

## **ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube**

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

**ebooktirant@tirant.com**

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.



**BASES DEL SISTEMA JURÍDICO  
CONTINENTAL**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*
- MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**  
*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón*
- CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*
- OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*
- JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*
- RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania)*
- Miembro de la Comisión de Venecia*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*
- CONSUELO RAMÓN CHORNET**  
*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia*
- TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España*
- ELISA SPECKMANN GUERRA**  
*Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

# **BASES DEL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL**

**ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES**

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2026

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 979-13-7040-415-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

# Índice

<i>Prólogo</i> .....	15
----------------------	----

<i>Lista de Abreviaturas</i> .....	17
------------------------------------	----

## **Capítulo 1**

<i>La Formación del Derecho Continental: Un Legado Milenario en Constante Evolución ..</i>	19
--	----

1. Orígenes del Derecho Romano: De la Monarquía a la República .....	19
--	----

2. La Estructura Política de la República Romana: Un Equilibrio de Poderes...	20
---	----

3. La Jurisprudencia Clásica: El Auge del Derecho Romano.....	22
---	----

4. La Reforma de Augusto y el Principado: La Transición de la República al Imperio.....	23
---	----

5. Crisis y Transformación: Del Principado al Dominado.....	23
---	----

6. El Derecho Romano en la Antigüedad Tardía: Transformaciones y Persistencia .....	24
---	----

7. La Recepción del Derecho Romano en la Edad Media y Moderna .....	25
---	----

8. El Derecho Continental en la Edad Contemporánea: Codificación y Nacionalización .....	25
--	----

9. El Nuevo Ius Commune: Unificación Europea y Derecho Privado de la UE..	27
---	----

10. El Derecho Continental en la Actualidad: Un Mosaico Jurídico en Constante Evolución.....	29
--	----

## **Capítulo 2.**

<i>El sujeto del derecho. La persona, la capacidad</i> .....	31
--	----

1. La persona.....	31
--------------------	----

2. Personas físicas y jurídicas.....	32
--------------------------------------	----

3. La persona física en Derecho romano .....	32
--	----

4. Nuevos sujetos de Derecho: el caso del Mar Menor.....	33
--	----

5. Capacidad jurídica y capacidad de obrar .....	34
7. El nuevo paradigma de la capacidad en el Derecho continental moderno..	35
8. Circunstancias que afectan a la capacidad de obrar.....	37
 <b>Capítulo 3.</b>	
<i>La Familia y el Matrimonio</i> .....	41
1. La Patria Potestas: De la Autoridad Absoluta a la Responsabilidad Funcional.....	41
2. El Matrimonio: De la <i>Affectio Maritalis</i> al Vínculo Contractual.....	42
3. La Familia: La Victoria de la Sangre ( <i>Cognatio</i> ) sobre la Ley ( <i>Agnatio</i> ).....	44
 <i>Capítulo 4. Hechos, Actos y Negocios Jurídicos</i> .....	45
1. Del Hecho Jurídico al Negocio Jurídico: Una Clasificación .....	45
2. Elementos del negocio jurídico .....	47
2. El Objeto .....	52
3. La Causa .....	53
4. La Forma .....	55
3. Ineficacia de los negocios jurídicos .....	59
 <b>Capítulo 5.</b>	
<i>El Proceso Civil: La Estructura de la Justicia</i> .....	65
1. La Acción: Del Formulario a la Tutela Abstracta.....	65
2. La Función Judicial: El Renacimiento de la Bipartición ( <i>Jurisdictio vs. Iudicatio</i> ).....	66
3. El Juez: ¿Ciudadano o Funcionario? (Lego vs. Profesional) .....	67
4. El Rol del Juez y los Principios del Proceso .....	68
5. La Estructura: <i>Litis Contestatio</i> y Preclusión .....	69
6. La Sentencia: Cosa Juzgada y Recursos .....	69
7. La Ejecución: El <i>Pignus in causa iudicati captum</i> Moderno .....	70

Índice	11
<b>Capítulo 6.</b>	
<i>Introducción a los derechos reales: Las Cosas y la Posesión</i> .....	73
1. Las Cosas (Bienes) .....	73
2. Muebles e Inmuebles: La <i>Summa Divisio</i> Moderna .....	73
3. Cosas Corporales e Incorporales .....	74
4. Cosas In <i>Commercium</i> y Extra <i>Commercium</i> .....	75
5. Otras Clasificaciones Romanas de Pervivencia Universal .....	76
6. Posesión y Propiedad: La Gran Distinción Conceptual .....	77
<b>Capítulo 7.</b>	
<i>La Propiedad y los Modos de Adquisición</i> .....	85
1. El Concepto de Propiedad (Dominio).....	85
2. Limitaciones de la Propiedad: La Función Social .....	86
3. Modos de Adquirir la Propiedad .....	87
4. La Copropiedad ( <i>Communio</i> ).....	91
<b>Capítulo 8.</b>	
<i>La Propiedad Pretoria: Protección del Adquirente y Usucapión</i> .....	93
1. La Solución Definitiva del <i>Ius Civile</i> : La Usucapión .....	94
2. La Protección Inmediata del Pretor: La <i>Actio Publiciana</i> .....	97
<b>Capítulo 9.</b>	
<i>Derechos Reales en Cosa Ajena</i> .....	101
1. Servidumbres (Prediales).....	101
2. Usufructo.....	105
3. Otros Derechos de Goce .....	108
<b>Capítulo 10.</b>	
<i>Protección procesal de la propiedad y otros derechos reales</i> .....	111
1. Protección del Dominio Pleno .....	111

2. Protección de los Derechos Reales en Cosa Ajena .....	113
3. El Problema de la Doble Venta.....	115
<b>Capítulo 11.</b>	
<i>La Relación Obligatoria. Introducción .....</i>	<i>117</i>
1. La Prestación: Objeto de la Obligación .....	118
2. Acciones y Bona Fides .....	119
3. Obligaciones Naturales .....	120
4. Transmisión de las Obligaciones .....	121
5. Pluralidad de Sujetos.....	121
6. Fuentes de las Obligaciones.....	122
7. Extinción de las Obligaciones.....	122
8. Responsabilidad Contractual: El Sistema de Imputación .....	124
9. La Buena Fe ( <i>Bona Fides</i> ) como Norma Integradora .....	126
<b>Capítulo 12.</b>	
<i>Los Delitos como Fuente de Obligaciones: La Responsabilidad Extracontractual. ....</i>	<i>127</i>
1. Delitos Privados y la Transición a la Responsabilidad Civil.....	127
2. El Delito de Daño ( <i>Damnum Iniuria Datum</i> ) y la Responsabilidad Civil moderna.....	128
3. La Evolución hacia la Responsabilidad Objetiva (El Riesgo) .....	129
4. La <i>Iniuria</i> y la “Función Punitiva” de la Responsabilidad Civil.....	131
5. Delitos Pretorios: Dolo y Metus (Vicios de la Voluntad).....	133
6. Los “Quasi-Delitos” y la Responsabilidad Objetiva .....	134
<b>Capítulo 13.</b>	
<i>Los Contratos en General. Contratos Reales.....</i>	<i>137</i>
1. Introducción a los Contratos .....	137
2. Clasificaciones de los Contratos (Herencia Romana).....	138

Índice	13
3. Contratos Reales: La Gran Fractura del Derecho Civil .....	139
4. Análisis de las Figuras Específicas .....	141
5. Los Contratos Innominados (La Autonomía de la Voluntad).....	142
6. Los “Cuasicontratos” y el Enriquecimiento Injusto.....	144
7. El Orden Público Económico: De la Laesio Enormis a la Defensa de la Competencia.....	146
<b>Capítulo 14.</b>	
<i>Contratos Consensuales</i> .....	149
1. Introducción: El Triunfo del Consentimiento.....	149
2. Compraventa (Emptio-Venditio).....	150
3. Arrendamiento (Locatio-Conductio).....	156
4. Sociedad ( <i>Societas</i> ).....	159
5. Mandato (Mandatum).....	160
6. Donación (Donatio).....	162
<b>Capítulo 15.</b>	
<i>Contratos Formales: Del Rigor Romano al Neo-Formalismo Europeo</i> .....	165
1. La <i>Stipulatio</i> : El Prototipo de Contrato Formal.....	165
2. Contratos Literales.....	169
<b>Capítulo 16.</b>	
<i>Garantías de las Obligaciones</i> .....	171
1. Garantías Reales.....	171
2. Garantías Personales.....	176
<b>Capítulo 17.</b>	
<i>La Sucesión Mortis Causa</i> .....	183
1. La Sucesión Testamentaria: La Gran Creación del <i>Ius Civile</i> .....	183

2. La Sucesión <i>Ab Intestato</i> : El Triunfo de la Cognación.....	186
3. La Sucesión Forzosa: La Legítima como Límite al <i>Ius Testandi</i> .....	188
4. El Desafío Supranacional: El Reglamento de Sucesiones de la UE.....	189
<i>Bibliografía</i> .....	191

# Prólogo

La tradición jurídica del Derecho Privado Continental (*Civil Law*) constituye la estructura lógica y dogmática que, durante dos milenios, ha cimentado la organización social de Occidente. La presente obra asume el desafío de trazar esta arquitectura no desde la mera exégesis histórica, sino como un aparato conceptual vivo que opera y evoluciona en la actualidad.

El Derecho Romano no es aquí un fin en sí mismo, sino el punto de partida metodológico. Sus instituciones (*actio, obligatio, testamentum*) forman el léxico técnico y la *ratio iuris* común que permite dialogar con los códigos civiles de Europa y América. Desde esta perspectiva, la obra se enfoca en desentrañar la universalidad de la dogmática romana, mostrando cómo la *agnatio* se convierte en *cognatio* (Familia y Sucesiones), y cómo la *bona fides* es el espíritu que sostiene toda la teoría del negocio jurídico y el Derecho de Obligaciones.

El método empleado es la comparación transversal y sistemática. En cada bloque temático —desde el Proceso Civil (con la esencial distinción entre *iurisdictio* y *iudicatio*) hasta la Sucesión *Mortis Causa*—, la institución romana es contrastada de forma explícita con las soluciones adoptadas en los ordenamientos más influyentes del continente, como el Código Civil español, el BGB alemán (§ 2303 sobre *Pflichtteil* o legítima de valor), y el Code Civil francés. Se traza, además, la línea de influencia en las codificaciones iberoamericanas, demostrando la unidad intrínseca del sistema, así como el contraste con la regulación anglosajona que, en más casos de los esperados, es más cercana a las soluciones clásicas que la tradición continental.

De manera crucial, la monografía aborda la profunda transformación que implica la integración jurídica europea. La legislación y jurisprudencia de la Unión Europea se presentan

como el “Nuevo *Ius Commune*” del siglo XXI. Se analiza cómo reglamentos como el Reglamento (UE) 650/2012 de Sucesiones o el Bruselas II ter han flexibilizado el *ius cogens* nacional, consagrando la autonomía de la voluntad (*Professio Iuris*) incluso a costa de la rígida legítima, o cómo el *soft law* contractual desafía la visión tradicional de los vicios del consentimiento. Este análisis es fundamental para comprender el Derecho Privado en un contexto de libre circulación y armonización.

Por todo ello, la presente obra está dirigida a estudiantes avanzados de Grado en Derecho, doctorandos y académicos que busquen una herramienta para la comprensión del Derecho Privado desde una perspectiva global y comparada. Su finalidad es consolidar la formación dogmática necesaria para enfrentar un sistema jurídico que, bebiendo de Ulpiano y Gayo, se reescribe hoy en Bruselas y Estrasburgo.

## *Lista de Abreviaturas*

**Art./Arts.:** Artículo/s **BGB:** *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán) **BOE:** Boletín Oficial del Estado **C.:** Código de Justiniano (*Codex Iustinianus*) **CC:** Código Civil español **CC fr.:** *Code Civil* (Código Civil francés) **CC it.:** *Codice Civile* (Código Civil italiano) **CE:** Constitución Española **D.:** Digesto de Justiniano **DCFR:** *Draft Common Frame of Reference* (Borrador de Marco Común de Referencia) **DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea **Ed.:** Edición / Editor **Gai.:** Instituciones de Gayo (*Gai Institutiones*) **Inst.:** Instituciones de Justiniano (*Iustiniani Institutiones*) **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil Española **Nov.:** Novelas (*Novellae*) **p./pp.:** Página/s **PECL:** *Principles of European Contract Law* (Principios de Derecho Contractual Europeo) **PETL:** *Principles of European Tort Law* (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil) **Ss.:** Sigüientes **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo **TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea **TOL:** Tirant On Line (Base de datos jurídica) **Vid.:** *Videre* (véase)



*Capítulo 1*

***La Formación  
del Derecho Continental:  
Un Legado Milenario en  
Constante Evolución<sup>1</sup>***

El Derecho Continental, pilar fundamental de los sistemas jurídicos en Europa y América Latina, se erige sobre los cimientos del Derecho Romano, un legado milenario que ha trascendido épocas y fronteras, adaptándose y evolucionando para moldear los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

**1. ORÍGENES DEL DERECHO  
ROMANO: DE LA MONARQUÍA  
A LA REPÚBLICA**

La génesis del Derecho Romano se remonta a la fundación de Roma en el siglo VIII a.C., un acontecimiento envuelto

---

<sup>1</sup> Sobre la formación histórica del sistema jurídico continental, vid. la obra fundamental de Koschaker (2000) y Wieacker (2000). Para una perspectiva comparada de la familia romano-germánica frente al *Common Law*, véanse David y Jauffret-Spinozi (2010) y Zweigert y Kötz (2002). En cuanto a la conformación del *Ius Commune* europeo, vid. Coing (1996).

en leyendas y mitos, como el de Rómulo y Remo<sup>2</sup>. Durante la monarquía romana, el Derecho se fundamentaba en costumbres y tradiciones ancestrales (*mores maiorum*), con un fuerte componente religioso y un gran formalismo. En cualquier caso, la información sobre este período es escasa y poco fiable, recurriendo a menudo a leyendas para llenar los vacíos históricos<sup>3</sup>.

Con el advenimiento de la República, que la leyenda sitúa en el siglo VI a.C., el Derecho experimentó una notable evolución hacia una mayor complejidad y estructuración. Un hito crucial en este proceso fue la creación de las Doce Tablas, la primera codificación del Derecho Romano, que abarcaba normas sobre propiedad, familia, delitos y procedimientos judiciales. Esta codificación, aunque concisa y en ocasiones severa, sentó las bases para el desarrollo posterior del Derecho Romano y su influencia en los sistemas jurídicos occidentales.

## **2. LA ESTRUCTURA POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ROMANA: UN EQUILIBRIO DE PODERES**

La República romana se sustentaba en un delicado equilibrio de poderes (*maiestas, imperium y auctoritas*) entre tres

---

<sup>2</sup> La leyenda de Rómulo y Remo, aunque mitológica, revela aspectos importantes de la mentalidad romana, como su carácter belicoso y su admiración por la valentía y el liderazgo.

<sup>3</sup> La Eneida de Virgilio, escrita en tiempos de Augusto, inmortalizó esta leyenda y contribuyó a consolidar la imagen de Roma como heredera de la grandeza de Troya y como pueblo elegido por los dioses.

instituciones fundamentales: las asambleas populares (*comitia*), los magistrados y el Senado<sup>4</sup>.

- Los comicios eran asambleas de ciudadanos romanos que ejercían el poder legislativo y electoral, aprobaban las leyes y elegían a los magistrados. Existían diferentes tipos de comicios, cada uno con competencias específicas y formas de organización distintas.
- Los Magistrados eran los gobernantes elegidos anualmente por los comicios. Ejercían el poder ejecutivo, dirigían el ejército y administraban justicia. Los magistrados más importantes eran los cónsules, que ejercían el poder supremo, y los pretores, encargados de la administración de justicia. Sus cargos eran gratuitos.
- El Senado era un consejo de ancianos compuesto por antiguos magistrados. Aunque no tenía poder legislativo formal, su autoridad moral y política era muy significativa. El Senado asesoraba a los magistrados y sus recomendaciones (*senatus consulta*) eran generalmente seguidas.

Junto a estas estructuras tradicionales, las revoluciones sociales llevaron a la instauración de asambleas de plebeyos (concilios) cuyos acuerdos (plebiscitos) alcanzaron el mismo valor que las leyes aprobadas por los comicios. Estos concilios elegían a unos “magistrados” (tribunos de la plebe) que tenían poder de veto respecto a las decisiones del resto de gobernantes. Además, los tribunos de la plebe gozaban de plena inmunidad (sacrosanctitas) y por tanto cualquier ciudadano que atacara a un tribuno de la plebe podía ser asesinado impunemente por cualquier plebeyo.

---

<sup>4</sup> El historiador griego Polibio describió el sistema político romano como una combinación ideal de monarquía (cónsules), aristocracia (Senado) y democracia (comicios).

Este sistema de equilibrio de poderes, aunque teóricamente democrático, en la práctica estaba dominado por la élite patricia, lo que generó tensiones sociales y políticas a lo largo de la República.

### 3. LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA: EL AUGE DEL DERECHO ROMANO

La época clásica del Derecho Romano, que se extendió desde el siglo II a.C. hasta el siglo III d.C., marcó el apogeo del Derecho Romano y su consolidación como sistema jurídico sofisticado y coherente. Durante esta etapa, los jurisconsultos<sup>5</sup> desempeñaron un papel fundamental en la creación y aplicación del Derecho. Sus opiniones y dictámenes, plasmados en la jurisprudencia, se convirtieron en una fuente de derecho primordial, complementando y en ocasiones superando a las leyes escritas.

La jurisprudencia clásica se distinguió por su enfoque práctico y casuístico, basado en el análisis de casos concretos y la búsqueda de soluciones justas y equitativas<sup>6</sup>. Los jurisconsultos romanos desarrollaron conceptos y principios jurídicos que aún hoy son esenciales en el Derecho continental, como las formas esenciales del proceso, la distinción entre derechos reales y personales, la teoría de las obligaciones, los principios de la responsabilidad civil, las bases del Derecho penal y los contratos consensuales.

---

<sup>5</sup> Los jurisconsultos romanos no eran funcionarios públicos, sino particulares con un profundo conocimiento del Derecho, cuya autoridad (*auctoritas*) era reconocida socialmente.

<sup>6</sup> El método de trabajo de los jurisconsultos consistía en analizar casos prácticos, ya fueran reales o ficticios, y aplicar soluciones similares a casos análogos.

#### **4. LA REFORMA DE AUGUSTO Y EL PRINCIPADO: LA TRANSICIÓN DE LA REPÚBLICA AL IMPERIO**

En el año 27 a.C., Augusto, el primer emperador romano, llevó a cabo una profunda reforma política que marcó el fin de la República y el inicio del Principado, una nueva forma de gobierno que combinaba elementos republicanos y monárquicos.

Augusto mantuvo formalmente las instituciones republicanas, como el Senado y los comicios, pero concentró en su persona un poder casi absoluto<sup>7</sup>. Se convirtió en el comandante en jefe del ejército, controlaba la política exterior y tenía la facultad de proponer leyes al Senado. También asumió la tribunicia potestas revistiéndose así de inviolabilidad.

El Principado supuso un cambio radical en la forma de gobierno de Roma. Aunque Augusto se presentaba como un restaurador de la República, en la práctica ejercía un poder autocrático, sentando las bases para el posterior desarrollo del Imperio Romano.

#### **5. CRISIS Y TRANSFORMACIÓN: DEL PRINCIPADO AL DOMINADO**

A partir del siglo III d.C., el Imperio Romano experimentó una profunda crisis política, económica y social, que afectó también al Derecho. La inestabilidad política y el declive económico llevaron a una disminución de la producción jurídica y a una pérdida de influencia de la jurisprudencia clásica.

---

<sup>7</sup> El término 'Princeps' proviene de la práctica senatorial de llamar así al senador que abría los debates.

En este contexto, las constituciones imperiales, leyes promulgadas por los emperadores, adquirieron mayor relevancia, convirtiéndose en la principal fuente de derecho. El Derecho Romano se simplificó y adaptó a las nuevas realidades, sufriendo el Derecho una profunda vulgarización.

En el 284 d.C., el emperador Diocleciano implementó una serie de reformas que transformaron el Imperio Romano en un sistema más autoritario y centralizado, conocido como Dominado. El emperador se convirtió en la máxima autoridad, con poder absoluto sobre todos los aspectos de la vida política, social y económica.

## **6. EL DERECHO ROMANO EN LA ANTIGÜEDAD TARDÍA: TRANSFORMACIONES Y PERSISTENCIA**

A pesar de los cambios políticos y sociales, el Derecho Romano siguió siendo la base del sistema jurídico del Imperio. En el siglo VI d.C., el emperador Justiniano I ordenó la compilación y sistematización del Derecho Romano en el *Corpus Iuris Civilis*<sup>8</sup>, una vasta obra que reunía leyes, jurisprudencia y manuales de estudio. Esta compilación se convirtió en un hito en la historia del Derecho, preservando el legado jurídico romano para las generaciones futuras.

---

<sup>8</sup> El *Corpus Iuris Civilis* es un conjunto de leyes y jurisprudencia que se convirtió en la base del derecho civil europeo.

## **7. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MEDIA Y MODERNA**

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V d.C., el Derecho Romano entró en un período de declive en Europa Occidental. Sin embargo, a partir del siglo XI, con el resurgimiento del comercio, el crecimiento de las ciudades y la fundación de las universidades, se produjo un renovado interés por el Derecho Romano.

Este fenómeno, conocido como la “Recepción del Derecho Romano”, llevó a la incorporación de principios y conceptos del Derecho Romano en los sistemas jurídicos de los países europeos. Los juristas medievales, especialmente los de la Escuela de Bolonia, estudiaron y adaptaron el *Corpus Iuris Civilis* a las nuevas realidades sociales y económicas, aportándole elementos del Derecho canónico y creando el *ius commune*, un sistema jurídico compartido por gran parte de Europa, que los conquistadores exportaron a Hispanoamérica.

La Recepción del Derecho Romano no fue un proceso uniforme en toda Europa. En algunos países, como Italia y Francia, la influencia del Derecho Romano fue más profunda y duradera, mientras que, en otros, como Inglaterra, se desarrolló un sistema jurídico propio, el *common law*, que, aunque influenciado por el Derecho Romano, se basó principalmente en la costumbre y el precedente judicial.

## **8. EL DERECHO CONTINENTAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA: CODIFICACIÓN Y NACIONALIZACIÓN**

La Revolución Francesa y la Ilustración marcaron un punto de inflexión en la historia del Derecho Continental. La idea de un Derecho basado en la razón y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley llevó a la codificación del Derecho Civil

en muchos países europeos. El Código Civil francés de 1804, inspirado en el Derecho Romano y en los principios de la Ilustración, se convirtió en un modelo para otros países, como España, Italia, Portugal y Alemania.

La codificación del Derecho Civil tuvo un impacto profundo en el desarrollo del Derecho Continental. Los códigos civiles proporcionaron un marco legal claro y coherente, facilitando la aplicación del derecho y garantizando la seguridad jurídica. Además, la codificación permitió la unificación del derecho en los nuevos Estados nacionales, creando un “Derecho nacional” que superaba la fragmentación jurídica del Antiguo Régimen.

Es en este punto donde se sella la gran divergencia con el sistema del *common law* (Derecho anglosajón). Mientras el Derecho continental, siguiendo la inspiración del Corpus Iuris de Justiniano, se convierte en un derecho codificado (donde la ley es la fuente principal y el juez la aplica), el *common law* inglés evolucionó como un derecho jurisprudencial. En el *common law*, la fuente principal del Derecho no es el código, sino el precedente judicial (la doctrina del stare decisis), donde las decisiones de los jueces superiores son vinculantes y “crean” Derecho<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En cierto sentido podría afirmarse que el *common law* hereda el modo de creación del Derecho romano, de base jurisprudencial, mientras que el sistema continental cristaliza los principios clásicos en la codificación.

## 9. EL NUEVO IUS COMMUNE: UNIFICACIÓN EUROPEA Y DERECHO PRIVADO DE LA UE

Tras la fase de “nacionalización” de los Códigos del siglo XIX, el siglo XX y XXI están marcados por una tendencia inversa: la europeización y la armonización del Derecho privado. Este fenómeno busca crear un nuevo *ius commune* (un Derecho común) para facilitar las relaciones en un espacio económico y social integrado, tal como el *ius gentium* lo hizo en Roma para el comercio entre ciudadanos y peregrinos.

Esta unificación avanza por dos vías:

### 1. La Unificación Académica (“Soft Law”)

Son esfuerzos de expertos juristas (los “nuevos glosadores”) para crear un lenguaje jurídico común, destilando los principios compartidos de las tradiciones nacionales (basadas en Roma). No son leyes vinculantes, pero tienen una enorme influencia doctrinal y legislativa. Destacan:

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC): Elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con sede en Roma. Buscan ser una *lex mercatoria* moderna, un *ius gentium* para el comercio global.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL): Conocidos como los “Principios Lando”, son una *restatement* académica de las reglas contractuales comunes a todos los Estados miembros de la UE, demostrando la profunda unidad de la tradición romanista.

## 2. *El Derecho Privado de la Unión Europea (“Hard Law”)*

Esta es la fuerza vinculante que está activamente modificando los Códigos Civiles nacionales. La Unión Europea, para construir el Mercado Único (un espacio sin fronteras para bienes, servicios y personas), ha tenido que unificar el Derecho privado.

Su método es profundamente romano: el Derecho de la UE actúa como un moderno *ius honorarium* (Derecho pretorio) que “ayuda, suple y corrige” al *ius civile* (los Códigos nacionales) por razones de equidad y utilidad pública (el Mercado Único).

El Rol del TJUE como “Pretor Europeo”: El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha utilizado principios generales del Derecho (muchos de raíz romana, como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho o la *culpa in contrahendo*) para unificar la interpretación de las normas.

Las Directivas como “Edictos Modernos”: La UE legisla principalmente mediante Directivas, que obligan a los Estados a modificar sus leyes nacionales. El ámbito de mayor impacto ha sido el Derecho de Consumo, que es la nueva *aequitas* (equidad) europea.

- Directiva 93/13/CEE (Cláusulas Abusivas): Es el ejemplo paradigmático. Impone a los jueces nacionales (como el Pretor) la obligación de controlar de oficio los contratos entre empresarios y consumidores y anular las cláusulas que generen un desequilibrio, protegiendo a la parte débil. La Sentencia *Aziz* (C-415/11), por ejemplo, obligó a España a modificar su Ley de Enjuiciamiento Civil (un *ius civile* rígido) por ser contraria a esta protección.
- Directiva 2019/771 (Compraventa de Bienes): Moderniza la garantía por vicios ocultos (heredera de las acciones

edilicias romanas), sustituyéndola por el concepto unitario de «falta de conformidad».

Los Reglamentos como “Nuevo *Ius Civile* Europeo”: En ciertos ámbitos, la UE crea un Derecho único y de aplicación directa, que sustituye a la norma nacional.

- Reglamento Bruselas I bis (1215/2012): Unifica la competencia judicial y permite que una sentencia dictada en un país sea ejecutada en cualquier otro, creando un espacio judicial único (la *actio iudicati* europea).
- Reglamento de Sucesiones (650/2012): Unifica el Derecho internacional privado sucesorio, estableciendo la “residencia habitual” (y no la nacionalidad) como criterio principal para determinar la ley aplicable a la herencia.

El estudio de este legado, desde las XII Tablas hasta las Directivas de Bruselas, nos permite comprender mejor nuestro propio Derecho y nos proporciona herramientas para afrontar los desafíos jurídicos del futuro.

## **10. EL DERECHO CONTINENTAL EN LA ACTUALIDAD: UN MOSAICO JURÍDICO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN**

En la actualidad, el Derecho Continental sigue siendo el sistema jurídico predominante en Europa e Hispanoamérica. Aunque ha evolucionado y se ha adaptado a las nuevas realidades, sus raíces romanas siguen siendo evidentes en muchos de sus principios y conceptos fundamentales.

El Derecho Continental se caracteriza por su diversidad y riqueza, reflejando las particularidades históricas, culturales y sociales de cada país. A pesar de esta diversidad, existe un núcleo común de principios y conceptos que conforman la esencia del Derecho Continental.

La formación del Derecho Continental es el resultado de un largo y complejo proceso histórico que se remonta a la antigua Roma. A lo largo de los siglos, el Derecho Romano ha sido adaptado, transformado y enriquecido por diferentes culturas y tradiciones jurídicas, dando lugar a un mosaico jurídico diverso y en constante evolución. El estudio de este legado nos permite comprender mejor nuestro propio Derecho y nos proporciona herramientas para afrontar los desafíos jurídicos del futuro.

El estudio del Derecho Romano sigue siendo esencial para la formación de los juristas, ya que proporciona una base sólida para comprender el Derecho Civil y sus instituciones. Además, el Derecho Romano sigue siendo una fuente de inspiración para la resolución de nuevos problemas jurídicos y para el desarrollo de nuevas teorías y conceptos.

## Capítulo 2.

# *El sujeto del derecho. La persona, la capacidad*<sup>10</sup>

### 1. LA PERSONA

La persona es el sujeto del Derecho<sup>11</sup>, está sometida al cumplimiento de las reglas jurídicas (Derecho objetivo), y puede tener facultades (derechos subjetivos) concedidas por las reglas jurídicas. Solo quien es persona puede ser sujeto de derechos y de obligaciones.

Aunque, como veremos, los conceptos de ‘persona’ y ‘ser humano’ no han sido, ni lo son hoy día, equivalentes en Derecho, desde muy pronto los juristas<sup>12</sup> tuvieron la noción de que

---

<sup>10</sup> Para el análisis de la dogmática clásica en materia de estatus y capacidad, se sigue la sistemática de Kaser (1992) y Schulz (1968). Sobre la proyección moderna de las instituciones familiares romanas y su recepción, vid. Fernández de Buján (2022) e Iglesias (2010).

<sup>11</sup> La palabra ‘persona’ significaba originariamente la máscara con la que se cubrían el rostro los actores en el teatro antiguo, servía para que la voz resonase (‘per-sonare’) y también para identificar al ‘personaje’. En este sentido ‘persona’ es el ‘individuo’ que ‘juega un papel en la sociedad’.

<sup>12</sup> Digesto 1.5.4 *Florentinus libro nono institutionum: pr. Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. I. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.* (Florentino, en el libro segundo de las Instituciones: pr. La libertad es la facultad natural de hacer lo que cada uno quiera, a menos que algo lo prohíba por la fuerza o por el Derecho.

todos los seres humanos deberían ser personas y sólo los seres humanos podían ser sujetos de Derecho.

Hoy día, sin embargo, el concepto tradicional de ‘persona’ se encuentra en crisis, tanto por la intervención en el tráfico jurídico de las inteligencias artificiales como por la innovadora atribución de personalidad jurídica a entidades no humanas, como ecosistemas.

## 2. PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

En el Derecho moderno continental se distingue entre personas físicas y jurídicas. Se considera persona física al ser humano. Actualmente todo ser humano es ‘persona’ y por tanto ‘sujeto de Derecho’, pero en la antigüedad no era así<sup>13</sup>. Por su parte, las personas jurídicas o colectivas son grupos de personas físicas o conjuntos de bienes a los que el Derecho considera, en algunos aspectos, como si fueran una sola persona<sup>14</sup>.

## 3. LA PERSONA FÍSICA EN DERECHO ROMANO

A diferencia con lo que ocurre en nuestros días, no todo ser humano era considerado en Roma como sujeto de Derecho. Para serlo tenía que reunir, como regla general, tres cualida-

---

1. La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la cual alguien es sometido al dominio de otro contra la naturaleza).

<sup>13</sup> No se consideraba como ‘personas’, es decir como sujetos de derecho, a los esclavos ni a los extranjeros, aunque nadie dudaba de que fuesen seres humanos.

<sup>14</sup> Por ej. corporaciones públicas, sociedades mercantiles, asociaciones privadas y fundaciones. En el derecho español, vid. artículos 35 y siguientes del Código Civil.

des, que la doctrina romanística tradicional llamaba *status libertatis*, *status civitatis*, y *status familiae*<sup>15</sup>.

- Libertad (*status libertatis*). Los esclavos no eran sujetos de Derecho.
- Ciudadanía (*status civitatis*). Aunque fueran libres, los extranjeros (*peregrini*) tampoco eran sujetos de Derecho.
- Independencia familiar (*status familiae*). Aunque fueran libres y ciudadanos romanos, sólo eran sujetos de Derecho los ‘cabezas de familia’, es decir, quienes no estaban sometidos a la autoridad familiar de otra persona (*sui iuris*). Los sometidos (descendientes bajo la patria potestad, o mujeres casadas *cum manu*), se llamaban *alieni iuris* y tampoco eran considerados sujetos de Derecho. Sin embargo, esta regla general conoció muchas excepciones, y en la práctica, se reconocieron ciertos derechos a los esclavos, a los extranjeros, y a los *alieni iuris*.

#### 4. NUEVOS SUJETOS DE DERECHO: EL CASO DEL MAR MENOR

La evolución del concepto de persona jurídica ha alcanzado un punto de inflexión con el reconocimiento de derechos a la propia naturaleza. Un ejemplo paradigmático y pionero en Europa es el caso del Mar Menor en España. La grave crisis ecológica de esta laguna costera impulsó una iniciativa legislativa popular que culminó en la promulgación de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, que declara la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y de su cuenca.

---

<sup>15</sup> Aunque no aparece formulado exactamente de este modo en las fuentes, se aproxima a la tripartición que aparece en Paul. 2 Sab. D. 4,5,11: *...tria sunt enim quae habemus, libertatem, civitatem, familiae*.

Esta ley no se limita a una declaración simbólica, sino que dota al ecosistema de una serie de derechos subjetivos concretos para garantizar su supervivencia y recuperación<sup>16</sup>. Para el ejercicio de estos derechos, la ley crea una innovadora estructura de gobernanza denominada Tutoría del Mar Menor, un eco conceptual de la tutela romana adaptado a los desafíos del siglo XXI. Dicha tutoría está compuesta por un Comité de Representantes (con miembros de las administraciones y de la ciudadanía), una Comisión de Seguimiento y un Comité Científico. La constitucionalidad de esta ley fue confirmada por el Tribunal Constitucional español, consolidando este nuevo paradigma en el ordenamiento jurídico.

## 5. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

Son conceptos que la Ciencia jurídica moderna utiliza para explicar las posibilidades de actuación de las personas en el terreno jurídico.

Capacidad jurídica. Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Actualmente se reconoce a todo ser humano desde el nacimiento y también a las personas jurídicas. En Roma, como se ha visto, estaba reservada para los seres humanos libres, ciudadanos romanos y familiarmente independientes.

Capacidad de obrar. Es la aptitud para poder realizar válidamente actos jurídicos y ejercitar los derechos de los que se es titular.

---

<sup>16</sup> La ley reconoce explícitamente al Mar Menor y su cuenca los derechos a la protección, a la conservación, a la restauración y, fundamentalmente, el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente.

Tradicionalmente, la capacidad de obrar podía ser plena o estar limitada por circunstancias como la edad o la enfermedad, dando lugar a figuras de protección que sustituían la voluntad de la persona. Sin embargo, el Derecho continental moderno, influido por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, ha experimentado un profundo cambio de paradigma. Se ha transitado desde un modelo de “sustitución” de la voluntad a un modelo de “apoyo” en la toma de decisiones, cuyo fin es respetar al máximo la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

## **7. EL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO CONTINENTAL MODERNO**

España: La reforma de la Ley 8/2021. El Derecho español ha sido uno de los que más drásticamente ha asumido este nuevo paradigma. La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha reformado la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, eliminando por completo el sistema anterior de incapacitación judicial. Los términos “incapaz” o “incapacitado” han sido erradicados del Código Civil en referencia a personas mayores de edad. Se han suprimido las figuras de la tutela para mayores de edad y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. La figura central del nuevo sistema es la curatela, entendida como una medida de apoyo. La regla general es la curatela asistencial, en la que el curador asiste a la persona para que esta pueda tomar sus propias decisiones. Solo excepcionalmente, cuando la asistencia no sea suficiente, la autoridad judicial podrá establecer una curatela representativa.

Esta tendencia es común en los grandes ordenamientos europeos. En Francia, la reforma de la Ley de 5 de marzo de

2007 ya había establecido un sistema graduado de protección con tres regímenes: la *sauvegarde de justice* (medida temporal y flexible), la *curatelle* (régimen de asistencia) y la *tutelle* (régimen de representación para los casos más graves). El principio general de capacidad se encuentra en el artículo 1145 del *Code civil*.

En Alemania, la institución central es la *Betreuung* (asistencia o curatela), regulada en el § 1814 del BGB. Una importante reforma del derecho de asistencia (*Betreuungsrecht*), que entró en vigor el 1 de enero de 2023, ha reforzado de manera decisiva la primacía de los deseos de la persona asistida (*Wunschbefolgung*), alineando plenamente el derecho alemán con la Convención de Nueva York.

En Italia, la principal medida de apoyo es la *amministrazione di sostegno* (administración de apoyo), introducida por la Ley 6/2004<sup>17</sup>. Esta figura, mucho más flexible y adaptable a las necesidades concretas de la persona, coexiste con las medidas más tradicionales y severas de la *interdizione* (interdicción) y la *inabilitazione* (inhabilitación)<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> La jurisprudencia fundacional que consolidó este cambio de paradigma fue la Sentencia de la Corte di Cassazione (Sez. I) n. 13584/2006, que estableció que la *Ads* debe ser un “traje a medida” (*vestito su misura*) adaptado a la persona, relegando la *interdizione* (análoga a la *interdictio* romana) a una extrema *ratio* aplicable solo cuando la *Ads* resulte manifiestamente insuficiente para la protección del individuo

<sup>18</sup> Vid. artículos 404 y siguientes del *Codice Civile*.

## 8. CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA CAPACIDAD DE OBRAR

**Edad.** La distinción fundamental en el Derecho moderno es la que se establece entre la mayoría y la minoría de edad. Al alcanzar la mayoría de edad, fijada comúnmente en los 18 años, se adquiere la plena capacidad de obrar. Los menores de edad no emancipados tienen una capacidad de obrar limitada y, para el ejercicio de sus derechos, están sujetos a la patria potestad o, en su defecto, a la tutela, si bien se les reconoce una capacidad creciente para realizar ciertos actos conforme se acerca la mayoría de edad.

Desde una perspectiva histórica, el Derecho Romano ofrecía un enfoque distinto. La plena capacidad de obrar se adquiría al llegar a la pubertad, que la jurisprudencia acabó por fijar en los 12 años para las mujeres y los 14 años para los varones. A partir de ese momento, eran considerados plenamente capaces. Sin embargo, para protegerlos de su propia inexperiencia en el tráfico jurídico, la *Lex Plaetoria* creó un sistema de protección para los menores de 25 años, quienes podían solicitar la asistencia de un curador (*cura minorum*) para los negocios de mayor trascendencia.

Los ciudadanos libres impúberes que no estaban sometidos a la patria potestad de un ascendiente varón (padre o abuelo paterno) necesitaban un tutor para realizar válidamente actos jurídicos y comparecer en juicio<sup>19</sup>.

**Enfermedad.** Como se ha avanzado, la enfermedad o discapacidad que impide a una persona gobernarse por sí misma es la otra gran circunstancia que modifica la capacidad de obrar.

---

<sup>19</sup> El tutor era nombrado en testamento por el pater familias (tutela testamentaria). En su defecto, se nombraba al varón agnado más próximo (tutela legítima). A falta de parientes, el pretor designaba tutor a un ciudadano (tutela dativa).

El paradigma actual, ya explicado, se basa en la provisión de apoyos que respeten la autonomía de la persona.

El Derecho Romano ya abordó esta problemática, sometiendo a quienes sufrían enfermedades mentales a una curatela (*cura furiosi* o *cura mente capti*). La jurisprudencia distinguía principalmente entre el *furiosus* (aquel que padecía una enfermedad mental con intervalos lúcidos, recuperando su capacidad en dichos periodos) y el '*mente captus*' (quien sufría una deficiencia mental permanente y, por tanto, su incapacidad era continua). En ambos supuestos, se nombraba un curador que administraba su patrimonio y velaba por la persona.

**Prodigalidad.** El tratamiento del pródigo (aquel que dilapida su patrimonio de forma injustificada) es un excelente ejemplo de las divergencias filosóficas dentro del sistema continental. En Roma el pródigo era representado por un *curator*.

En España y Francia, la prodigalidad como causa autónoma para restringir la capacidad ha sido derogada por las reformas mencionadas<sup>20</sup>, al considerarse que primaba la protección patrimonial sobre la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, en Italia y Portugal, la prodigalidad se mantiene como una causa que puede dar lugar a la *inabilitazione* o *inabilitação*, respectivamente, figuras que restringen la capacidad de disposición patrimonial (Vid. art. 415 *Codice Civile* italiano y art. 152 Código Civil portugués.).

En Alemania, la prodigalidad (*Verschwendung*) por sí sola no es causa para establecer una *Betreuung*. Solo se tomará en cuenta si es un síntoma de una enfermedad mental o discapacidad que justifique la medida de apoyo conforme al § 1814 BGB.

En Argentina, el Código Civil y Comercial de 2015 mantiene explícitamente la figura del pródigo en su artículo 48, con

---

<sup>20</sup> Ley 8/2021 en España y Ley de 5 de marzo de 2007 en Francia

el fin de proteger el patrimonio del cónyuge, conviviente o de los hijos menores o con discapacidad.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2019/1111 (Bruselas II ter) unifica la competencia en materia matrimonial (divorcio, nulidad) y, crucialmente, la responsabilidad parental. Crea mecanismos rápidos en toda la UE para la restitución de menores sustraídos, siendo el equivalente moderno y supranacional del *interdictum de liberis exhibendis* romano.



### Capítulo 3.

## *La Familia y el Matrimonio*

El Derecho de Familia es el área donde la ruptura entre la tradición romana y el Derecho moderno resulta más evidente, aunque los términos conceptuales sigan siendo los mismos. La evolución puede resumirse en una única tesis: el paso de la Familia como célula política y económica (basada en el poder) a la Familia como núcleo de solidaridad y afecto (basada en el deber).

### 1. LA PATRIA POTESTAS: DE LA AUTORIDAD ABSOLUTA A LA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL

La *Patria Potestas* romana fue la institución más poderosa y distintiva del *ius civile*. Era el poder total y vitalicio ejercido por el *pater familias* sobre todos sus descendientes varones y mujeres no casadas *cum manu*.

#### A. La Naturaleza del Poder Romano

La potestad era un poder político y económico absoluto, equiparable al *dominium* (propiedad) y con ecos del poder militar.

**Aspecto Personal:** Incluía teóricamente el *ius vitae et necis* (derecho de vida y muerte) y la facultad de vender al hijo (*ius vendendi*), atenuados en la práctica, pero vigentes hasta el final del Imperio.

**Aspecto Económico:** El hijo (*filius familias*) carecía de capacidad patrimonial propia. Todo lo que adquiría pasaba automáticamente al *pater* (principio de la adquisición por el poder).

## B. La Ruptura Moderna: La Responsabilidad Parental

El Derecho Continental invirtió radicalmente esta naturaleza. La *Patria Potestas* deja de ser un poder para convertirse en una función o deber en interés exclusivo del menor.

España: El Art. 154 del Código Civil define la potestad como un conjunto de deberes (“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos...”) ejercidos siempre en beneficio de los hijos. El poder solo se utiliza para cumplir la función.

Alemania: El BGB utiliza la terminología más precisa de *Elterliche Sorge* (Cuidado Parental, § 1626 BGB), haciendo desaparecer la palabra “potestad” para enfatizar que es un deber de cuidado sobre la persona y la administración de bienes del hijo.

El Patrimonio del Hijo (*peculium* vs. Bienes Propios): El hijo moderno es titular de su propio patrimonio (capacidad de obrar limitada). La administración por parte de los padres es una carga legal (sustitución), no una adquisición automática. La institución del *peculium* romano (bienes dados al hijo para su gestión) es un antecedente lejano de la capacidad del menor emancipado o de los bienes que administra en el tráfico.

## 2. EL MATRIMONIO: DE LA *AFFECTIO MARITALIS* AL VÍNCULO CONTRACTUAL

El concepto de matrimonio ha oscilado entre dos polos: la concepción romana (hecho social) y la concepción canónica (vínculo sacramental).

### A. El Matrimonio Romano (El Hecho y la Voluntad)

En Roma, la esencia del matrimonio no era un contrato, sino la cohabitación continua sostenida por la *affectio maritalis* (la intención recíproca de ser esposos).

**Ausencia de Forma:** No requería formalidad civil para su existencia.

**Fácil Disolución:** La *affectio maritalis* debía ser ininterrumpida. Si un cónyuge o ambos perdían la intención (*divertium*), el matrimonio se disolvía de facto.

## B. La Edad Media y la Codificación (El Contrato Indisoluble)

La Iglesia Católica elevó el matrimonio a sacramento, convirtiéndolo en un contrato solemne e indisoluble (solo cabía su anulación eclesiástica, salvo el excepcional caso de los privilegios petrino y paulino).

Los Códigos decimonónicos (incluyendo el español) heredaron en gran medida este concepto canónico, definiendo el matrimonio como un contrato solemne de por vida, limitando la disolución al divorcio causal (por culpa o motivo tasado).

## C. El Retorno a la Affectio (El Divorcio sin Causa)

La legislación familiar europea de finales del siglo XX y principios del XXI ha significado un retorno al modelo romano de la *affectio maritalis* como elemento central.

**España:** La Ley de Divorcio de 2005 (“Divorcio exprés”) eliminó la necesidad de alegar una causa y de la separación previa, permitiendo la disolución por la mera voluntad unilateral de un cónyuge.

**Alemania:** El divorcio se fundamenta en el fracaso de la vida conyugal, presumido tras un año de separación (Principio de la Rotura, § 1565 BGB).

**Francia:** La *Loi 2004-439* permite el *divorce sur demande acceptée* (mutuo acuerdo) o por *altération définitive du lien conjugal*, donde la voluntad de no seguir conviviendo basta.

**Conclusión:** El Derecho moderno, al aceptar el divorcio sin expresión de causa, ha reconocido que el matrimonio es esencialmente lo que los romanos entendieron: un estado de hecho que persiste mientras subsista la voluntad de ser esposos.

### 3. LA FAMILIA: LA VICTORIA DE LA SANGRE (*COGNATIO*) SOBRE LA LEY (*AGNATIO*)

El concepto de “familia” en Roma fue una lucha constante entre dos principios que definen nuestra herencia.

La *Agnatio* (Familia Política): Era el núcleo fundacional y político. Solo incluía a las personas sometidas a la misma *patria potestas* o que lo habrían estado de no haber muerto el *pater*. La agnación no se basaba en la sangre, sino en el vínculo de poder y sumisión civil.

La *Cognatio* (Familia de Sangre): Se basaba en lazos biológicos (parentesco por línea paterna o materna). Inicialmente, era irrelevante para el *ius civile*.

La Transición del Pretor a Justiniano: El Derecho Romano fue abandonando gradualmente la rigidez de la *agnatio* a favor de los lazos de sangre.

Con la *bonorum possessio*, el Pretor comienza a llamar a la sucesión a los parientes de sangre (cognados) que el *ius civile* ignoraba.

Las Novelas 118 y 127 de Justiniano eliminan formalmente la agnación y establecen el parentesco de sangre (cognación) como único criterio legal para la familia.

Este triunfo de la cognación es el que permitió que nuestros Códigos Civiles modernos (que estructuran la familia sobre el parentesco natural y el matrimonio) pudieran nacer directamente de Justiniano, y no de las arcaicas XII Tablas.

*Capítulo 4.*

# ***Hechos, Actos y Negocios Jurídicos***

## **1. DEL HECHO JURÍDICO AL NEGOCIO JURÍDICO: UNA CLASIFICACIÓN**

Las normas jurídicas operan vinculando consecuencias legales a determinados eventos. El evento que activa la norma se conoce como supuesto de hecho<sup>21</sup>. La doctrina moderna clasifica estos sucesos en una jerarquía que va de lo general a lo particular:

### A) Hecho Jurídico.

Es cualquier acontecimiento, natural o humano, que produce consecuencias jurídicas. Esta categoría principal se divide en dos grandes grupos:

1. Hecho Jurídico en sentido estricto: Acontecimientos que no dependen de la voluntad humana, es decir, hechos naturales<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Frecuentemente se denomina en la doctrina jurídica con la palabra alemana *Tatbestand* o con la italiana *fattispecie*

<sup>22</sup> Por ej. el paso del tiempo que hace adquirir ciertos derechos -usufructo- o extinguirlos -prescripción-; el nacimiento, que da origen a la personalidad; o la muerte, que abre la sucesión

2. Acto Jurídico: Acciones u omisiones voluntarias y conscientes de un ser humano que producen efectos jurídicos. La voluntariedad es su rasgo distintivo<sup>23</sup>.

A su vez, los actos jurídicos se subdividen según su conformidad con el ordenamiento:

- a) Acto Ilícito: Aquel que contraviene una norma jurídica. La consecuencia es una sanción negativa para su autor<sup>24</sup>. La sanción puede ser una pena (en el ámbito penal), una sanción administrativa (multas) o una consecuencia en el orden civil<sup>25</sup>.
- b) Acto Lícito: Aquel que es conforme al Derecho. Dentro de esta categoría, la figura más relevante es el negocio jurídico.

## B) Negocio jurídico

Es el acto de autonomía privada por excelencia. Se define como una manifestación de voluntad encaminada consciente

---

<sup>23</sup> Por esa razón se excluye de responsabilidad penal los actos delictivos realizados por menores o incapaces (art. 20 CP) así como los realizados en situaciones de ausencia total de consciencia o voluntad (caso de la hipnosis o sueño profundo)

<sup>24</sup> Por ej. los *crimina* (actuaciones u omisiones perjudiciales para todo el pueblo que reaccionaba imponiendo un castigo público al agente), los *delicta*, o *delicta privata* (actuaciones u omisiones perjudiciales para un particular que podía reclamar al autor el pago de una pena), el incumplimiento de deberes jurídicos (como el pago de las deudas), etc.

<sup>25</sup> En el orden civil, la sanción depende de que el acto ilícito contravenga una norma perfecta, imperfecta o menos que perfecta. En el primer caso, el acto es nulo de pleno derecho. Si contraviene una ley imperfecta, es anulable. Finalmente, si vulnera una norma 'menos que perfecta' es válido pero comporta una sanción.

y directamente a producir unos efectos jurídicos reconocidos y garantizados por el ordenamiento<sup>26</sup>.

Los romanos no formularon una teoría general del ‘negocio jurídico’, pero esta fue construida por la Pandectística alemana del siglo XIX sobre la base de los elementos del Derecho Romano. Por ello, la mayoría de los ordenamientos continentales, incluido el español, asumen sus conceptos y categorías<sup>27</sup>.

## 2. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

### A) Elementos esenciales

Son imprescindibles para la validez del negocio; su ausencia provoca la nulidad. Son la voluntad, el objeto, la causa y, en ciertos casos, la forma<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Por ej. otorgar testamento, contraer matrimonio, o celebrar un contrato, en estos casos los sujetos realizan ‘voluntariamente’ el acto porque quieren conseguir las consecuencias previstas por el Derecho, unirse como cónyuges, obligarse mutuamente a las consecuencias del contrato, u ordenar el destino del patrimonio para después de la muerte.

<sup>27</sup> El Código Civil español no regula expresamente la teoría del negocio jurídico, pero sus principios están implícitos en diversas disposiciones, como los artículos 1254 (autonomía de la voluntad), 1258 (consentimiento), 1261 (objeto) y 1274 (causa)

<sup>28</sup> El Código Civil establece los requisitos esenciales en el artículo 1261, en el que omite el requisito de la forma esencial, dado el principio general de libertad de forma del Derecho moderno. Vid sobre la forma, artículos 1278, 1279 y 1280 CC.

## 1. *La Voluntad*

Es el fundamento del negocio. Para ser jurídicamente válida, debe ser emitida por un sujeto con capacidad de obrar y debe ser consciente y libre.

### *Vicios de la Voluntad*

Son anomalías que afectan a la formación de la voluntad, haciéndola no enteramente libre o consciente. El Derecho continental moderno ha heredado esta categoría directamente del Derecho romano, pero no de su rígido *ius civile*—para el cual, si se habían pronunciado las palabras solemnes, la obligación nacía con independencia de la voluntad interna—, sino de la equidad del *ius honorarium*.

Fueron los remedios del Pretor (como la *exceptio doli*, la *actio quod metus causa* o la *exceptio metus*) los que permitieron paralizar o anular negocios que, aunque formalmente válidos, estaban viciados en su origen. La recepción de estos remedios pretorios en las codificaciones modernas no ha sido, sin embargo, uniforme, presentando soluciones divergentes para un mismo problema.

### A. *Error*

Es el falso conocimiento de la realidad, no inducido por un tercero. Para que anule el negocio, la jurisprudencia romana exigió que fuera un error esencial (*error in substantia*), es decir, que recayera sobre un aspecto tan fundamental que, de haberse conocido la realidad, el negocio no se habría celebrado.

Los códigos modernos han adoptado este principio, pero con notables diferencias técnicas:

- La solución latina (italiana): El error “reconocible”. El *Codice Civile* italiano, en su Art. 1428, adoptó una solución pragmática para proteger la buena fe y la seguridad del tráfico. No basta con que el error sea esencial;

debe ser también “reconocible” (*ricognoscibile*) por la otra parte. Si el error era evidente para la otra parte y esta no dijo nada, el contrato es anulable; si era imposible de detectar, la confianza del receptor se protege y el contrato es válido.

- La solución alemana (dogmática): El error en la “declaración”. El BGB (Código Civil Alemán) se aleja del concepto romano de “vicio”. En su § 119, trata el error no como un vicio del *consentimiento*, sino como un desajuste en la *declaración de voluntad* (*Willenserklärung*). La consecuencia es distinta: el negocio no es “anulable”, sino “impugnable” (*Anfechtung*), y el § 122 del BGB impone a quien impugna por error la obligación de indemnizar a la otra parte por los daños sufridos por haber confiado en la validez de la declaración.

#### B. Dolo (*Dolus*)

Es el engaño malicioso utilizado por una de las partes para inducir a la otra a celebrar el negocio. En Roma, se protegió mediante la *actio de dolo* (para pedir una indemnización) y, fundamentalmente, la *exceptio doli*, que se convirtió en la gran herramienta de la buena fe.

El dolo es, de los tres vicios, el que ha tenido una recepción más uniforme. Todos los ordenamientos continentales lo recogen como una causa de anulación, exigiendo que sea grave (*dolus malus*) y determinante (*dolus causam dans*).

- Francia: El Art. 1137 del *Code Civil* (reformado en 2016) lo define como la maquinación o mentira para inducir al error al otro contratante.
- Italia: El Art. 1439 del *Codice Civile* lo define como *raggiri* (maquinaciones) que llevan a la otra parte a contratar.
- Alemania: El § 123 del BGB lo agrupa con la intimidación (*arglistige Täuschung*), permitiendo la impugnación del negocio.

### C. *Metus* (Intimidación)

Se produce cuando la voluntad se forma bajo el efecto de una amenaza grave e injusta. El Pretor concedió la *actio quod metus causa* y la *exceptio metus*.

Este vicio es el que presenta la evolución moderna más interesante, adaptando el concepto romano de “amenaza” a nuevas realidades sociales:

- Francia: La “violencia económica”. La recepción más notable se encuentra en el *Code Civil* francés. Junto a la violencia tradicional, la reforma de 2016 consagró en el Art. 1143 la figura de la “violencia económica” (*violence économique*). Un contrato puede ser anulado si una parte, “abusando del estado de dependencia” de la otra, obtiene una ventaja manifiestamente excesiva. Es la adaptación directa del *metus* romano a las relaciones de poder contractuales del siglo XXI.
- Italia: El Art. 1435 del *Codice Civile* mantiene el estándar romano clásico: la amenaza debe ser de tal naturaleza que impresione a una persona sensata y le haga temer por un “mal injusto y notable” para sí mismo o sus bienes.
- Alemania: El § 123 del BGB la denomina “amenaza ilícita” (*widerrechtliche Drohung*) y, al igual que el dolo, la establece como causa de impugnación (*Anfechtung*).

### *Manifestación de la Voluntad*

La voluntad interna debe exteriorizarse. Puede ser:

**Expresa:** Mediante palabras o signos inequívocos.

**Tácita:** A través de un comportamiento concluyente (*facta concludentia*).

**Presunta:** Excepcionalmente, cuando la ley o un acuerdo previo otorgan al silencio valor de asentimiento.

*Discordancia entre Voluntad y Declaración:*

**Declaraciones *iocandi aut docendi causa*:** Hechas en broma o como ejemplo; son nulas por falta de voluntad negocial real.

**Error Obstativo:** Discordancia involuntaria entre lo querido y lo declarado (*lapsus linguae*). Prevalece la voluntad real si puede probarse.

**Simulación:** Discordancia voluntaria y acordada entre las partes. Puede ser absoluta<sup>29</sup> o relativa o disimulación<sup>30</sup>.

*Representación:*

**Nuntius (Mensajero):** No es un representante. Se limita a transmitir una voluntad ya formada por otro.

**Representante:** Persona que emite su propia declaración de voluntad, pero cuyos efectos jurídicos recaen sobre otro (el representado).

- **Representación Indirecta:** El representante actúa en nombre propio pero por cuenta ajena. Adquiere los derechos y obligaciones para sí y luego debe transferirlos al representado. Era la forma habitual en Roma entre ciudadanos.
- **Representación Directa:** El representante actúa en nombre y por cuenta del representado. Los efectos del negocio se producen directamente en la esfera jurídica

---

<sup>29</sup> se aparenta un negocio pero no se quiere ninguno; el negocio simulado es nulo

<sup>30</sup> se aparenta un negocio para ocultar otro realmente querido; el negocio simulado es nulo, pero el disimulado es válido si es lícito y cumple sus requisitos esenciales

del representado. Era excepcional en Derecho Romano, pero es la regla general en Derecho Moderno<sup>31</sup>.

## 2. EL OBJETO

Es la realidad material o social sobre la que recae el negocio; en el caso de los contratos, son las prestaciones a las que se obligan las partes. La doctrina pandectística, partiendo de los textos romanos, estableció los requisitos que el objeto debe cumplir para la validez del negocio: ser posible, lícito y determinado o determinable.

Si bien los requisitos de posibilidad y determinación son de carácter técnico y han sido recibidos de forma similar, el requisito de licitud revela una profunda conexión de la herencia romana con el orden público de cada Estado.

El Derecho romano estableció que no se puede contraer una obligación para un hecho contrario a la moral (la *stipulatio* era nula si su objeto era *turpem*, ilícito o inmoral). Este principio, que fusiona la legalidad con la moralidad social, ha sido plasmado de formas distintas en las grandes codificaciones continentales:

Alemania: El BGB alemán divide el control de licitud en dos preceptos distintos.

El § 134 del BGB establece la nulidad del negocio que contravenga una prohibición legal expresa (*gesetzliches Verbot*).

---

<sup>31</sup> La representación directa está regulada en los códigos civiles de los países de tradición continental, como el Código Civil español (artículos 1259 y siguientes), el Código Civil francés (artículos 1984 y siguientes), el Código Civil italiano (artículos 1387 y siguientes) y el Código Civil alemán (BGB) (artículos 164 y siguientes)

Separadamente, el § 138 del BGB declara nulo el negocio jurídico que atente contra las “buenas costumbres” (*gute Sitten*), una herencia directa de la *contra bonos mores romana*.

Francia: El *Code Civil*, tras la reforma de 2016, ha modernizado la terminología. Su Art. 1162 establece que el contrato no puede derogar el orden público (*ordre public*) “ni por sus estipulaciones ni por su fin (*but*)”. Al mover el control de la licitud al “fin”, la doctrina francesa debate si ha absorbido la antigua *causa* ilícita dentro del objeto.

Italia: El *Codice Civile* de 1942, en su Art. 1346, exige que el objeto sea *lecito*. Sin embargo, desarrolla este concepto de forma más explícita en la *causa*, declarando nulo el contrato cuya causa (no el objeto) sea contraria a “normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres” (*buon costume*) (Art. 1343).

España: El Código Civil español sigue la formulación clásica al exigir que el objeto no sea “contrario a las leyes o a las buenas costumbres” (Art. 1271).

Como vemos, aunque la terminología varía (orden público, buenas costumbres), todos los sistemas continentales han heredado la función romana de utilizar el objeto (o la causa) como un filtro de legalidad y moralidad para el ejercicio de la autonomía privada.

### 3. LA CAUSA

La causa es el fin objetivo y socioeconómico que el ordenamiento jurídico reconoce a cada tipo de negocio. Es una de las herencias más complejas y definitorias del Derecho Romano, que no la concibió como un requisito de los contratos formales (como la *stipulatio*, que era abstracta), sino como el fundamento de las obligaciones nacidas de los pactos y, especialmente, como la *iusta causa* necesaria para que una *traditio* (entrega) transfiriera la propiedad.

En las codificaciones modernas, la recepción de esta idea ha sido tan divergente que ha generado la famosa “querrela anticausalista”, dividiendo al propio sistema continental:

- Los Bastiones Causalistas (España e Italia): Estos ordenamientos se mantienen fieles a la tradición romano-canónica, exigiendo la *causa* como un requisito esencial *sine qua non* para la validez de todo contrato.
  - o España: El Art. 1261 del Código Civil la enumera como requisito esencial, y el Art. 1274 la define como “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte” en los contratos sinalagmáticos perfectos.
  - o Italia: El *Codice Civile* hace lo mismo en su Art. 1325 y la utiliza, en su Art. 1343, como el vehículo principal para el control de la licitud del negocio (declarando nula la *causa illecita*).
- El Sistema Abstracto (Alemania): El BGB alemán, en un alarde de dogmática pandectística, lleva al extremo la lógica de la *stipulatio* romana. El BGB no requiere la *causa* para la validez de los negocios. Siguiendo el *Abstraktionsprinzip* (principio de abstracción), el negocio obligacional (el contrato de compraventa, § 433) y el negocio real (la transmisión de la propiedad, § 929) son dos actos jurídicos distintos e independientes. La invalidez de la *causa* (el contrato de venta) no anula la transmisión de la propiedad, dando lugar únicamente a una acción de enriquecimiento injusto (§ 812 BGB).
- El Giro Francés (El “Anticausalismo” Moderno): El *Code Civil* francés, que fue el gran exportador de la teoría causal, la eliminó formalmente de sus requisitos esenciales en la histórica reforma de 2016. El nuevo Art. 1128 ya no la menciona. Sin embargo, la doctrina debate si es una supresión real o un “maquillaje”, ya que sus funciones han sido reubicadas:

- o El control de la licitud se ha movido al “fin” del contrato (*le but*, Art. 1162).
- o El control contra la ausencia de contraprestación (que antes se llamaba “falsa causa”) se regula ahora en el “contenido” (*le contenu*, Art. 1169).

Finalmente, esta exigencia de *causa* en los sistemas latinos sigue marcando la gran divergencia dogmática con el *Common Law*. Para que una promesa sea vinculante, el *Common Law* no exige una *causa* (fin objetivo), sino la *consideration*: una contraprestación negociada (*bargain*) o un *quid pro quo*. Por ello, una promesa gratuita (como una donación, que en *Civil Law* tiene una *causa* válida) no es un contrato ejecutable en *Common Law*, a menos que se revista de la forma solemne de un *deed* mientras que en *Civil Law* sí lo es (v. Art. 618 CC esp.)

## 4. LA FORMA

Es el modo en que se exterioriza la voluntad. La concepción de la forma es, quizás, el punto donde el Derecho continental moderno ha protagonizado una ruptura más evidente con sus orígenes romanos, para después, paradójicamente, volver a ellos por motivos completamente nuevos.

### A. La Revolución Consensualista (*La Superación de Roma*)

El *ius civile* romano fue eminentemente formalista. La obligación no nacía del simple pacto (*nuda pactio obligationem non parit*), sino del cumplimiento de un rito: las palabras solemnes (*verbis*, en la *stipulatio*), la escritura (*litteris*) o la entrega de la cosa (*re*). La forma era la regla, y el consentimiento, por sí solo, la excepción (reservada a los cuatro contratos consensuales).

El Derecho continental moderno invirtió este paradigma. Bajo la influencia del Derecho canónico (el principio *pacta sunt servanda*) y el iusnaturalismo, la regla general pasó a ser el principio de libertad de forma o consensualismo:

- España: El Art. 1278 del Código Civil proclama: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado...”.
- Francia: El Art. 1172 del *Code Civil* (tras la reforma de 2016) establece que “los contratos son por principio consensuales”, y que el formalismo es la excepción.

### B. La Pervivencia del Formalismo Clásico (*Forma ad Solemnitatem*)

A pesar del triunfo del consensualismo, el Derecho moderno ha conservado la *forma ad solemnitatem* o *ad substantiam* — aquella cuyo incumplimiento provoca la nulidad absoluta del negocio — para ciertos actos de especial trascendencia, tal y como Roma lo hacía con la *mancipatio*.

El ejemplo más claro de esta herencia común es la donación de bienes inmuebles, que prácticamente todos los ordenamientos continentales exigen que se realice en escritura pública para ser válida:

España: Art. 633 del Código Civil.

Francia: Art. 931 del *Code Civil*.

Italia: Art. 782 del *Codice Civile*.

Alemania: El § 518 del BGB exige la “autenticación notarial” (*notarielle Beurkundung*) de la promesa de donar.

En estos casos, la forma solemne sigue cumpliendo la misma función que en Roma: obligar a las partes a reflexionar sobre la gravedad del acto (la pérdida patrimonial) y garantizar la seguridad jurídica.

### C. El Neo-Formalismo Europeo (La Protección de la Parte Débil)

En las últimas décadas, asistimos a un “neo-formalismo” que, irónicamente, nos devuelve al formalismo, pero con un fin opuesto al de la *stipulatio*. Si la forma romana servía para dar poder al acreedor y dotar de eficacia a la obligación, la nueva forma sirve para proteger a la parte débil del contrato, generalmente el consumidor.

Este neo-formalismo es impulsado en gran medida por el Derecho de la Unión Europea, que actúa como un nuevo Pretor imponiendo requisitos de forma en todo el mercado único:

**Formalismo de Transparencia:** La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas impone un deber de forma. Exige que las cláusulas en contratos de adhesión estén redactadas de forma “clara y comprensible”. El Tribunal de Justicia de la UE (p.ej., Sentencia *Kásler*, C-26/13) ha interpretado esto no solo como una claridad gramatical, sino como una transparencia real que permita al consumidor comprender las consecuencias económicas de lo que firma.

**La Nueva Forma Digital:** El Reglamento (UE) n° 910/2014 (eIDAS) ha creado el *ius commune* para la forma en la era digital. Al equiparar la firma electrónica cualificada a la manuscrita, resuelve la antigua dicotomía romana entre *verbis* (oral) y *litteris* (escrito), creando una nueva categoría formal europea.

### B) Elementos accidentales

Son cláusulas accesorias que las partes pueden incluir por su propia voluntad para modular los efectos del negocio. Una vez incluidas, se vuelven esenciales para su eficacia.

1. Condición: Acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio<sup>32</sup>.

En función de su incidencia en el negocio, la condición puede ser:

- Suspensiva: El negocio no produce efectos hasta que la condición se cumpla.
- Resolutoria: El negocio produce efectos desde el principio, pero estos cesan si la condición se cumple<sup>33</sup>.
- De acuerdo con la naturaleza del evento, las condiciones pueden ser:
- Potestativas: Su cumplimiento depende de la voluntad de una de las partes del negocio.
- Casuales: El cumplimiento del evento depende del azar.
- Mixtas: En parte depende del azar y en parte de la voluntad.

Las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales, en negocios *inter vivos*, anulan el negocio. En negocios *mortis causa*, se tienen por no puestas.

2. Término (*Dies*): Acontecimiento futuro pero cierto del que dependen los efectos del negocio. Puede ser suspensivo (*ex die*) o resolutorio (*in diem*)<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Artículos 1113 y 1114 CC

<sup>33</sup> Las condiciones y los términos resolutorios no eran admitidos en Derecho Romano clásico, por ejemplo, en la institución de heredero: *semel heres semper heres*.

<sup>34</sup> La diferencia, por tanto, entre condición y término radica en que la condición es un suceso incierto mientras que el término va a suceder seguro, aunque no sepamos cuándo (artículo 1125 CC).

3. Modo (*Modus*): Carga o gravamen que se impone al beneficiario de un acto de liberalidad (donación, legado). A diferencia de la condición suspensiva, el modo obliga, pero no suspende. El negocio es eficaz desde el principio, pero el beneficiario tiene la obligación de cumplir la carga.

### 3. INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Un negocio es ineficaz cuando no produce los efectos que le son propios. Esta categoría general debe, sin embargo, dividirse en dos grandes grupos que el Derecho continental ha heredado de Roma: la invalidez (defectos originarios) y la ineficacia en sentido estricto (cesación de efectos sobrevenida).

#### A. Invalidez (Defectos Originarios)

La invalidez es la sanción por un defecto estructural en los elementos esenciales del negocio o por su contradicción con normas imperativas. La dogmática pandectística, basándose en la dualidad procesal romana, construyó la distinción fundamental:

##### 1. Nulidad (*Nulidad absoluta, radical o ipso iure*)

Es la sanción más grave. Se produce cuando el negocio contraviene una norma de orden público, atenta contra la moral (*contra bonos mores*) o carece de un elemento esencial (consentimiento, objeto, causa, forma solemne).

Origen Romano: Tiene su raíz en la violación de las *leges perfectae*, aquellas que establecían la nulidad del acto como consecuencia de su contravención. Para el *ius civile*, este

negocio era una nada jurídica, y su nulidad operaba *ipso iure* (de pleno derecho).

Recepción Moderna: Los códigos latinos (Francia, Italia, España) la regulan como *nullité absolue* (Art. 1179 *Code Civil* fr.) o *nullità* (Art. 1418 *Codice Civile* it.). El BGB alemán la denomina *Nichtigkeit* (p.ej., § 134, § 138). La acción para declararla no prescribe.

## 2. Anulabilidad (*Nulidad relativa u ope exceptionis*)

El negocio nace con todos sus elementos esenciales, pero adolece de un vicio (error, dolo, *metus*) o de un defecto de capacidad.

Origen Romano: Nace de dos fuentes. Por un lado, de las *leges minus quam perfectae* (a menudo senadoconsultos) que, sin anular el acto, imponían una sanción o concedían una ventaja a la parte protegida. Por otro lado, y principalmente, de la protección pretoria (*ope exceptionis*). El Pretor no anulaba el negocio *ipso iure*, sino que concedía a la parte afectada (p.ej., la víctima de *metus*) una excepción para paralizar la reclamación del acreedor.

Recepción Moderna: El negocio nace válido, pero es vulnerable.

Modelo Latino: Lo regula como *nullité relative* (Art. 1181 *Code Civil* fr.) o *annullabilità* (Art. 1425 *Codice Civile* it.). Solo la parte protegida puede impugnarlo dentro de un plazo de prescripción (generalmente 4 o 5 años).

Modelo Alemán: El BGB no habla de “anulabilidad”, sino de “impugnabilidad” (*Anfechtung*, § 142). El negocio nace válido y solo se considera nulo retroactivamente si la parte afectada lo “impugna” activamente.

### 3. Convalidación y Conversión

**Convalidación:** Un negocio anulable puede “sanarse” si la parte protegida lo ratifica o si transcurre el plazo de impugnación.

**Conversión:** Un negocio nulo por motivos formales puede ser válido como otro negocio distinto cuyos requisitos sí reúne. Este principio de *favor negotii* está recogido explícitamente en el § 140 del BGB alemán y el Art. 1424 del *Codice Civile* italiano.

## B. Ineficacia en Sentido Estricto (Cesación de Efectos)

Aquí se agrupan supuestos en que un negocio válido deja de producir efectos por una causa sobrevenida. No deben confundirse con la invalidez.

### 1. Resolución

Es la ineficacia de un contrato sinalagmático perfecto por el incumplimiento de una de las partes.

**Origen Romano:** Nace del *pactum commissorium*, una cláusula explícita que las partes añadían a la compraventa para resolverla si no se pagaba el precio.

**Recepción Moderna:** El Derecho continental moderno da un salto dogmático y convierte esa cláusula explícita en una condición resolutoria implícita en todos los contratos sinalagmáticos.

**España:** Es el Art. 1124 del Código Civil.

**Francia:** Art. 1224 del *Code Civil* (*résolution*).

**Alemania:** El BGB lo regula como un “derecho de desistimiento” (*Rücktrittsrecht*) por incumplimiento (§ 323).

## 2. Rescisión

Es la ineficacia de un contrato válido por causar un perjuicio económico grave (lesión) a una de las partes, en los casos tasados por la ley.

Origen Romano: Nace en el Derecho postclásico (época de Diocleciano) con la figura de la *laesio enormis*, que permitía al vendedor de un fundo rescindir la venta si había recibido menos de la mitad del precio justo.

Recepción Moderna: Los códigos modernos la acogen con recelo, limitándola a supuestos tasados.

España: El Art. 1291 del Código Civil la limita a casos como los contratos celebrados por tutores con lesión grave o los celebrados en fraude de acreedores (que aquí se solapa con la *Acción Pauliana*, artículo 1111 CC).

Francia: El *Code Civil* ha mantenido la *laesio* romana casi pura en su Art. 1674, que permite rescindir la venta de un inmueble si el vendedor ha sido lesionado en “más de siete doceavas partes” del precio.

## 3. Revocación

Es la ineficacia de un negocio jurídico unilateral y gratuito (como donaciones o mandatos) por la simple voluntad del otorgante, cuando la ley lo permite.

Origen Romano: Era la regla general en el *mandatum* (basado en la confianza) y la excepción en la *donatio* (permitiéndose la revocación por ingratitud del donatario).

Recepción Moderna: Se mantiene idéntica. El mandato es libremente revocable (Art. 1732 CC esp.). La donación es irrevocable salvo por causas tasadas, como

la ingratitud (Art. 648 CC esp.) o la supervivencia o superveniencia de hijos.

#### 4. Desistimiento Unilateral (*Ius Poenitendi*) y Mutuo Disenso

**Mutuo Disenso:** Es la extinción del contrato por un nuevo acuerdo entre las partes. Es la aplicación directa del principio romano para los contratos consensuales: lo que se hace por el consentimiento, se deshace por el *contrarius consensus*.

**Desistimiento Unilateral (Derecho de la UE):** Esta es la creación más relevante del “neo-formalismo” moderno. Es un derecho a extinguir un contrato válido, de forma unilateral, sin alegar causa (*ad nutum*) y dentro de un plazo.

**Origen:** Es una creación del Derecho de Consumo de la UE, que actúa como un moderno Pretor para proteger la voluntad del consumidor, que se presume “débil” o sorprendido (similar a la *exceptio doli*).

**Recepción (*Hard Law*):** La Directiva 2011/83/UE (sobre derechos de los consumidores) impone en todos los Estados miembros un derecho de desistimiento de 14 días (*ius poenitendi*) para todos los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil. Es una norma *ius cogens* que supera a las legislaciones nacionales.

#### *Convalidación y Conversión*

**Convalidación:** Un negocio anulable puede “sanarse” si la persona afectada lo ratifica o confirma una vez cesado el vicio o alcanzada la plena capacidad. También se convalidan los negocios anulables por el mero transcurso del plazo de impugnación.

Conversión: Un negocio nulo por no cumplir los requisitos de una figura, puede ser válido como otro negocio distinto cuyos requisitos sí reúne<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Por ej. la 'cláusula codicilar', o el SC. Neroniano

## Capítulo 5.

# *El Proceso Civil: La Estructura de la Justicia*<sup>36</sup>

El proceso civil moderno no es una ruptura con Roma, sino una adaptación tecnológica de sus mecanismos. Mientras el *Common Law* evolucionó desde la práctica forense oral, el sistema continental codificó la ingeniería procesal romana.

A continuación, analizamos las “piezas maestras” de este sistema, contrastando su regulación positiva en los grandes ordenamientos continentales actuales.

### 1. LA ACCIÓN: DEL FORMULARIO A LA TUTELA ABSTRACTA

El concepto de “acción” marca la primera gran divergencia.

- El Legado Romano (tipicidad): En Roma, la acción precedía al derecho (*actio* como título habilitante).
- El Derecho Moderno (Abstracción): La dogmática alemana y la italiana invirtieron el esquema: la acción es un derecho público subjetivo a obtener tutela, desligado de la antigua tipicidad formularia.
  - o España: El Art. 24 de la Constitución consagra la “tutela judicial efectiva” como un derecho abstracto (ob-

---

<sup>36</sup> Respecto a la evolución histórica de la jurisdicción y su proyección moderna, me remito a Díaz-Bautista Cremades (2024). Sobre la ejecución patrimonial y sus antecedentes romanos, vid. la monografía del mismo autor (2013).

tener una resolución), no concreto (ganar el pleito). La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 1/2000) exige, sin embargo, una “causa de pedir” estricta (Art. 400 LEC, preclusión de hechos y fundamentos), herencia de la rigidez de la fórmula.

- o Francia: El Art. 30 del *Code de Procédure Civile* define la acción como el derecho del autor de una pretensión a ser escuchado sobre el fondo.

## **2. LA FUNCIÓN JUDICIAL: EL RENACIMIENTO DE LA BIPARTICIÓN (IURISDICTIO VS. IUDICATIO)**

Esta es la tesis central para entender la justicia del siglo XXI. La antigua división romana entre el Magistrado que ordena el proceso (*iurisdictio*) y el Juez que dicta sentencia (*iudicatio*) ha resucitado legislativamente para gestionar la masificación de litigios.

- A. El Modelo Alemán: El *Rechtspfleger* Alemania fue pionera en desagregar la función judicial.
  - La *Rechtspflegergesetz* (RPfLG) de 1969 consolida a un funcionario (no juez) que asume competencias de jurisdicción voluntaria, registro, ejecución y costas.
  - La doctrina alemana debate si ejerce “jurisdicción” material. El § 4 RPFfG le otorga independencia funcional, aunque limitada por la revisión judicial, replicando el esquema del pretor y el juez.
- B. El Modelo Español: El Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) España ha seguido este camino mediante la Ley Orgánica 7/2015.
  - Función de *Iurisdictio* (Ordenación): El LAJ asume la admisión de la demanda (Art. 404 LEC), el impulso

procesal (Art. 456 LOPJ) y la ejecución material (decreto de adjudicación). El legislador ha sustraído al Juez la “gestión” para dejarle solo la “decisión”.

- Función de *Iudicatio* (Juzgar): El Art. 117.3 de la Constitución reserva a jueces y magistrados “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. El Tribunal Constitucional ha validado este reparto siempre que exista revisión judicial final.

#### C. El Modelo Portugués y Francés

- Portugal: El Código de Processo Civil (CPC) distingue nítidamente entre el Juez, que tiene el “deber de administrar justicia” dictando sentencia (Art. 152 CPC), y la Secretaría Judicial, que asegura la tramitación y ejecución de los despachos bajo la dirección funcional del magistrado (Art. 157 CPC).
- Francia: El *Greffier* (Arts. 726-728 CPC) autentifica los actos y gestiona el registro, pero carece de las potestades decisorias autónomas que sí tiene el LAJ español o el *Rechtspfleger* alemán.

### 3. EL JUEZ: ¿CIUDADANO O FUNCIONARIO? (LEGO VS. PROFESIONAL)

Esta distinción define la fuente de legitimidad del juzgador en cada cultura jurídica.

- El Modelo del Jurado (*Common Law*): Inglaterra mantuvo la idea romana republicana del juicio por pares. El proceso no depende exclusivamente de expertos; la decisión sobre los hechos corresponde históricamente a un jurado de ciudadanos (*laymen*). El juez profesional actúa como un árbitro técnico que instruye al jurado sobre la ley, pero no decide sobre la veracidad de los hechos.

- El Modelo del Juez Funcionario (*Civil Law*): El continente adoptó el modelo de la burocracia imperial romana (*cognitio*). El juez es un experto en Derecho, un funcionario del Estado seleccionado por criterios técnicos (oposición o mérito). Su legitimidad no proviene de ser un “par” del justiciable, sino de la delegación del *princeps*, como soberano y de su estricta sujeción a la Ley (emanada también del poder).

#### 4. EL ROL DEL JUEZ Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Frente al juez pasivo del *Common Law* (mero árbitro del *fair play*), el juez continental conserva los poderes de dirección de la *cognitio* imperial.

- A. El Principio Dispositivo (El Dueño del Pleito) En todos los códigos latinos, las partes definen el objeto del litigio (*nemo iudex sine actore*).
  - Francia: Art. 4 CPC: “El objeto del litigio está determinado por las pretensiones respectivas de las partes”.
  - España: Art. 216 LEC: Principio de justicia rogada. El tribunal decide según las pruebas aportadas por las partes.
- B. El Poder de Dirección Material (La Herencia Inquisitiva) Sin embargo, el juez continental tiene poderes probatorios y de impulso que horrorizarían a un jurista anglosajón.
  - Portugal (El más inquisitivo): El Art. 411 CPC consagra el “Principio do Inquisitório”: “Incumbe al juez realizar u ordenar, incluso de oficio, todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad”. Es la *cognitio* en estado puro.

- Francia: El Art. 10 CPC permite al juez ordenar de oficio medidas de instrucción legalmente admisibles.
- España: El Art. 426 LEC faculta al juez para advertir a las partes de las carencias probatorias en la Audiencia Previa, aunque no puede suplir su inactividad.

## 5. LA ESTRUCTURA: *LITIS* *CONTESTATIO* Y PRECLUSIÓN

La obsesión romana por fijar el litigio (*litis contestatio*) pervive en la rigidez de nuestros procedimientos, frente a la fluidez del *discovery* anglosajón.

- La Fase de Alegaciones y la Preclusión: En el sistema continental, hay un momento de “cierre” del objeto del proceso.
  - o En España, la Audiencia Previa (Art. 414 LEC) tiene la función exacta de la *litis contestatio* romana: intentar el acuerdo, depurar defectos procesales y fijar los hechos controvertidos. Tras ella, no se pueden introducir hechos nuevos (preclusión).
  - o En Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial (CPCCN) estructura el proceso con una clausura de la etapa introductoria que fija la *litis* de manera irrevocable.

## 6. LA SENTENCIA: COSA JUZGADA Y RECURSOS

- Cosa Juzgada (*Res Iudicata*): El principio romano de que “lo juzgado se tiene por verdad” (*res iudicata pro veritate habetur*) es un dogma en el continente. Su valor es relativo (solo afecta a las partes del litigio), a diferencia del

*stare decisis* anglosajón, donde la sentencia crea Derecho vinculante para todos (precedente).

- Los Recursos (La Apelación): La apelación (*appellatio*) no existía en la República romana (la sentencia del juez privado era inapelable). Es un invento de la burocracia imperial (*cognitio*): al ser el juez un funcionario inferior, su error podía ser corregido por el Emperador o sus delegados.
  - o Esta estructura jerárquica (Juzgados -> Audiencias -> Tribunal Supremo) es la columna vertebral de la justicia continental, diseñada para unificar la interpretación de la Ley, no para crearla.

## 7. LA EJECUCIÓN: EL *PIGNUS IN CAUSA* *IUDICATI CAPTUM MODERNO*

La ejecución civil moderna es hija directa del rescripto de Antonino Pío (D. 42.1.15.2) que creó la ejecución singular mediante embargo (*pignus*), abandonando la venta de todo el patrimonio (*bonorum venditio*).

### A. El Embargo Ejecutivo (La Afección Singular)

El sistema continental opera seleccionando bienes concretos del deudor para realizarlos.

- España: El Art. 592 LEC establece el orden de embargos (dinero -> créditos -> muebles -> inmuebles), que reproduce casi literalmente el orden del rescripto de Antonino Pío recogido por Ulpiano (*moventia* -> *solí* -> *nomina*).
- Alemania: El § 803 ZPO (*Zwangsvollstreckung*) regula el embargo (*Pfändung*) siguiendo el principio de que no se

debe embargar más de lo necesario para cubrir el crédito (prohibición de exceso).

## B. La Realización: Subasta y Adjudicación

- La Subasta: La *auctio* romana pervive como método ordinario. En España (Art. 636 LEC), sin embargo, se ha intentado introducir el “convenio de realización” (venta por persona especializada), aunque la subasta judicial sigue siendo la regla.
- La Adjudicación al Acreedor: Si no hay postores, el acreedor puede adjudicarse el bien.
  - o En Roma, esto requería una *impetratio dominii* al Emperador.
  - o Hoy, es un derecho automático regulado tasadamente (Art. 671 LEC española: adjudicación por el 50% o 60% del valor si la subasta queda desierta).

## C. La Inembargabilidad (El Beneficium Competentiae)

El límite humanitario de la ejecución romana (dejar al deudor lo necesario para vivir) está codificado hoy como normas de orden público.

- España: Art. 606 LEC (Inembargabilidad del salario mínimo y útiles profesionales).
- Alemania: § 811 ZPO (Objetos inembargables, *Unpfändbare Sachen*).
- Argentina: Art. 219 CPCCN establece bienes inembargables, protegiendo el lecho cotidiano y herramientas de trabajo, en una línea directa con el privilegio de los *strumenta* agrícolas de Constantino.

#### D. La Condena: Pecuniaria vs. Específica

- Roma (*Omnis condemnatio pecuniaria est*): En el procedimiento formulario clásico, debido a la estructura de la fórmula, el juez solo podía condenar a pagar una suma de dinero. Incluso si se reclamaba la restitución de un esclavo o una casa, la condena era su valor en dinero (*litis aestimatio*).
- Derecho Moderno (Ejecución *In Natura*): El sistema continental, influido por la moral canónica (que exige cumplir la palabra dada) y la potestad directa de la *cognitio* imperial, invirtió el dogma.

Hoy, el objetivo del proceso es la ejecución específica: si el deudor debe una cosa, se le forzará a entregarla (*manu militari*); si debe un hacer, se hará a su costa. Solo subsidiariamente se acudirá a la indemnización (cumplimiento por equivalente).

Curiosamente, el *Common Law* mantiene una postura más cercana a la Roma clásica: el remedio general son los *Damages* (dinero), y la *Specific Performance* (cumplimiento específico) es un remedio excepcional de la equidad (*Equity*).

## Capítulo 6.

# ***Introducción a los derechos reales: Las Cosas y la Posesión***<sup>37</sup>

El Derecho regula las facultades que el ser humano tiene sobre las “cosas” o “bienes”<sup>38</sup>. El poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa es lo que llamamos “derecho real”. La estructura de cómo entendemos las cosas y cómo las protegemos es una de las herencias más directas del Derecho Romano.

### **1. LAS COSAS (BIENES)**

La organización del Derecho de bienes en el sistema continental se basa en clasificaciones conceptuales creadas por los juristas romanos.

### **2. MUEBLES E INMUEBLES: LA SUMMA DIVISIO MODERNA**

En Roma, la distinción más importante era entre *res mancipi* (las cosas más importantes para la economía agraria, como fundos, esclavos y animales de tiro, que requerían formas so-

---

<sup>37</sup> La construcción dogmática de los derechos reales se aborda siguiendo las tesis clásicas expuestas en Castán Pérez Gómez (2018) y Panero (2022).; si bien, como se advierte en su lugar, proponemos una clasificación diferente para los tipos de poseedor y su protección interdicial. Para la casuística jurisprudencial romana en esta materia, vid. Torrent (2005).

<sup>38</sup> del latín *bona*, ‘lo bueno’, aquello que proporciona utilidad

lemnes para su transmisión) y *res nec mancipi* (las demás cosas, transmisibles por simple entrega o *traditio*).

Esta distinción, ligada a un formalismo arcaico, fue abolida por Justiniano. En su lugar, el Derecho continental moderno adoptó otra distinción romana, que consideraba secundaria, como la *summa divisio* o clasificación principal: la que diferencia bienes muebles (los que pueden trasladarse) y bienes inmuebles (los que no, como la tierra o “bienes raíces”)<sup>39</sup>.

La importancia de la tierra (fincas, fundos o “predios”) llevó a los romanos a desarrollar conceptos que perviven intactos, como los “inmuebles por destino”, que son bienes muebles (como maquinaria agrícola o estatuas) que jurídicamente se reputan inmuebles por estar permanentemente al servicio de la finca (el *instrumentum fundi* romano).

### 3. COSAS CORPORALES E INCORPORALES

Gayo distinguió entre cosas que se pueden tocar (*res corporales*, como un fundo o un esclavo) y las que no (*res incorporales*, que consisten en un derecho, *quae in iure consistunt*, como un usufructo o una herencia).

Esta distinción conceptual es la base de toda la sistemática moderna. Los códigos civiles diferencian entre la propiedad sobre el objeto físico y la titularidad de los derechos

---

<sup>39</sup> El Derecho continental moderno ha hecho de esta la *summa divisio* (p.ej., Art. 333 ss. CC español; Art. 516 ss. *Code Civil* francés; § 90 ss. BGB alemán; Art. 812 ss. *Codice Civile* italiano). La fijeza de los inmuebles permite crear sistemas de publicidad y garantía, como los Registros de la Propiedad, que son la base de la seguridad del crédito territorial moderno

(p.ej., “propiedad intelectual” o “industrial”, que son bienes incorporales)<sup>40</sup>.

#### 4. COSAS IN COMMERCIIUM Y EXTRA COMMERCIIUM

Los romanos entendieron que no todas las cosas eran susceptibles de apropiación privada. Las *res extra commercium* estaban fuera del tráfico jurídico, bien por razones divinas (*res divini iuris*, hoy una categoría histórica) o por razones humanas (*res humani iuris*).

Este segundo grupo es el antecedente directo de la moderna categoría de bienes de dominio público. Incluía:

- *Res communes omnium*: Cosas comunes a todos por naturaleza (el aire, el agua corriente, el mar).
- *Res publicae*: Cosas del Pueblo Romano destinadas al uso público (calles, plazas, ríos).

Esta distinción es el fundamento del moderno ‘dominio público’, que engloba los bienes de uso colectivo<sup>41</sup>. Estos bienes, al igual que en Roma, se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, protegiendo así el interés general frente al privado).

---

<sup>40</sup> Esta distinción de Gayo es la base de la sistemática moderna. Los derechos reales se entienden hoy como derechos que recaen sobre cosas corporales, pero también se ha construido la categoría de “bienes incorporales” para activos intangibles como patentes, marcas o derechos de autor

<sup>41</sup> p.ej. Art. 132 de la Constitución Española; Art. 538 *Code Civil* francés

## 5. OTRAS CLASIFICACIONES ROMANAS DE PERVIVENCIA UNIVERSAL

- Fungibles y No Fungibles: Las fungibles (o “genéricas”) se identifican por su peso, número o medida (p.ej., el dinero, el trigo) y pueden ser sustituidas por otras de la misma calidad. Las no fungibles (o “específicas”) tienen individualidad propia (p.ej., una obra de arte concreta)<sup>42</sup>.
- Consumibles y No Consumibles: Las primeras se destruyen con su primer uso (p.ej., los alimentos). Esta distinción es la base de contratos como el préstamo de consumo (*mutuo*), que recae sobre consumibles, frente al préstamo de uso (*comodato*) o el usufructo, que solo pueden recaer sobre bienes no consumibles.
- Divisibles e Indivisibles: La indivisibilidad física de una cosa (p.ej., un animal) no impide su división “intelectual” o jurídica en cuotas ideales, que es el fundamento de la copropiedad moderna (*communio pro indiviso*)<sup>43</sup>.
- Principales y Accesorias: Las “pertenencias” son cosas accesorias al servicio de una principal. Su importancia radica en el principio, plenamente vigente, de que “lo accesorio sigue a lo principal” (*Accessorium sequitur principale*), aplicándose a la hora de interpretar contratos o el alcance de las garantías<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Esta distinción es vital en el Derecho de Obligaciones. Las obligaciones genéricas se rigen por el principio *genus non perit* (el género no perece), mientras que la pérdida de una cosa específica extingue la obligación (p.ej. Arts. 1096 y 1182 CC español).

<sup>43</sup> p.ej. Art. 392 ss. CC español; § 1008 BGB alemán

<sup>44</sup> p.ej. Art. 1097 CC español

- Universalidades (*Universitas Rerum*): Los romanos agruparon conjuntos de cosas en una unidad (un rebaño, una herencia, una dote). Este concepto de “universalidad” es el origen del concepto jurídico de Patrimonio (como *universitas iuris*, el conjunto de activos y pasivos de una persona) y de Empresa (como “fondo de comercio” o *taberna instructa*, una *universitas facti*).

## 6. POSESIÓN Y PROPIEDAD: LA GRAN DISTINCIÓN CONCEPTUAL

La propiedad (*dominium*) es el señorío jurídico más amplio sobre una cosa. Frente a este *derecho*, la posesión es una *situación de hecho*: el poder o control fáctico sobre un bien. La disociación conceptual entre la titularidad del derecho (propiedad) y el control fáctico (posesión) es una de las creaciones más influyentes y duraderas del Derecho Romano, pilar de todo el sistema de derechos reales continental.

Esta distinción es fundamental, ya que ambas situaciones pueden no coincidir. Existe el propietario-poseedor (el caso normal), el propietario-no-poseedor (el dueño despojado) y el poseedor-no-propietario (quien tiene la cosa, sea de buena o mala fe)<sup>45</sup>. La posesión, aunque es un hecho, produce consecuencias jurídicas cruciales<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Por ej. cuando alguien se la ha dejado en prenda.

<sup>46</sup> Por ejemplo, la protección legal a esa situación de hecho (interdictos) o la posibilidad de llegar a ser propietario de la cosa poseída (usucapición).

### *Corpus y Animus: La Estructura de la Posesión*

Los juristas romanos analizaron la posesión distinguiendo dos elementos que han sido adoptados por toda la doctrina moderna:

1. *Corpus*: La tenencia material o control físico de la cosa<sup>47</sup>.
2. *Animus*: La intención de tener la cosa para sí, comportándose como si fuera el propietario (*animus domini*)<sup>48</sup>.

En función de la concurrencia de estos elementos, el Derecho Romano distinguió (y los códigos modernos lo han heredado) dos grandes tipos de posesión<sup>49</sup>:

- Posesión Natural (*possessio naturalis*): Es la tenencia del *corpus* sin el *animus* de ser dueño.
- Posesión Civil (*possessio civilis*): Es la tenencia del *corpus* unida al *animus domini*, es decir, poseer “en concepto de dueño”.

---

<sup>47</sup> El §854 BGB regula la «adquisición de la posesión» (*Erwerb des Besitzes*) basándola en la obtención del «poder de hecho» (*tatsächliche Gewalt*), que es el *corpus*.

<sup>48</sup> A pesar de ser un elemento psicológico, el *animus* se valora desde una perspectiva externa: es la apariencia con la que se posee un objeto. No se trata tanto de ‘querer’ ser dueño sino de presentarse ante la sociedad como tal. §872 BGB. El Art. 1140 del Codice Civile define la posesión como el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad. El art. 1909 del Código Civil y Comercial argentino define la posesión: «cuando una persona [...] ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real»

<sup>49</sup> Esta clasificación no es compartida por la mayoría de romanistas, que denomina ‘detentadores’ a todos los poseedores que carecen de *animus domini*.

Esta misma estructura es la que recogen los códigos continentales<sup>50</sup>.

### ***La Protección Interdictal: El Origen de la Tutela Posesoría***

La gran innovación romana fue proteger la posesión como un hecho, independientemente de que el poseedor fuera o no el propietario. El Pretor, mediante los interdictos, protegía al poseedor contra perturbaciones o despojos<sup>51</sup>. El fin era preservar la paz pública y evitar que nadie se tomara la justicia por su mano.

Este mecanismo es el origen directo de la tutela sumaria de la posesión del Derecho continental moderno, que ordena amparar al poseedor fáctico en un juicio rápido, sin discutir en ese momento la cuestión de fondo de la propiedad<sup>52</sup>.

Aunque afirmamos que, con carácter general, la protección interdictal alcanza a cualquier poseedor (tanto civil como natural)<sup>53</sup>, en Roma había ciertos sujetos que, aun teniendo el

---

<sup>50</sup> Artículo 430 CC español: 'Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.'

<sup>51</sup> Llamamos perturbaciones de hecho a los intentos de apropiación de la cosa por medio de la violencia y sin consentimiento del poseedor actual.

<sup>52</sup> Artículo 446 CC español: 'Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.'

<sup>53</sup> En este punto, la mayor parte de la doctrina romanística prefiere sostener que la protección interdictal alcanzaba tan solo a los poseedores civiles y, excepcionalmente, a algunos poseedores naturales, relegando al resto de tenedores a la categoría de detentadores. Por nuestra parte, preferimos asumir las categorías de la doctrina mo-

*corpus* de la posesión, no eran reconocidos como poseedores y por tanto carecían de esta protección<sup>54</sup>.

La Cláusula de Posesión Viciosa (*Nec Vi, Nec Clam, Nec Precario*)

La protección interdictal, por otra parte, no era absoluta. La mayoría de los interdictos contenía la “cláusula de posesión viciosa”: solo se protegía a quien poseía *nec vi, nec clam, nec precario* (sin violencia, sin clandestinidad, sin precario) *ab altero* (respecto del adversario).

Esto implicaba una diferencia clave con el Derecho moderno: el vicio era relativo. Si A despojaba a B con violencia, y B intentaba recuperar la cosa por la fuerza, A no podía usar el interdicto contra B, pues su posesión estaba viciada “respecto de B”<sup>55</sup>. En el Derecho continental moderno, la prohibición de la autotutela es absoluta: el despojante vicioso (A) *sí* será protegido por la tutela sumaria frente al despojo violento del poseedor original (B), a quien solo le queda la vía judicial ordinaria (la acción reivindicatoria). En cambio, dado el carácter relativo de la cláusula de posesión viciosa, el usurpador B *sí* estará protegido frente a un nuevo perturbador (C), pues frente a C, la posesión de B no es viciosa.

Esta relatividad del vicio, que prohibía al poseedor vicioso defenderse del despojado (autorizando así la autotutela), ha sido abandonada por la mayoría de códigos modernos (como

---

derna que afirma la tuición interdictal a todo poseedor, sea natural o civil, con la excepción de los detentadores (vid. nota siguiente)

<sup>54</sup> Eran los llamados ‘detentadores’ (depositarios ordinarios, arrendatarios, comodatarios). La doctrina no ha sido capaz de ofrecer una explicación a esta discriminación, hoy superada por los ordenamientos jurídicos modernos.

<sup>55</sup> Se autorizaba por tanto un uso legítimo de la fuerza privada al poseedor original. De acuerdo con el artículo 446 CC este recurso a la autotutela no está permitido en Derecho actual.

el español o el alemán) en favor de la paz pública. Sin embargo, pervive de forma casi pura en los códigos de Andrés Bello, como el Código Civil de Chile (Art. 709) y, de forma explícita, el Código Civil de Colombia (Art. 984). Un caso híbrido es el Código Civil y Comercial argentino de 2015, que si bien define los vicios como “relativos” (Art. 1921), adopta la solución moderna y concede la acción posesoria incluso al poseedor vicioso contra el propietario (Art. 2241)

### *Clases de Interdictos*

Los interdictos romanos crearon la tipología procesal que ha llegado hasta hoy:

1. Interdictos de Retener: Dados ante la perturbación, sin despojo.
  - *Uti possidetis*: Para inmuebles. Protegía al poseedor actual *nec vi, nec clam, nec precario ab altero*.
  - *Utrubi*: Para muebles. Protegía a quien hubiera poseído más tiempo durante el último año, también *nec vi, nec clam, nec precario ab altero*.
2. Interdictos de Recobrar: Dados tras un despojo.
  - *Unde vi*: Contra el despojo violento. Tenía un plazo de un año para ejercitarse y contenía la cláusula de posesión viciosa<sup>56</sup>.
  - *Unde vi armata*: Contra el despojo realizado por una banda armada (Aunque fuese simplemente con palos y piedras.). Era más grave: no tenía plazo de un año ni cláusula de posesión. Justiniano refundió ambos en

---

<sup>56</sup> También en Derecho actual se considera extinguido el derecho del poseedor transcurrido un año desde la usurpación o despojo, artículo 460.4 CC.

uno solo, manteniendo el plazo anual, pero eliminando la cláusula de posesión viciosa.

- *Quod precario*: Contra el precarista que se negaba a devolver la cosa<sup>57</sup>.

Actualmente los interdictos posesorios carecen de una regulación autónoma en Derecho español, únicamente son mencionados, como variedades del juicio verbal, en el artículo 250.1.4 LEC. En Italia, El Codice Civile no solo regula la posesión, sino que da nombre a las acciones:

- *Azione di reintegrazione* (Art. 1168): Es el interdicto *unde vi*. Se da a quien ha sido “despojado violenta u ocultamente” para que se le restituya.
- *Azione di manutenzione* (Art. 1170): Es el interdicto *uti possidetis*. Se da contra la “perturbación” (*molestia*) de la posesión de inmuebles (no de muebles, como el *utrobi*).

En Alemania, el BGB regula las “acciones posesorias” en su parte sustantiva, como derechos del poseedor:

- *Anspruch wegen Besitzentziehung* (§ 861 BGB): Es la «acción por despojo», heredera del *unde vi*.
- *Anspruch wegen Besitzstörung* (§ 862 BGB): Es la «acción por perturbación», heredera del *uti possidetis*.

Históricamente, Francia tenía las *actions possessoires* (la *complainte* y la *réintégrande*). Sin embargo, una ley de 2015 suprimió estas acciones específicas. Hoy, la protección posesoria se ha “absorbido” en el procedimiento sumario general, el *référé* (Arts. 834 y 835 del Code de Procédure Civile), donde un juez puede ordenar medidas rápidas ante una “perturbación manifiestamente ilícita” (*trouble manifestement illicite*). Esto es un

---

<sup>57</sup> D. 43.26.2: ‘*Quod precario ab illo habes... id illi restituas.*’

ejemplo perfecto de cómo el fin romano (protección rápida) pervive, pero la forma procesal se moderniza.

También Argentina sigue la tradición romana, distinguiendo la acción de despojo (Art. 2241 CCCN) para “recuperar” la tenencia o posesión y la acción de mantener (Art. 2242): Para “cesar” la perturbación.

### *Posesión Civil*

Finalmente, la posesión tenía una segunda consecuencia trascendental, distinta de la protección interdictal. La posesión civil (*possessio ad usucapionem*), es decir, la posesión fáctica unida al *animus domini*, era el requisito indispensable para poder adquirir la propiedad de la cosa por el transcurso del tiempo, mediante la usucapión<sup>58</sup>.

Para esta posesión civil *ad usucapionem*, era necesario adquirir y retener el *corpus*<sup>59</sup> y el *animus*<sup>60</sup>. La pérdida de cualquiera de los dos elementos, en principio, interrumpía la posesión.

---

<sup>58</sup> Artículo 447 CC: ‘Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.’

<sup>59</sup> El corpus se podía adquirir o retener personalmente o a través de un descendiente *in potestate*, un esclavo, o incluso de un procurator.

<sup>60</sup> No se computaba como posesión civil el tiempo que se poseyera reconociendo la propiedad de otro.



Capítulo 7.

# *La Propiedad y los Modos de Adquisición*

## 1. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD (DOMINIO)

La propiedad o dominio es el señorío jurídico más pleno y absoluto que se puede tener sobre una cosa. Es el derecho real por excelencia, del cual derivan o frente al cual se definen todos los demás.

El concepto romano de *dominium* se caracterizaba por ser:

Absoluto: El propietario tenía el poder más amplio sobre la cosa: el derecho de usarla (*ius utendi*), de percibir sus frutos (*ius fruendi*) y de disponer de ella, ya sea física o jurídicamente (*ius disponendi*).

Exclusivo: El propietario podía excluir a todos los demás del goce de la cosa.

Elástico: Cuando el propietario cedía una facultad (p.ej., constituía un usufructo), su derecho se comprimía, pero tan pronto como el derecho cedido se extinguía, la propiedad recuperaba automáticamente su plenitud.

El Derecho continental moderno ha heredado esta concepción. La propiedad sigue siendo el pilar central del Derecho de bienes<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> El Art. 348 del CC español lo define como “*el derecho de gozar y disponer de una cosa... sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”. De forma casi idéntica, el Art. 544 del Code Civil francés establece

Esta concepción romana del *dominium* como un derecho unitario, absoluto y exclusivo es una seña de identidad del *Civil Law*. Se contraponen frontalmente a la noción de propiedad del *Common Law*, que no tiene un concepto equivalente de *dominium*. En su lugar, el *Common Law* habla de “Title” (título) y, a través de la influencia de la *Equity* (equidad), permite una escisión de la propiedad: una persona (el *Trustee*) puede ostentar el *legal title* (propiedad legal), mientras otra (el *Beneficiary*) ostenta el *equitable title* (propiedad en equidad) sobre el mismo bien. Esta dualidad de propiedad es la base del *Trust* y es conceptualmente ajena al *dominium* unitario romano<sup>62</sup>.

## 2. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD: LA FUNCIÓN SOCIAL

La idea de que la propiedad es un derecho “absoluto” nunca fue del todo cierta, ni en Roma ni ahora. Los romanos reconocieron que el derecho de un propietario terminaba donde comenzaba el de otro, especialmente en las relaciones de vecindad.

Esta idea romana es el germen de la moderna “función social” de la propiedad:

**Immissio (Inmisiones):** Los juristas romanos debatieron hasta qué punto un propietario debía soportar las molestias (humos, olores, ruidos)<sup>63</sup> provenientes de una finca vecina. La

---

que es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, y el Art. 832 del Codice Civile italiano lo define como el derecho de gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo.

<sup>62</sup> Si bien recuerda al desdoblamiento del dominio útil y dominio directo del Derecho postclásico romano.

<sup>63</sup> D. 8.5.8.5

regla fue que las inmisiones “moderadas” y habituales debían tolerarse, pero no las excesivas<sup>64</sup>.

Abuso de derecho: Gayo estableció la famosa regla *Male enim nostro iure uti non debemus*<sup>65</sup>, al limitar el derecho del dueño a maltratar a sus esclavos<sup>66</sup>.

Limitaciones por Utilidad Pública: Aunque Roma no conoció la expropiación forzosa moderna, sí existieron casos de privación de bienes por necesidad pública (demoliciones forzosas, obligación de permitir el paso por la orilla de los ríos, etc.)<sup>67</sup>.

### 3. MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

Son los actos jurídicos que el ordenamiento reconoce como idóneos para hacer surgir o transmitir el dominio. La gran clasificación romana, que sigue vigente, los divide en:

Modos Originarios: La adquisición no depende de un titular anterior (p.ej., la ocupación).

---

<sup>64</sup> Este es el origen directo de la regulación moderna sobre inmisiones y la “normal tolerancia” entre vecinos, recogida en el § 906 del BGB alemán, el Art. 844 del Codice Civile italiano o el Art. 590 del CC español

<sup>65</sup> “No debemos usar mal nuestro derecho”. Gai. 1.53

<sup>66</sup> Este principio se ha convertido en una teoría general en el Derecho continental, que prohíbe el ejercicio de un derecho con la única intención de dañar a otro o de forma antisocial (p.ej. Art. 7.2 CC español; § 226 BGB alemán; Art. 833 Codice Civile italiano)

<sup>67</sup> El Derecho moderno ha constitucionalizado esta idea: se puede privar a alguien de su propiedad, pero solo por causa de utilidad pública justificada y mediante la correspondiente indemnización o “justiprecio” (p.ej. Art. 33.3 Constitución Española; Art. 545 Code Civil francés)

Modos Derivativos: La adquisición se funda en el derecho de un titular anterior (el transmitente). Rige el principio *Nemo dat quod non habet, nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*: nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene<sup>68</sup>.

### *Modos Originarios de Adquisición*

Ocupación (*Occupatio*): Es la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*) con la intención de hacerse propietario. Era el modo de adquirir la caza, la pesca o las cosas abandonadas (*res derelictae*)<sup>69</sup>.

Tesoro: Un depósito antiguo de valor, cuyo dueño es desconocido. La regla romana (una mitad para el descubridor casual y otra para el dueño del terreno) ha pasado literalmente a los códigos modernos<sup>70</sup>.

Accesión (*Accessio*): Cuando una cosa accesoria se une inseparablemente a una principal, el dueño de la principal adquiere la accesoria. El principio es *accessorium sequitur principale* (“lo accesorio sigue a lo principal”):

- De inmueble a inmueble: (Aluvión, avulsión). Incorporación paulatina o violenta de tierra por la corriente de un río<sup>71</sup>.
- De mueble a inmueble: Es el supuesto más importante. Todo lo que se siembra, planta o edifica en suelo ajeno

---

<sup>68</sup> D. Ulp. 50.17.54

<sup>69</sup> Este modo pervive en los códigos modernos para bienes muebles, regulando la caza, la pesca y el hallazgo de cosas muebles abandonadas (p.ej. Art. 610 CC español; § 958 BGB alemán)

<sup>70</sup> P.ej. Art. 351 CC español; Art. 716 Code Civil francés; Art. 932 Codice Civile italiano

<sup>71</sup> Regulado en p.ej. Arts. 366 y 368 CC español

pertenece al dueño del suelo, en virtud del principio *Superficies solo cedit* (“la superficie cede al suelo”)<sup>72</sup>.

Especificación (*Specificatio*): Creación de un objeto nuevo (p.ej., una estatua) con materiales ajenos (p.ej., mármol). Tras muchos debates (Los *sabinianos* daban la propiedad al dueño del material, los *proculyanos* al especificador), Justiniano adoptó una solución intermedia: si la materia podía volver a su estado original, la obra creada era del dueño del material; si no (p.ej. vino de uvas), era del especificador, con la debida indemnización<sup>73</sup>.

### ***Modos Derivativos: El Sistema de Título y Modo y sus Variantes***

En el Derecho arcaico, la transmisión de las *res Mancipi* requería actos formales (*mancipatio*<sup>74</sup>, *in iure cessio*<sup>75</sup>). Sin embargo, el Derecho clásico generalizó, y Justiniano consagró como único sistema, la *traditio* (entrega).

---

<sup>72</sup> Este es un pilar del Derecho inmobiliario continental (p.ej. Art. 358 CC español; Art. 552 Code Civil francés; Art. 934 Codice Civile italiano), aunque los códigos modernos lo han matizado con indemnizaciones por la buena o mala fe del constructor (p.ej. Arts. 361-364 CC español)

<sup>73</sup> Esta solución de compromiso es la base de la regulación moderna (p.ej. Art. 383 CC español; § 950 BGB alemán)

<sup>74</sup> Ceremonia solemne en la que intervenía el vendedor (*mancipio dans*), el comprador (*mancipio accipiens*), cinco testigos y un *libripens*, que sostenía una balanza como símbolo de la justicia del acuerdo.

<sup>75</sup> Proceso judicial simulado en el que el comprador demandaba al vendedor con la *vindicatio* y éste se allanaba, reconociendo así la propiedad del comprador.

El sistema romano clásico de transmisión derivativa requería dos elementos:

*Iusta Causa* (o Título): La razón jurídica por la que se realizaba la entrega (p.ej., un contrato de compraventa, una donación, el pago de una deuda).

*Traditio* (o Modo): La entrega efectiva de la posesión de la cosa, que podía ser material o simbólica (*traditio longa manu*, *brevi manu*, *constitutum possessorium*, entrega de llaves).

Este sistema dual de Título y Modo es la base del Derecho continental, pero su recepción en los códigos modernos ha generado tres sistemas distintos:

Sistema Consensual (Francia): El Derecho francés, rompiendo con la tradición romana, suprime la necesidad del “Modo”. La propiedad se transmite por el mero consentimiento (el “Título” o contrato). La entrega es solo una consecuencia, no un requisito para la transmisión. Tras la reforma de 2016, el Art. 1196 del Code Civil francés establece que, en los contratos de enajenación, la transferencia de propiedad “opera desde la conclusión del contrato”.

Sistema del Título y el Modo (España, Austria): Es el sistema más fiel al Derecho Romano. Exige la concurrencia de ambos elementos. Sin Título (contrato), la entrega es un traspaso posesorio, pero no de propiedad. Sin Modo (entrega), el Título (contrato) solo genera obligaciones personales, pero no transmite el derecho real. El Art. 609 del CC español lo recoge explícitamente: “*La propiedad... se adquiere... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

Sistema Abstracto (Alemania): El BGB alemán lleva la separación al extremo. Exige la entrega (*Übergabe*) más un acuerdo real abstracto (*dinglicher Vertrag*) de transmitir la propiedad, independientemente de la validez del Título (la causa o contrato de compraventa). La transmisión de propiedad es un negocio

abstracto. El § 433 BGB regula el contrato de venta (solo crea obligaciones) y el § 929 BGB regula la transmisión real: «*Para la transmisión de la propiedad... es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en que la propiedad debe transmitirse*».

#### 4. LA COPROPIEDAD (*COMMUNIO*)

La copropiedad o condominio surge cuando varias personas son titulares del derecho de propiedad sobre una misma cosa.

Copropiedad Romana (por cuotas): Es el modelo que ha triunfado en el *Civil Law*. La comunidad no es sobre la cosa (que permanece indivisa), sino sobre el derecho, que se divide en cuotas ideales (partes alícuotas). Cada copropietario es dueño absoluto de su cuota y puede disponer de ella (venderla, hipotecarla)<sup>76</sup>.

- Actos sobre la cosa común: Los actos de administración requieren acuerdos mayoritarios, pero los actos de disposición o alteración de la cosa entera requieren la unanimidad. (p.ej. Art. 397 CC español).
- División de la cosa común: La copropiedad se ve como una situación transitoria. Cualquier copropietario puede pedir la división en cualquier momento mediante la *actio communi dividundo*<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Recogido en el Art. 399 CC español; Art. 1100 ss. Codice Civile italiano

<sup>77</sup> Este principio de “no permanencia” es clave y se recoge en el Art. 400 CC español y en el Art. 815 del Code Civil francés (que lo considera un derecho de orden público)

Copropiedad Germánica (en mano común): Se contrapone al modelo romano. En la *Gesamthand* (mano común), no existen cuotas. Todos son dueños del todo conjuntamente, y no se puede disponer de la participación ni pedir la división<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Este modelo subsiste en el Derecho continental para situaciones especiales, como la comunidad de herederos (*Erbengemeinschaft*) en el § 2032 BGB alemán o ciertos regímenes matrimoniales

## Capítulo 8.

# ***La Propiedad Pretoria: Protección del Adquirente y Usucapión***

En el Derecho romano clásico, junto a la propiedad civil (*dominium ex iure Quiritium*), el Pretor protegió situaciones de hecho que, por un defecto en su adquisición, no generaban el dominio civil, pero eran dignas de protección. A esta situación la llamamos propiedad pretoria o “bonitaria” (*in bonis habere*).

Se producía cuando un negocio jurídico que debía transmitir la propiedad fallaba por una razón ajena al adquirente. Los dos casos clásicos eran:

- Defecto de Forma: Adquirir una *res Mancipi* (p.ej. un fundo itálico) mediante una simple *traditio* (entrega) en lugar de la *mancipatio* o *in iure cessio* formal. El adquirente no era *verus dominus* (propietario civil), pero había pagado el precio y recibido la cosa.
- Adquisición a non domino: Adquirir una cosa (mueble o inmueble) de buena fe y con justo título de alguien que no era el verdadero propietario.

En ambos casos, el adquirente no era propietario, pero era un poseedor civil (poseía *corpus* y *animus domini*). Como tal, gozaba de la protección de los interdictos posesorios. Sin embargo, el Derecho romano le ofreció dos vías de protección superiores, una definitiva (*del ius civile*) y otra inmediata (*del ius honorarium*).

## 1. LA SOLUCIÓN DEFINITIVA DEL IUS CIVILE: LA USUCAPIÓN

La solución a largo plazo para consolidar estas adquisiciones defectuosas era la usucapión o “prescripción adquisitiva”.

La usucapión es la adquisición del dominio por la posesión civil continuada durante el tiempo y con los requisitos que marca la ley<sup>79</sup>. Servía, precisamente, para subsanar los dos defectos de la propiedad pretoria.

### A. Requisitos de la Usucapio Clásica

Tradicionalmente se agrupan en cinco:

- *Res Habilis*: Que la cosa fuera usucapible. No lo eran las cosas de los extranjeros, las *res mancipi* de la mujer enajenadas sin permiso de su tutor, las cosas muebles hurtadas (*res furtivae*) ni los inmuebles poseídos con violencia (*res vi possessae*).
- *Iustus Titulus*: Una “justa causa” o título que habría sido suficiente para transmitir la propiedad si no fuera por el defecto<sup>80</sup>. La posesión de la cosa tenía que haber sido adquirida por una causa que habría servido para adquirir la propiedad si no fuera porque había un defecto que lo impedía. Los títulos más habituales eran *pro emptore* (por compra), *pro donato* (por donación), *pro dote* (por dote) o *pro soluto* (en pago de una deuda).
- *Fides* (Buena Fe): La creencia honesta del adquirente, al menos inicial, de que la cosa le pertenecía y no lesionaba

---

<sup>79</sup> Llamada así por contraposición a la ‘prescripción extintiva’ conforme a la cual las acciones pueden extinguirse por el transcurso del tiempo (p.ej. art. 1961 CC español).

<sup>80</sup> Art. 1952 y siguientes CC español.

un derecho ajeno. Esta buena fe se presumía. Para usucapir había de creer el poseedor, al menos inicialmente, que la cosa le pertenecía. Sólo se exigía la buena fe inicial aunque después se perdiera (*mala fides superveniens non nocet*)<sup>81</sup>.

- *Possessio*: La posesión civil, es decir, continuada, pública, pacífica y en concepto de dueño. Para poder adquirir por usucapión era preciso que el usucapiente estuviera poseyendo la cosa. Esta posesión había de ser continuada (no interrumpida), pública (no clandestina), pacífica (no con violencia), y a título de dueño, es decir, posesión civil<sup>82</sup>.
- *Tempus*: El transcurso del tiempo fijado por las XII Tablas: un año para bienes muebles y dos años para inmuebles.

## B. Evolución de la Usucapión en Roma

*Longi Temporis Praescriptio*: En las provincias, se desarrolló una prescripción de plazos más largos: diez años entre presentes (dueño y poseedor viven en la misma provincia) y veinte entre ausentes (cuando viven en distintas provincias)<sup>83</sup>. Inicialmente no daba la propiedad, solo una excepción procesal para defenderse del *verus dominus* que reclamaba la cosa mediante la *vindicatio* (efecto negativo).

*Longissimi Temporis Praescriptio*: En el Derecho postclásico, se introdujo una prescripción de treinta años (o

---

<sup>81</sup> El Derecho actual, por influencia canónica, suele exigir la buena fe durante todo el tiempo de la usucapión. Art. 1950 CC español

<sup>82</sup> Arts. 447 y 1941 CC español

<sup>83</sup> Idénticos plazos exige hoy día el Código Civil español para la 'prescripción ordinaria' sobre bienes inmuebles (art. 1957).

cuarenta) que no requería justo título, solo buena fe inicial.

Reforma de Justiniano: Justiniano fusionó estos sistemas. La *usucapio* quedó para bienes muebles (plazo de tres años) y la *longi temporis praescriptio* para inmuebles (plazo de diez o veinte años), ambas exigiendo justo título y buena fe. Mantuvo la prescripción extraordinaria de treinta años (*longissimi temporis*) sin justo título, pero con buena fe.

### C. La Usucapión en el Derecho Continental Moderno

La usucapión sigue siendo un modo fundamental de adquirir la propiedad. Todos los códigos continentales regulan dos modalidades herederas de la reforma justiniana:

Usucapión Ordinaria (Plazos cortos): Exige posesión en concepto de dueño, buena fe y justo título.

- España (Arts. 1940-1960 CC): Muebles: 3 años. Inmuebles: 10 años (entre presentes) o 20 años (entre ausentes).
- Francia (Art. 2272 Code Civil): La “prescripción abreviada” (abrévée) para inmuebles es de 10 años (con buena fe y justo título).
- Italia (Art. 1159, 1162 Codice Civile): La “usucapión abreviada” (abbreviata) para inmuebles es de 10 años (con buena fe, título y registro); para muebles registrados, 3 años.
- Alemania (§ 937 BGB): Para bienes muebles, 10 años de posesión en concepto de dueño y buena fe.
- Usucapión Extraordinaria (Plazos largos): Exige solo la posesión en concepto de dueño, sin necesidad de buena fe ni justo título.

- España (Art. 1959 CC): Muebles: 6 años. Inmuebles: 30 años.
- Francia (Art. 2272 Code Civil): La prescripción de derecho común es de 30 años.
- Italia (Art. 1158, 1161 Codice Civile): La ordinaria (que funciona como nuestra extraordinaria) es de 20 años para inmuebles y 10 para muebles.
- Alemania (§ 900 BGB): La Ersitzung de inmuebles es de 30 años, pero requiere estar inscrito en el registro.

## 2. LA PROTECCIÓN INMEDIATA DEL PRETOR: LA ACTIO PUBLICIANA

La usucapión era una solución lenta. El Pretor concedió una protección inmediata mediante la Acción Publiciana, una obra maestra de la jurisprudencia.

La *Actio Publiciana* era una acción ficticia de la reivindicatio. El Pretor ordenaba al juez que fingiera que el plazo de la usucapión ya había transcurrido. De este modo, trataba al propietario pretorio como si ya fuese propietario civil.

- Contra un Defecto de Forma (*res mancipi por traditio*): La *Actio Publiciana* era plenamente eficaz. Si el adquirente perdía la posesión, podía recuperarla con esta acción. Si quien se la quitaba era el propio transmitente (que seguía siendo *verus dominus* civil), el adquirente se defendía con la excepción de cosa vendida y entregada (*exceptio rei venditae et traditae*) o con la *exceptio doli*. Esta protección total hizo inútil la *mancipatio*, que acabó desapareciendo.
- Contra un Defecto de Fondo (*a non domino*): Aquí la protección era relativa. El adquirente de buena fe podía usar la *Actio Publiciana* contra cualquier tercero que le

arrebatarla la posesión, pero no podía usarla contra el verdadero propietario civil (*verus dominus*), ya que a este la adquisición le era inoponible.

### ***La Protección del Adquirente A Non Domino en el Derecho Moderno***

Tras la desaparición de la *mancipatio*, el único supuesto que quedaba era la adquisición *a non domino*. El Derecho continental moderno ha sustituido la *Actio Publiciana* (cuyo rastro es débil o inexistente en los códigos) por mecanismos aún más potentes que protegen la apariencia jurídica y la seguridad del tráfico.

Estos mecanismos distinguen radicalmente entre bienes muebles e inmuebles:

#### a) Bienes Muebles: “La Posesión Equivale al Título”

Los principales códigos consagran una regla de origen germánico que otorga una adquisición instantánea (no una usucapión) al adquirente de buena fe.

- Francia: El Art. 2276 del Code Civil es el paradigma: “*En fait de meubles, la possession vaut titre*” (En materia de muebles, la posesión equivale al título). El adquirente de buena fe se convierte en propietario inmediatamente.
- Italia: El Art. 1153 del Codice Civile (regla *possessiono vale titolo*) establece que el que adquiere un mueble de buena fe, con un título idóneo y recibe la posesión, se hace propietario en el acto, aunque el vendedor no fuera el dueño.
- Alemania: El § 932 del BGB (*Gutgläubiger Erwerb*) es el más técnico: la adquisición de un mueble de buena fe de un no propietario es eficaz y transfiere el dominio, salvo que la cosa hubiera sido robada o perdida (§ 935).

- España: El Art. 464 del CC (“*La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título*”) se interpreta por la jurisprudencia mayoritaria en este mismo sentido germanista: es una adquisición instantánea de la propiedad.

b) Bienes Inmuebles: El Principio de Fe Pública Registral

Para los inmuebles, la protección ya no se basa en la posesión, sino en la publicidad que da el Registro de la Propiedad.

- España: El Art. 34 de la Ley Hipotecaria consagra la figura del “tercero hipotecario”: quien adquiere de buena fe, a título oneroso, del titular registral e inscribe su derecho, es mantenido en su adquisición, aunque el derecho del vendedor inscrito en el Registro fuera nulo o se resolviera. La inscripción “convalida” la adquisición *a non domino*.
- Alemania: El § 892 del BGB establece la “fe pública” (*Öffentlicher Glaube*) del Registro (*Grundbuch*). El contenido del registro se presume exacto. Quien adquiere un derecho confiando en él, está protegido absolutamente en su buena fe.
- En los sistemas francés e italiano, el registro inmobiliario (*publicité foncière / trascrizione*) tiene un efecto más débil (es declarativo y de oponibilidad, no constitutivo como en Alemania), por lo que la protección del adquirente *a non domino* es menos absoluta y depende más de la usucapión abreviada de 10 años.



*Capítulo 9.*

## ***Derechos Reales en Cosa Ajena***

Los *iura in re aliena* son derechos reales que una persona ejerce sobre una cosa que pertenece a otra. Suponen una limitación o gravamen sobre el dominio del propietario.

La gran distinción conceptual, que proviene de la pandectística alemana basada en Roma, los divide en:

1. Derechos Reales de Goce: Permiten usar y/o disfrutar la cosa (Servidumbres, Usufructo, Superficie, Enfitéusis).
2. Derechos Reales de Garantía: Permiten vender la cosa para cobrar una deuda (Prenda, Hipoteca).

En la compilación de Justiniano, el usufructo, el uso y la habitación se agruparon bajo la confusa etiqueta de “servidumbres personales”, por contraposición a las “servidumbres prediales” (las únicas que llamamos servidumbres hoy).

### **1. SERVIDUMBRES (PREDIALES)**

Las servidumbres son derechos reales establecidos entre predios vecinos, para que el dueño de uno (predio dominante) pueda utilizar el otro (predio sirviente) de manera limitada y permanente.

#### **a) Principios Fundamentales (Recepción Moderna)**

Los juristas romanos definieron la naturaleza de la servidumbre a través de una serie de principios dogmáticos que el Derecho continental moderno ha heredado casi textualmente:

1. *Nulli res sua servit.* “Nadie se sirve a sí mismo”. Una servidumbre es un derecho *en cosa ajena*. Por tanto, el principio implica que la servidumbre se extingue por confusión, es decir, cuando la propiedad de los predios dominante y sirviente se reúne en la misma persona.
  - o Recepción: Este principio romano es norma positiva en todos los códigos: Art. 546.1 del CC español; Art. 705 del *Code Civil* francés; Art. 1072 del *Codice Civile* italiano; y el § 889 del BGB alemán (que lo trata bajo la figura de la “consolidación”).
2. *Servitus in faciendo consistere nequit.* “La servidumbre no puede consistir en un hacer”. El dueño del predio sirviente debe “padecer” (*pati*) o “no hacer” algo (*non facere*), pero no está obligado a un acto positivo (un *facere*).
  - o Recepción: Este principio se mantiene, pero con matices. El Art. 533 del CC español distingue entre servidumbres positivas (que imponen un *pati*) y negativas (un *non facere*). Sin embargo, la dogmática moderna (y el propio § 1021 del BGB) admite que la servidumbre puede llevar aparejadas obligaciones accesorias de hacer, como el deber del dueño del predio sirviente de mantener en buen estado el camino objeto del paso.
3. Indivisibilidad. Las servidumbres son indivisibles. Si el fundo dominante o el sirviente se dividen, la servidumbre subsiste íntegra; cada porción del predio dominante puede usarla, y cada porción del sirviente debe soportarla (sin que se agrave).
  - o Recepción: Este principio ha pasado de forma idéntica a los códigos modernos: Art. 535 del CC español; Art. 700 del *Code Civil* francés; Art. 1071 del *Codice Civile* italiano.

## b) Clasificaciones Clave y su Repercusión Moderna

La clasificación romana no es un mero ejercicio teórico; es la base del régimen de adquisición por usucapión en el Derecho moderno:

1. Continuas vs. Discontinuas: Continuas si su uso es incesante sin acto humano (ej. acueducto); discontinuas si requieren un acto humano (ej. paso).
2. Aparentes vs. No Aparentes: Aparentes si se manifiestan por signos externos (ej. un camino); no aparentes si no lo hacen (ej. prohibición de construir más alto).

La importancia de esta doble clasificación radica en la usucapión (prescripción adquisitiva). En Derecho clásico, la *Lex Scribonia* (s. I a.C.) llegó a prohibir la usucapión de servidumbres para evitar litigios. Sin embargo, el Derecho postclásico y medieval la readmitió, pero solo para aquellas que demostraban una posesión pública e ininterrumpida.

Esta idea es la que ha provocado una divergencia en el Derecho moderno:

- Sistema Latino-Francés (España, Francia, Italia): Adoptaron la regla postclásica. Solo permiten adquirir por usucapión las servidumbres que son a la vez continuas y aparentes.
  - o España: Art. 537 y 539 del CC.
  - o Francia: Art. 690 y 691 del *Code Civil*.
  - o Italia: Art. 1061 del *Codice Civile*.
- Sistema Alemán (Abstracción Registral): El BGB alemán ignora por completo las clasificaciones visuales romanas (continuo, aparente). Fiel a su principio de publicidad registral, la usucapión de una servidumbre (*Grunddienstbarkeit*) solo es posible mediante su inscripción en el

Registro de la Propiedad (*Grundbuch*) y la posesión registral durante 30 años (§ 900 BGB).

c) Constitución de las Servidumbres

Los modos de constitución romanos perviven conceptualmente:

1. Negocio Jurídico (Título): Es el modo voluntario y principal, heredero de las *pactiones et stipulationes*. (Art. 536 CC español; Art. 686 *Code Civil* francés).
2. Por Ley (Servidumbres Legales): La ley faculta a un propietario a exigir su constitución (previa indemnización), como la de paso forzoso por finca enclavada.
3. Por Destino del Padre de Familia: Si un propietario establece un signo aparente de servicio entre dos fincas suyas (ej. un acueducto) y luego las vende a dueños distintos, ese servicio se convierte en servidumbre. Esta regla romana de Derecho justinianeo ha pasado idéntica a los códigos modernos:
  - o España: Art. 541 CC.
  - o Francia: Art. 692 *Code Civil*.
  - o Italia: Art. 1062 *Codice Civile*.
4. Por Usucapión (Prescripción): Como se vio, limitada en los sistemas latinos a las continuas y aparentes.

d) Extinción de las Servidumbres

Las causas de extinción romanas son las mismas que recogen los códigos modernos:

- Confusión: Por reunirse en la misma persona la propiedad de ambos predios (Art. 546.1 CC esp.; Art. 705 *Code Civil* fr.; Art. 1072 *Codice Civile* it.).
- No Uso (Prescripción Extintiva): Por el *non usus* durante el plazo legal.

- o España e Italia: 20 años (Art. 546.2 CC esp.; Art. 1073 *Codice Civile* it.).
- o Francia: 30 años (Art. 706 *Code Civil* fr.).
- Imposibilidad Física: Por destrucción o cambio de estado de los predios (Art. 546.3 CC esp.; Art. 703 *Code Civil* fr.; Art. 1074 *Codice Civile* it.).
- Renuncia: Por negocio jurídico del dueño del predio dominante (Art. 546.5 CC esp.).

## 2. USUFRUCTO

Es el derecho real de usar y disfrutar de una cosa ajena, dejando a salvo su sustancia (*ius utendi fruendi, salva rerum substantia* Paulo D. 7,1,1). El titular es el usufructuario; el propietario, despojado de estas facultades, conserva el *ius disponendi* y es denominado nudo propietario.

Esta definición romana es el pilar de la figura en todo el Derecho continental y ha sido adoptada de forma casi idéntica por todas las grandes codificaciones:

España: Art. 467 del Código Civil.

Francia: Art. 578 del *Code Civil*.

Italia: Art. 981 del *Codice Civile*.

Alemania: § 1030 del BGB (*Nießbrauch*).

### A. Obligaciones Fundamentales (Recepción de la *Cautio*)

El Derecho romano estableció dos obligaciones clave para el usufructuario, cuya herencia define el régimen moderno:

1. El Deber de Conservación (*Salva Rerum Substantia*) Es la obligación principal: conservar la forma y sustancia de la cosa. Esto se traduce en el deber de administrar con diligencia.

En el Derecho español, es la diligencia de un “buen padre de familia” (Art. 497).

En el Derecho alemán, el § 1036 del BGB obliga al *Nießbraucher* (usufructuario) a mantener el “estado económico” (*wirtschaftliche Bestimmung*) de la cosa y gestionarla según las reglas de una “administración ordenada” (*ordnungsmäßige Wirtschaft*).

En el Derecho francés, el Art. 601 le impone las “reparaciones de mantenimiento”.

2. La Garantía (*Cautio Usufructuaria*) El Pretor obligaba al usufructuario a dar una garantía (caución) de que usaría la cosa diligentemente y la restituiría al terminar. Esta *cautio* ha evolucionado en el Derecho continental moderno como la obligación de prestar fianza e inventario antes de entrar en el goce de los bienes.

España: Exigidos en el Art. 491 (Inventario y Fianza).

Francia: Exigidos en el Art. 600 (*inventaire*) y Art. 601 (*caution*).

Italia: Exigidos en el Art. 1002 (*inventario y garanzia*).

Divergencia Alemana: El BGB presenta aquí una notable diferencia dogmática. El § 1039 *no* exige la fianza como requisito previo para entrar en la posesión. Solo faculta al propietario a exigir una garantía (*Sicherheitsleistung*) *a posteriori* si la conducta del usufructuario pone en “peligro considerable” el derecho del propietario, invirtiendo la presunción.

## B. Naturaleza y Cuasiusufructo

Carácter Personalísimo y Temporal: El usufructo es intransmisible *mortis causa*; se extingue necesariamente con la muerte del usufructuario. Este principio romano es universal:

España: Art. 513.1.

Francia: Art. 617.

Italia: Art. 1014.

Alemania: § 1059 (declara el *Nießbrauch* “intransferible”) y § 1061 (se extingue con la muerte).

Transmisión del Ejercicio: Aunque el *derecho* es personalísimo, el usufructuario romano podía arrendar o ceder su *ejercicio*. Esta facultad se mantiene intacta (Art. 480 CC esp.; Art. 595 *Code Civil* fr.; § 1059 BGB).

Cuasiusufructo: Roma ideó esta figura para cosas consumibles (dinero, vino). El usufructuario adquiriría la propiedad, comprometiéndose a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*tantundem*). Es el moderno “usufructo de cosas consumibles”:

España: Art. 482.

Francia: Art. 587.

Italia: Art. 995 (*Quasi-usufrutto*).

Alemania: § 1067.

### C. Extinción del Usufructo

Las causas de extinción son una copia directa del Derecho romano:

Muerte del usufructuario (Ya visto).

Consolidación: La reunión del usufructo y la nuda propiedad en la misma persona.

España: Art. 513.3.

Francia: Art. 617 (*Consolidation*).

Italia: Art. 1014 (*Consolidazione*).

Alemania: § 1063.

No Uso (Prescripción Extintiva): El *non usus*. Aquí encontramos otra importante divergencia.

- Sistemas Latinos: Sancionan la inactividad con la extinción del derecho. El plazo varía: 20 años en España (Art. 513.7) e Italia (Art. 1014), 30 años en Francia (Art. 617).
- Sistema Alemán: El *Nießbrauch* (usufructo) sobre bienes no se extingue por el no uso. El BGB considera que la prescripción extintiva solo se aplica a las acciones, no al derecho real en sí. Sin embargo, el derecho a percibir *frutos individuales* sí prescribe (§ 1060).

Pérdida Total de la Cosa: Causa universal de extinción (Art. 513.5 CC esp.; Art. 617 *Code Civil* fr.; Art. 1014 *Codice Civile* it.).

### 3. OTROS DERECHOS DE GOCE

- Uso y Habitación: Son formas menores del usufructo, de carácter personalísimo. El Uso da derecho a percibir los frutos estrictamente necesarios para el sustento del usuario y su familia (Art. 524 CC español.). La Habitación da la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias (Art. 524 CC español.). Los códigos modernos los regulan como derechos autónomos<sup>84</sup>.
- Enfiteusis: Nace en Roma (del *ager vectigalis*) como un arrendamiento a perpetuidad o larguísimo plazo. El enfiteuta tiene un poder casi total sobre el fundo (el “dominio útil”) a cambio de pagar un canon anual. Figura de gran importancia histórica, hoy está en declive. El *Code*

---

<sup>84</sup> Art. 523-529 CC español; Art. 625 ss. *Code Civil* francés; Art. 1021-1026 *Codice Civile* italiano.

*Civil* francés la prohibió por sus reminiscencias feudales, aunque luego reguló el *bail emphytéotique*. Sigue regulada en el CC español (Art. 1605) y en el *Codice Civile* italiano (Art. 957 ss.).

- Superficie: Es el derecho real que permite edificar o plantar en suelo ajeno, adquiriendo la propiedad de lo edificado (“propiedad superficiaria”) a cambio de un canon. Este derecho es crucial porque rompe el principio romano *Superficies solo cedit*. De enorme importancia en el urbanismo moderno, está regulado en el *Codice Civile* italiano (Art. 952 ss.), en el BGB alemán (*Erbbaurecht*, § 1012 ss.) y en España, no en el CC, sino en la legislación urbanística (Texto Refundido de la Ley de Suelo).



## Capítulo 10.

# *Protección procesal de la propiedad y otros derechos reales*

La propiedad y los demás derechos reales, como derechos subjetivos, deben estar dotados de mecanismos procesales para su defensa. El Derecho Romano creó el prototipo de estas acciones, que han sido heredadas por todos los ordenamientos continentales.

La protección se articula en torno a la oposición fundamental entre la defensa del dominio (reivindicatoria, negatoria) y la defensa de los derechos en cosa ajena (confesoria).

## 1. PROTECCIÓN DEL DOMINIO PLENO

### *La Acción Reivindicatoria (Actio Reivindicatoria)*

Es la acción por excelencia del propietario. Es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, con el fin de que se declare su derecho y se le restituya la cosa.

Recepción en el Derecho Continental: Esta acción es el pilar de la defensa de la propiedad en todos los códigos:

España: Es la acción principal derivada del Art. 348 del Código Civil (“El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa [...] para reivindicarla”).

Alemania: El BGB la formula con una claridad absoluta en el § 985 (*Herausgabeanspruch*): “El propietario puede exigir del poseedor la entrega de la cosa”.

Italia: El Art. 948 del *Codice Civile* la regula expresamente como *Azione di rivendicazione*.

Francia: Aunque no esté formulada en un solo artículo, la *action en revendication* se deriva del derecho de propiedad (Art. 544 *Code Civil*) y es de creación jurisprudencial.

En el proceso formulario romano, la “cláusula arbitraria” forzaba en la práctica la restitución *in natura*, que es la regla en el Derecho continental moderno (*Si parat... neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit... condemnato*).

El efecto más complejo de la reivindicación es la liquidación del estado posesorio (frutos e impensas). El sistema romano, basado en la buena o mala fe del poseedor, ha sido adoptado casi literalmente por los códigos modernos<sup>85</sup>.

### ***La Acción Negatoria (Actio Negatoria)***

Es la acción del propietario (que suele estar poseyendo) contra quien afirma tener un derecho real que limita su dominio (ej. una servidumbre, un usufructo) sin que dicho derecho exista.

Su finalidad es una “declaración de la libertad del dominio”:

- Que se declare que la propiedad está libre de gravámenes.
- Que cese la perturbación.
- Obtener una garantía de no perturbación futura (*cautio de non amplius turbando*).

Recepción en el Derecho Continental: Esta acción también es una pieza clave en los ordenamientos modernos:

---

<sup>85</sup> Respecto a la responsabilidad por daños, a la adquisición de frutos y al abono de impensas, tenemos que distinguir según que el poseedor vencido fuese de buena o de mala fe. En Derecho actual, artículos 451 y siguientes CC.

Italia: El Art. 949 del *Codice Civile* la regula expresamente como *Azione negatoria*.

Alemania: El § 1004 del BGB (*Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch*) es el equivalente moderno perfecto.

España: Aunque no está nombrada explícitamente en el Código Civil, la jurisprudencia la deriva sin discusión del Art. 348 CC.

## 2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES EN COSA AJENA

### *Protección Procesal de las Servidumbres*

El dueño del predio dominante podía defender su derecho mediante la *vindicatio servitutis*, llamada en el Derecho posterior ‘acción confesoria’. Era la acción real del propietario del predio dominante contra todo poseedor del predio sirviente que impidiera el ejercicio de la servidumbre. Esta acción llevaba cláusula arbitraria por la cual el demandado vencido había de garantizar que no impediría más el ejercicio (*cautio de non amplius turbando*).

Esta acción es la contrapartida de la *actio negatoria* y pervive en los sistemas modernos<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> El Art. 1079 del *Codice Civile* italiano regula la *Azione confessoria* por su nombre histórico. En España, es una acción reconocida por la jurisprudencia derivada del Art. 540 CC. En Alemania, la protección se deriva de una aplicación análoga de las acciones de propiedad (§ 1027 BGB).

En caso de que se realizasen obras en el predio sirviente que afectasen al ejercicio de la servidumbre, el dueño del predio dominante podía ejercitar la *novi operis nuntiatio*<sup>87</sup>.

### ***Protección Procesal del Usufructo***

Por su parte, el usufructuario disponía de la *vindicatio usufructus*, para reclamar el uso y el disfrute de la cosa frente a cualquier poseedor<sup>88</sup>, siempre que hubiera efectuado la *cautio usufructuaria*.

Además, como el usufructuario no era un poseedor civil (*possessor*), sino un detentador, el Pretor le concedió la tutela interdictal con carácter “útil” (análogo al *uti possidetis*).

Recepción en el Derecho Continental: Los códigos modernos otorgan al usufructuario acciones plenas para defender su derecho:

Italia: El Art. 1012 *Codice Civile* extiende explícitamente la *Azione confessoria* (Art. 1079) al usufructuario.

Alemania: El § 1065 BGB equipara la protección del usufructuario a la del propietario, concediéndole una acción similar a la reivindicatoria (§ 985).

---

<sup>87</sup> Denuncia de la obra nueva que hacía el propietario del predio dominante ante el Pretor. Éste exigía al denunciado que prestase caución. Si no la prestaba, se daba un interdicto (*demolitorium*) obligando a demoler. Este es el origen directo de los juicios sumarios modernos sobre “obra nueva”, como el regulado en el Art. 250.1.5° de la LEC española o la *Denuncia di nuova opera* en el Art. 1171 del *Codice Civile* italiano.

<sup>88</sup> Parece que en las épocas más antiguas sólo se podía ejercitar contra el propietario, más tarde se podía ejercitar contra cualquier poseedor, convirtiéndose así en una acción real.

España: El Art. 486 CC permite al usufructuario “ejercitar las acciones correspondientes para defender sus derechos”, y la jurisprudencia le reconoce una acción real similar a la confesoria.

### 3. EL PROBLEMA DE LA DOBLE VENTA

Un supuesto clásico de conflicto de propiedad es la doble venta: cuando un mismo propietario vende la misma cosa a dos compradores distintos. La solución en Derecho romano es atribuir el dominio a quien primero reúna los requisitos de justa causa y *traditio*, sin importar quién compró antes o quién pagó el precio. El Derecho continental moderno resuelve este conflicto siguiendo la lógica de sus respectivos sistemas de transmisión:

Sistema de Título y Modo (España): El Art. 1473 del CC español da la solución romana:

Muebles: La propiedad es de quien primero haya tomado posesión de ella con buena fe.

Inmuebles: La propiedad es de (por orden): 1º) Quien primero la inscriba en el Registro de la Propiedad. 2º) Si no hay inscripción, quien primero tenga la posesión con buena fe. 3º) Si no hay ninguno, quien presente el título (contrato) de fecha más antigua.

Sistema Consensual (Francia): La regla es que el primer comprador es el dueño (Art. 1196 *Code Civil*), pero el Art. 1198 moderniza la regla romana dándole prioridad al que primero haya publicitado su derecho. Para muebles, prevalece el poseedor de buena fe (Art. 2276). Para inmuebles, prevalece quien primero inscriba su título.

Sistema Abstracto (Alemania): Prevalece aquel a quien se le haya realizado la entrega (*Übergabe*) y el acuerdo abstrac-

to (*Einigung*) (§ 929 BGB), o la inscripción en el Registro (*Grundbuch*) si es un inmueble, independientemente de la fecha del contrato de venta.

Capítulo 11.  
**La Relación Obligatoria.**  
**Introducción**<sup>89</sup>

La obligación es un vínculo jurídico (*obligatio*, “atadura”) por el cual una persona (acreedor) puede exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una determinada prestación o deuda<sup>90</sup>.

El acreedor es el sujeto activo, titular de un derecho personal llamado crédito. El deudor es el sujeto pasivo, que tiene una deuda o débito<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> El análisis de las bases romanas se realiza en contraste con los modernos instrumentos de armonización europea. Vid. fundamentalmente Von Bar y Clive (2009); Lando y Beale (2000) y Hartkamp et al. (2011). Asimismo, sobre la regulación del comercio internacional, véase UNIDROIT (2017) y Beale et al. (2010). Sobre la responsabilidad extracontractual, vid. Díaz-Bautista Cremades (2019).

<sup>90</sup> Las Instituciones de Justiniano (I. 3,13 pr.) la definen así: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. (La obligación es un vínculo jurídico por el cual estamos constreñidos necesariamente a cumplir alguna prestación, según el Derecho de nuestra Ciudad)

<sup>91</sup> El carácter personal de las obligaciones (derechos relativos) las distingue de los derechos reales (derechos absolutos). El derecho de crédito solo surte efectos entre las partes (*inter partes*), a diferencia de los derechos reales que tienen eficacia *erga omnes*. (p.ej. Art. 1257 CC español)

## 1. LA PRESTACIÓN: OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

La prestación es el contenido de la obligación, el comportamiento que el acreedor puede exigir al deudor<sup>92</sup>.

Para ser válida, la prestación debe ser:

- Posible. Nadie se puede obligar a algo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*).
- Lícita. No puede ser contraria a la ley ni a la moral (p.ej. Art. 1271 CC español; Art. 1162 *Code Civil* francés).
- Patrimonial. Es decir, valorable en dinero. Esta es la tradición romana, que se mantiene de forma estricta en el Art. 1174 del *Codice Civile* italiano (debe “ser susceptible de valoración económica”). Otros códigos, como el BGB (§ 241), son más flexibles, aceptando prestaciones no patrimoniales si hay un interés digno de protección.
- Determinada o Determinable. La prestación debe ser concreta o, al menos, deben establecerse las bases para su futura determinación.
- Según la determinación de la prestación, las obligaciones pueden ser:
  - Específicas: La prestación consiste en una cosa concreta e individualizada (Obligaciones que se extinguen por perecimiento de la cosa).
  - Genéricas: La prestación consiste en una cosa determinada por su pertenencia a un género. El deudor cumple

---

<sup>92</sup> Artículo 1088 CC español: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. La prestación es el “objeto” de la obligación en la doctrina moderna (p.ej. Art. 1163 *Code Civil* francés; § 241 BGB alemán; Art. 1174 *Codice Civile* italiano)

entregando cualquier cosa del género. Rige el principio *genus non perit* (“el género no perece”) (p.ej. Art. 1182 vs 1096 CC español).

- Alternativas: El deudor se obliga a cumplir una de entre varias prestaciones. La facultad de elegir (“concentración”) corresponde al deudor, salvo pacto en contrario (art. 1132 CC español).

El contenido de la prestación, según los juristas romanos, se resume en *dare, facere o praestare*<sup>93</sup>.

## 2. ACCIONES Y BONA FIDES

A diferencia de los derechos reales (protegidos por *actiones in rem*), las obligaciones se protegen por acciones personales (*actiones in personam*), que solo se pueden ejercitar contra el deudor.

La gran distinción procesal romana fue entre acciones de Derecho estricto (donde el juez se limitaba a comprobar la existencia de la deuda) y acciones de buena fe (donde el juez tenía un amplio arbitrio para valorar la relación en su conjunto).

El arbitrio judicial basado en la *bona fides* es el pilar del cumplimiento contractual moderno. El juez no solo se atiene a lo pactado (*ius strictum*), sino que integra el contrato con la buena fe, los usos y la ley<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> *Dare* es transmitir la propiedad o un derecho real. *Facere* (que incluye el *non facere*) es cualquier otro comportamiento. *Praestare* es responder de algo o “prestar garantía”

<sup>94</sup> p.ej. Art. 1258 CC español; Art. 1104 *Code Civil* francés; Art. 1375 *Codice Civile* italiano; y el principio general del § 242 BGB alemán

De este arbitrio basado en la *bona fides* derivan instituciones modernas clave:

- **Compensación:** El juez podía compensar las deudas recíprocas del mismo contrato.
- **Daño emergente y lucro cesante:** El juez podía condenar al deudor no solo al perjuicio patrimonial directo (daño emergente), sino también a las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante)<sup>95</sup>.
- **Intereses moratorios:** En los juicios de buena fe, el retraso del deudor generaba la obligación de pagar intereses.

### 3. OBLIGACIONES NATURALES

Las obligaciones naturales eran una categoría intermedia. En Roma, eran las contraídas por esclavos o *alieni iuris*. No tenían acción para su cumplimiento (*inexigibilidad*), pero si el deudor pagaba voluntariamente, el acreedor tenía la *soluti reventio*: el derecho a retener lo pagado, que no se podía reclamar como un pago indebido. Además, podían ser novadas o garantizadas.

Esta categoría pervive en el Derecho continental para deberes morales o sociales. Aunque la mayoría de códigos no las regulan sistemáticamente<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Esta distinción es la base de la indemnización por daños contractuales en el Derecho continental (p.ej. Art. 1106 CC español; Art. 1231-2 *Code Civil* francés; Art. 1223 *Codice Civile* italiano; § 252 BGB alemán)

<sup>96</sup> Una excepción es el Art. 1100 del *Code Civil* francés (tras la reforma de 2016), que valida el “deber de conciencia” como causa de una obligación, o el Art. 2034 del *Codice Civile* italiano sobre “deberes morales o sociales”), la jurisprudencia las reconoce. El ejemplo clá-

#### 4. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En Derecho Romano arcaico, la obligación era un vínculo personalísimo e intransmisible *inter vivos*, aunque se usaron mecanismos indirectos como la *novación subjetiva*, la *procuratio in rem suam* (cesión de acciones) o la *expromissio*. Sí eran, en cambio, transmisibles *mortis causa* al heredero.

El Derecho continental moderno, rompiendo con la rigidez romana, admite plenamente la transmisión de las obligaciones:

Transmisión Activa (Cesión de Crédito): (p.ej. Art. 1526 ss. CC español; Art. 1321 ss. *Code Civil* francés; § 398 BGB; Art. 1260 *Codice Civile* italiano).

Transmisión Pasiva (Asunción de Deuda): (p.ej. Art. 1205 CC español; § 414 BGB; Art. 1273 *Codice Civile* italiano).

#### 5. PLURALIDAD DE SUJETOS

Cuando hay varios acreedores o deudores, la obligación puede ser:

Mancomunada (o Parciaria): La deuda o el crédito se divide en tantas partes como sujetos haya. Cada uno solo debe o puede reclamar su parte<sup>97</sup>.

Solidaria: La obligación es única. Cada acreedor puede reclamar el total de la deuda (solidaridad activa) o

---

sico es el pago de una deuda prescrita o de una deuda de juego (p.ej. Art. 1798 CC español; § 762 BGB alemán)

<sup>97</sup> La mancomunidad (obligación divisible *pro parte*) es la regla general en ordenamientos como el español (Art. 1138 CC) o el francés (Art. 1306 *Code Civil*: “La solidaridad no se presume”)

cada deudor está obligado a pagar el total (solidaridad pasiva)<sup>98</sup>.

## 6. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

La clasificación romana de las “fuentes” (causas que dan lugar a obligaciones) es la base de la sistemática de los códigos modernos. La clasificación principal de Gayo y Justiniano distingue: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos<sup>99</sup>.

## 7. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones nacen para extinguirse, principalmente mediante su cumplimiento. Las causas de extinción romanas son las mismas que recogen los códigos modernos<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> La solidaridad pasiva, al ser una garantía para el acreedor, debe pactarse expresamente en la mayoría de sistemas (p.ej. Art. 1137 CC español). Sin embargo, algunos códigos modernos invierten la regla romana por razones de seguridad del tráfico: el Art. 1294 del *Codice Civile* italiano y el Derecho mercantil (p.ej. § 427 BGB en ciertos casos) presumen la solidaridad cuando hay varios deudores

<sup>99</sup> Esta clasificación es la base de la sistemática de muchos códigos civiles, como el español (Art. 1089 CC) o el francés (históricamente, hoy el Art. 1100 agrupa las fuentes en “acto jurídico, hecho jurídico y la ley”). Los códigos más modernos, como el BGB, la han abandonado por una sistemática más abstracta

<sup>100</sup> El Art. 1156 CC español enumera el pago, la condonación, la confusión, la compensación y la novación, todas de raíz romana.

### **Cumplimiento (Pago o Solutio)**

Es la realización exacta de la prestación debida. Requiere:

- **Identidad:** Pagar exactamente lo debido, no otra cosa (Artículos 1157 y 1166 CC español).
- **Integridad:** Pagar la totalidad de la deuda (Artículo 1169 CC español).
- **Tiempo:** Pagar en el plazo pactado (Artículo 1113 CC).

El cumplimiento (pago) en el tiempo pactado es la forma natural de extinguir la obligación. El retraso culpable en el cumplimiento, cuando este todavía es posible y útil para el acreedor, se denomina Mora.

La regulación de la mora en Europa es el escenario de un choque entre la tradición romana civilista y las exigencias del comercio moderno:

#### **A. El Requisito de la Interpelación (La Tradición Latina)**

El Derecho Romano clásico estableció que el mero retraso no bastaba para constituir en mora al deudor. Era necesario un acto formal de reclamación por parte del acreedor: la interpelación (*interpellatio*). Sin requerimiento, se presumía que el acreedor toleraba el retraso tácitamente.

- **Recepción:** Este sistema, conocido como *mora ex persona*, es el que conservan los códigos de tradición latina.
  - o España: El Art. 1100 del Código Civil es tajante: “Incurren en mora los obligados... desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento”.
  - o Francia e Italia: Siguen la misma lógica (Art. 1219 *Code Civil* francés; Art. 1219 *Codice Civile* italiano), exigiendo una *mise en demeure* o *intimazione* para activar los efectos de la mora (intereses y responsabilidad por riesgos).

## B. La Mora Automática (La Tradición Germánica y Comercial)

Frente al modelo romano, existe el principio *dies interpellat pro homine* (“el plazo interpela por el hombre”). Si la obligación tiene una fecha fija, el deudor incurre en mora automáticamente al vencimiento, sin necesidad de aviso.

- Alemania (BGB): El § 286 del BGB establece la regla general de que la mora es automática si el tiempo de la prestación está determinado por el calendario.
- Derecho Comercial y de la UE: La necesidad de agilidad en los negocios ha impuesto este modelo. La Directiva 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales establece que los intereses de demora se devengan automáticamente tras el vencimiento del plazo, prohibiendo a los Estados miembros exigir la interpelación en las relaciones entre empresas (B2B).

## 8. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN

Cuando el deudor no cumple, ¿cuándo debe responder con su patrimonio? La dogmática moderna, perfeccionando las categorías romanas, distingue entre la deuda (*Schuld*) y la responsabilidad (*Haftung*). Esta responsabilidad se basa en criterios de imputación (títulos que justifican la condena) que han evolucionado desde Roma:

### A. El Dolo (Dolus)

Es el incumplimiento voluntario y consciente. En Roma, el dolo se castigaba siempre y el pacto de no responder por dolo futuro (*pactum de dolo non praestando*) era nulo por inmoral.

- Pervivencia: Este principio es universal y absoluto en el Derecho continental. El dolo agrava la responsabilidad, extendiéndola a todos los daños, previsibles o no (Art. 1107 CC español; Art. 1231-3 *Code Civil* francés).

## B. La Culpa (Culpa): ¿Subjetiva u Objetiva?

Aquí reside la gran divergencia técnica. La culpa es la falta de diligencia, pero ¿con qué vara de medir la juzgamos?

1. El Modelo Subjetivo (latino): El “Buen Padre de Familia”. España y Francia siguen fieles al estándar romano de la *diligentia boni patris familiae*. La culpa se mide comparando la conducta del deudor con la que tendría una persona media y sensata en sus circunstancias. Es un modelo ético y flexible (Art. 1104 CC español).
2. El Modelo Objetivo (alemán): La “Diligencia del Tráfico”. El BGB alemán objetiva la culpa. El § 276 BGB define la negligencia (*Fahrlässigkeit*) no como la conducta de un “buen padre”, sino como “desatender la diligencia usual en el tráfico” (*im Verkehr erforderliche Sorgfalt*). Se prescinde de las capacidades personales del deudor: si no cumple el estándar profesional o social exigido, responde, aunque haya hecho “todo lo que pudo”.

## C. Responsabilidad por Riesgo (Custodia) y Caso Fortuito

El límite de la responsabilidad es el caso fortuito o fuerza mayor (eventos imprevisibles e inevitables). La regla romana *casus a nullo praestantur* (nadie responde del azar) sigue vigente (Art. 1105 CC español). Sin embargo, la antigua responsabilidad romana por custodia (que obligaba a ciertos deudores, como el sastre o el tintorero, a responder incluso del hurto de la cosa) ha renacido en la moderna responsabilidad objetiva del Derecho de Consumo y de la navegación aérea, donde el

transportista responde de la pérdida del equipaje salvo fuerza mayor cualificada, prescindiendo de la culpa.

## 9. LA BUENA FE (*BONA FIDES*) COMO NORMA INTEGRADORA

En el procedimiento formulario romano, las acciones *ex fide bona* permitían al juez condenar al demandado no solo a lo estrictamente pactado, sino a “todo lo que se deba dar o hacer según la buena fe”.

Esta potestad procesal se ha transformado, en los códigos modernos, en la “función integradora” del contrato, convirtiendo a la Buena Fe en la norma suprema de las obligaciones:

- Alemania: El § 242 del BGB (*Treu und Glauben*) es la “cláusula reina” del Derecho alemán. Ha permitido a los jueces crear deberes accesorios de conducta (información, protección, consejo) que no estaban escritos en el contrato.
- España e Italia: Recogen idéntico principio (Art. 1258 CC español; Art. 1375 *Codice Civile*). El contrato no obliga solo a lo pactado, sino a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. De esta raíz romana nacen obligaciones modernas capitales, como el deber de seguridad en los espectáculos o el deber de información en la banca.

*Capítulo 12.*

# ***Los Delitos como Fuente de Obligaciones: La Responsabilidad Extracontractual.***

## **1. DELITOS PRIVADOS Y LA TRANSICIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

En Derecho Romano, los actos ilícitos se dividían en:

**Crimina:** Actos graves que ofendían a toda la sociedad. Eran perseguidos por el Estado en un juicio público y castigados con penas corporales o el exilio. Son el antecedente del Derecho Penal moderno.

**Delicta Privata:** Actos ilícitos que ofendían a un particular. El Estado no los perseguía de oficio, sino que la víctima (acreedor) recibía una acción personal contra el delincuente (deudor) para exigirle el pago de una pena pecuniaria (multa)<sup>101</sup>.

Las acciones penales romanas tenían características que el Derecho moderno ha abandonado en gran medida, como la

---

<sup>101</sup> En la actualidad, la mayoría de estos actos, como el hurto, son delitos públicos. Sin embargo, la idea del delictum como fuente de una obligación privada pervive en la “responsabilidad civil derivada de delito” (Artículo 109 CP español) y, sobre todo, en la responsabilidad civil extracontractual

noxalidad (entrega del hijo o esclavo que cometió el delito). Otras en cambio, como la cumulatividad subjetiva (cada code-lincuente pagaba la pena entera)<sup>102</sup> y objetiva (la víctima puede exigir tanto el castigo del delincuente como la reparación del daño) han pervivido en el moderno Derecho penal.

El Derecho continental moderno ha transformado la *poena* privada romana en una obligación de reparación integral del daño; ya no se busca castigar, sino indemnizar.

## 2. EL DELITO DE DAÑO (*DAMNUM INIURIA DATUM*) Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MODERNA

La *Lex Aquilia* (s. III a.C.) sancionaba el daño causado a cosas ajenas “injustamente” (*iniuria*). De la interpretación que los juristas romanos hicieron de esta palabra *iniuria*, extendiéndola para incluir no solo el dolo, sino también la negligencia (*culpa*), nació el sistema moderno de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, la recepción de este legado ha dividido a Europa en dos grandes modelos dogmáticos a la hora de definir qué daños son indemnizables:

### A. El Modelo de la “Cláusula General” (Tradición Franco-Española)

Los juristas del *Ius Commune* generalizaron la acción aquiliana hasta convertirla en un principio universal: *neminem laedere*

---

<sup>102</sup> Si eran varios los delincuentes, cada uno tenía que pagar la pena por entero.

(no dañar a nadie). Cualquier daño causado a otro por culpa obliga a repararlo.

- España y Francia: Este modelo triunfó en el Art. 1382 del Code Civil (hoy Art. 1240) y en el Art. 1902 del Código Civil español. Son “cláusulas abiertas” o atípicas: no listan qué derechos están protegidos. Cualquier interés legítimo, si es dañado culposamente, genera obligación de indemnizar. Es el sistema más flexible y directo heredero de la expansión pretoria de la *Lex Aquilia*.

## B. El Modelo de la “Tipicidad” (Tradición Alemana)

El BGB alemán, siempre analítico, desconfió de una cláusula tan amplia que pudiera paralizar la actividad económica por miedo a demandas ilimitadas.

El § 823 del BGB establece un sistema de “tipicidad”. No basta con causar un daño culposo; se debe lesionar un derecho absoluto enumerado (vida, cuerpo, salud, libertad o propiedad). El “mero perjuicio patrimonial” (*reines Vermögensschaden*) sin lesión física a estos bienes no es indemnizable vía aquiliana, salvo que haya dolo o contravención de una ley protectora.

### 3. LA EVOLUCIÓN HACIA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (EL RIESGO)

El dogma romano clásico y de la codificación decimonónica fue “no hay responsabilidad sin culpa” (responsabilidad subjetiva). Si alguien causaba un daño fortuitamente, sin negligencia, la víctima soportaba la pérdida (*casum sentit dominus*).

Sin embargo, la Revolución Industrial y la “sociedad del riesgo” (automóviles, fábricas, productos químicos) hicieron

que este sistema romano fuera insuficiente e injusto: probar la culpa del conductor o del gran fabricante era a menudo imposible para la víctima.

La Recuperación de los “Cuasi-Delitos” Para solucionar esto, la dogmática moderna “rescató” la categoría romana de los cuasidelitos<sup>103</sup>, donde se respondía por el hecho ajeno o por el riesgo creado, independientemente de la culpa personal (como la *actio de effusis vel deiectis* por cosas que caen de una casa a la vía pública).

Sobre esta base arcaica se construyó la moderna Responsabilidad Objetiva (por Riesgo): quien crea un riesgo y se lucra de él, debe responder de los daños que cause, aunque no tenga culpa.

- Automóviles: La legislación sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor establece, en España y en gran parte de Europa, que el conductor responde de los daños a las personas salvo culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción. La diligencia (“yo iba despacio y con cuidado”) no exime de responsabilidad.
- Productos Defectuosos (Derecho de la UE): La Directiva 85/374/CEE impone un régimen de responsabilidad objetiva pura a los fabricantes. Si un producto explota por un defecto, el fabricante paga, haya sido negligente o no. Es la versión industrial de la *actio de positis vel suspensis*.

---

<sup>103</sup> Vid. infra.

#### 4. LA INIURIA Y LA “FUNCIÓN PUNITIVA” DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el Derecho Romano, el sistema de responsabilidad no era monolítico. Frente a la *Lex Aquilia*, que cubría el daño patrimonial causado por culpa (*damnum*), se alzaba la *actio iniuriarum* para castigar el atentado doloso contra la persona.

La evolución divergente de esta figura explica una de las mayores diferencias entre el *Civil Law* y el *Common Law* modernos.

##### A. La Naturaleza de la Iniuria Romana (Lesión Dolosa y Desprecio)

La *iniuria* no era solo un ataque al honor verbal. Como reguló la *Lex Cornelia de iniuriis* (81 a.C.) y desarrolló el Edicto, abarcaba cualquier agresión a la integridad física (*pulsare, verberare*) o moral del ciudadano libre, siempre que hubiera *animus iniurandi* (dolo o intención de ofender).

Lo crucial es su mecanismo de sanción: la *actio aestimatoria*.

- No buscaba la “reparación” del daño (el cuerpo de un hombre libre no tiene precio, *liberum corpus nullam recipit aestimationem*), sino una satisfacción o castigo.
- La cuantía no se fijaba por el perjuicio económico, sino por la estimación de la víctima (*aestimatio*), que el juez moderaba atendiendo a la gravedad de la ofensa (atrocidad) y la dignidad de las partes. Era una pena privada.

##### B. La Gran Ruptura: Codificación vs. Common Law

Aquí radica la clave para entender el Derecho comparado actual:

1. La Vía Anglosajona (Continuidad): El *Common Law* inglés mantuvo viva la lógica de la jurisprudencia romana medieval. Sus *Punitive Damages* (daños punitivos) no son una

invención moderna, sino la herencia directa de la *actio iniuriarum*: una suma de dinero que excede el daño real para castigar una conducta maliciosa o ultrajante (*outrageous conduct*).

2. La Vía Continental (Olvido y Ficción): La codificación del siglo XIX, influida por el racionalismo y la doctrina penalista, separó tajantemente el delito público (castigo, reservado al Estado) del ilícito civil (reparación entre particulares).
  - o Los códigos civiles silenciaron la función punitiva. El dogma oficial pasó a ser la “reparación integral del daño” (*restitutio in integrum*) incluso cuando la reparación (o su valoración en dinero) sea totalmente ficticia, negando teóricamente cualquier finalidad de castigo en el Derecho privado.

### C. El “Retorno de lo reprimido”: Daño Moral y Sanción Civil

A pesar del dogma reparador, el Derecho continental ha tenido que recuperar la lógica de la *iniuria* para dar respuesta a las agresiones dolosas donde no hay daño patrimonial tangible.

- El Daño Moral como “Pena Encubierta”: Cuando el Tribunal Supremo español admitió por primera vez el daño moral (célebre Sentencia de 6 de diciembre de 1912, caso de la “Señorita Musso”), no lo hizo basándose en la *Lex Aquilia* (Art. 1902 CC), sino citando expresamente las Partidas de Alfonso X, que recogían fielmente la *actio iniuriarum* romana. En la práctica actual, cuando los tribunales otorgan indemnizaciones elevadas por “daño moral” ante conductas dolosas o muy graves, están aplicando *de facto* una función punitiva o satisfactiva, heredera de la estimación romana, pues el dolor no tiene precio de mercado.
- Daños Punitivos Legales: El legislador moderno está reintroduciendo expresamente la “multa privada” en ámbitos específicos, rompiendo el tabú de la codificación:

- o Propiedad Intelectual: La indemnización puede calcularse en función de los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor (dolo), superando el daño real sufrido por el autor (Art. 140 LPI).
- o Derecho Laboral: El “Recargo de Prestaciones” (Art. 164 LGSS) obliga al empresario que incumple normas de seguridad a pagar un extra (del 30% al 50%) al trabajador accidentado. Es una sanción civil compatible con la indemnización, puramente punitiva y disuasoria.

En conclusión, los *punitive damages* no son extraños a nuestra tradición. Son la moderna *actio iniuriarum* que la codificación trató de expulsar, pero que la realidad jurídica ha traído de vuelta para sancionar el dolo civil.

## 5. DELITOS PRETORIOS: DOLO Y METUS (VICIOS DE LA VOLUNTAD)

Aunque el Pretor los trató como “delitos”, el *dolus* (engaño) y el *metus* (intimidación) no son el origen de la responsabilidad extracontractual, sino de los vicios del consentimiento que anulan los negocios jurídicos (como vimos en el Capítulo 4).

Los remedios pretorios han sido la base de la protección moderna frente a estos vicios:

Metus (Intimidación)<sup>104</sup>: La *exceptio metus* romana es la anulabilidad del contrato por intimidación en el Derecho moderno<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Es la base del moderno delito de amenazas.

<sup>105</sup> Consistía en adquirir algo de otro amenazándolo con un daño grave. (p.ej. Art. 1267 CC español; Art. 1140 Code Civil francés; § 123 BGB; Art. 1434 Codice Civile italiano)

Dolus (Dolo)<sup>106</sup>: La *actio de dolo* y la *exceptio doli* (engaño o maquinación fraudulenta) son la base de la anulabilidad del contrato por dolo (p.ej. Art. 1269 CC español; Art. 1137 Code Civil francés; § 123 BGB; Art. 1439 Codice Civile italiano)<sup>107</sup>.

## 6. LOS “QUASI-DELITOS” Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La clasificación de Justiniano incluyó los “cuasidelitos” para agrupar supuestos donde no se exigía probar la culpa del autor, sino que se respondía por el riesgo creado. Son el antecedente directo de la moderna responsabilidad objetiva (o sin culpa).

Los casos romanos perviven hoy en los Códigos Civiles:

*De effussis vel deiectis*: Responsabilidad del *habitor* de una casa por las cosas arrojadas o derramadas a la vía<sup>108</sup>.

*De positis vel suspensis*: Responsabilidad por los objetos colgados en la fachada que amenazaban con caer.

En el ámbito de la UE, la Directiva 85/374/CEE sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos impone un régimen de responsabilidad objetiva en toda la UE al productor por los daños causados por un producto defectuoso, superando la base de la culpa (*Lex Aquilia*) de los códigos nacionales.

---

<sup>106</sup> Está en el origen del moderno delito de estafa.

<sup>107</sup> La *exceptio doli* también evolucionó hasta convertirse en el principio general de la buena fe (Art. 7 CC) y la prohibición del abuso de derecho

<sup>108</sup> Recogido casi literalmente en el Art. 1910 CC español: “El cabeza de familia que habita una casa... es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”

*Actio de pauperies / Edictum de feris*: Responsabilidad del dueño por los daños causados por un animal<sup>109</sup>.

*Nautae, cauponae et stabularii*: Responsabilidad de navieros, hosteleros y posaderos por la pérdida de los objetos de los viajeros<sup>110</sup>.

*Iudex qui litem suam fecit*: Responsabilidad del juez que obra con dolo o negligencia. Es el origen de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial (p.ej. Art. 121 Constitución Española).

---

<sup>109</sup> Es la base de la responsabilidad objetiva por tenencia de animales en el Art. 1905 CC español: “El poseedor de un animal... es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe”. Ver también § 833 BGB (Tierhalterhaftung)

<sup>110</sup> Sigue vigente como un régimen de responsabilidad agravada (objetiva) en los Arts. 1783-1784 CC español y Art. 1952-1953 Code Civil francés.



*Capítulo 13.*

# ***Los Contratos en General.***

## ***Contratos Reales***

### **1. INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS**

Se denomina “contratos” a los negocios jurídicos destinados a crear obligaciones mediante un acuerdo de voluntades<sup>111</sup>.

La diferencia fundamental entre el sistema romano y el continental moderno radica en la autonomía de la voluntad:

1. Derecho Romano (Tipicidad Contractual): No existía una noción general de “contrato”. Solo un número cerrado de negocios típicos (contratos) generaba obligaciones exigibles mediante una acción (*actio*). Un simple acuerdo de voluntades (*pactum*) no generaba acción (*nuda pactio obligationem non parit*), aunque podía generar defensas procesales (*exceptiones*).
2. Derecho Continental Moderno (Principio Consensual): Gracias a la influencia del Derecho canónico y el *iusnaturalismo*, el sistema se invirtió. El consentimiento es la base del contrato. Cualquier acuerdo de voluntades lícito y con causa es un contrato y genera obligaciones. El prin-

---

<sup>111</sup> Son ‘actos jurídicos lícitos’. A diferencia de los delitos que son actos ilícitos, los contratos son actos lícitos.

cipio *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse) se convirtió en la regla general<sup>112</sup>.

## 2. CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS (HERENCIA ROMANA)

- Formales, Reales y Consensuales: Clasificación romana según el momento de la perfección<sup>113</sup>.
- Unilaterales vs. Bilaterales (Sinalagmáticos): Los unilaterales generan obligación para una sola parte (ej. mutuo). Los bilaterales (o sinalagmáticos) generan obligaciones recíprocas para ambas (ej. compraventa)<sup>114</sup>.
- Onerosos vs. Gratuitos (Lucrativos): En los onerosos hay contraprestaciones recíprocas (ej. arrendamiento). En los gratuitos, una parte sufre un sacrificio patrimonial sin contrapartida (ej. comodato, donación).
- De Derecho Estricto vs. de Buena Fe: En Roma, esta era una distinción procesal clave. Los contratos de buena fe (*ex fide bona*), como la compraventa o el depósito, da-

---

<sup>112</sup> El Art. 1254 CC español establece que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse”. El Art. 1101 del *Code Civil* francés define el contrato como un “acuerdo de voluntades... destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”. Ver también Art. 1321 *Codice Civile* italiano

<sup>113</sup> Formales (solemnidad), Reales (entrega de la cosa), Consensuales (mero acuerdo). En el Derecho continental moderno, todos los contratos son consensuales por regla general (Art. 1258 CC español). La categoría “real” y “formal” es la excepción

<sup>114</sup> Esta distinción es clave para entender la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido) y la resolución por incumplimiento (p.ej. Art. 1124 CC español)

ban al juez un amplio arbitrio para interpretar la obligación<sup>115</sup>.

### 3. CONTRATOS REALES: LA GRAN FRACTURA DEL DERECHO CIVIL

Se llama “reales” a aquellos contratos que, en el Derecho Romano clásico, no nacían por el mero acuerdo, sino que requerían necesariamente la entrega de la cosa (*datio rei*) para su perfección. Sin entrega, no había contrato, sino un mero pacto preliminar no exigible.

Esta categoría (Mutuo, Comodato, Depósito) ha sufrido una evolución desigual en el Derecho Comparado, generando dos grandes bloques dentro del sistema continental:

#### A. La Pervivencia del Modelo Romano (El Bloque Latino-Clásico)

Ciertos ordenamientos, fieles a la tradición del *Code Civil* francés original y a la doctrina española clásica, mantienen que estos contratos son reales. La entrega de la cosa es el requisito de perfección.

España: El Código Civil, siguiendo la tradición (Art. 1740 y 1758), configura el préstamo y el depósito como contratos reales. La promesa de préstamo solo da lugar a una indemnización, pero no al contrato en sí.

---

<sup>115</sup> El principio de buena fe ha abandonado el ámbito procesal y se ha convertido en el principio rector de *toda* la vida del contrato en el Derecho moderno (p.ej. Art. 1258 CC español; Art. 1104 *Code Civil* francés; Art. 1375 *Codice Civile* italiano; § 242 BGB alemán)

Chile y Colombia (Código de Bello): Son los guardianes más estrictos de la ortodoxia romana en América. El Art. 2196 del Código Civil de Chile (y su homólogo colombiano) es tajante: “El contrato [de mutuo] no se perfecciona sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”. Sin entrega, el contrato no existe.

Holanda (Países Bajos): El *Burgerlijk Wetboek* (BW), aunque moderno, ha mantenido ciertos rasgos reales en la constitución de garantías como la prenda, exigiendo el desapoderamiento para su validez plena frente a terceros.

## B. La “Consensualización” (El Bloque Moderno y Germánico)

La tendencia moderna, impulsada por las necesidades del crédito bancario y la agilidad comercial, ha transformado estos contratos en consensuales. El contrato nace con el acuerdo (“te prestaré”), y la entrega de la cosa es ya el primer acto de cumplimiento (una obligación del prestamista), no un requisito de nacimiento.

Suiza: El Código de las Obligaciones (OR) es el pionero de la flexibilidad. Regula el préstamo (*Darlehen*, Art. 312 OR) como un contrato consensual donde el prestamista “se obliga a transferir” la propiedad.

Argentina (CCCN 2015): El Código Civil y Comercial de la Nación rompió con su tradición histórica (el Código de Vélez Sarsfield) para abrazar la modernidad. Su Art. 1525 define el mutuo como consensual: “Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario...”.

Portugal: El Código Civil de 1966, de gran factura técnica, sigue esta línea en el ámbito bancario, aunque mantiene la estructura clásica para préstamos gratuitos.

Alemania (BGB): Tras la reforma del Derecho de Obligaciones de 2002, el § 488 del BGB define el contrato de préstamo de dinero (*Darlehensvertrag*) como un contrato consensual típico, donde surgen obligaciones recíprocas desde el acuerdo.

#### 4. ANÁLISIS DE LAS FIGURAS ESPECÍFICAS

##### A. Mutuo (Mutuum)

Es el préstamo de consumo (dinero o fungibles). La gran cuestión moderna no es solo su perfección, sino el control de la usura (intereses excesivos), una preocupación constante desde la Ley de las XII Tablas.

Límites a la Usura: Mientras el Derecho romano clásico era liberal (salvo limitaciones puntuales), los ordenamientos modernos intervienen fuertemente.

Italia: El *Codice Civile* (Art. 1815) establece que si se pactan intereses usurarios, la cláusula es nula y no se deben intereses (sanción civil grave).

Suiza: El *Konkordat* sobre crédito al consumo establece topes administrativos estrictos.

España: Se sigue aplicando una ley de 1908 (Ley Azcárate), que anula el préstamo “usurario”, demostrando la vigencia de conceptos éticos romanos.

##### B. Comodato (Commodatum)

Es el préstamo de uso gratuito. Al ser un contrato basado en la amistad (*amicitia*) o cortesía, la responsabilidad del comodatario es un tema clave.

Responsabilidad: En Roma, el comodatario respondía por *custodia* (incluso hurto).

Brasil: El Código Civil de 2002 (Art. 582) mantiene una responsabilidad agravada: si el comodatario está en peligro y salva sus propias cosas abandonando las del comodante, responde por la pérdida (una aplicación directa de la *diligentia quam suis*).

Portugal: El Art. 1135 del Código Civil impone un deber estricto de guarda y defensa de la cosa, respondiendo por su perecimiento si se usa para un fin distinto al pactado.

### C. Depósito (Depositum)

La custodia de cosa mueble ajena. La gran evolución aquí es la aparición del Depósito Irregular (depósito de dinero en banco), que Roma conoció tardíamente y que hoy es la base del sistema bancario.

Depósito Bancario: Todos los ordenamientos (desde el Art. 1929 del Código Civil de Perú hasta el § 700 del BGB) reconocen que, si se deposita dinero, el depositario adquiere la propiedad y debe devolver el *tantundem* (otro tanto). Dogmáticamente se le aplican las reglas del mutuo (préstamo), pero la finalidad es la custodia y disponibilidad (el “depósito a la vista”).

## 5. LOS CONTRATOS INNOMINADOS (LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD)

La categoría romana de los contratos innominados (aquellos *do ut des* o *facio ut des* que no tenían nombre propio) fue el germen de la libertad contractual. Hoy, aunque el principio de autonomía (Art. 1255 CC español; Art. 405 CC Brasil) permi-

te crear cualquier figura, los códigos modernos han “tificado” (dado nombre) a los antiguos innominados:

#### A. Permuta (Permutatio)

El intercambio de cosa por cosa (*do ut des*).

Austria (ABGB): El Código austriaco (§ 1045), influido por el Derecho natural, considera a la permuta (*Tausch*) como el contrato “base”, del cual la compraventa es solo una derivación (cambio de cosa por dinero), invirtiendo la lógica romana.

Portugal: La regula como *Troca* (Art. 939), remitiendo en bloque a las normas de la compraventa.

#### B. Contrato Estimatorio (Aestimatum)

La entrega de mercancía para su venta o devolución. Esta figura, marginal en los códigos civiles clásicos, ha cobrado vida propia en la legislación comercial moderna.

Italia: Es el único gran código europeo que lo regula detalladamente como contrato típico (*Contratto estimatorio*, Art. 1556), reconociendo su vital importancia para el comercio minorista (quioscos, librerías).

El Salvador y Honduras: Sus Códigos de Comercio regulan expresamente esta figura (“consignación”), vital para la distribución comercial en Centroamérica, demostrando la pervivencia práctica del *aestimatum* romano.

#### C. Transacción (Transactio)

El acuerdo para poner fin a un litigio haciéndose concesiones recíprocas.

**Naturaleza:** En Roma era un contrato innominado o un pacto. Hoy es un contrato típico en todos los sistemas (Art. 1809 CC español; Art. 2044 *Code Civil* francés; Art. 840 Código Civil de Brasil).

**Eficacia:** La gran discusión moderna es si tiene fuerza de sentencia (cosa juzgada). El Código Civil de Perú (Art. 1302) y el de Italia (Art. 1965) le otorgan expresamente el valor de cosa juzgada entre las partes, elevando este contrato privado al rango de “sentencia convencional”.

## 6. LOS “CUASICONTRATOS” Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La clasificación de Justiniano creó la categoría de “cuasicontratos” para agrupar situaciones lícitas que generaban obligaciones *como si* fueran contratos, pero en las que faltaba el acuerdo de voluntades.

El fundamento común de la mayoría de estos casos es el enriquecimiento injusto (*enriquecimiento sin causa*): una persona (accipiente) recibe un desplazamiento patrimonial de otra sin una causa jurídica que lo justifique, quedando obligado a restituirlo. El remedio romano para esto era la *condictio*.

**Recepción en el Derecho Continental:** Este principio es hoy una de las grandes fuentes de las obligaciones, junto al contrato y al delito (acto ilícito).

- Sistemas “Romanistas” (Francia, España): Mantienen la categoría de “cuasicontrato”.
  - o España: El Art. 1887 CC los regula, mencionando la “gestión de negocios ajenos” y el “cobro de lo indebido”.
  - o Francia: El Art. 1300 del *Code Civil* (tras la reforma de 2016) regula los *Quasi-contrats*, incluyendo la gestión

de negocios, el pago de lo indebido y el *enriquecimiento injustificado* (que entra así formalmente en el código).

- Sistemas “Abstractos” (Alemania): El BGB abandona la categoría de “cuasicontrato” y regula el principio general directamente.

Alemania: El § 812 BGB es la formulación más influyente: “Quien obtiene algo sin causa jurídica (*ohne rechtlichen Grund*) a expensas de otro, está obligado a la restitución”.

### ***Figuras Clave (originadas en la *Condictio Romana*):***

1. *Condictio Indebiti* (Pago de lo Indebido): Es el cuasicontrato por excelencia. Quien paga por error una deuda inexistente, tiene acción para reclamar la devolución de lo pagado<sup>116</sup>.
2. *Condictio ob turpem vel iniustam causam* (Causa Ilícita o Inmoral): Cuando se paga por una causa ilícita. La regla romana *in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis* (si la torpeza es de ambas partes, el que recibió retiene) sigue informando el Derecho moderno<sup>117</sup>.
3. *Condictio causa data causa non secuta* (Causa esperada no producida): Se da algo para un fin futuro que no se cumple (ej. una dote por un matrimonio que no se celebra)<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Recogido en el Art. 1895 CC español; Art. 1302 *Code Civil* francés; Art. 2033 *Codice Civile* italiano; § 812 BGB

<sup>117</sup> p.ej. Arts. 1305-1306 CC español; § 817 BGB

<sup>118</sup> Integrado en el principio general del enriquecimiento injusto. Ver § 812 BGB; Art. 1303 *Code Civil* francés.

## 7. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: DE LA LAESIO ENORMIS A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La historia de los límites a la libertad contractual no es lineal. A menudo se asume erróneamente que el Derecho moderno es más “social” que el romano, pero la realidad histórica demuestra que el Derecho Romano desarrolló mecanismos de protección frente a los desequilibrios económicos que el liberalismo del siglo XIX intentó suprimir.

### *La Protección Romana vs. El Liberalismo Decimonónico*

Si bien el Derecho Romano clásico partió de la libertad de precios (*licet contrahentibus invicem se circumscribere*, es lícito tratar de engañarse mutuamente en el precio), el Derecho imperial reaccionó ante las injusticias materiales. La figura clave fue la rescisión por lesión (*laesio enormis*), introducida por Diocleciano, que permitía rescindir la venta si el precio era inferior a la mitad del valor justo (*iustum pretium*)<sup>119</sup>. Roma, por tanto, no permitía que la autonomía de la voluntad amparara abusos graves; buscaba una justicia conmutativa material. Paradójicamente, fueron los Códigos Civiles del siglo XIX los que, imbuidos del liberalismo económico (*laissez-faire*), redujeron drásticamente esta protección romana. Al consagrar una autonomía de la voluntad casi absoluta, permitieron desequilibrios que Roma habría corregido, bajo el dogma de que “lo pactado es justo”.

---

<sup>119</sup> Aunque la idea de un “precio justo” como requisito para la compraventa ya estaba presente en la mentalidad romana, al menos, desde que se instauró el *pignus in causa iudicati captum*.

### ***El Derecho de la Competencia: La Protección del Mercado***

El Derecho actual, impulsado por la Unión Europea, ha tenido que recuperar el intervencionismo, pero con un enfoque distinto. Si Roma protegía a la parte (justicia conmutativa) mediante la lesión, el Derecho de la Competencia protege al mercado (eficiencia) mediante el orden público económico. Normas como los artículos 101 y 102 del TFUE prohíben los acuerdos de precios (cárteles) y el abuso de posición dominante. Ya no se trata solo de que el precio sea “justo” para el vendedor (como en la *laesio*), sino de que el precio se haya formado en un entorno competitivo. Así, el Derecho contemporáneo cierra el círculo: supera el liberalismo radical del siglo XIX para imponer, como hizo Roma con la *aequitas*, límites externos a la voluntad de las partes, declarando nulos los contratos que, aunque queridos por los firmantes, dañan la estructura económica común.



## Capítulo 14.

# Contratos Consensuales

### 1. INTRODUCCIÓN: EL TRIUNFO DEL CONSENTIMIENTO

Los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) son la cima de la evolución contractual romana. Se perfeccionan por el mero consentimiento (*solo consensu*) de las partes, sin necesidad de formas solemnes (contratos formales) ni de la entrega de una cosa (contratos reales).

Esta categoría, que en Roma era la excepción, se convirtió, por influencia del Derecho canónico y el iusnaturalismo, en la regla general del Derecho continental moderno. Hoy, el principio de autonomía de la voluntad (Art. 1254 y 1258 CC español; Art. 1102 Code Civil francés) significa que todo contrato es consensual, salvo que la ley exija una forma específica (contrato formal).

Todos los contratos consensuales romanos eran bilaterales (sinalagmáticos) y estaban protegidos por acciones de buena fe (*ex fide bona*), lo que daba al juez un amplio arbitrio para interpretar las obligaciones más allá de lo literal.

El consentimiento que crea el contrato también puede extinguirlo. Si las obligaciones no se han cumplido, el mutuo disenso (*contrarius consensus*) disuelve el vínculo. Las obligaciones derivadas de estos contratos se podían extinguir por el consentimiento resolutorio de ambas partes. Y el incumplimiento de una de las partes faculta a la otra a resolver el contrato (art. 1124 CC).

## 2. COMPRAVENTA (EMPTIO-VENDITIO)

Es el contrato consensual por el que una de las partes (vendedor, *venditor*) se obliga a entregar una cosa a la otra (comprador, *emptor*) y a garantizarle su pacífica posesión y disfrute, a cambio de un precio cierto en dinero.

Esta definición, aparentemente sencilla, esconde la mayor divergencia dogmática del Derecho privado europeo: la finalidad traslativa del contrato.

### A. La Obligación de Transmitir la Propiedad (La Gran Divergencia)

El Modelo Romano: En Roma, la compraventa *no* transmitía la propiedad, ni siquiera obligaba al vendedor a transmitirla. Su obligación era garantizar la “pacífica posesión” (*habere licere*). La propiedad se transmitía por un acto distinto y posterior (la *mancipatio* o la *traditio*). Era posible, por tanto, vender una cosa ajena válidamente.

La Recepción Moderna: Los códigos modernos han roto con este esquema, pero adoptando soluciones opuestas sobre *cómo* y *cuándo* el comprador se convierte en dueño:

1. Sistema Consensual (Francia e Italia): Es la ruptura más radical. El contrato de compraventa, por sí solo, transmite la propiedad. No hace falta entrega (*traditio*). “La propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador... tan pronto como han convenido la cosa y el precio” (Art. 1583 Code Civil francés; Art. 1376 Codice Civile italiano). El vendedor, por tanto, *sí* transmite la propiedad, y lo hace instantáneamente (*solo consensu*).
2. Sistema del Título y el Modo (España y Austria): Es el sistema más fiel a la tradición romana clásica: El contrato (título) no transmite la propiedad, solo genera obli-

gaciones. Es necesaria la entrega (*traditio* o modo) para adquirir el dominio (Art. 609 y 1095 CC español). Sin embargo, a diferencia de Roma, el vendedor *sí* está obligado a realizar todos los actos necesarios para transmitir la propiedad.

3. Sistema Abstracto (Alemania): El BGB alemán separa radicalmente el contrato obligatorio de venta (§ 433 BGB), que solo obliga al vendedor a “procurar la propiedad” (*Eigentum verschaffen*), del negocio real de transmisión (§ 929 BGB), que es abstracto (independiente de la validez de la venta).

## B. El Riesgo de la Cosa (Periculum)

¿Quién soporta la pérdida si la cosa vendida se destruye por caso fortuito antes de la entrega? Este es el punto de mayor fricción entre la lógica dominical (*res perit domino*: la cosa se pierde para el dueño, que sigue siendo el vendedor hasta la entrega) y la lógica contractual romana.

1. La Regla Romana: *Periculum est emptoris* y la *Emptio Perfecta*  
El Derecho Romano estableció una regla aparentemente paradójica: desde que la compraventa es «perfecta», el riesgo pasa al comprador, quien debe pagar el precio aunque la cosa perezca antes de la entrega.

Sin embargo, para comprender esta regla, hay que precisar el concepto de «perfección» (*emptio perfecta*), que no coincide con el moderno mero consentimiento. Para los romanos, la venta era perfecta solo cuando la cosa estaba específica, incondicionada y medida o pesada; es decir, cuando estaba a plena disposición del comprador.

La justificación dogmática de esta regla no es el capricho, sino la mora del acreedor (*mora accipiendi*): si la cosa está lista y a disposición, el retraso en la entrega es impu-

table a la inactividad del comprador. Por tanto, es justo que él asuma los riesgos.

2. La Recepción en España: La Tensión del Art. 1096.3 CC  
El Código Civil español presenta una regulación compleja (Art. 1452) que parece mantener el principio romano. Es muy probable que esta redacción, influida por el modelo del Código francés, importara la regla del riesgo vinculada a la perfección —que es lógica en un sistema donde la venta transfiere la propiedad automáticamente— a un sistema de título y modo donde el comprador aún no es dueño, generando una notable tensión dogmática.

No obstante, el Art. 1096, párrafo 3º aclara el panorama al establecer que el vendedor asume los riesgos (responsable del caso fortuito) en dos supuestos:

1. Si incurre en mora (*mora solvendi*).
2. Si se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas diversas.

La doctrina ha debatido si este segundo inciso es una sanción a la mala fe. Un análisis histórico del antecedente en el Proyecto de García Goyena de 1851 (Art. 1006) sugiere un posible error de transcripción en el Código vigente: el texto original decía «se *haya* comprometido» (subjuntivo que implica una acción culpable previa), que el legislador de 1889 transformó en «se *halla* comprometido» (situación objetiva).

Sea error o no, la norma tiene una lógica aplastante bajo la óptica de la *mora creditoris*: si el vendedor ha prometido la cosa a dos personas, ninguno de los compradores puede tomar posesión pacífica de ella. Al no poder retirarla, no pueden incurrir en mora (*mora accipiendi*), y por tanto, quiebra el fundamento del *periculum est emptoris*.

El riesgo, por lógica, debe volver al vendedor (*res perit domino*).

3. La Paradoja Francesa El *Code Civil* francés, al transmitir la propiedad con el mero consentimiento (*solo consensu*), fusiona ambos principios sin conflicto. Como el comprador es dueño desde la firma, soporta la pérdida desde ese momento (*res perit domino*), aunque no le hayan entregado la cosa (Art. 1196 Code Civil). Esta coherencia interna del modelo francés es la que, al influir en códigos no consensuales como el español, provocó la disociación entre propiedad y riesgo.
4. La Solución Germánica (El Riesgo sigue a la Entrega) Frente a la complejidad de los sistemas latinos, el BGB alemán optó por una solución tajante vinculada a la posesión, no a la perfección del contrato.
  - Alemania: El § 446 del BGB establece que el riesgo pasa al comprador solo con la entrega (*Übergabe*) de la cosa. Hasta que no tiene el control físico, no asume la pérdida. Es el triunfo del *res perit domino* sobre la *emptio perfecta*.

#### 5. La Recepción Global: América Latina y Asia

La tensión entre la regla romana (*periculum est emptoris*) y el principio germánico (el riesgo sigue a la entrega) ha fracturado también los sistemas jurídicos de influencia romanista fuera de Europa, dibujando un mapa dividido:

- La Tradición de Andrés Bello (Chile y Colombia): El Código Civil de Chile (obra de Andrés Bello, 1855) y su «gemelo», el Código de Colombia, mantienen la solución más pura y clásica del Derecho romano. Aunque siguen el sistema de «Título y Modo» (la propiedad no pasa sin entrega), el riesgo se transfiere al comprador desde que se perfecciona el contrato.

- o Chile: El Art. 1550 establece que el riesgo del cuerpo cierto es del acreedor (comprador) «desde que la obligación se debe», aunque no haya entrega.
- o Colombia: El Art. 1607 reproduce idéntica regla. Es la pervivencia más fiel del sistema romano-español en América.
- El Giro Moderno (Argentina y Brasil): Las grandes potencias del Cono Sur se han apartado de la regla romana para adoptar el criterio germánico (el riesgo sigue a la entrega), alineando la propiedad con el riesgo.
  - o Brasil: El Art. 492 del Código Civil (2002) dispone taxativamente que, hasta el momento de la tradición, los riesgos de la cosa corren por cuenta del vendedor.
  - o Argentina: El reciente Código Civil y Comercial de la Nación (2015) confirma este cambio de paradigma en su Art. 755, estableciendo que el propietario soporta los riesgos y, como la propiedad de las cosas no se transmite sin tradición, el riesgo permanece en el vendedor hasta la entrega.
- La Recodificación Asiática (China y Japón): Los nuevos códigos asiáticos, fuertemente influidos por la pandectística alemana, consolidan la tendencia mundial de vincular el riesgo a la posesión física.
  - o China: El Código Civil de la República Popular China (2021) establece en su Art. 604 que el riesgo de daño o pérdida lo soporta el vendedor antes de la entrega y el comprador después de ella.
  - o Japón: El caso japonés es paradigmático. Históricamente, su Código Civil (1896) adoptó la regla

romana (*periculum est emptoris*). Sin embargo, la gran Reforma del Derecho de Obligaciones de 2020 suprimió esta regla (antiguo Art. 534), alineándose con el estándar internacional: hoy, si la cosa se pierde antes de la entrega por causa no imputable, el comprador puede rehusar el pago del precio.

### C. Saneamiento por Vicios Ocultos y la “Falta de Conformidad” (UE)

El régimen de responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa tiene una doble vía en el Derecho actual:

1. El Régimen Tradicional (Acciones Edilicias) Para las ventas entre particulares, los códigos mantienen la herencia directa de los Ediles Curules romanos. El vendedor responde de los defectos ocultos que hagan la cosa impropia para su uso. El comprador tiene las dos acciones romanas clásicas:
  - Acción Redhibitoria: Desistir del contrato (*actio redhibitoria*).
  - Acción Estimatoria: Rebajar el precio (*actio quanti minoris*). (Art. 1484 ss. CC español; Art. 1641 ss. *Code Civil* francés; § 437 BGB).
2. El Nuevo *Ius Commune* Europeo: La “Falta de Conformidad” En las ventas de consumo (profesional a consumidor), el Derecho romano ha sido sustituido por un nuevo paradigma impuesto por la Unión Europea (Directiva 1999/44/CE, derogada y sustituida por la Directiva (UE) 2019/771).

Este sistema elimina la distinción romana entre “vicio oculto” (defecto físico) y “aliud pro alio” (entrega de cosa distinta). Unifica todo incumplimiento bajo el concepto

de “Falta de Conformidad”. Si el bien no es conforme al contrato, el consumidor tiene una jerarquía de remedios que no existía en Roma:

1. Reparación o Sustitución (Remedios primarios, para conservar el contrato).
2. Reducción del precio o Resolución (Remedios subsidiarios).

Este régimen es imperativo (*ius cogens*) y demuestra cómo la “garantía” romana se ha transformado en un instrumento de protección del mercado interior.

### 3. ARRENDAMIENTO (LOCATIO-CONDUCTIO)

En el Derecho Romano, la *locatio-conductio* era una categoría unitaria que abarcaba realidades que hoy consideramos dispares: desde alquilar una casa hasta contratar a un obrero o encargar la construcción de un edificio. El elemento común era que una persona (*locator*) “colocaba” algo en manos de otra (*conductor*) para un fin temporal.

El Derecho continental moderno ha fragmentado esta unidad en tres figuras autónomas, cuya evolución comparada es muy distinta:

#### A. Arrendamiento de Cosa (Locatio-Conductio Rei): El Conflicto “Venta vs. Renta”

Es el contrato por el que se cede el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. La cuestión capital que define la evolución de este contrato es la posición del arrendatario frente a terceros: ¿Qué ocurre si el propietario vende

la finca alquilada? ¿Debe el nuevo dueño respetar el alquiler o puede expulsar al inquilino?

1. La Regla Romana (*Emptio tollit locatum*): Para Roma, el arrendamiento creaba un vínculo exclusivamente personal (un derecho de crédito) entre arrendador y arrendatario. El arrendatario no tenía un derecho real sobre la cosa. Por tanto, si el dueño vendía la propiedad, el comprador (tercero ajeno al contrato) no estaba obligado a respetar el arriendo. El inquilino era expulsado (*expulsio*) y solo podía pedir una indemnización a su antiguo arrendador. Es la regla *emptio tollit locatum* (“la compra rompe el arrendamiento”).
2. La Recepción Española (Fidelidad Romana): El Código Civil español es uno de los pocos que mantiene la pureza del dogma romano en su Art. 1571: “El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta”. Es el principio conocido castizamente como “venta quita renta”. Sin embargo, la realidad social ha obligado a corregir este rigor mediante Leyes Especiales (como la Ley de Arrendamientos Urbanos o Rústicos) que imponen la prórroga forzosa y la oponibilidad del contrato frente al comprador, protegiendo la vivienda como una necesidad social.
3. La Solución Germánica y Francesa (El Arrendamiento como “Casi-Real”): Otros ordenamientos decidieron romper con Roma para proteger la estabilidad del arrendatario, otorgándole una eficacia real (oponible a terceros) a su derecho:
  - Alemania: El BGB adopta la regla opuesta a Roma: *Kauf bricht nicht Miete* (“la compra no rompe el arrendamiento”). El § 566 del BGB establece que, si se vende la cosa, el comprador se subroga automáticamente en la posición del arrendador. El contrato “sobrevive” a la venta.

- Francia e Italia: Adoptan una solución intermedia basada en la publicidad. El comprador debe respetar el arrendamiento si este tiene “fecha cierta” (anterior a la venta) y, por tanto, no pudo ser ignorado. (Art. 1743 *Code Civil* francés; Art. 1599 *Codice Civile* italiano).

## B. Arrendamiento de Servicios (Locatio-Conductio Operarum)

Era el contrato por el que una persona libre alquilaba sus servicios manuales (*operae*) a cambio de un salario. En Roma tuvo una importancia menor, pues la mano de obra era mayoritariamente esclava.

Evolución Moderna: Esta figura ha protagonizado la mayor transformación de la historia jurídica. El desequilibrio entre las partes llevó a que el Estado interviniera el contrato, extrayéndolo del Derecho Civil para crear una nueva rama autónoma: el Derecho del Trabajo (Laboral). Hoy, la regulación del arrendamiento de servicios en los Códigos Civiles (Art. 1544 CC español) ha quedado como una norma residual, aplicable únicamente a los profesionales liberales (abogados, arquitectos, médicos) que trabajan de forma independiente y no bajo un contrato laboral.

## C. Arrendamiento de Obra (Locatio-Conductio Operis)

Aquí el *conductor* (contratista) no promete su trabajo, sino un resultado (*opus*): entregar la obra terminada (un edificio, un traje, un transporte).

Distinción Clave: Medios vs. Resultado Esta figura romana es la base de la gran distinción moderna en la responsabilidad contractual:

- Obligación de Medios (Servicios): El abogado o médico cumple si actúa con diligencia (*lex artis*), aunque no gane el pleito o cure al enfermo.

- **Obligación de Resultado (Obra):** El constructor solo cumple si entrega la casa terminada. Si no lo hace, responde, salvo fuerza mayor. No basta con “haberlo intentado”.

Esta distinción es universal en el *Civil Law* (Art. 1544 CC español; *Contrat d'entreprise* en el Art. 1710 *Code Civil* francés; *Werkvertrag* en el § 631 BGB alemán). Además, los códigos modernos han heredado y ampliado la responsabilidad decenal por ruina (originada en el Derecho justinianeo), que obliga a arquitectos y constructores a responder por los vicios del edificio durante diez años (Art. 1591 CC español; Art. 1792 *Code Civil* francés).

#### 4. SOCIEDAD (*SOCIETAS*)

Es un contrato por el que varias personas (socios) se obligan a aportar bienes o trabajo (*apportium*) para un fin común y repartirse las ganancias y pérdidas<sup>120</sup>.

##### ***La Gran Distinción: Personalidad Jurídica***

En Roma: La *societas* era un contrato consensual puro, un vínculo interno *inter partes* basado en la confianza (*affectio societatis*). No creaba una persona jurídica distinta de los socios. Los socios actuaban frente a terceros a título individual.

En el Derecho Moderno: Se mantiene la “sociedad civil” romana (sin personalidad jurídica plena, p.ej. Art. 1669 CC español). Sin embargo, el Derecho Mercantil, bebiendo de fuentes canónicas y medievales, ha creado la “sociedad mercantil”

---

<sup>120</sup> Artículo 1665 CC español; Art. 1832 *Code Civil* francés; Art. 2247 *Codice Civile* italiano; § 705 BGB.

(S.A., S.L.) como una persona jurídica autónoma, con su propio patrimonio y capacidad de obrar, superando totalmente el modelo romano.

### **Características (Pervivencia):**

*Intuitu Personae*: El contrato se basa en la confianza personal.

Extinción: Se extingue por la muerte o renuncia de uno de los socios (Art. 1700, 1705 CC español), a diferencia de las sociedades mercantiles modernas.

*Societas Leonina*: Roma prohibió el pacto que excluía a un socio de todas las ganancias (pero no de las pérdidas), y esta prohibición se mantiene (Artículo 1691 CC español).

## **5. MANDATO (MANDATUM)**

Es el contrato consensual por el que una persona (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización de una gestión o negocio jurídico por su cuenta e interés.

### **A. La Naturaleza del Contrato: Gratuidad y Confianza**

En Roma, el mandato era esencialmente gratuito, basado en el deber moral y la amistad (*officium y amicitia*). Si se cobraba, el contrato se convertía en un arrendamiento de servicios.

Evolución: Los códigos modernos han invertido esta presunción para adaptarla a la economía de mercado. Hoy, si el mandatario es un profesional, el mandato se presume retribuido (Art. 1711 CC español), aunque mantiene su carácter *intuitu personae* (basado en la confianza), extinguiéndose por la muerte o la pérdida de confianza (revocación) de cualquiera de las partes.

## B. La Gran Distinción Dogmática: Mandato y Representación

La mayor aportación de la ciencia jurídica moderna a esta figura es la separación conceptual entre la relación interna (contrato) y la externa (poder), una distinción desconocida en Roma que fue formulada por la pandectística alemana del s. XIX (Paul Laband).

El Modelo Romano (Representación Indirecta): En Roma, el mandatario actuaba por cuenta del mandante, pero en nombre propio. Era él quien se convertía en dueño, acreedor o deudor frente a terceros. Posteriormente, debía transferir los efectos al mandante mediante un nuevo acto. No existía la representación directa perfecta.

El Modelo Alemán (La Abstracción del Poder): El BGB alemán consagró la separación absoluta (*Abstraktionsprinzip*).

- Mandato (*Auftrag*, § 662 BGB): Es el contrato interno (“te obligas a hacer esto”).
- Poder (*Vollmacht*, § 164 BGB): Es el acto unilateral que otorga la facultad de actuar en nombre ajeno (“te autorizo a representarme”).

Consecuencia: Es posible que haya mandato sin representación (el comisionista mercantil que actúa en nombre propio pero por cuenta ajena) y representación sin mandato (el apoderamiento aislado).

Los Sistemas Latinos (La Confusión): Los códigos francés y español, herederos de una fase anterior a esta depuración dogmática, tienden a confundir ambas instituciones. El Art. 1709 del CC español define el mandato mezclándolo con la representación (“prestar algún servicio... por cuenta o encargo de otra”), aunque la doctrina y jurisprudencia modernas admiten plenamente la distinción alemana para resolver problemas de exceso de poder.

### C. Pervivencia de Figuras Especiales

Dos figuras romanas del mandato siguen vivas, aunque bajo nuevos ropajes:

*Procuratio in Rem Suam* (Mandato en cosa propia): Era el artificio procesal romano para ceder créditos: el acreedor nombraba a un “mandatario” para cobrar la deuda, pero le dispensaba de rendir cuentas, permitiéndole quedarse lo cobrado. Es el antecedente directo de la moderna Cesión de Créditos, que hoy se ha independizado como negocio traslativo propio (Art. 1526 CC español).

*Mandatum Pecuniae Credendae* (Mandato de Crédito): Ticio encarga al banquero (mandatario) que preste dinero a Cayo (tercero), respondiendo Ticio si Cayo no paga. En Roma funcionaba como una fianza. Hoy, esta figura pervive en el tráfico bancario internacional bajo la forma de las Cartas de Patrocinio (*Comfort Letters*), donde una empresa matriz “encarga” o “recomienda” a un banco dar crédito a su filial, asumiendo un compromiso de garantía.

## 6. DONACIÓN (DONATIO)

La donación es un acto de liberalidad por el que una persona (donante) se empobrece voluntariamente para enriquecer a otra (donatario), que acepta<sup>121</sup>.

Naturaleza: En Roma, más que un contrato, era una causa de adquisición (causa donandi).

---

<sup>121</sup> Artículo 618 CC español; Art. 894 Code Civil francés; Art. 769 Codice Civile italiano; § 516 BGB

Recepción Moderna: Se configura como un contrato autónomo, pero rompe la regla consensualista para ciertos bienes: es un contrato formal para bienes inmuebles, exigiendo escritura pública para su validez<sup>122</sup>.

Revocación: Como regla general, es irrevocable. Sin embargo, el Derecho moderno hereda las excepciones romanas de revocación por ingratitud del donatario o por superveniencia o supervivencia de hijos<sup>123</sup>.

Donación Modal: La donatio *sub modo*, que impone al donatario una carga o modus de valor inferior a lo donado, sigue siendo una figura contractual plenamente vigente (Art. 619, 647 CC español).

---

<sup>122</sup> Art. 633 CC español; Art. 931 Code Civil francés; § 518 BGB

<sup>123</sup> Art. 644, 648 CC español; Art. 953 Code Civil francés; § 530 BGB



## Capítulo 15.

# ***Contratos Formales: Del Rigor Romano al Neo-Formalismo Europeo***

Los contratos formales son aquellos que, además del acuerdo de voluntades, exigen para su perfección el cumplimiento de una forma solemne preestablecida, ya sea verbal (*verbis*) o escrita (*litteris*).

### **1. LA *STIPULATIO*: EL PROTOTIPO DE CONTRATO FORMAL**

El contrato formal por excelencia en Roma fue la *stipulatio*. Era un contrato verbal, unilateral y abstracto, que se perfeccionaba mediante una pregunta solemne del acreedor (estipulante) y una respuesta congruente e inmediata del deudor (promitente) (Por ejemplo: Estipulante: *Spondesne mihi centum dare?* (¿Prometes darme cien?) Promitente: *Spondeo!* (¡Prometo!)).

La *stipulatio* es fundamental para entender el Derecho continental por dos características que han tenido una inmensa repercusión:

#### 1. El Principio de Abstracción

La obligación nacía del pronunciamiento de las palabras (*ex verbis*), no de la *causa* o razón económico-social subyacente (el préstamo, la compra, etc.). El contrato era abstracto.

Pervivencia en el Derecho Moderno: La *stipulatio* como tal ha desaparecido, pero su función como negocio abs-

tracto pervive en el Derecho continental, principalmente en los Títulos Valores (letra de cambio, cheque, pagaré).

En un pagaré o una letra de cambio, la obligación nace de la firma en el documento (*forma escrita*) y es independiente de la *causa* (el negocio subyacente). El deudor queda obligado “por la firma”, de forma análoga a como el *promissor* romano quedaba obligado “por las palabras”<sup>124</sup>.

El sistema alemán también recoge negocios abstractos de deuda, herederos directos de esta idea: el reconocimiento abstracto de deuda (*abstraktes Schuldversprechen*, § 780 BGB) y la promesa de deuda (*Schuldanerkenntnis*, § 781 BGB), que requieren forma escrita.

## 2. La Defensa contra la Abstracción (La Causa Subyacente)

El rigor del *ius civile* (si prometiste, pagas) fue suavizado por el Pretor. Si un prestamista (estipulante) hacía prometer la devolución de un dinero que luego no entregaba (*causa non secuta*), y aun así demandaba al deudor (promitente), el Pretor concedía al deudor la *exceptio doli* o, más tarde, la *exceptio non numeratae pecuniae* (excepción de dinero no entregado).

Esta dialéctica entre la forma abstracta y la defensa basada en la causa es el origen de las defensas “causales” en el moderno Derecho cambiario. (Las defensas basadas en la relación subyacente (la *exceptio doli* moderna) solo pueden oponerse entre las partes originales del negocio, pero no frente a un tercero tenedor de buena fe, pro-

---

<sup>124</sup> Ver Ley Cambiaria y del Cheque en España (p.ej. Art. 33); *Droit cambiaire* en Francia (L.511-1 ss. *Code de commerce*); *Wechselgesetz* en Alemania

tegiendo así la seguridad del tráfico (p.ej. Art. 67 Ley Cambiaria y del Cheque española)).

### *La Superación del Rigor Romano*

El sistema romano tenía dos grandes rigideces que el Derecho continental moderno ha superado:

Contratos a favor de Tercero: La *stipulatio* era nula si se hacía en favor de un tercero (*Alteri stipulari nemo potest*). El Derecho continental moderno, por el contrario, acepta plenamente el contrato a favor de tercero como una excepción válida al principio de relatividad contractual<sup>125</sup>.

Principio de Formalismo: En Roma, la forma era la regla para la seguridad jurídica. El Derecho canónico medieval invirtió este principio (*pacta sunt servanda*), consagrando que el mero consentimiento obliga.

---

<sup>125</sup> Ver Art. 1257.2 CC español; Art. 1205 *Code Civil* francés; Art. 1411 *Codice Civile* italiano; § 328 BGB alemán; Art. 1978 Louisiana Civil Code. En el caso de ‘contrato a cargo de tercero’ en el que el promitente se obliga a que un tercero realice una prestación, se entiende que el promitente asume una posición de garante, obligándose a hacer todo lo posible por que el tercero cumpla (pero no queda obligado directamente el tercero, por el principio *res inter alios acta*).

*El Neo-Formalismo Moderno y el Derecho de la UE*

El Derecho continental moderno adoptó como regla general el principio de libertad de forma (o consensualismo)<sup>126</sup>.

Sin embargo, en las últimas décadas, ha surgido un “neo-formalismo” cuyo fin ya no es dar poder al acreedor (como en la *stipulatio*), sino proteger a la parte débil del contrato, generalmente el consumidor. Este neo-formalismo es, en gran medida, impulsado por el Derecho de la Unión Europea:

Normativa UE (Formalismo de Transparencia): La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas impone un deber de forma. Exige que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente (contratos de adhesión) estén redactadas de forma “clara y comprensible” (Art. 5). Si una cláusula es ambigua, se interpreta de la forma más favorable al consumidor.

Jurisprudencia (TJUE): El Tribunal de Justicia de la UE ha profundizado este formalismo. En la Sentencia *Kásler* (Asunto C-26/13), el TJUE estableció que el requisito de “clara y comprensible” no solo es una exigencia de claridad gramatical, sino que el consumidor debe poder comprender las consecuencias económicas de dicha cláusula (en ese caso, el riesgo de un préstamo hipotecario en divisa extranjera). El formalismo aquí no es la pronunciaci3n de palabras (*verbis*), sino la demostraci3n de la transparencia real.

La Nueva Forma Digital: El Reglamento (UE) n° 910/2014 (eIDAS) regula la identificaci3n electr3nica y los servi-

---

<sup>126</sup> Artículo 1278 CC espa3ol: “Los contratos ser3n obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado...”; Art. 1172 *Code Civil* franc3s; Principio de *Formfreiheit* del BGB

cios de confianza. Al otorgar pleno efecto jurídico a la firma electrónica cualificada, equiparándola a la firma manuscrita (Art. 25.2), el Derecho de la UE crea el nuevo *ius commune* para los contratos formales en la era digital, resolviendo la antigua dicotomía entre *verbis* (oral) y *litteris* (escrito) con una nueva categoría.

## 2. CONTRATOS LITERALES

En Roma, eran aquellos que se perfeccionaban por la escritura, principalmente la *transcriptio nominum* o *expensilatio*. Era una anotación que el *pater familias* (a menudo un banquero) realizaba en su libro de contabilidad (*codex*), con el consentimiento del deudor, creando una obligación abstracta.

Esta figura, ligada a la contabilidad arcaica, ha desaparecido<sup>127</sup>. Su función como instrumento de deuda abstracta y formal ha sido completamente absorbida por los títulos valores (pagarés) y los reconocimientos abstractos de deuda del Derecho alemán (§ 780-781 BGB).

---

<sup>127</sup> Pese a ello, la práctica comercial y jurisprudencial atribuyen presunción *iuris tantum* de veracidad a las anotaciones contables que realizan los empresarios.



## Capítulo 16.

# Garantías de las Obligaciones

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, el acreedor puede reforzar su crédito mediante garantías. Estas garantías siguen la gran división romana:

**Garantías Reales:** Afectan un bien específico al cumplimiento de la deuda. Otorgan al acreedor un derecho real sobre la cosa, oponible *erga omnes* (una *actio in rem*). (Prenda, Hipoteca, Fiducia).

**Garantías Personales:** Afectan el patrimonio de un tercero o del propio deudor. Añaden un nuevo deudor al deudor principal, permitiendo al acreedor dirigirse contra más de un patrimonio (una *actio in personam*). (Fianza, *constitutum*, mandato de crédito), o bien otorgan al acreedor una acción más rigurosa contra el deudor.

## 1. GARANTÍAS REALES

### A. Fiducia

En Roma, la *fiducia cum creditore* era una garantía real arcaica. El deudor (fiduciante) transmitía la propiedad de una *res Mancipi* al acreedor (fiduciario) mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. El acreedor se comprometía, mediante un pacto (*pactum fiduciae*), a re-transmitir la propiedad una vez pagada la deuda.

**Desventaja Romana:** Era un sistema desproporcionado. El acreedor se convertía en dueño absoluto, pudiendo ven-

der la cosa. El fiduciante solo tenía una *actio fiduciae* (una acción personal de buena fe) para reclamar la devolución o una indemnización, pero no podía recuperar la cosa de un tercero adquirente.

Recepción en el Derecho Continental Moderno: La *fiducia* romana desapareció, pero su estructura (transferir un derecho para un fin de garantía o administración) ha “resucitado” en el Derecho continental moderno, en gran parte por influencia del *Trust* anglosajón (que deriva de la *fiducia*).

Alemania: Ha desarrollado la *Treuhand* (negocio fiduciario) por vía jurisprudencial, donde el *Treuhänder* (fiduciario) recibe la titularidad plena, pero está obligado internamente a actuar en interés del *Treugeber* (fiduciante).

Francia: Tras una larga resistencia, ha regulado la *fiducie* en el Art. 2011 y ss. del *Code Civil* (desde 2007), permitiendo la transferencia de bienes a un fiduciario para un fin determinado (garantía o gestión).

Italia: No regula la *fiducia* interna, pero ha ratificado el Convenio de La Haya, reconociendo los *trusts* extranjeros. La jurisprudencia usa el *fideicomiso* y el *mandato sin representación* para fines similares.

América (Sistemas Mixtos): El Louisiana Trust Code (Art. 1721 ss.) es un ejemplo paradigmático de cómo un sistema de *Civil Law* ha codificado e importado la figura del *trust* anglosajón. En Latinoamérica, el Fideicomiso (especialmente en México, Argentina o Colombia) es una figura central del tráfico mercantil y de garantía, derivada de esta misma idea.

España: No existe una regulación general del *trust* o la *fiducia* (salvo la sustitución fideicomisaria del Art. 781 CC). Sin embargo, la jurisprudencia (p.ej. STS 7 de mayo de 2007) admite el negocio fiduciario (tanto *cum creditore*

como *cum amico*), entendiendo que el fiduciario adquiere una propiedad “formal” o “aparente”, limitada por el pacto de confianza.

El *Trust* del *Common Law* es el verdadero heredero funcional de la *fiducia cum amico*. Sin embargo, su mecanismo es radicalmente distinto y marca la gran diferencia entre los sistemas. La *fiducia* romana (y la *Treuhand* alemana) transfiere el *dominium* (la propiedad plena) al fiduciario, quien queda obligado *personalmente* (por la *actio fiduciae*) a devolverla. El *Trust*, en cambio, no transfiere una propiedad unitaria, sino que la escinde:

1. El *Trustee* (fiduciario) recibe el *Legal Title* (propiedad legal) y puede actuar como dueño frente al mundo.
2. El *Beneficiary* (fideicomisario) recibe el *Equitable Title* (propiedad en equidad), un verdadero derecho real protegido por los tribunales de *Equity* que le permite “perseguir” el bien incluso si el *Trustee* lo enajena indebidamente.

## B. Prenda (Pignus)

La prenda es el contrato real por el cual el deudor (pignorante) entrega la posesión de una cosa mueble al acreedor (acreedor pignoraticio) en garantía de una deuda<sup>128</sup>. Es la garantía real mobiliaria por excelencia.

Derechos del Acreedor: El acreedor pignoraticio es un poseedor interdictal. Sus derechos fundamentales, que han pasado intactos al Derecho moderno, son:

- *Ius Possidendi*: Derecho a retener la cosa hasta el pago.

---

<sup>128</sup> Artículo 1863 CC español; Art. 2333 *Code Civil* francés; § 1204 BGB alemán; Art. 2784 *Codice Civile* italiano.

- *Ius Distrahendi* (o *Vendendi*): Derecho a vender la cosa en subasta pública si el deudor incumple, cobrarse del precio y devolver el sobrante (*superfluum*)<sup>129</sup>.
- *Antichresis*: Pacto por el cual el acreedor se cobra con los frutos de la cosa en lugar de los intereses<sup>130</sup>.

El Principio Clave de Pervivencia: Prohibición del Pacto Comisorio En Roma se prohibió (época de Constantino) el pacto por el cual el acreedor, en caso de impago, se apropiaba automáticamente de la cosa. Se consideró abusivo. Esta prohibición es un principio de orden público en todo el Derecho continental:

- España: Art. 1859 CC (“El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”).
- Francia: Art. 2348 *Code Civil*.
- Italia: Art. 1963 y 2744 *Codice Civile* (Es nulo el *patto commissorio*).
- Alemania: § 1229 BGB (declara nulo el pacto comisorio).
- Derecho de la UE: La Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera (transpuesta en España por el RDL 5/2005) *suspende* esta prohibición del pacto comisorio, pero solo para grandes operaciones financieras entre empresas y entidades de crédito, con el fin de dar agilidad y liquidez al mercado.

---

<sup>129</sup> Este es el núcleo de la garantía moderna (p.ej. Art. 1872 CC español; § 1228 BGB)

<sup>130</sup> Pervive como contrato autónomo en el Art. 1881 CC español

### C. Hipoteca (Pignus Conventum)

La hipoteca es la gran innovación romana en materia de garantías. Es una garantía real que se constituye sin desplazamiento de la posesión. La cosa (generalmente inmueble) permanece en poder del deudor, que puede seguir usándola y explotándola<sup>131</sup>.

El Fracaso Romano: El sistema romano de hipotecas fracasó por ser clandestino. Al no haber registro, las hipotecas tácitas y legales se multiplicaron, y el principio *prior tempore, potior iure* (primero en el tiempo, mejor en el derecho) era imposible de probar, generando una inseguridad jurídica total.

La Solución Moderna (Publicidad Registral): El Derecho continental moderno (influido por el germánico) resolvió esto convirtiendo la hipoteca en un derecho formal y público. La hipoteca moderna no nace hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad (*Grundbuch* en Alemania). La publicidad sustituye a la posesión.

- España: Art. 1875 CC (“...es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento [...] sea inscrito en el Registro de la Propiedad”).
- Alemania: § 873 BGB (la *Eintragung* o inscripción es constitutiva).
- Francia: La *publicité foncière* es necesaria para la oponibilidad a terceros (Art. 2425 *Code Civil*).
- Derecho de la UE y Protección del Deudor Hipotecario: El mercado hipotecario es un pilar del mercado único europeo:

---

<sup>131</sup> En Roma, su origen fue la garantía de los arrendamientos rústicos sobre los *invecta et illata* (aperos y ganado) del colono.

Directiva 2014/17/UE (Crédito Hipotecario): Armoniza la protección del consumidor en la contratación de hipotecas, imponiendo un neo-formalismo de transparencia (p.ej. la Ficha Europea de Información Normalizada -FEIN-).

TJUE (Sentencia *Aziz* C-415/11): El TJUE, aplicando la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas), revolucionó el derecho hipotecario español al declarar que el procedimiento de ejecución rápida era contrario al derecho de la UE si no permitía al juez paralizarlo para analizar de oficio las cláusulas abusivas (como el vencimiento anticipado).

## 2. GARANTÍAS PERSONALES

### A. Fianza (Adpromissio y Fideiussio)

La fianza es la garantía personal por excelencia. Un tercero (fiador) se obliga a cumplir la obligación del deudor principal si este no lo hace<sup>132</sup>.

#### *Evolución (De la Solidaridad a la Subsidiariedad):*

En Roma arcaica (*sponsio, fideipromissio*), el fiador era un deudor solidario más. El acreedor podía dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador (*libera electio*).

La *Fideiussio* (forma clásica y justiniana) era más flexible, accesoria (seguía a la obligación principal) y transmisible.

---

<sup>132</sup> Artículo 1822 CC español; Art. 2288 *Code Civil* francés; Art. 1936 *Codice Civile* italiano; § 765 BGB alemán.

Aportación de Justiniano: Justiniano consolidó el carácter subsidiario de la fianza mediante tres beneficios que han definido esta figura en el Derecho continental:

- Beneficio de Excusión: El fiador puede exigir al acreedor que persiga primero los bienes del deudor principal (Nov. 4)<sup>133</sup>.
- Beneficio de División: Si hay varios co-fiadores, la deuda se divide entre los que sean solventes (Epístola de Adriano)<sup>134</sup>.
- Beneficio de Cesión de Acciones: El fiador que paga tiene derecho a que el acreedor le ceda sus acciones para poder reclamar al deudor principal (origen de la acción de regreso y subrogación)<sup>135</sup>.

## B. Receptum Argentarii

Era un contrato por el cual un banquero (*argentarius*) asumía una deuda existente o futura de un cliente, comprometiéndose a pagarla al acreedor. Era un negocio abstracto: el banquero quedaba obligado por el mero *receptum* y no podía oponer al acreedor las excepciones que el deudor tuviera (derivadas de la *causa*). El acreedor reclamaba con la *actio recepticia*.

Evolución (Justiniano): Justiniano afirmó abolir el *receptum argentarii* (CJ. 4,18,2) y refundirlo con el *constitutum* (que era causal y no bancario), buscando unificar el régimen. Sin em-

---

<sup>133</sup> Recogido en Art. 1830 CC español; Art. 2298 *Code Civil* francés; Art. 1944 *Codice Civile* italiano.

<sup>134</sup> Recogido en Art. 1837 CC español; Art. 2303 *Code Civil* francés; Art. 1946 *Codice Civile* italiano.

<sup>135</sup> Recogido en Art. 1837-1839 CC español; Art. 2308 *Code Civil* francés; Art. 1949 *Codice Civile* italiano.

bargo, esta afirmación es discutida, pues el propio emperador parece autorizar asunciones abstractas para comerciantes y la figura de la «kazará antifónesis» pervivió en el derecho bizantino (Díaz Bautista, 1987), demostrando la necesidad práctica de una garantía bancaria abstracta.

El Legado Moderno (Garantía a Primer Requerimiento): Frente a la fianza subsidiaria del *Civil Law*, el comercio moderno ha desarrollado garantías abstractas, herederas directas del *receptum argentarii*. Estas son las garantías a primer requerimiento (o «aval bancario»), donde el garante (banco) renuncia a los beneficios de excusión y división y paga al acreedor «a primera demanda», sin poder oponer excepciones derivadas de la deuda principal.

Derecho de la UE: El Reglamento (UE) n° 575/2013 (CRR) sobre requisitos de capital, al regular la solvencia de las entidades de crédito, reconoce la alta seguridad de estas garantías «a primer requerimiento», tratándolas como un instrumento financiero de bajo riesgo, a diferencia de una fianza simple.

### C. Mandatum Pecuniae Credendae (Mandato de Crédito)

Como se ha indicado<sup>136</sup>, era una forma indirecta de fianza. El mandante (fiador) encargaba al mandatario (acreedor) que prestase dinero a un tercero (deudor). Si el deudor no pagaba, el acreedor-mandatario reclamaba al fiador-mandante con la *actio mandati contraria*<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> *Supra* 14.5

<sup>137</sup> Su estructura se mantiene en los códigos, p.ej. Art. 1825 CC español

### D. Cláusula Penal (Stipulatio Poenae)

Es una estipulación (hoy, una cláusula) por la que el deudor promete pagar una suma de dinero (pena) en caso de incumplimiento.

Recepción Moderna: Sigue plenamente vigente. Tiene una doble función:

- Coercitiva: Disuadir del incumplimiento.
- Liquidatoria (o sustitutiva): La pena sustituye a la indemnización de daños y perjuicios<sup>138</sup>.

### E. Constitutum (préstamo de plazo)

Era un pacto pretorio por el cual el propio deudor o un tercero (constituyente) se comprometía a pagar en un plazo determinado una deuda propia o ajena preexistente. No era abstracto, sino causal: el acreedor debía probar la existencia de la deuda principal (*debitum subyacente*) para poder reclamar contra el constituyente.

Para esta reclamación, el Pretor concedió al acreedor la *actio de pecunia constituta*. Esta era una *actio in factum* (y, por tanto, anual en su origen) que presentaba ventajas significativas sobre la acción de la deuda original (*actio sortis*)<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> función por defecto en el Art. 1152 CC español y Art. 1382 *Codice Civile* italiano). (El Art. 1231-5 *Code Civil* francés y el § 339 BGB alemán también la regulan). El juez moderno tiene, además, una facultad (que el juez romano no tenía) de moderar equitativamente la pena si la obligación fue cumplida en parte o de forma irregular (p.ej. Art. 1154 CC español

<sup>139</sup> Incluía la *sponsio et restipulatio dimidiae partis*, que condenaba al constituyente a pagar la mitad más del importe de la deuda en caso de ser vencido en juicio.

El punto crucial es que el *constitutum* no extinguía la obligación principal (no era una novación), sino que creaba una obligación concurrente. El acreedor, por tanto, tenía una elección:

1. Reclamar al deudor original con la acción de la deuda principal (ej. la *condictio* si era un mutuo).
2. Reclamar al constituyente (sea el deudor o el tercero) con la nueva *actio de pecunia constituta*.

Si el *constitutum* era en garantía de una deuda ajena (*debiti alieni*), el acreedor tenía una garantía personal que, a diferencia de la *sponsio* arcaica, no requería la forma estipulatoria y era flexible.

#### *Recepción en el Derecho Continental Moderno:*

La figura del *constitutum* como contrato nominado ha desaparecido, pero su función ha sido absorbida totalmente por dos pilares del Derecho continental moderno:

1. Como Garantía (*Constitutum Debiti Alieni*): Su función fue absorbida por completo por la fianza consensual. El *constitutum* fue un paso intermedio clave entre la *stipulatio* (formal) y la fianza moderna (*Bürgschaft* en el § 765 del BGB alemán; *cautionnement* en el Art. 2288 del *Code Civil* francés; Art. 1822 del CC español), que hoy es una garantía consensual y accesoria (causal) por definición.
2. Como Refuerzo (*Constitutum Debiti Proprii*): Su función (la del propio deudor prometiendo de nuevo pagar) es la raíz del reconocimiento de deuda moderno.
  - o En el Derecho alemán, esta figura sobrevive casi idéntica en el reconocimiento de deuda causal (*Schuldnerkenntnis*, § 781 BGB), que requiere forma escrita y sirve para fijar una deuda existente.

- o En los sistemas latinos (España, Francia, Italia), su función se disuelve en la novación modificativa (Art. 1203 CC español; Art. 1329 *Code Civil* francés), donde las partes pueden alterar una obligación (ej. el plazo) sin extinguirla, o en los actos de fijación o reconocimiento de una deuda, que tienen un valor probatorio fundamental.



*Capítulo 17.*

## ***La Sucesión Mortis***

### ***Causa***<sup>140</sup>

El Derecho Sucesorio es el área del Derecho Privado que mejor ilustra la transición dogmática del poder a la sangre y la voluntad. Las instituciones sucesorias del *ius civile* buscaban primariamente la continuidad política del *pater familias* (el *dominium* del patrimonio), pero evolucionaron hacia una estructura basada en la consanguinidad y limitada por la solidaridad familiar obligatoria.

#### **1. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA: LA GRAN CREACIÓN DEL *IUS CIVILE***

El testamento (*testamentum*) es la gran institución jurídica romana, definida por Modestino (D.28.1.3) como “la justa manifestación de nuestra voluntad respecto de lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte”. Su naturaleza como acto jurídico es la base de la dogmática moderna:

---

<sup>140</sup> Sobre los fundamentos de la sucesión *mortis causa* y la libertad de testar, se sigue el planteamiento de Kaser (1992) y Schulz (1968). Para la recepción histórica y el desarrollo en el *Ius Commune*, vid. Coing (1996) y Wieacker (2000). El análisis comparado se apoya en Zweigert y Kötz (2002).

## A. La Naturaleza del Acto Testamentario

1. El testamento se caracteriza por ser:
  2. Acto de *Ius Civile*. Inicialmente, solo accesible a los ciudadanos romanos.
  3. Acto Unilateral: Emanado de una sola voluntad.
  4. Acto Personalísimo: No admite representación.
  5. Acto Solemne: Requiere el cumplimiento de determinadas formas *ad solemnitatem*.
  6. Acto Esencialmente Revocable: Es su nota característica. El testamento es la última voluntad, y todo testamento posterior revoca al anterior.
- Pervivencia del Principio: Este principio de revocabilidad es ley de vida en el continente. El Art. 737 del Código Civil español establece: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.” Este principio, piedra angular, proviene directamente del concepto romano.

## B. Las Formas Testamentarias y su Evolución

La historia del testamento es la simplificación de las formas, desde las arcaicas y públicas hasta las privadas:

- Formas Arcaicas: El testamento *calatis comitiis* (ante los comicios) y el *in procinctu* (ante el ejército) eran actos públicos y solemnes.
- Forma Clásica (*Per aes et libram*): Evolucionó a un acto privado, simulando una *mancipatio* o venta, que requería el *nuncupatio* (declaración solemne del testador) y cinco testigos.
- El Testamento Pretorio: El Pretor suavizó las formas, requiriendo solo siete sellos de testigos para conceder

la *bonorum possessio secundum tabulas*. Esta es la base del testamento abierto moderno, que exige la presencia de un fedatario público (notario) y un número mínimo de testigos para garantizar su autenticidad.

- Regulación Moderna: El Derecho moderno mantiene la dualidad de formas solemnes y privadas.
  - o Testamento Abierto (Notarial): La forma más común y segura (similar al testamento pretorio), donde el notario redacta y garantiza el cumplimiento de las formalidades (Art. 694 CC español y art. 2204 del Código Civil portugués).
  - o Testamento Ológrafo: El acto más privado (solo requiere ser escrito y firmado de puño y letra por el testador), que refleja la máxima autonomía de la voluntad individual (Art. 688 CC español).

El Art. 2477 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) de Argentina reconoce ambas modalidades (acto público y ológrafo).

### C. El Contraste con el Common Law: El Administrador Fiduciario

El concepto de herencia difiere fundamentalmente del concepto anglosajón del estate (patrimonio relicto), ya que el *Common Law* rechaza la figura del sucesor universal.

- El Heredero (*Civil Law*): El heredero es el continuador de la personalidad jurídica del causante.
- El Administrador (*Common Law*): La will (testamento) es un mero instrumento que nombra a un executor (albacea) o administrator (en caso de intestada).

Este administrador recibe el patrimonio relicto (*Estate*) y lo gestiona como un fideicomiso (*Trust*), liquida las deudas y solo después distribuye el remanente neto. El beneficiario de la *will*

no hereda el estatus legal del causante, sino solo los activos netos residuales, en una relación de naturaleza fiduciaria. Esta intermediación es la diferencia más profunda en la concepción del patrimonio *mortis causa*.

## 2. LA SUCESIÓN *AB INTESTATO*: EL TRIUNFO DE LA COGNACIÓN

La sucesión intestada (aquella deferida por ministerio de la ley a falta de testamento válido) revela el orden sucesorio ideal que el legislador establece para la sociedad. Históricamente, este orden fue la palestra entre la *Agnatio* y la *Cognatio*.

### A. La Superación del Esquema Agnaticio

El orden de las XII Tablas se centraba en la *agnatio* (el vínculo de poder y sujeción), excluyendo de la herencia a parientes de sangre como los hijos emancipados o la madre casada *sine manu*. Esta rigidez civil fue corregida por el Pretor (*ius honorarium*) mediante la concesión de la *bonorum possessio*, y fue definitivamente abolida por el emperador Justiniano.

El Modelo Justiniano: Las Novelas 118 y 127 (siglo VI d.C.) abandonaron el criterio del poder y establecieron la cognación (vínculo de sangre) como el único criterio legal para la sucesión. Este acto es el que permitió la posterior codificación europea.

### B. La Codificación del Orden Sucesorio

El orden de las Novelas (Descendientes, Ascendientes, Colaterales, Cónyuge) es el arquetipo de todos los códigos civiles

del continente, lo que demuestra la profunda pervivencia de la dogmática romana.

España: El Art. 930 y siguientes del Código Civil (CC) establece las líneas de parentesco: descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales.

Alemania: El § 1924 del BGB adopta el sistema de órdenes (*Ordnungssystem*), donde los parientes se agrupan por proximidad de la relación de parentesco, siendo los descendientes la primera orden.

Portugal: El Art. 2133 del Código Civil (CPC) sigue la misma lógica, priorizando al cónyuge y descendientes, seguidos por ascendientes y colaterales.

La consolidación de este esquema ha tenido como corolario la igualdad absoluta de los hijos ante la ley sucesoria, sin distinción de filiación matrimonial o no matrimonial (Art. 14 de la Constitución Española).

### C. La Adquisición: El Conflicto *Acceptatio* vs. *Saisine*

La adquisición de la herencia presenta un conflicto dogmático central en Europa que se remonta a la oposición entre el *ius civile* y el *ius germanicum*:

Modelo de Aceptación (*Ius Civile*): Países como España (Art. 988 CC) e Italia (Art. 459 *Codice Civile*) exigen un acto voluntario de aceptación o *aditio* por parte del llamado. La herencia está *yacente* (sin titular) hasta ese momento.

Modelo de *Saisine* (*Ius Germanicum*): Países como Francia (Art. 724 *Code Civil*) y Alemania optan por el principio *le mort saisit le vif*. La adquisición es automática (*Vonselbsterwerb* § 1922 BGB) e instantánea en el momento de

la muerte, y el heredero que no desea la herencia debe repudiarla formalmente (§ 1942 BGB).

### 3. LA SUCESIÓN FORZOSA: LA LEGÍTIMA COMO LÍMITE AL *IUS TESTANDI*

La libertad de testar (*libertas testandi*) nunca fue absoluta en Roma. La Legítima es la institución que, heredada del Derecho Romano, establece una limitación de orden público familiar a la autonomía de la voluntad, distinguiendo fundamentalmente al *Civil Law* del *Common Law*.

#### A. Origen Histórico: La Querella Inofficiosi Testamenti

La Legítima no nació de un texto legal, sino de la jurisprudencia del *Tribunal de Centumviri*. Los testamentos que ignoraban a los parientes más cercanos eran tachados de “contrarios al deber” (*inofficiosum*).

La Querella Inofficiosi Testamenti permitía al pariente desheredado impugnar el testamento por entero, solicitando que se le dejase al menos la cuarta parte de lo que le habría correspondido *ab intestato* (*Portio Debita*). Este mecanismo de impugnación de la voluntad formalmente correcta, pero materialmente injusta, es el precedente directo de la cuota de legítima actual.

#### B. Modelos Dogmáticos de Legítima en el Continente

El modo en que el Derecho moderno protege al legitimario varía significativamente, generando dos grandes modelos dogmáticos:

Legítima Real (*Pars Bonorum*): Este modelo, adoptado por España (Art. 808 CC) y Portugal (Art. 2156 CPC), confiere al

legitimario la cualidad de coheredero y le otorga un derecho a una parte *alícuota* de los bienes hereditarios. El legitimario recibe una cuota de propiedad sobre la masa hereditaria, y debe concurrir al inventario y partición.

Legítima de Valor (*Pars Valoris*): Este modelo, característico de Alemania (el *Pflichtteil* o porción debida, § 2303 BGB), establece que el legitimario no es un heredero. Es únicamente titular de un derecho de crédito (una suma de dinero) contra el heredero instituido. El testador puede desheredar al hijo formalmente, pero este tendrá el derecho a exigir el pago en efectivo de la mitad del valor de su cuota intestada.

#### **4. EL DESAFÍO SUPRANACIONAL: EL REGLAMENTO DE SUCESIONES DE LA UE**

El Reglamento (UE) 650/2012 (de aplicación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea) introdujo un elemento de flexibilización y conflicto en la rígida figura de la legítima nacional al regular la sucesión transfronteriza.

Ley Aplicable y Residencia: El Reglamento establece la Ley de la residencia habitual del causante como la norma que rige toda la sucesión (Art. 21).

La *Professio Iuris* (Art. 22): Este artículo permite al testador elegir la ley de su nacionalidad para que rijan la totalidad de su sucesión.

Impacto Jurisprudencial: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha validado la primacía de esta elección. Esto significa que un ciudadano español puede, mediante la *Professio Iuris* en su testamento, optar por la ley de su nacionalidad (española), o si reside en un tercer Estado (ej. Suiza o un país de *Common Law*), la ley que elija puede

incluso eludir las normas imperativas de legítima del país de residencia. El Reglamento consagra así la autonomía de la voluntad como principio rector en el ámbito internacional, aun a costa de las normas de *ius cogens* sucesorio nacionales.

# Bibliografía

- Beale, H. et al. (2010). *Cases, Materials and Text on Contract Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Hart Publishing.
- Castán Pérez Gómez, J. (2018). *Derecho privado romano*. Reus.
- Coing, H. (1996). *Derecho Privado Europeo*. Fundación Cultural del Notariado.
- David, R. y Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (11ª ed.). Aguilar.
- Díaz Bautista, A. (1987). *Estudios sobre la banca bizantina*. Universidad de Murcia.
- Díaz Bautista, A. y Díaz-Bautista Cremades, A. A. (2023). *El derecho romano como introducción al Derecho* (4ª ed.). Diego Marín.
- Díaz-Bautista Cremades, A. A. (2013). *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (Pignus in causa iudicati captum)*. Marcial Pons.
- Díaz-Bautista Cremades, A. A. (2019). *De la actio iniuriarum a los daños punitivos, la reparación de lesiones dolosas en la tradición jurídica continental*. Tirant lo Blanch.
- Díaz-Bautista Cremades, A. A. (2024). *Iurisdictio en el proceso civil moderno*. Tirant lo Blanch.
- Fernández de Buján, A. (2022). *Derecho Privado Romano* (11ª ed.). Iustel.
- Hartkamp, A. S. et al. (eds.) (2011). *Towards a European Civil Code* (4ª ed.). Ars Aequi Libri.
- Iglesias, J. (2010). *Derecho Romano: Historia e Instituciones* (18ª ed.). Marcial Pons.
- Kaser, M. (1992). *Derecho Romano Privado* (trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, 10ª ed.). Reus.
- Koschaker, P. (2000). *Europa y el Derecho Romano* (2ª ed.). Marcial Pons.
- Lando, O. y Beale, H. (eds.) (2000). *Principles of European Contract Law (PECL)—Parts I and II*. Kluwer Law International.
- Panero, J. (2022). *Derecho Romano* (7ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Schulz, F. (1968). *Derecho Romano Clásico* (trad. de J. Santa Cruz Teijeiro). Bosch.
- Torrent, A. (2005). *Manual de Derecho Privado Romano*. Edisofer.

- UNIDROIT (2017). *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (4ª ed.). Unidroit.
- Von Bar, C. y Clive, E. (eds.) (2009). *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier.
- Wieacker, F. (2000). *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (2ª ed.). Comares.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (2002). *Introducción al Derecho Comparado* (trad. de A. Aparicio). Oxford University Press.









## Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)