ocurre que se cristaliza en ella una curiosa conjunción de elementos germánicos y romano-orientales, puesto que el *escreix* no es otra cosa sino una adaptación de la *Morgengabe* o “donación de la mañana”, donación que el marido hacía a su mujer, en premio y reconocimiento público de su virginidad, a la mañana siguiente de la noche de bodas²¹¹. La originalidad del *escreix* radica en que es siempre correlativo con la dote y proporcional con la cuantía de ésta, con lo que también participa de la *dote* germánica, ya mencionada por TÁCITO²¹². Por estas razones, entendemos que el *escreix* es una *Morgengabe romanizada*.

Con el tiempo y la civilización de las costumbres, el *escreix* pasó a recompensar más bien las cualidades personales de la esposa y, sobre todo, se asimiló a donación correspondiente a la dote²¹³, aunque, entre nosotros, siguió formulándose con la frase –ya citada en el apartado dedicado a las capitulaciones matrimoniales– *et propter vestri corporis virginitatem*, o alguna muy similar.

A mi entender, hay que dar por definitivamente superadas las dudas que en el pasado se formularon²¹⁴ respecto de la relación entre la *Morgengabe* y el *escreix*.

Entendemos que no hay lugar a ninguna duda. Como afirmaba SALVÁ y RIERA, el *escreix* “se relaciona estrechamente con la *morgengabe* (*sic*) en no deberse a las viudas, en poderse constituir después de consumado el matrimonio a semejanza de la antigua donación de la mañana, y en depender su perfección del mismo acto de su consumación”²¹⁵.

En Derecho Catalano-Balear, el *escreix* tiene su origen positivo en la Constitución I^a del título 2^o, libro 6^o, vol. 1^o de las *Constitucions de Catalunya*, otorgada por Jaime I en las Cortes de Tarragona de 1260, en la que se afirma:

“Item declaram la dita constitutió que en *donatió per noses* o per *escrex* (lo qual es degut a la mare *per rahó de la sua virginitat...*”²¹⁶.

Así pasó también a las *Costums de Tortosa*²¹⁷, en las que se fija la cuantía en la mitad de la dote y, sobre todo, se ratifica que el *escreix* es obligatorio en relación a las mujeres vírgenes, siendo potestativo cuando la esposa es ya viuda:

“E aço desus dit, es entes *en les fembres vergens*, e no en les viudes; car en les viudes no es lo marit tengut de fer *excreyx* a la muller ne la muller al marit, sino segons qu’es n’avenen entr’eyls”²¹⁸.

En Mallorca se refiere al *escreix* el Privilegi del Rey Sanxo de 8 de julio de 1316, que limita su cuantía a la cuarta parte de la dote²¹⁹:

“*Screix*. Primo ordoná que nangú gos fer ne dar per *screx* a sa muller mes que no sará la quarta part del *axovar* que pendrá...”²²⁰.

En Eivissa-Formentera, debemos al ilustre Académico D. José CERDÁ GIMENO la aportación de que también se hacía *escreix* a las viudas, como prueba la frase, extraída del *Protocolo «Senti»*, de que “y por quanto a las viudas que contrayen matrimonio se les hasen *aumento sive creces...*”²²¹.

La relación original intrínseca entre *escreix*, *virginidad* y *dote*, que es la prueba de tratarse de la que hemos llamado *Morgengabe romanizada*, se demuestra incluso por el arraigo popular, del que hay muestras en la poesía amorosa del siglo XV:

Dot sense escreix demana la llei vostra,

dice un fogoso enamorado a su amada, en clara sugerencia de deseo libidinoso²²².

En Baleares el *escreix* fue frecuentísimo, a la par que las constituciones de dote, de tal modo que la Comisión para la redacción del Proyecto de Apéndice del Código Civil no secundó la iniciativa de RIPOLL para que desapareciera, precisamente con fundamento en ese uso generalizado de la institución²²³.

Igualmente sobrevivió la institución al negativo dictamen de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, en que se la calificaba de “caída en evidente desuso” e incluida en las “otras instituciones romanas (?) que no han tomado arraigo en la conciencia jurídica del país... y, en todo

caso, de aquellas otras que resultan inconciliables con las exigencias de la sociedad actual²²⁴.

Evidentemente, hoy en día no cabe considerar el *escreix* como un *premio a la virginidad*. Tampoco lo era ya en el siglo XIX. Sí, en cambio, tiene sentido como una de las aportaciones simétricas a la dote, y totalmente tributaria de ésta.

¿Es voluntario el *escreix*?

Un apunte final –copiándome a mí mismo, por cuanto lo tengo dicho ya básicamente en otro lugar²²⁵– respecto de la voluntariedad u obligatoriedad del *escreix*. Se acostumbra a decir que el *escreix* es voluntario. No obstante, SALVÁ Y RIERA lo considera obligatorio, siempre que exista dote de la mujer²²⁶, y así lo corroboran las muchas escrituras dotaes que yo he visto, donde siempre hay *aumento de dote* en la *cuarta parte*, aunque no se suela utilizar el término *escreix*.

En las *Costums de Tortosa* era también obligatorio:

*...lo marit li deu fer escreyx o donacio per nupcies a la muller, la meytat de la quantitat desus dita...*²²⁷.

En defensa de la voluntariedad del *escreix* se aduce la Decisión de la Real Audiencia de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1589, que dice que el aumento no se debe cuando la dote no ha sido satisfecha al marido²²⁸. Pero en este caso fallaba el supuesto de hecho, porque si no se había recibido la dote, no se debía el aumento, siendo aplicable el aforismo *exceptio firmat regulam*. En cambio, por la constante presencia del *aumento* en las escrituras dotaes concluyo diciendo que, aunque fuera cierto que no se tratara de una obligación *legal*, sí que sería obligatoria en cuanto costumbre o por lo menos *convención o uso social*, con los efectos coactivos que éstos últimos tienen, tan grandes o más que los del Derecho.

En la *Compilación Balear* considero que hay fundamentos para defender la obligatoriedad del *escreix*, aunque sea con carácter supletorio. Así, en Mallorca (y por remisión del Art. 65, también en Menorca), aunque la dote sea siempre voluntaria, según prescripción del Art. 5, su régimen será el establecido en la escritura de constitución, pero, en defecto de regulación en ésta, habrá que acudir al *régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla*. Y en ésta, siempre que ha habido dote, ha habido *escreix* o *aumento*.

Del mismo modo, en Eivissa-Formentera, en virtud del Art. 66.5, el régimen de la dote y del *escreix*, reconocidas entre las *instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias*, se regula por lo pactado en las

estipulaciones capitulares; y su interpretación habrá de hacerse con arreglo a costumbre.

Para todo lo demás relativo al régimen del *escreix*, me remito a otros lugares, donde he tratado la cuestión más *in extenso*²²⁹.

APLICABILIDAD A LAS UNIONES DE HECHO

¿Será aplicable el régimen expuesto de las donaciones *propter nuptias* a las uniones de hecho?

Entiendo que, de tratarse de una mera unión de hecho con carácter meramente transitorio y fugaz, claramente no, porque se estaría forzando en demasía la naturaleza de la institución.

Sin embargo, en relación con las llamadas *parejas estables de hecho*, parece que si la vida en común no se iniciara, o bien no se consolidara, podría predicarse la ineficacia sobrevenida de las donaciones hechas en consideración de esa unión, por igual falta sobrevenida de causa, aunque la dificultad principal será, seguramente, la prueba de la causa-motivo causalizado de la donación de que se trate²³⁰.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 2 de julio de 1990²³¹ reconoce que “unas relaciones íntimas, como las del amor, o las del afecto o cariño, e incluso amistad, pueden, según los casos, ser motivo causalizado idóneo complementario (concausa) del de mera liberalidad del donante”, doctrina que, con más motivo, será de aplicación a las parejas estables.

Sin embargo, habrá que tener en cuenta que, como afirma la STS de 12 de septiembre de 2005²³², “la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio –Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92, por todas–, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”.

Consecuentemente, no se podrán aplicar, ni siquiera analógicamente, los preceptos atinentes al matrimonio, debiéndose acudir a otros instrumentos, como puede ser el principio del enriquecimiento injusto o tal vez la desaparición de la base del negocio.

CONSIDERACIONES FINALES

¿Tiene todo esto hoy algún sentido?, podemos finalmente preguntarnos. Evidentemente, si nos situamos exclusivamente desde la óptica de la *explotación familiar agraria*, que fue la realidad socio-jurídica que dio soporte y que creó la necesidad de las instituciones estudiadas, no demasiado, al haber quedado aquélla con carácter residual. Lo mismo se diga del pequeño negocio familiar gremial propio del Medievo y del *ancien régime* previo a la industrialización.

Pero, si lo consideramos desde la nueva perspectiva de la *empresa familiar*, tan extendida en Baleares y hoy en día tan ponderada y aconsejada por los entendidos...la respuesta ha de ser “Sí, y mucho”.

Las necesidades de dotar al matrimonio y la de garantizar la continuidad empresarial, cohesionando ambos fines con las legítimas, conducen a contemplar con nuevos ojos y extraer nuevas posibilidades de las venerables instituciones de la dote, la definición, y el contrato sucesorio. Las necesidades básicas son las mismas, y las respuestas también pueden serlo, al ser aquellas instituciones un destilado de sabiduría de siglos. Es lo mismo. Sólo hay que adaptarlo a las nuevas necesidades del momento actual, entre las cuales se cuenta, con carácter urgente, el reforzamiento del matrimonio y de la familia, garantía de bienestar y continuidad social.

En concreto, y por lo que respecta a la dote, Pilar FERRER ha venido insistiendo en que, lejos de ser anacrónica, su utilización sería muy conveniente, entre otros supuestos, a la hora de documentar las aportaciones dinerarias –tan frecuentes hoy– facilitadas por uno de los cónyuges a la hora de rehabilitar o mejorar la vivienda conyugal cedida por los padres del otro cónyuge²³³.

Por mi parte, entiendo que cabría una consideración unitaria tanto de la dote como de la contradote, igualando así la posición jurídica de los cónyuges, con lo que también se afrontaría la tacha, formulada por algunos, de supuesta *inconstitucionalidad* de la dote.

Por eso, *amb seny i amb hores*, me parece que sería muy conveniente abordar cuanto antes una regulación positiva mucho más amplia que la actual, del estilo de la que se está llevando a cabo en Catalunya. La nueva redacción de los artículos 1, 5, 64, 66.5, 77, 78, etc. de nuestra Compilación, a la par que nos va alejando cada vez más del Código Civil, nos puede sumir en un mar de dudas a la hora de “interpretar e integrar” el derecho aplicable, cuando las partes no hayan provisto convenientemente los pactos

correspondientes. Esta nueva *consideración global y unitaria* del matrimonio y de la sucesión futura representa una grave responsabilidad y una magnífica oportunidad para los buenos juristas de hoy.

- 1 PUIG SALELLAS, Josep M.: *Les relacions econòmiques entre esposos en la societat catalana d'avui*, "Revista Jurídica de Catalunya", (Doctrina), 1981, p. 385.
- 2 DURÁN Y BAS: *Prólogo* a la obra de SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. 1º, 2ª ed., Ed. Góngora, Madrid, p. 8.
- 3 LACRUZ BERDEJO, José-Luis: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 15.
- 4 GARCIA GOYENA: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. II, Apéndice nº 7, *Legítima o reserva á favor de los descendientes legítimos*, Madrid, 1852, pp. 328-329.
- 5 GARCIA GOYENA: *Concordancias...*, *loc. cit.*, p. 329.
- 6 La cita textual es: *...quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit, ommissis initiis atque origine non repetita atque illotis, ut ita dixerim, manibus protinus materiam interpretationis tractare?* (GAIUS, libro I. *ad legem XII. Tabularum, Digesto*, 1,2,1).
- 7 IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1965, p. 97.
- 8 SITJAR BURGUERA, Bartolomé: *Presentación a la Recopilación del Derecho de Mallorca, 1622*, a cargo de Antonio Planas Rosselló, Palma, 1996, p. VII.
- 9 BENEYTO PÉREZ, Juan: *Manual de Historia del Derecho*, Zaragoza, 1940, p. 12.
- 10 LABOULAYE: *Del método histórico en jurisprudencia, y su porvenir*, citado por DURÁN Y BAS, Manuel, en el *Prólogo* a la obra de SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, T. 1º, 2ª ed., Ed. Góngora, Madrid, p. 26.
- 11 SALVÁ Y RIERA, Jaime: *Derecho de familia en Mallorca* (tesis doctoral), Tipografía de Felipe Guasp, Palma de Mallorca, 1918, p. 27.

- 12 *op. cit.*, *Advertencia preliminar*, pp. 5 ss.
- 13 MAURA, Antonio: *Prólogo al Derecho civil vigente en Mallorca*, obra atribuida a D. Emilio BRAVO, Madrid, 1888, pp. 7-9.
- 14 GARCÍA GALLO, Alfonso: *El origen y la evolución del Derecho*, Tomo I de su *Manual de Historia del Derecho Español*, 6ª ed., Madrid, 1975, p. 455.
- 15 *ibid.*, p. 456.
- 16 DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, ed. facsímil, Civitas, Madrid, 1984, pp. 261-262.
- 17 PIÑA HOMS, Román: *Las instituciones del Reino de Mallorca a raíz del Decreto de Nueva Planta*, en *Del Decret de Nova Planta al constitucionalisme*, II Jornades d'Estudis Històrics Locals, Institut d'Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1983, p. 59.
- 18 *Sin su natural encaje en el sistema de donde proceden carecerían de explicación lógica las instituciones que sobreviven*, Acta de la sesión de las Cortes de 18 de abril de 1961, citada por LLODRÀ GRIMALT, Francisca: *La naturaleza jurídica de la Sociedad Rural Menorquina según su tradición jurídica*, en "Estudis Baleàrics", 68/69, octubre 2000/maig 2001, p. 111.
- 19 Está claro que nos referimos, entre otros, a los Profesores Pilar FERRER, Miguel COCA, TORRES LANA, Francisca LLODRÀ, etc.
- 20 MARAÑÓN, Gregorio: *Antonio Pérez*, Espasa, Madrid, 1998 –ed. príncipe de 1947–, pp. 528-529.
- 21 LALINDE ABADÍA, Jesús: *De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad*. "Revista Jurídica de Cataluña" (Doctrina), 1973, p. 538.
- 22 FERRER VANRELL, Pilar: *Informe sobre la reforma de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, por una Comisión de Expertos*, en *El informe sobre la reforma de la Compilació de Dret Civil de Baleares (Su origen y fundamento. La STSJB de 3 de septiembre de 1998)*, UIB, Materials, 5, Palma, 2000, p. 98-99.
- 23 *Vide* STSJIB de 26 de enero de 2005, sobre un caso en que se planteaba la vigencia de la doctrina de la *laesio ultra dimidium* (Pon.: Miquel Masot Miquel); y STSJIB de 24 noviembre de 2005, (Pon.: Javier Muñoz Jiménez).
- 24 LALINDE ABADÍA, J.: *La institucionalización como problema histórico*, en *Del Decret de Nova Planta al Constitucionalisme*, II Jornades d'Estudis Històrics Locals, Institut d'Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1983, pp. 27-29.
- 25 Evidente sobre todo en el tratamiento de las consecuencias para el Derecho civil balear del Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715. Materia que merecería por sí sola un extenso estudio específico.
- 26 Que no hay que confundir con *indio*.
- 27 *Código de Hammurabi* (utilizamos la clásica versión inglesa de L.W. KING, con comentarios de Charles F. Horne, 11ª ed. de la *Encyclopaedia Britannica*, 1910), Ley nº 149.
- 28 *loc. cit.*, Ley nº 150.
- 29 *loc. cit.*, Ley nº 151.
- 30 *loc. cit.*, Ley nº 152.
- 31 *loc. cit.*, Ley nº 183.

- 32 Vide , p.ej., JARILLO GOMEZ: *Derecho foral. Derecho común. Sus relaciones en el actual marco constitucional* , Servicio Publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1999, pp. 5, 9, ss.
- 33 RODRIGUEZ ADRADOS: *Mitos sobre el influjo árabe en España*, en “Saber leer”, Marzo 2002, pp. 4-5.
- 34 Decimos “catalanes” entre comillas, porque entre los conquistadores había personas de muy distintas procedencias, como pone de relieve un examen cuidadoso del *Llibre del Repartiment*, por ejemplo.
- 35 Vide MOLL, Francesc de B.: *Els llinatges catalans (Catalunya, País Valencià, Illes Balears)*, *Assaig de divulgació lingüística*, Raixa, Ed. Moll, Palma de Mallorca, 1959; MOREU-REY, Enric: *Els nostres noms de lloc*, 2ª ed., Ed. Moll, Mallorca, 1999, pp. 131-134; <http://www.fortunecity.es/sopa/botones/271/llinatges.htm>;
- 36 En relación a esta cuestión, afirma PLANAS ROSSELLÓ que la mayor parte de las obras jurídicas baleares conocidas corresponden a los géneros propios del *mos italicus*, versando sobre textos del derecho justiniano o canónico (Vide, de este autor: *Los juristas mallorquines del siglo XVI*, en “Memòries de l’Acadèmia Mallorquina d’Estudis Genealògics, Heràldics i Històrics”, n° 10, Palma, 2000, p. 69. Afirma además PLANAS ROSSELLÓ que *no existe una literatura dedicada al derecho peculiar de Mallorca* (loc. cit., p. 70).
- 37 En conversación privada conmigo, el 22-8-2001.
- 38 *Acta del General Consell* de 26 de marzo de 1696, según PIÑA HOMS: *El Gran i General Consell. Asamblea del Reino de Mallorca* (que la toma de Antoni Pons: *Constitucions e Ordinacions del Regne de Mallorca*, T. I, 1934, p. 78), Palma de Mallorca, 1977, p. 162.
- 39 Vide ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz: *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas*, Palma, 1992, *passim*.
- 40 ZOMEÑO, Amalia: *Dote y matrimonio en Al-Andalus y el Norte de Africa. Estudio sobre la jurisprudencia islámica medieval*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, pp. 57 y ss.
- 41 GOODY, J.: “Bridewealth and Dowry in Africa and Eurasia”, en J. GOODY y S.J. TAMBIAH: *Bridewealth and Dowry* (Cambridge, 1973); J. GOODY: *La evolución de la familia*; A. SCHEGEL y R. ELOUL: *Marriage transactions: Labor, property and status*, en “*American Anthropologist*” 90 (1988), 291-309, 292-293; COMAROFF, J.L.: *The meaning of Marriage payments* (Londres, 1980); HUGHES, D.O.: *From brideprice to dowry in Mediterranean Europe*, en “*Journal of Family History*” 3 (1978), 262-296, etc.
- 42 Indicamos las correspondientes denominaciones en Inglés para facilitar la lectura de la bibliografía, muy rica en este punto en el mundo anglosajón y en países de preferente habla inglesa, como la India.
- 43 Zomeño no menciona el *dower*, palabra inglesa que procede de la francesa *douaire*.
- 44 Este sistema fue el progresivamente adoptado por la legislación romano-justiniana, tendente a favorecer el *status* de la mujer, al igual que lo fueron las medidas que apuntaban hacia un sistema de comunidad conyugal de bienes, apartándose del de separación.
- 45 *The obligation to get more than one female member into wedlock with one male member could have been the situation which gave birth to dowry as a price exacted by the male and his family from the female’s family... The origin of bride-price could have taken place in*

opposite circumstances where the sex ratio favoured females and as there was a large number of males for every female, polyandry and bride-price could have been the result. Along with this generalised hypothesis... (Hindu marriages, <http://www.vivaaha.org/new-page1.htm>).

- 46 Así sucedía, por ejemplo, en el Egipto primitivo, en Asiria, Caldea, etc.
- 47 *Vide*, p.ej., MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, pp. 22 ss.
- 48 Es sabido que *rex, rey, re, roi, ...* tienen la misma etimología que *Richtung, di-rección, de-recho, di-reito, droit, right*, etc. P.ej.: en Alemán, *Richter*: el que marca la dirección, también significa el *Juez*.
- 49 *Vide*, p.ej., el episodio de Sara y Agar: *Gen.* 16, 1-6, en especial el último versículo, que recoge lo que Abraham le dice a su esposa Sara: *Ecce, ait, ancilla tua in manu tua est, utere ea ut libet*.
- 50 MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XXI, 2ª ed., Reus, Madrid, 1967, p. 283.
- 51 *Codex*, 5, 3, 19.
- 52 C. 5, 3, 20, II.
- 53 "... por más que la última legislación llama *donatio propter nuptias* a lo que no es en modo alguno una donación. La antigua *donatio ante nuptias*, era una verdadera donación que en nada difería de las demás y que se hacía notar con este nombre por temor de que se la confundiera con una donación prohibida, que tenía de hecho gran afinidad con ella: la *donatio inter virum et uxorem*. El desenvolvimiento histórico de la nueva *donatio propter nuptias*, que se deriva de la antigua *donatio ante nuptias*, explica y justifica en parte la denominación inexacta de la *donatio propter nuptias*" (SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano actual*, cit., T. 3º, pp. 21-22, nota "(f)").
- 54 Se remacha la idea en la Auténtica *ut immobilia antenuptias donatae: Simples etenim donationes non propter nuptias fiunt, sed propter nuptias vetitae sunt* (C. 5, 3, 20, II).
- 55 C. 5, 3, 20, I.
- 56 C. 5, 3, 20, III.
- 57 Significativamente intitulada: *De aequalitate dotis et propter nuptias donationis*.
- 58 Según D'ORS, A., el *arrha sponsalicia* se introdujo en la legislación cristiana por influjo del Derecho judío (*Derecho Privado Romano*, 8ª ed., revisada, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 387).
- 59 *Instituta* 2.7.§ 3; *Codex* 5, 3, 15.
- 60 *Vide* MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XXI, cit., pp. 286-288.
- 61 Partida 4ª, XI, 1ª.
- 62 P. Ej.: "the groom presents the bride with 13 coins known as *arrhae* (from the Spanish word *arras*, meaning earnest money" (*Filipino Wedding Traditions*, <http://home.att.net/~rey.decastro3/page11.html>).
- 63 Esa simplificación se había llevado ya a efecto en el Proyecto de 1851, que era más prolijo que el Código Civil. Así, el Proyecto de 1851, al tratar de las donaciones por razón de matrimonio, comprendía tres secciones: 1ª Disposiciones generales; 2ª De las donaciones matrimoniales, hechas para después de la muerte del donador, y de las mejoras por contrato entre vivos; 3ª De las donaciones matrimoniales de un esposo a otro (Arts. 1245 a 1264). *Vide* GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., III-IV, pp. 263 ss. En

- el Anteproyecto de 1882-1888 desapareció la Sección 2ª, que tampoco apareció en el Código Civil. La reforma de 1981 ha simplificado aún más el régimen de las *donationes propter nuptias*.
- 64 A este respecto, señala ROCA SASTRE que “si la prohibición de los pactos sucesorios fue debida a la finalidad de proteger la libertad de disponer por testamento (*favor testamentorum*), la libertad de los mismos pactos responde al designio de favorecer la celebración del matrimonio (*favor matrimoniorum*): *Estudios de Derecho Privado*, T. II, Madrid, 1948, p. 346. *Vide* también DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), T. XVIII, cit., pp. 259 ss., *passim*.
- 65 DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XVIII, Vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 260.
- 66 MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XXI, 2ª ed., Reus, Madrid, 1967, p. 284.
- 67 En la redacción dada a los arts. 1314 a 1444 por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.
- 68 DE LOS MOZOS: *De las donaciones por razón de matrimonio*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 293-294.
- 69 *loc. cit.*, p. 299.
- 70 Como ya observaba GARCIA GOYENA: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. III, Madrid, 1852, p. 264.
- 71 Si alguien quiere adquirir un fuerte dolor de cabeza de forma rápida, le recomiendo que se lea (sobre todo las notas a pie de página) el por lo demás magistral artículo de DE LOS MOZOS *La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica* en “Revista de Derecho Privado” 1971, pp. 803 ss.
- 72 Cf. DE LOS MOZOS, José-Luis: *La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica*, cit., pp. 803 ss.
- 73 *Concordancias...*, T. II, Madrid, 1852, p. 286.
- 74 Partida 5, Título 4.
- 75 CASTÁN sitúa la donación entre los *contratos traslativos del dominio: Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, 9ª ed., Reus, Madrid, 1962, pp. 192 y ss.
- 76 *Die Schenkung ist ein Konsensualvertrag, in dem sich jemand verpflichtet, einem anderen eine Sache oder ein Tier unentgeltlich zu überlassen*. Es decir: la donación es un contrato consensual en el que uno se obliga a entregar gratuitamente a otro una cosa o un animal.
- 77 RUGGIERO, en Voz “Modo”, en *Diccionario de Derecho Privado*, T. II (G-Z), Ed. Labor, S.A., 3ª reimpr., Barcelona, 1967.
- 78 Para éste, es “acto de disposición y no contrato”: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Barcelona, 1956, pp. 63 ss. Para PUIG BRUTAU, “lo único que tiene carácter verdaderamente unitario es el expresado criterio de política jurídica que orienta un conjunto de normas destinadas a proteger intereses superiores al interés del donatario” (*ibid.*, pp. 59-60).
- 79 DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 336.
- 80 “Las Instituciones de Justiniano colocan la donación entre los modos de adquirir la propiedad, punto de vista evidentemente exclusivo y arbitrario...” (SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo 3º, cit., p. 8).

- 81 *ibid.*
- 82 § 516.1 B.G.B.: [*Handschenkung*] *Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.*
- 83 DE LOS MOZOS, José-Luis: *La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica*, en “Revista de Derecho Privado”, 1971, pp. 803 ss.
- 84 DE LOS MOZOS: *De las donaciones por razón de matrimonio*, en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XVIII, Vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 273.
- 85 Desarrollaremos este punto *infra*.
- 86 *Instituta*, Tít. VII, Lib. II. Solución justiniana que fustigó con dureza SAVIGNY: *vide* nota 79.
- 87 Livre III. *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Art. 711, desarrollando especialmente lo relativo a las donaciones en el Titre II. *Des donations entre-vifs et des testaments (sic)*, arts. 893 ss. (Seguimos la edición oficial, *À Paris, de l'imprimerie de la République*, de 1804).
- 88 PLANIOL y RIPERT: *Traité Élémentaire*, T. III, 9ª ed., 1924, n° 2501, p. 607.
- 89 Cf., p.ej., CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, 9ª ed., Reus, Madrid, 1962, p. 201.
- 90 *Vide* DIEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 7ª ed., Madrid, 1995, p. 336; *idem* en CALVO SORIANO, que tilda la explicación de “demasiado pueril”, citado por PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Barcelona, 1956, pp. 64-65.
- 91 *Concordancias...*, T. II, cit., p. 287.
- 92 *Derecho de familia...*, cit., p. 319.
- 93 Cf. IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, 5ª ed., cit., pp. 675-676; D'ORS: *Derecho Privado Romano*, § 330, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 383.
- 94 *Vide* a este respecto, sobre la pésima consideración hacia los abogados en tiempos de SUILIO, los *Anales* de TÁCITO, XI, 5.
- 95 SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. 3º, cit., p. 11.
- 96 *Vide* GARCIA GOYENA: *Concordancias...*, cit., T. II, p. 287.
- 97 *Vide* IGLESIAS: *Derecho Romano*, cit., pp. 217 ss. (res); 262 ss. (modos); SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., T. 3º, pp. 74-75.
- 98 *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., T. 3º, pp. 102-103.
- 99 Cf. art. 1158 C.C.
- 100 D. 44, 7, 55.
- 101 D. 39, 5, 19, § 2.
- 102 RDGR 3 noviembre 2001, BOE 25-1-2002, p. 3354.
- 103 SSTS 24 octubre 1924, 23 marzo 1948, 13 noviembre 1962, 6 abril 1979, etc.
- 104 Como, por ejemplo, PUIG BRUTAU, que niega que la donación sea “un acto jurídico siempre uniforme”. Para él se trata de “un concepto jurídico forjado por la necesidad de

- salvaguardar los intereses que merecen protección por encima del interés o beneficio del donatario” (*Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Barcelona, 1956, pp. 59-60).
- 105 DIEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 7ª ed., cit., p. 336.
- 106 SSTS 25 octubre 1993, Pon.: GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; 22 diciembre 1986.
- 107 Sentencias citadas.
- 108 Cf. SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. 3º, cit., pp. 56-57.
- 109 *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 335-336.
- 110 SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. 3º, cit., p. 62.
- 111 *Angemessene Frist*, dice el § 516.2 B.G.B.
- 112 LACRUZ BERDEJO cita la SAT Barcelona de 5 de septiembre de 1951 (en “Revista General de Derecho” 1951, p. 620), que estimó “simples regalos” los de una pulsera o un reloj de pulsera; en cambio, entendió que un juego de café de doce servicios, una cafetera eléctrica con dos tazas, una plancha eléctrica, etc., eran donaciones *propter nuptias*. LACRUZ añade que el criterio de la Audiencia no le convence, porque habría que situar los regalos de que se trate en las circunstancias temporales concretas. *Vide* LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1963, p. 316.
- 113 *Código Civil*, T. XXI, cit., p. 299.
- 114 MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XXI, cit., p. 352.
- 115 LALINDE ABADÍA, Jesús: *Derecho Histórico Español*, Ariel, Barcelona, 1974, p. 432.
- 116 En este mismo sentido, SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. 3º, cit., p. 43.
- 117 *Vide* MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XXI, cit., pp. 294-297.
- 118 *Condictio o condicio iuris* es “el acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia de un negocio por su propia naturaleza, su objeto o una especial disposición del Derecho” (ENNECCERUS, citado por CASTÁN: *Derecho Civil Español...*, T. I, Vol. 2º, 10ª ed., Madrid, 1963, p. 726).
- 119 Art. 1274 C.C.
- 120 *Vide supra*.
- 121 Cf. MUCIUS: *Código Civil*, T. XXI, cit., pp. 294-297.
- 122 Algunos han dicho que el nuevo artículo es un *alarde de técnica* ..., olvidando que es lo mismo que ya decía el Derecho Romano y, *literalmente*, el artículo 1248 del Proyecto de 1851.
- 123 Sobre esta cuestión, *vide* MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XXI, cit., pp. 294 ss.; los apartados b) y c) son míos.
- 124 Cf. §§ 901, 572 A.B.G.B.
- 125 D. 2, 14, 4, 2.
- 126 *Instituta* 2, 7, 3.
- 127 La *condictio causa data, causa non secuta* o *condictio causam datorum* es la procedente “en el supuesto de prestación hecha en atención a una causa futura que no se realizaba” (CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español...*, T. I, Vol. 2º, 10ª ed., Madrid, 1963, pp. 695-696).

- 128 *Concordancias...*, T. III, cit., p. 265.
- 129 *Codex*, 5, 3, 15 y 16.
- 130 SAVIGNY: *Sistema...*, T. 3º, cit., p. 116.
- 131 C. 5, 3, 16. No nos referimos a la regulación del *beso violento*, que aún sin contar con el consentimiento de la doncella, hacía que en algunos casos se siguiera el matrimonio, como afirma el antiguo proverbio italiano: *donna vasata, donna spusata*. En Mallorca, según PIÑA HOMS, se conocía la *besada* mallorquina, que, de hacerse contra la voluntad de la mujer, incluso quedando solamente en el intento, podía llevar acarreada la pena de muerte o cadena perpetua; de asentirlo la doncella o viuda, *solamente* se castigaba con diez años de galeras; y si se trataba de jactarse de haberla besado, sin ser cierto, conllevaba la condena a *sólo* cinco años de galeras. Eran besos caros, evidentemente. Vide PIÑA HOMS, Román: *El Derecho Histórico del reino de Mallorca*, Ediciones Cort, Palma de Mallorca, 1993, p. 246, glosando el *Pregó General del Governador Ferrán Çanoguera*, de 16 de marzo de 1595, cap. LXXVIII, publicado por VIDAL RETTICH, Alfredo, en “Butlletí de la Societat Arqueològica Lul·liana”, XL (1984).
- 132 Cf. MANRESA: *Comentarios al Código Civil* T. IX, cit., pp. 285-287.
- 133 GARCIA GOYENA: *Concordancias...*, T. IV, cit., p. 265.
- 134 DE LOS MOZOS: *De las donaciones por razón de matrimonio*, en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1981, pp. 255 ss.
- 135 Pon.: ALMAGRO NOSETE.
- 136 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Las capitulaciones matrimoniales y su modificación*, en *Estudios Varios*, VIII, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, p. 253.
- 137 “Con ello llegamos a la conclusión de que el artículo 4 [de la Compilación Balear] no regula el régimen de separación de bienes sino que hace referencia a diferentes pactos de capitulaciones matrimoniales. O sea, que se refiere al pacto sobre bienes con ocasión de matrimonio” (CLAR GARAU, Raimundo: *Posible nueva interpretación del art. 4 de la Compilación del Derecho Civil Balear*, en “Missèr”, Revista del Il·ltre. Col·legi d’Advocats de Balears, nº 53, Abril 2002, pp. 12-13).
- 138 Así se las denomina en el *Privilegi* del Rey Sancho de 8 de julio de 1316 (Vide SALVÁ y RIERA, *Derecho de familia en Mallorca*, cit., p. 132).
- 139 En las *Costums de Tortosa*, Libre Quint, Rúbrica I, V, VIII, etc.
- 140 Cf. MONTAGUT, T.; FERRO, V.; SERRANO, J.: *Història del Dret Català*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2001, p. 206.
- 141 Palabra con acento grave, que no la palabra aguda *espolits*, como a veces se pronuncia, y como se la grafía en el texto oficial de la Compilación.
- 142 Cf. BORJA MOLL: *Diccionari Català-Castellà, Castellà-Català*, 4ª ed., Ed. Moll, Barcelona, 1982, p. 164.
- 143 A su vez, la palabra procede de *sponsio*. Según D’ORS, “la forma más ordinaria de crear una *obligatio* entre un acreedor y un deudor es la *stipulatio*.../... La forma verbal más antigua era la de «*spondes?* – *spondeo*»... La *sponsio* es más especialmente una forma de estipulación con fin de fianza” (D’ORS: *Derecho privado romano*, cit., pp. 477; 287). Los *esponsales* se realizaban mediante sendas *sponsiones* (de ahí *sponsalia*) del futuro marido y de la futura mujer, que se prometían en futuro matrimonio: *sponsus* y *sponsa*.

- (Vide SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*, Bosch, 1960, p. 104, *passim*).
- 144 CASANOVA-LÓPEZ: *Diccionario de términos históricos del Reino de Mallorca* (s. XIII-XVIII), Institut d'Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1986, p. 57.
- 145 *Derecho civil español...*, cit., pp. 227-228.
- 146 *Traité élémentaire*, T. III, ed. de 1951, n° 45, p. 18.
- 147 RDGR 22 noviembre 2005, B.O.E. n° 305, de 22 diciembre 2005, p. 41856.
- 148 LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., p. 269.
- 149 Decimos mal llamada *definición*, porque una cosa es *diffinir*, como constantemente atestiguan las escrituras antiguas, que es tanto como *renunciar*; y la otra es *definir*, que es ajustar o fijar.
- 150 SPEZZACATENA, A.: *Formulario pratico legale ad uso dei notai*, Napoli, 1790.
- 151 FUSCO: *Il matrimonio e la famiglia a Bari nel '700*, (<http://utenti.tripod.it/FUSCO/Matrimon.html>).
- 152 Estrenada en Viena el 26 de enero de 1790, sobre un libreto del Abbé Lorenzo da Ponte.
- 153 NAVARRO, citado por BESTARD CAMPS, Joan (referencia v. 1901: 137) en: *Casa y familia. Parentesco y reproducción doméstica en Formentera*, Institut d'Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1986, p. 133.
- 154 BESTARD CAMPS, Joan: *Casa y familia...*, cit., *ibid*.
- 155 MONTAGUT, FERRO, SERRANO: *Història del Dret Català*, cit., p. 206.
- 156 El *Witwengehalt* se define en el § 1242 del A.B.G.B.
- 157 MONTAGUT, FERRO, SERRANO: *Història del Dret Català*, cit., p. 206.
- 158 *loc. cit.*, p. 211.
- 159 PUIG SALELLAS: *Les relacions econòmiques...*, cit., p. 412.
- 160 *ibid.*, p. 413.
- 161 CLAR GARAU, Raimundo: *Régimen matrimonial de separación de bienes en el Derecho Foral Balear*, en *Jornada de Derecho Foral en homenaje al Ilustre Letrado Félix Pons Marqués*, V.V.A.A., Iltre. Col. de Abogados de Baleares, Palma, 1973, pp. 33 ss.
- 162 MASOT MIQUEL, Miquel: *El régimen económico matrimonial en la Compilación del Derecho civil especial de Baleares*, "Temis", Zaragoza, 1962, p. 215, citada por el mismo autor en sus comentarios al Art. 3 de la Compilación Balear, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXI, Vol. 1º, 2ª ed., cit., p. 67.
- 163 En *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª ed. revisada, cit., pp. 218-219.
- 164 Vide los autores acabados de citar, entre otros.
- 165 MIRALLES SBERT, J.: *Catálogo del Archivo Capitular de la Seo de Mallorca* (3 Tomos), en especial el Tomo II, Imprenta Mossèn Alcover, Palma de Mallorca, 1942, que contiene la sección de "Pergaminos. Documentos notariales".
- 166 Escritura de 4 de septiembre de 1769 ante el Notario de Palma March Joachim Rosselló, ARM, R-1158. Conservamos la grafía original.
- 167 MASPONS: *El régimen familiar catalán reflejado en las capitulaciones matrimoniales*, en "Revista de Derecho Privado", año X, n° 105, junio 1922, pp. 170 ss. (citado por CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español...*, cit., T. V, Vol. I, pp. 563-564).

- 168 PUIG SALELLAS: *Les relacions econòmiques...*, cit., p. 412.
- 169 PIÑOL AGULLÓ: *Del esplendor a la decadencia de los contratos matrimoniales en Cataluña*, en *Propiedad y matrimonio*, Col. Notarial de Barcelona, Barcelona, 1956, pp. 291-310, citado también por CASTÁN TOBENAS en *Derecho civil español...*, T. V, Vol. I, cit., p. 564.
- 170 *Vide Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª ed. revisada, cit., p. 219.
- 171 GARCIA GOYENA: *Concordancias...*, T. II, *Apéndice nº 7: Legítima o reserva á favor de los descendientes legítimos*, Madrid, 1852, pp. 328-329.
- 172 Atribuido a BRAVO: *Biblioteca Judicial: Legislación Foral de España: Derecho civil vigente en Mallorca, con un Prólogo del Excmo. Sr. D. Antonio Maura*, Madrid, 1888. Aunque el libro no mencione a su autor, SALVA y RIERA lo identifica claramente con el *Magistrado D. Emilio Bravo aunque es anónimo* (en *Derecho de familia en Mallorca*, cit., pp. 76, 78).
- 173 En los primitivos artículos 1315 a 1326 de la redacción original.
- 174 LACRUZ, José Luis: *Derecho de Familia...*, cit., p. 15.
- 175 Éstas tan bien y profundamente tratadas especialmente por MASOT MIQUEL, en amplia literatura que, por extensa y conocida, obviamos consignar en su integridad. Simplemente, señalemos aquí *El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1976, y los *Comentarios* a los artículos 8 a 13 de la *Compilación*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. XXXI, Vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 2000, pp. 228 ss.
- 176 *Vide*, sobre toda esta materia, Francisco Luis PACHECO CABALLERO: *Patrimonio familiar y herencia: revocabilidad e irrevocabilidad de las donaciones con efectos diferidos «post obitum» y el origen de los «heredamientos» catalanes*, en *El Dret comú i Catalunya*, Actes del IX Simposi Internacional. Barcelona, 4-5 de juny de 1999, Edició d'Aquilino Iglesia Ferreirós, Barcelona, 2000, pp. 57 ss.
- 177 Libro V, Tít. II, Ley VI: *Res donate, si in presenti tradite sunt, nullo modo repetantur a donatore.*
- 178 *Qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem ad illum, cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiam si in nullo lesum fuisse se dixerit.*
- 179 *Addicientes ut si quis suum castrum vel honorem vel aliquam possessionem, voluerit dare filio suo vel filie, vel nepoti vel nepote, tali vero ratione ut cuncta que dederit cunctis diebus vite sue teneat et post ejus obitum cui donaverat remaneat, talem convenit adhibere firmitatem quod etiam postmodum voluntatem suam nullatenus mutare possit...*
- 180 Arts. 50 y 51 de la *Compilación Balear*.
- 181 *Vide* esta Resolución en *Alcubilla*, Apéndice de 1925, p. 885; y en Luz ZAFORTEZA: *Jurisprudència civil balear 1852-1998*, Vol. 2, p. 1157 ss.
- 182 Esta “presunción” a que se refiere procede de la *Lex Visigothorum* 5, 2, 6, ya examinada.
- 183 *loc. cit.*, pp. 1158-1159.
- 184 En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXI, Vol. 1º, 2ª ed., citado, p. 252.
- 185 *op. cit.*, pp. 235, 236.

- 186 SALVÁ y RIERA: *Derecho de familia en Mallorca*, cit., pp. 154-155.
- 187 PACHECO CABALLERO: *Patrimonio familiar y herencia*, cit., p. 70.
- 188 Fecha significativa, por su contemporaneidad con la reconquista de Mallorca (1229), y porque demuestra que esa concepción estaba presente necesariamente en los nuevos pobladores, procedentes en gran parte de Cataluña y de todo Aragón y sur de Francia, territorios homogéneos cultural y jurídicamente.
- 189 PACHECO CABALLERO: *Patrimonio familiar y herencia...*, cit., p. 85.
- 190 *loc. cit.*, p.p. 81-83.
- 191 Esta referencia nos hace pensar que el aludido entraba en religión.
- 192 Cf. Luz ZAFORTEZA: *Jurisprudencia civil balear 1852-1998*, Vol. 2, cit., p. 963; *vide* también *Alcubilla*, Apéndice de 1908, pp. 267-268.
- 193 En diversos *Cursos de Post-Grado* sobre Derecho Civil Balear, co-organizados por la *Universitat de les Illes Balears* y el *Govern de les Illes Balears*, en sendas lecciones a mi cargo, 5-3-2002, 16-1-2004, por ejemplo.
- 194 FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, Tomo II, 6, 1, 2, Ginebra, 1686, pp. 254 ss., citado por LACRUZ en voz “Dote”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1955, p. 868.
- 195 SALVÁ y RIERA, Jaime: *Derecho de familia en Mallorca*, Tipografía de Felipe Guasp, Palma de Mallorca, 1918, pp. 122 ss.
- 196 Lo que concordaba con el antiguo artículo 1346 del Código Civil.
- 197 *Vide* lo que ya expuse en *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª ed. revisada, cit. pp. 220 ss., que reitero aquí por razones de sistemática.
- 198 Acta de la Sesión de día 6 de diciembre de 1880, de la Comisión General de Estudio del Derecho Civil de Mallorca del Iltre. Colegio de Abogados de Palma, Arxiu de Ca’n Vivot, Reg. Gr. 4649, transcrita por ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz: *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*, cit., p. 67.
- 199 *Conclusión 6ª*, Acta en el Arxiu de Ca’n Vivot, Reg. Grl. 4649, transcrita en ZAFORTEZA DEL CORRAL, Luz: *La Compilación de 1961...*, cit., p. 68.
- 200 3ª ed. revisada, citada, p. 22.
- 201 *Vide* CATEURA BENASSER, P.: *Política y Finanzas del Reino de Mallorca bajo Pedro IV de Aragón*, Institut d’ Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1982, p. 35, que indica, en nota, que el texto reseñado obra en el ARM, Lletres Reals, 30, ff. 167 vtº-168.
- 202 FERRER, Pilar: *Tradició Jurídica Mallorquina: Autors dels segles XV al XVIII*, Palma, 1990, pp. 15 ss.; LLODRÁ GRIMALT, Francisca: *La naturaleza jurídica de la Sociedad Rural Menorquina según su tradición jurídica*, en “Estudis Baleàrics”, 68/69, octubre 2000-maig 2001, p. 111.
- 203 “La entrega de la herencia a las hijas se situaría en un momento cercano a su matrimonio, constituyendo así una dote (.../...) la dote es una herencia adelantada a las hijas...” (ZOMEÑO quien cita a POWERS, en *Dote y matrimonio...*, cit., pp. 66-67).
- 204 La dote es “anticipo de legítima” (CASTÁN, citado por LACRUZ, en “Dote”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 826). “Como mecanismo corrector aparece la dote que es una aportación patrimonial del grupo familiar al sujeto que sale de él para compensarle en alguna medida su no participación en la herencia” (PÉREZ PRENDES y AZCÁRRAGA:

Lecciones de Historia del Derecho Español, cit., p. 48).

- 205 Entre nosotros, M^a Pilar FERRER VANRELL ha demostrado cumplidamente la relación entre dote y *diffinitio* en Mallorca. Vide, de esta autora: *La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*, U.I.B., Palma, 1992.
- 206 Sobre la base de que tanto la dote como las *donationes ante nuptias* habían sido liberalidades hechas a los descendientes a modo de anticipo de herencia, el emperador LEÓN dispuso que tanto la dote como la donación *ante nuptias* se llevaran a colación –por parte de la hija la dote; por parte del hijo la segunda–. Vide C. 3, 28, 29.
- 207 *Lecciones* citadas, del Curso de Derecho Civil Balear. También en *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Coordinadora M^a Pilar Ferrer Vanrell, 2^a ed. revisada, U.I.B., Palma, 2003, pp. 223 ss.
- 208 Quien afirma que la etimología de *escreix* hay que buscarla “en un verbo árabe que significa dar las gracias, agradecer los beneficios” (Cf. SALVÁ Y RIERA: *Derecho de Familia en Mallorca*, cit., pp. 124-125). Este verbo al que alude UREÑA parece que es el correspondiente al vocablo *xacara* (UREÑA: *Historia de la literatura jurídica española*, Vol. I, p. 319).
- 209 “*Excresco, is, ere, evi, etum*: Crecer, crecer más de lo regular, desarrollarse”, *Diccionario Latino-Español, Español-Latino*, Blánquez, T. I (A-J), Ed. Ramón Sopena, Barcelona, MCMLXXXV, p. 607.
- 210 En el Catalán actual, sigue teniendo el mismo significado: “Les expectatives es cobriren amb *escreix*” significa, p.ej., que las expectativas se cubrieron *con creces*. Del mismo modo, *descreix* significa “mengua” (Según D. Bienvenido Oliver, en *Código de las Costumbres de Tortosa*, T. IV, Madrid, 1881, p. 536).
- 211 Definición que sigue vigente en el § 1232.3 del A.B.G.B., que la formula así: *Das Geschenk, welches der Mann seiner Gattin am ersten Morgen zu geben verspricht, heißt Morgengabe* (es decir: el regalo que el marido promete dar a su esposa en la primera mañana, se llama *Morgengabe* –o donación de la mañana–).
- 212 *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert* (*De moribus Germanorum*, más correctamente llamado *De origine et situ germanorum*, 18).
- 213 Vide a este respecto SALVÁ y RIERA: *Derecho de familia en Mallorca*, cit., pp. 126-127.
- 214 P.ej., PASCUAL GONZÁLEZ se limita a decir que “es muy posible que tenga su génesis en la antigua «morgengabe» o «donación de la mañana»...” (*Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1951, p. 104); idem CASTÁN TOBENAS: *Derecho Civil Español...*, T. V, Vol. 1^o, cit., p. 584, donde dice que “procede probablemente de la morgengabe”(sic).
- 215 SALVÁ Y RIERA: *Derecho de Familia en Mallorca*, cit., pp. 126-127.
- 216 En *Recopilación del Derecho de Mallorca*, 1622, por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza (a cargo de Antonio Planas Rosselló), Palma, 1996, p. 212.
- 217 Libre Quint, Rúbrica I, *De arres et d’esponsalícis*, I y II, ed. de Bienvenido OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, T. IV, Madrid, 1881, pp. 230 ss.
- 218 *ibid.*, in *fine*.
- 219 Cuarta parte que era también la cuantía fijada para el Derecho longobardo, y que se donaba a la mañana siguiente de consumarse el matrimonio, *secondo il costume longobardo* (FUSCO: *Il matrimonio e la famiglia a Bari nel ‘700*, <http://utenti.tripod.it/FUSCO/Matrimon.html>).

- 220 *Privilegi del Rey Sanxo*, de 8 de julio de 1316, en *Llibre d'En Sant Pere*, f. 182 vt°.
- 221 *Protocolo de Ibiza "SENTI"*, 1764, citado por CERDÁ GIMENO, José: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., T. XXXI, Vol. 2º, Edersa, 1981, p. 18.
- 222 Del poeta Joan Roís de Corella (+ 1497), <http://www.intercom.es/folch/poesia/corella.htm>.
- 223 Que la Comisión afirmaba "ser frecuentísima en las Baleares... razón por la cual se conserva y regula". Cf. SALVÁ Y RIERA: *Derecho de Familia...*, cit., pp. 129-130.
- 224 Transcrito por Luz ZAFORTEZA DE CORRAL: *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas*, Palma, 1992.
- 225 En *Lecciones...* citadas, y en *Lecciones de Derecho civil balear*, coordinadas por Mª Pilar FERRER VANRELL, cit., 2ª ed. revisada, p. 224.
- 226 *Derecho de familia en Mallorca*, cit., p. 127.
- 227 *Costums de Tortosa*, Liber Quintus, Rúbrica I, I.
- 228 Citada por SALVÁ Y RIERA, *ibid.*, p. 131.
- 229 En las *Lecciones* citadas, así como en las *Lecciones de Derecho civil balear*, cit., 2ª ed., pp. 224 y s.
- 230 Vide AMAT LLARÍ, Eulàlia: *Les donacions per raó de matrimoni atorgades fora dels capítols matrimonials*, en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*, Joan Egea i Josep Ferrer, directores, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 190 ss.
- 231 Pon.: CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, EDJ 1990/12330.
- 232 Pon.: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio.
- 233 FERRER VANRELL, Mª Pilar: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, U.I.B., Palma, 2001, p. 158.

BIBLIOGRAFIA

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
ACIEN, M.	Sobre la emigración de Mayurqúes a al-Andalus. Los Mayurqúes en la Almería nasrí.	Les Illes Orientals d'Al-Andalus,V Jornades d'Estudis		Palma de Mallorca	1987
ALBÁCAR, J.L. y SANTOS BRIZ, J.	Código Civil. Doctrina y	T. IV	Trivium	Madrid	1992
ALEMAN MONTERREAL, Ana	Donatio et instrumentum	Comunicación	Internet		
ALOMAR ESTEVE, Gabriel	Historia de las Islas Baleares			Palma de Mallorca	1979
ALONSO MARTÍNEZ, Manuel	El Código Civil en 2 tomos (Lo referente a sus relaciones con las legislaciones forales Tomo II, Cap. XI, Sección primera.	Mallorca está en el Tomo II, Cap. XI, Sección primera.	Madrid	1884-1885	
ALVARADO PLANAS, Javier	El problema del germanismo en el Derecho Español. Siglos V-XI.	Marcial Pons	Madrid	1997	
AMAT LLARI, Eulàlia	Les donacions per raó de matrimoni atorgades fora dels capítols matrimonials	en Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua, Joan Egea i Josep Ferrer, Directors	Tecnos	Madrid	2000
AMENGUAL I BATLE, Josep	Els orígens del cristianisme a les Balears	(Tesi doctoral) Vol. I	Moll	Mallorca	1991
ARTÉS i LLOVET, Salvador	Els arxius parroquials i patrimonials del Maresme	http://194.224.132.11/biblio/congres/1B(2).h		Internet	Mayo 2001
BADOSA COLL, Ferrán; MARCO MOLINA, Juana, y otros	Compendi de Dret Civil Català		Marcial Pons	Barcelona	1999
BAYO DELGADO, Joaquín	Comentario al Capítulo Segundo del Título Segundo del Libro IV de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil	Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil	Consejo General del Poder Judicial	Madrid	2000

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
BENEYTO PÉREZ, Juan	Manual de Historia del Derecho	Librería General	Madrid	1940	
BERCOVITZ, R.; MARTINEZ-SIMANCAS, J. (Directores)	Derechos Civiles de España	Vol. VIII	Aranzadi	Madrid	2000
BESTARD CAMPS, Joan	Casa y familia. Parentesco y reproducción doméstica en Formentera	Institut d'Estudis Baleàrics	Palma de Mallorca		1986
BIONDI, Biondo	Sucesión testamentaria y donación (traducido del italiano por	2ª ed., revisada	Bosch	Barcelona	1960
BIRODKAR, Sudheer	Dahej or Hunda - Dowry and Bride-	http://www.vivaaha.org/newpage13.htm		Internet	2001
BISBAL, Joaquim	Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio	Revista Jurídica de Cataluña (doctrina)			1982
BRAVO, Emilio (?)	Derecho Civil vigente en Mallorca, con un Prólogo del Excmo. Sr. D.			Madrid	1888
BROCÁ, Guillermo Mª de	Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia			Barcelona	1918
BUSTO LAGO, José Manuel	Los procesos especiales en la LEC 1/2000: filiación, menores y liquidación del régimen económico		Marcial Pons	Madrid/Barcelona	2002
CABEZUELO ARENAS, Ana Laure	Diversas formas de canalización de la Cautela Socini		Tirant lo Blanch	Valencia	2002
CAMPO CASAL, José-Miguel del	En torno a la aplicabilidad del art. 1320 del Código Civil en el Régimen matrimonial balear	Derechos Civiles de España (Directores R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas), Vol. VIII	Aranzadi	Madrid	2000

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
CARCOPINO, Jérôme	La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio		Temas de Hoy, S.A.	Madrid	2001
CARDONA, Bernardo	La figura agraria del mayoral de Ibiza, en vías de extinción	“Missèr”, Bol. del Iltre. Col. de Abogados de Baleares	Palma	Juliol	2002
CASAMITJANA i COSTA, Josep	El Dret civil català: ara i vers el futur	Revista Jurídica de Catalunya (doctrina)	1982		
CASANOVA Y TODOLÍ, Ubaldo de; LOPEZ BONET, José-Francisco	Diccionario de términos históricos del Reino de Mallorca (S. XIII-XVIII)	Institut d’Estudis Balearics	Palma de Mallorca		1986
CASTÁN TOBEÑAS, José	Derecho Civil Foral	2ª ed.			1932
CATEURA BENNASSER, Pablo	Sociedad, jerarquía y poder en la Mallorca medieval			Palma	1984
CATEURA BENNASSER, Pau	Política y Finanzas del Reino de Mallorca bajo Pedro IV de Aragón	Institut d’Estudis Balearics	Palma de Mallorca		1982
CAVANYLLAS MUGICA, Santiago	El régimen económico matrimonial	Derechos Civiles de España (Directores R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas), Vol. VIII	Aranzadi, BSCH	Madrid	2000
CERDÁ GIMENO, José	Comentarios a los artículos 66 a 86 de la Compilación Balear	Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXXI, Vol.	Edersa	Madrid	1981
CERDÁ GIMENO, José	La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes	Revista General de Legislación y Jurisprudencia	1979		
CERDÁ GIMENO, José	Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXXI, Vol. 2º (arts. 66 a 86 de la Compilación Balear)	dirigidos por Manuel Albaladejo	Edersa	Madrid	1981
CERDÁ GIMENO, José	Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (De nuevo sobre “parejas no casadas”). Publicado originariamente en “Revista de Derecho Privado”, Febrero 2001 (I) y Marzo 2001 (II)	Estudios de Derecho Civil	Consejo General del Notariado	Madrid	2003

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
CERDÁ GIMENO, José	Unos riesgos para la seguridad del tráfico y una jurisprudencia última (El régimen económico de separación de bienes y el art. 1320 C.C.) (Publicado originariamente en "Revista de Actualidad Civil", ed. La Ley, nº 36, 2-8 octubre 2000, pp. 1309-1342).	Estudios de Derecho Civil	Consejo General del Notariado	Madrid	2003
CERDÁ GIMENO, José	La protección del acreedor en la liquidación de la sociedad de gananciales (Publicado en el volumen colectivo "Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad" -IV Encuentro de la Asociación de Abogados de Familia-, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1998, pp. 83 a 164.	Estudios de Derecho Civil	Consejo General del Notariado	Madrid	2003
CERDÁ GIMENO, José	En torno a un tema clásico: Donaciones entre cónyuges (Conferencia en el Il. Coleg. de Abogados de Valencia el 16-2-1995, y publicado originariamente en la Revista Jurídica del Notariado, nº 19, julio-septiembre 1996, pp. 9-119.	Estudios de Derecho Civil	Consejo General del Notariado	Madrid	2003
CERDÁ GIMENO, José	Unas notas sobre un tema clásico (Relaciones patrimoniales entre cónyuges) Publicado originariamente en el volumen colectivo libro-homenaje a Don José María Chico Ortiz, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 131-153	Estudios de Derecho Civil	Consejo General del Notariado	Madrid	2003

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
CLAR GARAU, Raimundo	Posible nueva interpretación del art. 4 de la Compilación del Derecho Civil	Missèr, Bol. del Il.ltre Col.legi d'Advocats de Balears, n° 53			Abril 2002
CLAR GARAU, Raimundo	Régimen matrimonial de separación de bienes en el Derecho Foral Balear	“Jornada de Derecho Foral”, V.V.A.A.	Il.ltre. Col. de Abogados de	Palma	1973
CLAR GARAU, Raimundo	El Derecho Foral de Mallorca		Leonard Muntaner	Palma	2005
COLL CARRERAS, Miguel	Sucesión contractual en Baleares	“Jornada de Derecho Foral”, V.V.A.A., Il.ltre. Col. de Abogados de Baleares		Palma de Mallorca	1973
COLL CARRERAS, Miguel; QUINTANA, Josep Maria; MIR MATEO, Juan; ULLDEMOLINS VIDAL, José M°; BOSCH MARQUÉS, Rafel	El sistema menorquí d'amicges que el Dret Civil de les Illes Balears denomina <<Societat Rural Menorquina>>	Il.ltre. Colegio de Abogados de Baleares		Palma de Mallorca	1994
CORÁN, El (edición preparada por Julio Cortés)			Editora Nacional	Madrid	1979
COSTA MARTINEZ, Joaquín	La ignorancia del Derecho		Partenón	Buenos Aires	1945
COSTA RAMÓN	Derecho Foral ibicenco			Ibiza	1945
CHECA ZAVALA, Eduardo	Apuntes de Derecho foral balear	Historia de Mallorca, coordinada por J. Mascaró Pasarius, T. I		Palma	1973
DE FERRIÈRE, Claude-Joseph	Dictionnaire de Droit et de Pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnance, de Coutûmes et de Pratiques, avec les juridictions de France	2ª ed., T. I		Paris	MDCCXL
DE LOS MOZOS, José-Luis	De las donaciones por razón de	Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XVIII, Vol. 1º, 2ª ed.	Edersa	Madrid	1982
DE LOS MOZOS, José-Luis	La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica	Revista de Derecho Privado			1971

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
DE SAVIGNY, M.F.C.	Sistema del Derecho Romano Actual	T. III		Madrid	(sin fecha)
DELGADO ECHEVARRÍA, J.	El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña			Madrid	1974
DI PIETRO, Alfredo	La legítima en el Derecho Romano	“XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina”	http://www.jornadas-civil.org/legitima.htm ; http://comunidad.derecho.org/pandectas/n		Enero 2003
DIEHL, Carlos	Grandeza y servidumbre de Bizancio		Espasa-Calpe, S.A.	Madrid	1943
DIEZ SOTO, Carlos Manuel	Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de		Colegio de Registradores de la Propiedad	Madrid	2004
DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio	Instituciones de Derecho Civil, Volumen I/2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa.	Responsabilidad extracontractual. (2ª ed.)	Tecnos	Madrid	1998
DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio	Sistema de Derecho Civil, Vol. II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad		Tecnos	Madrid	1995
DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio	Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Reimpresión de la 7ª		Tecnos	Madrid	1998
DILLARD, Heath	Daughters of the Reconquest: Women in Castilian Town Society, 1100-1300 (Chapter 2: Brides, weddings and the bonds of matrimony).	The library of Iberian Resources online: http://libro.uca.edu/dillard/dr2.htm		Internet	2002

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
D'ORS, Alvaro	Derecho Privado Romano	8ª ed., revisada	Eunsa	Pamplona	1991
DURAN RIVACOBA, Ramón	Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos	Poder Judicial, 2ª época, nº 35	Consejo General del Poder Judicial		Septiembre 1994
DURÁN Y BAS, Manuel	Estudios Jurídicos			Barcelona	1888
EGEA i FERNANDEZ, Joan	Despeses familiars, comentari a l'article 4 del Codi de Família de Catalunya	Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'ajuda	Tecnos	Madrid	2000
EGEA i FERNANDEZ, Joan; FERRER i RIBA, Josep (Directors)	Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua		Tecnos	Madrid	2000
ENSEÑAT PUJOL, J.B.	Historia de la Baronía de los Señores Obispos de Barcelona en Mallorca		Imprenta Tipográfica Provincial	Palma de Mallorca	1919
ESCUADERO, José-Antonio	Curso de Historia del Derecho			Madrid	1995
FERNANDEZ DOMINGO, Jesús-Ignacio	Curso de Derecho Civil Foral		Dykinson	Madrid	2000
FERNANDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa	Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil		Comares	Granada	2006
FERRER VANRELL, Mª Pilar	Tradicció jurídica mallorquina: Autors dels segle XV al XVIII	Materials, 1	U.I.B.	Palma	1990
FERRER VANRELL, Mª Pilar (Coordinadora)	Lecciones de Derecho Civil Balear (VVAA)	2ª ed. revisada	UIB Col.lecció Materials Didàctics, nº 082	Palma	2003
FERRER VANRELL, Mª Pilar; MUNAR BERNAT, Pedro A.	Legislación Civil Balear. Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears y Ley de Parejas Estables	(Edición, con notas de antecedentes, concordancias y jurisprudencia, preparada por :). Edición bilingüe.		Palma	2002

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
FERRER VANRELL, María Pilar	El informe sobre la reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears (Su origen y fundamento. La STSJB de 3 de septiembre de 1998)	Materials, 5	U.I.B.	Palma	2000
FERRER VANRELL, María Pilar	La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía	Materials, 6	U.I.B.	Palma	2001
FERRER VANRELL, María Pilar	La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina		U.I.B.	Palma	1992
FERRER VANRELL, María Pilar	Las fuentes del Derecho Civil Balear: artículo 1 de la Compilación del Derecho Civil de Balears	“Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, n° 1918/2002			
FERRER VANRELL, María Pilar, i MUNAR BERNAT,	Materials precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears		U.I.B.	Palma	2002
FREEDMAN, Paul	The Cathedral of Vic as a litigant - Resolution of disputes in the Twelfth Century	The library of Iberian resources on line		http://libro.uca.edu/vic/dv5.htm	1998
FUERO JUZGO	En latín y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1815			Madrid	1815
GARCIA GOYENA, Florencio	Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil	Tomos III-IV		Madrid	1852
GARCIA-GALLO, Alfonso	El origen y la evolución del Derecho (t. I de su Manual de Historia del Derecho Español)	6ª ed.		Madrid	1975
GARRIDO DE PALMA, Víctor	El matrimonio y sus regímenes jurídicos	Revista de Derecho Privado			1979

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
GARRIDO MELERO, Martín	Derecho de Familia: Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el		Marcial Pons		1999
GAY ESCODA, Josep-Maria	La gènesi del Decret de Nova Planta de Catalunya	Revista Jurídica de Catalunya (doctrina)			1982
GHERRI, Paolo	Il primo Codice di diritto canonico: fu vera codificazione?	“Apollinaris”, LXXVII (2003)			2003
GIMENEZ- CANDELA, Teresa	Derecho Privado Romano, Parte I		Tirant lo Blanch	Valencia	1996
GIMÉNEZ- CANDELA, Teresa	Derecho Privado Romano	Parte II	Tirant lo Blanch	Valencia	1997
GIMENEZ-DUART, Tomás	El artículo 1320 del Código civil, ¿es aplicable en	Revista Jurídica de Cataluña (doctrina)			1982
GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina	Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea (Prólogo de Alegría Borrás)		Marcial Pons	Madrid	2004
GRATIANUS	Decretum Magistri Gratiani	Ed. Aemilius Friedberg, ex officina Bernhardi Tauchnitz		Lipsiae	MDCCLXXIX
GROS, Johann Friedrich Carl	Abhandlung von Testamenten, Codicillen, von Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall, von Legaten und der Quarta Falcidia, von Fideicommissen und der Quarta Trebellianica			Hadamar	1820
HADRI, Souad El	El estatuto jurídico de la mujer en el Islam	“La multiculturalidad”, Cuadernos de Derecho VI	Consejo General del Poder Judicial		2001
HERNANDEZ MORENO, Alfonso; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinadores)	El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella		Cedecs	Barcelona	2000

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
HILBE, Herbert	Flur und Name: Morgagab b.htm	<a href="http://www.supra.net/h
aebi/Flur/flur_morgaga
b.htm">http://www.supra.net/h aebi/Flur/flur_morgaga b.htm		Liechtenstein	1995
HUMM, Alan	Marriage and Divorce documents from the Ancient Near East		<a href="http://ccat.sas.upenn.
edu/~hummm/Topics/c
ontracts/marri01.html">http://ccat.sas.upenn. edu/~hummm/Topics/c ontracts/marri01.html		1995
IGLESIAS, Juan	Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado	5ª ed.	Ariel	Barcelona	1965
ISIDORO DE SEVILLA	Etimologías	Tomos I y II., 2ª Ed.	B.A.C.	Madrid	MCMXCIII
JARILLO GOMEZ, Juan-Luis	Derecho Foral. Derecho Común. Sus relaciones en el actual marco constitucional		Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho	Madrid	1999
JOHNS, Rev. Claude Hermann Walter	Babylonian Law-The Code of Hammurabi	Encyclopaedia Britannica, 11th Edition			1910-1911
KOSCHAKER, Paul	Europa y el Derecho Romano Cruz Teijeiro	Traducción del original alemán de José Santa	Edersa	Madrid	1955
LABARTA, A.	Contratos matrimoniales entre moriscos valencianos	“Al-Qantara”, 4	1983		
LACRUZ BERDEJO, José-Luis	Derecho de Familia. El matrimonio y su economía		Ed. Librería Bosch	Barcelona	1963
LACRUZ BERDEJO, José-Luis	“Dote”, voz en Jurídica”, T. VII	“Nueva Enciclopedia	Ed. Francisco Seix	Barcelona	1955
LACRUZ BERDEJO, José-Luis	Estudios de Derecho Civil		Bosch	Barcelona	1958
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique	Derecho Civil Común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas	I: “Boletín de Información”, Ministerio de Justicia e Interior, 5 diciembre 1994, pp. 104 ss.; y II: Bol. cit., 15 diciembre 1994.			
LALINDE ABADÍA, Jesús	Derecho Histórico Español		Ariel	Barcelona	1974
LALINDE ABADÍA, Jesús	Iniciación Histórica al Derecho Español			Barcelona	1970
LALINDE ABADÍA, Jesús	La institucionalización como problema	“Del Decret de Nova Planta al Constitucionalisme”, II Jornades d’Estudis Històrics Locals	Institut d’Estudis Baleàrics	Palma de Mallorca	1983

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
LASARTE ALVAREZ, Carlos	Principios de Derecho Civil	T. Sexto, "Derecho de Familia", 2ª ed.	Trivium	Madrid	2000
LETE DEL RÍO, José-Manuel	Prólogo a la obra de Angel-Luis Rebolledo Varela: Separación de Bienes en el matrimonio		Ed. Montecorvo	Madrid	1983
LOMBARDI, Daniela	Matrimoni di antico regime		Società editrice il Mulino	Bologna	2001
LOPEZ BONET, José-Francisco; CASANOVA y TODOLÍ, Ubaldo	Diccionario de términos históricos del Reino de Mallorca (S. XIII-XVIII)		Institut d'Estudis Balearics	Palma de Mallorca	1986
LOPEZ Y LOPEZ, A.M.; MONTÉS PENADÉS, V.L.; ROCA TRÍAS, E.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R. y otros	Derecho de Familia, coordinada por V.L. Montés Penadés		Tirant lo Blanch	Valencia	1991
LLODRÁ GRIMALT, Francisca	La naturaleza jurídica de la sociedad rural menorquina según su tradición jurídica	"Estudis Balearics", 68/69		Palma	Octubre 2000/Maig 2001
LLODRÁ GRIMALT, Francisca	Sobre la sucesión intestada en Mallorca (antes y después de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de	Materials, 4	UIB	Palma	1999
MALUQUER DE MOTES BERNET, J. (Coordinador)	Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho Catalán		Bosch	Barcelona	2000
MANRESA Y NAVARRO, José María	Comentarios al Código Civil	6ª ed.	Reus, S.A.	Madrid	1969
MANS PUIGARNAU, Jaime	Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia		Bosch	Barcelona	1979
MARTIN LEÓN, Antonio	Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil		Aranzadi	Pamplona	2002

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
MARTIN OSANTE, Luis-Carlos	Los nuevos procesos de división de patrimonios; en especial el proceso de liquidación del régimen económico del matrimonio (arts. 782 a 811 LEC 1/2000)	"Revista del Poder Judicial" (C.G.P.J.), nº 65			2002
MARTINEZ FERRANDO, J. Ernest	La tràgica Història dels reis de Mallorca		Aedos	Barcelona	1960
MASCARÓ ALBERTY, Matías	Derecho foral de Mallorca	1ª ed.	Tipografía del Comercio	Palma	1891
MASCARÓ ALBERTY, Matías	Ensayos jurídicos sobre derecho foral en Mallorca	2ª ed.	Tipolitografía de Amengual y Muntaner	Palma	1896
MASCARÓ ALBERTY, Matías	Ensayos jurídicos sobre derecho foral en Mallorca	3ª ed.: Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana, T. VIII (1899-1900)			
MASCARÓ ALBERTY, Matías	Ensayos jurídicos. Derecho Foral de Mallorca		Ed. José Tous	Palma	1904
MASOT MIQUEL, Miguel	El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación			Palma de Mallorca	1979
MASOT MIQUEL, Miquel	El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca			Palma de Mallorca	1976
MASOT MIQUEL, Miquel	La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes	"Revista Jurídica de les Illes Balears", 01		Palma	
MASOT MIQUEL, Miquel	La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante según el artículo 3.4 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares	Homenaje al Profesor Lacruz			
MAURA, Antonio	Prólogo al Derecho Civil vigente en Mallorca		Biblioteca Judicial. Legislación Foral de España	Madrid	1888
MAYNZ, Carlos	Curso de Derecho Romano, traducido al español por Antonio J. Pou y Ordinas	T. III	Jaime Molinas, editor	Barcelona	1888

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
MEYER's	Konversationslexikon 4. Auflage in 16 Bänden			Leipzig	1888-1889
MIELI, Aldo	Panorama general de Historia de la Ciencia: II. El mundo islámico y el occidente medieval		Espasa-Calpe, S.A.	Buenos Aires	1946
MIR DE LA FUENTE, Tomás	Las parejas estables y el impuesto sobre sucesiones y donaciones (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002. Sección Segunda de la Sala Tercera. Ponente: Pujalte Clariana)	“Revista jurídica de les Illes Balears”, n° 01			
MIRALLES SBERT, J.	Catálogo del Archivo Capitular de la Seo de Mallorca	3 tomos, en especial, T. II, que contiene los “Pergaminos. Documentos notariales”.	Imprenta Mossèn Alcover	Palma de Mallorca	1942
MOLL, Francesc de B.	Els llinatges catalans (Catalunya, País Valencià, Illes Balears)		Moll	Palma de Mallorca	1959
MONSERRAT QUINTANA,	La dote y las instituciones paradotales. El Escreix	En Lecciones de Derecho Civil Balear, V.V.A.A., Coordinadora Pilar Ferrer Vanrell, 3ª ed. revisada	U.I. B.	Palma	2004
MONSERRAT QUINTANA,	Los censos y el alodio	En Lecciones de Derecho Civil Balear, V.V.A.A., Coordinadora Pilar Ferrer Vanrell, 3ª ed. revisada	U.I.B.	Palma	2004
MONSERRAT QUINTANA,	El derecho de estatge	En Lecciones de Derecho Civil Balear, V.V.A.A., Coordinadora Pilar Ferrer Vanrell, 3ª ed. revisada	U.I.B.	Palma	2004
MONSERRAT QUINTANA,	La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears	En Lecciones de Derecho Civil Balear, V.V.A.A., Coordinadora Pilar Ferrer Vanrell, 3ª ed. revisada	U.I.B.	Palma	2004
MONTAGUT, T.; FERRO, V.; SERRANO, J.	Història del Dret Català		Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya	Barcelona	2001
MONTERO AROCA, Juan	La reforma de las Salas de lo Civil y	“Poder Judicial”, 2ª época, n° 24,			1991

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
MONTES REYES, Amalia	División judicial de patrimonios		La Ley	Madrid	2000
MOREU-REY, Enric	Els nostres noms de lloc	2ª ed.	Moll	Mallorca	1999
MOREY TOUS, Antònia	L'heretat de Ca'n Thomàs: un exemple de transmissió fideicomissària a Mallorca	"Estudis Balearics", nº 34			1989
MUCIUS SCAEVOLA,	Código Civil, T. XXI, 2ª ed.		Reus, S.A.	Madrid	1967
NAVARRO SÁNCHEZ, Angel C.	Derecho Balear, inmigración y turismo de masas en Calviá	Valldargent	Ajuntament de Calviá	Peguera (Mallorca)	1998
NAVARRO SÁNCHEZ, Angel C.	Derecho Balear, inmigración y turismo de masas en Calviá		Ajuntament de Calviá, Valldargent 4	Peguera	1998
NOGUERA i GUZMÁN, Raimon	Contestació al discurs Les relacions econòmiques entre esposos...de Josep M. Puig i Salellas	Revista Jurídica de Catalunya (doctrina)			1981
NORWICH, John Julius	Breve Historia de Bizancio (traducción de Carmen Martínez Gimeno)		Cátedra	Madrid	2000
O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier	Código Civil. Comentado y con jurisprudencia		La Ley-Actualidad	Madrid	1996
O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier	Compendio de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia	2ª ed.	Edersa	Madrid	1988
OLIVER, Bienvenido	Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa, T. IV			Madrid	1881
ORLANDIS ROVIRA, José	El amanecer de Europa	"Razón Española", nº 108			2001
ORLANDIS ROVIRA, José	Historia de la Iglesia. I. La Iglesia Antigua y Medieval	7ª ed.	Palabra	Madrid	1995

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
PACHECO CABALLERO, Francisco-Luis	Patrimonio familiar y herencia: revocabilidad e irrevocabilidad de las donaciones con efectos diferidos post obitum y el origen de los heredamientos catalanes	“El Dret comú i Catalunya”, Actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 4-5 Juny		Barcelona	2000
PARA MARTIN, Antonio	Comentario al capítulo I del título III de la Compilación de derecho civil de Cataluña sobre disposiciones generales relativas al régimen económico-conyugal	Revista Jurídica de Cataluña (doctrina)			1974
PARÓ PAZOS, Juan	Aproximación historiográfica a la codificación civil española	Estudios de Historia del Derecho Europeo, Homenaje al Profesor G. Martínez Díez, Vol.	Ed. Complutense	Madrid	1994
PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis	Derecho civil de Mallorca	(Hay una edición facsímil, junto con la obra de Miguel MASOT MIQUEL: El derecho civil de Mallorca después de la Compilación, Palma de Mallorca, 1979.		Palma de Mallorca	1951
PEREZ i MARTINEZ, Llorenç; COLL i TOMAS,	Ramon de Torrelles. Primer bisbe de Mallorca	Col.lecció La Seu, N° 1		Mallorca	1988
PEREZ PRENDES, José-Manuel; AZCÁRRAGA, Joaquín de	Lecciones de Historia del Derecho Español	2ª ed.	Centro de estudios Ramón Areces, S.A.	Madrid	1993
PILLORGET, René	Del absolutismo a las revoluciones	Historia Universal, Tomo IX	EUNSA	Pamplona	1985
PINYA I HOMES, Romà	La participació de Mallorca en les Corts Catalanes		Obra Cultural Balear	Ciutat de Mallorca	1978
PIÑA HOMES, Román	El Consolat de Mar. Mallorca 1326-1800		Institut d'Estudis Baleàrics	Palma de Mallorca	1985
PIÑA HOMES, Román	El Derecho Histórico del Reino de Mallorca		Cort	Palma de Mallorca	1993
PIÑA HOMES, Román	El Gran i General Consell. Asamblea del Reino de Mallorca			Palma de Mallorca	1977

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
PIÑA HOMS, Román	Fundamentos Jurídicos de Europa. Apuntes para una Historia del Derecho		Cort	Palma	2001
PIÑA HOMS, Román	Las instituciones del Reino de Mallorca a raíz del Decreto de Nueva Planta: necesidades de investigación, en	Del Decret de Nova Planta al constitucionalisme, II Jornades d'Estudis Històrics Locals	Institut d'Estudis Baleàrics	Palma de Mallorca	1983
PLANAS FERRER, Rosa	Els malnoms dels xuetes de Mallorca		Lleonard Muntaner, editor	Palma	2003
PLANAS ROSSELLÓ, Antonio	Los juristas mallorquines del siglo XVI	Memòries de l'Acadèmia Mallorquina d'Estudis Genealògics, Heràldics		Palma	2000
PONS i GURI, Josep M.; FONT i RIUS, Josep M.	Estudis Introductoris: Constitucions i altres Drets de Catalunya. Compilacions de	Edició Facsímil	Editorial Base	Barcelona	2004
PONS, Guillermo	Historia de Menorca		Menorca, S.L.	Mahón	1971
PUIG BRUTAU, José	Fundamentos de Derecho Civil	T. II, Vol. II	Bosch	Barcelona	1956
PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E.	Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña	T. II, Derecho Familiar Catalán		Barcelona	1979
PUIG PEÑA, Federico	Compendio de Derecho Civil				
PUIG SALELLAS, Josep M.	Les relacions econòmiques entre esposos en la societat catalana d'avui (Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya)	Revista Jurídica de Catalunya (Doctrina)			1981
QUADRADO, José María	Privilegios y Franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y	(Hay una edición facsímil, Palma 2002).	Escuela Tipográfica Provincial	Palma de Mallorca	1894
QUINTANA PETRUS, Josep María	Derecho civil y sistema de fuentes en el Estatuto de Autonomía para las	Revista crítica de Derecho Inmobiliario			1983

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
REBOLLEDO VARELA, Angel-Luis	Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), Prólogo por el Prof. José-Manuel Lete del Río.		Montecorvo	Madrid	1983
REBOLLEDO VARELA, Angel-Luis	La liquidación del régimen económico matrimonial (1), en	Cuestiones de Familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Manuales de Formación Continuada, nº 17	CGPJ	Madrid	2001
RIPOLL Y PALOU, Pedro	Memoria sobre las Instituciones de Derecho Civil de las Baleares, escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real decreto de 2 de Febrero de 1880 (Apéndice nº 1º en Derecho Civil vigente en Mallorca	(Según PLANAS ROSSELLÓ y otros, el original es de la Imprenta de la Casa de Misericordia, Palma 1885)	Biblioteca Judicial	Madrid	1888
RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José	Derecho de Sucesiones. Común y Foral	2 tomos	Dykinson	Madrid	1992
ROCA SASTRE, Ramón María	Dictámenes Jurídicos	Revisados y clasificados por Ramón Faus Esteve, Tomos I y	Bosch	Barcelona	1984
ROCA TRÍAS, Encarna	Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca	Anuario de Derecho Civil, T. XXXV			1982
ROCA TRÍAS, Encarna	L'evolució del Dret Catalá de Família fins a la present Llei 9/1998, de 15 de Juliol, del Codi de Família	El Dret Comú i Catalunya, Actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 4-5 de Juny de 1999		Barcelona	2000
RODRIGUEZ ADRADOS, Francisco	Mitos sobre el influjo árabe en España	“Saber leer”, Revista crítica de libros, Fundación Juan March, nº 153			2002
ROSTOVITZEFF, M.	Historia Social y Económica del Imperio Romano	2 tomos, 4ª ed. (Traducción castellana del original inglés de 1926, con variantes y adiciones, de Luis López-Ballesteros.	Espasa-Calpe	Madrid	1981
SABATER, Gaspar	Historia de las Baleares		Ediciones Cort	Palma de Mallorca	1987
SALVÁ Y RIERA, Jaime	Derecho de Familia en Mallorca	tesis doctoral	Tipografía de Felipe Guasp	Palma de Mallorca	1918

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
SANPERE Y MIQUEL, Salvador	Fin de la nación catalana			Barcelona	1905
SANPERE Y MIQUEL, Salvador	Papeles sobre el nuevo Reglamento para el Gobierno de Mallorca, Año 1716	Bolletí de la Societat Arqueològica Lul.liana (BSAL), T. XI (1905-1906)			1905-1906
SANTAMARÍA ARÁNDEZ, Alvaro	El reino privativo de Mallorca	Historia de Mallorca, coordinada por Mascaró Pasarius, T. II		Palma	1975
SCHULZ, Fritz	Principios del Derecho Romano	2ª ed. de la versión española del original alemán: Prinzipien des Römischen Rechts, de 1934, y toma como base la versión italiana (Traducción y presentación: Manuel Abellán Velasco).	Civitas	Madrid	2000
SCHULZ, Fritz	Derecho romano clásico (traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro)		Bosch	Barcelona	1960
SIMÓ SANTONJA, Vicente L.	Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy		Aranzadi	Pamplona	1978
SPEZZACATENA, A.	Formulario pratico legale ad uso dei notai			Napoli	1790
STEIN, P.G.	El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica	Traducción de C. Hornero y A. Romanos		Madrid	2000
TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.	La unión de hecho y el derecho a no casarse		Comares	Granada	2001
TORRES LANA, José-Angel	Panorama del Derecho Civil de las Islas Baleares	Derechos Civiles de España, Directores R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, Vol. VIII	Aranzadi-BSCH	Madrid	2000
UREÑA Y SMENJAUT, Rafael	Historia de la Literatura Jurídica Española			Madrid	1906
UREÑA, Rafael	La influencia semita en el derecho medioeval de España	Revista de legislación y jurisprudencia, XCII			
UREÑA, Rafael de	Estudios sobre donaciones		Montecorvo	Madrid	1978

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
VALLET DE GOYTISOLO, Juan	Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I, Las legítimas, * y **, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Vol. LVIII.		Instituto Nacional de Estudios Jurídicos	Madrid	1974
VALLET DE GOYTISOLO, Juan	Panorama del Derecho Civil	2ª ed.	Bosch	Barcelona	1973
VALLET DE GOYTISOLO, Juan	Las capitulaciones matrimoniales y su modificación	Estudios Varios, VIII	Montecorvo, S.A.	Madrid	1980
VARIOS AUTORES	Comentario del Código Civil	T. II	Ministerio de Justicia	Madrid	1991
VARIOS AUTORES	El Dret comú i Catalunya	Actes del IX Simposi Internacional, Barcelona 4-5 de Juny	Associació Catalana d'Història del Dret "Jaume de Montjuïc", Fundació Noguera	Barcelona	2000
VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos	Administración y liquidación del régimen económico del matrimonio		Dijusa		2004
VICENS VIVES, Jaime	Historia General Moderna	Tomo 1º, 7ª ed.	Montaner y Simón	Barcelona	1971
VILA RIBAS, Carmen	El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares	Cuadernos de la Facultad de Derecho, 1987-88, nº 16	U.I.B.		
VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos - HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso (coord.)	El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella		Cedecs	Barcelona	2000
VITORIA, Ursino	Un problema de las regiones forales	Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 148			1926
VOGT-LÜERSSSEN, Maike	Alltagsgeschichte des Mittelalters			http://members.tripod.de/~historica/mitteltaler.html	
ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz	La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas			Palma	1992

AUTOR	TITULO	REV., OBRA	EDITORIAL	LUGAR	
ZOMEÑO, Amalia	Dote y matrimonio en Al-Andalus y el Norte de Africa. Estudio sobre la jurisprudencia islámica medieval		Consejo Superior de Investigaciones Científicas	Madrid	2000

**DISCURSO DE CONTESTACION
AL DE INGRESO EN LA ACADEMIA DEL
ILMO. SR. D. ANTONIO MONSERRAT QUINTANA,
POR PARTE DEL ACADÉMICO
ILMO. SR. D. JAIME FERRER PONS**

Quiero que mis primeras palabras sean de agradecimiento al Presidente de la Academia por haberme designado para contestar al discurso de ingreso del nuevo académico.

También debo manifestar mi satisfacción por tan honroso encargo, especialmente por la vieja amistad que me une con Antonio Monserrat. Y al recordar los comienzos de esta relación he de retroceder a muy lejanos tiempos, en los que mi limitado quehacer profesional me permitía las tareas que más satisfacción me han proporcionado: de una parte, las clases en la incipiente Facultad de Derecho (o sección Delegada de la Facultad de Derecho en Palma) en el entrañable edificio de Sa Riera, y de otra la orientación en la preparación de opositores a notarías. Antonio Monserrat inició el “vía crucis” de esta preparación. Antonio era un opositor con todas las facultades para alcanzar la meta propuesta, como lo lograron compañeros que los dos recordamos muy bien. Pero surgió una piedra en su camino: un problema importante en la visión no le permitió el esfuerzo casi inhumano de estudio, con luz solar o artificial, y todos los días del año. Y, creo que, con dolor suyo y mío, tuvo que dar un rumbo diferente a su vida profesional. Como es sabido, dedicó afanes y esfuerzos al ejercicio de la abogacía, deviniendo con los años, en lo que se llama “un abogado de prestigio”, lo que fue determinante, y además requisito, para su designación como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, máximo órgano jurisdiccional de nuestra Comunidad. Se perdió un notario pero se ganó un Abogado y un Magistrado, confirmando el acierto de nuestro refranero de que “no hay mal que por bien no venga”.

No me corresponde a mí reseñar sus restantes méritos como jurista.

Señalar simplemente que en atención a ellos, la Academia de Jurisprudencia y Legislación le eligió como Miembro de número. Le felicito y me felicito por esta merecida designación y creo no me ciega el afecto que por él siento si digo que la Academia se enriquece con el ingreso del nuevo Académico.

En principio, el título del discurso e incluso algunos apartados de su índice de contenidos pueden inducir a dudar del acierto en la elección del tema, ya que lo que suele considerarse apropiado es lo actual, lo novedoso.

Y la dote, el esreix y las donaciones “propter nuptias”, por ejemplo, pueden parecer cuestiones obsoletas y de dudoso interés. No creo, en absoluto, que sea así. De una parte me parece muy apropiada, en el acto que estamos celebrando, la disertación sobre unas cuestiones tan conectadas con nuestro Derecho civil propio. De otra parte, el discurso del nuevo académico constituye un estudio jurídico documentado y profundo, cuya lectura disipa inmediatamente cualquier duda acerca de su interés.

Pero es que Antonio Monserrat, quizás intuyendo las dudas antes señaladas, inicia su estudio recordando la opinión doctrinal que las instituciones fundamentales del Derecho Privado son la familia y la propiedad, porque responden a dos leyes de nuestra naturaleza, y que el Derecho de Familia es la rama del Derecho Privado que hoy conserva más plena actualidad en la sociedad actual.

Parece innecesario remarcar la importancia que para la persona y la sociedad tiene el derecho de propiedad, pero la familia es, con toda seguridad, la institución más antigua que conoce la Humanidad, habiendo afirmado un autor (Puig Brutau) que “no puede señalarse ninguna sociedad en la que no aparezca y no forme un elemento esencial de su organización”. También se ha podido señalar (tesis de H.S. Maine en 1861) que “la existencia de la familia es la base para la existencia misma del derecho en las sociedades más primitivas”. Esta importancia de la familia se ha querido remarcar haciendo notar que evidentemente la familia es una unión o asociación de personas, pero también una institución de la que se sirve la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión de la propiedad (Robert Bierstedt). Gráficamente se ha precisado que una familia es un grupo social y la familia una institución.

Todo ello ha determinado que se planteara la cuestión de si la familia tiene o debe tener personalidad jurídica. Es evidente que el Derecho positivo español no reconoce propia personalidad jurídica a la familia, y la otra cuestión de si sería conveniente su reconocimiento, parece merecer también una respuesta negativa, ya que lo que la sociología percibe y estudia como una unidad real, no siempre debe ni puede servir de base a

la atribución de personalidad jurídica. No obstante, un jurista tan destacado como Castán, maestro de casi todos los presentes, estima que “desde un punto de vista de ideales jurídicos merece ser bien acogida la tesis de la personalidad de la familia, si bien esta atribución de personalidad jurídica requiere todavía una seria gestación doctrinal”.

Y aún cuando el Art. 39 de nuestra Constitución, al asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, no se refiere únicamente a la matrimonial, la relación que establece el autor entre familia y matrimonio parece no deja lugar a dudas de que el modelo de familia que tiene presente es la unión matrimonial de un hombre y una mujer, el cual parece abocado a un paulatino proceso de debilitamiento, ya que en la familia actual se dan unos rasgos característicos y entre otros: el descenso y retraso de la nupcialidad, las uniones alternativas al matrimonio, el descenso de la natalidad, la aparición y proliferación del divorcio, el incremento de la mentalidad divorcista, la creciente incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar, etc., etc. todo lo cual determina la necesidad de un cambio del Derecho, porque así lo demanda la Sociedad del Siglo XXI.

Es claro que estas cuestiones no encajan en el estudio del autor, el cual acota con toda precisión el contenido de su disertación en un ámbito económico-patrimonial, aspecto de la familia contemplado por economistas y sociólogos, que señalan que es la primera realidad económico-social. Y en estudios referidos a esta cuestión se afirma que los elementos fundamentales de la economía (inversión, ahorro, gasto, trabajo, consumo) llegan a deteriorarse si no se contemplan en profundidad en torno a la familia, que la “eficiencia” de la vida en familia resulta más elevada que cuando se vive solo y que la familia presenta unos rasgos que muestran gran similitud a los de una empresa, y así en aquella se desarrollan actividades y se producen bienes y servicios domésticos, habiéndose podido afirmar que la estimación del PIB sería un 30% superior si se tuviera en cuenta esta actividad doméstica.

Y en este ámbito económico fija el nuevo académico su estudio y en concreto, en el complejo tema de las transferencias patrimoniales que rodean el matrimonio, momento decisivo para la constitución de la familia, en el modelo señalado. Y es que el matrimonio que supone el “consortium omnis vitae” de dos personas para realizar un fin común específico, extra patrimonial pero con repercusiones económicas, exige la regulación por Ley de medidas necesarias para cumplir sus fines.

En esta línea Antonio Monserrat plantea su trabajo, que inicia con unas consideraciones históricas por la exigencia de que “lo nuevo descansa en lo

viejo y conocido”, pero delimitando su campo de estudio: El Derecho civil balear, el gran desconocido de la Historia de Mallorca. Señala, previamente, los diferentes sistemas de transferencias patrimoniales en los distintos regímenes económico-matrimoniales, precisando que en todos aquellos encontramos la figura de las donaciones “propter nuptias”, a las que dedica una atención minuciosa.

Entra seguidamente en el estudio de las Capitulaciones (“el entorno natural en el que se documentan las transferencias patrimoniales en contemplación del matrimonio”), continúa su estudio con el examen de las donaciones con efectos “post obitum” y de las donaciones “propter nuptias” universales, finalizando con una referencia a la dote y el “escreix”. En resumen, un amplio y documentado estudio de diversas instituciones jurídicas.

Es casi inevitable la existencia de serias dudas, incluso una clara discrepancia con determinadas opiniones, afirmaciones y conclusiones de la exposición, brillante en todo caso, del nuevo académico y sería lícito plantear una visión crítica que encaja dentro del sentido y contenido de la contestación a su discurso de ingreso. Pero entiendo puede ser más adecuado un planteamiento más conciliador basado en las coincidencias con los puntos de vista y apreciaciones del autor que, evidentemente, existen y en mayor medida que las discrepancias.

Ya he indicado mi opinión acerca de la valiosa aportación del autor al conocimiento de nuestro Derecho, pero sin caer en puro historicismo lo que, y como afirma A. Monserrat, llevaría al anquilosamiento, a la rigidez cada vez más cadavérica del cuerpo normativo, y siendo el Derecho para la vida, ello exige su constante acomodación a los cambios sociales inevitables en el propio devenir histórico.

Es por ello que puede ser oportuno hacerme eco del interrogante que plantea Antonio Monserrat en sus “consideraciones finales”: ¿Tiene todo esto algún sentido?. Pregunta a la que, contesta rotundamente: desde determinada perspectiva sí y mucho. Comparto su visión y también su afirmación de la necesidad de adaptar las instituciones estudiadas a las necesidades del momento actual, especialmente en una sociedad dotada de enorme dinamismo, como es la nuestra.

Ello exige una regulación mucho más amplia que la actual y que parece debería profundizar en los extremos siguientes:

A.- Potenciar los capítulos matrimoniales que muchas veces se otorgan únicamente para pactar el régimen de separación de bienes. Por ello la consecuencia en nuestra Comunidad es evidente. Algo similar ocurre en

Cataluña, y así con referencia a un estudio (Puig Salellas) del año 1998 se ha comprobado que en Madrid se otorgaron 7075 capítulos y en Barcelona, con idéntico régimen económico matrimonial supletorio que en Baleares, 239.

Pero existe una importante tendencia a la ampliación de su contenido y especialmente por influjo anglosajón, introducir una especie de “libro de familia contractual” sobre una serie de cuestiones matrimoniales, mucho más allá de las puramente económicas, superando el enfoque de que su fin es pactar el régimen económico del matrimonio. Y, en esta línea, y ante la evidencia del incremento de la mentalidad divorcista, se abre camino la posibilidad de plasmar en capítulos el contenido “mínimo” del convenio regulador “para el supuesto de que cualquiera de los cónyuges desee formalizar demanda de separación o divorcio”. Es el “pacto en previsión de situaciones de crisis en el matrimonio”.

El Código de Familia de Cataluña ya permite establecer en los capítulos, las estipulaciones y pactos lícitos convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial. Y en Dcho. Balear es digno de elogio el Art. 66-5 de nuestra Compilación, citado por Antonio Monserrat, que posibilita un amplio contenido de los “espólits”.

B.- La ampliación de la regulación de las “donaciones universales” y de las “donaciones universales propter nuptias”.

C.- Fomentar el otorgamiento de las donaciones “propter nuptias”, valorando la posible amplitud de su objeto “no sólo bienes presentes, sino también bienes futuros para caso de muerte”.

D.- Precisar la conexión de alguna de estas transferencias patrimoniales con la definición y el finiquito “venerables instituciones de nuestro Derecho Civil de tan marcado arraigo en Mallorca y las islas Pitiusas”

A la revitalización de las instituciones reseñadas puede contribuir la futura Ley Balear del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que, con una generosa aplicación podría determinar una más frecuente utilización de la definición, el finiquito, la donación universal y los pactos de institución que tanto puede significar para el fortalecimiento y la implantación de nuestro Derecho civil propio.

Por ello me parece muy apropiada la sugerencia de A. Monserrat al afirmar que: “... amb seny y amb hores, me parece que sería conveniente abordar cuanto antes una regulación positiva mucho más amplia que la actual”.

Me he referido antes al acierto en la elección por el nuevo académico del tema de su disertación. Y es que estudios de este tipo constituyen una

valiosa aportación al conocimiento de nuestro Derecho, paso necesario para una labor de revisión y mejora del mismo.

Y es forzoso reconocer que el trato recibido por nuestro Derecho, a partir de la publicación del Código Civil, en demasiadas ocasiones no ha sido el más favorable para su desarrollo y fortalecimiento. De todos es sabido que el C.C. culminó un planteamiento uniformador absoluto, colocando al margen de la legalidad una parte importante de los restantes derechos civiles patrios.

Pero lo más doloroso es el escaso apego por el Derecho balear de políticos y, lo que es más lamentable, de juristas.

Y así, ya al discutirse la ley de Bases del C.C., nuestros representantes no quisieron secundar la campaña a favor de la integridad de las legislaciones forales.

¿Y cómo olvidar el, para mí, tristemente voto particular en 1916 de dos conocidos juristas mallorquines, cuyo contenido es conocido de todos?

Otro tanto cabe decir del entusiasmo de D. Antonio Maura, y señalado por A. Monserrat, dando su calurosa bienvenida al C.C.

Y del temor un tanto reverencial que refleja el informe de los juristas baleares del Proyecto del Apéndice de 1949, disculpándose por la introducción de unas mejoras urgentes.

Me pregunto: ¿Cuál es el motivo de tan poco aprecio por nuestro Derecho Civil propio?. Miquel Masot ha relatado la reacción del admirado jurista D. Luis Pascual, quien ante determinada propuesta en el seno de una Comisión para la redacción de la memoria decenal que establecía la Compilación de 1961, se levantó muy digno y precisó: "si me ha llamado para actuar de enterrador de nuestro Derecho, que no se cuente conmigo".

Y, aprobada la Constitución y el Estatuto de Autonomía, nuestro Derecho Civil propio no ha corrido mejor suerte. Es sobradamente conocida la competencia exclusiva de las Comunidades autónomas sobre la "conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles especiales".

Estas competencias de la Comunidad balear, y en especial la del "desarrollo" han merecido el estudio y la atención de destacados juristas baleares (Rafael Gil, Miguel Coca, Pilar Ferrer, entre otros) El alcance de la competencia sobre el "desarrollo" ha ido evolucionando: limitado a las instituciones que se conocían y regulaban con anterioridad a la Constitución; determinado por la tesis de las "instituciones conexas", que entiende que para que una materia sea regulable por la Comunidad es exigible que tenga una conexión con las instituciones reguladas; y finalmente, la conocida como

tesis autonomista que defiende la posibilidad de legislar sobre cualquier materia, “excepto las reservadas en todo caso al Estado” en el Art. 149- 8ª de la Constitución.

Siendo esta última la tesis más favorable para la propia competencia, es forzoso reconocer no es aceptada de manera unánime.

Y surge el interrogante: ¿qué uso se ha hecho de esta competencia por las Comunidades Autónomas?. Aunque es claro el concepto de Derecho civil propio, la contestación al interrogante planteado puede intentarse con el examen de las reformas producidas en las diferentes Compilaciones. Y la respuesta sería que esta competencia no ha sido ejercida de igual forma en las distintas Comunidades.

Como es bien sabido, Cataluña destaca sobremanera en su ejercicio, ya que va de una Compilación (en 1960) de 344 artículos a un Codi Civil, con una original distribución en seis libros y una no menos original numeración de los artículos.

¡Qué diferencia con los cuatro libros y los 1976 artículos del Código, en el que aprendimos derecho civil la mayoría de los presentes!

Pero es que en las restantes Comunidades con Derecho civil propio, el contenido de sus Compilaciones ha sido objeto de un mayor o menor desarrollo. En todas.

¿Y nuestra Compilación? Los 86 artículos de su versión de 1961 son los mismos que contiene la actual regulación. La Ley/1990 eliminó las normas inconstitucionales y completó y mejoró la regulación de las instituciones contempladas en 1961. Con sinceridad resulta difícil hablar de labor de “desarrollo” y creo que la Comisión compiladora pecó de timidez en su propuesta. Quizás, con benevolencia, se podría señalar que la reforma no pudo ser diferente, ya que los términos del propio nombramiento de la Comisión eran terminantes, señalando, como cometido de su labor: dar solución a la urgente necesidad de adaptación a la Constitución, sin perjuicio de las modificaciones técnicas que se consideren de interés, a la vista de la experiencia acumulada en los más de 20 años transcurridos de su entrada en vigor.

Parece evidente que en otras Comunidades se ha usado en mayor medida que en la Comunidad balear de la competencia atribuida por la Constitución y sus respectivos Estatutos en materia de Derecho civil propio.

Y ya entrados en el siglo XXI, se puede formular un doble interrogante referido a nuestro Derecho: ¿Es posible un desarrollo más amplio? ¿Es oportuno?. En mi opinión, al primero habría que contestar afirmativamente

y al segundo, que es más que oportuno es absolutamente necesario.

Transcurridos más de 25 años de vigencia de la Constitución, más de 20 de nuestro Estatuto y más de 15 de la Ley de reforma creo que el “desarrollo” de nuestro Derecho es más que una facultad, incluso que una necesidad, es una obligación, que exige una decidida aportación de las Instituciones y personas que nos movemos dentro del mundo del Derecho.

Un ejercicio, todo lo razonable y prudente que se quiera, de esta facultad, constitucional y estatutaria, es el único camino para evitar lo que el nuevo académico califica de anquilosamiento de nuestro Cuerpo normativo y, sobre todo, para dar solución a los problemas, demandas y necesidades de la sociedad Balear actual.

